

ZAFFARONI

**TRATADO
DE
DERECHO
PENAL**

PARTE
GENERAL

III

EDIAR

ISBN: 950-074-005-2 Obra completa

ISBN: 950-574-056-5 (Tomo Tercero)

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Queda hecho el depósito que exige la ley 11.723

*Copyright by EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial,
Industrial y Financiera, Tucumán 927, 6º piso, Buenos Aires*

1981

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

**Profesor Titular en la Universidad Católica de La Plata
y en la Universidad del Salvador**

TRATADO DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

III

**E D I A R
SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA,
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA**

SEGUNDA PARTE

TEORÍA DEL DELITO

TÍTULO I: Estructuración.

TÍTULO II: La conducta.

TÍTULO III: Tipicidad.

TÍTULO IV: La antijuridicidad.

TÍTULO V: La culpabilidad.

TÍTULO VI: Problemática especial de la tipicidad.

TÍTULO I

ESTRUCTURACIÓN

CAPÍTULO XIV: Necesidad y criterios de construcción teórica.

CAPÍTULO XIV

NECESIDAD Y CRITERIOS DE CONSTRUCCIÓN TEÓRICA *

I. — EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO: 214. El delito en el derecho positivo. II. — NECESIDAD DE UNA CONSTRUCCIÓN ESTRATIFICADA DE LA TEORÍA DEL DELITO: 215. La doble tautología de cualquier definición formal del delito y la infecundidad de las teorías unitarias. 216. Las pretendidas posiciones intermedias. III. — POSIBLES CRITERIOS SISTEMÁTICOS: 217. De la acción hacia su autor. 218. ¿Se puede seguir el camino inverso? 219. ¿Lo "objetivo-subjetivo" es criterio útil? 220. Breve anticipación de las dificultades sistemáticas que aparece el criterio "objetivo-subjetivo". IV. — LOS ESTRATOS ANALÍTICOS: 221. El sentido de la estratificación. 222. Una distinción primaria. 223. La tipicidad. 224. La antijuridicidad. 225. La culpabilidad. V. — LAS ETAPAS DE LA EVOLUCIÓN TEÓRICA: 226. El sistema de Liszt-Beling. 227. Los llamados sistemas "neoclásicos". 228. La sistemática finalista. 229. Las estructuras analíticas del delito y sus principales perspectivas filosóficas. 230. La evolución teórica del delito en la dogmática nacional. VI. — LAS ESTRUCTURAS DOGMÁTICAS DEL DELITO Y LAS POSICIONES FILOSÓFICAS Y POLÍTICAS: 231. Las estructuras dogmáticas del delito y las posiciones filosóficas y políticas.

I. — EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO

214. El delito en el derecho positivo. Nuestro código penal no contiene ninguna definición de delito y su lenguaje resulta bas-

* *Advertencia bibliográfica.* En adelante se citan las siguientes ediciones: Wessels, 1978; Jescheck, 1978; Stratenwerth, 1979; Bettiol, 1978; Rodríguez Devesa, 1979. Además de las abreviaturas más usadas indicadas en la p. 15 del Tomo I, se emplean las siguientes: Maurach-Zipf: *Strafrecht, Allg. Teil, Ein Lehrbuch*, fundado por Reinhart Maurach y continuado por Heinz Zipf, Heidelberg-Karlsruhe, 1977; Bassiouni: *Substantive Criminal Law*, de M. Cherif Bassiouni, Springfield, Ill., 1978; Terán Lomas: *Derecho Penal, Parte General*, de Roberto A. M. Terán Lomas, Buenos Aires, 1980; Muñoz R.-Guerra de Villalaz: *Derecho Penal Panameño, Parte General*, de Campo Elías Muñoz R. y Aura P. Guerra de Villalaz, Panamá, 1977; Mantovani: *Diritto Penale*, de Ferrando Mantovani, Padova, 1979; Rodríguez Mourullo: *Derecho Penal, Parte General*, de Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, 1977; Gimbernat Ordeig: *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, de Enrique Gimbernat Ordeig, Madrid, 1979; Hungria-Fragoso: *Comentários ao Código Penal*, de Nelson Hungria-Heleno Claudio Fragoso, volume I, Río de Janeiro, 1978.

tante impreciso al designarlo, toda vez que en ocasiones emplea la voz "acto", en algunas "conducta", en otras "delito" y, las más, "hecho". De esta terminología es muy poco lo que se puede extraer.

Dada esta falta de precisión en el vocabulario legal, se ha distinguido entre delito *stricto sensu* y delito *lato sensu*. Por delito *stricto sensu* se ha entendido el que presenta todos los caracteres a que nos referiremos en el desarrollo de esta parte, en tanto que delito *lato sensu* sería la conducta típica o la conducta típica y anti-jurídica —que llamamos "injusto penal"—, es decir, la conducta que no es delito en sentido estricto, sea porque le faltan la antijuridicidad y la culpabilidad o la culpabilidad solamente.

A estos dos conceptos de "delito" se han referido varios autores. Así, en nuestro medio, Blasco Fernández de Moreda y Fontán Balestra¹. En Italia, Nuvolone sostiene que la culpabilidad no es un elemento necesario del delito, porque afirma un concepto que llama "amplio" del mismo².

Aparte de que pueda entenderse que hay dos conceptos de delito, no puede con ello esquivarse tampoco la consecuencia de que *hay hechos que tienen relevancia penal*, en el sentido de que quedan comprendidos dentro de las facultades jurisdiccionales del juez penal o bien en el de que son requeridos para individualizar conductas prohibidas, *pero que ni en el más amplio o lato sentido pueden ser llamados "delitos"*.

Tenemos *hechos que no son delitos, pero que presentan relevancia penal por quedar sometidos a la jurisdicción penal*. Tales son: 1º) Los hechos de los involuntables, es decir, de los sujetos incapaces de voluntad³, puesto que sin voluntad no hay conducta humana (por ej., el supuesto de inconsciencia del inc. 1º del art. 34 CP). No obstante, el juez penal puede ordenar la internación del sujeto, aunque ésta no es una medida penal, sino una medida administrativa que la ley pone dentro de las facultades jurisdiccionales del juez penal.

¹ BLASCO y FERNÁNDEZ DE MOREDA, FRANCISCO, *Sobre el concepto de delito como base para la elaboración de la teoría general del mismo*, en LL., 1952, 67, 848-858; FONTÁN BALESTRA, I, 353.

² NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del Diritto Penale*. Padova, 1975, p. 104; ver también DAMÁSIO E. DE JESÚS, p. 407.

³ Hemos empleado por primera vez la voz "involuntabilidad" en nuestro trabajo *La capacidad psíquica de delito*, en "Derecho Penal Contemporáneo", Universidad Nacional Autónoma de México, números 31, 32 y 33, 1969. Lo adoptan OLGA ISLAS y ELPIDIO RAMÍREZ, *Lógica del tipo en el derecho penal*, México D. F., 1970.

2º) También quedan sometidas a la jurisdicción penal ciertas conductas atípicas en que el juez puede ordenar la internación. Tal es el caso de una conducta que resulta atípica por efecto de un error de tipo condicionado por incapacidad psíquica, o sea, por la incapacidad para reconocer los elementos del tipo objetivo. Así, quien dispara contra lo que cree que es una piedra conforme a su mundo psicótico autista, cuando en realidad se trata de un hombre, no realiza una conducta típica de homicidio, pudiendo, no obstante, ser sometido a internación manicomial, la que también es una medida penal sólo en sentido formal, porque es materialmente administrativa.

En este segundo supuesto puede criticarse la consideración de la internación como una medida administrativa, afirmando que esta posición es derivada de la que hemos adoptado respecto del concepto de pena y de la caracterización del derecho penal, pero, cualquiera fuere la caracterización que quiere hacerse y la sistemática que respecto del delito quiera ensayarse, al menos en el caso del involuntario no podría sostenerse otra solución, salvo que se pretenda afirmar una idea tan inadmisiblemente amplia del delito que ni siquiera requiera la conducta.

Hay otros hechos humanos que tienen relevancia penal, pero en razón de que son necesarios para individualizar conductas prohibidas. Tales son, por ejemplo, las conductas que no están prohibidas, pero que son necesarias para configurar la prohibición de otra conducta: el consentimiento de la mujer en el estupro, el ejercicio de la prostitución y la conducta de mantener en el rufianismo, etc.

Los dos conceptos del delito (en sentido amplio y en sentido estricto) y su adecuada distinción de otros hechos humanos con relevancia penal, no surgen directamente de la terminología del código, sino que a partir de ella debemos construirlos dogmáticamente, atendiendo al funcionamiento armónico de las disposiciones del texto legal. Ello obedece a que el vocabulario que el texto emplea, por inconsecuente no puede ser tomado directamente. Cabe consignar que los hechos humanos con relevancia penal merecen una mayor atención dogmática, que no corresponde darles aquí, en que sólo nos ocupamos de ellos para distinguirlos de los delitos.

Como consecuencia de haberse suprimido en nuestro código la tripartición de infracciones penales, adoptando sólo la bipartición de las mismas, nuestra ley no emplea la palabra "crimen", aunque la misma no es del todo ajena a nuestro sistema jurídico, puesto que la Constitución Nacional la recepta, al emplearla para establecer una excepción a la inmunidad legislativa: "Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva con la información sumaria del

hecho" (art. 61 CN). Entendemos que en este supuesto debe considerarse "crimen" —concepto que se completa con el de pena infamante u otra afflictiva— sólo a algunos delitos, para lo cual habrá que acudir a nuestra tradición legislativa. Entender que la disposición opera tratándose de cualquier delito es una interpretación extensiva del texto constitucional en detrimento de una garantía otorgada a los legisladores para asegurar la separación de los poderes del Estado⁴.

La palabra "crimen" (en alemán *Verbrechen*) parece provenir de raíz griega que significa "separar", o sea, lo que debe separarse mediante la acción judicial. En lugar, "delito", parece dar idea de abandono o desviación (*Vergehen* en alemán), pues según Corominas deriva de *linquere* (dejar)⁵. La diferencia etimológica parece haber sido receptada por Binding en su conocida distinción entre *Vergehen*, como desviación que infringe la norma, y *Verbrechen* como la citada infracción cuando es punible.

II. — NECESIDAD DE UNA CONSTRUCCIÓN ESTRATIFICADA DE LA TEORÍA DEL DELITO

215. La doble tautología de cualquier definición formal del delito y la infecundidad de las teorías unitarias. Se ha pretendido que el delito queda suficientemente caracterizado como "conducta punible", pero con ello nos hallamos "frente a una ecuación con dos términos desconocidos: será delito lo que demande pena, y pena lo que sea demandado por el delito"⁶.

En efecto: si bien desde un punto de vista lógico toda definición resulta tautológica, ésta no sólo lo será por ser definición, sino también porque ni siquiera alcanza a ser tal, puesto que nada nos dice acerca de los caracteres del delito, de modo que no sabemos cuándo una conducta es punible y, por ende, cuándo es delito⁷. Es menester reemplazar el aditamento "punible" por las condiciones o caracteres que debe presentar la conducta para que sea punible, los que ineludiblemente deben darse en un cierto orden lógico, constituyendo así una estratificación que se da en el género "conducta" y que elimina el "plus" tautológico de la definición.

Aunque es obvio, no está demás repetir que no es un mero

⁴ Cfr. BIELSA, RAFAEL, op. cit., 528-9; LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Bs. As., 1963, VIII, 368 y ss.

⁵ COROMINAS, JOAN, *Diccionario crítico etimológico de la Lengua Castellana*, Madrid, 1976, II, 122; para la etimología alemana, WAHRIG, GERHARD, *Deutsches Wörterbuch*, Berlin, 1975, 3909 y 3926; también ALIMENA, II, 249.

⁶ Cfr. GALLAS, W., *Beiträge zur Verbrechenlehre*, 1968, p. 2.

⁷ Cfr. BELING, *Verbrechen*, pp. 5 y ss.

afán especulativo o de estética jurídica el que nos lleva a un concepto estratificado y analítico, sino que responde al objetivo práctico que persigue la teoría del delito, que es brindarnos un camino lógico para afirmar o descartar la criminalidad de las conductas concretas. Este objetivo práctico no lo alcanza ninguna concepción unitaria del delito, es decir, ningún concepto del delito que se niegue a distinguir planos o niveles analíticos.

Algunos códigos contienen una definición formal del delito, como el CP español, que en su art. 1º dice: "son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley". En nuestra tradición legislativa nunca se conoció la definición formal del delito. El código Tejedor no definía al crimen y al delito, sino que se limitaba a distinguirlos en razón de la pena⁸.

En modo alguno debe creerse que la conceptualización formal del delito haya imperado hasta las construcciones dogmáticas de nuestro siglo o de la segunda mitad del siglo pasado. Por el contrario, sobre las construcciones anteriores había tenido gran influencia la teoría de la imputación de Pufendorf, y Luden, en 1840, ensayó una clasificación tripartita de sus caracteres (acción, antijuridicidad y culpabilidad)⁹.

La primera definición de delito con clara base sistemática probablemente sea la debida a *Tiberio Deciani*, jurisconsulto italiano (1509-1582), que en su *Tractatus Criminalis*, de aparición póstuma en 1590, decía que "delito es el hecho, dicho o escrito del hombre, por dolo o por culpa prohibido por la ley vigente bajo amenaza de pena, que ninguna justa causa puede excusar"¹⁰.

Las teorías que han pretendido negar los planos o niveles analíticos, fundándose en criterios formales, "realistas" o políticos, han demostrado su infecundidad o sus desastrosos resultados. Se atacó la construcción dogmática con argumentos kelsenianos¹¹, en tanto que para el positivismo italiano eran "abstrucidades tudescas" y para el nacional-socialismo una "expresión del desquiciante pensamiento liberal". Los resultados de todos estos planteos son demasiado evidentes como para que valga la pena detenerse mucho en ellos. *La razón de su fracaso radica en que una teoría "totalista" o "unitaria" no puede brindar ninguna solución práctica y, por ende,*

⁸ Artículos 1º, 2º y 3º del Título Preliminar.

⁹ Cfr. JESCHECK, 153.

¹⁰ SCHAFFSTEIN, F., *La ciencia...*, cit., p. 112.

¹¹ Ver por ejemplo, aparte de los ególogos argentinos, DE LA CERA ALONSO, MANUEL, *El concepto del delito analizado según la teoría pura del derecho* (Tesis), México, 1964; KLEIN QUINTANA, JULIO, *Ensayo de una teoría jurídica del derecho penal*, México, 1951.

puede brindar cualquiera, lo que significa que no sirve a la seguridad y la certeza en la aplicación del derecho.

La corriente penal nacional-socialista —defensora del concepto “totalista” o “unitario”— se conoce con el nombre de Escuela de Kiel, hallándose hoy extinguida. Sus principales expositores fueron Kempermann, Dahm, Schaffstein¹² y Larenz¹³.

Hace algunos decenios también prosperó en nuestro país una corriente unitaria, pero que a diferencia de la germana, no respondió a razones políticas, sino que fue la lógica consecuencia de la llamada escuela “egológica”, capitaneada e inspirada por Carlos Cossio y que, en cierto sentido aspira a ser una aplicación de la teoría pura del derecho. Sus más importantes representantes penales fueron Aftalión y Landaburu¹⁴. Si bien en su momento dieron lugar a una polémica interesante, no han hallado posterior eco. Quizá a este respecto sea el de la Argentina el caso más demostrativo de la infecundidad de la teoría, pues no ha caído por razones políticas ni por falta de inteligencia y conocimiento de sus expositores.

Cabe insistir en que la circunstancia de que tanto la Escuela de Kiel¹⁵ como los ególogos argentinos sostengan una concepción unitaria del delito, que por nuestra parte rechazamos, en modo alguno implica que las identifiquemos, pues es notoriamente injusto asignar a la hoy casi extinguida concepción de la egología en materia penal un corte

¹² KEMPERMANN, EUGEN, *Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente, Ein Beitrag zur Revolution d. strafrechtl. Dogmatik*, Berlín, 1934; DAHM, GEORG, *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*, Berlín, 1935; *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, 1940; *Verbrechen und Tatbestand*, Berlín, 1935; *Gemeinschaft und Strafrecht*, Hamburg, 1935; *Beibehaltung oder Abschaffung des Grundsatzes: “nulla poena sine lege”*, en “Deutsche Landesreferate zum II Internationalem Kongress für Rechtsvergleichung im Haag, 1937”. V. también: FREISLER, *Nationalsozialistisches Strafrecht*, Leipzig, 1934; sobre la escuela de Kiel, BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Las escuelas de Kiel y de Marburgo y la doctrina penal nacionalsocialista*, en *Criminalia*, X, 235; DONNEDIEU DE VABRES, H., *La politique criminelle des États autoritaires*, París, 1938, pp. 71 y ss.; SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH, *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hamburg, 1934; DAHM-SCHAFFSTEIN, *Gegenwartsfragen d. Strafrechtswissenschaft*, 1936; DAHM-SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hamburg, 1933; DAHM-SCHAFFSTEIN, *Grundfragen der neuen Strafrechtswissenschaft*, Berlín, 1935; DAHM-SCHAFFSTEIN, *Methode und System des neuen Strafrechts*, Berlín, 1938.

¹³ LARENZ, KARL, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenken*, Berlín, 1938.

¹⁴ Los trabajos de estos autores correspondientes a la época de esplendor de la teoría, se hallan dispersos en revistas, pero una recopilación de los más importantes de ENRIQUE R. AFTALIÓN se halla en su volumen *La Escuela penal Técnico-Jurídica y otros estudios penales*, Buenos Aires, 1952; una idea completa de la exposición de LAUREANO LANDABURU en *El delito como estructura, “separata” de la “Revista de Derecho Penal”*, Buenos Aires, 1945.

¹⁵ Sobre este pensamiento, WELZEL, *Abhandlungen*, pp. 100 y ss.

político que no tuvo. Bien claro es Aftalión a este respecto: "Un enjuiciamiento muy superficial y frívolo de esta concepción del delito como totalidad que acabo de bosquejar podría llevar a encontrarse parentesco con la Escuela alemana de Kiel, encabezada por Larenz, Dahm y Schaffstein, que también aspiran a encarar el delito como un todo —*als Ganze*—. Pero quienquiera se tome el trabajo de calar hondo en el meollo de esta corriente gótica advertirá muy pronto que la única coincidencia reside en la repulsa de la concepción analítica del delito, hasta entonces dominante en Alemania. Sólo que si ellos embestían contra esa concepción, no era por razones filosóficas o científicas de la índole de las que he expuesto, sino por motivos evidentemente políticos: les molestaba su sentido liberal. Las lucubraciones de la Escuela de Kiel, hechas a la medida de las exigencias oficiales, no son más que penosos, pero aleccionadores ejemplos de los extremos a que conduce la 'politización' de la ciencia"¹⁶.

De cualquier manera, la teoría unitaria argentina ha perdido importancia, la teoría pura pasó de moda y la *Kielerschule* desapareció¹⁷, con lo cual la negación de la estructura analítica se reduce a algún balbuceo aislado de teoría, generalmente procedente de los jusfilósofos, que no de los penalistas¹⁸.

Hicieron excepción en su momento en Latinoamérica Teja Zabre y Luis Carlos Pérez, que acogieron la crítica a la concepción estratificada, pretendiendo este último que los llamados caracteres dogmáticos del delito se identifican con los elementos material y moral manejados por los clásicos, en lo que por cierto no le falta razón si se detiene sólo a observar el criterio sistemático "objetivo-subjetivo", pero que pasa por alto todo el desarrollo posterior de la dogmática y, por otra parte, aun cuando así fuese todavía hoy, esto no constituye argumento para renunciar a la dogmática y caer en una concepción totalista o unitaria, que siempre —como bien lo puntualiza Bettiol¹⁹— tienen un origen intuitivo (no racional), que, en definitiva, es romántico²⁰.

¹⁶ AFTALIÓN, ENRIQUE R., op. cit., p. 89.

¹⁷ Los expositores de esta escuela —a excepción de KEMPERMANN, de quien no hemos podido hallar ulterior noticia— a partir de la post-guerra, tomaron caminos diferentes a los que habían postulado. Así, SCHAFFSTEIN, *Tabestandsirrtum und Verbotsirrtum*, en "Göttingen Fest. für dar Oberlandesgericht Celle, 1961, pp. 175-206; del mismo, *Jugendstrafrecht*, 1966; LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Heidelberg, 1969; DAHM trabajó en Oriente, ver *Das indische "pakistanische" StGB (The Indian Penal Code)*, 1954.

¹⁸ Sobre la concepción unitaria, en sentido crítico, BETTIOL, 204 y ss.; QUINTANO RIPOLES, *Comentarios*, I, 3 y ss.; NOVOA MONREAL, 225 y ss.; SCHWINGE-ZIMMERMANN, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, 1937; PORTE PETIT, 240 y ss.; PAGLIARO, loc. cit.; LABARDINI MÉNDEZ, FERNANDO, *El derecho, la ciencia y el delito*, en DPC, 38 (1970), pp. 98-99; MANTOVANI, 130; TERÁN LÓMAS, I, 223.

¹⁹ V. TEJA ZABRE, ALFONSO, *Principios de Ciencia Penal*, Tegucigalpa, 1950, p. 129; PÉREZ, LUIS CARLOS, *Tratado de Derecho Penal*, Bogotá, 1967, T. I, p. 506; sobre la crítica BETTIOL, 205.

²⁰ Sobre la esencia del romanticismo, § 139.

216. **Las pretendidas posiciones intermedias.** Llamaremos “posiciones intermedias” a las que pretenden aceptar la estratificación analítica del delito, pero que en un nivel del mismo se valen de los conocimientos que corresponden a otro nivel ulterior de análisis que aún no se tiene disponible.

La mayoría de los autores reconocen que la afirmación de un concepto analítico del delito no importa la consideración del mismo como una suma de elementos. Ello resulta a nuestro juicio cierto, al punto que creemos que la consideración del delito como una “suma” o “añadido” de elementos configura una desviación grosera del pensamiento analítico, por lo que el rechazo de esta concepción nunca puede justificar el rechazo del criterio analítico que impone el avance por pasos, es decir, estratificadamente.

Para nosotros, el delito nunca puede ser una “suma de elementos”²¹, porque su unidad está dada por la acción o conducta. Sus tres caracteres específicos son precisamente características que están en la acción, que pertenecen a ella y que sólo podemos escindir por análisis. Ahora bien, la circunstancia de que éstos sean solamente niveles analíticos no autoriza a que nos podamos mover de un plano al otro del análisis cuando nos convenga. Así, *para determinar un plano A no podemos tomar en cuenta elementos que están en un plano C, que es una etapa posterior de análisis; eso nos lo impide el procedimiento analítico que exige que el análisis avance siguiendo un orden lógico, o sea en una prelación lógica.*

Lo que negamos es que de la unidad óptica se pretenda extraer como consecuencia lo contrario; *cada vez que ello se intente, significará una renuncia al concepto analítico, renuncia que no cabe calificar de parcial, sino que es total: significa renunciar a la lógica, con lo cual se introduce la contradicción en el sistema y de este modo su consiguiente invalidez.*

Cuando se sigue el camino analítico, esto es, cuando emprendemos la exégesis conceptual del delito, por algún lado se nos impone comenzar y por otro terminar. Menester nos es tomar algún sendero y, cuando lo hemos emprendido, no podemos recurrir a cualquier concepto que todavía no tenemos disponible para esclarecer un paso previo del análisis. Eso implica apelar a la intuición, es decir, renunciar tácitamente al camino analítico.

²¹ Cfr. BATTAGLINI, en *Giustizia Penale*, 1960, IV, 116; COUSIÑO MACIVER, I, 266; BETTIOL, 209.

III. — POSIBLES CRITERIOS SISTEMÁTICOS

217. **De la acción hacia su autor.** Ante la imposibilidad de captar al delito en forma unitaria —imposibilidad que se deriva de la infecundidad de cualquier intento semejante— se desprende la necesidad de su consideración como un concepto complejo. Como no es posible ignorar que el delito es una conducta o acción y que, como tal, debe pertenecer obligadamente a un autor, si bien ambos conceptos se presuponen mutuamente, cabe preguntarse por dónde es conveniente iniciar la tarea analítica, si por la conducta o por su autor. En el esquema que desarrollaremos tomamos decidido partido por el camino que se inicia en la conducta. Detengamos ahora nuestra atención un instante, para apuntar dos posibilidades sistemáticas diferentes —que rechazamos—: *el camino inverso* (del autor hacia la conducta) y *el criterio "objetivo-subietivo"*.

218. *¿Se puede seguir el camino inverso?* Parece *prima facie* lógico que se marche analíticamente desde el autor hacia la conducta, particularmente tomando en cuenta que sin autor no hay conducta y que el autor preexiste a la conducta. En verdad, ninguno de ambos argumentos tiene consistencia.

Que sin autor no hay conducta es afirmación certerísima, pero también lo es que sin conducta no hay autor. Este infantil juego de palabras obedece a que se trata de un juicio analítico —no sintético— en el que nada agregamos al conocimiento puesto que solamente definimos al autor vinculándolo inescindiblemente a su conducta.

Con referencia al segundo argumento —es decir que el autor preexiste a la conducta— podemos afirmar que la *prioridad cronológica* jamás puede ser criterio determinante de la *prelación lógica* de los caracteres del delito²², pues ellos deben coincidir en el momento realizador o consumativo, sin que tenga relevancia alguna que hayan coincidido un instante antes o después. Piénsese que con tal criterio podría sostenerse que lo primero en el tiempo sería la ley y, por ende, el tipo penal.

Por supuesto que el criterio por nosotros sostenido —que va de la conducta al autor— no prescinde de éste en modo alguno. Al autor lo veremos a lo largo de todo el análisis del delito: primero como autor de conducta, después como autor de conducta típica, más tarde como

²² Cfr. PORTE PETIT, 238 y ss.

autor del injusto y, por último como autor culpable (lo que da a su conducta el carácter de reprochable). No se trata de prescindir del autor y de tomarlo en cuenta apenas al nivel de la culpabilidad, sino que a ese nivel se lo ve únicamente como sujeto de reproche personal.

En general, el camino que va del autor a la conducta, corresponde a una sistematización antigua en desuso. Porte Petit pareció querer remozarla en México²³, pero no insiste en ello²⁴, y por nuestra parte dudamos al respecto, buscando la ubicación sistemática de la imputabilidad²⁵ —el “fantasma errante”, como la calificara Frank—, mas en líneas generales puede afirmarse que se trata de una sistemática antigua. En esa línea, Berner analiza el delito dividiéndolo en sujeto, objeto y medio²⁶; Meyer comienza con la “voluntad o el aspecto subjetivo del delito”²⁷, tratando la imputabilidad; Baumgarten considera al delito como “acto de voluntad de los imputables” y lo define como “acto de voluntad libre culpable”²⁸. Gerland dice: “Por delito entendemos una conducta humana culpable que viola las normas del Estado y que las leyes penales colocan bajo pena”; conforme a esta definición comienza su tratamiento con la “teoría del sujeto del delito” y la imputabilidad²⁹. Merkel trata también con prioridad el “aspecto subjetivo”³⁰. En Italia hace lo mismo Enrico Pessina, como que también responde al hegelianismo y sólo por razones expositivas trata del dolo antes que de la imputabilidad³¹. En Alemania, todos los autores siguen un criterio completamente inverso³², incluso Hellmuth Mayer³³.

²³ PORTE PETIT, CELESTINO, *Programa de la Parte General del Derecho Penal*, México, 1968, p. 506; edic. anterior, 1958, p. 388.

²⁴ Así, PORTE PETIT, op. cit. pp. 255 y ss.

²⁵ Dejamos abierto el interrogante en *La imputabilidad penal: problema de siempre*, “separata” de “Derecho Penal Contemporáneo”, México, 1965; nos inclinamos a considerarla como capacidad de conducta en *El dolo del loco*, en “Revista de la Fac. de Derecho de la Universidad Católica del Perú”, Lima, 1966; y en GONZÁLEZ MARISCAL, OLGA I. DE-RAMÍREZ HERNÁNDEZ, ELPIDIO-ZAFFARONI, E. RAÚL-KARP, LIAN, *Notas preliminares sobre un Modelo lógico-matemático del Derecho Penal*, en “Derecho Penal Contemporáneo”, 1966, nº 14; le damos la ubicación que estimamos ahora correcta en *La capacidad psíquica del delito*, cit.

²⁶ BERNER, ALBERT FRIEDRICH, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, Leipzig, 1898, p. 68; igual su precursor hegeliano ABEGG, J. Fr. H.: *Lehrbuch des Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt a.d. Orla, 1836, pp. 122 y ss.

²⁷ MEYER, HUGO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Erlangen, 1888, pp. 180-181.

²⁸ BAUMGARTEN, ARTHUR, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, Tübingen, 1913, p. 124.

²⁹ GERLAND, HEINRICH B., *Deutsches Reichstrafrecht*, Berlín u. Leipzig, 1922, pp. 72, 74-75.

³⁰ MERKEL, ADOLF, op. cit.

³¹ PESSINA, op. cit., p. 168.

³² Así MEZGER-BLEI, BLEI, WELZEL, BAUMANN, JESCHECK, STRATENWERTH, MAURACH, SCHMIDHÄUSER, WESSELS, BOCKELMANN, NAUCKE, OTTO, etc. Para la crítica de esta sistemática, MAURACH, 152; MAURACH-ZIFF, 185-6; WELZEL (con relación a los hegelianos).

³³ MAYER, H., 1967, 40; también, 1953; en parecido sentido la teoría

El origen de esta teoría es abiertamente hegeliano: como para Hegel el derecho pertenece a la etapa del “espíritu objetivo”, en que ya debe haberse superado la del “espíritu subjetivo”, nadie puede actuar con relevancia jurídica si no tiene libertad, es decir, si no es imputable. De allí que para Hegel no existiese voluntad (y por ende conducta) sin libertad: “El terreno del derecho —decía— es lo espiritual; su lugar más preciso y su punto de partida es la voluntad, que es libre, de modo tal que la libertad constituye su sustancia y determinación, y el sistema del derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del espíritu que se produce a sí mismo como una segunda naturaleza”³⁴.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la concepción que criticamos y que pretende marchar del autor hacia la conducta, cabe advertir que con ella nos veríamos forzados a desconocerle al inimputable su capacidad para actuar justificadamente, pues al ser la imputabilidad el primer paso del análisis, negada la imputabilidad no tendría sentido entrar a considerar los otros niveles analíticos. Igualmente inadmisibles serían la invocación de la legítima defensa contra la agresión de un inimputable, porque al no realizar éste conducta, no se trataría propiamente de una agresión³⁵, sin contar con las enormes dificultades en materia de participación.

219. ¿Lo “objetivo-subjetivo” es criterio útil? La circunstancia de que estratifiquemos la teoría del delito marchando de la conducta hasta el autor, no significa —como se ha entendido— que tal análisis deba hacerse partiendo de lo objetivo para llegar a lo subjetivo.

Por cierto que cuando nos hallamos ante un fenómeno cualquiera en que participa el hombre, lo primero que se nos ocurre es escindir analíticamente sus aspectos objetivo y subjetivo. Este criterio simplista —propio de una reacción primaria y carente de elaboración—, aplicado al análisis del delito nos conduce de inmediato a afirmar que el injusto penal (la conducta típica y antijurídica) es el aspecto objetivo del delito y que la culpabilidad es su aspecto subjetivo.

Esta afirmación se hace insostenible, al menos en términos

austriaca, RUTTLER (1933); NOWAKOWSKI (1954); en Suecia, AGGE, IVAR, *Staf-frättens Allmänna del*, II, Stockholm, 1961, 287 y ss.

³⁴ HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. de Juan Luis Verma, Bs. As., 1975, p. 37. V. *supra*, § 140.

³⁵ Cfr. MAURACH, loc. cit.

absolutos, porque afirmar que el injusto es puramente objetivo equivaldría a sostener que existe conducta humana sin voluntad. Para evitar esta consecuencia absurda, los partidarios de este criterio quieren salvar el esquema desnaturalizando el concepto de conducta mediante un recurso artificioso, que pretende que en la conducta debe darse la voluntad, pero una voluntad "que no abarca el fin de la conducta", una voluntad que se reduce a una mera inervación muscular³⁶. De este modo, el fin de la conducta, inexplicable y arbitrariamente escindido de la voluntad, es llevado a la culpabilidad.

Por esta vía, sus partidarios consideran a las descripciones legales de conducta prohibidas como un mero encuadre formal en el que encaja un proceso *causal* —cuando lo hay— o un mero movimiento externo sin finalidad conocida. Es de esta manera que las descripciones legales quedan —según este criterio— "objetivizadas". El grito —*casi alarido*— sistemático, es el siguiente: "*Todo lo objetivo al injusto, todo lo subjetivo a la culpabilidad*".

Este principio fue admitiendo cada vez mayores limitaciones, hasta quedar hoy prácticamente invalidado.

Nuestra concepción no toma como base la distinción del criterio objetivo-subjetivo, sino que se trata de una individualización de conducta mediante un sucesivo juego de comprobaciones de desvalor jurídico. Establecida la presencia de la conducta típica, la misma es sometida a una primera comprobación que es su oposición al orden jurídico (*antijuridicidad*), comprobación en la que se hace preciso tomar en cuenta aspectos tanto objetivos como subjetivos, y no sólo su aspecto objetivo, como se ha pretendido por parte de quienes entendieron que el criterio sistemático debía fincar en la distinción entre elementos externos e internos. A *posteriori* se realiza otra comprobación, que consiste en averiguar si el derecho le exige al autor que no incurra en injusto (o sea en una conducta contraria al orden jurídico).

Este criterio es el resultado de una evolución —de la que nos ocuparemos— que fue precedida por el empleo del criterio sistemático objetivo-subjetivo, que en la actualidad se encuentra desechado, pero que permanece encubierto en muchas sistemáticas.

Recordemos que Beccaria distinguía el aspecto objetivo del subjetivo del delito, haciendo fincar en el objetivo la medida del mismo.

³⁶ Más ampliamente al tratar de la conducta, *infra*, § 253.

“Hemos visto —decía— que el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos”³⁷. Lardizábal también apuntaba hacia esa sistemática: “Es de la naturaleza de la pena, que para incurrir en ella, se cause algún daño o perjuicio, y que este daño se haga voluntariamente y con malicia o por culpa, porque faltando estos requisitos, no hay moralidad en las acciones humanas, y por consiguiente tampoco hay imputabilidad”³⁸. Pero es en Carmignani donde se hace patente y clara la sistemática que criticamos: para Carmignani el delito puede ser considerado en su intención, es decir, en su *fuerza moral*, o en cuanto a su ejecución, es decir, en su *fuerza física*. Todo lo que falta en la intención o en la ejecución constituye para Carmignani el “grado del delito”³⁹. “La calidad del delito es el acto material acompañado de la prava intención, del que resulta la infracción a la ley de la ciudad”⁴⁰. Esta teoría de las fuerzas, tradicional en la escuela toscana, fue desarrollada al máximo por Carrara⁴¹. La misma persiste aún en Italia, donde autores contemporáneos siguen el mismo camino sistemático, por mucho que lo hagan con lenguaje más complejo y alambicado. Muy claro resulta ello, por ej., en Musotto, para quien “desde el punto de vista subjetivo se le atribuye al hombre aquello que ha querido, como desde el punto de vista objetivo se le atribuye sólo lo que ha causado”⁴². Un parecido criterio sostiene Frosali⁴³ y Ranieri, pese a que afirma que desde la “forma” el delito es un hecho humano típico, ilícito y punible, no deja de reconocer al fin que, en su “contenido” tiene un elemento material y un elemento psicológico, con lo que también cae como tributario del viejo esquema⁴⁴.

En Francia esta sistemática permanece inalterable, lo que resulta explicable por su escaso desarrollo dogmático. Es así que si bien la mayoría de los autores reconocen tres elementos en el delito, afirman que éstos son un elemento legal, un elemento material y un elemento moral⁴⁵. Otros autores sostienen un sistema más complicado, pero igualmente tributario del mismo criterio, como el de Merle-Vitu, quienes dividen al delito en infracción y culpabilidad, distinguiendo dentro de la infracción una estructura jurídica y una estructura material, y dentro

³⁷ BECCARIA, op. cit., p. 33.

³⁸ LARDIZABAL, *Discurso*, cit., p. 54.

³⁹ CARMIGNANI, *Elementi*, cit., §§ 97 a 100.

⁴⁰ Idem, § 133.

⁴¹ CARRARA, *Programma*, cit., esp. § 53.

⁴² MUSOTTO, GIOVANNI, *Corso di Diritto Penale*, Palermo, 1960, p. 156, también pp. 106/7.

⁴³ FROSALI, RAÚL ALBERTO, *Sistema Penale Italiano*, Torino, 1958, I, p. 361.

⁴⁴ RANIERI, SILVIO, *Manuale di Diritto Penale*, Padova, 1952, I, 94-5.

⁴⁵ Así, DONNEDIEU DE VABRES, H., *Traité de Droit Criminel et de législation penale comparée*, París, 1947, pp. 52 y ss.; VOUIN, ROBERT-LÉAUTÉ, JACQUES, *Droit Pénal et Procédure penale*, París, 1969, p. 37; STEFANI, GASTÓN-LAVASSEUR, GEORGES, *Droit Pénal Général et procédure penale*, París, 1971, p. 98; BORRICAND, JACQUES, *Droit Pénal*, París, 1973, pp. 51-52.

de la culpabilidad, aspectos materiales y psicológicos⁴⁶. Más contundente dentro de los cánones de la sistemática simplista es Decocq, quien dice que el elemento legal es un mito, porque pertenece a la ley y no al delito, admitiendo así una clasificación bipartita consistente en el elemento material y psicológico⁴⁷. Tan elemental sistematización y lo inútil y carente de esclarecimiento metodológico de la misma, nos exime de mayores comentarios. Como es sabido, menor es aún el desarrollo dogmático anglosajón, por lo que en los autores ingleses es frecuente hallar la afirmación de que se requiere una exploración de la *mens rea*, pero que “la misma no puede ser adecuadamente discutida sin una exploración preliminar de la naturaleza del *actus reus*”, lo que demuestra a las claras la identificación con la sistemática primaria de análisis⁴⁸.

En Alemania una similar dicotomía era afirmada por Feuerbach, quien entendía, como “distinciones en la violación de una ley penal”, las “distintas relaciones del resultado y la acción” (consumación y tentativa) y luego, las clases de causalidad del actor respecto del resultado ilícito, en tanto que, por otro lado, establecía diferencias conforme al fundamento intelectual de la violación⁴⁹. Un similar criterio se percibe en Binding, quien distinguía entre el *Tatseite* (lado de hecho) y el *Schuldseite* (lado de la culpabilidad)⁵⁰.

Cuando Beling se percata que con la mera antijuridicidad no basta para caracterizar al delito, porque hay muchos actos antijurídicos y culpables que no son delitos, toda vez que la antijuridicidad viene dada por todo el orden jurídico y no sólo por el derecho penal, y genialmente construye el concepto de tipo en 1906, no hizo más que establecer una distinción dentro del “*Tatseite*” (lado de hecho), de lo objetivo.

De allí se deriva que haya habido una primitiva concepción bipartita del delito, que luego se hizo tripartita con Beling, y que llegó a ser “pentapartita” para Carnelutti⁵¹, “pluripartita” o “pluridimensional” para Jiménez de Asúa⁵². Hoy se trata de reivindicar la concepción bipartita particularmente por los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo y también por los que sostienen el tipo de injusto⁵³. Muy claramente retoma este esquema Antolisei, quien sin apartarse de la sistemática primaria o simplista, niega la diferencia entre tipicidad y antijuridicidad y, por consiguiente, termina distinguiendo sólo entre “elemento objetivo” y “elemento subjetivo”⁵⁴.

⁴⁶ MERLE, ROGER-VITU, ANDRÉ, *Traité de Droit Criminel*, Paris, 1967.

⁴⁷ DECOCCQ, ANDRÉ, *Droit Pénal Général*, Paris, 1971, p. 155.

⁴⁸ GLANVILLE, L. WILLIAMS, *Criminal Law*, London, 1953, p. 1.

⁴⁹ FEUERBACH, *Lehrbuch*, 1832, pp. 28 a 44.

⁵⁰ BINDING, KARL, *Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allg. Teil*, Leipzig, 1913, pp. 115 y 128.

⁵¹ CARNELUTTI, FRANCESCO, *La teoría generale del reato*, Padova, 1933.

⁵² JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, 1ª ed., III, p. 59.

⁵³ V. *infra*, § 296.

⁵⁴ ANTOLISEI, 160-162.

Es de hacer notar que la división del delito en dos sectores —objetivo uno y subjetivo el otro— coincide en positivistas, hegelianos y kantianos, es decir, en materialistas e idealistas. La diferencia entre ellos suele fincar sólo en el lado por el que comienzan el análisis, como corresponde a las diversas teorías del conocimiento que postulan. Como veremos oportunamente, a causa de la distorsión que hay en estas teorías, en que tanto el realismo ingenuo del positivismo materialista como el idealismo romántico del hegelianismo o la combinación de cuño iluminista entre la física causalista de Newton y la libertad del hombre del idealismo, no llegan a acercarse a la realidad, precisamente porque destrozan el carácter genérico del delito: la conducta humana.

220. Breve anticipación de las dificultades sistemáticas que apareja el criterio “objetivo-subjetivo”. Uno de los problemas que con este criterio no halla satisfactoria explicación es el de la tentativa. La tentativa, como veremos oportunamente⁵⁵, responde a una fórmula legal que amplía las descripciones de materia de prohibición hechas por el texto legal en sus tipos de la parte especial. Sin la fórmula de la tentativa, la conducta que no consuma delito alguno no estaría prohibida. No obstante, es imposible determinar si una conducta queda abarcada en esta fórmula o cae fuera de ella, si no se toma en cuenta el fin de la misma: nada se puede decir sobre un puñal que hiende el aire si se ignora con qué finalidad fue lanzado. El art. 42 es suficientemente claro al respecto: “El que con el fin de cometer un delito determinado...”. Si esto ocurre con la tentativa, no hay razón para negarlo aún en los delitos consumados.

Por otra parte, las mismas descripciones de conducta prohibida requieren a veces ciertas direcciones especiales de la voluntad, habiéndose hablado en estos supuestos de “elementos subjetivos” (del tipo o del injusto). Estos “elementos subjetivos” no se pueden explicar con un criterio sistemático que pretende que la conducta se individualiza *prima facie* por su aspecto objetivo.

Lo cierto es que antes aún de la aparición o descubrimiento de los “elementos subjetivos del tipo”, el sistema había cedido cuando se había hecho preciso reconocer componentes objetivos en la culpabilidad, lo que sucede con la adopción de la teoría normativa de la misma, inaugurada por Frank en 1907⁵⁶. En consecuencia, la quiebra del criterio objetivo-subjetivo se debe de preferencia a la teoría normativa de la

⁵⁵ V. *infra*, 551.

⁵⁶ FRANK, REINHARD, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907.

culpabilidad antes bien que a la atención respecto de la presencia de requerimientos subjetivos en el injusto. De cualquier modo, ambos hacen que el sistema se descalabre totalmente.

En el actual grado de desarrollo de la teoría del delito no ha menester mucha agudeza para percatarse de que el criterio objetivo-subjetivo no rinde frutos, como lo demostraremos en el curso de la exposición que haremos. De allí que la generalidad de los autores alemanes —excepción hecha de Hellmuth Mayer con su sistemática “dialéctica”⁵⁷— hayan desechado este sistema analítico. En Italia, con gran claridad se expresa Santamaría: “La separación del aspecto objetivo del psíquico y la consideración de este último como elemento de la responsabilidad conduce a graves errores en la labor interpretativa y pone la seguridad jurídica en serio peligro”⁵⁸, expresándose en términos análogos y terminantes Cerezo Mir en España⁵⁹.

No podemos pasar por alto una vertiente nueva, que con argumentos que en definitiva provienen de la llamada “escuela” o “filosofía crítica”, politiza idealísticamente el análisis del delito y retorna a una concepción bipartita del mismo (objetivo-subjetiva), negando la diferencia entre tipicidad y antijuridicidad (teoría de los elementos negativos del tipo), afirmando que el injusto tiene un aspecto objetivo —que con su idealismo no hace fincar en la causalidad sino en la “imputación”— y un aspecto subjetivo en el que incluye también la “consciencia de la antijuridicidad” haciendo desaparecer prácticamente a la culpabilidad, puesto que llama de ese modo a lo que entiende que es un mero criterio político criminal. Este análisis revierte la teoría del delito al esquema de Lilienthal más que al de von Liszt, puesto que la imputabilidad no es más que un presupuesto para que se aplique pena conforme al criterio político-criminal a que responde la llamada “culpabilidad” (que, en definitiva, es punibilidad). Tal parece ser la tesis contemporánea de Roxin⁶⁰.

IV. — LOS ESTRATOS ANALÍTICOS

221. El sentido de la estratificación. Cuando afirmamos que el concepto del delito es estratificado, es necesario insistir en que lo estratificado, lo que se realiza por etapas, no es el delito, sino su análisis: lo estratificado es el proceso analítico. La conducta humana no es “estratificada”, sino que ciertas conductas se deno-

⁵⁷ MAYER, HELLMUTH, 1967, p. 40.

⁵⁸ SANTAMARÍA, DARIÓ, *Rein Objektive Auffassung des Tatbestandsbegriffs und Verletzung des Gesetzmäßigkeitsprinzips*, en “Fest. f. WELZEL”, Berlín, 1974, pp. 431 y ss.

⁵⁹ CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal Español*, en Rev. Jur. Veracruzana, 1974, Nos. 3 y 4, pp. 5 y ss.

⁶⁰ ROXIN, CLAUDIUS, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlín, 1973; *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlín, 1973.

minan “delitos” cuando poseen unas características que se estudian en un cierto orden.

El delito no es un “rompecabezas” ni puede estudiarse como una pieza anatómica. La conducta es el “todo” del delito y los que suelen llamarse “elementos del delito” son características de la conducta requeridas por el derecho para motejarla “delito”. La unidad del concepto analítico o dogmático *la garantiza, precisamente, la conducta*. El análisis no destruye al delito, si lo realizamos teniendo en cuenta que se trata de una unidad cuya síntesis es la conducta. En este sentido el análisis “no niega la unidad, sino que es el medio para realizarla”⁶¹. De allí que el proceso analítico no puede arrancar de nada diferente a la conducta misma: *no pueden considerarse caracteres “delictivos” de una conducta los que son caracteres de cualquier conducta humana*.

Quienes afirman que la finalidad puede tomarse indistintamente en consideración a nivel del tipo o de la culpabilidad, parecen considerar al delito en una mesa de autopsias, sin percatarse de que la tipicidad que no tome en consideración la finalidad será una característica de algo que no es conducta, lo que ellos mismos reconocen⁶².

La conducta humana es inescindible, incluso de sus circunstancias. El hecho de que a nivel de la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, tomemos en cuenta determinados aspectos psicológicos o fácticos, no significa que estos aspectos no estén en la conducta o rodeándola. Sucede así que la conducta es el “todo” del delito, un todo “prejurídico” y “jurídico” a la vez. Es prejurídico porque la conducta existe antes que la ley la describa e independientemente de su descripción y valoración o desvaloración. Es jurídico por ser materia de una valoración jurídica.

Para determinar qué es delito, la ley describe determinadas conductas —las individualiza— y luego las desvalora doblemente: una desvaloración de la conducta y otra de su autor en su circunstancia, que implica también una característica de la conducta. Estos juicios vienen dados por la ley, y nosotros nos limitamos a verificar su existencia.

Recordemos que la conducta es lo genérico y lo delictivo es lo específico: lo delictivo son conductas con ciertas características, pero

⁶¹ PETROCELLI, BIAGIO, *Principii di Diritto Penale*, I, 256.

⁶² Así MEZGER, *Moderne Wege*, pp. 11 y ss.; entre nosotros expresamente; NÚÑEZ, I, 231.

los elementos que tomamos en cuenta para afirmar la existencia de esas características ya están en la conducta o son su circunstancia. Por ello, preferimos no hablar de "elementos" del delito, porque el delito no es un "dominó", sino que todos sus "elementos" se hallan en la conducta o en la circunstancia en que ésta ineludiblemente se halla inmersa como manifestación de un "ser ahí", tomándose en cuenta sólo para la individualización o comprobación de la doble desvaloración de la conducta. Por ello, se nos ocurre menos confuso considerar a la tipicidad, a la antijuridicidad y a la culpabilidad como *caracteres* de la conducta delictiva.

222. **Una distinción primaria.** En el código penal nos hallamos con una serie de enunciados en la "parte general", particularmente en el art. 34, que nos indican cuándo no hay delito. Por otro lado, hay una serie de descripciones en la "parte especial", que corresponden a las conductas penadas. De unos y otras debemos inferir, por exclusión, los casos en que no hay delito o, lo que es lo mismo, aquellos en que hay delito.

Esto nos sugiere, desde el inicio, una distinción primaria: los supuestos en que no hay delito porque están excluidos en función del art. 34 y los otros, en que no lo hay porque la conducta no coincide con algunas de las figuras de la "parte especial".

Previo a averiguar si la conducta está descripta, se impone saber si es conducta, porque no tiene objeto comparar con la descripción legal de una conducta amenazada con pena, lo que no sabemos si es una conducta.

Del análisis de los incisos del art. 34 surge que no hay conducta en los supuestos de "inconsciencia" y de "fuerza física irresistible". En todos los demás supuestos del mismo artículo, aunque no hubiere delito, hay siempre una conducta humana. En esos dos casos no la hay porque el individuo obra como un mero agente físico, pero en el acontecer físico que protagoniza no tiene ingerencia alguna la voluntad.

En consecuencia, el primer peldaño finca en la averiguación de la presencia de una conducta, que se establece mediante la comprobación de la inexistencia de los supuestos que la excluyen.

Por ende, la conducta, *en el proceso constructivo del concepto dogmático del delito* constituye su carácter genérico, y en la averiguación de la delictuosidad de un "hecho" conforma una selección primera, a la que corresponde descartar todos los hechos que no son conductas.

223. **La tipicidad.** A los dispositivos que la ley utiliza para individualizar conductas penadas los llamamos *tipos*. Estos tipos —que se hallan en el parte especial y en las leyes penales especiales— tienen carácter *predominantemente descriptivo*. De este carácter no puede deducirse que los tipos individualicen “*exterioridades*” de conducta y prescindan de lo subjetivo: *se puede describir tanto lo objetivo como lo subjetivo*.

El segundo paso será, pues, averiguar si la conducta que investigamos está o no individualizada por alguno de estos tipos penales. En caso de estarlo, se llamará *tipicidad* a la característica que por esta circunstancia reviste la conducta y se llamará *típica* a la conducta. Cuando la conducta no sea típica, diremos que hay *atipicidad* de la conducta, o sea, que se trata de una acción *atípica*.

El tipo cumple la función de individualizar las conductas que pueden ser delito: es un dispositivo legal que sólo puede hallarse en la ley penal⁶³, para fijar las conductas que nos pueden interesar como delitos. Los dos caracteres del delito que nos restan por enunciar no son exclusivamente penales, pero la tipicidad sí lo es.

224. **La antijuridicidad.** A primera vista diríamos que los casos del art. 34 son “permisos” para realizar conductas típicas, pero de su lectura se desprende inmediatamente que no todos son “permisos”. En efecto, podemos decir, a guisa de ejemplo, que la legítima defensa es un permiso para realizar una conducta típica, pero no podemos afirmar que los enfermos mentales tengan “permiso” para matar. Por lo tanto, debemos distinguir dos niveles entre los restantes supuestos: los permisos y las prohibiciones no punibles por inculpables.

Si el orden jurídico permite una conducta, esto significa que tal conducta no es contraria al mismo (*antijurídica*) sino conforme a él. Por ende, para que una conducta típica sea delito, requiere también ser *antijurídica*. Esta característica se comprueba objetivamente, en el sentido de que su afirmación se hace por la inexistencia de una disposición permisiva en el texto legal. Estas disposiciones permisivas se denominan “*causas de justificación*” y pueden hallarse en el Código Penal (art. 34, incs. 3º, 6º y 7º) o en cualquier otro texto legal, siendo el enunciado genérico de las últimas “*el ejercicio de un derecho*”.

A través del “*ejercicio de un derecho*”, que excluye la antijuri-

⁶³ Puede haber tipos en otras leyes (civiles, administrativos, etc.), en cuanto traten de individualizar materia prohibida, pero no serán tipos penales.

dicidad, el derecho penal se vincula con la totalidad del orden jurídico. Las conductas típicas sólo pueden llegar a ser delitos de no estar permitidas por algún precepto del orden jurídico (es decir, si son *antijurídicas*). Por otra parte, en general no nos interesan las conductas antijurídicas que no son típicas (el incumplimiento de una obligación civil, por ejemplo). Así se percibe claramente la importancia de la tipicidad.

Presentes las dos primeras características del delito (tipicidad y antijuridicidad), denominamos "*injusto*" a la conducta que las ofrece (sin que la expresión tenga nada que ver con el derecho natural, pues es traducción de la voz alemana *Unrecht*). Consecuentemente, *injusto es una conducta típica y antijurídica*.

225. **La culpabilidad.** Pese a la presencia de un injusto no podemos aún afirmar la presencia de un delito: es necesario que ese injusto le sea jurídicamente reprochable a su autor, o sea, que su autor sea culpable. Dicho de otra manera, es necesario que la conducta le sea reprochable al autor.

En determinados supuestos, debido a la situación o estado en que se encuentra el autor (inimputabilidad, estado de necesidad inculpante, casos especiales de inexigibilidad de otra conducta, error de prohibición) el orden jurídico no puede exigirle al autor la realización de otra conducta distinta y conforme a derecho (o menos lesiva) y, por ende, no puede reprocharle la conducta. La conducta no reprochable es la conducta de un autor no culpable y, en ese caso, nos hallamos con *un injusto no culpable*.

En síntesis: para que exista delito se requiere un carácter genérico —que es la *conducta*— que debe adaptarse a una de las descripciones de la ley —*típica*—, no estar amparada por ninguna causa de justificación —*antijurídica*— y pertenecer a un sujeto a quien le sea reprochable —*culpable*. Brevemente, *delito es conducta típica, antijurídica y culpable*.

Huelga la advertencia de que los precedentes párrafos no son más que una síntesis simplista en grado máximo de un concepto complejo y que dista de ser pacífico.

La distinción entre antijuridicidad y culpabilidad se debe a von Jhering, y fue en su momento criticada⁶⁴, particularmente por la *Imperati-*

⁶⁴ JHERING, RUDOLF VON, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, en "Fest. Giessen", Roth, 1867.

ventheorie de Thon⁶⁵ y su seguidor von Ferneck⁶⁶. La teoría de los imperativos sostenía que el derecho es un sistema de imperativos dirigidos a los individuos que son capaces de comprenderlos: si no hay destinatario capaz (un enfermo mental, p. ej.) no hay contrariedad con la norma y no hay conducta antijurídica. Similar a esta teoría de los imperativos fue la de Merkel, en la que también dependía de la capacidad del autor la existencia de la antijuridicidad de la conducta, concepto que se evidencia en la definición de autor que Merkel proporcionaba: "Caracteriza al autor que en su persona y actividad se presente la totalidad de las características legales del delito"⁶⁷. De este modo lleva la subjetivización del injusto hasta límites insostenibles. Estas teorías en que se fundaran las críticas a la distinción de la antijuridicidad objetiva de Jhering están hoy abandonadas y ya nos hemos ocupado de su no viabilidad⁶⁸. Determinar el injusto en atención a la responsabilidad del autor sería una renuncia del derecho⁶⁹.

Binding también parte de la teoría de los imperativos, pero no dirigidos al individuo, sino al Estado, estableciendo una "dependencia entre derechos objetivos y subjetivos"⁷⁰. De este modo —y aunque se opuso a la distinción de Jhering— viene a perfilar en campo penal la diferencia entre antijuridicidad y culpabilidad. Fue Franz von Liszt⁷¹ quien delineó, al lado de la antijuridicidad objetiva de von Jhering, la culpabilidad subjetiva.

No obstante, hasta aquí el concepto dogmático de delito era incompleto, pues la antijuridicidad y la culpabilidad no agotaban los presupuestos de la punibilidad. De allí que Liszt considerara a la punibilidad elemento del delito. Fue Ernst von Beling quien en 1906 enunció el concepto de tipo penal, piedra angular de todas las construcciones dogmáticas posteriores.

V. — LAS ETAPAS DE LA EVOLUCIÓN TEÓRICA ⁷²

226. El sistema de Liszt-Beling. Acabamos de ver cómo se alcanza la división tripartita del concepto de delito. Queda concretada con Beling

⁶⁵ THON, AUGUST, *Der Rechtsbegriff*, Wien, 1880.

⁶⁶ FERNECK, ALEXANDER HOLD VON, *Die Rechtswidrigkeit*, Jena, 1903-1905.

⁶⁷ MERKEL, ADOLF, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, pp. 139 y 156 y ss.

⁶⁸ Cfr., *supra*, 218.

⁶⁹ Cfr. BAUMANN, 179.

⁷⁰ BINDING, KARL, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, p. 181.

⁷¹ En el *Lehrbuch*, 1ª ed., 1881; sobre ello WELZEL, *Zur Dogmatik...*, cit., p. 3; SCHMIDHÄUSER, 129.

⁷² Síntesis de esta evolución pueden verse en JESCHECK, 159; SCHMIDHÄUSER, 131; WELZEL, *Zur Dogmatik*, cit.; SCHWEIKERT, op cit.; GALLAS, W., *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, 19 y ss.; STRATENWERTH, 55 y ss.; BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, 1949; RAMOS MEJÍA, ENRIQUE, *La*

y al sistema se lo conoce como "clásico"⁷³, denominación justamente criticada por Welzel, que se negaba a aceptar dicha calificación para un sistema que proviene de fines del siglo pasado⁷⁴.

Este sistema se caracterizaba por la gran influencia que sobre él ejercía el pensamiento filosófico positivista. En general, se regía por el ya criticado principio sistemático "objetivo-subjetivo": el injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva.

La *conducta*, a la que se privaba de la finalidad, estaba convertida en un acontecer causal. La voluntad era una capacidad de "inervación muscular"⁷⁵. El *tipo* abarcaba la exterioridad de la conducta, porque prescindía de cualquier elemento subjetivo. La *antijuridicidad* era objetiva, en el sentido de que recaía sobre esta exterioridad de la conducta, y era señalada por Liszt (concepción material) como una dañosidad social. El injusto abarcaba así toda la causación física, en tanto que la *culpabilidad*, eminentemente subjetiva, consistía en la causación psíquica. De allí que se concibiera a la culpabilidad como una relación psicológica entre la conducta y el resultado (teoría psicológica de la culpabilidad). Este sistema está fundamentalmente expuesto en las obras de Liszt y Beling⁷⁶, al punto de que los autores contemporáneos lo mencionan por el nombre de éstos⁷⁷.

227. Los llamados sistemas "neoclásicos". Con el surgimiento de la teoría normativa de la culpabilidad (Frank, 1907) y la introducción de los elementos subjetivos del tipo (1911) se construye un nuevo esquema del delito que lo concibe como una individualización del acto prohibido (conducta típica) y una doble desvaloración: del acto (antijuridicidad) y del autor (culpabilidad). De cualquier manera, este análisis no altera fundamentalmente el sistema "clásico", sino que *se trata de nuevos argumentos para sostener una sistemática "clásica": hay sólo un "ropaje neoclásico"*, pues la vieja teoría viene a apuntalar la antigua sistemática⁷⁸. En efecto: dolo y culpa permanecen en la culpabilidad; el tipo sigue siendo predominantemente objetivo y la antijuridicidad también. Esta construcción neoclásica tuvo numerosos sostenedores (el resto del causalismo alemán contemporáneo se identifica con ella) y, por nuestra parte,

teoría del delito desde von Liszt y Beling hasta hoy, en "Idearium", Mendoza, 1979, pp. 11y ss.; DONNA, EDGARDO A., *La crisis del pensamiento penal y su superación*, en la misma, pp. 127 y ss.; AGUDELO BETANCURT, NODIER, *Diversos contenidos de la estructura del delito*, en "Nuevo Foro Penal", N° 1, oct.-dic. 1978; GONZÁLEZ MOURULLO, p. 196; TAVARES, JUAREZ, *Teorias do delito, variações e tendências*, São Paulo, 1980; etc.

⁷³ Cfr. JESCHECK, 161.

⁷⁴ WELZEL, 40.

⁷⁵ Así, BELING, *Esquema de derecho penal*, trad. de Sebastián Soler, Bs. As., 1944, pp. 19-20; sobre ello, WELZEL, 39.

⁷⁶ LISZT, *Lehrbuch*, 1ª ed. 1881; 21ª edición (última del autor, luego lo siguió actualizando Eb Schmidt), 1919; BELING, *Lehre vom Verbrechen y Grundzüge des Strafrechts* (1ª ed. 1899; 11ª y última en 1930).

⁷⁷ Así WELZEL, *Zur Dogmatik* . . . ; SCHMIDHÄUSER, loc. cit.; etc.

⁷⁸ WEBER, H. v.: *Aufbau*.

entendemos que el más acabado intento de construcción de la misma fue el realizado por Edmund Mezger, particularmente en su *Moderne Wege des Strafrechtsdogmatik (Modernos caminos de la dogmática penal, 1950)*. Los intentos posteriores creemos que no superan esa exposición, sino que son variantes de la misma teoría en decadencia.

Si bien la mayor parte de los autores han evolucionado en este sentido, una minoría (Hellmuth Mayer, 1953 y 1967, y la doctrina austriaca), siguen sistematizando el análisis del delito por vía del criterio "objetivo-subjetivo". Esta es una variante que parece no hallar mayor eco.

En cuanto a la "neoclásica", los inconvenientes que plantea los iremos viendo a lo largo de la exposición. Digamos, sintéticamente, que *se derivan principalmente de considerar que hay un concepto jurídico-penal de la acción distinto del óntico-ontológico; de la dificultad de manejar un concepto de tipo que está artificialmente privado de los datos subjetivos imprescindibles para individualizar la conducta prohibida y de confundir el juicio de desvalor con el objeto desvalorado, tanto en la antijuridicidad como en la culpabilidad.*

228. La sistemática finalista. Como resultado de la innegable subjetivización del tipo, se concibió a éste en forma compleja, o sea, objetivo y subjetivo (Hellmuth von Weber y Alexander Graf zu Dohna). En tanto que para Weber el delito era concepto bipartito, porque sostenía que la tipicidad implica la antijuridicidad (teoría de los elementos negativos del tipo: las causas de justificación son causas de atipicidad), para el Graf zu Dohna la antijuridicidad es el juicio que recae sobre el aspecto objetivo del tipo y la culpabilidad sobre el subjetivo.

Esta sistemática es perfeccionada por Welzel, quien sosteniendo un criterio tripartito afirma la pertenencia del dolo al tipo subjetivo, la independencia de la antijuridicidad y la pertenencia de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad a la culpabilidad⁷⁹, o sea, separada del dolo (concepto que ya habían sostenido otros autores, que aún cuando considerasen al dolo en la culpabilidad, lo hacían separadamente). Welzel fue puliendo su teoría, particularmente en lo que a la estructura del tipo culposo se refiere y sus máximas exposiciones de conjunto se hallan en su *Das Deutsche Strafrecht (El derecho penal alemán, última edición, 1969)* y *Das neue Bild des Strafrechtssystem (La nueva imagen del sistema del derecho penal)*.

Se suele hablar hoy de un "finalismo ortodoxo" y de un "finalismo heterodoxo". Tales calificativos son carentes de cualquier sentido, pues el más heterodoxo de los finalistas fue el propio Welzel, que se sometió a permanente autocrítica.

La teoría finalista parte de la base de que no existe un concepto jurídico-penal de acción, sino que, este pretendido concepto y el óntico-ontológico se identifican.

⁷⁹ Es fundamental tomar debida cuenta de esto, porque una errónea interpretación de la teoría pretende que "traslada todo el contenido anímico del autor a la acción misma" (así, ARCBAY MOLINA Y COL., p. 150.).

229. **Las estructuras analíticas del delito y sus principales perspectivas filosóficas.** La diferenciación de las estructuras analíticas sostenidas dentro de las varias concepciones o teorías del delito no son resultado de posiciones antojadizas, sino que, en general, se vinculan a criterios filosóficos determinados.

Básicamente, hay tres grandes esquemas del delito, que son el aristotélico, el hegeliano y el causal.

Conforme al esquema aristotélico se entiende que un acto es “malo” no sólo porque cause un resultado lesivo o negativo, sino porque ese resultado es causado voluntariamente. Además, este esquema presupone la admisión de la autodeterminación del hombre, es decir, que se decide por un cierto orden de concepciones antropológicas, puesto que el delito no es sólo un acto voluntario que causa un resultado, sino que requiere la reprochabilidad de ese acto al autor, lo que en términos jurídicos llamamos “culpabilidad”. La elección de este esquema no significa admitir sin límite alguno la transferencia del esquema ético aristotélico al campo jurídico-penal, puesto que hay consecuencias que son inadmisibles para cualquier derecho penal garantizador. Como luego veremos, por nuestra parte rechazamos la culpabilidad de autor en cualquiera de sus versiones y creemos que la admisión de una culpabilidad que no permanece apegada al concepto de culpabilidad de autor —único compatible con un derecho penal garantizador— es un aspecto criticable de la versión welzeliana del finalismo ⁸⁰.

El esquema hegeliano, partiendo de la base de que el delito sólo puede ser cometido por un hombre libre, debe comenzar por averiguar la culpabilidad (esquema “subjetivo-objetivo”).

El otro esquema —el causal— escinde de la conducta su contenido de voluntad en base a muy diferentes puntos de partida filosóficos. El esquema positivista del delito es siempre un esquema causal, que rechaza la concepción del hombre como ente capaz de autodeterminación y, por consiguiente, no puede sostener la idea de culpabilidad. Lo que Liszt llamaba “culpabilidad”, en realidad no era tal, sino que se trataba únicamente de contenidos subjetivos del delito. Para este pensamiento el delito era únicamente la causación de un resultado (causación física en el positivismo ferriano, que respondía al determinismo monista, y causación a la vez física y psíquica en el positivismo lisztiano, que respondía al determinismo dualista). Dentro de la corriente del determinismo dualista alemán

⁸⁰ V. *Infra*, § 460; cfr. JUAREZ TAVARES, *Teorias do delito*, S. Paulo, 1980, p. 114.

—que fue la más importante para la dogmática— se introdujeron dos variantes: la del Lilienthal —abandonada— y la de Beling, que era en este sentido más coherente que Liszt, reconocía que en el “loco” también hay una relación psíquica (lo que ellos llamaban “culpabilidad”) y, por ende, la imputabilidad no podía ser considerada como característica del delito, sino como un problema de punibilidad. La variante de Beling consistió en distinguir, dentro de la causación física de Liszt, dos momentos: el de la tipicidad y el de la antijuridicidad.

Dentro del esquema causal también se han movido las variantes menos extremas de éste, que no desconocían el carácter de ente capaz de autodeterminación en el hombre, pero que se movían por cauces totalmente contrarios en lo filosófico a los del positivismo. Nos referimos a las teorías del delito de origen idealista. Dentro de esta corriente hay que distinguir dos estructuras: la iluminista (esquema “objetivo-subjetivo”) y la neo-idealista, para la cual la presencia del injusto implica, sin más, la presencia de la autodeterminación. Obsérvese que el esquema de Antolisei, elaborado sobre esa base filosófica idealista, prácticamente coincide con la analítica de Lilienthal.

Con la variante neo-kantiana del esquema causal se procura un retorno al esquema aristotélico, particularmente por la introducción de la culpabilidad (la llamada “concepción normativa”), pero sin embargo, pese a ese intento filosófico, no llega a la reinsertión de las categorías que lógicamente se desprenden del análisis no causal, precisamente porque el neo-kantismo se esforzó por sostener la vigencia de la estructura analítica proveniente del positivismo dualista de Liszt-Beling.

En general, estos son los esquemas fundamentales de las teorías del delito, sobre los cuales se han tejido las variables concretas que pueden hallarse en otros autores. En la actualidad, en la doctrina alemana hay otros esquemas nuevos, tales como los intentos de Schmidhäuser, el ensayo dualista de Hellmuth Mayer o las recientes tentativas de Roxin, pero, en general, puede decirse que estos ensayos no han logrado aún un desarrollo doctrinario suficiente, que permita ver claramente su tendencia y consecuencias^{80 bis}. Si bien algunas de las observaciones críticas de estos autores y de otros más recientes, son altamente sugestivas, da la clara sensación que en la etapa constructiva del quehacer teórico aún no lograron una formulación satisfactoria, lo que impide una clara sistematización de sus tesis.

^{80 bis} Cfr. JUAREZ TAVARES, p. 115.

I. ESQUEMA

Para Aristóteles la "maldad" de un acto no depende sólo del resultado, sino también de la "malicia". Un acto es "malo" (moralmente) porque contiene caracteres objetivos y subjetivos que lo hacen "malo". A su vez, el "acto malo" puede ser "imputable" o "no imputable", lo que depende de la posibilidad que el sujeto haya tenido de actuar de otra manera (posibilidad que presupone que el sujeto es capaz de autodeterminación).

II. ESQUEMA

Estructura hegeliana (Berner, Pessina):

a) El delito es un "libre injusto", es decir, una "libre conducta", tanto en sus aspectos objetivos como subjetivos.

III. ESQUEMA

A — ESQUEMA POSITIVISTA

Expresión extrema del esquema causal: niega o prescinde de la autodeterminación humana.

1. Niega la autodeterminación o afirma que la misma nada tiene que ver con la responsabilidad penal.
2. En consecuencia, desaparece la imputación aristotélica, es decir, la culpabilidad normativa.
3. El delito queda reducido al injusto y en razón de que considera todo regido por la causalidad, la conducta injusta (delito) no puede menos que ser concebida como
4. la causación (objetivo-subjetiva) de un resultado lesivo.

Traducido penalmente: el injusto (conducta típica y antijurídica) es tal porque contiene un aspecto objetivo (causalidad, resultado, afectación del bien jurídico) y un aspecto subjetivo (dolo o culpa y elementos subjetivos diferentes). A su vez el injusto puede ser culpable (delito) o inculpable, lo que depende de la posibilidad exigible que haya tenido el sujeto de actuar de otra manera. Tal es el esquema o *estructura finalista* (sostenido casi unánimemente por la doctrina alemana contemporánea).

HEGELIANO

b) Parte de que no hay conducta sin libertad, invirtiendo de este modo el esquema aristotélico: delito no es una conducta (injusto) imputable (culpable), sino que sin imputación no hay injusto.

CAUSAL

1. Estructura del *positivismo italiano* (Ferri):

- a) A la causación del resultado sigue causalmente la “sanción” (el delincuente está determinado al delito y la sociedad está determinada a defenderse).
- b) La causación de la reacción social defensiva (sanción) dependerá del grado en que el autor esté determinado para causar más daño (peligrosidad).

2. Estructura del *positivismo alemán* (von Liszt):

- a) El delito es causación objetiva (física) y subjetiva (psíquica). A la primera la llama “injusto”, es decir, al aspecto objetivo del injusto del esquema aristotélico; a la segunda la llama culpabilidad, es decir, a lo que sería el aspecto subjetivo del injusto en el esquema aristotélico (culpabilidad psicológica).
- b) El delito es causación física y psíquica punible. Si la causación psíquica está normalmente determinada hay delito y se aplica pena; si no lo está no se entra a su análisis y se aplica una medida.

3. Estructura de una *variante del positivismo alemán* (Lilienthal):

- a) Aunque la determinación psíquica sea normal, también hay causación psíquica. Luego, la normal o anormal motivación es un mero problema de punibilidad.
- b) La anormal determinación psíquica (llamada inimputabilidad) es sólo una causa de exclusión de pena.

4. Estructura de *otra variante del positivismo alemán* (Beling, 1906):

En la causación física se deben distinguir dos niveles de análisis: a) la adecuación de la causación a lo descripto por la ley (tipicidad) y b) la falta de permiso jurídico (antijuridicidad).

B — VARIANTES MENOS EXTREMAS
DEL ESQUEMA CAUSAL

Aceptan la autodeterminación humana

1. *Estructuras iluminista-kantianas* (Carmignani, Carra-
ra, Feuerbach):
 - a) Recibían la influencia de la física newtoniana de la ilustración, pero admitían la libertad del hombre del idealismo.
 - b) Compaginaban eso diciendo que la libertad es a lo humano lo que la causalidad física es a la naturaleza.
 - c) Conforme a ello el delito es producción de un resultado lesivo, causal en lo objetivo y libre en lo subjetivo.
2. *Estructura neo-idealista* (Antolisei):
 - a) Acepta que sin libertad no hay conducta, pero invierte la afirmación: siempre que hay conducta hay libertad, aunque reconoce que no siempre es igual el grado de libertad.
 - b) Como consecuencia: cuando hay injusto (objetivo y subjetivo) hay imputación y hay delito, porque no admite un injusto no imputable (no sería libre y no sería conducta).
 - c) El grado de libertad servirá para determinar si se aplica una pena o una medida. (Por otro camino llega a la estructura del positivismo alemán de Lilienthal).

C — VARIANTE NEO KANTIANA
DEL ESQUEMA CAUSAL

Retorno parcial al esquema aristotélico

1. Quiere retomar el esquema aristotélico, con la culpabilidad normativa (que es la imputación aristotélica).
2. Al mismo tiempo quiere retener lo subjetivo en la culpabilidad y relegar al injusto sólo —o casi sólo— su aspecto objetivo.
3. Para ello se percató de que el injusto objetivo nunca puede ser una conducta.
4. Evita este problema construyendo un concepto propio de conducta, estrictamente jurídico-penal (Mezger, Baumann).

230. La evolución teórica del delito en la dogmática nacional. Nuestra dogmática se hallaba hasta hace muy poco tiempo, entre la primera y la segunda etapa, o sea, en la "clásica" con atisbos "neoclásicos". Despuntando la década del cuarenta, Sebastián Soler da vida dogmática a nuestro código penal, siguiendo el esquema de Beling, a quien había vertido al castellano. Más de veinte años después, primero Ricardo Núñez, profesor en Córdoba, y luego Carlos Fontán Balestra, si bien se separan de Soler en numerosas opiniones, producen sendas obras de conjunto que siguen un cercano esquema analítico. Recientemente, Terán Lomas también se pliega a esa tradición. Nuestras obras de conjunto con calidad científica, no superan en mucho el esquema analítico objetivo-subjetivo, hasta el punto de insistir en el concepto psicológico de la culpabilidad, que hoy está totalmente abandonada en todo el mundo. Esta sistemática es seguida en algunas obras menores, como en los manuales del profesor de Córdoba y del recientemente desaparecido Fontán Balestra y también se encuadran en el mismo numerosas monografías⁸¹.

El sistema "neo-clásico" fue introducido en la Argentina por Jiménez de Asúa, cuya sistemática se aproxima a la de Mezger, aunque no puede identificarse con ella, por presentar algunas características propias, tales como ubicar a la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, que es un resabio de Liszt. Los puntos de vista del desaparecido profesor español fueron seguidos por catedráticos argentinos en obras monográficas⁸² y conforme a esa sistemática (aunque tratando la imputabilidad dentro de la culpabilidad) elabora su *Síntesis* Carlos Creus⁸³.

El finalismo se introduce más recientemente, pero ha dado lugar a una serie de trabajos monográficos que se pliegan al mismo, de los que nos ocuparemos en cada uno de los temas de nuestra exposición, habiéndose publicado, además, dos exposiciones teóricas del delito de conjunto dentro de esa corriente⁸⁴.

Como puede advertirse, es perfectamente posible seguir en la dogmática argentina las grandes líneas que movieron a la dogmática alemana, aunque no todas fueron receptadas en la misma medida, particularmente las concepciones menores. Otras corrieron mejor suerte entre nosotros, como la concepción de Beling de 1930, que fue casi ignorada en Alemania, pero que en nuestro país, a partir de la importancia que le dieron Soler y Jiménez de Asúa, no deja de ser mencionada.

⁸¹ Así, por ej., ARGIBAY MOLINA Y COL.; MARQUARDT, EDUARDO H., *Temas básicos de Derecho Penal*, Bs. As., 1977; DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal Argentino*, Buenos Aires, 1972; etc.

⁸² Así, CARLOS V. GALLINO YANZI, JORGE FRÍAS CABALLERO y los españoles que han profesado entre nosotros: FRANCISCO BLASCO, FERNÁNDEZ DE MOREDA y MANUEL DE RIVACOBA y RIVACOBAS.

⁸³ CREUS, CARLOS, *Síntesis de Derecho Penal. Parte General*, Rosario, 1974.

⁸⁴ BACIGALUPO, ENRIQUE, *Lineamientos de la teoría del delito*, Bs. As., 1974; ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Teoría del delito*, Bs. As., 1973.

No obstante, cabe advertir que el esquema de Beling llega a nuestra patria cuando en Alemania había sido superado por la estructura neo-clásica (o neo-kantiana) e incluso las fallas de la misma habían dado lugar a los intentos de von Weber y del Graf su Dohna⁸⁵. Aquí nos ha faltado esa etapa breve pero importante en que éstos y otros autores —el mismo Welzel— hicieron notar las deficiencias del sistema neo-clásico. Esto da lugar a que muchos piensen que el finalismo se presenta aquí como una brecha o solución de continuidad, cuando en realidad, en la dogmática alemana, era una necesidad impuesta por los defectos de la construcción anterior, hoy generalmente admitida en sus líneas generales. En la Argentina, el sistema neo-clásico no adviene como respuesta a críticas formuladas al sistema clásico, ni tampoco el finalismo llega como respuesta a críticas al primero, sino que viene como respuesta a preguntas que estaban sin respuesta, pero que tampoco nadie se había planteado entre nosotros. Esto no es más que el resultado de la escasa labor de crítica a que se sometió a nuestras obras de conjunto, pese a que las mismas son de excelente calidad, cualquiera sea la diferencia científica que nos separe de ellas. De todas formas la circunstancia de que no se hayan planteado localmente las preguntas, no obsta a que esté justificado que intentemos responder a los interrogantes que, en nuestra ciencia, se han planteado en otras latitudes, pues esas preguntas tienen valor universal. Tampoco nadie, localmente, se planteó la necesidad de elaborar una teoría del tipo, en atención a que era menester distinguir la antijuridicidad de la antijuridicidad con relevancia penal, sino que cuando Soler inicia la dogmática penal argentina lo hace como un enfrentamiento —afortunadamente inteligente y exitoso— contra el positivismo imperante.

Las críticas que se formulan a la sistemática finalista en nuestro medio pretenden por lo general demostrar que es una construcción impracticable como elaboración dogmática sobre nuestro texto legal⁸⁶. Los múltiples artículos y trabajos monográficos publicados dentro de este enfoque y nuestros propios esfuerzos expositivos creo que demuestran claramente lo contrario⁸⁷.

VI. — LAS ESTRUCTURAS DOGMÁTICAS DEL DELITO Y LAS POSICIONES FILOSÓFICAS Y POLÍTICAS

231. Las estructuras dogmáticas del delito y las posiciones filosóficas y políticas. Como hemos dicho —y veremos en detalle en el curso del desarrollo posterior—, hay dos grandes estructuras teóricas del delito, sobre las que se elaboran variantes. Con mayores o menores alter-

⁸⁵ Aunque en otro sentido, NORBERTO SPOLANSKY reivindica ahora el pensamiento de HELLMUTH VON WEBER.

⁸⁶ Así, por ej., NÚÑEZ, en el prólogo del *Manual* y también en *Una síntesis de la concepción dogmática del delito*, en "Estudios en homenaje a José Peco", La Plata, 1974, pp. 281-290.

⁸⁷ Sobre estas etapas es claro el trabajo de FONTÁN BALESTRA, *Esquema de la evolución de la teoría del delito*, en NPP, 1974, 81 y ss.

nativas, todos los autores giran en torno de estos dos ejes estructurales. Como es de suponer, no puede afirmarse rotundamente que cada una de ellas se afilie en forma ortodoxa a una determinada corriente o escuela filosófica. Hemos mostrado sus raíces en el cuadro expuesto, pero así como en el esquema causal caben desde positivistas hasta idealistas, kantianos e iluministas, etc., en el esquema finalista no sólo caben los aristotélicos ni mucho menos. Lo más que cabe advertir a este respecto es que la estructura finalista es más proclive a compaginarse con puntos de vista realistas, en tanto que la estructura causalista, al menos en la actualidad, está más conectada con la filosofía idealista. De cualquier modo, en el plano filosófico, al menos se pueden afirmar estas líneas, por vagas que sean, particularmente si tenemos en cuenta que los conceptos mismos de realismo e idealismo se han vuelto oscuros en la filosofía contemporánea.

En el plano político, la cosa es totalmente diferente, porque prácticamente nada se puede decir. Es inadmisibile la pretensión de encontrar una identificación política con estas estructuras⁸⁸ y no responde esa pretensión más que a una crítica superficial e irresponsable, cuando no malintencionada o ignorante. *Toda identificación política de estas teorías científicas es falsa*: ideologías totalitarias alimentaron construcciones causalistas, como la de Mezger⁸⁹, en tanto que la misma se ha alimentado también de ideologías "liberales"⁹⁰; finalista se proclama después de la guerra Schaffstein⁹¹, corifeo que otrora fuera del nacional-socialismo en lo penal, y anuncia la estructura mixta del tipo Helmuth von Weber⁹², enemigo del régimen⁹³. En este sentido, *cualquiera de ambos puede male emplearse*, mas las conexiones ideológicas en general son imposibles, porque se las hallará de toda clase. *Se pueden oscurecer los conceptos de cualquier teoría para ponerlos al servicio de la arbitrariedad: esto no es cuestión de teorías sino de ideologías y hombres, temores y ambiciones, honestidad y deshonestidad, claridad y confusión de conceptos.*

Es ilustrativo recordar que con respecto a la concepción unitaria alemana (o sea a la negación nacional-socialista de la dogmática penal), Maurach observa que si bien no proporcionó un concepto de delito, permitió ver la dirección hacia la que esta construcción apuntaba. "Sobre la base de la totalidad de autor y acto se hubiera podido desenvolver el

⁸⁸ Así lo pretende DEL ROSAL, I, 574.

⁸⁹ MEZGER, op. et loc. cit.

⁹⁰ En la actualidad puede verse BAUMANN, por ejemplo. A principios de siglo puede mencionarse a BELING, M. E. MAYER, antes al mismo FRANZ VON LISZT, etc.

⁹¹ SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH, *Tatbestandsirrtum um Verbotsirrtum*, en "Göttingen Fest. für das Oberlandgericht Celle", 1961, pp. 175-206; en "Fest. für Hönig", Göttingen, 1970, pp. 169 y ss.

⁹² WEBER, HELLMUTH VON, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935.

⁹³ Cfr. BUSCH, RICHARD, *Helmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, er JZ, 1963, 378-9.

nuevo derecho penal de autor; el acto, privado de cualquier valor propio y de todo carácter constitutivo, debía tan sólo ser considerado sintomáticamente como expresión de una personalidad caracterológicamente desvalorada”⁹⁴. Tengamos presente que este derecho penal de autor fue llevado por Schaffstein hasta el extremo de pretender asimilar la tentativa al delito consumado⁹⁵.

Como el finalismo, especialmente en la culpa, “carga el acento sobre el desvalor del acto”, y Welzel afirma —lo que creemos correctísimo— que “la antijuridicidad siempre es la desaprobación de un hecho perteneciente a un autor determinado” y que “lo injusto es injusto de la acción perteneciente al autor, es injusto personal”⁹⁶, se pretende hallar una conexión entre esta teoría y la escuela de Kiel⁹⁷. Creemos que lleva razón Beristain⁹⁸ cuando afirma que la “misión principal del jurista actual no es la lucha contra la objetivación”, sino por una moderada objetivación “subjetivo-finalista” y no vemos por qué cualquier búsqueda en este sentido deba vincularse con las opiniones de quienes consideraron que la concepción analítica o estratificada del delito es expresión de un “insano pensamiento de separación”⁹⁹. El finalismo no ha pretendido nunca hacer derecho penal de autor —tumba del principio de legalidad y de cualquier garantía individual— ni sostener una concepción unitaria del delito, sino que es una corriente bien analítica, poseedora de una teoría netamente estratificada, con lo que enmarca en la tradición “que tiene sus antecedentes en las construcciones de los prácticos como Carpzovio, Bohemero, Covarrubias, etc. y que sobre la base de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, sirve a la edificación de la teoría del delito, ya en los días gloriosos de Anselmo von Feuerbach, Carmignani, Carrara, Rossi y nuestro J. F. Pacheco”¹⁰⁰.

⁹⁴ MAURACH, REINHART, pp. 150-151.

⁹⁵ En *Grundfragen...*, cit., pp. 124 y ss.

⁹⁶ WELZEL, HANS, *Das neue Bild des Strafrechtssystems, Eine Einführung in die finale Handlungslehre*, Göttingen, 1957, p. 27.

⁹⁷ Así BAUMANN, 180, nota 11; también CÓRDOBA RODA, JUAN, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, 1963, 50/51.

⁹⁸ BERISTAIN, ANTONIO, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, Madrid, 1963, p. 64.

⁹⁹ Cfr. MAURACH, p. 150.

¹⁰⁰ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, FRANCISCO, op. et loc. cit.

TÍTULO II
LA CONDUCTA

CAPÍTULO XV: Ubicación y estructura de la conducta.

CAPÍTULO XVI: La conducta como carácter genérico para todas las formas de tipicidad.

CAPÍTULO XVII: Los conceptos “idealistas” de acción y su crítica.

CAPÍTULO XVIII: Ausencia de conducta.

CAPÍTULO XV

UBICACIÓN Y ESTRUCTURA DE LA CONDUCTA

I. — UBICACIÓN Y TERMINOLOGÍA: 232. Conducta e injusto. 233. Conducta, acción, acto, hecho, evento, resultado. II. — LA CONDUCTA COMO OBJETO DE REGULACIÓN JURÍDICA: 234. Los hechos y la conducta. 235. Las personas jurídicas. III. — CONDUCTA IMPLICA VOLUNTAD: 236. “Voluntad final” es una expresión tautológica. 237. Conducta biocibernéticamente anticipada. 238. Origen y evolución del finalismo. 239. Voluntad y deseo. 240. Voluntad y conocimiento. VI. — ¿HAY ELEMENTOS DE LA CONDUCTA?: 241. Lo óntico y lo analítico. 242. Ubicación sistemática del resultado y del nexo causal. 243. La tesis que ubica a la causalidad y al resultado en la conducta es errónea.

“Todo en el mundo puede ser imitado, menos la verdad. Porque la verdad que es imitación deja de ser verdad.”

(del “Or Haganuz”)

I. — UBICACIÓN Y TERMINOLOGÍA

232. **Conducta e injusto.** Hemos dicho que el derecho valora conductas humanas, pero no las crea. En tanto que los tipos son abstractas descripciones de conducta, la conducta es lo particular y concreto y la tipicidad una de las características que la hacen delictiva. La ley no crea la conducta porque la describa o individualice: la conducta *es* tal, sin que la circunstancia de que un tipo penal la describa afecte en nada su *ser* conducta humana.

En este sentido, la ley o su sanción significan, respecto de la conducta humana en general, *un acto de conocimiento*. Hemos visto que sostener que la ley crea la conducta (o lo que es lo mismo, que hay un concepto jurídico-penal de conducta), implica la afiliación a un idealismo filosófico. En tanto que para los que afirman la existencia de un concepto jurídico-penal de acción, partiendo de los postulados neokantianos de la Escuela Suboccidental alemana, “el

sujeto crea el objeto y su valoración" (el método crea el objeto), "para nosotros y para los filósofos realistas, es por el contrario el objeto el que crea nuestro conocimiento"¹.

Ya hemos dicho —y volveremos luego sobre el punto— que es curioso que una corriente idealista (neo-kantiana) venga a coincidir en el derecho penal con el positivismo del siglo XIX. No obstante, ello no es tan paradójico, si tenemos en cuenta que por uno de los senderos que dejó abiertos Kant, el neo-kantismo ha desarrollado una vertiente no lejana al positivismo, a partir de la *Crítica de la razón pura*². El origen neo-kantiano del concepto jurídico-penal de conducta es muy claro y lo reconoció expresamente Mezger³.

Desde nuestra posición, no podemos menos que suscribir la certera afirmación de Heidegger: "La adición de datos predicativos de valor no es capaz de dar en lo más mínimo nuevos datos sobre el ser de los bienes"; "los valores tienen a la postre su origen ontológico en el previo sentar la realidad de las cosas como la capa fundamental"⁴.

El punto de partida que dejamos enunciado conduce al rechazo de cualquier concepto de la acción o conducta humana hecho para "uso penal". Como consecuencia, sostenemos la existencia de un *único* concepto de conducta (el óntico-ontológico) con el que ineludiblemente debe coincidir el derecho penal si es que éste quiere lograr sus objetivos.

Toda vez que esta afirmación dista mucho de ser pacífica, estando sometida a una ardua discusión doctrinaria —tanto en el país como en el extranjero— nos veremos forzados a acudir a conceptos que pertenecen al tipo y al injusto para deslindar las confusiones más comunes entre injusto y conducta y demostrar que la conducta humana —entendida en la forma expuesta— es la base común para todas las modalidades del injusto. Cabe advertir a este respecto algo que resultará obvio: no acudimos a conceptos que pertenecen al injusto para precisar qué es la conducta, sino para rechazar las opiniones que confunden ambos conceptos o que desdibujan sus límites.

¹ BERISTAIN, ANTONIO, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tránsito*, Madrid, 1963. Cfr. HARTMANN, NICOLAI, *Einführung in die Philosophie*, Hannover, 1956, pp. 67 y ss. La posición contraria, llevada a los extremos de sostener la absoluta facultad del legislador para crear una acción se observa en la crítica al finalismo de BAYARDO BENGEOA, FERNANDO, *Derecho Penal Uruguayo*, Montevideo, 1968, p. 194.

² Cfr. BOCHENSKI, *La filosofía contemporánea*, México; MARÍAS, JULIÁN, *Historia de la filosofía*, Madrid, 1958, p. 292.

³ MEZGER, *Moderne Wege*, pp. 7-10.

⁴ HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, p. 99.

A esta altura de nuestra exposición es casi sobreabundante aclarar que *nos parece inconcebible que se pretenda la existencia de delitos sin conducta*, lo que no es sólo una elemental garantía del derecho penal liberal, sino, simplemente, un requisito que proviene de la esencia misma del fenómeno jurídico, puesto que aún fuera de los autores liberales se reconoció, siempre que se pretendió interpretar razonablemente el derecho, que “una simple voluntad que no pasa los límites del pensamiento no puede merecer el nombre de crimen”^{4 bis}.

En algún momento se ha pretendido que hay delitos sin acción, aunque con diferentes argumentos. Así, para Max Ernst Mayer, los “delitos de olvido” (omisión culposa inconsciente) eran delitos sin conducta⁵. En su oportunidad veremos que esto no tiene asidero alguno y que en tales casos existe una conducta típica, que Mayer no podía alcanzar en razón de que manejaba un concepto deficiente de omisión.

Recientemente, Cousiño MacIver extrema el concepto de responsabilidad objetiva hasta sostener que hay casos en que ella llega a punir hechos sin conducta, lo que se compagina con su criterio de ubicar al “hecho” en la base del delito y afirmar, en consecuencia, que eventualmente hay “hechos” sin acciones⁶. Creemos que esta tesis constituye un desplazamiento de la conducta de su posición angular, que estimamos inconvencible en base al concepto mismo del derecho.

En cuanto a los llamados “delitos de opinión”, por mucho que puedan ser inconstitucionales por otras razones, no nos cabe duda de que no lo son porque falte la conducta, puesto que expresar una opinión es una conducta. Si ello no fuera una conducta, la injuria verbal tampoco lo sería. Los propios autores de estos “tipos-mordaza” reconocen que hay en ellos una acción, aunque más no sea para ocultar con un sofisma su servilismo: no se reprime el “pensamiento”, sino su “divulgación”, su “manifestación”. ¡Sin la manifestación es imposible que el autócrata llegue al “pensamiento”!⁷

Un gravísimo problema interpretativo plantean los tipos penales que penan la “tenencia” de ciertas cosas (armas, estupefacientes, ganzúas, etc.). Se trata de tipos de “peligro abstracto”⁸, respecto de los cuales se desarrolló un interesante debate, en el curso del cual Manzini, con su acostumbrada inclinación autoritaria encubierta de positivismo jurídico, los concibió como “delitos de mera sospecha”, al igual que Bellavista, en

^{4 bis} MOUYART DE VOUGLANS, t. I, p. 2.

⁵ MAYER, M. E., *Lehrbuch*, pp. 13 y 57.

⁶ COUSIÑO MACIVER, p. 564.

⁷ Cfr. NÚÑEZ, I. 219. Sobre delitos de opinión, además del debate entre Gómez y Coll (*supra*, § 88). ETCHEGOYEN, FÉLIX E., *Delito de opinión*, Bs. As., 1958.

⁸ BARBERO SANTOS, MARINO, *Los delitos de peligro abstracto*, en “Actas”, Univ. de Belgrano, Bs. As., pp. 121 y ss.

tanto que Carnelutti los llamaba “delitos de posición”⁹. Se ha encontrado la solución al problema indicando que en esos “tipos de tenencia” la conducta consistiría en adquirir la tenencia^{9 bis}. No obstante, no queda del todo solucionado el problema con estos argumentos, puesto que subsisten serias dudas, particularmente acerca del alcance de la prohibición: ¿cuál es el deber del que entra en la tenencia de la cosa por error o accidente?, ¿en qué situación se halla el que tiene desde antes de la sanción del tipo? En el caso de drogas, la tenencia ha sido argumento jurisprudencial para penar al usuario, con la insidiosa especulación de que quien consume “tiene”. Con gran inteligencia planteó recientemente estas dificultades en la doctrina argentina Malamud Goti^{9 ter}, quien concluye en la inconstitucionalidad de tales tipos.

Los argumentos de Malamud Goti acerca de la inconstitucionalidad son bastante sólidos, aunque no los compartimos en su totalidad. Lleva razón en cuanto a que la “tenencia” no es una conducta, sino un “estado de cosas”, como también en que el argumento de que la adquisición de la tenencia es la acción típica no resuelve todas las dudas y que es muy fácil derivar de todo eso a un tipo de autor. Por nuestra parte, creemos que los tipos sólo pueden penar conductas, porque es de la esencia del derecho, y que es una sana política legislativa que las individualicen con la mayor precisión posible. No obstante, hay tipos que están contruidos defectuosamente, como el de adulterio, que no contienen el verbo típico. Creemos que lo mismo ocurre en los “tipos de tenencia”, y que en tal caso es necesario buscar dogmáticamente el verbo típico mediante un *criterio restrictivo extremo*, que es la única forma de salvar la legalidad, y conforme al cual el “tipo de tenencia” sólo abarcaría la “adquisición de la tenencia”, siendo atípicas todas las demás conductas. De allí en más, sólo será cuestión de aplicar los principios generales, tales como el de considerar atípica la conducta del que no hace cesar la tenencia que no adquirió típicamente, salvo que se halle en posición de garante, la de abstenerse de hacer silogismos espantosos para penar lo que no está prohibido, etc. Tampoco creemos, como lo entiende Malamud Goti, que considerar atípica la conducta de quien adquiere la tenencia de la cosa con fines deportivos o científicos sea caer en un tipo de autor, porque se trataría de un simple caso de atipicidad conglobante, fundado en que no se puede penar una conducta que se fomenta.

Creemos que el caso es análogo al del tipo de adulterio: el tipo no es inconstitucional por no contener el verbo, pero sería inconstitucional cualquier sentencia que pretendiese que el adulterio de la mujer puede consistir en una conducta diferente del acceso carnal. De cualquier manera,

⁹ MANZINI, VINCENZO, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Torino, 1961, I, 649-652 (halla sus antecedentes en el derecho canónico y en un proyecto ministerial napolitano de 1820); BELLAVISTA, *I reati senza azione*, Napoli, 1937; sobre esta discusión: CUNHA LUNA, EVERARDO DA, *O resultado no direito penal*, S. Paulo, 1976, p. 75.

^{9 bis} Cfr. PANNAIN, I, 318; NÚÑEZ, I, 220; BETTIOL, 249.

^{9 ter} MALAMUD GOTI, JAIME E., *La tenencia de estupefacientes para propio consumo: objeciones a la estructura del tipo*, en “Doctrina Penal”, octubre-diciembre de 1979, pp. 859 y ss.

cabe considerarlos “tipos de mala fe”, porque el legislador sabe que al entregar un instrumento defectuoso, que en sí mismo no es inconstitucional, promueve con ello sentencias inconstitucionales que responden a sus designios ocultos de burlar la legalidad y la reserva.

En el ámbito del derecho penal militar se ha sostenido que hay delitos sin conducta, fundamentalmente en razón del tipo de “dormición de centinela” del art. 732 de nuestro Código de Justicia Militar. En realidad lo que la ley militar pena es la conducta del que no realiza todos los esfuerzos físicos de que es capaz para no dormirse y cumplir con su deber de vigilancia¹⁰.

Así como la especie “delito” sólo puede darse en el género “conducta”, ésta debe estar necesariamente en la base de cualquier teoría del delito que se intente construir.

No obstante, frecuentemente se ha pensado de modo diverso, razonando que si la única conducta que nos interesa es la típica, esto es, la que está enlazada a una prohibición legal, lo fundamental en el delito es la realización del tipo y la conducta humana no es más que esta realización, o sea, una parte del delito y del injusto.

Así, para Binding, la conducta relevante era la realizadora del tipo^{10 bis}. Beling, que primeramente había situado la acción en primer plano¹¹, luego pasa a considerarla como realizadora del tipo¹². Radbruch también, después de su primitiva concepción sustentadora del causalismo, pasó a un criterio similar a Beling¹³; Sauer marcha por parecido camino¹⁴, en tanto que Gallas, al no hallar una omisión ópticamente entendida, cree que nada hay allí a nivel pretípico y encabeza con la tipicidad la teoría del delito¹⁵.

Ramírez Hernández en México sostiene que el *Kernel* del tipo está integrado por la acción y, como niega autonomía a la tipicidad res-

¹⁰ Cfr. ZAFFARONI-CAVALLERO, *Derecho Penal Militar*, Bs. As., 1980, pp. 249 y ss.

^{10 bis} BINDING, KARL, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig 1885, I, 568.

¹¹ “Las leyes de la pulcritud lógica exigen así, que el concepto de acción sea manejado libre de cualquier mixtura, como el primero de los caracteres del delito requeridos” (BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 10).

¹² BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*.

¹³ RADBRUCH, GUSTAV, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlicher Systematik*, Berlín, 1904, y su cambio de punto de vista en: *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, en “Fest. für Frank”, I, 158 a 173, Tübingen, 1930. Ambos trabajos están reeditados con una introducción de Arthur Kaufmann en Darmstadt, 1967.

¹⁴ SAUER, WILHELM, *Allgemeine Strafrechtslehre, Eine lerbuchmässige Darstellung*, Berlín, 1955, pp. 52 y ss.

¹⁵ GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, en “Beiträge . . .”, pp. 19 y ss.

pecto de la antijuridicidad, la conducta resulta el *Kernel* del injusto, con lo que se aproxima al concepto de conducta realizadora del injusto típico —parecido al de Sauer—, toda vez que define al *Kernel* (núcleo) como el “subconjunto de elementos típicos necesarios para producir la lesión del bien jurídico”¹⁶.

El grupo lógico-formal de México, en general, entiende a la conducta como *Kernel* del tipo¹⁷. En realidad, este planteo se ahorra un paso, porque parte de un enfoque diferente: *no parte del análisis de lo particular y concreto para averiguar qué es delito, sino de lo general y abstracto; no parte de la conducta, sino de la conducta típica*. No obstante, aquí hay una diferencia con el esquema de la acción realizadora del tipo: no se interroga cuándo una conducta es delictiva, sino qué es delito para la ley. En este planteo se corre el peligro de perder de vista la finalidad dogmática.

Veremos luego que todos estos planteamientos tienen un origen claramente idealista y que no se distinguen en el fondo de otras concepciones modernas que pretenden desplazar la importancia de la conducta en la teoría del delito o reemplazar su contenido óntico por el de una creación jurídica¹⁸.

Desde el punto de vista realista que hemos adoptado, la conducta en modo alguno se genera con la prohibición, la que sólo se limita a señalarle el carácter antinormativo, por lo que no tiene sentido tratar de averiguar si una acción es típica cuando aún no sabemos si es acción.

A la obvia consideración de que no es el derecho el que crea la conducta, se añade que el derecho penal reconoce la existencia de conductas que no están prohibidas, como no puede dejar de hacerlo. Así, la agresión ilegítima requerida en la fórmula de la legítima defensa debe ser una conducta antijurídica, pero no necesariamente típica, como sucedería en el caso del que con mero *animus jocandi* y sin ningún dolo, se acerca peligrosamente a alguien con su vehículo. Igualmente, para la configuración de algunas conductas típicas se requiere la concurrencia de conductas de terceros o del mismo sujeto pasivo que, en modo alguno, son típicas (no son materia de prohibición), pero que, a no dudarlo, deben ser conductas.

Así, por ejemplo, el estupro (art. 120) requiere el consentimiento de la mujer, porque de otro modo sería violación; el coito fraudulento

¹⁶ RAMÍREZ HERNÁNDEZ, ELPIDIO, *Análisis lógico-formal del tipo en el derecho penal*, México, 1968.

¹⁷ ISLAS, OLGA-RAMÍREZ, ELPIDIO, *Lógica del tipo en el derecho penal*, México, 1970.

¹⁸ V. § 252.

(art. 121) requiere que la mujer consienta el acceso carnal; la rufianería requiere la acción de mantener por parte de quien ejerce la prostitución¹⁹.

Por otra parte, si bien es cierto que sólo nos interesan las conductas prohibidas, en la averiguación de la prohibición (tipicidad) de una conducta, debemos compararla con la descripción legal (tipo) y para efectuar esta comprobación se hace necesario considerarla como algo diferente del tipo. Lo contrario implica impossibilitar la función del tipo o considerar a la tipicidad extraña o presupuesta a la teoría del delito. Nos resistimos a esta solución que nos conduciría a consecuencia inadmisibles: *los hechos de la naturaleza serían atípicos*.

Uno de los argumentos usados para negar a la conducta su carácter integrante del concepto de delito es la invariable necesidad de su presencia en éste. Observemos que también es imprescindible la presencia de la tipicidad de la conducta, y si bien ello ha hecho que no falten opiniones que consideren a la tipicidad como presupuesto del delito²⁰, no las compartimos. Tal posición nos llevaría a considerar también a la anti-juridicidad como presupuesto, y aún a la culpabilidad, o sea que todos los "caracteres" pasarían a ser "presupuestos". Tales planteamientos obedecen a un error metodológico, consistente en utilizar el criterio selectivo de "presencia necesaria" que conduce a la exclusión de los caracteres jurídicos que definen el delito.

Afirmar que la conducta es presupuesto del delito, es sólo válido y verdadero en el sentido de que se trata de su género o carácter genérico, o sea que podemos afirmar la presencia de un delito presuponiendo también los demás atributos de la conducta delictiva (tipicidad, anti-juridicidad, culpabilidad).

En cuanto a la posición de Gallas²¹, fundada en la inexistencia óntica (pretípica) de la omisión, como veremos luego, resolvemos el problema de la omisión por vía del *aliud agere* que sólo deja acciones a nivel pretípico. Por ello, para nosotros, conducta equivale a acción y actividad u omisión son dos diferentes estructuras de los tipos (tipos activos y tipos omisivos), o sea, dos formas o técnicas legislativas diferentes para prohibir conductas.

¹⁹ V. AQUINO, PEDRO, *El delito de rufianería*, Buenos Aires, 1971.

²⁰ Así, REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La tipicidad penal*, Bogotá, 1967, pp. 16/17.

²¹ GALLAS, op. et loc. cit.

Quienes pretenden que para el concepto del delito, "conducta" es sólo la "conducta realizadora del tipo" o conducta típica, aceptan expresa o implícitamente que el tipo crea la conducta, pues es evidente que ésta aparece con la ley (con la desvaloración). Ello es desde nuestro punto de partida inadmisibile, porque consideramos que la conducta *es* (ónticamente), tiene su "ser", con total prescindencia de la tipicidad legal. La posición que criticamos es un retroceso dogmático que nos vuelve a la rara mixtura filosófica del idealismo, el neo-kantismo y el positivismo mecanicista, que produjo el desnaturalizado concepto "naturalístico" de la acción humana, que aún perdura en un amplio sector de la doctrina.

A los precedentes argumentos en pro de la ubicación de la conducta como carácter genérico o base de la teoría del delito, se suma la especial significación político-constitucional, que nuestra dogmática jurídico-penal no puede pasar por alto, considerando el sentido general de nuestras disposiciones constitucionales y de nuestra legislación penal, firmemente asentadas en los principios del derecho penal de acto. La ubicación de la conducta en el lugar que propugnamos realza adecuadamente esta definición política y despeja cualquier aventurada incursión por el derecho penal de autor: nuestra ley, en perfecta consonancia con el art. 18 de la CN, reprocha "hechos" (conductas), relegando el resbaladizo concepto de peligrosidad a la teoría de la coerción penal (art. 41 del Código Penal).

Puede argumentarse que la teoría del acto sintomático —antecedente apolítico del derecho penal de autor de contenido político²²—, bién coloca a la conducta en la base de la teoría. No obstante, esta teoría —que por fortuna no ha tenido importancia en la Argentina— relega la conducta a un papel que está lejos de ser la base del sistema, ocupando un lugar muy secundario, puesto que no pasa de ser un simple signo de una personalidad considerada "anormal" o "peligrosa".

233. Conducta, acción, acto, hecho, evento, resultado. "Conducta" es para nosotros una expresión menos extensa que "hecho". Por "hecho" entendemos una voz que denota un concepto aproximado al del Código Civil: "Cualquier acontecimiento susceptible de producir efectos jurídicos". "Hecho", por ejemplo, es la caída de un rayo, que provoca un incendio que genera la exigibilidad de una obligación proveniente de un contrato de seguro. Pero también las conductas son hechos, sólo que una especial categoría de hechos, de los hechos humanos: los hechos humanos voluntarios.

²² V. *supra*, t. II, pp. 225-6.

Betti, en el campo civil, dice que “hechos jurídicos son los hechos a los que el derecho atribuye trascendencia jurídica para cambiar las situaciones preexistentes a ellos y configurar situaciones nuevas, a las que corresponden nuevas calificaciones jurídicas”²³. Más adelante, aclara que cuando el derecho se limita a valorar lo objetivo de un acto (hecho humano voluntario), no valora un acto, sino un hecho²⁴.

La definición de hecho jurídico del Código Civil argentino ha sido criticada recientemente, sosteniéndose que debería decir “que producen” en lugar de “susceptibles de producir”²⁵. Aún cuando dicha crítica fuese aceptada, sus efectos no variarían para nosotros.

El derecho no regula hechos en general, sino sólo conductas humanas, o sea, una sola especie de hechos. El orden jurídico ordena o prohíbe determinadas conductas, en tanto que, con respecto a los hechos que no son conductas, se limita a tomarlos como circunstancias que contribuyen a individualizar las conductas humanas a ellos vinculadas. El Código Penal emplea la voz “hecho” en cuatro sentidos: a) como delito; b) como injusto; c) como conducta atípica penalmente relevante; d) como hecho en el sentido del Código Civil.

Como se observa, el texto legal emplea la voz “hecho” en sentido amplio, dejando a la ciencia la tarea de deslindar qué clase de hecho es el que trata en cada caso.

A la conducta se la suele denominar también “acto” —abarcando “acción” y “omisión”— “acción” y aún “hecho”.

A “acto” se refiere Jiménez de Asúa²⁶, en tanto que Soler²⁷, Fontán Balestra, Terán Lomas²⁸ y Núñez²⁹ se refieren a “acción”, aunque este último también habla de “hecho” por razones de terminología constitucional. Wolf entendía por “hecho” la acción y el resultado³⁰, expresión con la que coincide Porte Petit³¹. Entre los contemporáneos alemanes está gene-

²³ BETTI, EMILIO, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. de A. Martín Pérez. Madrid, 1959, p. 6.

²⁴ *Idem*, p. 11.

²⁵ SCHWARZBERG, CARLOS, *Definición legal del hecho jurídico*, en LL, 21-V-75.

²⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, 2ª ed., 329.

²⁷ SOLER, I, 243.

²⁸ FONTÁN BALESTRA, I, 351; TERÁN LOMAS, I, 253.

²⁹ NÚÑEZ, I, 230; igual RAMOS MEJÍA, en LL, 126-1157 y ss.; ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal*, Santiago de Chile, 1964, I, 161; BAYARDO BENGEOA, *op. cit.*, I, 193 y ss.

³⁰ WOLFF, KARL, *Verbotenes Verhalten*, Wien-Leipzig, 1923.

³¹ PORTE PETIT, 325 y ss.; también a “fato” se refiere NELSON HUNGRIA, *Comentarios ao Código Penal*, II, p. 6.

ralizado el empleo de la voz "acción" (*Handlung*)³², en detrimento de la "conducta" (*Verhalten*). "Conducta" también suele emplearse en latinoamérica y en Italia³³. La voz "conducta" ha sido criticada, entre otros, por Soler³⁴, quien afirma que "importa" una referencia amplia e indeterminada al comportamiento ordinario y general del "sujeto", y considera que por esta vía este concepto puede llegar a ser políticamente peligroso. Se nos hace incuestionable que si la "conducta" es entendida en este sentido amplio, lleva razón Soler. Así, entendiendo por "conducta", "norma de vida", como manifestación de la personalidad, estaremos en las puertas del derecho penal del autor. No obstante, esto es harina de otro costal, porque los autores de la teoría del "acto sintomático" no necesitaban hablar de "conducta", bastándoles la "acción"³⁵, en tanto que hoy se habla muy profusamente de "ciencias de la conducta" para referirse a lo que por tal entendemos aquí. Creemos que cualquier vocablo se puede malemplear cuando de sembrar la inseguridad se trata³⁶.

Nos parece que *la discusión es meramente terminológica y no tiene ninguna consecuencia práctica, siendo por ello que empleamos indistintamente los vocablos "acción", "acto" y "conducta", sin hesitar en ello a causa de la omisión, por entender que la misma es inexistente en el plano pretípico.*

Conforme al código penal, tampoco es igual "conducirse" que "obrar". Cualquiera sea el entendimiento de estas palabras en el lenguaje corriente, en el código penal cobran un sentido técnico, conforme al cual "obrar" es un verbo que denota mayor amplitud que "conducirse". "Conducirse" es una forma de "obrar", pero es posible "obrar" sin conducirse (art. 34, inc. 2º: "el que obrare violentado por fuerza física irresistible"). "Obra" el que protagoniza un hecho (hecho del hombre no voluntario) y "se conduce" el que es autor de una conducta (aunque a la vez obra, toda vez que la conducta es una especie del género "hecho"). Así, todo el que se conduce está obrando, pero no todo el que obra se conduce.

³² Así MEZGER-BLEI, 50; JESCHECK, 172; MAURACH, 157; BAUMANN, 188; WELZEL, 30; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1967; MAYER, 1967, p. 42; SCHMIDHÄUSER, 110; STRATENWERTH, 132; WESSELS, 8; NAUCKE, 246; OTTO, 183; BLEI, 55.

³³ Expresión que también utilizan NOVOA MONREAL, I, 265; JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, *Nullum crimen sine conducta*, México, 1950; MANTOVANI, 147; etc.

³⁴ SOLER, I, 245; en análogo sentido, TERÁN LOMAS, I, 254.

³⁵ Así, KOLLMANN titulaba su obra *Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrecht* (Breslau, 1908).

³⁶ También defienden su empleo con alcance técnico ARGIBAY MOLINA Y COL., I, 159.

Sintéticamente, podemos clasificar los hechos de la siguiente manera:

Hechos	{ <i>humanos</i> (con un hombre que obra) {	Voluntarios (<i>conducta</i>); (el autor <i>se conduce</i>). ;
		Involuntarios (no hay <i>conducta</i>); (el autor sólo <i>obra</i>).
	no humanos	

Conforme a esto, debe quedar perfectamente claro que cuando el derecho se refiere a una conducta humana, se está refiriendo a su materia de regulación —porque es lo único que puede aspirar a regular— como un hecho humano voluntario y cuando, por cualquier causa que fuere, deja de lado la voluntad, no se está refiriendo ya a una conducta sino a un “hecho”³⁷.

“Hecho” no es la conducta y su resultado. Se ha pretendido designar como “hecho” a la conducta humana y su resultado, unidos por el nexo físico de causalidad³⁸. Al mismo complejo ha querido dársele la denominación de “evento”, particularmente en la doctrina italiana³⁹.

Rechazamos ambas denominaciones: a) “Hecho” no es en nuestro CP acción y resultado, porque ni siquiera denota siempre acción. “El momento del hecho” a que se refiere en art. 34, inc. 1º CP no es el momento de la acción, porque ese inciso se refiere también al estado de “inconsciencia”, que es un supuesto de ausencia de acto, b) “Evento”, en castellano, no denota el complejo que se quiere señalar en la doctrina italiana.

³⁷ Cfr. BETTI, loc. cit.

³⁸ Así, WOLFF, KARL, op. cit.; PORTE PETIT, 325 y ss.; RAMOS MEJÍA, op. et loc. cit.

³⁹ Así, BETTIOL, 258; ANTOLISEI, CRISPIGNI, CAJOTTI, SANTAMARÍA, RENDE, cit. por BETTIOL, loc. cit., nota 40; PAGLIANO, 283 y ss.; MANTOVANI, 157. Siguiendo la tradición italiana también construye un concepto de “evento”, compuesto por la acción, el resultado y la causalidad, la doctrina turca (V. DÖNMEZER, SULHI-ERMAN, SAHIR, *Nazari ve tatbiki ceza kukuku, Umuni kisim*, Istanbul, 1965, T. I pp. 311, 382 y ss., 493 y ss.). En la Argentina, expresamente contra la identificación de hecho con acción más resultado, NINO, CARLOS S., *El concurso en el derecho penal*, Bs. As., 1972, pp. 30-33.

En castellano “evento” es un “acontecimiento, suceso imprevisto o de realización incierta o contingente”, o sea que tiene una nota de contingencia o eventualidad que es inadecuada para lo que se quiere designar. En italiano conserva el mismo sentido de “riuscita, caso, avvenimento possibile”, que proviene del “eventus” latino, de modo que tampoco resulta acertada en esa lengua. En cierto sentido, puede decirse que “evento” es “acontecimiento” (de “evenire —acaecer—)⁴⁰, pero tampoco en este sentido daría idea del conjunto que se quiere señalar.

En algún momento, pensamos que ese complejo podía denotarse con la voz “ópera” u “obra”, siguiendo de cerca a Betti, quien afirma que “los actos con efecto material externo se pueden resumir bajo la calificación genérica de *operaciones*”^{40 bis}.

Creemos que la expresión más correcta sería *pragma*, que proviene del griego *prattein*, actuar, praxis, trato que procura. “Pragma” incluye lo alcanzado en la acción, en el procurar (das “im Besorgen besorgte”)^{40 ter}. No obstante —al margen de los argumentos semánticos y etimológicos—, creemos que el *pragma* no presenta una utilidad teórica muy relevante.

Además de estos argumentos, que podemos llamarles formales o semánticos, nuestro rechazo no obedece en lo fundamental a esto, sino que creemos que la designación de ese complejo es de muy escasa utilidad en derecho penal.

El derecho no puede desconocer jamás que toda conducta está circunstanciada y que como tal, a nivel material, invariablemente tiene un resultado físico. No obstante, apenas en el nivel típico las circunstancias y los resultados cobran importancia, porque no todos la tienen, ya que sólo algunos resultados y algunas circunstancias cobran significación jurídico-penal en el sentido de interesar a la prohibición (al tipo, que es el que individualiza la prohibición *penal*). Esto no significa que cuando el dispositivo individualizador de la prohibición penal no se refiere a circunstancias (resultado físico, causalidad, características personales, tiempo, lugar, etc.), la ley presuponga que no existen. La ley no puede nunca suponer que una conducta humana se da en el vacío absoluto de Torricelli, protagonizada por un hombre sin tiempo, espacio, cultura, historicidad, existencia, cotidianeidad de “término medio” que implique existen-

⁴⁰ *Diccionario de la Real Academia*, 1970, p. 592; ZINGARELLI, NICOLA, *Vocabolario della Lingua Italiana*, Milano, 1925, p. 481; COROMINAS, JOAN, *Diccionario Crítico-Etimológico*, Madrid, 1976, IV, 700.

^{40 bis} *Teoría del delito*, p. 107; BETTI, op. cit., p. 16.

^{40 ter} En este sentido emplean la expresión SZILASI, RICOEUR y HEIDEGGER (Cfr. BINSWANGER, *Tres formas de existencia frustrada*, cit., p. 65, nota 67).

ciariedad potencial; en síntesis, la ley no puede ignorar que una acción es de un hombre, y que si pretende regular una conducta humana que, por una parte carece de finalidad y, por otra es expresión de un ente que no ofrece los caracteres existenciales del "ser ahí", estará regulando *algo que es menos que un proceso físico*. Será menos que el proceso físico, porque éste es un ente con *categorías* (que la física y la ontología reconocen) y si el tipo crea este ente sin esa categoría, imposible resulta concebir qué engendro individualiza el tipo.

II. — LA CONDUCTA COMO OBJETO DE REGULACIÓN JURÍDICA

234. **Los hechos y la conducta.** El orden jurídico-penal regula conductas humanas y excluye las otras clases de hechos de su regulación. En el actual estado de nuestra cultura no se concibe un orden jurídico que regule o pretenda regular hechos del mundo físico que no sean conductas humanas, las que, por cierto, *también* se dan en el universo físico.

Los animales y las cosas pueden ser objetos de las conductas, pero no sujetos.

El art. 1º de la ley 14.346 utiliza la expresión "hiciere víctima" referida a los animales. En verdad, pese al defecto de esta redacción, no implica que la ley otorgue el carácter de víctima a un animal, sino que es bien claro que quiere significar "hiciere objeto". En cuanto a los procesos a animales, se trata de datos histórico-jurídicos curiosos⁴¹.

235. **Las personas jurídicas.** En el derecho penal *stricto sensu*, las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta, *porque el delito se elabora sobre la base de la conducta humana individual: "sólo un individuo es posible autor de un delito, nunca una persona moral"*⁴². En definitiva, el problema se resuelve según se siga el criterio de Savigny con la "teoría de la ficción" o el de Gierke con la "teoría de la realidad" u "orgánica"⁴³, lo que, por cierto, marca una actitud general dentro de un ordenamiento jurídico.

⁴¹ Cfr. MANZINI, VINCENZO, *Tratado, I, de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1952, II, 394, con abundante información bibliográfica sobre procesos a animales; también VON HENTIG, *La pena*, cit.

⁴² Cfr. FEUERBACH, ANSELM RITTER VON, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1847, p. 52.

⁴³ Cfr. MANTOVANI, FERRANDO, 143.

La capacidad penal de las personas jurídicas fue sostenida por la llamada corriente de la "defensa social" y los movimientos a ella cercanos. Así, por ejemplo, la sostuvieron Saleilles y Mestre en Francia⁴⁴, donde todavía se mantiene el criterio en el campo doctrinario, pese a que la jurisprudencia francesa se ha pronunciado abiertamente en contra⁴⁵. También, siempre dentro de la corriente defensiva, cabe mencionar a José Agustín Martínez en Cuba, cuyas ideas se difundieron ampliamente en México⁴⁶. En Alemania se la negaban Feuerbach y la mayoría de sus contemporáneos⁴⁷. Más recientemente se la niega Beling⁴⁸, en tanto que por su capacidad penal se pronunciaron Liszt, M. E. Mayer y Busch⁴⁹. Fluctuante es la posición de Hafter⁵⁰. Algunos autores le negaron capacidad de culpabilidad⁵¹, en tanto que la mayoría se inclina por negarle capacidad de conducta⁵². En Suiza, la jurisprudencia les ha reconocido capacidad en el derecho penal fiscal⁵³, lo que creemos coherente, dada la naturaleza no puramente penal del mismo⁵⁴. En la doctrina italiana, Pannain las considera con una absoluta incapacidad de derecho penal, y no sólo con incapacidad para actuar⁵⁵, en tanto que Manzini, Bettiol y Pagliaro las consideran simples incapaces de conducta⁵⁶; Santoro⁵⁷, al igual que Antolisei y Mantovani⁵⁸,

⁴⁴ MESTRE, AQUILES, *Las personas morales y su responsabilidad penal*, trad. de C. Camargo y Marín, Madrid, s.f.

⁴⁵ Cfr. BOUZAT, PIERRE-PINATEL, JEAN, *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, París, 1970, t. I, p. 313.

⁴⁶ MARTÍNEZ, JOSÉ AGUSTÍN, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, en Rev. de D. Penal, 1930, 4, pp. 395 y ss.; el derecho anglosajón también admite la capacidad penal de las personas jurídicas. V. GILES, F. T., *The Criminal Law*, London, 1961, 184; BASSIOUNI, 149.

⁴⁷ Compartían la opinión de FEUERBACH, GROLMANN, KARL VON, *Grundsätze des Criminalrechts-Wissenschaft. Einer systematischer Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetze*, Giessen, 1798; MARTIN, CHRISTOPH, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Criminal-processes*, Göttingen, 1812, 338; HENKE, HERMANN WILHELM EDUARD, *Lehrbuch des Strafrechtswissenschaft*, Zürich, 1915, 383; en contra, BAUER, ANTON, *Lehrbuch des Strafrechtes*, Göttingen, 1833.

⁴⁸ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 8, nota 2.

⁴⁹ LISZT, *Lehrbuch*, 1922, 124; MAYER, MAX-ERNST, Heidelberg, 1923, p. 96, n. 23, adhiérese a la tesis de LISZT; BUSCH, RICHARD, *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, Leipzig, 1933.

⁵⁰ HAFTER, ERNST, *Die Delikts und Straffähigkeit des Personenverbände* Berlin, 1903; parece sostener otra opinión en *Lehrbuch*, p. 72.

⁵¹ Así, HEINNITZ, ERNST, *Der Aufbau der Strafrechtssystem*, en ZStW, 65, 67 y ss.

⁵² Cfr. MAURACH, 159; MAYER, HELLMUTH, 1967, 46; SCHMIDHÄUSER, 160-161; JESCHECK, 180; del mismo, *Zur Strafbarkeit von Personenverbänden*, 1953; etc.

⁵³ Cfr. SCHULTZ, I, 95.

⁵⁴ Cfr. supra, § 40.

⁵⁵ PANNAIN, 211.

⁵⁶ MANZINI, I, 628; BETTIOL, 253; PAGLIARO, 150.

⁵⁷ SANTORO, I, 286.

⁵⁸ ANTOLISEI, 464-5; MANTOVANI, 145.

las consideran "no responsables", aunque sin precisar claramente las razones.

En la Argentina el problema se halla sumamente debatido y las consideró responsables el Proyecto de Código Penal del P. E. de 1951 cuyo artículo 42 rezaba: "Las disposiciones se aplicarán a todos los sujetos de derecho, con excepción de las personas jurídicas de existencia necesaria". Núñez parece negarles capacidad de conducta⁵⁹, en tanto que Fontán Balestra les niega capacidad de culpabilidad⁶⁰. Terán Lomas⁶¹ adhiere a la negativa a considerarlos sujetos de delito, por incapacidad de conducta. Soler también niega esa posibilidad, aunque con diversos fundamentos⁶². La defensa de la capacidad penal de las personas jurídicas no se ha efectuado en la Argentina por parte de los "defensistas", sino de los ególogos⁶³.

Entendemos que en el derecho penal "stricto sensu", las personas jurídicas no tienen capacidad de conducta, porque el delito según surge de nuestra ley es una manifestación individual humana. Si bien hay leyes penales stricto sensu que sancionan a personas jurídicas, entendemos que tales leyes no hacen más que conceder facultades administrativas al juez penal, o sea que las sanciones no son penas ni medidas de seguridad, sino consecuencias administrativas de las conductas de los órganos de las personas jurídicas^{63 bis}.

Otros autores han fincado la incapacidad de las personas jurídicas en su incapacidad de culpabilidad, pero en modo algunos es menester alcanzar este nivel de la construcción para fundarla. Si así fuera, deberíamos admitir que la persona jurídica es capaz de ser autora de un injusto penal inculpable y por ende, ser susceptible de receptor medidas de seguridad penales, criterio que rechazamos de plano.

⁵⁹ NÚÑEZ, I, 216.

⁶⁰ FONTÁN BALESTRA, I, 365.

⁶¹ TERÁN LOMAS, ROBERTO A. M., *Las personas jurídicas y el derecho penal*, en RDP y C, 1969-4, 482 y ss.; del mismo en JA, 29 oct. 1971; y *La teoría del autor*, Bs. As., 1964, p. 101; *Derecho Penal*, II, 187 y ss.

⁶² SOLER, I, 250.

⁶³ APTALIÓN, ENRIQUE, *Acercas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en LL, 37-280; CUETO RÚA, JULIO, *El racionalismo, la egología y la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en LL, 50-1109. Contra esta posición FLORES GARCÍA, FERNANDO, *La responsabilidad penal de la persona jurídica colectiva*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado", México, 30 (1957), pp. 29 y ss. Para información doctrinaria y legislativa antigua, SALDASA, QUINTILIANO, *Capacidad criminal de las personas sociales (Doctrina y legislación)*, Madrid, 1927.

^{63 bis} Sobre los sistemas de estas sanciones MALAMUD GOTTI, JAIME E., *Las penalidades a sociedades y sus directivos por el hecho del agente (dos modelos del derecho comparado: la República Federal Alemana y los Estados Unidos)*, en "Doctrina Penal", 1980, pp. 555 y ss.

Por otra parte, se ha pensado también en la inculpabilidad (conforme a la sistemática causalista: atipicidad, para nosotros) de los miembros de las personas jurídicas o, cuanto menos, de algunos de ellos, como pueden ser los que no participaron en la resolución o los que no se enteraron o incluso votaron en contra⁶⁴. Esto se vincula estrechamente con el principio de la intrascendencia de la pena, incorporado a toda la legislación del mundo civilizado y que proscribía particularmente la práctica oriental conocida como "principio de corrupción de la sangre"⁶⁵ e incorporada al Código de Justiniano⁶⁶. No faltaron antiguos autores que postularon la punición de la mayoría que había adoptado la resolución⁶⁶.

No obstante la solidez de estos argumentos, estimamos que la incapacidad de la persona jurídica es una clara incapacidad de conducta. La voluntad de la acción humana es un fenómeno psíquico que no puede concebirse en una persona jurídica. La persona jurídica es incapaz de conducta, es "involuntable": el conocimiento del aspecto objetivo del hacer, como fenómeno psíquico, no puede asignarse a la persona jurídica, sino a través de una ficción legal que ninguna disposición autoriza⁶⁷. Esto no implica que la persona jurídica deba ser incapaz para otras ramas del derecho, sino que el derecho penal, además del respeto por la estructura lógica objetiva que liga al legislador con el objeto, tiene el carácter de ser particularmente reactivo a las ficciones.

Para afirmar la capacidad penal de las personas jurídicas es necesario partir de la identificación de conceptos penales y civiles, lo que es inadmisibles, pues con sólo repasar el enlistado del art. 34 CP, veremos que se está refiriendo claramente a la acción humana, lo que revela que en nuestro código penal tiene plena vigencia la fórmula *societas delinquere non potest*⁶⁸.

⁶⁴ Este es uno de los argumentos de SOLER, op. et loc. cit.

⁶⁵ Cfr. CARRARA, FRANCESCO, *Dante Criminalista*, en *Opuscoli* (versión castellana de M. DE RIVACOBIA y R., en la "Revista de estudios penitenciarios", Madrid, 1966, pp. 16-7).

⁶⁶ Cfr. TITTMANN, KARL AUGUST, *Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts*, 1806-1809, § 113. En base a la trascendencia de la pena, RAMOS MEJÍA afirma que la ley de monopolio viola el principio de culpabilidad en la legislación argentina (*El principio de culpabilidad en la legislación penal argentina*, Jornadas Int. de Derecho Penal, "Relatos", Univ. de Belgrano. Bs. As., 1971, 41-58).

⁶⁷ Así, MANUEL HUACUJA y ZAMACONA (*Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en DPC, 14 [1966], p. 29) pretende que la "deliberación" de un cuerpo colegiado equivale a la "deliberación" individual, lo que constituye un error que se funda en una mera coincidencia de vocablos.

⁶⁸ Esta fórmula pertenece a Sinibaldo de Fieschi, aunque según Panizo Orallo no tendría en el contexto original el sentido que la tradición le asignó (cit. por BERUSTAIN, *Medidas*, cit., p. 51).

De cualquier modo, entendemos que la disputa en torno de la capacidad penal de las personas jurídicas es casi especulativa. Hemos visto que esta capacidad es defendida con argumentos de corte "defensista" o bien, de naturaleza formal, pero lo cierto es que en último análisis, la discusión es perfectamente inútil, porque la circunstancia de que la persona jurídica no tenga capacidad penal no implica —en modo alguno— que no sea posible sancionar a los directivos que en el desempeño de sus cargos cometen delitos. Nada impide tampoco la aplicación de una sanción administrativa a la persona jurídica, que no afecta el principio penal de la intrascendencia de la pena —porque no es pena— ni altera los principios que fundan la culpabilidad penal. Además, no estando la aplicación de sanciones administrativas sometida a exigencias tan estrictas como las de la sanción penal, la misma ofrece una mejor defensa "social" contra estos entes usados como medios para la comisión de delitos. Las sanciones que les corresponden, como bien lo dice Jeschek, son *Ordnungsstrafe gegen Verbände* (penas administrativas contra sociedades)⁶⁹, pudiendo ser ambas aplicadas por el mismo juez penal y en la misma sentencia, puesto que ello no pasa de ser una mera cuestión de competencia que no hace a la naturaleza de fondo de la sanción. Entendemos que de esta manera práctica y realista, se puede defender la sociedad contra las acciones individuales escudadas en personas jurídicas, aplicándole sanciones sin alterar lo psicológico de la voluntad⁷⁰.

Por supuesto que la circunstancia de que la sanción sea una consecuencia accesoria de un delito, hará que esa sanción sólo pueda imponerse con ciertas exigencias que no sean exactamente las mismas que las del derecho administrativo ordinario, tal como también lo sostiene Jescheck, pero eso no cambia la naturaleza misma de la sanción.

Por otra parte, y siempre desde el punto de vista político-penal, llevan toda la razón Pedrazzi y Da Costa, cuando afirman que "la experiencia enseña que en las sociedades por acciones, no obstante la estructuración democrática impuesta por la ley, el poder efectivo se concentra habitualmente en manos de un número limitado de individuos, cuyos intereses no siempre coinciden con el interés social. El fenómeno de la disociación entre propiedad y control tiende a acentuar el distanciamiento entre intereses de la sociedad como tal e intereses del grupo directivo. De ello resulta que la amenaza de una sanción penal dirigida a la sociedad no podría desempeñar una seria amenaza disuasiva". "El problema está —sintetizan estos autores— en individualizar y golpear

⁶⁹ JESCHECK, 182.

⁷⁰ Tal ha sido la solución que expresamente hemos dado al problema en nuestro *Anteproyecto de Código Penal para la República del Ecuador* (en DPC, 37, 1970); también, con exposición de motivos en lo pertinente, en *El título III del Libro I del Anteproyecto de Código penal para la República del Ecuador de 1969: la sanción*, en "Revista Penal y Penitenciaria", Bs. As., XXIX, 25 y ss.

a las personas físicas que esconden su actividad delictuosa detrás de los muros protectores de la persona jurídica”⁷¹.

III. — CONDUCTA IMPLICA VOLUNTAD

236. “Voluntad final” es una expresión tautológica. Para que haya conducta es menester que la misma sea voluntaria. La doctrina es unánime en requerir la “voluntariedad” de la conducta, salvo algunas voces aisladas, de la que nos ocuparemos luego. La conducta es voluntaria cuando no es un mero resultado mecánico, o sea, cuando hay una decisión por parte del agente.

El alcance de la expresión “voluntario” se oscureció porque en España se confundió lo “voluntario” con lo “doloso”. Contra esta posición se alzó un sector de la doctrina, entre los que se cuenta Quintano Ripollés, para quien lo voluntario es lo proveniente de la voluntad del agente⁷² y fuera de España han sido muchos los autores que distinguieron nítidamente lo voluntario de lo doloso⁷³. Entre nosotros, Peco entendía por voluntario lo doloso⁷⁴ y nuestra antigua doctrina nacional tuvo dificultades para definir adecuadamente la culpa y la omisión, las que se debatieron, básicamente, a la falsa identificación de ambos conceptos⁷⁵. Por razones dogmáticas referidas al código español —que no estamos en condiciones de discutir— Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo entienden que la expresión del art. 1º de ese texto indica el requerimiento de una voluntad “opuesta a la norma”, esto es, una cuestión de culpabilidad⁷⁶.

⁷¹ PEDRAZZI, CESARE-DA COSTA JR., PAULO JOSÉ, *Direito Penal das sociedades anonimas*, São Paulo, 1973, pp. 29-30.

⁷² QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1946, I, 6.

⁷³ GARRAUD, R., *Précis de Droit Criminel*, París, 1903, p. 164; MACHADO BANDEIRA DE MELLO, *Direito Penal*, Belo Horizonte, 1956, III, 191; CONCHA, JOSÉ VICENTE, *Tratado de Derecho Penal*, París, s.f., pp. 83-4; CAPELLI, JOSÉ F., *La responsabilidad penal*, en “Archivos de Criminología, Neuro-Psiquiatría y Disciplinas conexas”, Quito, XIII, 49 (1965); TEBA ZABRE, ALFONSO, *Principios de Ciencia Penal*, Tegucigalpa, 1950, p. 135.

⁷⁴ PECO, JOSÉ, *La reforma penal argentina*, Bs. As., 1921, p. 278.

⁷⁵ Cfr. SPOLANSKY, NORBERTO, en JIMÉNEZ DE ASÚA y otros, *Evolución*, pp. 30-31.

⁷⁶ CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, I, 24; del primero, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pp. 62 y ss.; del mismo, *Una nueva concepción del delito*, Barcelona, 1963, pp. 87 y ss. En sentido contrario, entiende que en el art. 1º del CP español, “voluntario” significa “doloso”, RODRÍGUEZ DEVESA, *Cuasidelitos y delitos culposos en el CP chileno*, en “Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal”, Valparaíso, 1975, pp. 127 y ss. Para un cuidadoso estudio de las diferentes interpretaciones en el código español, POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *La voluntariedad de las acciones punibles*, Sevilla, 1979.

La conducta es voluntaria aún cuando la decisión no sea tomada libremente por el sujeto, o de que éste la tome motivado por coacción o por circunstancias extraordinarias; este es problema de culpabilidad, pero no de conducta, la que en este caso igualmente existirá: "*voluntad*" no implica "*voluntad libre*".

La distinción entre voluntad y voluntad libre es aristotélica. La escolástica siguió el mismo cambio y así, por ejemplo, Duns Escoto reconocía la existencia de acto aún cuando no hubiese entendimiento, y aún más: le reconocía a dicho acto una bondad o una maldad, aunque no en sentido "moral" sino "natural"⁷⁷. Como veremos luego, la dogmática contemporánea quiso distinguir "dolo natural" de "dolo malo", sin percatarse adecuadamente de que la distinción escolástica no pretendía ubicar al dolo en dos estratos diferentes.

Como ya hemos dicho, la distinción entre voluntad y voluntad libre fue negada en el siglo pasado, por obra de los hegelianos⁷⁸. El neoidealismo italiano volverá luego a lo mismo en nuestro siglo. Pese a que la concepción hegeliana frustraba cualquier construcción dogmática estratificada, fue de gran importancia para resaltar el concepto de acción⁷⁹. De su negativa a efectuar tal distinción se desprende la sistemática que han tenido que seguir sus autores: considerar a la imputabilidad en la base de la teoría.

Se ha insistido en distinguir entre "voluntad" y "finalidad". Como hemos visto la voluntad no puede concebirse sin la finalidad, porque no hay ninguna voluntad que no sea final. *La voluntad, necesariamente, implica la finalidad*. Partiendo de esta premisa, cuando hablamos de voluntad nos estamos refiriendo *siempre* a una voluntad *final*, porque no concebimos otra diferente. Con claridad sin par, Alejandro Korn escribió: "Acción es la voluntad actualizada en la medida de nuestro poder. El complejo proceso de la actividad psíquica remata en una finalidad material"⁸⁰.

⁷⁷ DUNS ESCOTO, *Cuestiones Cuodlibetales*, Madrid, 1968, Quaestio XVIII, 10.

⁷⁸ V. KÖSTLIN, REINHOLD, *System des deutschen Strafrecht*, parág. 56; BERNER, ALBERT FRIEDRICH, op. cit., Leipzig, 1898, p. 69; ABECC, J. Fr. H., *Lehrbuch des Strafrechts-Wissenschaft*, Mustadt, 1836, p. 123; en general sobre los penalistas hegelianos, SULZ, EUGEN, *Hegels philosophische Begründung des Strafrechts und deren Aufbau in der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Berlin u. Leipzig, 1910; FLECHTHEIM, OSSIP KURT, *Die hegelsche Strafrechtstheorie* (Diss), Brünn, 1934; en particular sobre la acción, BUBNOFF, E. VON, *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffs von Feuerbach bis Liszt unter besondere Berücksichtigung der Hegelschule*, 1966; WELZEL, 38-9.

⁷⁹ Cf. SULZ, op. cit.

⁸⁰ KORN, ALEJANDRO, *Apuntes filosóficos*, Colección Claridad, Buenos Aires, s. f., (1934?); reproducido en *Obras*, La Plata, 1938, p. 238.

Welzel afirma que la "finalidad" no debe ser confundida con la "mera voluntariedad" ⁸¹, pero con ello no quiere decir que sean cosas distintas, sino que se está refiriendo a "voluntariedad" como la entiende el causalismo (voluntad y conducta sin finalidad), y por ello trata de distinguir tajantemente ambos conceptos. Queda claro que la afirmación que nosotros formulamos lo es en el campo finalista, porque para los causalistas, y aunque ya casi nadie sostiene la concepción primitiva de Beling, sino llena de remiendos, la voluntad implica finalidad ónticamente, pero no jurídico-penalmente. porque se manejan con un concepto jurídico-penal de conducta.

Para un gran sector de la doctrina en la Argentina, la voluntad consiste sólo en un querer del movimiento corporal, o sea, que se trata de una conducta que si bien es voluntaria, prescinde del fin a que esa conducta se dirige. Así esa conducta no es más que "libertad de inervación muscular en el caso de la acción, y distensión muscular en el de la omisión" ⁸² o sea, una conducta sin finalidad, en cuya consideración no se toma en cuenta la finalidad.

Así claramente dice Soler que en un "primer momento externo, pero subjetivo, de la acción, se llama actuación voluntaria. Consiste en desplegar u omitir determinada serie de movimientos corporales, mediante los cuales el autor hará surgir ese estado de hecho que innova la situación existente en el mundo exterior. Así, el movimiento del dedo que acciona el gatillo del revólver, cuyo disparo mata (resultado) o la articulación de la palabra que ofende o difama" ⁸³. Fontán Balestra, en igual sentido, dice que "no se confunde esa manifestación de la voluntad con el contenido de la voluntad, que pertenece a la culpabilidad". No es lo mismo el manejo o dominio del movimiento corporal con el contenido psicológico y volitivo de ese movimiento y el juicio que de él pueda hacerse" ⁸⁴. Núñez afirma que la manifestación de voluntad "existe siempre que el movimiento o falta de movimiento corporal del hombre pueda ser referido al ejercicio de su propia energía psíquica como poder de impulso o de detención de aquella consecuencia física" ⁸⁵. En igual sentido se expresan Argibay Molina ⁸⁶ y muchos otros autores ⁸⁷. Entre

⁸¹ WELZEL, *Das neue Bild* . . ., Göttingen, 1957, 5.

⁸² Cfr. BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1925, p. 20.

⁸³ SOLER, I, 247.

⁸⁴ FONTÁN BALESTRA, I, 405.

⁸⁵ NÚÑEZ, I, 232; en igual sentido, *Manual*, 131 y ss.

⁸⁶ ARGIBAY MOLINA Y COL., I, 162.

⁸⁷ TERÁN LOMAS, *La teoría del autor*, 1964, 99 y ss.; CAMPOS, ALBERTO A., *Introducción a la teoría del delito*, Buenos Aires, 1968; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III; FRÍAS CABALLERO, en LL. 65-845; BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, op. cit.; MARQUARDT, EDUARDO II., *Temas básicos de derecho penal*, Bs. As., 1977, 27 y ss.

los causalistas alemanes se vierten parecidos conceptos: "Para nuestro concepto de conducta basta que la conducta corporal sea voluntaria (y no algo arbitrario no querido), el fin de esa conducta, su clase y dirección y sobre todo si tales fines existen, no interesan a la pregunta sobre si él ha actuado"⁸⁸; "el concepto de conducta será aquí limitado como movimiento corporal"⁸⁹.

Cabe consignar que el causalismo, en general, reconoce que la conducta es una "voluntad final"⁹⁰, sólo que entienden que ello es válido en un concepto "ontológico" de conducta, pero que el derecho penal se maneja con un concepto "jurídico-penal" distinto del ontológico, o sea que el derecho penal "construye" a la conducta humana. Núñez llega a afirmar que "la responsabilidad penal sólo puede encontrar su base fundamental, en una acción así concebida" (en sentido óntico-ontológico), pero a continuación agrega: "sin embargo, un concepto de la acción estructurada bajo el punto de vista puramente mecanicista, que la mira como un proceso meramente causal y que la define como un efecto en el mundo exterior producido por la voluntad, vale y satisface las necesidades y exigencias de la teoría jurídico-penal de la acción". "La admisión de esta concepción limitada de la acción, encuentra su fundamento en la función descriptiva que se le conoce a la figura delictiva en el cuadro de la teoría o explicación sistemática de la imputación legal delictiva"⁹¹. No hallamos más expreso reconocimiento de que la descripción *crea* la conducta, abarca una conducta (jurídico penalmente construida) que es distinta de la conducta como cotidianamente la captamos.

En nuestro concepto el derecho no puede regular algo diferente de conductas humanas, entendidas éstas ónticamente, esto es, con su finalidad. Córdoba Roda afirma que este aserto no tiene validez universal, pues "responde a una razón cultural, no de lógica material"⁹². Le asiste plena razón en el siguiente sentido: el legislador es dueño de prohibir algo que no sea conducta; el Obispo de París que en el medioevo excomulgó a las sanguijuelas del Sena era muy señor de hacerlo, sólo que las sanguijuelas ni se enteraron. La estructura lógico-objetiva obliga al legislador en el sentido de que debe respetarla si quiere obtener su propósito de regular conducta humana, pero si no quiere obtenerlo, allá él. Una materia dada se domina en la medida en que mejor la conocemos ónticamente. Si acudimos a reparar nuestro automóvil a un mecánico loco, que cree que el hierro es más liviano que el aire, magra será su faena y desventurado nuestro vehículo. Pues bien, el legislador puede estar tan loco como el mecánico. No otro resultado "obli-

⁸⁸ BAUMANN, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, Stuttgart, 1962, p. 46.

⁸⁹ SCHMIDHÄUSER, 167; MEZGER-BLEI, 50 y ss.

⁹⁰ MEZGER-BLEI, 53 y ss.; antes MEZGER, *Moderne Wege*, 12; NÚÑEZ (I, 230) hace suya la misma afirmación.

⁹¹ NÚÑEZ, I, 230-1.

⁹² CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, p. 59.

gante" pretende extraer Welzel de las estructuras lógico-objetivas: "La violación de estas estructuras no significa que la regulación no sea válida, sino que no logrará su fin"⁹³. Córdoba Roda afirma también que la identificación de los conceptos óntico-ontológico y jurídico-penal de acción "queda sometida a la condición de que la propia ley hubiera adoptado expresamente la acción como punto de partida". Estimamos que no se trata de que la ley adopte "expresamente" ese punto de partida, sino que *debemos presumir que la ley lo adopta, siempre que no encontremos que expresamente se separa de él*. No hay razón para presumir que nuestro mecánico está loco y que cree que el hierro es más pesado que el aire, sino todo lo contrario. De este modo, *afirmamos la identificación de ambos conceptos, porque en el texto del CP argentino no hallamos ninguna disposición que nos revele que la ley adopta un concepto de conducta distinto del ontológico*.

Bacigalupo, refutando la argumentación de que la teoría de la acción finalista no se adapta a nuestra ley, dice que "por ser su punto de partida el concepto de la acción de la vida real y no el concepto legal", "carece de sentido preguntarse por su concordancia con el CP argentino o con cualquier otro Código"⁹⁴. Creemos que si la CN no consagrare el principio republicano y si el CP se apartase del concepto óntico-ontológico de acción nos sería posible, de toda forma, construir la teoría sobre base finalista, porque es una construcción con base en lo óntico, y desde ese punto de vista valorar las consecuencias que pretende extraer una ley que quiere regular algo que no son acciones humanas, es decir, que desde un ángulo realista juzgaríamos los resultados de un punto de vista idealista. No obstante, si las consecuencias fuesen absurdas, sólo podríamos explicar el sistema como un devarío idealista. Mas esto no ocurre en absoluto con nuestro texto legal y, por ende, no cabe afirmar que hay un concepto "legal" de acción distinto del óntico-ontológico. Volveremos a insistir sobre esto en nuestra crítica al concepto causal de conducta⁹⁵.

237. Conducta biocibernéticamente anticipada. Otro sector de la doctrina —que es en el que nos contamos— niega toda posibilidad de escindir el fin de la voluntad, dando lugar a la llamada teoría "finalista" de la acción o de la conducta.

Es incuestionable que cualquier voluntad humana se dirige a un fin, o sea que no hay voluntad ni conducta sin finalidad. La voluntad no es "voluntad de mover el cuerpo" ni "voluntad de inervación muscular". Una tal voluntad no existe más que en la invención de los autores causalistas. Es evidente que siempre se quiere algo, siempre la voluntad es "voluntad de" y "voluntad para". No hay voluntad "de nada" ni voluntad "para nada". Sostener lo contrario

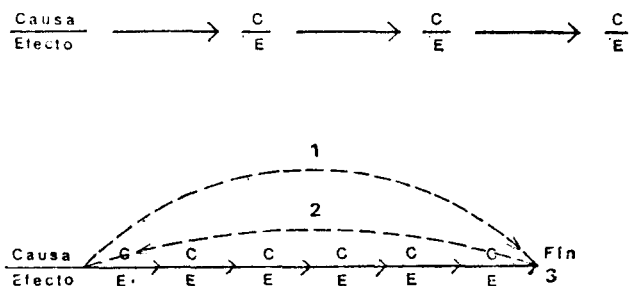
⁹³ WELZEL, *Naturrecht und Rechtspositivismus*, cit.

⁹⁴ BACIGALUPO, en JIMÉNEZ DE ASÚA y col., *Evolución*, 18 nota 4.

⁹⁵ *Infra*, § 255.

implica considerar la conducta al mero nivel físico y prescindir de los niveles psicológico y sociológico de complejización. Lo psicológico, que es imposible desligar de la conducta sin que ella deje de ser tal, es lo que *introduce el nexo de finalidad*.

“La diferencia entre nexo causal y el nexo final se halla en lo siguiente: en el nexo causal de una causa sale un efecto; este efecto es a su vez causa de un nuevo efecto, y así se sigue *in infinitum*. Se produce un avanzar de caso en caso, sin que con el nexo se realice un fin. En el nexo final, por lo contrario, se pone un determinado fin que puede hallarse muy adelante (1). En el pensamiento se ubican los medios retrocediendo desde el fin (2), para terminar realizándolos, y con ellos también el fin (3). El nexo final se construye de este modo sobre el nexo causal, pues en la búsqueda de los medios cuenta sólidamente con la secuencia de la causa y el efecto”⁹⁶.



En rigor, la finalidad —bueno es observarlo desde ahora— no se monta sobre la causalidad, si la entendemos como algo visto *a posteriori*, sino sobre la causalidad *a priori*, o sea sobre la *previsión de la causalidad* (no otra cosa quiere decir Hartmann). Con ello se afirma, como es clásica expresión de Welzel, que en tanto que la causalidad es “ciega” la finalidad es “vidente”.

En sus últimos años, Welzel manifestó que quizá hubiese sido preferible, en lugar de llamar a su teoría “finalista”, hablar de una “consideración biocibernéticamente anticipada” como lo ha hecho Spiegel⁹⁷. ¿Qué significa este “acontecer cibernético”?

⁹⁶ HARTMANN, NICOLAI, *Einführung in die Philosophie*, Hannover, 1956, 22-3.

⁹⁷ WELZEL, 37; también en conferencia pronunciada en el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de Madrid el 22 de abril de 1968 (en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, Madrid, 1968, 229; reproducida en

Para una explicación didáctica del concepto de "cibernética", Helmar Frank distingue cuatro "centros de función" y los explica comparándolos con el funcionamiento de un barco: 1) el capitán que pone el objetivo o meta, el fin (decisión primaria); 2) el práctico, "que proporciona el estado actual y traza un programa para realizarlo conforme al estado final"; 3) el timonel, que con un trabajo propio relativamente escaso, somete la energía de que dispone a las decisiones del práctico; y 4) el sistema de propulsión, "que efectúa el trabajo físico y cuya forma de ser dirigido ha de conseguir la necesaria modificación dentro del ambiente"⁹⁸. En su máxima esquematización, el concepto cibernético sería el siguiente: el hombre se propone un fin (a); selecciona mentalmente los medios para lograrlo (programa) (b); pone en funcionamiento la causalidad (c); y ésta desemboca en el resultado (d).

Si comparamos este concepto así esquematizado con la explicación de Hartmann, veremos que presentan gran similitud y que sus pasos son equivalentes con los de Welzel. Este último expone su análisis en dos etapas: una en la esfera del pensamiento y otra en la del mundo exterior. A la primera corresponde la anticipación, el proponerse el fin, la "selección de los medios de la acción para la consecución del fin" y "la consideración de los efectos concomitantes" (etapa de programación cibernética). En la segunda "pone en marcha, conforme al plan, los medios (factores causales) de la acción escogidos con anterioridad, resultando el fin juntamente con los efectos concomitantes que se incluyeron en la totalidad a realizar"⁹⁹.

Por supuesto que no se trata con esto de afirmar que cada *movimiento* sea controlado con todos los pasos de la voluntad, puesto que los hay habituales, como los del dactilógrafo, que "queman" etapas, y hasta movimientos reflejos que son voluntarios dentro del contexto de una conducta, como es el caso de los esgrimistas o del duelista criollo¹⁰⁰.

La imposibilidad de escindir la finalidad de la voluntad es una cuestión que fue puesta de relieve por múltiples pensadores, pero en el campo jurídico es notable la claridad con que la expuso el español Joaquín Costa hace un siglo. Para Costa, voluntad es justamente "la relación de finalidad en que nos proponemos obrar en determinada dirección para conseguir determinado objeto"¹⁰¹. Según este autor, el "hecho"

RJV, 1970-2-48 y ss.); posteriormente en "Fest. für Maurach", 1972, 7-8; también *La teoría de la acción finalista y el delito culposo*, en "Ponencias", Univ. de Belgrano, Bs. As., 1971, 57-59. WELZEL se refiere a un trabajo de SPIEGEL titulado *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Kraftfahrers für Fehlreaktionen*, en DAR, 1968, 283/293.

⁹⁸ FRANK, HELMAR, *¿Qué es la cibernética?*, en "Cibernética: un puente entre las ciencias", Barcelona, 1966, 14 y ss.

⁹⁹ WELZEL, 34-5.

¹⁰⁰ Cfr. LUISI, LUIZ, *O tipo penal e a teoria finalista da ação*, Porto Alegre, 1973, p. 102.

¹⁰¹ COSTA, JOAQUÍN, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Madrid, 1880, p. 190.

suponía “un fin, un medio y una relación entre el fin y el medio”¹⁰². Lamentablemente, este pensamiento no fue explotado sino hasta muchos años más tarde en nuestro campo jurídico.

238. **Origen y evolución del finalismo.** La concepción finalista de la acción se inicia en nuestra ciencia con un artículo de Welzel titulado “Causalidad y acción”¹⁰³.

Los antecedentes de esta concepción pueden hallarse claramente en Aristóteles, quien no concebía ninguna conducta voluntaria que no fuese final. Consiguientemente, para Aristóteles eran voluntarios los actos que para nosotros serían inculpables, con lo que distinguía adecuadamente la voluntad de la culpabilidad¹⁰⁴. Estos conceptos también se entroncan con el tomismo¹⁰⁵, como legítimo continuador del aristotelismo. Resulta perfectamente explicable si tenemos en cuenta que para el Doctor Angélico la idea central de su sistema no es la causalidad, sino la finalidad¹⁰⁶, lo que precisamente funda la distinción tomista entre la naturaleza como hecho y la naturaleza como razón, es decir que, en tanto que lo no humano tiende a su fin en forma causal, el hombre debe buscar su fin y procurar alcanzarlo, con lo que resulta la finalidad opuesta a la causalidad¹⁰⁷. Santo Tomás también completaba su pensamiento indicando que quien quiere los fines debe querer los medios para alcanzarlos¹⁰⁸. Queda claro, pues, el origen aristotélico-escolástico de la teoría.

También dentro de la otra gran escuela de la escolástica medieval encontramos la confirmación del origen aristotélico-escolástico del finalismo. En efecto, la doctrina de la imputación de Duns Escoto afirma que la misma importa dos relaciones: “Una, al poder o dominio del agente; otra, a algo correspondiente según justicia del acto, o al agente por el acto. La segunda relación sigue a la primera. Porque el agente es señor de su acto, se debe algo a su acto, y a él por su acto”¹⁰⁹. La primera relación que supone la imputación escotista (*ad potestatem vel dominium agentis*) es el “dominio del hecho”, de cuño aristotélico.

El origen aristotélico-escolástico del finalismo no obsta a que pensamientos filosóficos sumamente alejados de su origen tampoco puedan

¹⁰² Idem, p. 191.

¹⁰³ WELZEL, *Kausalität und Handlung*, en ZStW, 51, 703 y ss.; reproducido en *Abhandlungen*, Berlín, 1975, pp. 7 y ss.

¹⁰⁴ *Ética Nicomaquea*, Libro III, 1. Sobre el origen aristotélico del finalismo hubo una interesante polémica entre WELZEL y CHORAFAS, negando este último dicho origen. Sobre ello, BENAKIS, ANNA, *Über den Begriff des Unrech-tuns bei Aristoteles anlässlich einer Kritik gegen die finale Handlungslehre*, en “Fest. für Welzel”, Berlín, 1974, pp. 213 y ss., en que con harta documentación confirma la tesis de WELZEL.

¹⁰⁵ Cfr. WELZEL, *Naturrecht*, p. 35; BERISTAIN, *Objetivación y finalismo*, cit., p. 16 (nota).

¹⁰⁶ Cfr. VERDROSS, op. cit., 121; sobre ello COPLESTON, op. cit., 221.

¹⁰⁷ Cfr. RECASENS SICHES, *La filosofía del derecho de Francisco Suárez*, cit., p. 65.

¹⁰⁸ *Summa c. Gent.*, I, 75.

¹⁰⁹ DUNS ESCOTO, *Cuestiones Cuodlibetales*, C. 18, art. 2, 25.

admitir que el desvalor de la antijuridicidad recaiga sobre una pura exterioridad de conducta que, por ser sólo exterioridad, consiste en un mero suceder causal. Ya vimos que los hegelianos llevaban el requerimiento hasta el punto de exigir la voluntad libre. Röder, que se batía contra el hegelianismo¹¹⁰, advertía también que “el daño exterior, únicamente como tal, nunca puede constituir por sí solo una acción injusta, ni producir consecuencia penal, aunque fuera tan sólo la de compensación, sino cuando aquel daño, en contraposición al hecho meramente casual, deriva de un deseo injusto de cualquier clase que sea, aunque proceda de imprevisión o negligencia”¹¹¹. En el propio campo del materialismo dialéctico se reconoce la significación de la finalidad. El materialismo dialéctico niega la finalidad en la naturaleza y advierte que “sólo en las conductas humanas existe finalidad, aunque también ella depende de las condiciones objetivas de la existencia humana, sobre todo de las condiciones de vida materiales de la sociedad”¹¹². En cuanto a la actividad del hombre, particularmente para el ámbito de lo social, en modo alguno pone en discusión el marxismo la finalidad. Marx y Engels caracterizaron las “consecuencias conscientes de los fines como la consecuencia característica entre la actividad social y los procesos naturales”. “Sobre la validez de la finalidad en el ámbito de lo social, construye el marxismo una de sus más importantes teorías: la teoría de la lucha de clases”¹¹³.

En el existencialismo, Sartre afirma que la finalidad da seguridad al objeto, que los procesos que observamos y cuya finalidad desconocemos son inciertos, si bien también lo son aquellos en que conocemos la finalidad, puesto que están sometidos a contingencias, pero sabemos al menos que si el fin se alcanza, su resultado será así. “La acción constituye, por consiguiente, una capa de objetos seguros en un mundo probable”¹¹⁴.

Debe quedar claro con esto que es infundada la opinión que ha pretendido mostrar a la teoría final de la acción como filosóficamente entroncada con la “filosofía del valor” de Hartmann y Scheler, particularmente con la del primero. Contra esta identificación se alzó Welzel¹¹⁵, afirmando que lo realmente sucedido es que tanto él como Hartmann brevaron de la misma fuente, que fue la llamada “psicología del pensamiento” (*Denkpsychologie*) de Richard Högnswald. Tjong rastreo estos antecedentes y los documentó minuciosamente, demostrando la cer-

¹¹⁰ RÖDER, *Estudios*, cit., p. 149.

¹¹¹ Idem, p. 150.

¹¹² LEONOV, M. A., *Očerk dialektičeskogo materializma*, Moscú, 1948, 458, cit. por WETTER, GUSTAV A., *Der dialektischer Materialismus*, Freiburg, 1958, 441.

¹¹³ WETTER, GUSTAV A., op. et loc. cit.; sobre ello también, GORZ, ANDRÉ, *La morale de L'histoire*, París, 1959.

¹¹⁴ SARTRE, *Emociones*, cit., p. 81.

¹¹⁵ WELZEL, en el Prólogo a *El nuevo sistema*, cit.

teza de lo señalado por Welzel¹¹⁶. La escuela de la "psicología del pensamiento" fue una corriente psicológica que intentó "hacer producir a la introspección el *maximum* de información utilizando un método de introspección provocada y centrando la introspección sobre cuestiones bien delimitadas y decidibles"¹¹⁷.

Creemos que con lo dicho queda demostrado que la teoría final de la acción tiene un origen aristotélico-escolástico, pero que la vinculación del legislador a la estructura óntica de la acción humana es afirmación que no implica una necesaria asociación con corriente filosófica determinada, pudiéndose aseverar —como máximo— que no tiende a compatibilizarse con las posiciones filosóficas idealistas.

Desde un punto de vista estrictamente dogmático, la teoría viene a redondear la reparación de un grave defecto sistemático. A partir de la concepción normativa de la culpabilidad, a ésta le sobra el dolo y al tipo le falta. Resulta esto tan claro que se ensayan dos caminos para resolverlo: a) uno consiste en llevar el dolo al tipo (así, Hellmuth von Weber y Alexander Graf zu Dohna)¹¹⁸; b) el otro, en inventar un dolo "natural" en el tipo y un sucedáneo de la "consciencia de la antijuridicidad" en la culpabilidad (Mezger)¹¹⁹.

En verdad, Weber es el sistematizador que mejor detecta en su construcción las fallas de la dogmática a la sazón predominante y el primero que expone una concepción compleja del tipo, con la que vendrá a entroncar la teoría finalista, limpiándola de su coloración valorativa, que dificultaba la aplicación del error, a cuyo respecto Weber ensayó la distinción, hoy perfeccionada, de error de tipo y de prohibición. En la sistemática general de la teoría del delito, puede afirmarse que a la concepción de Weber le sobraba la antijuridicidad objetiva y a la de Dohna le faltaba el juicio de antijuridicidad sobre el tipo subjetivo y el de culpabilidad sobre el objetivo.

La teoría fue perfeccionada por Welzel en cuanto a sus consecuencias sistemáticas, desatando una polémica que trasciende con mucho los límites de Alemania¹²⁰. El resultado de la misma fue que hoy

¹¹⁶ Tjong, Zong Uk, op. cit., en ARSP, 58-1968, 411 y ss., *El origen y el fundamento filosófico de la teoría de las estructuras lógico-objetivas en el derecho penal*, trad. de E. R. Zaffaroni, en "Doct. Jur.", La Plata, 20-oct., 1972; en igual sentido, Moreno H., Moisés, *Die finale Handlungsbegriff...*, cit., p. 170.

¹¹⁷ Piaget y otros, op. cit., p. 124.

¹¹⁸ Weber, H. von, *Grundriss des tschechoslowakischen Strafrechtes*, Reichenberg, 1929, 13 a 19; del mismo, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, Bonn, 1946; *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena, 1935 (trad. cast. de E. R. Zaffaroni, en DJ, 1973, feb.); Dohna, *Der Aufbau uder Verbrechenlehre*, 2ª ed., Bonn, 1941 (1ª, Bonn, 1936), trad. cast. de Fontán Balestra y E. Friker.

¹¹⁹ Mezger, *Moderne Wege*.

¹²⁰ La polémica alcanzó su máxima expresión hace unos veinte años; posteriormente cambió de sentido (V. § 262 y ss.). De los trabajos de la época, a título informativo citamos algunos de los más importantes: Engisch, *Probleme der Strafrechtserneuerung*, 141 y ss.; Bockelmann, op. cit., 151 y ss.; Wel-

prácticamente todos los autores alemanes (excepción de Baumann, Schmidhäuser y H. Mayer) sostienen una estructura analítica del delito de corte finalista, es decir, que incluyen al dolo en el tipo, pese a que no recojan la teoría finalista de la acción en su gran mayoría, prefiriendo un concepto de acción derivado de la tipicidad, que más adelante criticaremos¹²¹. Aparte del mismo Welzel, con esta estructura analítica —ubicación del dolo en el injusto— trabajan Maurach, Jescheck, Stratenwerth, Bockelmann, Wessels, Naucke y Otto en sus obras generales. Idéntica sistemática se sigue en el comentario al código de Rudolphi, Horn, Samson y Schreiber (1975) y es altamente sintomático que el propio Blei, actualizador de la obra de Mezger (conocida como *Mezger-Blei*), a partir de la 16ª edición “de la obra fundada por Edmund Mezger”, en 1975, adopta idéntica sistemática. El clásico comentario al STGB iniciado por Schönke y continuado por Schröder después de la muerte del primero (el ‘Schönke-Schröder’), fue continuado por Lenckner, Cramer, Eser y Stree en su 18ª edición de 1976, después de la trágica muerte de Schröder en 1973, y en ella se afirma que “a la parte subjetiva del tipo de injusto pertenece en los tipos dolosos el dolo”¹²². Sus autores expresan que Schröder “había hablado repetidamente en los últimos años antes de su muerte, de sus planes de desarrollar nuevamente por completo la parte general, atendiendo a los nuevos desarrollos dogmáticos”. En síntesis, podemos afirmar que el finalismo ha ganado su batalla en el orden sistemático¹²³, aunque se le pretenda negar su punto de partida, es decir, la vinculación del legislador a la estructura óptica de la conducta humana.

Fuera de Alemania no hay autor que prácticamente no se haya referido —al menos— al finalismo. En Italia se ha suscitado una vivísima polémica, no faltando los discípulos de Welzel. Se sostuvo que

ZEL, *Um die finale Handlungslehre*, Tübingen, 1949; BUSCH, RICHARD, *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, Tübingen, 1949; MEZGER, *Moderne Wege* (1950) y, del mismo, *Die Handlung im Strafrecht*, en “Fest. für Th. Rittler”, 119 y ss.; GALLAS, op. et loc. cit.; NIESE, WERNER, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951; MAIHOFFER, WERNER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen, 1953; del mismo *Der soziale Handlungsbegriff*, y H. H. JESCHECK, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, ambos en “Fest. für Eb. Schmidt”, 1961, 156 y 139 respectivamente; HARDWIG, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, 1957; WELZEL, *Vom bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964; MAYER, HELLMUTH, 1967, 49; RITTLER, THEODOR, *Die finale Handlungstheorie im Strafrechtssystem Maurachs*, en “Juristische Blätter”, Wien, 1955-613/4; NOWAKOWSKI, FRIEDRICH, *Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit*, en JZ, 1958, 335-341; ROXIN, CLAUDIUS, en SZtW, 74-515; NIESE, en JZ, 1956-457; WELZEL, en JZ, 1956-36; WOLF, E. A., *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, Heidelberg, 1964; etc.

¹²¹ V. § 262 y ss.

¹²² SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, 18ª edición reelaborada por Theodor Lenckner, Peter Cramer, Albin Eser y Walter Stree, München, 1976, p. 128.

¹²³ Cfr. MAURACH-ZIPF, 214.

Bettiol se pliega a ella¹²⁴, lo que este autor niega¹²⁵, pese a que manifiesta su respeto por la posición finalista¹²⁶. En su momento, la polémica italiana dio lugar a importantes trabajos y contribuciones¹²⁷. Algo análogo sucede en España, donde son varios los autores que se pliegan a la misma o que se refieren profundamente a ella en trabajos importantes¹²⁸. En Japón la teoría tuvo gran acogida y tiene partidarios decididos¹²⁹. En Austria tiene la misma distinguidos defensores¹³⁰.

¹²⁴ SANTORO, *Manuale*, 319.

¹²⁵ BETTIOL, 237 y ss.; al respecto, RODRÍGUEZ MOURULLO, *El teleologismo valorativo de Bettiol y el finalismo de Welzel*, en "separata" del "Boletín de la Universidad Compostelana", nº 73, Sgo. de Compostela, 1965.

¹²⁶ BETTIOL, en "Fest. f. Welzel".

¹²⁷ GALLO, MARCELO, *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950; DALL'ORA, ALBERTO, *Condotta omisiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, 1950; CAMPISI, NICCOLA, *Ritievi sulla teoria dell'azione finalistica*, Padova, 1959; PORZIO, GIOVANNI, *Uno studio sulle ripercussioni della dottrina finalistica sulla dommatica italiana*, en "Archivo Penale", 1964-I-44; LATAGLIATA, ANGELO RAFAELE, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1964; LA PORTA, ROMUALDO, *La teoría finalistica della condotta*, en "Giustizia Penale", 1952-II; SANTAMARÍA, DARIÓ, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, Napoli, 1955; sobre la polémica en Italia, DANNERT, GERHARD, *Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1963.

¹²⁸ RODRÍGUEZ MUÑOZ, JOSÉ ARTURO, *La doctrina de la acción finalista*, Valencia, 1953 (hay una segunda edición, con presentación de Manuel Calvo del Rosal y prólogo de Rodríguez Devesa, Valencia, 1978); BERISTAIN, A., *Objetivación y finalismo...*, cit.; SUÁREZ MONTES, RODRIGO FABIO, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Madrid, 1963; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, *Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción*, en "Anuario de derecho penal y ciencias penales", Madrid, 1962, 265; en el mismo, GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *La causalidad en el derecho penal*; en el mismo, 1959, 562 y ss., CEREZO MIR, J., *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal (Una revisión de la crítica de Rodríguez Muñoz de la concepción de la culpa de Welzel)*; GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del derecho penal en la actualidad*, ponencia presentada a las jornadas int. de derecho penal, Bs. As., 1971; del mismo, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid; YANEZ ROMÁN, *La teoría final de la acción*, en Rev. de la Fac. de Derecho de Madrid, XII, 33, 1968; CEREZO MIR, *La consciencia de la antijuridicidad en el Código Penal Español*, en "Rev. de Estudios Penitenciarios", Madrid, XX, 1964; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975; CEREZO MIR, JOSÉ, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I, Introducción*, Madrid, 1976.

¹²⁹ V. la bibliografía indicada por FURUDA, TAIRA, *Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente. Eine Studie zum personalen Unrecht*, en ZStW, 1959, 38-50 (p. 38 nota 2); del mismo, *Die finale Handlungslehre Welzels und die japanische Strafrechtsdogmatik*, en "Fest. f. Welzel", 1974, Berlín, 251 y ss.; OHNO, HEIKICHI, *Über den gegenwärtigen Stand der Strafrechtswissenschaft in Japan*, en "Fest. f. Welzel", Berlín, 1974, 261 y ss.; sobre el finalismo en Corea: TJONG, ZONG UK, *Beziehungen zwischen dem deutschen und koreanischen Strafrecht*, en "Fest. f. Welzel", 277 y ss.

¹³⁰ V. KIENAPFEL, en JZ, 1972, 569; MOOS, REINHARD, *Die finale Hand-*

En Latinoamérica la teoría fue ampliamente discutida y durante mucho tiempo mal interpretada y peor comprendida. No fueron ajenas a este destino las críticas superficiales, que por cierto abundaron. No obstante, en Chile, Cury Urzúa ha elaborado un esquema de teoría del delito siguiendo los lineamientos finalistas¹³¹, Cousiño MacIver publicó los dos primeros tomos de su tratado dentro de la misma corriente¹³², en tanto que Etcheberry sostiene un concepto finalista de acción pero ubica al dolo en la culpabilidad. Bustos Ramírez, traductor de Welzel con Sergio Yañez, publicó hace años una importante monografía¹³³. En la misma posición se encuentran Alvaro Bunster y Luis Ortiz¹³⁴. En México se ha elaborado un modelo lógico-formal de la teoría del delito —en cuyos comienzos participamos— que presenta similitudes con el finalismo, al menos en cuanto a la ubicación del dolo en el injusto¹³⁵. Actualmente, en una posición ortodoxamente finalista se halla Moisés Moreno Hernández¹³⁶. Allí propugnamos nosotros la teoría en 1966¹³⁷. En Brasil también se está adoptando cada vez con mayor asiduidad esta sistemática del delito, siendo de mencionar las obras generales de Fragoso y Damásio E. de Jesús¹³⁸, sin contar con importantes trabajos monográficos¹³⁹.

lungslehre, en "Strafrechtliche Probleme der Gegenwart", Wien, T. II, 1974, pp. 5 y ss.

¹³¹ CURY URZÚA, ENRIQUE, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Valparaíso, 1969.

¹³² COUSIÑO MACIVER, LUIS, *Derecho Penal Chileno*, t. I, Sgo. de Chile, 1975.

¹³³ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Culpa y finalidad*, Sgo. de Chile, 1967.

¹³⁴ Cfr. COUSIÑO MACIVER, 468; una crítica al finalismo latinoamericano, NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Causalismo y finalismo en derecho penal*, San José, C. Rica, 1980; en respuesta, ZAFFARONI, E. R.-YUNGANO, MARTA, en DP, 1981.

¹³⁵ ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL - RAMÍREZ HERNÁNDEZ - KARP - ZAFFARONI, *Notas preliminares sobre un modelo lógico-matemático del derecho penal*, en DPC, 14, 1966, 79 y ss.; GONZÁLEZ MARISCAL - RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *El error en el modelo lógico del derecho penal*, en DPC, 38, 1970, 13 y ss.; de los mismos: *Lógica del tipo en el derecho penal*, México, 1970; RAMÍREZ HERNÁNDEZ, *Análisis lógico-formal del tipo en el derecho penal*, México, 1968.

¹³⁶ MORENO H., MOISÉS, *Der finale Handlungs begriff und das mexikanische Strafrecht*, Diss., Bonn, 1977.

¹³⁷ V. ZAFFARONI, *La capacidad psíquica del delito*, en DPC, cit.; antes, *La moderna doctrina penal acerca del error*, conferencia pronunciada en el Seminario de Derecho Penal de la Fac. de Derecho de la UNAM en marzo de 1966 (en DPC, 1967, 20, pp. 69-89).

¹³⁸ FRAGOSO, HELENO CLAUDIO, *Lições de Direito Penal*, S. Paulo, 1976; HUNGRIA-FRAGOSO, *Comentarios*; DAMÁSIO E. DE JESÚS, *Direito Penal*, S. Paulo, 1978.

¹³⁹ Por ej., LUISI, LUIZ, *O tipo penal e a teoria finalista da ação*, Porto Alegre, 1975; una interesante exposición es la de IDUNA WEINERT ABREU, *A teoria da ação finalista de Hans Welzel*, en "Rev. de Inf. Legislativa", Brasília, 1976, 179 y ss.; JUAREZ TAVARES indica dentro de esta corriente a JOÃO MESTIERI como introductor, y como seguidores actuales, además de los mencionados, a FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, HEITOR COSTA JR., JUAREZ CIRINO

239. **Voluntad y deseo.** Menester es distinguir “voluntad” de “deseo”. Un individuo puede desear un resultado y alegrarse de que ocurra, pero no por ello este resultado será penalmente relevante. Lo “deseado” es un ámbito distinto de lo voluntario. Lo deseado puede ir acompañado por una vinculación meramente causal y casual; en lo deseado la finalidad es contingente, en cambio, en lo voluntario es necesaria.

Por ejemplo, puedo desear la muerte de mi enemigo, pero no matarle voluntariamente, aunque me alegre de que esto ocurra por un accidente cardíaco. Inversamente, puedo tener voluntad de cobrar un seguro y para ello incendiar mi finca, aceptando la posibilidad de la muerte de alguien, pero sin desearlo. Por el contrario, puedo hasta desear que no se produzca esa contingencia fatal, precisamente porque habría de acarrear una mayor investigación del origen del incendio.

Hay voluntad del resultado de una conducta cuando se “quiere” el resultado, porque “en el querer vibra el impulso a vivir y en el desear a ser vivido”¹⁴⁰, es decir, que en el querer se busca provocar una modificación de la relación con el mundo, en tanto que en el desear se espera que la modificación se produzca espontáneamente o sin alterar con la propia conducta el curso de los acontecimientos¹⁴¹.

240. **Voluntad y conocimiento.** Se impone establecer claramente la distinción entre *acto de voluntad* y *acto de conocimiento*. Ambos actos tienen un objeto, pero, en tanto que el acto de voluntad modifica o altera el objeto, el acto de conocimiento deja al objeto inmodificado.

El conocimiento no toca —por así decirlo— al objeto en cuanto “material del mundo”, sino que se limita a asignarle su *significación* (su “para qué”), es decir, su valor. Pese a esta distinción, el acto de voluntad no es totalmente independiente del acto de conocimiento, porque la voluntad presupone un conocimiento que la guía en su realización. Esto no significa —como pretende el intelectualismo— que la voluntad sea esclava del conocimiento, sino

DOS SANTOS, MIGUEL REALE JR., NILO BATISTA, RENÉ DOTY y HEITOR PIEDADI JR. (op. cit., p. 109). Recientemente también JULIO FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, São Paulo, 1980.

¹⁴⁰ HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, p. 195.

¹⁴¹ Sobre el “querer” de la voluntad y el simple deseo, es clara la exposición de CURY URZÚA, *Contribución al debate acerca del dolo eventual*, en NPP, 1975, nº 6, p. 149.

que lo único que queremos decir es que para proponerse un fin es necesario conocer previamente, sino el objetivo final en sí mismo, al menos los datos que lo identifican lo más aproximadamente posible. Así, quien se propone llegar a París, debe saber que París existe, dónde está y cómo se puede llegar. Por supuesto que semejante conocimiento puede muy bien ser falso (error). Incluso, es necesario conocer la causalidad física en general, dado que sobre su previsión se montará la finalidad en la conducta voluntaria. No cabe olvidar que “el proponerse el fin” y “el elegir los medios conforme al saber general de la causalidad” son aspectos *internos* de la conducta humana que no tienen por qué exteriorizarse (aunque eventualmente se haga).

El conocimiento de la causalidad jamás puede ser exhaustivo, porque depende del grado de civilización de un grupo social. Por un erróneo conocimiento de la causalidad, la medicina medioeval infectaba las heridas y mataba a los pacientes, pero ese era el conocimiento de la causalidad que en esa civilización se tenía. Consecuentemente, toda vez que el conocimiento de la causalidad depende del grado de tecnicismo del grupo social, nunca puede ser total y tampoco puede serlo la previsión del curso causal.

Además, en la conducta diaria se observa igualmente que no todos —y ni siquiera la mayoría— poseen un saber acerca de la causalidad que responda a los más avanzados conocimientos de la época sobre sus leyes. Este conocimiento es patrimonio de los científicos y en estos casos, sólo lo actualizan en el tiempo que dedican a la investigación o experimentación. Por otra parte cualquier individuo a diario, se vale de la causalidad sin necesidad de actualizar sus conocimientos o sin poseerlos: oprimimos un botón y sabemos que se encenderá una luz, pero en ese momento no pensamos en los circuitos eléctricos, o bien, no sabemos con certeza cómo operan.

Así dentro de las limitaciones del conocimiento científico actual, hay un conocimiento técnico de las leyes de la causalidad —patrimonio de pocos— *y un conocimiento lego paralelo*, del que todos disponemos y que nos permite realizar actos de voluntad sin actualizarlo.

De cualquier manera, este conocimiento, así como el conocimiento del objeto sobre el que nos proponemos actuar y de las circunstancias que rodean nuestra conducta, son adquiridos por actos diversos de conocimiento y éste guía nuestra voluntad. Por ende, *todo acto de voluntad presupone actos de conocimiento*.

Dada la forma en que hemos caracterizado a la conducta, cabe formular una advertencia: parecería que nuestra concepción rechaza cualquier explicación de la conducta humana de corte psicoanalítico, quedándonos en un plano que parece más próximo al del conductismo o similares. En rigor no es eso lo que afirmamos. Nadie puede negar —ni aún las escuelas psicoanalíticas— que hay conductas manifiestas, frente a las cuales cada corriente aspira a interpretarlas desentrañando los reales e inconscientes motivos y fines. Lo que sucede no es que nuestra posición cierre o pretenda negar esas posibilidades de interpretación, sino que sólo nos manejamos con las llamadas conductas manifiestas, puesto que lo contrario se nos hace totalmente inútil para la determinación de la presencia de un delito. El desentrañar la conducta “real” psicoanalíticamente es útil como medio de terapia, pero no para afirmar o negar un delito, plano en el que sólo podemos movernos con los fines y motivos conscientes. En tanto que los fines conscientes pertenecen al injusto, los motivos conscientes pertenecen a la culpabilidad y los inconscientes pueden sólo tomarse en cuenta a nivel de teoría de la coerción penal a los efectos de la individualización de la pena.

IV. — ¿HAY ELEMENTOS DE LA CONDUCTA?

241. **Lo óntico y lo analítico.** En rigor, cuando se hace referencia a “elementos de la conducta”, no se puede significar otra cosa que una dicotomía meramente analítica. La conducta no ofrece “elementos” sino “aspectos”, que con el objeto de analizarlos los dividimos en “externos” e “internos” (actividad y voluntad), que bien pueden identificarse como “manifestación de voluntad” y “voluntad”¹⁴². No debemos confundir los conceptos de *óntico* y *ontológico* (teorético), porque allí radica lo erróneo de las teorías causalistas. En el nivel óntico (el *ser* conducta) no hay “elementos”, “partes”, “pedazos” ni “capítulos”, sino que hay una conducta como totalidad. A nivel teorético (cuando estudiamos esa conducta, cuando teorizamos sobre ella, cuando “analizamos”, esto es, cuando estamos en el plano ontológico) es cuando podemos distinguir una interioridad y una exterioridad, una voluntad y una manifestación, pero este nivel analítico no lo podemos extremar en tal medida de considerarse con total independencia ambos aspectos. Si pretendemos tomarlos en consideración así estaremos irremisiblemente perdidos, porque en lugar de un conocimiento de la conducta (ontológico) habremos

¹⁴² Cfr. MAURACH, 187; OLESÁ MUSIDO, *Estructura de la infracción penal en el código español vigente*, Barcelona, 1971, p. 29.

perdido de vista el *ser* mismo de la conducta. No basta con la afirmación de que “ambos aspectos del hecho penal son indispensables”¹⁴³, sino que es menester precisar su inescindibilidad óptica.

Creemos que a este respecto no acierta Núñez cuando, criticando al finalismo, dice que “esta teoría es sólo fruto de la confusión del objeto de estudio con el método adoptado para su estudio, sin advertir que una cosa es la estructuración ontológica de la acción como fundamento real de la responsabilidad penal, y otra su explicación jurídico-penal, la que, sin cercenar o alterar ontológicamente la acción puede legítimamente, por razones puramente sistemáticas, dividir lógicamente su consideración para facilitar su comprensión y exposición”¹⁴⁴. Ya hemos dicho que el delito no puede ser considerado como una pieza anatómica, porque no es un ente “muerto”, tiene una *fisiología* que le da la voluntad y que es lo que hace que su base sea una conducta, que ofrece determinados caracteres. A fuerza de análisis no podemos destruir la conducta, aunque podemos analizar sus caracteres. Si escindimos el fin de la conducta, estaremos luego caracterizando algo que no es conducta y añadiéndole en esa caracterización —a como de lugar— lo que necesita para volver a serlo. Más que un análisis sería una disección, en que con un acto de conocimiento destruiríamos el objeto del conocimiento¹⁴⁵. El causalismo no puede hacer más que confesar esta destrucción, y así lo hace por pluma de Baumann¹⁴⁶: “En esto el pensamiento jurídico es independiente del conocimiento antropológico-psicológico”.

Esa escisión ontológica es tan evidente que Beling, para no “subjetivizar” el tipo, se ve precisado en 1930 a construir un concepto “jaula” de tipo, que todo lo va abarcando¹⁴⁷.

242. **Ubicación sistemática del resultado y del nexa causal.** Se sostiene la necesidad de una relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y el resultado de la misma, pretendiéndose que tanto la relación de causalidad como el resultado integren la conducta, o bien que conducta, nexa y resultado integran un concepto más amplio (hecho, evento)¹⁴⁸ que hemos preferido llamar “pragma”.

Este “pragma” incluye, pues, al “resultado”, que semánticamente es lo que “rebota” en el mundo por efecto de la acción, pues proviene

¹⁴³ Así, MEZGER-BLEI, 48; MAYER, H., 1967, p. 60.

¹⁴⁴ NÚÑEZ, I, 231.

¹⁴⁵ Este argumento es similar al expuesto por MEZGER, *Moderne Wege*, 11 y ss.; MEZGER-BLEI, op. cit.

¹⁴⁶ BAUMANN, 195.

¹⁴⁷ BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*.

¹⁴⁸ V. supra, § 233.

del latín *resultare*, que es “resurtir, rebotar” y que se remonta a *saltare* (saltar, bailar)¹⁴⁹. Quizá etimológicamente, en referencia a las acciones humanas, fuese más correcto y preciso hablar de “efecto”, cuya raíz última es *facere* (hacer)¹⁵⁰, o aún con más exactitud llamar “resultado” al que es causado por la conducta aunque no procurado finalmente y “efecto” a lo que resulta de la conducta siendo procurado finalmente por la misma. No obstante, creemos que estas precisiones, aunque sea conveniente anotarlas, no conviene seguirlas al pie de la letra pues, en general, compliarían inútilmente la terminología.

Una afirmación, proveniente nada menos que de uno de los autores que coloca la piedra angular de la llamada teoría o concepto “naturalístico” (causalista) de conducta, Liszt¹⁵¹, nos parece incuestionable: es inherente a todo crimen el requerimiento de un resultado¹⁵². Si en lugar de *Verbrechen* (crimen) decimos “conducta”, el aserto es irrefutable: cualquier movimiento de nuestro cuerpo tiene un resultado en el mundo físico. Este resultado o mutación del mundo está unido a nuestro movimiento por un nexo de causalidad: el movimiento ha sido la causa de ese resultado. Esta causalidad no puede concebirse si no es también en sentido físico. Incluso para un concepto social de conducta —que luego veremos— no se puede dejar de presuponer la causalidad física como presupuesto indispensable de la pretendida causación social.

Toda pretensión de lograr un concepto jurídico de la causalidad que sea distinto del físico está condenada al fracaso.

La causalidad y el resultado son circunstancias físicas que se tienen eventualmente en cuenta para individualizar conductas humanas, y no obstante que van anejos siempre a la misma, quedan irremisiblemente fuera de ella. Son como la sombra que acompaña al objeto, pero que no es parte del mismo.

Puede pensarse que caemos en una contradicción al ubicar en dos estrados teóricos diversos la causalidad y el resultado y lo hacemos en forma simultánea. Ello es inexacto: a nivel pretípico la causalidad y el resultado pertenecen al mundo físico y se dan siempre que hay una conducta humana. Nunca son “elementos” del tipo, *porque a nivel típico lo que nos interesa no es el resultado ni la causalidad en sí, sino su captación legal en el dispositivo individualizador de la prohibición*. Este es el verdadero y único problema jurídico del resultado y de la causalidad, que como tales están unidos.

¹⁴⁹ Cfr. COROMINAS, JOAN, IV, 131.

¹⁵⁰ Idem, I, 46.

¹⁵¹ V. *supra*, § 153.

¹⁵² LISZT, *Lehrbuch*, 1922, 125.

a la conducta, aunque no son la conducta misma, y están fuera, no sólo del tipo, sino del orden jurídico, *no son sólo conceptos pretípicos sino también prejurídicos*. El derecho no puede desconocer la causalidad física ni puede alterarla, sólo puede asignarle diversa relevancia jurídica, y esto es lo que hace.

243. La tesis que ubica a la causalidad y al resultado en la conducta es errónea. Es curioso que un causalista como Baumann sostenga hoy que la causalidad y el resultado están fuera de la conducta. Aunque con ello pretende Baumann distinguir su teoría del causalismo, toda su sistemática sigue esta línea.

“Que los distintos resultados de una conducta humana no pueden formar parte de esa conducta, podría ser apenas dudoso. La cadena causal no tiene fin. Así cada conducta tendría no sólo el resultado, sino también los resultados más lejanos X_1 , X_2 , X_3 , indefinidamente. Semejante concepto de conducta se extendería sin fin. La misma de Noé sería aún hoy conducta, si la subsistencia de la continuación de la sexualidad humana dependió de su conducta de embarcarse. Un resultado francamente absurdo, como también un absurdo concepto de conducta”¹⁵³. Este razonamiento nos parece correctísimo, como su posterior afirmación de que la posición contraria se asienta en un error de pensamiento que radica en confundir los niveles de conducta y tipicidad, mezclando en los llamados delitos de resultados, la conducta con la conducta típica. Para los causalistas —considerando la variante de Beling y Radbruch hacia la conducta realizadora del tipo en 1930— no habría mayor problema, porque de cualquier manera es el derecho el que crea la conducta, pero para el finalismo no puede ser así.

De incorporarse el resultado a la conducta, una conducta sería tal si por ejemplo estuviera unida causalmente al resultado muerte de un hombre (típico del art. 79), de lo contrario, no sería conducta¹⁵⁴.

Welzel, pese a que se refiere a “relación causal penalmente relevante” y a “relación causal en los tipos”, unas líneas antes afirma que la causalidad “es un momento integrante de toda acción”¹⁵⁵, desarrollando el tema dentro de la acción, en lo que coincide con la sistemática causalista¹⁵⁶.

Extremando este punto de vista, llegaríamos a la conclusión de que cuando se frustra un homicidio no habría una conducta que se califique

¹⁵³ BAUMANN, *Grundbegriffe*, 44-6.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ WELZEL, 42 y 39 resp.; le sigue FRAGOSO, 163.

¹⁵⁶ MEZGER-BLEI, 70 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, 2ª ed., 488 y ss.; SOLER, I, 279; FONTÁN BALESTRA, I, 423; NÚÑEZ, I, 258; LISZT, 1922, 127; BELING, *D. L. vom Verbrechen*, 43; NOVOA MONREAL, I, 285; BAYARDO BENCOA, I, 207; PANNAIN, REMO, *Manuale*, I, 355; ANTOLISEI, *Manuale*, 178; CAMPOS, op. cit., 9-10; RODRÍGUEZ DEvesa, 314 y ss.

de tentativa de homicidio, sino que hay una "conducta de muerte intentada". Como falta el resultado no hay conducta, según esta sistemática (concepto crítico válido para todo el causalismo), y entonces tendríamos "un hecho penal y un resultado jurídico-penal" (en el sentido de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico) ¡sin conducta!¹⁵⁷

Maurach, Strantenwerth, Wessels, Bockelmann y Jescheck¹⁵⁸ tratan correctamente la causalidad entre las características típicas. La crítica que Baumann formula a esta sistemática es errónea. Conforme a la teoría finalista así entendida no hay conductas en sí sino conducta de matar, de pasear, de robar, de conducir, etc. Creemos que ello es exacto e incuestionable desde que toda conducta tiene una finalidad. Baumann reconoce que esta sistemática soluciona el problema de los delitos tentados, pero afirma que deja sin solución los delitos culposos. Esto es producto de una incomprensión de la estructura de los tipos culposos en la sistemática finalista de la que nos ocuparemos más adelante¹⁵⁹, al demostrar que el concepto final de conducta es base apta para todas las formas de tipicidad.

Una afirmación de Liszt, que no ponemos en tela de juicio, es que el resultado está fuera del movimiento corporal¹⁶⁰. En nuestro esquema, si el resultado está fuera del "movimiento" corporal y éste es la manifestación de una voluntad, *el resultado está fuera de la conducta y por ende el nexo causal también*. La relación causal y el resultado son fenómenos físicos que van imperiosa e ineludiblemente unidos a la conducta, pero que de ninguna manera la integran: Hiroshima destruida no es, ni forma parte, de la conducta de arrojar una bomba.

La causalidad y el resultado acompañan siempre a la conducta aunque no siempre a nivel típico interesan a la prohibición (al derecho). Este aserto se verifica mediante la comprobación de que el nexo causal y el resultado son elementos contingentes de los tipos penales, porque hay tipos en los que el legislador no los individualiza (delitos de pura actividad o de mera conducta).

La ley no ignora que cualquier conducta interfiere o supratermina la causalidad, porque está vinculada al orden físico como a los otros órdenes que ontológicamente son conocidos. Cuando la ley penal le asigna relevancia a un resultado y al nexo causal es porque van asociados a una conducta. La muerte, por ejemplo, es un mero acontecer biológico que no conlleva ningún desvalor jurídico.

¹⁵⁷ BAUMANN, op. et loc. cit.

¹⁵⁸ MAURACH, 184; STRATENWERTH, 82; JESCHECK, 221; MAURACH-ZIPF, 249; WESSELS, 34; BOCKELMANN, 62. En nuestro país, BACIGALUPO, 40 y ss.

¹⁵⁹ V. infra, § 358.

¹⁶⁰ LISZT, op. cit., 128.

Ello es así porque en el actual estadio de nuestra cultura el derecho no desvalora procesos causales.

Córdoba Roda formula una crítica a esta concepción, pretendiendo “poner de relieve que el resultado no constituye un puro y *simple producto del legislador*, como concluyen quienes lo separan sistemáticamente de la acción —en la que el legislador no es soberano— para incluirlo en el tipo —en que es soberano¹⁶¹—”. Es obvio que aquí se confunde el resultado físico —que a no dudarlo va acompañando a cualquier conducta— con la relevancia típica del resultado, que puede o no tenerla y el legislador es “soberano” para concedérsela o negársela.

Como ya lo manifestamos, adherimos al criterio de Baumann, Maurach, Stratenwerth, Wessels, Bockelmann y Jescheck en cuanto a la ubicación del tratamiento del resultado y del nexo de causalidad.

La causalidad y el resultado físico (pretípicamente entendidos) no son sólo conceptos pretípicos separados de la conducta, sino también conceptos prejurídicos. Tampoco son conceptos “introducidos” en el derecho, sino simplemente tomados en cuenta por el orden jurídico.

La tremenda confusión en derredor de la causalidad, que ha enmarañado increíblemente el tema, obedeció a que no se ha establecido claramente lo siguiente: a) una cosa es la causalidad física como fenómeno ineludible e inexorable que va anexo a la conducta, pero que no es parte integrante de la misma; b) otra es el conocimiento y previsión de esta causalidad, que es parte del tipo subjetivo cuando el tipo objetivo asigna relevancia a esta causalidad (tipos con resultado material determinado); y c) otra es la relevancia penal de la causalidad física a nivel del tipo objetivo.

En el mundo físico siempre hay causalidad en cuanto a cualquier resultado: causas y efectos que se convierten en causas de otros efectos y así al infinito. Son conceptos físicos que tienen un ser físico y no son creación legal. Pero tanto la posibilidad de haber causado como la de haber evitado no pertenecen al mundo físico, sino al jurídico: son juicios hipotéticos que la ley obliga a formular para individualizar conductas y que deben resolverse conforme a la experiencia común.

Esta experiencia común se obtiene del general conocimiento de la causalidad física, pero el conocimiento previo de la causalidad conforme a la general experiencia no es la causalidad física misma,

¹⁶¹ CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 77.

que en el caso concreto ya es un hecho "histórico". El autor de la conducta planifica una causalidad prevista (acontecimiento futuro); el juez comprueba el desvalor de la conducta en el caso concreto relevando una causalidad histórica (acontecimiento pasado).

Así, A se propone matar a B (proposición del fin), se representa a B muerto y se pregunta cómo lograrlo, piensa que puede acudir a una "bruja" para que le haga el "mal", pero como conoce la causalidad, prevé que con ello no lo logrará, entonces prevé que lo obtendrá si le dispara cinco balazos a quemarropa (*selecciona los medios, desde el fin, conforme a la previsión de la causalidad*). Todo esto acontece a las 8 hs. y a las 8½ carga su revólver. Busca a B, lo encuentra a las 9 hs., le dispara (*pone en marcha la causalidad haciendo manifiesta su voluntad de matar*); B muere a las 15 hs. en el hospital más inmediato (*se desarrolla la causalidad conforme a la previsión que de ella había tenido A*) y C juzga la conducta de A seis meses más tarde.

Lo que pertenece a la conducta de A no es lo que a B le sucede después de recibir los cinco balazos; lo que C (que en este caso es el Juez con el tipo legal en la mano) debe considerar es si A tuvo voluntad de matar a B, si previó que B muriese a causa de los cinco balazos, todo ello como parte de la conducta de A, que se completará típicamente averiguando si B murió como resultado físico de los cinco disparos. La finalidad de matar de A no se montó sobre la causalidad física que tiene que averiguar C, sino *sobre la previsión que A tuvo de la causalidad*.

De toda forma, la muerte de un individuo, por ejemplo, es un hecho que se produce causalmente, es decir, es siempre el producto de una causa (arteriosclerosis, trombosis, síncope, accidente, etc.). En el mundo físico siempre hay causalidad y el hombre se conduce valiéndose de la previsión que de esa causalidad tiene. Previendo la causalidad física es como se vincula psíquicamente con ella. Frente a la previsión de un curso causal puede comportarse de dos maneras: prever lo que sucederá si *interfiere la causalidad* (en el ejemplo la causalidad interferida es la muerte de B como resultado de los cinco disparos); o prever que sucederá si *no interfiere la causalidad* (la causalidad no interferida hubiese desembocado algún día en la muerte de B, como resultado de un paro cardíaco, por ejemplo).

En ambos casos hay previsión de la causalidad y, por ende, posibilidad de montar un nexo final sobre esa previsión; para que B muera de viejo (fin) debo hacer algo diferente de darle cinco balazos (no interferir en tal sentido la causalidad); para que B muera ahora (fin) debo darle cinco balazos (causalidad interferida).

“Pero como el mundo está causalmente determinado, puede muy bien el hombre ser libre y activo. Como reconoció Kant con genial penetración en su solución a la antinomia causal, sólo es posible una intervención en el proceso si se trata de un proceso causalmente determinado¹⁶². El nexo causal no es ningún complejo cerrado de componentes, sino que permanece abierto para más amplias determinaciones. Así, resulta posible que la libertad surja de la esfera de las cosas en sí”¹⁶³. No afirmamos aquí la libertad en sentido filosófico (nos ocuparemos del problema en la culpabilidad), pero queremos que quede establecido que la conducta humana se sirve de causalidad, que el hombre, con cada movimiento, “causa” un resultado, y que entre el resultado y el movimiento humano hay un nexo de causalidad.

La antigua discusión, sobre si la causalidad es un concepto físico o jurídico, entendemos que desde un sano punto de vista realista, corresponde ser resuelto sobre la siguiente base: *la causalidad es concepto físico; el hombre, mediante el conocimiento de sus leyes, prevé el nexo causal físico y sobre esta previsión elabora su “programa” (en sentido cibernético) y decide lo que debe hacer para alcanzar el resultado querido (fin): interferir o no interferir el proceso causal.* En ambos casos hay un nexo de finalidad porque ambos se edifican sobre la previsión de la causalidad.

¹⁶² HARTMANN, *Einführung* . . ., 115.

¹⁶³ *Idem*, 59.

CAPÍTULO XVI

LA CONDUCTA COMO CARÁCTER GENÉRICO PARA TODAS LAS FORMAS DE TIPICIDAD

I. — LOS TIPOS PENALES INDIVIDUALIZAN CONDUCTAS: 244. Los tipos penales individualizan conductas. II. — TIPOS DOLOSOS Y CULPOSOS: 245. Finalidad y dolo. 246. Finalidad y dolo eventual. 247. La culpa. III. — TIPOS ACTIVOS Y TIPOS OMISIVOS: 248. La omisión a nivel pretípico no existe. 249. La exteriorización de la omisión y el *aliud agere* (otro hacer). 250. La causalidad en las omisiones. IV. — SÍNTESIS: 251. Síntesis.

I. — LOS TIPOS PENALES INDIVIDUALIZAN CONDUCTAS

244. **Los tipos penales individualizan conductas.** Nos hemos visto precisados a tratar algunos aspectos típicos para deslindar la conducta de su característica exclusivamente penal (tipicidad), y aquí nos vemos precisados a insistir en ello, por dos razones fundamentales: la *primera*, porque hay un importante sector doctrinario que pretende que *tales aspectos son parte de la conducta*; la *segunda*, porque también hay otro sector doctrinario que considera que *la conducta en sentido finalista* (el concepto óntico-ontológico de la acción) *es incapaz de ser la base sustentadora de todas las modalidades típicas*. Nos ocuparemos aquí de la segunda posición, para demostrar lo contrario.

Nuestro criterio, sintéticamente, es que el concepto óntico-ontológico de acción (la acción en sentido final) es respetado por el orden jurídico, que como tal la individualiza en los tipos penales, presentándose como el género avalorado sobre el que las características valorativas (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) delimitarán el concepto de delito al adjetivarla. *Tanto en los delitos dolosos como en los culposos, en los activos como en los omisivos, lo que la ley prohíbe (en los tipos) es una conducta final: "dolo" y "culpa" no son formas de culpabilidad; "actividad" y "omisión" tampoco son forma de la conducta, sino que se trata de cuatro diferentes formas de tipicidad, que responden a otras tantas formas estructurales dis-*

tintas de los tipos penales. Podemos afirmar que son cuatro "técnicas" legislativas diferentes para individualizar acciones prohibidas.

De estas cuatro diferentes estructuras de los tipos penales se desprenden modalidades en la afirmación de la tipicidad. Como la tipicidad es el presupuesto necesario de la antijuridicidad y de la culpabilidad, también en estos casos habrá caracteres peculiares en los niveles analíticos. En rigor de verdad, la antijuridicidad y la culpabilidad ofrecen características peculiares en *cada* tipo penal, pero en una teoría general las consideramos en abstracto, correspondiendo el estudio de sus particularidades a la "parte especial" del derecho penal.

Consideramos que la "parte especial" *tiene por objeto el estudio de todas estas particularidades y no solamente de los tipos penales.* De allí que pensemos que la metodología de la "parte especial" debe consistir en un análisis de los tipos en particular y de la antijuridicidad y de la culpabilidad en cada uno de ellos. Aunque otra es la teoría del delito sustentada, entendemos que es ejemplar a este respecto la metodología de Porte Petit¹.

La teoría del delito no puede llegar hasta ese grado de particularización, porque abandonaría su tarea para confundirla con la de la "parte especial", pero se pueden tomar en cuenta las grandes estructuras de los tipos penales y sus repercusiones en los otros estratos. Este reconocimiento de las diferentes estructuras típicas y de sus consecuencias para la antijuridicidad y la culpabilidad, no implica una pulverización del concepto de delito, sino la consideración del mismo como concepto complejo, lo que no puede servir de argumento para invalidar ninguna teoría.

La clasificación primaria o estructural que expondremos en los puntos siguientes, repercute necesariamente sobre los planos desvalorativos de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Dado este fenómeno es que se puede hablar de delitos "dolosos" y "culposos", "activos" y "omisivos", y no solamente de "tipos" que reciban tales calificativos. Frente a esto se nos abren dos posibilidades expositivas: a) la consideración de cada una de estas modalidades típicas juntamente con las características que imprime a la antijuridicidad y a la culpabilidad; o b) la consideración sucesiva de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, destacando en cada nivel las diferencias estructurales y las modalidades impresas por ellas.

¹ V. por ej., PORTE PETIT, CELESTINO, *Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal*, México, 1966.

De estas dos posibilidades, hemos preferido la última, por considerar que ofrece la ventaja de mostrar en conjunto la función fijadora indiciaria de la tipicidad, el desvalor de la antijuridicidad y el reproche de culpabilidad, evitando que se pierda de vista el criterio sistemático básico expuesto para el análisis.

En las obras de conjunto cuya sistemática analítica compartimos en líneas generales, el plan expositivo suele ser distinto. Así, Welzel trata del injusto doloso y del injusto culposo por separado, para tratar en forma conjunta la culpabilidad y hacer luego un desarrollo por separado para el delito omisivo. Maurach agota primero el delito doloso, luego el culposo y, por último, el omisivo, criterio que es seguido por Jescheck, Blei y Wessels. Stratenwerth se ocupa del delito doloso activo, del doloso omisivo y del culposo, sucesivamente. Más estrechamente conectados a las sistemáticas analíticas que pese a ubicar al dolo en el injusto, entienden que la conducta es resultado de una creación típica o, lo que es casi lo mismo, que por conducta debe entenderse la conducta realizadora del tipo, se hallan los planes expositivos de Bockelmann, quien considera primero los delitos dolosos de resultado y la comisión por omisión, luego los delitos dolosos de simple actividad y los omisivos y, por último, los culposos. Harro Otto se ocupa primero de los injustos dolosos de acción, luego de los injustos dolosos de omisión y, por último, de los injustos culposos, para terminar con el tratamiento conjunto de la culpabilidad. Por nuestra parte, creemos que el plan expositivo no tiene por qué estar ligado estrictamente a la estructura analítica, sino que debe depender de ella en cuanto sea el mejor modo de mostrarla.

II. — TIPOS DOLOSOS Y CULPOSOS

245. **Finalidad y dolo.** “Finalidad” y “dolo” son conceptos diversos. En tanto que la finalidad se encuentra en todas y cada una de las conductas humanas, el dolo no es otra cosa que la captación que eventualmente hace la ley de esa finalidad para individualizar una conducta que prohíbe. En los tipos dolosos, el dolo (provisoriamente conceptualizado y dejando a salvo las aclaraciones que en su oportunidad haremos) es la finalidad tipificada. La conducta con finalidad típica (que es materia de prohibición) es dolosa.

Por ende, el dolo no debe analizarse en la acción, porque dolo es un concepto jurídico, en tanto que “finalidad” es un concepto prejurídico². La circunstancias de que el primero respete la estruc-

² En este sentido es inexacta o, al menos, equívoca, la afirmación de algunos críticos, que pretenden que el finalismo “lleva” el dolo a la acción (así, NOVOA MONREAL, *Causalismo y finalismo en derecho penal*, cit., p. 51).

tura óptica de la segunda no puede llevar a identificar ambos conceptos: “dolo” es un concepto jurídico (general y abstracto —como típico que es— que sirve a la individualización de una acción), en tanto que la conducta es un hacer voluntario (tautológicamente final), particular y concreto.

Aunque en éste como en otros puntos no nos detendremos en preciosismos terminológicos, cabe apuntar que, en puridad, el dolo está en el tipo y no en la conducta, la que solamente puede presentar *el carácter de dolosa* (típica) cuando su finalidad es la realización del aspecto objetivo de un tipo doloso⁴.

Precisamente la confusión entre dolo (tipo), finalidad (acción) y carácter doloso de la acción (tipicidad) llevó a Roxin a criticarle a Welzel que sostuviera que cuando el autor no hubiese comprendido los requerimientos del tipo objetivo, según el finalismo no hay conducta. De allí deduce Roxin que la acción final es un producto jurídico —o sea, un concepto jurídico— con lo cual en nada se diferenciaría del concepto causal y habría fracasado la máxima aspiración del finalismo (identificación de los conceptos óptico-ontológico y jurídico-penal de conducta)⁴. Esta crítica evidencia una seria confusión de niveles: quien no conoce y no comprende los requerimientos objetivos, realiza una conducta final, sólo que en lugar de ser típicamente final (dolosa), será atípica. En tal sentido es correctísima la respuesta de Welzel⁵, pese al airado reproche que le formula Gimbernat Ordeig⁶, en el sentido de que fue Welzel quien en su respuesta a Roxin modificó su punto de vista. Puede que Welzel haya modificado su punto de vista desde el artículo que cita el profesor de Madrid⁷, pero ya en 1957 quedaba claro que para él el dolo pertenece al tipo⁸ y el artículo de Roxin es de 1962⁹.

³ Insistimos en no cambiar terminologías en la medida de lo posible, pero no sería del todo errado pensar en una terminología nueva, en lugar de la que genera las confusiones actuales (“tipo doloso”, “conducta dolosa”, “dolo del sujeto”, “dolo en el tipo”, etc.). Quizá en lugar de “tipos dolosos y culpables” se pudiese hablar de “tipos de finalidad prohibida” y “tipos de cuidado debido” y sobre esa base renovar toda la terminología.

⁴ ROXIN, CLAUS, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, en ZStW 74 (1962), 515 y ss.

⁵ WELZEL, *Vom bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft*, Marburg, 1964.

⁶ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, 113-4. Cabe consignar que actualmente, Gimbernat Ordeig adopta una sistemática que ubica al dolo en el tipo conforme a la teoría bimembre de los elementos negativos del tipo (GIMBERNAT ORDEIG, pp. 41 y ss.).

⁷ En ZStW, 58 (1939), *Studien zum System des Strafrechts*, 491 y ss.

⁸ WELZEL, *Das neue Bild...*, 1957, particularmente en pp. 26-7 de esta 3ª ed.

⁹ Sobre esta polémica, WATERMANN, FRIEDRICH, *Die Ordnungsfunktionen von Kausalität und Finalität im Recht*, Berlín, 1968, 133-4.

246. **Finalidad y dolo eventual.** Puede ser que la acción se dirija a un fin en principio atípico, como es el de obtener un beneficio patrimonial, pero que en la obtención de ese fin se dispongan causas —según la humana capacidad de previsión concebida como conocimiento de las leyes de la causalidad en la esfera del profano— previendo que la obtención del fin atípico puede lograrse mediante la producción de un resultado típico y aceptando la posibilidad de tal producción (“actuando pese a”), o sea, abarcando en la voluntad realizadora del fin atípico la posibilidad de producción de un resultado típico concomitante.

Se ha sostenido que de este modo se “atomiza” la conducta, destruyendo la finalidad¹⁰. Cerezo Mir¹¹ dice que no es afortunada la expresión de Welzel cuando se refiere a los “fines intermedios”, y manifiesta que lo único que este autor quiere señalar con esa expresión es que “la acción final (real) llevada a cabo por el autor es relevante para el derecho penal, no por el fin, pero sí por los *medios* elegidos y por la *forma de su utilización*”. La afirmación del autor español es un tanto confusa, porque no se trata aquí de las conductas culposas solamente. No creemos que con la afirmación de “fines intermedios” ni con la consideración de los resultados concomitantes se “atomice” la finalidad. Ambos no son más que el reconocimiento de la conducta *como es a veces*.

Cuando nos encontremos con la producción de un resultado típico concomitante que como posible fue abarcado por la voluntad realizadora, se tratará de *dolo eventual*. Cuando la finalidad se dirija *directamente* a la producción del fin típico habrá *dolo directo*.

247. **La culpa.** La primera impresión respecto de la culpa —o sea, de la tipicidad culposa— es que ésta es una característica que no requiere de la finalidad para su comprobación, esto es, que el tipo culposo, no toma en cuenta la finalidad para individualizar la conducta prohibida.

Así lo entendió el mismo Welzel durante largo tiempo, habiendo depurado luego su teoría. Arthur Kaufmann¹² y Rodríguez Muñoz¹³ objetaron que la indiferencia del fin en la acción típica culposa aproxima o

¹⁰ Así, KAUFMANN, ARTHUR, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, 172; JESCHECK, op. cit. en “Fest. für Eb. Schmidt”, 1961, 149.

¹¹ En nota a *El nuevo sistema...*, 37.

¹² KAUFMANN, ARTHUR, op. cit., 173.

¹³ RODRÍGUEZ MUÑOZ, op. cit., 132.

identifica los conceptos final y causal de conducta. "Resulta que la doctrina de la acción finalista fundamenta la acción en los delitos culposos *exactamente* como la doctrina tradicional", afirmaba Rodríguez Muñoz¹⁴. En este orden de críticas coincidía Gimbernat Ordeig, que pretendió deducir de esto que no sólo en los tipos culposos se identifican los conceptos causal y final de conducta, sino que esa identificación cobra *validez general*¹⁵. Muchos autores insisten en negar que el concepto final pueda funcionar en los tipos culposos, y respecto de éstos sostiene la irrelevancia de la finalidad¹⁶. Cabe admitir que estas críticas, particularmente las de Rodríguez Muñoz y Kaufmann, resultaban fundadas en su tiempo, pues la concepción del tipo culposo expuesta por Welzel era defectuosa.

Si el tipo *no tomase en cuenta* la finalidad para individualizar la conducta prohibida, esto no significaría que el legislador supone que la conducta no tiene finalidad, sino simplemente, que no le otorgaría allí relevancia típica individualizadora. *Mas esto no es verdad, porque el tipo culposo necesita conocer la finalidad de la conducta para individualizarla*. Por cierto que en su estructura la finalidad cumple su cometido individualizador de manera diversa a como lo desempeña en el tipo doloso, pero su necesidad se nos hace incuestionable.

El tipo culposo requiere una conducta que: a) *viole un deber de cuidado*; b) *cause un resultado lesivo de un bien jurídico*; y c) *que la violación del deber sea determinante del resultado*.

La violación del deber de cuidado requiere para su comprobación *saber* cuál era el cuidado *debido*, para lo cual debe acudir a una norma de cuidado, que puede estar legalmente establecida, como sucede en el caso de actividades reglamentadas (conducción de vehículos automotores, por ejemplo), o bien puede no hallarse una reglamentación legal, en cuyo caso habrá que remitirse a las pautas sociales de conducta (*adecuación o inadecuación social* de la conducta). De allí que los tipos culposos sean siempre tipos *abiertos*, pues la fórmula individualizadora debe ser completada, en la actividad juzgadora (jurisdiccional) con una pauta o regla general a la que remite.

Este "defecto" que ofrece la acción culposa se halla en la planeación o programación de la causalidad. Cuando el sujeto prevé la

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en derecho penal*, en "Anuario". Madrid, 1962, 542 y ss.; en igual sentido en *Delitos cualificados...*, 115.

¹⁶ Así, TERÁN LOMAS, I, 270; RODRÍGUEZ MOURULLO, 220; HURTADO POZO, 209; BOCKELMANN, 45; etc.

causalidad a partir del fin propuesto, lo hace previendo que la misma puede culminar en el resultado lesivo, pero confiando en que ello no sucederá (culpa consciente), o bien no prevé esta posibilidad, pudiendo hacerlo (culpa inconsciente). *La violación del deber de cuidado radica, por ende, en un defecto de programación que el sujeto hace de la causalidad.*

Conforme a lo hasta aquí expuesto, queda en claro que en el tipo culposo, *la finalidad es indiferente en cuanto a su identificación con la producción de un resultado típico, pero no en cuanto a la averiguación de la violación del deber de cuidado, para lo cual es imprescindible.*

En otras palabras: para saber si una conducta es violatoria de un deber de cuidado, hay que saber qué conducta es y, para ello, qué finalidad tiene. Un sujeto puede atropellar a otro con un automóvil, sin realizar una conducta final de conducir, sino porque descuidadamente movió la palanca de cambios y puso en funcionamiento el vehículo. En tal caso la violación del deber de cuidado, no emergerá a la luz del deber de cuidado que debe guardarse en las acciones finales de conducir, sino de las normas usuales de comportamiento en un vehículo estacionado con el motor en marcha.

En síntesis, *tampoco en la culpa el tipo puede prescindir de la finalidad*, con lo cual queda desvirtuado que haya una identificación en cuanto al concepto final y causal de la acción en los tipos culposos.

La afirmación de que el finalismo no resuelve el problema de la culpa resulta falsa, porque precisamente lo resuelve mejor que el causalismo. *En la teoría causal el juicio de antijuridicidad recae sobre un curso causal pero se olvida que los procesos causales no violan deberes de cuidado*; los puros acontecimientos causales no son "imprudentes", "negligentes" o "imperitos": sólo las conductas o acciones pueden serlo, y para averiguarlo se hace necesario conocer su finalidad. *Sólo concibiendo a la conducta típicamente culposa como la que viola un deber de cuidado, para lo que se debe tomar en cuenta el fin de la misma, es como la antijuridicidad puede recaer sobre una acción*: los procesos causales nunca pueden ser contrarios a un deber jurídico y tampoco hay procesos causales antijurídicos.

Si bien el planteo contemporáneo que considera finales también a las conductas típicamente culposas parece novedoso y cuesta tanto que muchos lo entiendan, ello obedece a que la estructura causalista del delito ha deformado el pensamiento jurídico, porque no es una novedad ab-

soluta. Carmignani distinguió la finalidad del dolo y consideró que los actos culposos también eran actos finales. A la finalidad, en su terminología la llamaba “intención”. La intención —decía— así llamada de la voz latina *intendere*, es propiamente un tender de la voluntad, la que se dirige a un fin lejano, que se esfuerza por conseguir”¹⁷. Formula una amplia clasificación de la intención, bastante compleja, pero concluye en que la culpa también es “intencional”, calificándola de “intención negativamente indirecta”¹⁸.

III. — TIPOS ACTIVOS Y TIPOS OMISIVOS

248. La omisión a nivel pretípico no existe. Se ha pretendido que la omisión es una forma de conducta pretípicamente entendida. A poco andar se observa que se hace menester distinguir la omisión de la mera ausencia de conducta. Nadie puede decir que ha “omitido”, en situación normal, volar la casa de gobierno. La omisión, necesariamente, requiere una referencia normativa, siendo lo cierto que antes de llegar al nivel típico no tenemos ninguna.

Parece pasar por sobre esta consideración Olesa Muñido, cuando afirma que “omitir es, simplemente, no hacer, voluntariamente, aquello que —en el plano causal— puede hacerse”¹⁹.

Se ha afirmado que omita el que no se comporta conforme a la acción “esperada” y con esta fórmula se ha pretendido salvar los inconvenientes que una construcción pretípica de la omisión ofrece. Cabe preguntarse, por quién es “esperada” esta acción. Hay dos posibles respuestas: *por el derecho* o *por la ética social*.

Si lo es por el derecho, lo cierto es que el derecho no “espera” conductas de nadie, sino que las prohíbe o las ordena. Además ello implica una necesaria referencia jurídica y a nivel pretípico no podemos hacer valer semejante referencia porque no la tenemos. En este sentido sería más coherente afirmar que es la conducta “debidada”, aunque este criterio no puede desconocer en modo alguno, que se le hace menester elevar al plano típico la búsqueda de la referencia normativa jurídica para conceptuar a la conducta. Si nos elevamos hasta la tipicidad para determinar lo que según la opinión tradicional es una “forma de conducta”, esto implicaría que la conducta es creada por el tipo —por el derecho— y para seguir sien-

¹⁷ CARMIGNANI, *Elementa*, § 105.

¹⁸ CARMIGNANI, *idem*, § 111.

¹⁹ OLESA MUÑIDO, *Estructura*, cit., p. 29.

do coherentes, deberíamos llegar a la conclusión de que el primer nivel de la teoría del delito no es la conducta sino el tipo, criterio que ya hemos rechazado y no insistiremos aquí en ello.

La otra solución es que la acción sea “esperada” por la ética social. Pocas tareas sociológicas son más difíciles que la tabulación y cuantificación de valores sociales. Además si hay omisiones jurídicas que la ética social no reprueba, nos quedaríamos sin conducta porque no habría acción “esperada” alguna. Mas sobre estas consideraciones y fuere cual fuere la dificultad, *lo fundamental es que en derecho penal nos manejamos con valores jurídicamente dados y sólo podemos acudir a los valores sociales cuando la ley, tácita o expresamente, nos remite a ellos.* En el caso es imposible hacerlo, porque implicaría, de un solo golpe, la introducción de toda la ética social en el derecho, todo ello sin ser sociólogos, en una apresurada e irresponsable sociología “de café”, lo que es sumamente grave si tenemos en cuenta que se lo proponemos al juzgador en función de proyectistas de jurisprudencia. Consecuentemente nos vemos obligados a rechazar de plano la mentada “acción esperada”, sin que nadie pueda a ciencia cierta, decir por quién lo está.

Creemos que la “acción esperada” de marras, es una fórmula hueca, casi un juego de palabras para salir del atolladero.

La referida *teoría de la acción esperada* puede remontarse a Luden²⁰, aunque éste ha aludido más bien a la del *aliud agere*²¹. Lo cierto es que a ella se han referido múltiples autores, entre los que cabe mencionar a Liszt, quien afirmaba que “omitir es verbo transitivo”, que “no importa el no hacer, sino el no hacer algo”²². Rohland se refirió al “principio de la espera” (*das Prinzip der Erwartung*)²³ y Hippel afirmaba que “omitir no significa no hacer, sino no hacer algo determinado, a saber: lo que en el caso sea posible y esperado”²⁴. Von Bar sostuvo, igualmente, que “omisión significa algo no hecho, que podía o debía ser esperado”²⁵. En similar posición se hallaban Köller y Kollmann, entre otros²⁶ y Mezger²⁷.

²⁰ LUDEN, HEINRICH, *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrechte*, Göttingen, 1840, 219 y ss.

²¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, 2ª ed., 406-410.

²² LISZT, *Lehrbuch*, 1894, 109.

²³ ROHLAND, W. VON, *Die Kausallehre des Strafrechts. Ein Beitrag zur praktischen Kausallehre*, Leipzig, 1903, 19 y ss.

²⁴ HIPPEL, ROBERT VON, *Deutsches Strafrecht*, Berlín, 1930, II, 153.

²⁵ BAR, LUDWIG VON, *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin, 1907, II, 244.

²⁶ KÖLLER, AUGUST, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, Leipzig, 1917, 194 y 215; KOLLMANN, *Der Begriff der kommissiven Unterlassens*, en ZStW, 29 (1909), 372 y ss.

²⁷ En igual sentido, MEZGER-BLEI, 79.

La crítica a la teoría fue efectuada por Max Ernst Mayer, quien fincó la omisión en referencia a la conducta "debida", llevando así todo el planteo al campo del injusto²⁸. En similar posición se hallan Schmidt y Zimmer²⁹ y más recientemente Gallas y Maurach³⁰.

En la doctrina nacional se manifiesta contrario a la "teoría de la acción esperada" Bacigalupo³¹, en tanto que predomina el criterio de derivar el problema al campo del injusto. Para Fontán Balestra, "la acción en sí misma se manifiesta bajo dos formas: comisión y omisión... Esta primera distinción es clara y sencilla y se corresponde con la naturaleza de la norma: si es prohibitiva, la conducta que la quebranta es una acción; si es impositiva, es violada por una omisión"³². Antes, refiriéndose a la acción esperada, expresa que ésta sólo puede ser esperada por el derecho³³. Núñez sostiene que "omisión" es un concepto normativo, pues sólo tiene sentido cuando la inactividad del individuo se mira con referencia a una norma que demandaba actividad³⁴. Soler parecería seguir un criterio parecido, aunque habla del "acto esperado", pero sin mayor desarrollo del concepto³⁵. Jiménez de Asúa adhiere a la teoría de la acción esperada³⁶. Terán Lomas se muestra indeciso entre la acción esperada y debida, pero parece inclinarse por la última³⁷.

En España, Rodríguez Devesa se refiere a la "acción que el ordenamiento jurídico espera que realice el sujeto"³⁸, y Del Rosal pretende que la "esencia de la omisión radica en ser expresión de la realidad natural"³⁹, mas de inmediato adhiere a la opinión de Pannain en el sentido de que la omisión es la inacción de un comportamiento obligatorio⁴⁰. En Italia sostiene una posición también ambivalente Dall'Orá⁴¹, en contra de Bettiol, que lleva abiertamente a lo normativo el problema ("la afanosa búsqueda de un criterio formal naturalístico de género propio de la acción y de la omisión, ha hecho olvidar que la omisión tiene otra realidad y grandemente superior a la primera: su realidad normativa"⁴²), posición contraria a la de Massari y Delitala⁴³, quienes sostienen el

²⁸ MAYER, M. E., 1923, 108-110.

²⁹ SCHMIDT, EBERHARD, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, 160.

³⁰ GALLAS, *Beiträge...*, 19 y ss.; MAURACH, 577.

³¹ BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, Bs. As., 1970, 29 y ss.

³² FONTÁN BALESTRA, I, 453.

³³ *Idem*, 437-8.

³⁴ NÚÑEZ, I, 237.

³⁵ SOLER, I, 292.

³⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, loc. cit.; *La ley y el delito*, 216.

³⁷ TERÁN LOMAS, I, 275.

³⁸ RODRÍGUEZ DEVESEA, I, 311.

³⁹ DEL ROSAL, I, 604.

⁴⁰ PANNAIN, REMO, *Manuale di diritto penale*, Torino, I, 1967, 311.

⁴¹ DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, 1950.

⁴² BETTIOL, 228.

⁴³ MASSARI, EDUARDO, *Le dottrine generali del diritto penale*, Napoli, 1930; DELITALA, *Il "fatto" nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.

aliud agere, que también fue sostenido en algún momento por Antolisei⁴⁴, y al que parece inclinarse hoy Pagliaro, cuando afirma que “es lícito concluir que en todos los casos en que la doctrina se refiere al concepto de omisión, se trata de particulares aplicaciones del concepto de conducta”⁴⁵. Antolisei sostuvo luego un concepto normativo⁴⁶, al que parece estar próximo De Marsico⁴⁷. Santoro critica el *aliud agere*, pero termina siguiendo a Grispiigni, quien sostiene una versión sustancialmente igual⁴⁸.

Por un concepto decididamente normativo de omisión se pronuncia Novoa Monreal⁴⁹. Porte Petit se refiere a una acción “esperada y exigida”⁵⁰. Etcheberry se mantiene también eclécticamente con la omisión pretípica y una derivación normativa a la conducta debida⁵¹, al igual que Bayardo Bengoa⁵² y don José R. Mendoza⁵³. Un concepto totalmente normativo es el sostenido por la corriente lógico-formal, pero cabe aclarar que ello es consecuencia de no considerar a la conducta en el nivel pretípico⁵⁴.

En síntesis, nuestra visión del problema es la siguiente: a) Antes del tipo la omisión no existe como tal, no tiene existencia en el plano óntico. b) La “teoría de la acción esperada” es un concepto que requiere un sujeto. c) Si el sujeto es la “sociedad”, cuando los valores sociales no “esperen” la acción omitida, no habrá omisión, aunque la ley diga otra cosa. d) Si el “sujeto de la espera” es el derecho, hay una confusión de planos: el pretípico u óntico con los valorativos. e) Esta confusión de niveles es similar a la que realiza cualquier concepto normativo, que traslada el problema al campo valorativo y deja un *nihil agere* (ningún hacer) antes del tipo: para este criterio, la omisión no sólo la prohíbe, sino que también la crea el tipo.

Veremos luego⁵⁵ que, como concepto pretípico que se asemeja a la teoría de la acción esperada por la “sociedad” como “sujeto de la espera”, puede considerarse a la teoría social de la acción, que pretende imponerse como posición intermedia entre las teorías finalista y causalista.

⁴⁴ ANTOLISEI, FRANCESCO, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, 32 y ss.

⁴⁵ PAGLIARO, 267.

⁴⁶ ANTOLISEI, 170.

⁴⁷ DE MARSICO, 100.

⁴⁸ SANTORO, 323.

⁴⁹ NOVOA MONREAL, I, 277.

⁵⁰ PORTE PETIT, 312 y ss.

⁵¹ ETCHEBERRY, ALFREDO, op. cit., I, 167.

⁵² BAYARDO BENGOA, op. cit., 201.

⁵³ MENDOZA, JOSÉ RAFAEL, I, 339.

⁵⁴ ISLAS-RAMÍREZ, *Lógica del tipo...*, cit., p. 59.

⁵⁵ V. infra, § 257 y ss.

249. **La exteriorización de la omisión y el aliud agere (otro hacer).** Por razones de necesidad práctica, por la esencia del fenómeno jurídico y por principios constitucionales, para penar una conducta es necesario que ésta se exteriorice. Se ha llegado a sostener que la omisión se exterioriza en la distensión muscular⁵⁶. La misma resulta poco menos que inimaginable, pues corresponde a un no hacer humano completo, pero además, el concepto es abiertamente contradictorio, porque de ser él cierto, el sujeto "se conduce si da una firma, pero también si se niega, si entra en una habitación, pero también si se niega, sea que haga expresar una malicia como que la reprima"⁵⁷.

Suponiendo que pudiese presentarse la tan mentada "distensión muscular", a ésta sólo se la podría hallar en alguna omisión dolosa, pero en la generalidad de las omisiones no habrá tal distensión, sino una inervación para realizar una conducta distinta de la debida. Si *la omisión se exterioriza por esta conducta, nos parece elemental que la conducta prohibida es la efectivamente realizada*, la diferente de la debida, esto es, el "agere aliud" (el otro hacer)

Igualmente el omitir, el no hacer, sólo puede ser voluntario en los delitos dolosos y en los culposos con culpa consciente (con representación de la posibilidad del resultado), pero en los delitos omisivos culposos con culpa inconsciente (sin representación de la posibilidad del resultado cuando era posible representárselo), o sea, en los llamados "delitos de olvido" no puede haber ninguna voluntad de omitir, de no hacer. En tales casos se pretende que no hay voluntad en el sentido de la acción, sino una "posibilidad de voluntad", una voluntad potencial⁵⁸ y hasta que el proceso causal se invierte⁵⁹.

Para evitar que se conceptúe como conducta una conducta que no se exterioriza, se acudió al *aliud agere*, y también para evitar que la conducta se configure con una mera posibilidad de voluntad, se echó mano del "otro hacer", de la conducta efectivamente rea-

⁵⁶ BELING, D. L. v. Verbrechen, 9.

⁵⁷ Cfr. MAYER, M. E., 1923, 109.

⁵⁸ Así, SOLER, I, 292; NÚÑEZ, *Manual*, 152. Para TERÁN LOMAS (*El delito como acción*, en LL, 99 (1960), 954 y ss. (957), en la culpa inconsciente no hay voluntad, pero hay acción. Siguiendo a Antolisei, sostiene que aquí, aunque no haya voluntad, "reflejan la personalidad del sujeto, de acuerdo con la herencia, la constitución física y psíquica, la influencia de la raza, la religión, la educación, el hogar, el ambiente social, el ideario político, en suma, todo lo que constituye el super-yo".

⁵⁹ Así, SOLER, *idem*.

lizada⁶⁰. En verdad el problema se plantea en los siguientes términos: a) se admite que puede haber delito sin exteriorización de voluntad y sin voluntad que exteriorizar (lo que implica aceptar que hay delito sin conducta) o b) se acepta que la conducta es la efectivamente realizada (el "agere aliud"). En cualquier caso lo que lógicamente no puede hacerse es mezclar ambas posibilidades y echar mano del "aliud agere" para corporizar una alucinación de conducta.

Si la manifestación de la conducta delictiva es la de la conducta realizada y la voluntad también, creemos que se impone concluir que la conducta prohibida será la efectivamente realizada.

De omisión sólo podrá hablarse a nivel típico, que será cuando tengamos disponible la referencia normativa que el concepto requiere. A nivel pretípico negamos que haya "omisiones"; sólo hay acciones. A nivel típico hay tipos activos y tipos omisivos. Los tipos activos describen la conducta prohibida; los tipos omisivos describen la conducta debida, quedando prohibidas las que de ellas difieren (*aliud agere*). Se trata de una técnica legislativa diferente para individualizar conductas prohibidas.

250. **La causalidad en las omisiones.** *La causalidad física, inexorablemente, forma parte de la constelación situacional en que se halla imbricada la conducta humana. A nivel típico puede ser relevada como causación —juicio hipotético por el que si mentalmente suprimimos la conducta prohibida no se hubiese producido el resultado— o como evitación— juicio hipotético en el que si mentalmente interponemos la conducta debida no se hubiese producido el resultado—, o bien, siempre a nivel típico, puede ser irrelevante, porque el tipo no toma en cuenta la producción de ningún resultado (los llamados tipos de mera actividad).*

En el caso en que el juicio de *causación* arroje un resultado afirmativo tendremos una interferencia de la causalidad física, y en el supuesto en que el juicio de *evitación* lo arroje, habrá una no interferencia de la misma, pero en ambos casos hay causalidad física, y, por ende, previsión o posibilidad de previsión de la causalidad, pudiéndose en los dos supuestos estructurar una conducta final sobre la previsión de la causalidad.

Hemos visto que una de las disputas más enconadas y difíciles ha sido la desarrollada en torno de la naturaleza jurídica o física

⁶⁰ Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 219-220.

del concepto de causalidad en el delito. A tal polémica contribuyó la imposibilidad de explicar físicamente la causalidad en las omisiones. Si partimos de los conceptos expuestos vemos que la discusión queda sin sentido. En los tipos omisivos la *evitación equivale a la causación*. Para comprender esto es menester tener presente que "equivale" no es lo mismo que "igual", no debiendo confundirse ambos conceptos, distinción que la lógica formal establece claramente, utilizando incluso símbolos diversos para denotar cada uno de ellos: equivale (\equiv); igual ($=$).

Es fundamental no perder de vista a este respecto, que este es un problema que incumbe al plano de la tipicidad y no al de la acción; debe resolverse para averiguar si existe conducta típica, mas no para saber si hay conducta.

El problema de cómo en los tipos omisivos dolosos el fin típico quede abarcado por la voluntad de realización del *agere aliud* lo veremos al detenernos en la estructura del tipo omisivo.

IV. — SÍNTESIS

251. **Síntesis.** Si designamos con T al tipo, (a) al fin, (b) a la causación, (c) a la evitación y (d) a la forma o modo de realizar el fin (modo violatorio de un deber de cuidado), veremos que tales componentes satisfacen los requerimientos de todas las formas de conductas típicas, sólo que los tipos a veces los relevan y a veces no, provocando precisamente con ello las distintas formas típicas, pero esta relevancia jurídica diversa, en modo alguno autoriza a negar la naturaleza final de todas las conductas típicas. Así, en cuanto a la clasificación fundamental de los tipos penales (dolosos - culposos y activos - omisivos), tendremos tipos elaborados del siguiente modo

- T (a . b) = tipo doloso activo;
- T (a . c) = tipo doloso omisivo;
- T (b . d) = tipo culposo activo;
- T (c . d) = tipo culposo omisivo;

Dejamos para su oportunidad la consideración de las figuras preterintencionales, que si bien pueden ser considerados una especie distinta de tipos, no por ello responden a una estructura diferente de las dos apuntadas, sino a una superposición —que no mixtura— de ambas.

CAPÍTULO XVII

LOS CONCEPTOS "IDEALISTAS" DE ACCIÓN Y SU CRÍTICA

I. — EL CONCEPTO IDEALISTA TRADICIONAL: LA TEORÍA CAUSAL DE LA ACCIÓN: 252. "Idealismo" y "realismo" en la teoría de la conducta. 253. Las raíces filosóficas del concepto tradicional causalista. 254. Algunos de los problemas que esta teoría plantea. 255. La esencia de la pretensión causalista: conducta es un concepto jurídico-penal. 256. La difusión del causalismo. II. — LOS CONCEPTOS "SOCIALES" DE ACCIÓN: 257. Su origen. 258. Diversidad de exposiciones de la teoría social. 259. Finalismo y concepto social. 260. ¿Es posible extraer alguna otra consecuencia del llamado "concepto social". 261. Balance sobre su significación teórica y práctica. III. — LAS TENTATIVAS CONTEMPORÁNEAS DE DESPLAZAR A LA CONDUCTA HUMANA DE SU POSICIÓN DE CARÁCTER GENÉRICO DEL DELITO: 262. La acción concebida como realización de tipo legal. 263. La concepción de Hellmuth von Weber. 264. El concepto teleológico de Schmidhäuser 265 La crítica del concepto ontológico de conducta de Roxin. 266. El desplazamiento de la conducta mediante la afirmación de acciones típicas no voluntarias. 267. Valoración general de la pretensión de desplazar a la conducta de la base de la teoría del delito. 268. Concepto de conducta y política criminal.

I. — EL CONCEPTO IDEALISTA TRADICIONAL: LA TEORÍA CAUSAL DE LA ACCIÓN

252. "Idealismo" y "realismo" en la teoría de la conducta. Si bien en la filosofía contemporánea se han tornado difusos los límites entre el realismo y el idealismo, no pretendemos abordar aquí semejante debate y menos aún osar arriesgar solución o vía de salida alguna, sino sólo limitarnos a señalar lo que queremos significar con tales denominaciones para que las mismas no queden en una rotulación carente de sentido.

Cuando hablamos de "realismo" y de "idealismo" apuntamos de preferencia a una cuestión de teoría del conocimiento, señalando aproximativamente con la primera denominación la posición que en este campo afirma que el conocimiento no altera el objeto y con la segunda la que sostiene que el conocimiento altera —y hasta crea— el objeto. La posición idealista es la que sostiene que el

valor crea —o al menos altera— el objeto valorado; la posición realista sostiene que el valor deja inalterado el objeto valorado.

Por nuestra parte, ya hemos tomado decidido partido por la posición que llamamos “realista” y, conforme a ella, hemos expuesto nuestro concepto de conducta. A partir de la afirmación de que el conocimiento no altera el objeto como “material del mundo”, es decir, como ente que se halla fuera de nosotros, sino que se limita a darle un *significado* (un *nara qué*) y, consiguientemente, de que el desvalor —o valor— no pasa de ser un “valer para el sujeto que valora”, la función que cumplen el tipo y la antijuridicidad frente a la conducta no puede alterar el ser de la conducta (su estructura óptica). Más generalmente dicho, el derecho penal pretende regular conductas y, por consiguiente, no crea las conductas que desvalora.

Como consecuencia de esta toma de posición realista, el tipo (o mejor la norma prohibitiva) quedará vinculado al ser de la conducta, no pudiendo prohibir una conducta sin finalidad, puesto que se trataría de la prohibición de algo que no es conducta. De allí que el concepto final de conducta, debido a su base realista vinculante, nos lleve a una inevitable consecuencia en el ámbito del injusto: los tipos no pueden prohibir otra cosa que conductas y, por ende, la finalidad debe ser siempre abarcada por la tipicidad, puesto que es un aspecto de la realidad óptica de la conducta.

No insistiremos aquí en estos conceptos que acabamos de exponer “in extenso”, sino que nos limitaremos a sintetizarlos para que quede claro el punto nuclear de su enfrentamiento con la posición contraria.

Cualquier otra posición que, desde el ángulo de una teoría idealista del conocimiento, entienda que el valor —o el disvalor— afecta al objeto del mismo —en cualquier intensidad que fuere— creándolo o alterando más o menos sus caracteres ópticos, llegará a la conclusión de que el derecho penal no se limita a desvalorar las conductas que prohíbe, sino que el derecho se maneja con un concepto propio de conducta que, en cada teoría, se distanciará más o menos de lo óptico. La consecuencia de esta teoría idealista del conocimiento es que quien se afilia a ella, queda libre para sostener cualquier estructura del injusto, es decir, para afirmar que el tipo abarca conductas con finalidad, “conductas sin finalidad” (lo que desde el ángulo realista es absurdo), o bien que hay tipos que abarcan una y tipos que abarcan otra “forma” de conducta, es decir, que la pertenencia de la finalidad al injusto (conducta típica

y antijurídica) dependería de los requerimientos de los tipos en particular.

En síntesis:

a) Desde el punto de vista realista del conocimiento, la finalidad pertenece al injusto.

b) Desde el punto de vista idealista del conocimiento, la finalidad puede o no pertenecer al injusto.

Hemos expuesto hasta aquí nuestro punto de vista realista. Nos resta referirnos con mayor detalle a los demás, es decir, a las distintas teorías que surgen de la posición idealista, cuya versión tradicional es la teoría causal de la acción, sostenida primero desde fundamento positivista y luego neo-kantiano. Una fórmula que se pretendió transaccional entre ambas, fue la teoría social de la acción, que por carecer de sustancia propia dio lugar a diversas sistemáticas del delito (ya con la finalidad del tipo, ya ajena al mismo). De ella nos ocuparemos también, y cerraremos nuestra exposición con las teorías más contemporáneas que, retomando viejos argumentos, pretenden desplazar a la acción de su posición fundamentadora de carácter genérico del delito, para reemplazarla por la acción que realiza el tipo, con los caracteres que el mismo le impone, es decir, con la acción entendida como creación típica, aunque ubicando al dolo en el injusto.

253. Las raíces filosóficas del concepto tradicional causalista.

El concepto causal de acción, tal como se lo entendió en los comienzos de la dogmática de nuestro siglo, era una cadena causal puesta en funcionamiento por la "voluntad" a la que se conceptuaba como una pura inervación muscular¹. Ésta se pretendía que era un concepto "natural" de la acción, que servía de base para todas las formas delictivas. "Cuando se define a la conducta como un movimiento o inercia del cuerpo, controlable por la voluntad, se da un concepto estrictamente natural"², pretenden sus partidarios. Desde este ángulo, acto "es siempre una contracción muscular voluntaria y nada más"³. Este concepto que dio origen a la sistemática del delito conocida como "clásica"⁴ o sea, al *sistema de Liszt-*

¹ Así BELING, *Esquema del Derecho Penal*, Bs. As., 1944, trad. de SEBASTIÁN SOLER, p. 19.

² RANIERI, SILVIO, *Manuale di Diritto Penale*, Padova, 1952, I, 195.

³ Así en la doctrina anglosajona, *Salmond on Jurisprudence*, 1930, p. 383, con citas coincidentes de AUSTIN y HOLMES.

⁴ Cfr. JESCHECK, 161; WELZEL (40) critica la denominación.

Beling, está hoy abandonado. Respondía claramente a la filosofía positivista ⁵, ampliamente superada en el mundo contemporáneo por la física moderna, que le quitó su pretendida base científica, y por el renacimiento de la ontología —particularmente con el pensamiento existencial— que terminó de derrumbar sus pretensiones de sistema filosófico, o mejor, negador de toda filosofía.

Al quedar sin base filosófica el concepto de acción que sostenía la sistemática “clásica”, el mismo fue apuntalado por el pensamiento neo-kantiano, dando lugar a una sistemática análoga en lo sustancial, que dio en llamarse “neoclásica” ⁶. El fundamento filosófico cambió, pero el concepto quedó igual: *se trataba de nuevas ideas filosóficas usadas para apuntalar un mismo concepto*.

La conducta humana entendida como *proceso causal* (determinismo) regido por la física de Newton, se desmoronó con la ciencia del siglo XX. La conducta es algo diferente de la forma en que la entienden los positivistas. Luego, el derecho penal se maneja con un concepto de conducta distinto del real. En definitiva, también Liszt —al igual que el finalismo— había pretendido manejar un concepto óptico de acción humana, sólo que luego se puso de manifiesto que la estructura de la acción es diferente a como él la entendía. Dada esta crisis correspondía incorporar otro concepto de acción, que se adecuase a la estructura óptica, tal como a la sazón ya se la conocía. Hasta este momento no había triunfado la tesis de que el derecho penal concibe a la acción de modo diferente al “ser” (a lo óptico). Es en los primeros años de este siglo cuando se produce el fenómeno que aún preocupa a la dogmática: *en lugar de incorporar un nuevo concepto de acción —conforme con la estructura conocida— los penalistas sostienen, muy sueltos de cuerpo, que el “ser” de la acción humana no interesa, porque el derecho penal crea un concepto jurídico-penal de acción*.

Esta es la tesis que está sustentada por la filosofía neo-kantiana y de la que nos ocuparemos, porque es la que da lugar a una estructura analítica del delito que, pese a batirse en retirada, aún conserva cierta difusión. *No se trata de un nuevo concepto que obedece a una inervación muscular, porque ese es el concepto jurídico-penal, sin importar cómo sea en realidad. Esto es un resultado de que el neokantismo de la escuela Sudoccidental alemana no considera a la realidad como tal, sino a la realidad referida a valores (en todas las ciencias culturales)*. No hubo un cambio en el concepto de conducta, sino que se cambió la teoría del conocimiento con la que se pretendía llegar a ese concepto. Se siguió sosteniendo el mismo concepto de conducta, sólo que antes se llegó a él por vía de una teoría del conocimiento que pretendía asentarse sobre un materialismo cientificista y, a partir de principios de siglo, la vía

⁵ V. *supra*, § 145.

⁶ JESCHECK, loc. cit.

de acceso fue la teoría del conocimiento de una filosofía idealista. Si bien en el siglo XX el pensamiento filosófico se aparta de esta corriente⁷, este criterio sigue siendo sostenido por un sector de los dogmáticos penales.

Como el planteo no cambia el concepto de acción, por consiguiente, *no se traduce en ningún cambio sistemático de fondo en la teoría del delito*. Se trata de la misma sistemática de Liszt-Beling con una pocas variantes. De allí que sus sostenedores le hayan objetado al finalismo que no es una teoría de la acción sino del injusto⁸: no puede ser de otra manera, porque *se trata de un concepto diferente de la acción* que, por fuerza, tiene que dar lugar a una sistemática diferente⁹. Quien altera la estructura de los cimientos debe alterar la del edificio. El causalismo neo-kantiano no provoca esto porque no altera nada: se limita a cambiar el revoque. Que la acción no sea como el positivismo pretende, para los causalistas neo-kantianos no importa, porque para ellos es así porque así le place al derecho penal, simplemente porque "según el idealismo, el conocimiento es creador, crea sus objetos"^{9 bis}. El finalismo, en lugar, es una teoría de la acción que da lugar a una teoría del delito, no sólo del injusto. Este es su mérito, que no defecto.

Nos ocuparemos de la crítica a esta dogmática que "se vistió más y más con todas las características del concepto clásico del delito"¹⁰ y cuyo máximo exponente creemos que fue Edmund Mezger.

Con la nueva transfusión filosófica pudo seguirse sosteniendo que "voluntad" es voluntad de presionar el gatillo, aunque no sepamos si es voluntad de matar, eso lo averiguamos recién en la culpabilidad¹¹: "qué ha querido él (el autor) es aquí indiferente; el contenido de la voluntad es sólo importante para la culpabilidad"¹².

En consecuencia, conforme a esta corriente, basta con que esa conducta se enlace a un resultado *por una relación de causa a efecto*. Volviendo al ejemplo del homicidio: si A presiona "voluntariamente" (con voluntad de presionar) el gatillo, si se pone en movimiento el mecanismo del arma, si se produce la explosión, si sale el proyectil, si describe una trayectoria que culmina en la ca-

⁷ Cfr. RECASENS SICHES, *Panorama...*, cit., 196.

⁸ GALLAS, *Beiträge*, 19 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 19-20; MEZGER, en "Leipziger Kommentar", Berlín, 1954, pp. 6-7; el mismo, *Libro de estudio*, Bs. As., 1956, 92-3; MEZGER-BLEI, 58-9; SUÁREZ MONTES, op. cit., 11.

⁹ V. la respuesta de WELZEL, 1967, 38.

^{9 bis} BOCHENSKI, *Introducción al pensamiento filosófico*, Barcelona, 1975, p. 50.

¹⁰ JESCHECK, 164.

¹¹ RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff...*, cit., Darmstadt, 1967, 130-1; LISZT-SCHMIDT, 1922, 123; MEZGER-BLEI (su teoría "compleja" de la acción no pasa de sostener similar criterio); BELING, *Grundzüge*, 1925, 20-1.

¹² BELING, op. et loc. cit.

beza de B, si perfora el parietal de B, si se incrusta en su cerebro, si destruye tejido nervioso, si B muere, habrá una conducta típica de homicidio.

Así, Mezger sostuvo que el concepto de acción es un concepto "valorativo"¹³ y que no puede ser llamado "naturalístico", como el de Liszt-Beling, que es insostenible. "Naturalísticamente concebido es un concepto de la acción, cuando en él se quiere ver sólo una abstracción de la realidad". Aquí queda abiertamente afirmado que su concepto de acción no es óntico. Luego agregaba que con el principio "acción es conducta humana" se "da la exacta respuesta a la pregunta sobre el contenido real del concepto jurídico-penal de conducta".

El planteo de Mezger puede parecer atractivo —y de hecho lo es—, pero a poco que calemos en él se descubre el hueco que encierra el acabado alejandrino "neoclásico": Se puede resumir afirmando que cuando ya sabemos que se trata de una conducta humana, descontamos que tiene una finalidad, sólo que la tomamos en cuenta (la finalidad en concreto) al nivel de la culpabilidad. Mas lo cierto es que si hasta la culpabilidad no la hemos tomado en cuenta, lo que hasta allí individualizó el tipo y desvaloró la antijuridicidad no será una conducta, porque "*saber en abstracto que tiene una finalidad*" no tiene relevancia en el caso concreto, ya que nos manejamos con algo que no conocemos, con un concepto *no disponible*: sabemos que está, pero no sabemos qué es. El tipo individualizará una "cosa" muy extraña, un artificio que no existe. Chocará contra el orden jurídico este "ente". Al fin se completará en la culpabilidad.

Se nos puede objetar que en la elaboración del abstracto concepto de delito (en la teoría del delito) no se requiere una conducta particular y concreta. Es verdad, en la elaboración teórica parece no requerírsela, pero *¿para qué sirve la elaboración teórica? ¿Acaso no tiene por fin lograr una aplicación lo más segura y previsible de la ley penal? ¿No se cumple esto cuando el juzgador toma el caso concreto y sigue los pasos analíticos para averiguar si se halla frente a un delito?* La respuesta afirmativa se nos ocurre obvia: si así no fuere, estos serían ingeniosos juegos lógicos y, por ello más conveniente que los penalistas hiciéramos ajedrez, aunque quién sabe con qué fortuna. El juzgador no parte de la conducta "en abstracto", sino de la consideración de una conducta en concreto, y el causalismo le proporciona un tipo y una antijuridicidad que no toman en cuenta ninguna conducta en concreto, sino un engendro jurídico-penal.

Por otra parte, aún en el supuesto de una conceptualización abstracta, la conducta humana así concebida es un reduccionismo biologizante, se obtenga por la vía filosófica que se quiera. Se tratará siempre del concepto de conducta que pretende que el comportamiento social se explica por leyes psicológicas y fisiológicas, y que, por cierto, coincide con toda una ideología político-criminal, que es el origen individual de la cri-

¹³ MEZGER, *Moderne Wege*, 12.

minalidad, ideal de la criminología tradicional que opera como cobertura ideológica represiva, reverdecida en la pesada década por Eysenck en la psicología inglesa y que vuelve a buscar analogías entre la delincuencia y la conducta desviada animal. Taylor, Walton y Young, al ocuparse de su crítica, citan un párrafo de Alardiar Mac Intyre, que es sumamente claro: "Los mismos movimientos físicos constituyen, en diferentes contextos, acciones muy distintas. Un hombre quizá haga los mismos movimientos físicos que supone el acto de firmar, pero puede estar celebrando un tratado o pagando una factura, dos acciones bastantes distintas; sin embargo, ¿no está acaso ese hombre haciendo la misma cosa, es decir, firmar? La respuesta es que escribir el propio nombre nunca es en sí mismo una acción; uno puede estar firmando un documento, dando una información o garabateando. Estas sí son acciones, pero escribir el propio nombre no lo es. Del mismo modo, la misma acción puede estar constituida por movimientos físicos bastante diferentes. Escribir algo en un papel, entregar unas monedas o incluso decir unas palabras, puede constituir la misma acción de pagar una factura. Cuando hablamos de "explicar la conducta humana", a veces nos olvidamos de esta distinción. Dado que no hay acción humana que no implique un movimiento físico, podemos suponer que explicar el movimiento es lo mismo que explicar la acción"¹⁴.

No podemos pasar por alto que ese concepto recortado de la conducta está vinculado claramente a teorías tales como el conductismo primitivo, en que Watson afirmaba que "conducta es lo que el organismo hace o dice"^{14 bis}, lo que es lógico, dado que "fundamentalmente propugna la norma positiva y constructiva de extender los métodos y puntos de vista de la psicología animal a la psicología humana"¹⁵.

Se nos ha imputado un esfuerzo para ligar el concepto de acción del causalismo a "pensamientos filosóficos pasados de moda"^{15 bis}, pero en realidad, creemos que no realizamos esfuerzo alguno, puesto que el positivismo de Liszt y el neo-kantismo de Mezger son confesos y expresos y, si pensamos que las conductas prohibidas deben entenderse o delimitarse con un simple criterio biológico o neurológico, no hay duda que nos estamos vinculando a una idea de conducta que prescinde de la dimensión cultural (social) o, por lo menos, estaríamos afirmando que el derecho considera antijurídica una conducta prescindiendo de tal dimensión. Es poco menos que incomprensible que se pueda afirmar, por parte de quien entiende la acción humana (o a la función de la tipicidad) de una manera tan trunca, que el finalismo empobrece el concepto de acción, porque incorpora la finalidad pero no los componentes emocionales¹⁶.

Por otra parte, es innegable que en la medida en que se pretende —por vía idealista o materialista— que hay voluntad sin finalidad, con

¹⁴ TAYLOR, WALTON, YOUNG, *La nueva criminología, Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Bs. As., 1977, pp. 77-78.

^{14 bis} WATSON, J. B., *El conductismo*, Bs. As., 1947, p. 30.

¹⁵ HEIDBREDEER, EDNA, *Psicología del siglo XX*, Bs. As., 1960, p. 216.

^{15 bis} NOVOA MONREAL, E., *Causalismo y finalismo en derecho penal*, San José de Costa Rica, 1980, p. 91.

¹⁶ Así lo sostiene RODRÍGUEZ DEvesa, 324.

ello se está negando la ontología, porque si fuese posible querer "nada", también sería posible pensar "nada", con lo cual "ser" dejaría de configurar un problema central del pensamiento, puesto que se presenta como tal, justamente debido a la necesidad de pensar siempre "algo"^{16 bis}.

254. **Algunos de los problemas que esta teoría plantea.** Si continuamos con nuestro ejemplo, podemos suponer que A no ha actuado amparado por ninguna causa de justificación y que, además es imputable (psíquicamente capaz de culpabilidad). Puede suceder así que cuando lleguemos a la culpabilidad, que es donde los causalistas ubican a la finalidad que arbitrariamente arrancaron a la conducta para dejar a ésta convertida en un mero acontecer causal, nos hallemos con que A estaba practicando tiro y no tenía más finalidad que dar en un blanco, habiendo realizado esta conducta con violación de un deber de cuidado. Comprobamos entonces que no es un homicidio doloso sino un homicidio culposo (art. 84). ¿Qué habremos hecho? Pues, simplemente, que para demostrar si se trata de una conducta típica fue menester remontarse hasta el nivel de la culpabilidad y descender luego hasta el de la tipicidad, con lo que nos hemos colocado la camisa sobre el abrigo y nos hemos quitado luego el abrigo para cubrir la camisa.

Los causalistas pueden huir prestamente de esta objeción, y así lo hacen, afirmando que no existe un tipo de homicidio culposo, sino un tipo de homicidio con dos formas de culpabilidad: dolosa y culposa. Lo artificioso de la construcción se pone en claro cuando nos hallamos frente a tipos que en sí llevan la particular dirección negativa de la voluntad como criterio delimitador: así, el abuso deshonesto, en que no debe existir la finalidad de llegar al acceso carnal, porque de ser así se convertiría en una tentativa de violación. Para saber si son típicos los tocamientos habrá que acudir al aspecto subjetivo, consistente en el fin perseguido que ellos pretenden que se encuentra en la culpabilidad. En este tipo hay que admitir forzosamente que el dolo se encuentra en el tipo, porque de lo contrario habrá de caerse en la contradicción causalista: subir hasta la culpabilidad y allí averiguar si hay abuso deshonesto, tentativa de violación o examen clínico por parte de un ginecólogo. Además, en el caso del ginecólogo, éste sería autor de un injusto inculpable, lo que es verdaderamente inadmisibile, porque al ginecólogo no se le deja de reprochar su conducta, sino que ésta es directamente conforme a derecho y para nada la individualiza el tipo penal. El cau-

^{16 bis} Cfr. DELGAAUW, *La filosofía del siglo XX*, p. 140.

salismo pretende salir del paso con los "elementos subjetivos del tipo penal", que son elementos subjetivos distintos del dolo (en lo que estamos de acuerdo) y que permanecen en el tipo, en tanto que el dolo va a la culpabilidad. A veces, se maneja tan defectuosamente esta teoría que se queda en la tipicidad lo que debe ir a la culpabilidad (como la emoción violenta, por ejemplo, que algunos autores la consideraron elemento del tipo).

Además la presencia de elementos subjetivos en el tipo requiere que el dolo, situado por ellos en la culpabilidad, abarque el conocimiento de estos elementos subjetivos, o sea, el conocimiento de estas intenciones. Ello es posible, claro está, pero se llama reflexión. Exigir que haya "reflexión" en todos los delitos con elementos subjetivos del tipo legal, no tiene sentido.

Esto termina por obligar al causalismo a afirmar que el dolo no abarca toda la tipicidad, sino sólo la objetiva.

Por otra parte, el causalismo lleva a la necesidad de considerar a la imputabilidad en la base de la teoría del delito, con lo cual se daría la mano con la sistemática que va de lo subjetivo a lo objetivo y que es su antípoda sistemática el hegelianismo. En efecto, al inimputable autor de un homicidio, no se le podrá declarar autor inimputable de un homicidio doloso o culposo, porque si es incapaz de culpabilidad, no podrá ser capaz de dolo o de culpa. Para ello restan dos soluciones: o considerar que dolo, culpa y reprochabilidad son compartimientos estancos dentro de la culpabilidad, con lo cual su heterogeneidad es palmaria, o apelar al famoso dolo "natural", que implica reconocer que hay un dolo típico, del que se echa mano sólo cuando las dificultades sistemáticas del causalismo lo requieren.

El causalismo no puede superar estos escollos, ni tampoco el caso de la tentativa, que en su sistemática no encuentra solución satisfactoria. A la objeción puesta con motivo de los elementos subjetivos del tipo legal, los causalistas responden que éstos no forman parte del dolo y por ende pueden permanecer en la tipicidad, pero en la tentativa es inadmisibles que la voluntad realizadora de un tipo penal sea un elemento subjetivo distinto del dolo.

¡Menudo elemento subjetivo es el fin de matar a un hombre! ¿Qué queda para el dolo de homicidio? Que el dolo se comporte en la tentativa como un elemento subjetivo, no puede significar que lo sea ¹⁷.

Para distinguir entre autor y partícipe, el causalismo, dado que

¹⁷ CURY URZÚA, *op. cit.*, 63-70.

funda toda autoría en la causación del resultado, no tiene otra solución coherente que considerar que el partícipe es también un autor (concepción “extensiva” de autoría), sólo que eventualmente se distinguiría del autor “stricto sensu” en función de un elemento de “ánimo” (el “animus auctoris”, esto es, el “querer para sí el resultado”).

De estos y otros artificiosos juegos malabares del causalismo, como de las objeciones que le formulamos a su general sistemática, nos iremos ocupando con mayor detalle en cada una de las partes pertinentes.

255. **La esencia de la pretensión causalista: conducta es un concepto jurídico-penal.** Lo que el causalismo en su versión neokantiana pretende, en último análisis, es construir un concepto jurídico-penal de conducta que no coincide —y que es independiente— del concepto óntico-ontológico de la misma. Con lo expuesto queda suficientemente claro que este concepto jurídico-penal destruye totalmente las características ónticas de la conducta. Pocos conceptos jurídicos de la actualidad son más descalabrantes y desconcertantes que esta idea de la acción humana: una conducta voluntaria sin finalidad, la finalidad a un nivel valorativo aunada a un conocimiento actual o al menos efectivo —como se pretende— de la antijuridicidad, es algo que resulta no sólo complicado, sino tortuoso.

Conforme a este concepto jurídico-penal un homicida se comportaría del siguiente modo: “quiero presionar el gatillo, hago esto porque quiero matar, sé que matar está prohibido”. Esta destrucción de la realidad sólo puede ser sostenida por el causalismo afirmando que se trata de un concepto jurídico-penal de conducta, diferente del óntico (aunque más que diferente, resulta contrapuesto a lo óntico). Para la teoría causal la conducta es, pues, un concepto *sui-generis*, que parte de desconocer que si la ley regula conducta o pretende hacerlo, lo primero que debe hacer, respecto de la conducta, es reconocerla, lo que antepone o presupone un acto de conocimiento al acto de desvaloración.

Admitir que ese acto de conocimiento altera la estructura de la acción es pretender que el conocimiento crea al objeto, con lo que llegaríamos a un idealismo inexorable y extremo. Para nosotros la conducta preexiste a cualquier valoración jurídica de la misma y si la valoración jurídica recae sobre algo que no es conducta, no logrará regular conducta.

Cabe cosignar que en el planteo finalista de Maurach, este autor, pese a sostener tal criterio se niega a identificar los conceptos óntico y jurídico penal de acción. Manifiesta Maurach que ambos no coinciden y que en el derecho penal se "amplía" el concepto óntico, sólo que lo que se hace ni puede hacer es reducirlo^{17 bis}. ¿Qué es una "ampliación" y una "restricción" del concepto de acción? A nuestro juicio, cualquier "ampliación" del concepto llamará acción a lo que no es acción, y por ende, será un concepto jurídico-penal, tan desnaturalizador como cualquier otro, y como con razón dice Córdoba Roda, "resultaría gravemente trastornada la autonomía del finalismo frente a la doctrina clásica"¹⁸.

Para ello se basa Maurach en el problema de la omisión, que si nosotros resolvemos por vía del *aliud agere* nos evita caer nuevamente en un tortuoso e inexistente concepto jurídico-penal de la conducta humana. A este argumento, Córdoba Roda¹⁹ añade dos más: la existencia de delitos sin resultado y sin causalidad y de los delitos "calificados por el resultado", en que sólo habría nexo causal. Estimamos que tanto la posición de Maurach, pero más aún la del autor español, corresponden a una confusión de niveles a que ya hiciéramos alusión. La existencia de delitos de mera actividad, o mejor de tipos de mera actividad, no implica que el dispositivo prohibitivo desconozca que la conducta ónticamente tiene un resultado y hay un nexo de causalidad: lo que sucede es que no le interesa a la ley, no le importa para nada en ciertos casos precisar el resultado físico para individualizar la conducta. Que no lo tome la ley como elemento individualizador, en modo alguno implica que la ley haga que desaparezcan: *la ley no puede parar el sol*, y el legislador argentino, al menos, ha sido lo suficientemente prudente como para no pretenderlo. Insistimos, a este respecto, en que la finalidad no se monta sobre la causalidad (histórica), sino sobre su previsión. En cuanto a los llamados "delitos calificados o cualificados por el resultado", negamos su existencia en la legislación penal argentina, en que tiene plena vigencia el principio *nullum crimen sine culpa* en las dos instancias que lo integran: *ningún delito sin culpa y ningún delito sin culpabilidad*. Conforme a esta última afirmación, que más adelante desarrollaremos, concluimos en que ése para nosotros no es problema. De cualquier manera, creemos que aun en este caso, la crítica del autor español es infundada: en los delitos calificados por el resultado se pena una conducta final, condicionándola a un hecho físico que es ajeno a la finalidad y a la previsión de la causalidad. De allí que sea una forma de responsabilidad objetiva, por cierto que detestable, pero que de cualquier manera implica una construcción típica que no altera la esencia de la conducta que capta. *No debe confundirse conducta con conducta típica*.

^{17 bis} MAURACH, 172.

¹⁸ CÓRDOBA RODA, op. cit., 70 y en notas a su traducción de Maurach, I, 188-9.

¹⁹ CÓRDOBA RODA, 63-70.

En rigor de verdad, el causalismo neokantiano o neoclásico, es más incoherente que el concepto "naturalista" de conducta, porque el segundo pretendía incorporar al derecho penal la acción humana tal como entendían que en realidad era, pero el primero deja de lado cualquier pretensión semejante, no por sostener una idea errada de la acción, sino porque no le interesa cómo es la acción.

El causalismo impide, por este medio, que la prohibición y la antijuridicidad se ocupen de una conducta. Lo que nos interesa dogmáticamente es averiguar qué aspectos de la conducta releva el injusto, pero cualquier pretensión de sostener un concepto jurídico-penal de conducta invierte el planteo: a partir del injusto quiere averiguar qué es la conducta. En este aspecto se expresa Kaufmann con claridad meridiana: "Tratamos de averiguar precisamente qué elementos del delito pertenecen al injusto y cuáles no, cómo deben constituirse los tipos de injusto, y para ello no puede servirnos de ayuda el concepto jurídico de acción que se ha obtenido a partir de estos tipos de injusto que aún no conocemos. Proceder de este modo sería como intentar salir de un pantano tirando de los propios cabellos"²⁰.

Con la observación de los inconvenientes que acarrea, el causalismo tiene que admitir, al menos, que su construcción choca frontalmente con los requisitos de sencillez y naturalidad de la construcción jurídica, que Jhering incluía en la llamada "ley de la belleza jurídica".

Si a ello le sumamos que se hace menester sostener la existencia de dos dolos (uno "natural" y otro "desvalorado"), que hay trozos de finalidad repartidos en el tipo y en la culpabilidad, que nunca sabremos qué conducta típica realiza un inimputable, que la tentativa se rige por principios diferentes a los del delito consumado, que en la omisión se juzga una "posibilidad" de conducta, que hay que inventar un sucedáneo del conocimiento de la antijuridicidad, que la autoría se caracteriza por un "animus", etc., el concepto y la sistemática en él fundada no sólo salen mal parados frente a los antiguos postulados de Jhering, sino frente a los del mismo Radbruch, que echara los cimientos del concepto que criticamos.

256. La difusión del causalismo. Los carriles por los que hasta hace pocos años había circulado invariablemente nuestra dogmática nacional habían sido exclusivamente causalistas. Prescindiendo

²⁰ KAUFMANN, ARMIN, *La función del concepto de acción en la teoría del delito*, en RJV, trad. de Cerezo Mir, enero-junio 1974, p. 70.

de los antecedentes que no tienen más valor que el histórico ²¹, la influencia de Beling se observa claramente en Soler ²², Núñez ²³ y Fontán Balestra ²⁴. El concepto causal —aunque con acentos neokantianos muy claros— también fue sostenido por Jiménez de Asúa ²⁵ y vuelven a insistir en él Núñez, Argibay Molina, Terán Lomas, Creus y Marquardt ²⁶.

Analizar los argumentos del causalismo argentino de los autores de obras generales, como también el de los múltiples articulistas y monografistas, no tiene mayor caso, porque son, en definitiva, los mismos de los que nos hemos ocupado al estudiar al causalismo en su cuna. Respecto de la posición de Soler, que, como sabemos, inicia la dogmática argentina propiamente dicha, su punto de vista respecto de la estructura dogmática del delito no resultaba del todo coherente con sus últimas opiniones filosóficas, en las que, partiendo del pensamiento de Hartmann, no podía menos que reconocer que toda la acción es final, como tampoco, pasar por alto su carácter social y hasta llegar a la "naturaleza de las cosas" ²⁷. Soler afirma que "en ciertos aspectos, lo que el derecho hace con el concepto de acción importa una efectiva desnaturalización amplia de algo natural y neutro", lo que explica dándole al legislador un poder casi ilimitado, hijo de un positivismo jurídico a ultranza. "Y se comprende que sea así —dice— porque, en definitiva, la norma jurídica crea siempre una relación imputativa, creación en la cual dispone de un amplio margen de posibilidades, dependiente de apreciaciones valorativas propias e impuestas bajo la forma de exigencias" ²⁸. Más clara no puede ser la afirmación de que para Soler el valor crea o altera el objeto desvalorado o valorado. Ello resulta lógico si se sostiene una posición idealista, pero Soler parece sostener por momentos lo contrario, puesto que reconoce que hay "estructuras naturales", pero paracientemente afirma "la autonomía constitutiva de las normas jurídicas frente a las estructuras naturales" ²⁹, lo que no puede calificarse de otra manera que como positivismo jurídico.

En la línea de Soler, Gramajo trata de demostrar que hay un concepto jurídico de acción propio de la teoría del delito. Recientemente se

²¹ Sobre ellos, SPOLANSKY, en JIMÉNEZ DE ASÚA Y COL., *Evolución*, pp. 19-86.

²² SOLER, I, 244.

²³ NÚÑEZ, I, 323.

²⁴ FONTÁN BALESTRA, I, 405.

²⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el delito*, 210.

²⁶ NÚÑEZ, *Manual*, 131; posteriormente en *Una síntesis de la concepción dogmática del delito*, en "Estudios en homenaje a José Peco", La Plata, 1974, pp. 283 y ss.; ARGIBAY MOLINA, I, 162; CREUS, 49 y ss.; MARQUARDT, 35; TERÁN LOMAS, I, 258 y ss.

²⁷ SOLER, *Las palabras de la ley*, cit., pp. 20 y ss., 30 y 45.

²⁸ SOLER, en "Prólogo" a GRAMAJO, EDGARDO, *La acción en la teoría del delito*, Bs. As., 1975, p. 12.

²⁹ Idem, p. 13.

ha publicado una pequeña obra del desaparecido discípulo de Soler, Marquardt, en la que claramente expresa que corresponde renunciar a la pretensión de un concepto "natural" de acción, pero, desde el claro punto del neo-kantismo afirma "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"³⁰.

Un fenómeno análogo al de la Argentina en cuanto a los carriles generales de la dogmática penal respecto del delito, por la generalización de las teorías causalistas hasta hace pocos años, fue el que tuvo lugar en Latinoamérica³¹, España³², Italia³³, los países nórdicos y la Unión Soviética³⁴. Su análisis detallado corresponde a una obra enciclopédica, por lo que renunciamos al mismo, dado que el causalismo asumió caracteres especiales en cada país.

La única variante original dentro del causalismo argentino en los últimos años es la de Terán Lomas, quien sostiene que "la acción no es exteriorización de la voluntad, sino manifestación de la personalidad que trasciende al exterior"³⁵. Con ello Terán Lomas logra introducir en el concepto de acción las conductas de los inimputables y, al mismo tiempo, afirmar que éstos no son capaces de realizar conductas finales, para lo cual toma argumentos de Antolisei. En nuestro concepto, hay una contradicción en la posición de Terán Lomas, que no queda salvada con la exposición "in extenso" de su punto de vista, puesto que no creemos que pueda afirmarse que el inimputable carece de capacidad de proponerse y realizar fines, sin perjuicio de que como veremos más adelante, haya algunos sujetos que no tengan capacidad psíquica para ello.

³⁰ MARQUARDT, 35.

³¹ Por ej., PORTE PETIT, 302; VILLALOBOS, IGNACIO, *Derecho Penal Mexicano*, México, 1960, 223; REYES ECHANDÍA, 140; MENDOZA, I., 329 y ss.; JIMÉNEZ HUERTA, *Panorama del delito*, México, 1950; GAITÁN MAHECHA, BERNARDO, *Curso de Derecho Penal General*, Bogotá, 1963, 99; CASTELLANOS TENA, FERNANDO, *Lineamientos elementales de derecho penal*, México, 1959, 145 y ss.; MEDRANO OSSIO, 74; CHISSONE, 137-138; CAJÍAS K., HUÁSCAR-MIGUEL, BENJAMÍN, *Apuntes de derecho penal boliviano*, La Paz, 1969, 91; etc.

³² P. ej., RODRÍGUEZ DEVESA, 291; ANTÓN ONECA-RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, 1949, I, 151 y ss.; CUELLO CALÓN, EUGENIO, *Derecho Penal*, Barcelona, 1968, 325 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1946, I, 13; etc.

³³ MACGIORE, I, 317; SANTANIELLO, *Manuale di Diritto Penale*, Milano, 1957, 56; PAGLIARO, 255; BETTIOL, 211; etc.

³⁴ Así, ANDENAES, JOHANNES, *The General Part of the criminal Law of Norway*, London, 1965, 192; SKEIE, JON, *Den Norske Strafferett*, Oslo, 1946, 216; HURWITZ, STEPHAN, *Den Danske Kriminalret, Almindelig del 4, reviderede Udgaave knuid waaben*, Kobenhavn, 1971, 2; NEFTE, 217 y ss.; ZDRAVOMISLOV Y OTROS, 116. y ss.

³⁵ TERÁN LOMAS, I, 267.

II. — LOS CONCEPTOS "SOCIALES" DE ACCIÓN

257. Su origen. Esta teoría, que es entendida de muy diversas formas³⁶, fue expuesta por vez primera por Eberhard Schmidt en 1932³⁷. La circunstancia de que haya sido el actualizador del *Lehrbuch* de von Liszt quien inaugurara esta corriente, ha llevado a vincular la misma con su "sociologismo"³⁸, lo que no carece de sentido, al menos en la versión que de la teoría él proporciona. Aunque Eb. Schmidt parte de la tan usada —y abusada— "naturaleza de las cosas"³⁹, rechaza las diferentes versiones que partiendo de esa idea afirman las estructuras "lógico-objetivas" y, por supuesto, también las variantes jusnaturalistas, afirmando —en consonancia con Engisch⁴⁰— que de la *Natur der Sache* "no puede deducirse una traba para el legislador ni para el juez"⁴¹. Se mantiene así en una posición positivista, a diferencia de otros sostenedores de la teoría que él iniciara⁴². Pese a esta profesión de fe positivista hay una contradicción en su razonamiento, porque Eb. Schmidt deduce de la "naturaleza de las cosas" que sólo las acciones con sentido social interesan jurídico-penalmente, "pues entre el mundo socialmente lleno de sentido y el derecho pueden establecerse relaciones de cambio, y no entre el derecho y la naturaleza en el sentido causal-empírico de los puros datos del ser". "El rayo electrizante, la marejada destructora, no son objeto de valoración jurídica"⁴³. Este párrafo demuestra claramente —por pluma del propio Schmidt— que el legisla-

³⁶ Configuradora de una superación entre causalismo v finalismo la consideran, por ej., MAIHOFER, *Der soziale Handlungsbegriff*, en "Fest. für Eb. Schmidt", 1961, 156 y ss.; JESCHECK, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, en el mismo, 140 y ss.; como variante del causalismo la ve MAURACH, 174 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG (*Delitos cualificados*, 117) cree que comparte las críticas del finalismo.

³⁷ LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 23 ed., p. 153; ulteriormente desarrolla SCHMIDT el concepto en otros trabajos, *Die militärische Straftat und ihr Täter*, 1936, pp. 22-3; *Der Arzt im Strafrecht*, 1939, pp. 78 y ss.; *Soziale Handlungslehre*, en "Fest. für Engisch", 1969, 339.

³⁸ Así lo hace DEL ROSAL (I, 564/3 y 4), pese a que SCHMIDT se cuidó de distinguir cuidadosamente su posición de la de LISZT ("Fest. für Engisch", 339).

³⁹ SCHMIDT, en "Fest. für Engisch", pp. 351-2 (cita al respecto a RADBRUCH, DAHM, STRATENWERTH, MAIHOFER, LARENZ, BALLWEG, WELZEL). El presente desarrollo sigue este trabajo de SCHMIDT, por ser la última exposición que conocemos del autor.

⁴⁰ ENGISCH, en "Fest. für Eb. Schmidt", 1961, 80 y ss.; más recientemente, en *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971.

⁴¹ Op. cit., 351, n. 22.

⁴² Así por ej. MAIHOFER, *Recht und Sein, Prolegomena zu einer Rechtsymbologie*, Frankfurt, 1954; del mismo, *Naturrecht als Existenzrecht*, Frankfurt, 1965; igual parece reconocerlo JESCHECK, particularmente respecto de la culpabilidad (337 y ss.).

⁴³ Op. cit., p. 352.

dor no puede hacer recaer la valoración jurídica sobre lo que le dé la gana, lo cual implica aceptar la "traba" que niega páginas antes.

Esta primera "traba" al legislador nos lleva a otra, que deviene de una crítica a la que es fácilmente vulnerable toda la teoría en cualquiera de sus variantes: el concepto "social" de acción parte de una valoración, que no es jurídica sino "social" (aquí se percibe que, entre bambalinas, se mueve la antijuridicidad material entendida como dañosidad social por Liszt). Weber, que trató de manejar un concepto de acción elaborado en base a requerimientos y desprendido de consideraciones filosóficas, critica a esta teoría de la siguiente manera: "entendiendo que es tarea del derecho penal proteger el orden social, se acerca a esto el pensamiento de que sólo deben pensarse las conductas perturbadoras. Cabe pues preguntarse si esta perturbación debe ser entendida como un elemento del concepto de acción. El lenguaje entiende también por acción aquellas conductas humanas que carecen de significado social. También Robinson Crusoe actuó y debió actuar en su isla. Si alguien destruye una cosa propia o ajena, si comete un suicidio o un homicidio, el concepto de conducta de destruir o de matar no es lo que distingue estas acciones"⁴⁴. La observación de von Weber nos parece totalmente acertada: al requerir el significado social Eb. Schmidt reclama para la acción un elemento que ésta no requiere para ser tal, y aquí tenemos una segunda "traba" a la actividad legiferante: sólo se puede prohibir lo que tiene significación social, porque sólo eso es acción; no lo serían los "hechos" que no trascienden del individuo en forma inmediata. Nada puede estar más lejano de la afirmación de que de la "naturaleza de las cosas" no puedan deducirse "trabas" para el legislador o el juez.

El sano pensamiento liberal que anima en esto a Eb. Schmidt es evidente y creemos que lleva razón, aunque no por la vía que sigue. En el derecho positivo la prohibición de conductas de esta naturaleza es *violatoria del art. 19 constitucional* (como el art. 1º de la Carta de Bonn). Fuera de ellos creemos que en tales casos no hay bien jurídico tutelado⁴⁵, toda vez que consideramos bien jurídico la relación entre un sujeto y un ente (y no al ente mismo)⁴⁶, lo que imposibilita que la ética individual sea un bien jurídico. El bien jurídico es el derecho a comportarse individualmente conforme a la ética social y a no ser molestado en este comportamiento u ofendido en la actitud individual asumida conforme a esas normas. El derecho tiene sólo una "aspiración" ética, consistente en *pretender* que cada sujeto incorpore a su ética in-

⁴⁴ WEBER, HELLMUTH VON, *Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbe-griff*, en "Fest. für Engisch", 331.

⁴⁵ En consonancia con esta posición y en posición diametralmente opuesta a la nuestra en punto a política criminal, se afirmaba en la Exposición de Motivos del Proyecto Alemán de 1962 que puede haber tipos sin bien jurídico tutelado (*Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB)*, E 1962, Deutscher Bundestag, 376).

⁴⁶ Cfr. SINA, PETER, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriff "Rechtsgut"*, Basel, 1962; ROXIN, CLAUDIUS, en "JuS", 1966, 377 y ss.

dividual el respeto a los bienes jurídicos así entendidos (como relaciones sujeto-objeto), pero nunca puede "aspirar" o "pretender" una ética sin significado social, porque dejaría de ser un regulador de conducta social para pasar a ser un regulador de conducta individual. Los límites entre pecado y delito, ética y derecho, habrían desaparecido, se podrían prohibir conductas que no afectasen la relación de otro sujeto con un objeto. De allí que consideramos que la segunda argumentación de von Weber contra el concepto social de conducta debe rechazarse: no puede sostenerse como lo hace este autor en su trabajo póstumo⁴⁷, que la teoría social es insostenible porque hay tipos que prohíben acciones "sin significado social inmediato" o porque se acepte la "culpabilidad por la conducción vital". Los primeros son delitos sin bien jurídico y la segunda es el reproche de conductas anteriores atípicas; ambos son conceptos que llevan a confundir la moral y el derecho y en los que no cuesta mucho reconocer el sello autoritario. Ambos, al pretender convertir el derecho en moral, rompen con la estructura lógico-objetiva que vincula al legislador con el concepto del hombre como persona, como ente capaz de autodeterminación y, por ende, invalida las normas, ya que no son jurídicas, sino éticas. De cualquier modo, la limitación que afirmamos —como se desprende de este sintético desarrollo— no está fundada en el concepto de acción (que no necesita de la relevancia social para ser tal) sino que es una limitación que, proveniente de la comprensión del hombre como persona y del derecho como un orden social con aspiración ética, tuitivo de las relaciones de los individuos con ciertos objetos, se impone a la actividad *tipificadora*. La conducta inmoral *individual* es acción, sólo que no puede ser acción típica.

Es significativo que Eb. Schmidt se pregunte qué debe entenderse "como acción (punible)"⁴⁸, puesto que lo colocado entre paréntesis nos conduce ya a un plano valorativo. Veremos de inmediato que este autor plantea muy claros problemas de tipicidad en el nivel previo de la conducta, lo que hace que la función selectiva que ésta cumple en la dogmática se amplíe hasta límites inadmisibles.

Para este autor, tanto es acción la del que injuria conociendo el significado de sus palabras, como la del que lo hace entendiendo que la voz injuriosa tiene un sentido afectuoso⁴⁹. En una concepción final de la acción sucede exactamente lo mismo, puesto que allí no se pone en discusión la existencia de una acción sino su tipicidad.

Criticando al causalismo, ejemplifica con un error en acción de guerra que determina la muerte o lesiones de varios soldados. El que "yerra" no causa la muerte o las lesiones, porque éstas las "causan" los soldados enemigos⁵⁰. Igualmente limita la causalidad de la conducta

⁴⁷ WEBER, op. cit., 332.

⁴⁸ SCHMIDT, op. cit., p. 340.

⁴⁹ Op. cit., p. 342 con ejemplo tomado de FRANK (*Strafrechtliche Fälle*, 1933, 40).

⁵⁰ Op. cit., 343-4.

de "concebir" respecto de la de homicidio, en razón de que tienen un "sentido social (objetivo) diferente". A nuestro entender, la "causalidad" no puede limitarse en la conducta o acción. Toda acción humana se da en un mundo físico y por ende tiene un efecto físico, pero la limitación de su relevancia jurídica corresponde al legislador y por ende es una cuestión que debe resolverse al averiguar la tipicidad de la acción: la acción de concebir a un homicida es una acción, sólo que no es acción típica de homicidio.

Schmidt reconoce que muchas veces no es posible determinar con seguridad el "sentido social" de una acción sin conocer lo querido⁵¹, ejemplificando con un disparo cuya bala hiende el aire. Creemos que lo que aquí sucede es muy claro: cualquiera sea la voluntad de quien haya disparado, es innegable que la acción de disparar es una acción, el problema es averiguar su tipicidad, o sea, su "sentido jurídico", si está o no prohibida, y, en caso de estarlo, qué tipo la individualiza (homicidio en grado de tentativa, disparo de arma, etc.). Aquí se pone de manifiesto expresamente el reconocimiento de la función que la finalidad desempeña en la individualización de la conducta prohibida (tipicidad) pero se halla en contradicción con la solución que da al problema de la lesión quirúrgica, cuya atipicidad la quiere fundar en lo objetivo.

Respecto de la culpa, se hace aún más evidente que lo que Eb. Schmidt plantea son problemas de tipicidad. Con toda razón afirma que cuando un pasajero se arroja de un tranvía en movimiento en forma tal que no pueda hacer nada por evitarlo el conductor del vehículo que avanza detrás, no hay acción de homicidio. Se funda correctamente para ello en la imposibilidad de evitar las lesiones o la muerte por parte del conductor⁵². Estas afirmaciones son irrefutables, sólo que para nada se pone en cuestión la existencia de una acción, sino de la atipicidad culposa de la acción de conducir.

En la exposición de Schmidt tampoco queda del todo clara la significación que la teoría tiene para la omisión. Manifiesta que el concepto social proporciona "a la sistemática del delito un concepto unitario como concepto superior"⁵³, pero reconoce que la diferencia entre acción y omisión cobra significado sólo en el ámbito de la valoración jurídico-penal —o sea en la tipicidad—, donde la problemática radica en la complicada determinación de los límites de la posición de garante⁵⁴.

258. **Diversidad de exposiciones de la teoría "social".** Hemos expuesto brevemente el concepto social de la acción que proporciona Eberhard Schmidt, pero dista mucho de ser el único⁵⁵. La circunstancia de que

⁵¹ Op. cit., 344.

⁵² SCHMIDT, op. cit., p. 349.

⁵³ Op. cit., 350.

⁵⁴ Op. cit., 351.

⁵⁵ V. las versiones diferentes de JESCHECK (op. cit.); MAHOFER (op. cit.); del mismo, *Der finale Handlungsbegriff*, en "Fest. für Kohlrausch",

este concepto de acción sirva para dar base a sistemáticas del delito que se estructuran con un tipo objetivo (o predominantemente objetivo) y a otras que lo hacen con un tipo complejo, es suficientemente demostrativa de la falta de unidad de la misma. Parece ser que su característica unitaria es la "relevancia social" del hacer u omitir humano⁵⁶, pero esta nota no resulta suficiente para proporcionar una unidad conceptual en la medida requerida por la teoría del delito. A título demostrativo veremos cómo entiende este concepto Jescheck, quien a partir de él elabora un tipo doloso complejo, en tanto prefiere la senda del causalismo respecto de la culpa⁵⁷.

Partiendo de la afirmación de que este concepto supera la antítesis causalismo-finalismo, Jescheck toma la voluntad final y la consecuencia fáctica como ónticamente dados, pero considerándolos en su objetiva importancia social. Destaca la trascendencia del concepto de acción en la teoría del delito, sometiendo a crítica el "concepto naturalístico" de Franz Liszt, recordando que Radbruch mismo, que a principios de siglo decapitara la acción⁵⁸, consideró luego imposible un puro concepto naturalístico⁵⁹. Critica igualmente el concepto de acción de Mezger, porque la pretensión de construir un concepto de acción a la vez normativo y avalorado, choca frontalmente con la afirmación de que la omisión es una construcción jurídica, distinguiéndose del simple "no hacer" por una necesaria referencia valorativa. Esta contradicción no puede salvarse con la afirmación de que el concepto de delito, aunque estratificado, sigue siendo una unidad. Es justa la crítica de Jescheck al concepto normativo-avalorado de Mezger, cuando concluye en que sus partidarios deben reconocer que no se trata de un concepto "acromático", "avalorado", "libre de valor", sino "valorativo".

Como corolario de su desarrollo crítico concluye Jescheck que las categorías del ser (causalidad y finalidad) no alcanzan para explicar la conducta en el derecho penal. Luego, busca un punto de vista que le permita poner orden entre la causalidad, la finalidad y la acción jurídicamente esperada (para la omisión), síntesis que cree encontrar en el concepto social de la acción⁶⁰. Conforme a este autor, su concepto social de acción tendría un aspecto *objetivo* que asegurar: *la relevancia*

1944, 141; WOLF, E. A., *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, 1964; del mismo, *Das Problem der Handlung im Strafrecht*, en "Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch", 1968, 291; WÜRTENBERGER, TH., *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 1959; KAUFMANN, ARTHUR, *Die ontologische Struktur der Handlung*, en "Fest. für Hellmuth Mayer", 1965, 96 y ss.

⁵⁶ Cfr. WESSELS, 17.

⁵⁷ JESCHECK, 176-180.

⁵⁸ RADBRUCH, GUSTAV, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, reimpression, 1967.

⁵⁹ RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, en "Fest. für Frank", 1930, I, 158 y ss.

⁶⁰ JESCHECK, op. cit. y *Lehrbuch*, 178.

social. Para Jescheck, "acción es toda conducta humana socialmente relevante", determinándose la relevancia social por: a) la dirección de la voluntad (finalidad); b) el resultado (causalidad) y, c) por la conducta que el derecho espera. La inclusión de la finalidad a los efectos de la relevancia social es lo que le permite luego la construcción de un tipo complejo en el delito doloso⁶¹. Würtenberger parece estar próximo al pensamiento de Jescheck⁶².

Frente a esta posición (que sería la variante "subjetiva") se alza la variante "objetiva", aunque no quedan muy claras las diferencias que hay en el concepto de conducta o acción: la "subjetividad" y "objetividad" corresponden al injusto más que a la acción. Hay una estructura teórica del delito que es coherente con un concepto final de acción, así como hay otra que es acorde con un concepto causal, pero no hay ninguna que corresponda a un concepto "social" y que, por ende, sea diferente a las anteriores. Ya vimos que Jescheck, a partir de este concepto se maneja con una estructura finalista del delito. La corriente "objetivista", de la que pretende separarse Arthur Kaufmann con una "estructura personal de la acción"⁶³, elabora, a partir del mismo, una estructura teórica causalista.

Maihofer —quizá el más claro expositor de la corriente "objetivista" del concepto social de acción— coloca al concepto como piedra angular del hecho punible y lo elabora conforme a cuatro elementos: el intelectual (previsión del resultado de la acción); el volitivo (señorío del suceso de acción); el objetivo (la escala de posibilidades humanas); y el social (respecto del mundo exterior, del resultado para otro). Sintetiza su concepto de acción como "todo dominio objetivo de la acción de un hombre con dirección a un resultado social previsible"⁶⁴. Engisch, en posición parecida, define a la acción como "la producción voluntaria de consecuencias previsibles socialmente relevantes"⁶⁵.

En general, el "objetivismo" de la teoría no se distingue del causalismo y nos ofrece los mismos reparos que los que se presentan a la construcción elaborada a partir del concepto de "naturalismo" o del concepto "normativo" (que coinciden en cuanto a sus consecuencias estruc-

⁶¹ JESCHECK, 178.

⁶² WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation...*, Karlsruhe, 1953, 53, donde se sostiene que no es el fin psíquico del sujeto lo que unifica la acción, sino la valoración que el observador otorga a tal acontecimiento (opinión acorde con HELLMUTH MITTASCH, *Die Auswirkungen des wertsbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik*, Berlin, 1939, 138). Esto implica afirmar que es el observador el que "construye" la unidad de la acción, lo que no difiere de la proposición neoclásica.

⁶³ KAUFMANN, ARTHUR, op. cit.

⁶⁴ MAIHOFFER, op. cit., p. 178; también *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen, 1953.

⁶⁵ ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, en "Fest. für Kohlrausch", 1944; del mismo: *Vom Weltbild des Juristen*, Heidelberg, 1950. Respecto de lo "socialmente relevante" y lo "socialmente irrelevante" afirma BAUMANN con acierto que no puede resolverse sin acudir a una necesaria referencia típica (p. 197).

turales). No obstante, ha sido la que ha tenido la suerte de tener acogida en la literatura castellana, por parte de Del Rosal.

El desaparecido profesor de Madrid manifestaba su inclinación por la concepción social porque ésta sigue una línea metódica más jurídica y menos sectaria que la finalista". No obstante su adhesión no estaba exenta de cierto desgano, toda vez que afirmaba que la acción social "en el fondo nos produce una natural insatisfacción por cuanto añade bien poco a lo que 'en sí' es la acción para la estimativa penal, que siempre será, como el propio derecho que la acuña, un fenómeno cargado de significación social". La expresión "el derecho que la acuña", nos muestra claramente que este autor compartía un criterio normativo de acción, o sea que para él la acción era una construcción jurídica o un producto de la ley.

Creemos que lo que Del Rosal presentaba en castellano es una teoría normativa de la acción bautizada con el apelativo de "social" porque de sus afirmaciones se deduce que no es una teoría idéntica a las de Maihofer o Engisch. Aparte de que "es fiel expresión de una visión objetiva" y de que "se adapta a la dimensión social de las corrientes jurídicas contemporáneas", el citado autor enumeraba como ventaja de la teoría, que "encaja de mejor modo en la axiología jurídico-penal, pues, no cabe olvidar que una conceptualización del acto no puede dictarse desde la pura realidad ontológica". No entendemos bien qué quería significarse aquí y aunque creemos que se refería a lo "óptico" (no a lo "ontológico") estimamos que la "estimativa social" cuya mayor puesta en relieve consideraba el autor una ventaja de la teoría, no puede dejar de considerarse un dato óptico. Agregaba el autor citado que "responde a una actitud sistemática más adecuada, porque no la fracciona (a la acción) de una manera tan descarada como hace el finalismo"⁶⁶. Tal afirmación es insostenible desde cualquier punto de vista, porque precisamente la sistemática causalista (tipo objetivo, dolo en la culpabilidad), que Del Rosal seguía, es la que fracciona la acción, salvo que con ello este autor quisiese expresar que el finalismo se queda en un subjetivismo psicologista —argumento gastado y esgrimido por Bockelmann⁶⁷ —lo que no es cierto, puesto que el mismo Schmidt reconoce que Welzel entiende por "acciones" "unidades con sentido social"⁶⁸. Por último, Del Rosal, citando a Jescheck junto a Maihofer y Engisch, destacaba que no sólo toma en cuenta el resultado sino también la voluntad⁶⁹, lo que tornaba del todo confuso el concepto sostenido.

⁶⁶ DEL ROSAL, op. cit., 564 (2).

⁶⁷ BOCKELMANN, PAUL, *Über das Verhältniß von Täterschaft und Teilnahmeme*, en "Strafrechtliche Untersuchungen", Göttingen, 1957, 31.

⁶⁸ SCHMIDT, EB., op. cit., p. 340, n. 5.

⁶⁹ DEL ROSAL, op. et loc. cit.

259. **Finalismo y concepto social.** A partir del concepto óntico-ontológico de la acción humana, cabe preguntarse qué función cumple aquí lo "social" o mejor, si el finalismo niega que la conducta penalmente relevante sea "social" en aras de la tan mentada subjetivización o psicologización que se le achaca.

En principio, que la conducta penalmente relevante requiere una significación respecto "de otro" (social), es algo que se nos ocurre incuestionable, pero que no hace al concepto de acción sino a los límites de la tipificación: si así no fuere, la conducta nunca sería típica porque no habría bien jurídico afectado (lesionado o peligrado). El hábito de fumar en la cama en la intimidad del hogar no puede ser tipificado porque no afecta la relación de ningún sujeto (tercero) con un objeto (el peligro creado sólo lo es para quien realiza la conducta y para sus bienes). Esta limitación debe quedar claro que lo es sólo respecto de la *relevancia penal (tipicidad)* de la conducta, pero no porque implique una reducción o restricción del concepto "en sí". En este sentido, el finalismo no se opone en nada a reconocer que las conductas *penalmente relevantes* necesitan ser acciones con "sentido social".

En otro sentido, debe necesariamente admitirse que el hombre no se maneja sólo en un universo físico, sino también (y eso le da la característica distintiva) en un universo *simbólico*⁷⁰, en un contexto cultural, y el fenómeno *cultura* sólo se puede dar en sociedad: el hacer de un niño-lobo no es conducta "humana".

El derecho no puede desconocer esta realidad ni lo ha pretendido. Los tipos no describen conductas que se dan en el vacío cultural, como tampoco describen conductas que no correspondan a procesos psicológicos ni que se operen con prescindencia de las leyes físicas: necesariamente deben reconocer lo social, lo psicológico y lo físico de la conducta humana. En lo que a lo social hace, muchas veces condiciona socialmente las conductas, y otras, aunque no lo haga, lo da por supuesto, porque las conductas típicas, por sí mismas, implican una relación social. La conducta de "matar a otro" es una relación social que responde a una actitud disociativa de odio⁷¹.

Todo ello resulta incuestionable, pero hasta aquí nada opone este concepto al finalismo, sino que, por el contrario, se hace evidente que necesariamente debe ser un concepto final: hay una relación cuando hay una relación interpersonal y sólo sabremos si hay relación interpersonal atendiendo a una finalidad. Aquí es donde el pretendido concepto social se quiebra y derrumba, porque "también es un concepto final, sólo que en él la finalidad y la meta de la voluntad se van a pique, porque para este criterio es la conducta, por su condición objetiva, objeto de valoración, no pudiendo serlo por su tendencia subjetiva⁷². Con ello, el concepto "social" así entendido, es un concepto

⁷⁰ CASSIRER, ERNST, *Antropología filosófica*, México, 1963, 47.

⁷¹ MAC IVER-PAGE, *Sociología*, Madrid, 1961, 29.

⁷² SCHÖNKE-SCHRÖDER, 17.

causal (permanece causal) y en ello tiene amplia razón Welzel cuando afirma que el causalismo no puede conseguir un concepto social de acción⁷³.

No obstante, debemos tener en cuenta que una cosa es que nosotros afirmemos que no hay concepto de acción "social" que no sea "final", y otra bien distinta es que se pretenda que lo "social" es lo que da a la acción su carácter de tal. Como bien se ha observado, para los partidarios de esta teoría, la valoración que hace que una conducta sea "acción" depende de la comunidad social⁷⁴, lo que acerca a esta teoría a los conceptos idealistas de la conducta.

260. ¿Es posible extraer alguna otra consecuencia del llamado "concepto social"? Por otra parte, si alguna otra consecuencia pretendiera extraerse del concepto social así expuesto, no lo creemos factible. Se puede afirmar que una conducta es socialmente relevante siempre que sea conducta, o sea, siempre que implique una relación intersíquica, y no hay relaciones intersíquicas que no impliquen una actitud, lo que requiere una finalidad. Ahora bien, si en lugar de ello se pretendiere que "socialmente relevante" implica "socialmente lesiva", lo rechazamos de plano. Este último concepto quizá pudiera aproximarse —salvando, por supuesto, muchas distancias— al sociológico de "desviación social" (*deviant behavior*), del que en el mencionado sentido puede tomarse cualquiera de los conceptos genéricos que se ha dado, por ejemplo, "tendencia motivada de un actor a conducirse en contravención a uno o más patrones normativos institucionalizados"⁷⁵. Pero tengamos en cuenta que la definición sociológica es "hueca", porque no nos puede decir cuáles son los patrones (*patterns*) normativos. Que el derecho considere algunos y los haga suyos no significa que la mayoría los considere tales y mucho menos que los internalice y los haga parte de "equipo" psicológico. Sociológicamente sólo se podrá saber si lo son, mediante una investigación de campo y no con el Código Penal. Cabe recordar a este respecto la afirmación difícilmente refutable de los seguidores de Mills y que no se halla lejos del pensamiento de Goethe y Durkheim: la "social deviance" o violación social de la ley "es un ingrediente esencial en cualquier firme teoría del cambio, cuyo grado puede bien indicar la rapidez y extensión del cambio y la movilidad sociales"⁷⁶.

Así, si con el "concepto social" de conducta en el derecho penal se pretende, por ejemplo, llenar el incuestionable vacío que deja la perimida teoría de la "acción esperada" cuando se habla de omisión, nos hallaremos fatalmente con la posibilidad de que una acción puede no ser socialmente esperada, con lo cual no habrá a nivel pretípico conducta en ese supuesto de omisión, aunque la acción sea jurídicamente exigida. Por ejemplo, si la mayor parte de la comunidad se resiste a

⁷³ WELZEL, *El nuevo sistema...* p. 33; en igual sentido, MORENO HERNÁNDEZ, MOISÉS, *Die finale Handlungsbeffriff und das mexikanische Strafrecht*, Bonn, 1976, 104.

⁷⁴ MORENO H., MOISÉS, *Die finale Handlungsbeffriff...* 113.

⁷⁵ PARSONS, TALCOTT, *The social system*, New York, 1966, 250.

⁷⁶ HOROWITZ, IRVING LOUIS, *An introduction to "The New Sociology"*, en "The new Sociology", New York, 1965, 30.

pagar un impuesto (suponiendo que pudiera pensarse semejante omisión), la "sociedad" no esperará que alguien lo haga, con lo que la omisión de pago no se opondrá a ninguna acción "esperada" y no sería conducta en sentido penal. De ninguna manera podemos suscribir semejante criterio, que implica la introducción de una cuestionable "ética social" (de nulo valor científico en lo sociológico) en el campo penal, lo que rechazamos a cualquier nivel de la teoría del delito, por no ser sólo peligroso, sino francamente atentatorio al principio de legalidad. Si bien la introducción de semejante criterio sería al nivel pretípico, no por ello podría esquivar las ineludibles consecuencias que cualquier manejo que se haga con la conducta tiene para los estratos valorativos del concepto de delito (*tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*). El ejemplo dado sería restrictivo de punibilidad, pero suponemos que la ética social "espere" algo sobre lo que el derecho no se expide y pensemos cuáles pueden ser las nefastas consecuencias en el caso de las omisiones impropias para los límites de la posición de garante, particularmente cuando reconoce como fuente la conducta precedente del sujeto, cuyos nebulosos límites han creado los serios problemas que en su momento veremos.

261. **Balance sobre su significación teórica y práctica.** La circunstancia de que esta teoría haya dado lugar a construcciones finalistas y causalistas (en cuanto a la estructura general de la teoría del delito) y de que sea considerada por algunos autores como una variante del finalismo y por otros del causalismo⁷⁷, como también la nebulosidad e imprecisión que caracteriza a sus sostenedores, es suficientemente demostrativa de que se trata de un ensayo de construcción teórica que no ha llegado a cristalizar. No puede hablarse de un "concepto social" de la acción en el derecho penal, cuando ello no pasa de ser una mera etiqueta atractiva. La "notoria imprecisión" de la teoría lleva a Rodríguez Devesa a rechazarla⁷⁸, con lo que coincidimos plenamente, aunque creemos que no por ello debe pasarse por alto esta teoría, sino que merece la pena detenerse en ella a causa de los peligros que implica.

El supuesto concepto social de conducta, que en modo alguno logra servir de "puente" entre causalismo y finalismo, padece los mismos defectos que cualquier concepto teórico nebuloso: en el mejor de los casos resulta estéril, porque no se puede extraer de él ninguna consecuencia práctica. Una teoría sólo puede tener consecuencias prácticas cuando ofrece construcciones más o menos delineadas, mas no cuando nos proporciona un envoltorio voluminoso y de contenido ignoto, como en este caso. No obstante, éste sería el mejor de los supuestos, porque una consecuencia más desagradable —y que es la que nos ha movido a reparar en la teoría— es que ese envoltorio puede contener un explosivo: de un concepto teórico nebuloso, de un pseudo concepto, ora es imposible extraer consecuencias prácticas, ora es posible extraer cual-

⁷⁷ MAURACH, *Tres conferencias*, en la "Revista de la Universidad Externado de Colombia", Bogotá, VI, 3, 1965, 319.

⁷⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, 352.

quier consecuencia práctica, por absurda que fuere. Tal es lo que puede suceder con una teoría que maneja conceptos "sociales", cuyo resultado "práctico" puede ser volcar en el derecho penal toda una supuesta ética social que en definitiva no pase de ser un conjunto de juicios subjetivos de valor del juzgador.

Como consecuencia, entendemos que:

1) El pretendido concepto social de conducta como versión del causalismo, carece para nosotros de sentido, porque: a) nada agrega a lo ya dicho por el causalismo, y b) son en consecuencia válidos contra él los argumentos que se han esgrimido contra éste por parte del finalismo.

2) Si de un "concepto social" se pretende brincar a la "ética social", ello repercute en todos los estratos valorativos de la teoría del delito y pone en peligro el principio de legalidad.

3) A la teoría finalista (o concepto cibernético) tampoco le agrega nada: el concepto finalista *es necesariamente social* y cualquier concepto social de conducta *es necesariamente final*.

En síntesis: el "*concepto social de acción*" en el derecho penal, nos parece impreciso en el plano teórico y peligroso e inútil a nivel práctico ⁷⁹.

III. — LAS TENTATIVAS CONTEMPORÁNEAS DE DESPLAZAR A LA CONDUCTA HUMANA DE SU POSICIÓN DE CARÁCTER GENÉRICO DEL DELITO

262. La acción concebida como realización del tipo legal. Si bien el causalismo tradicional, en razón de que altera el concepto óntico-ontológico de acción, hace recaer el disvalor sobre algo que no es conducta humana, de toda forma pretende que la conducta o acción se halla en la base de la teoría del delito en forma independiente del tipo.

Baumann —uno de sus últimos representantes— afirma rotundamente que "puesto que el concepto de acción debe ser adecuado para todos los tipos de la parte especial, resultará la necesidad de hallar un concepto de acción independiente del tipo. Resultará así que la acción no se hallará en la teoría del tipo, sino fuera de ella. Recién cuando la acción llene el tipo. . . será una acción típica" ⁸⁰.

Aparte del causalismo —con cuyo concepto de conducta dife-
rimos pero con cuya ubicación sistemática de la conducta coincidimos— y del finalismo —que, por supuesto, también ubica a la

⁷⁹ Sobre su carencia de consecuencias prácticas, BLEI, 62; JUAREZ TAVARES, *Teorías do delito*, p. 102.

⁸⁰ BAUMANN, 190.

conducta como carácter genérico del delito—, hay otras concepciones de la conducta que respetan esa posición básica de la acción en el sistema de la teoría jurídica del delito, tal como sucede con la teoría social de la acción ⁸¹.

Si bien en algunos autores se vuelve discutible que sigan sosteniendo un concepto óntico de acción, puesto que la misma queda convertida más en una capacidad de acción que en una conducta propiamente dicha —al menos en ciertos casos—, la posición básica sigue conservándose. La acción parece reducirse a una capacidad de acción en autores como Armin Kaufmann, quien entiende que la “conducta” abarca la acción y la omisión, definiéndola como la “reacción del hombre sobre su mundo circundante” que puede asumir dos posibilidades: actuar u omitir ⁸². Blei se acerca ahora muchísimo a la concepción finalista de la acción afirmando que su concepto “debe ser idéntico a lo que según la concepción general aparece como conducta humana” ⁸³, ubicándola, por supuesto, también en la base de la teoría. No obstante, Blei sostiene una posición similar a la de Kaufmann, aunque con terminología diferente: “El hecho penal como acción en sentido amplio abarca dos formas de la conducta humana: los hechos activos (el hacer activo) y los hechos de omisión (conducta pasiva, omitir). Acción en sentido amplio abarca a ambas; acción en sentido estricto abarca sólo los hechos de comisión. También el lenguaje corriente de la vida diaria abarca este doble significado de la palabra acción: la madre que deja hambrear a su niño (mediante omisión), habrá cometido una acción (en sentido amplio) especialmente reprobable, pero ella no habrá matado a su niño mediante una acción (en sentido estricto), sino mediante omisión” ⁸⁴.

No obstante, hace ya muchos años que se pretendió desplazar a la conducta de la base de la teoría del delito, haciendo desempeñar al tipo o al injusto el papel fundamentador. Esta tentativa fue una consecuencia lógica de la posición neo-kantiana, puesto que si se sostenía que era el derecho penal el que creaba el concepto de conducta, lo lógico era que el papel básico de la teoría lo desempeñase el elemento legal que la crea, es decir, el tipo, y no la conducta misma. De allí que el causalismo, aún sin compartir el desplazamiento sistemático de la conducta, pueda afirmar con soltura que “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” ⁸⁵.

⁸¹ Así, por ej., JESCHECK, 172.

⁸² KAUFMANN, ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, p. 86.

⁸³ BLEI, p. 56.

⁸⁴ BLEI, p. 69.

⁸⁵ MARQUARDT, p. 33.

Radbruch revisó su concepción de la acción en 1930 e introdujo en la dogmática moderna la idea de que el papel básico lo desempeña el tipo. En el citado trabajo de homenaje a Frank, Radbruch introduce la afirmación de que "el concepto fundamental de la teoría del delito no es la acción sino la realización del tipo"⁸⁶. Este camino habría de ser seguido por varios autores, creyendo hallar en él la solución para superar la dificultad de concebir a la omisión pretípicamente, pretensión que en nuestra opinión está destinada a fracasar siempre que no se la conciba en ese plano como un "hacer" que, a nivel de la tipicidad, resultará distinto del "hacer debido".

Desembocando en la consecuencia de que ya no es la acción lo básico del delito, sino que su lugar lo ocupa la realización típica, era lógico que prestamente la idea de conducta, que Radbruch había entendido como abarcando un sentido doble (acción y omisión), se multiplicase hasta llegar a pulverizarse, puesto que ya no habría ninguna barrera que impidiese que la misma variase de contenido de tipo a tipo, puesto que se construye sobre la única base de los requerimientos de los tipos en particular.

263. La concepción de Hellmuth von Weber. Fueron varios los autores que se desplazaron hacia un concepto de conducta concebido en base a los requerimientos típicos. Quien con mayor claridad pretendió probar la necesidad de construir la acción a partir de los requerimientos sistemáticos del derecho penal, o mejor, de los requerimientos de la tipicidad, fue Hellmuth von Weber. Para tomar sólo su trabajo póstumo al respecto, digamos que afirmaba en él que hay tipos que con su verbo nuclear requieren una actividad final, pero hay otros en que se demanda la producción de un resultado, y ambos no pueden cubrirse con el puro concepto finalista ni con el de la teoría causalista, es decir que en unos, habrá que manejar un concepto de acción y en otros, otro. Considera que la cuestión de la omisión no debe tratarse en el plano de la causalidad, sino en el del requerimiento típico; conforme a esto, la madre tanto mata a su niño si le coloca una almohada en la cabeza como si no se la quita, lo que implica la equivalencia de ambas conductas para el tipo. También afirma que en ocasiones resultan típicas conductas reflejas, como la risa en la injuria o el sueño del soldado

⁸⁶ RADBRUCH, GUSTAV, op. cit. en Fes. f. Frank, pp. 161, 163. Sobre ello SCHMIDHÄUSER, EBERHARD, *La sistemática de la teoría del delito*, trad. de Juan Bustos Ramírez, en NPP, enero-marzo de 1975, pp. 33 y ss.

en la ley militar. Concluye que el derecho penal debe manejarse con un concepto de conducta que abarque todos estos supuestos y que no puede ser el final, ni el causal ni el social, sino un concepto elaborado en cada supuesto a partir de los requerimientos típicos⁸⁷.

Este punto de vista es retomado contemporáneamente por Bockelmann en su obra sistemática. Allí afirma que si bien de la teoría de la acción surgen como clara consecuencia la incapacidad delictiva de las personas jurídicas y de los animales, “el problema de la correcta ubicación sistemática de las características subjetivas y objetivas del delito no se soluciona con el análisis de los conceptos de acción”. Esto lo deduce “de una mirada a todas las formas básicas posibles de conductas criminales”. Los delitos de acción y los omisivos, los de resultado y los de pura actividad, los de lesión y los de peligro, los dolosos y los culposos, la gama que va desde la imprevisión del resultado hasta la intencionalidad, no pueden sustentarse para este autor en un concepto unitario de acción. “En verdad —concluye Bockelmann— no hay un concepto monista de acción”. Para él, los conceptos causal, final y social, son parciales, en el sentido de que el primero tuvo el mérito de llamar la atención sobre la causalidad, el segundo sobre el componente final y el tercero sobre el requerimiento social, pero cree que ninguno de ellos puede sustentar la teoría del delito como base unitaria.

Siguiendo adelante por este sendero, Bockelmann llega a la conclusión de que “el concepto de acción no es útil como concepto central o superior que permita deducir la solución de las importantes preguntas sistemáticas de la teoría del delito”. “Los esfuerzos para establecer el lugar que tienen los elementos objetivos y subjetivos de la conducta criminal en la estructuración del concepto de delito —afirma rotundamente— deben conducirse desde la función de la norma”. “A los momentos que fundan la antijuridicidad típica de una acción pertenecen todos —y únicamente— los que se relacionan con el juicio de desvalor general sobre determinadas formas de conducta humana, que encuentran su expresión en la tipificación del injusto de los delitos en particular”. Según Bockelmann, los elementos objetivos y subjetivos tomados en cuenta para el desvalor general expresado en el tipo, constituyen el “tipo de injusto” y, a su respecto, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, concluye que: a) “Cuando las normas apuntan al juicio de desvalor general sobre la realización de un resultado no deseado, la causación del resultado es el primer fundamento para la desvalorización de la forma de conducta penada. Parte nuclear del injusto es, de este modo, el desvalor del resultado”; b) “En los simples delitos de actividad y en los omisivos falta un resultado distinguible de la acción prohibida o de la omisión”. Aquí, el desvalor penal se

⁸⁷ WEBER, HELLMUTH VON, *Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbe-griff*, en Fest. f. K. Engisch, Frankfurt und Main, 1969, pp. 328-338.

asentará en la acción o en la omisión misma, pues "el elemento objetivo de la antijuridicidad, en los delitos de actividad y en los omisivos, no es el resultado, sino el desvalor del hecho"⁸⁸.

De igual manera, Bockelmann —al igual que Weber— no hace depender de estos requerimientos la ubicación del dolo y de la culpa, sino que invariablemente considera al dolo dentro de lo injusto. No obstante —dice— la parte exterior del hecho no es el completo tipo de injusto, ni siquiera en los delitos de resultado. Las normas de derecho penal se asientan sobre juicios de desvalor fundados socio-éticamente". "Objeto de los juicios de desvalor penales no son los logros indeseables, sino formas defectuosas de conducta. Cabe, pues, preguntarse cuáles características de la defectuosidad de la conducta fundan el juicio de desvalor jurídico. En primer lugar se hallan el dolo y la culpa"⁸⁹.

En definitiva, puede afirmarse que Bockelmann, rechazando el concepto finalista de acción, sostiene, al igual que Weber, una estructura finalista del delito, pretendiendo deducirla de la norma y no del ser de la conducta. La diferencia más notoria con Weber en cuanto a su sistemática, es que aquél sostenía la llamada teoría de los "elementos negativos del tipo", en tanto que Bockelmann sostiene la del "tipo de injusto"⁹⁰. Por lo demás, su planteamiento es un desarrollo de las ideas ya expuestas por Weber.

264. **El concepto teleológico de Schmidhäuser** Este autor ensaya un sistema constructivo en el que no hay ningún concepto prejurídico, sino que todo se elabora rechazando los conceptos de causalidad, finalidad y acción, y afirmando que las dos categorías básicas del sistema son las de injusto y culpabilidad. Razona de la siguiente manera: "La sistemática de los caracteres del delito se establece conforme al objetivo de los esfuerzos sistemáticos. Este objetivo del orden de las características generales del delito sólo puede ser la real aplicación del derecho, lo que implica que siempre habrá que preguntar a la consecuencia jurídica de la pena si a ella y a su orden se dirige la característica del delito. En este sentido se habla en los siguientes capítulos de una decidida sistemática teleológica de los caracteres del delito"⁹¹.

Desde este punto de vista la conducta sólo es un concepto secundario, que no se concibe sino como una afectación voluntaria del bien jurídico, pero, en el fondo, no es más que un movimiento físico o corporal voluntario. Pese a que este autor también habla de un elemento o componente final de la acción, lo cierto es que el dolo aparece como un problema de culpabilidad y la diferencia entre dolo y culpa no se establece dentro del sistema del injusto, sino dentro de la culpabilidad. No obstante que en Schmidhäuser hay una tentativa de separar el dolo y distribuirlo entre el injusto y la culpabilidad, lo cierto es que su sis-

⁸⁸ BOCKELMANN, pp. 42-53.

⁸⁹ BOCKELMANN, pp. 53-4.

⁹⁰ BOCKELMANN, p. 40.

⁹¹ SCHMIDHÄUSER, p. 110.

temática no difiere sustancialmente de la causalista y su concepto de conducta o acción resulta elaborado sobre los requerimientos sistemáticos, con una clara línea causalista e idealista ⁹².

265. **La crítica del concepto ontológico de conducta de Roxin.** Roxin no parte de la afirmación de que el concepto de conducta del derecho penal está desvinculado del concepto óntico-ontológico, sino que embate contra este concepto, creyendo demostrar que no es verdadero desde el punto de vista óntico-ontológico mismo ⁹³.

Su crítica pretende fundarse en una reducción al absurdo que apela a la crítica de la vieja concepción de la injuria como "la puesta en movimiento de las ondas sonoras y como causación de excitaciones sensoriales en el oído del afectado". Si bien esto resulta ridículo, Roxin se pregunta si sería menos ridículo "querer caracterizar la acción de injuriar como supradeterminación final de ondas sonoras tendiente a producir sacudidas del tímpano". Esta aparente reducción al absurdo no es tal, porque lo ridículo sería que un tipo pretendiese definir así a la injuria, pero ninguna duda nos cabe de que pre-típicamente una acción de injuriar no es más que la supradeterminación final de las ondas sonoras, sólo que no es pensada así por el que la realiza, en razón de los mismos motivos que cuando encendemos la luz de nuestra habitación no estamos pensando en los circuitos eléctricos, sino que nos limitamos a presionar un interruptor.

La crítica de Roxin avanza más y pone de resalto que la conducta humana tiene un contenido de sentido, llamando así a los elementos que indican el sentido social de la finalidad y que pueden ser requeridos por el dolo típico en mayor o menor medida. Así, por ejemplo, la ajениdad de la cosa en el hurto. Según él, estos elementos no hacen a la finalidad y quedan fuera de la explicación finalista de la conducta, por lo que la misma no respondería a una concepción ontológica de la misma. Esta afirmación pasa por alto que para el finalismo la conducta siempre debe darse en un mundo de significaciones y no en el vacío significativo, de la misma manera que no se da en un vacío físico. Cabría preguntar lo contrario —y es aquí donde el planteo crítico falla—: si el legislador no toma en cuenta ningún contenido de sentido, ¿quiere ello significar que hay acciones sin contenido de sentido? La respuesta de Roxin debería ser afirmativa, puesto que la crítica al finalismo finca en que eventualmente el legislador los toma en cuenta. Llega Roxin a afirmar que cuando el contenido de sentido de una acción permanece oculto para su autor, es lo coherente negar la existencia de

⁹² Sobre esto, claramente, MORENO H., MOISÉS, *Die finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht*, Bonn, 1976, p. 86.

⁹³ Conforme al trabajo de CLAUS ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, publicado en ZStW, 74, 1962, pp. 515 y ss., reproducido en el libro *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlín, 1973, pp. 73 y ss. (traducido al castellano por Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, 1976, *Problemas básicos del derecho penal*, pp. 84 y ss.

finalidad en la misma. Esto revela claramente el carácter idealista de su planteamiento: cuando la acción no tiene el fin típico, no tiene fin alguno. Todo ello lo conduce a afirmar que "ninguna teoría de la acción y, aún más, ningún otro concepto fundamentado ontológicamente de modo similar pueden ser la base de un sistema del que se puedan derivar resultados prácticos", es decir que, pretendiendo criticar por ontológicamente falso el concepto finalista, termina quedándose sin ningún concepto ontológico de conducta y afirmando que tampoco tendría utilidad, con lo que no hace más que dar un nuevo desarrollo —que poco tiene de original— al concepto elaborado por Weber. Admite la finalidad en la conducta, pero afirma que la finalidad la crea la norma, es decir, que no es una categoría del ser sino que, así como en otro tiempo se habló de una "causalidad jurídica" —concepto del que no está nada lejos Roxin—, habla él ahora de una "finalidad jurídica", sólo que parecería que ni siquiera admite que haya una finalidad "prejurídica". Su afirmación es rotunda a este respecto: "fuera del mundo de los valores sociales y de las relaciones jurídicas no se puede decir de ninguna forma de conducta si es o no es final, porque no se puede determinar apriorísticamente respecto del derecho qué elementos de sentido han de incluirse en ese concepto". El planteamiento, que pretende comenzar como un ataque ontológico al concepto finalista de acción ("Yo creo que, si se quiere examinar a fondo la capacidad de rendimiento del concepto de acción, hay que comenzar antes. Es decir, no habría que limitarse a negar la vinculación del derecho a realidades ontológicas preexistentes, sino que se debería considerar algo más detenidamente esas pretendidas legalidades del ser"), termina en una verdadera profesión de fe idealista: "No es cierto que una estructura de la acción de carácter prejurídico y vinculante para el legislador sea la que determine el contenido de la finalidad y del tipo, sino que, por el contrario, el tipo, nacido de consideraciones valorativas jurídicas y orientado a los contenidos sociales de significado, determina qué conducta es final en sentido jurídico y qué circunstancias hay que incluir en el tipo subjetivo". La inversión idealista del planteamiento realista del finalismo es total, al punto de que concluye en la necesidad de "sustituir la teoría *final de la acción*, si se quiere persistir en el punto de partida final, por una teoría *final del tipo*".

266. **El desplazamiento de la conducta mediante la afirmación de acciones típicas no voluntarias.** Uno de los argumentos más recurrentes para desplazar a la conducta de su posición básica en la teoría jurídica del delito es la afirmación de pretendidas realizaciones típicas que no requieren voluntad. Esto ha llevado a una ampliación tal del concepto de conducta, que para algunos autores queda simplemente identificada con el hecho humano, en el sentido que hemos dado a la expresión ⁹⁴.

⁹⁴ V. supra, § 234.

Por este camino, Nowakowski ha reducido la conducta a un mero proceso causal y Maihofer termina eliminando de la conducta, no sólo la voluntad, sino también la causalidad y hasta el movimiento corporal⁹⁵.

El argumento que apela a la afirmación de que hay acciones típicas sin voluntad había sido esgrimido por el mismo Hellmuth von Weber, tal como lo hemos visto⁹⁶. Por idéntica vía argumental se ha insistido en un concepto más amplio de acción, capaz de cubrir verdaderos actos involuntarios. Así es el concepto que reclama Schwebe⁹⁷, y recientemente, Stenner sostiene que hay formas de conducta reflejas y automáticas que no pueden ser seleccionadas por la voluntad. Stenner funda su afirmación en que "en todo movimiento voluntario se insertan procesos propiamente reflejos. Casi toda conducta voluntaria se lanza sobre cursos de movimientos automatizados. Determinados reflejos son reprimibles voluntariamente. Todas las formas de conductas automáticas son voluntariamente gobernables y reprimibles. Una vez puesto en camino un acontecimiento reflejo, no puede ya dominarse, pero en la automatización, la voluntad puede intervenir en todo momento corrigiendo el suceso, aunque hay casos de reacciones automatizadas tan rápidas que la voluntad llega demasiado tarde"⁹⁸. En realidad, la investigación de Stenner debe llevarnos a la conclusión de que no debe excluirse del ámbito de lo voluntario —y por ende de la conducta— a ciertas formas de conductas reflejas y automáticas, que la voluntad es incapaz de controlar.

Otto manifiesta claramente que el resultado práctico de las llamadas "teorías de la acción", a las que denomina "un problema aparente", es que muestran casos en los que falta la conducta voluntaria de la persona. Ejemplifica con el caso de un sonámbulo que en una salida nocturna por un tejado choca contra una chimenea, derribándola y causando la muerte de una persona a quien le cae la chimenea en la cabeza, o el de un colocador de tejas que sufre un vahído y cae del tejado sobre la cabeza de otra persona a la que lesiona gravemente⁹⁹. En base a la observación de que en el momento de la caída no hay voluntad, pretende negar el resultado práctico de cualquiera de las teorías "pretípicas de la acción", cuando a nuestro entender se hace evidente que hay conducta voluntaria en ambos casos, que es la de acostarse a dormir por parte del sonámbulo, y que puede ser típica en caso de que conociese su sonambulismo y no tomase las providencias necesarias para evitar este tipo de accidentes, y la de ascender al techo por parte del colocador de tejas, que también puede ser típica, en caso que conociese su padecimiento y el consiguiente riesgo de accidente.

⁹⁵ Sobre ello, KAUFMANN, ARMIN, en op. cit. en RJV, p. 53.

⁹⁶ V. supra, § 263.

⁹⁷ SCHWEBE, GÜNTER, *Reflexbewegung, Handlung, Vorsatz*, en "Kriminalwissenschaften Abhandlungen", T. 6, Lübeck, 1972.

⁹⁸ STENNER, PETER, *Die strafrechtliche Behandlung von reflektorischen und automatisierten Verhaltensweisen*, Diss., Göttingen, 1975. En sentido crítico, MORENO H., MOISÉS, *Die finale Handlungsbegriff...*, cit., p. 217.

⁹⁹ OTTO, HARRO, p. 184.

Cousiño MacIver sostiene que hay formas de responsabilidad objetiva que hacen que haya delitos sin conducta, por lo que coloca al "hecho" en la base de la teoría del delito¹⁰⁰. No obstante, su construcción no es del todo coherente a este respecto, porque dentro del "hecho" incluye la actuación, el efecto y la relación de causalidad, acercándose así a la idea de Wolf¹⁰¹. La acción parece concebirla sólo como realizadora del tipo, llegando a afirmar que es el tipo que la crea¹⁰², aunque parecería haber más bien un equívoco terminológico, puesto que cuando ubica la acción en el tipo, de lo que en realidad está tratando es de la descripción de la acción, en tanto que de la acción pretípicamente se ocupa en el "hecho", considerado como "acción" más "resultado"¹⁰³. En realidad, considerar que puede haber tipicidad sin conducta importa el máximo grado de la responsabilidad objetiva.

Es sabido que la responsabilidad objetiva perdura en el derecho anglosajón, aunque es duramente criticada por los autores de lengua inglesa¹⁰⁴. No obstante, la *strict liability* anglosajona no abarca los supuestos de ausencia de conducta. Sólo se recuerda como caso particular de tan extrema responsabilidad objetiva el caso "Larsonneur", que es considerado un aislado ejemplo de condena sin conducta ni omisión. Se trataba de una francesa expulsada de Inglaterra que fue a Irlanda, donde la policía la rechazó y la remitió detenida a Inglaterra, siendo procesada por "encontrarse" en territorio inglés. La Corte de Apelación confirmó la sentencia a tres días de prisión y deportación, entendiéndole que la expresión "encontrarse" abarcaba el "encontrarse la policía en su propia custodia"¹⁰⁵.

Creemos que siempre que en el momento de producirse el resultado no hay voluntad, el problema se transfiere y lo único que nos queda por investigar es si el proceso causal que culmina en el resultado fue controlable en algún momento por la voluntad. Siendo así, lo que debemos considerar típicamente es la posibilidad de que esa conducta haya sido típica. Poco importa que un sujeto opere con el propio cuerpo como instrumento mecánico o que se valga de un aparato extraño al mismo. Pero en cualquier caso este no es argumento de peso para eliminar la voluntad de la conducta, para negar que la conducta ocupe la base fundamentadora de la teoría del delito ni para afirmar que el derecho tipifica algo distinto de conductas humanas.

¹⁰⁰ COUSIÑO MACIVER, 564.

¹⁰¹ Idem, 327.

¹⁰² Idem, 335.

¹⁰³ Idem, 336.

¹⁰⁴ V. HOWARD, COLIN, *Strict responsibility*, London, 1963.

¹⁰⁵ Cfr. GLANVILLE, L. WILLIAMS, *Criminal Law*, London, 1953, pp.

267. Valoración general de la pretensión de desplazar a la conducta de la base de la teoría del delito. Desde el momento en que se deja de considerar a la conducta pretípicamente, para considerarla únicamente como realizadora del tipo legal, la conducta desaparece, se esfuma, porque no hay un concepto unitario de acción, sino una multiplicidad de creaciones típicas. Si afirmamos que no hay un concepto de acción o conducta que sea la base unitaria común para todas las formas típicas, habremos afirmado simultáneamente que el delito no es una acción, no es una conducta humana, sino cualquier otra cosa que asume las formas que los tipos quieren darle.

Es coherente Marinucci cuando en base a la multiplicidad de concepciones de la acción que surgen de su consideración como realizadora del tipo, le niega el carácter de piedra angular del delito, afirmando que es un dogma, una "profesión de fe en la valoración metafísica del derecho penal"¹⁰⁶. No compartimos su conclusión, pero porque disentimos con el punto de partida, puesto que negamos que la acción deba ser concebida como realizadora del tipo, pero reconocemos que en caso contrario, su conclusión no hace más que llevar hasta sus últimas consecuencias un planteamiento errado y que en muchos autores queda trunco.

En último análisis, estas teorías que pretenden desplazar a la conducta del concepto de delito, no son más que una culminación de la teoría neo-kantiana o idealista: si el derecho crea la conducta, no hay por qué sostener que hay *un* concepto jurídico-penal de conducta (como lo pretende el causalismo), sino que, aceptada la premisa, es más cómodo —y dentro de ese planteo nada lo impide— admitir que hay tantos conceptos jurídico-penales de conducta cuantos el derecho penal considere necesarios a sus fines. Desde el ángulo realista, la afirmación de que el concepto de conducta puede construirse en base a necesidades sistemáticas y la negación del concepto mismo de conducta en el delito, son exactamente equivalentes, no ofreciendo ninguna vía de escape la pretensión de que el concepto de acción "proporciona material ontológico a los tipos", puesto que si los tipos toman lo que quieren de lo real, del ser de la acción, no están tipificando acciones, sino pedazos de conducta que, ora serán finalidad, ora causalidad, ora nada.

Otter reconoce que el concepto final de acción es el ontológico y que "la corrección de este concepto ontológico de acción es reconocida

¹⁰⁶ MARINUCCI, GIORGIO, *Il reato come azione, Critica di un dogma*, Milano, 1971, p. 174.

por los mismos opositores a la teoría final de la acción en el derecho penal". No obstante, como entiende que la acción no satisface los requerimientos de ciertas estructuras típicas, afirma que el concepto de acción no es un concepto fundamental de la teoría del delito¹⁰⁷. Así, la acción es un concepto que pasa a segundo plano, concibiéndola en forma que no cumple tarea alguna de fundamentación, de unión o de limitación, sino que "su tarea finca sólo en proporcionar material ontológico a los tipos"¹⁰⁸.

Por otro lado, la objeción que pretende que la concepción final de la acción es anti-histórica o a-histórica, porque aspira a dar un concepto que se halla fuera del tiempo como base teórica del delito¹⁰⁹ es inexacta. Precisamente, la circunstancia de que el legislador haya reconocido que el delito no puede ser otra cosa que conducta es un concepto cultural, es un estadio cultural del derecho, puesto que en otras épocas los delitos podían ser cometidos por personas, cosas y animales. Justamente, a raíz de ello se ha llamado la atención sobre el contenido cultural de la teoría¹¹⁰. Por el contrario, lo anti-histórico es precisamente la construcción de la conducta por los tipos, que da lugar a que cualquier cosa pueda ser delito, lo que desemboca en un inevitable positivismo jurídico.

En líneas generales, bueno es observar que esta es una tentativa más de desplazar a la conducta del delito. En anteriores ocasiones se pretendió que ese lugar lo ocupase la personalidad del delincuente; ahora se pretende que pueda ocuparlo cualquier cosa. El peligro que desde el punto de vista político implica semejante concepción —si es que se la puede llamar de este modo— es de tal evidencia, que creemos innecesario ponerlo de resalto con extensión. La personalidad, causaciones de resultado, ánimos, conductas finales, etc., todo ello puede llegar a ser delito, según la senda que pretenden abrir los partidarios de esta posición.

Para nosotros resulta claro que, a partir de la afirmación de que el derecho pretende regular conductas humanas y que para hacerlo debe respetar su estructura óntica, la conducta es un concepto básico —al menos en el horizonte contemporáneo del derecho— para la teoría del delito, del que se desprende la necesidad de ubicar al dolo y a la culpa como formas típicas, independiente-

¹⁰⁷ OTTER, KLAUS, *Funktionen des Handlungsbegriffs im Verbrechenaufbau*, Bonn, 1973, p. 198.

¹⁰⁸ Ídem, p. 201.

¹⁰⁹ Así lo pretende ROXIN, op. cit.

¹¹⁰ Así, CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, p. 58.

mente de ser un concepto imprescindible frente a los casos concretos, para descartar desde el comienzo aquellos supuestos en que nos hallamos sin conducta, lo que impide caer en el ridículo de afirmar que un animal, una persona jurídica o un sujeto desmayado, protagonizan "hechos atípicos".

268. El concepto de conducta y la política criminal. En los últimos tiempos se ha difundido un grave error conceptual en nuestro medio y también en otros países, consistente en afirmar que la polémica acerca del concepto de acción o de conducta ha perdido actualidad o sentido, lo que hasta cierto punto puede ser cierto, pero el error incuestionable tiene lugar cuando algunos de los cada día más escasos partidarios del concepto y estructuras causalistas del delito extrae como consecuencia de ello que el finalismo y su concepto de la acción han fracasado. La realidad es del todo diferente: el finalismo no ha fracasado, sino que se ha impuesto, al menos en cuanto a su sistemática, pero, como es lógico, ahora se plantean otros problemas, a los que el finalismo no ha llegado o no se ha planteado.

Con acierto dice Muñoz Conde que "la época del finalismo se puede estimar superada", agregando que ello no obedece a que no se acepten sus conclusiones, "sino precisamente por lo contrario, porque se han impuesto y hay que buscar nuevas soluciones para nuevos problemas a los que el finalismo no da respuesta alguna"¹¹¹.

Lo cierto es que el finalismo, partiendo del concepto ontológico de la acción humana, provocó una revolución sistemática, pero la discusión fue alejándose cada vez más de lo que era fundamental (la imposibilidad de aniquilar la conducta humana como dato óntico) para caer en una disputa acerca de la completividad lógica del sistema. Como es natural, todo fue acabando en una discusión lógica dentro del sistema e insensiblemente se fueron perdiendo de vista los grandes problemas político-criminales, que habían sido materia de los debates de comienzo del siglo. Tales excusas pusieron en evidencia la insuficiencia del debate, una vez que el mismo había demostrado las carencias de la sistemática causalista, pero sin resolver las cuestiones que habían quedado marginadas, o sea, los interrogantes de la política-criminal. De allí que hoy la tendencia no sea la de destruir el sistema, sino la de estructurarlo en función de los

¹¹¹ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975, p. 176.

objetivos político-criminales, pero tal tendencia, que en sí misma es legítima, encierra graves riesgos, porque todo depende de la forma en que se encare la estructuración del sistema.

La tendencia a destruir el sistema no ha prosperado en el campo penal, donde importaría un serio retroceso en detrimento de la seguridad jurídica. Una tendencia jurídica a resolver las cosas particulares sin derivar la solución de premisas generales, sino de los factores reales que concurren al problema, fue ensayada, partiendo de la tópica de Aristóteles y Cicerón, por Vichweg¹¹², lo que causó cierto revuelo en el pensamiento jurídico de hace algunos años, pero sin mayor consecuencia en el terreno de nuestra ciencia. En el plano criminológico, la posición de Luke Holsman, profesor de Rotterdam, parece acercarse a esta tentativa, sosteniendo la llamada "tesis abolicionista" del derecho penal.

La posición que aspira a dar un sentido teleológico al sistema parte de Alemania, con las citadas tesis de Schmidhäuser y Roxin, entre otros, y se ha difundido mucho en España, donde cabe mencionar en este sentido los trabajos de Muñoz Conde y Mir Puig¹¹³.

Si desde el punto de vista político-criminal se pretende minimizar la importancia del concepto de acción o sostener que el concepto finalista de acción no sirve para los fines político-criminales, por ser un concepto óntico, pocas dudas caben de que ella es un retorno al idealismo penal, sólo que el concepto de acción no lo construirá ya el conocimiento del jurista sino el del político, pero siempre será una "conducta" creada por el conocimiento. En este sentido, la construcción "teleológica" (o político-criminal) de los conceptos será catastrófica, como siempre lo ha sido en definitiva todo pensamiento penal idealista.

No obstante, si tomamos el camino inverso, es decir, el de admitir que hay un único concepto de conducta y que la norma aspira a motivar conducta, a partir de aquí podemos continuar la empresa de construcción sistemática sin perder de vista lo teleológico, sino, por el contrario, llevando el planteamiento teleológico a la teoría de la coacción penal, pero con una firme base realista, que evitará la caída en una tonta "jurisprudencia de conceptos" en la teoría de la coacción penal, cuyas consecuencias son mucho más nefastas allí que en la misma teoría del delito.

¹¹² VICHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, 1964.

¹¹³ MUÑOZ CONDE, op. cit., pp. 177 y ss.; MIR PUIG, SANTIAGO, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1979.

En este sentido, mucho más coherente que la tesis de Roxin nos parece la de Mir Puig, que busca dar entrada en la construcción a los objetivos político-criminales partiendo de que una exigencia de la anti-juridicidad, tal como se la concibe en el "Estado social y democrático de derecho", requiere el respeto a la estructura final de la conducta —que es una posición realista— y sin desviarse hacia el idealismo que a partir de allí pretende que la conducta es un concepto jurídico o político-criminal¹¹⁴.

Encarar la conducta y su problemática desde un punto de vista idealista, no solo importa plantear toda la teoría del delito desde este ángulo, sino que revela una general actitud idealista para todo el planteo penal, y si esto era inevitable en los autores causalistas, con más razón lo es, por ineludibles razones lógicas más férreas, cuando desde un punto de vista idealista se pretende construir dogmáticamente el derecho penal a partir de requerimientos político-criminales, lo que llevaría a la teoría de la coerción penal represiva —y a un derecho penal represivo— que ya conocemos sobradamente.

No puede llamarnos la atención el peligrosísimo descuido con que Roxin, partiendo del punto de vista idealista e invocando los requerimientos político-criminales y la construcción teleológica, llega a tratar las medidas de seguridad, configurando un panorama de la coerción penal que, bajo una aparente capa de respeto a los principios del derecho penal liberal, oculta una ideología extremadamente represiva¹¹⁵.

¹¹⁴ MIR PUIG, op. cit., pp. 35-39.

¹¹⁵ V. especialmente, ROXIN, *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad. de F. MUÑOZ CONDE y D. LUZÓN PEÑA, pp. 58-59.

CAPÍTULO XVIII

AUSENCIA DE CONDUCTA

I. — CONCEPTO Y ENUMERACIÓN: 269. Concepto y enumeración. II. FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE: 270. Delimitación. 271. Supuestos de fuerza física irresistible. III. — INVOLUNTABILIDAD: 272. Delimitación. 273. La involuntabilidad en el código penal. 274. La metamorfosis de la fórmula rusa en el código penal argentino. 275. Estado de inconsciencia. 276. Culminación de la metamorfosis de la fórmula rusa. 277. Los supuestos de involuntabilidad en particular. 278. El estado de involuntabilidad "imputable". IV. — LA IMPORTANCIA DE LA AUSENCIA DE CONDUCTA: 279. La importancia de la ausencia de conducta. V. — SUPUESTOS QUE HAN SUSCITADO DUDAS DOCTRINARIAS: 280. La incapacidad para dirigir las acciones. 281. La obediencia debida.

I. — CONCEPTO Y ENUMERACIÓN

269. **Concepto y enumeración.** Del concepto positivo de acción que hemos proporcionado se deduce, ante todo, la inexistencia de acto en cualquier hecho en que no participe un ser humano. No obstante, como el hombre es un ente físico, puede intervenir en un hecho sólo en este carácter y tampoco hay en este supuesto una conducta humana. De allí se deduce que no cualquier intervención de un ser humano en un acontecimiento constituye una conducta.

La delimitación del concepto de "hombre" en general no resulta relevante para la presencia o ausencia de acto. El mismo está elaborado dogmáticamente con respecto al sujeto pasivo de homicidio, pero no tiene mayor importancia aquí, porque es inconcebible que en los casos dudosos pueda pretenderse una conducta humana. Los casos problemáticos y significativos son los que, pese a la protagonización por un hombre, no hay acción humana. Tales son:

1º) *La fuerza física irresistible* (art. 34, inc. 2º, 1ª parte, CP);

2º) *La involuntabilidad* (que finca en el estado de inconsciencia del art. 34, inc. 1º, CP, y parcialmente en la incapacidad de dirigir las acciones).

Estimamos que la incapacidad para dirigir las acciones del art. 34, inc. 1º, no siempre es una causa de inimputabilidad. Igualmente rechazamos el criterio según el cual la "obediencia debida" sería un supuesto de ausencia de conducta.

II. — FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE

270. Delimitación. La fuerza física irresistible se halla legislada en nuestro CP en el inc. 2º del art. 34 ("El que obrare violentado por una fuerza física irresistible") y corresponde a lo que tradicionalmente se denomina *vis absoluta* ¹.

El código Tejedor se refería a la "violencia irresistible y física" (art. 148, inc. 2º) y llevaba una nota de Puffendorf, según la cual la violencia física "consiste en que a pesar de la resistencia de una persona, sus miembros se empleen en hacer o sufrir algo" ². El primer código sancionado por el Congreso Nacional, eximía de pena en el inc. 5º del art. 81 al que "obra violentado por fuerza física irresistible, física o moral". El art. 59 del proyecto de 1891 incluía en su inc. 5º una fórmula muy similar a la vigente, aclarando que suprimían la referencia a la fuerza "moral" para que no se confundiese con casos pasionales, como aconteció en la jurisprudencia francesa, problema del que luego nos ocuparemos ³. El proyecto de 1906 mantuvo la fórmula del proyecto de 1891 en el inc. 3º del art. 41, pasando igual al proyecto de 1916, lo mismo que al de 1917 con su numeración actual. El proyecto de 1937 suprimió la referencia a la fuerza física irresistible, por considerarla innecesaria, criterio que fue seguido por los proyectos de 1951, 1974-1975, y que había postulado Julio Herrera ⁴. El proyecto de 1953 establecía en su art. 20, 2ª parte, que "no delinque quien obra bajo el imperio de fuerza física irresistible". El proyecto de 1960, en el 2º párrafo del art. 27, disponía: "No es autor el que obrare violentado por fuerza física".

Por "fuerza física irresistible" debe entenderse una fuerza de entidad tal que haga al sujeto incapaz de dirigir sus movimientos, o sea, que lo haga obrar mecánicamente.

Durante largo tiempo se han confundido las hipótesis de *fuerza*

¹ Cfr. SOLER, II, 95; HERRERA, JULIO, *La reforma penal*, Bs. As., 1911, 295; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Código Penal Comentado*, I, 191-2. Sobre el problema de la "fuerza" en cuanto a su concepto penal como medio de coacción, BERND VON HEINTSCHEL-HEINEGG, *Die Gewalt als Nötigungsmittel*, Diss., Bamberg, 1975.

² TEJEDOR, p. 148.

³ Proyecto de 1891, p. 63.

⁴ HERRERA, *La reforma penal*, 429.

física irresistible (p. ej., el individuo que es empujado contra un escaparate lleno de porcelanas y cristales; el que recibe un empujón y cae sobre una persona lesionándola; y los más alambicados del que le lleva el brazo con el puñal para herir a un tercero, etc.), con los de *coacción*, y estado de necesidad inculpante, que se encuentran *previstos en la segunda parte del mismo inciso: "amenazas de sufrir un mal grave e inminente"*. "Lo involuntario forzado es aquello cuyo principio es extrínseco, siendo tal aquello en que no pone de suyo cosa alguna el agente o el paciente, como cuando somos arrastrados a alguna parte por el viento o por hombres que nos tienen en su poder", explicaba Aristóteles⁵. En lugar, en la coacción y en el estado de necesidad inculpante, el individuo es dueño de sus movimientos, habiendo acción, aunque esta acción no es libremente decidida por él. *Por ello, la coacción y el estado de necesidad inculpante son problemas de justificación o de inculpabilidad, en tanto que la fuerza física irresistible es un problema de conducta.*

Aunque con diferente terminología, bien distinguía Aristóteles ambos supuestos, cuando afirmaba respecto de la coacción, que "a decir verdad, más se asemejan esos actos a los voluntarios porque la determinación concreta de la acción es voluntaria y no hay sino acciones concretas. Ahora, en cuanto a saber qué cosas deben preferirse a otras, no es fácil definirlo por la razón de que muchas diferencias ocurren en los casos particulares"⁶.

La naturaleza de la fuerza física irresistible, como eliminatoria de la conducta humana, es aceptada pacíficamente por la doctrina nacional y extranjera⁷ y por la jurisprudencia argentina, aunque esta última ha sido ocasionalmente confusa. La distinción fue cada vez más clara en la doctrina, habiéndola perfilado perfectamente Carrara⁸. Igualmente es desarrollada por Pacheco⁹, aunque éste distinguía entre coacción y violencia, "materiales" y "morales", haciendo que ambas suprimieran la característica de "voluntario" del acto, con lo cual el concepto se

⁵ *Ética Nicomaquea*, Lib. III, I.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Así, por ej., JESCHECK, 178; MEZGER, *Lehrbuch*, 107; WELZEL, 175; BLEI, 73; BAUMANN, 192; SCHMIDHÄUSER, 173; BINDING, *Handbuch*, Leipzig, 1885, 717; MAYER, MAX ERNST, 103; RUDOLPHI Y OTROS, *StGB*, p. 108; FRAGOSO, 165; BELING, *D. L. vom Verbrechen*, 17; se han sostenido otras opiniones, pero sin fundamento dogmático: como inimputabilidad la consideraba entre nosotros DÍAZ, ENILIO C., *El Código Penal para la República Argentina*, Bs. As., 1928, p. 74, aunque en realidad es un pre-dogmático; en México, igual CARRANCA Y TRUJILLO, RAÚL, *Las causas que excluyen la incriminación*, 1944, 229; sobre estas opiniones, v. PORTE PETIT, 406.

⁸ CARRARA, *Programma*, parág. 279 y ss.

⁹ PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO, *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1881, I, 73.

enturbiaba un tanto: "La acción que no es libre no es voluntaria", afirmaba.

Nuestra jurisprudencia es en general clara a este respecto, rechazando confusiones con la legítima defensa y con el arrebató pasional, que tanto perturbó a la jurisprudencia francesa¹⁰.

En general, los ejemplos que de este género de supuestos se plantean son prácticamente de laboratorio. No obstante, no sucede lo mismo en los casos de tipos omisivos¹¹. Un ejemplo de tipicidad activa particularmente interesante es el ebrio que toma el volante poniendo sus manos con fuerza sobre las del conductor y desviando el vehículo contra un transeúnte¹².

271. Supuestos de fuerza irresistible. La fuerza física irresistible puede provenir: a) *de una conducta humana* y β) *de una fuerza de la naturaleza*.

Tanto una fuerza natural (viento, inundación, fuego, etc.) como una acción humana pueden dar lugar a una causa de inculpabilidad, de justificación o a una ausencia de acto. *Esta última se dará recién cuando cualquiera de ambas revista una entidad tal que prive al ser humano de la posibilidad de conducirse, de dirigir sus movimientos.* Si no llegan a tener esta entidad, podrán ser —siempre que reúnan los requisitos necesarios— supuestos de coacción o de estado de necesidad justificante o inculpante.

Entendemos poder distinguir los siguientes supuestos de fuerza física:

1) *Fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza y que elimina la conducta.* Tal puede ser viento, aluvión, corriente de agua, caída de un árbol o bien los propios reflejos y automatismos cuando sean incontrolables.

2) *Fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza y que no elimina la conducta.* Ésta tiene lugar cuando el individuo se coloca voluntariamente bajo los efectos de una fuerza física irresistible y a nivel típico se podrá relevar como conducta dolosa, culposa o bien atípica.

¹⁰ V. RUBIANES, CARLOS J., *El Código Penal y su interpretación jurisprudencial*, I, 156 y ss.

¹¹ V. NOVOA MONREAL, 282; FONTÁN BALESTRA, I, 444; MENDOZA T., I, 399.

¹² El ejemplo es de J. R. MENDOZA, *Los aspectos negativos de la acción según el Código Penal Venezolano*, en "Revista de Derecho Penal", Bs. As., I, 1946-329; del mismo, *Curso*, I, 399; citado también por FONTÁN BALESTRA, I, 445.

3) *Fuerza física irresistible proveniente de la violencia de un tercero y que elimina la conducta.* Son los ejemplos del guardavías maniatado, del que le quita el volante al conductor por fuerza y causa una muerte, del que empuja, etc.

4) *Fuerza física irresistible proveniente de la violencia de un tercero y que no elimina la conducta.* Es la del que se coloca voluntariamente bajo el poder físico de otro, y a nivel típico se relevará como en el supuesto 2.

En rigor, en los supuestos 2 y 4 no hay ausencia de conducta porque la conducta consiste en someterse a la fuerza física irresistible.

La fuerza física irresistible puede provenir del exterior o del mismo cuerpo del sujeto, sin que ello tenga relevancia alguna para excluir la conducta¹³. Es así que dentro de la fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza entran los acontecimientos que se originan en el mismo cuerpo del sujeto y que dan lugar a movimientos que no son controlables por la voluntad. Tal es el caso de los movimientos respiratorios, del sistema nervioso autónomo, los reflejos en general, algunos automatismos incontrolables, etc. De este modo, puede afirmarse que está sometido a una fuerza física irresistible proveniente de su propio cuerpo, quien estando oculto en un armario junto a otro a quien busca un sicario para matarlo, estornuda delatando la presencia de su compañero de encierro, quien levanta las manos causando lesiones a otro que le cae encima, quien a causa del dolor producido por una quemadura levanta violentamente la mano produciendo la fractura de un objeto vecino¹⁴

Es verdad que doctrinariamente se ha discutido la llamada fuerza irresistible "interna", pero ello fue debido a que la jurisprudencia francesa e italiana abusaron del término, dando entrada en la fórmula a los casos de delitos pasionales.

Así, Garraud distinguía una forma de pasión que se origina en la acción de un tercero o en una fuerza de la naturaleza y que puede provocar una fuerza irresistible que asimila a la *contrainte*, "que es una causa de irresponsabilidad" y que encuadra en el art. 64 del código penal francés¹⁵. En análogo sentido se expide Vidal¹⁶, aunque reco-

¹³ Otra opinión habíamos sostenido en *Teoría del delito*, p. 148.

¹⁴ Ejemplo de SANCINETTI, MARCELO ALBERTO, *Casos de Derecho Penal*, Bs. As., 1975, p. 23.

¹⁵ GARRAUD, R., París, 1898, I, 521.

¹⁶ VIDAL, GEORGES, *Cours de Droit Criminel et de Science Pénitentiaire*, París, 1906, 288.

noce que la ubicación en la *force irrésistible* (art. 64) es forzada y debida a que el código francés no contiene atenuantes para los homicidios pasionales. Opiniones análogas hubo en Italia ^{16 bis}. Tal fuerza irresistible "interna" en el plano de la pasión o de la emoción es inadmisibles, porque cuanto más, en sumo grado, conducirá a la pérdida de la dirección de las acciones que es otro problema diferente y del que luego nos ocuparemos. Demoledoras críticas a esta posición le formuló Bernardino Alimena a fines del siglo pasado ¹⁷, pero la desafortunada interpretación, cuya causa explica con tanta soltura Vidal, tuvo un eco latinoamericano, pues la jurisprudencia chilena desvirtuó también la fuerza irresistible, particularmente favorecida por la ausencia de la calificación de "física" que aparece en nuestro CP, hasta que en 1950 los tribunales chilenos volvieron a la tesis correcta ¹⁸. Esta opinión francesa, generalmente criticada por la doctrina en Chile, entró allí por razones más o menos parecidas a las que en Francia se esgrimieron: "el código parece haber contemplado sólo un caso de *vis compulsiva* que exime de responsabilidad penal: la que proviene de miedo insuperable. Por esta razón hay fallos de nuestros tribunales que han estimado que la expresión 'fuerza irresistible' comprende también aquellos casos de *vis compulsiva* que son irresistibles, pero que no consisten en el miedo (especialmente las que consisten en un intenso dolor, físico o espiritual, y la extrema necesidad)" ¹⁹.

III. — INVOLUNTABILIDAD

272. **Delimitación.** Por "involuntabilidad" entendemos la incapacidad psíquica de conducta. Si no usamos la expresión "incapacidad de conducta", es para que no se confunda con la contrapartida de la "capacidad de conducta" de los autores hegelianos, en que ésta se identificaba con la total capacidad psíquica de delito ²⁰.

Para aclarar nuestro pensamiento respecto de la capacidad psíquica de delito, y como repetiremos los conceptos al vernos precisados

^{16 bis} Sobre ello, IMPALLOMENEI, *Istituzioni di Diritto Penale*, Torino, 1921, p. 234; MANCI, FILIPPO, *Il delitto passionale*, Torino, 1928, pp. 8 y ss.

¹⁷ ALIMENA, BERNARDINO, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1894/9; sobre ello, ZAFFARONI, *La capacidad psíquica de delito*, cit.; la crítica al concepto de "fuerza física o moral", contenida en nuestro antiguo CP, en la posibilidad de una interpretación similar a la francesa, en RIVAROLA, RODOLFO, *Derecho Penal Argentino, Parte General*, Madrid, 1910, 419-420.

¹⁸ NOVOA MONREAL, I, 282.

¹⁹ ETCHEBERRY, ALFREDO, op. cit., I, 188; similar observación, NOVOA MONREAL, op. et loc. cit.

²⁰ *Handlungsfähigkeit* (capacidad de acción) se confundía con *Deliktsfähigkeit* (capacidad de delito) y *Zurechnungsfähigkeit* (capacidad de imputación); V. BINDING, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1913, 97; también LISZT, *Lehrbuch*, 1892, 126.

de acudir a ellos en cada uno de los estratos que trataremos, formulamos una síntesis aquí de lo que entendemos por tal. En principio, cuando hablamos de "psíquico", utilizamos el vocablo sin ninguna referencia platónica, o sea, sin ninguna oposición entre *psique* y *soma*. A nivel científico, lo psíquico es una particular manifestación de la materia en un muy alto nivel de complejización. La existencia del alma y en caso afirmativo su relación con el soma son cuestiones que corresponden a la metafísica y no al derecho penal, a la psiquiatría o a la psicología, todo ello a nivel de lo verificable, que es donde nos movemos.

Para nosotros, en cada uno de los estratos del delito, hay que tomar en cuenta algún aspecto subjetivo y al hacerlo, uno de los interrogantes que ineludiblemente debe plantearse, es si el sujeto es capaz (o lo fue en el momento del hecho) de cumplimentar ese ingrediente subjetivo. Así lo primero, en cuanto al género, es saber si el individuo tenía capacidad humana de conducta, que es capacidad de voluntad (la llamamos *voluntabilidad* e *involuntabilidad* a su ausencia).

En *el nivel de la tipicidad* se requiere que el sujeto haya tenido la capacidad de conocer los elementos cuyo conocimiento le exige el tipo y que pertenecen al tipo objetivo. En caso de que no haya existido tal capacidad, se tratará de una conducta atípica. Debido a que se regula por los mismos principios que el error de tipo, es un supuesto más de incongruencia generadora de atipicidad y, por ende, no le damos ninguna denominación especial, individualizándola, cuando es menester, como "capacidad psíquica de conducta típica" y a su correspondiente aspecto negativo como "error de tipo psíquicamente condicionado".

En *el plano de la antijuridicidad*, se hace menester que el sujeto conozca en las justificantes las circunstancias y que cumplimente los requerimientos subjetivos de las causas de justificación (los elementos del tipo objetivo permisivo). La ausencia de esta capacidad psíquica de justificación provocará que la conducta resulte antijurídica.

Por último, a la capacidad psíquica de culpabilidad la llamamos *imputabilidad*, en lo que coincidimos con la gran mayoría de los autores contemporáneos, por más que, lamentablemente, el concepto fue oscurecido en su historia y deambuló desde la base hasta la cúspide de la estructura analítica, habiendo hoy quienes lo consideran presupuesto de la culpabilidad y la mayoría —como nosotros— elemento de la misma.

Al conjunto de estas cuatro capacidades es a lo que llamamos "*capacidad psíquica de delito*", siendo la denominación meramente expositiva, aclaratoria, didáctica, porque no pretendemos que una expresión omnicomprendiva de esa naturaleza vaya a tener relevancia sistemática, puesto que rechazamos la existencia de una teoría del autor separada de la teoría del delito. La teoría general del derecho penal se compone de una teoría de la ley, una teoría del delito y una teoría de la coerción penal. El autor es a quien se abarca con la primera, protagoniza la segunda y sufre la tercera, de modo que no requiere una particular teoría separada de estas tres. Por ende, no pretendemos que esta expresión aclaratoria y omnicomprendiva de las cuatro

capacidades psíquicas que se requieren para el delito forme parte de ninguna teoría que no sea la misma teoría del delito. No designamos al conjunto sólo "capacidad de delito" (*Deliktsfähigkeit*) porque este concepto abarca la capacidad o incapacidad de las personas jurídicas, que nada tiene que ver con el enfoque, porque si bien ésta es incapaz de conducta, y se la puede considerar penalmente involuntable, ello es sólo metafóricamente, dado que involuntable sólo puede ser un individuo humano.

Si bien los hegelianos y su escuela confundieron la involuntabilidad con la inimputabilidad, requiriendo la imputabilidad para afirmar la capacidad de voluntad y, por consiguiente, de conducta, hubo una confusión inversa y de consecuencias más catastróficas, que se tradujo en afirmar que la voluntabilidad era la imputabilidad, es decir, que la capacidad de conducta se traduce en la capacidad de delito. Para esta corriente, quien no era involuntable, era culpable. No puede decirse que la misma haya sido el producto de un desarrollo coherente y acabado, ni citarse a su favor autores de cierta responsabilidad científica, sino más bien, debe calificársela como un negro episodio de desencuentro en la penosa historia de las relaciones entre el derecho penal y la psiquiatría, que llevó a jueces y a algunos juristas a requerir que la incapacidad psíquica que configurase eximente fuese de entidad tal que anulase la conducta del sujeto.

Esta concepción se ha denominado del "loco bestia feroz", porque para que un individuo pudiese ser considerado penalmente "loco" se demandaba que su estado fuese asimilable al de una "bestia feroz". Esta teoría, que en realidad no puede llamarse tal, fue reticente a mostrarse abiertamente, pero se combinó con la de la llamada "locura parcial" o "parcialización de la consciencia", que tuvo como resultado pasar por alto la inimputabilidad de los delirantes. Afortunadamente, ambas concepciones se hallan ampliamente superadas y archivadas desde hace muchos años, pero nos ocuparemos igualmente de ellas al tratar la imputabilidad²¹, a efectos de que nadie tenga la "novedosa" idea de resucitarlas, lo que suele ser bastante frecuente en nuestra ciencia. En el fondo, la teoría del loco "bestia feroz" y la de la "parcialización de la consciencia" no son dos teorías diferentes, sino la misma con dos nombres distintos, puesto que si el delirante es capaz de culpabilidad, la única causa que hay para que no se lo considere penalmente incapaz es la capacidad psíquica de voluntad que tiene.

La involuntabilidad puede consistir en estados de inconsciencia o supuestos en que, por incapacidad psíquica, el sujeto no puede controlar sus movimientos, pese a tener consciencia. En la legislación comparada se observan dos claras tendencias al respecto:

- a) una que considera que estos supuestos son pre-jurídicos y

²¹ *Infra*, § 487.

prefiere dejar todo lo que excluye la conducta fuera del campo legislativo, como presupuesto del mismo (StGB, Código Tipo Latinoamericano, proyecto argentino de 1974-1975);

b) otra que considera que los códigos deben ocuparse de estos supuestos. En la segunda se hallan el *Model Penal Code* de los Estados Unidos, Sección 2.01; el proyecto venezolano de 1967, art. 41; el código salvadoreño de 1973, art. 36; los proyectos ecuatoriano de 1969, art. 15 y portorriqueño de 1969, art. 34. De cualquier manera, ambas corrientes distinguen nítidamente los dos niveles de incapacidad psíquica para el delito.

Daría la impresión de que, siendo la conducta un concepto óntico-ontológico inalterable por el derecho, la primera corriente fuese la que llevase la razón. No obstante, nos plegamos decididamente a la segunda, pues legisladores hubo —y los habrá— que quisieron excomulgar a las sanguijuelas del Sena, y “conceptos” de conducta hay, que pretenden que entren dentro de ella los actos reflejos (H. von Weber) o que la conducta no requiere voluntad (Nowakowski). Ante semejantes riesgos —y pese a que algunas previsiones legales son criticables por caustistas— no está demás que el legislador ratifique su respeto por el ser de la conducta humana.

Los supuestos de involuntabilidad son claramente distinguidos de los de “insanity” por la jurisprudencia anglosajona, como lo prueba el caso “Regina Vs. Charlson”²², en que se declaró que no había acto en el obrar de un epiléptico en crisis, que había arrojado a su hijo por la ventana, lesionándolo de gravedad.

273. La involuntabilidad en el Código Penal. La involuntabilidad —el grado más profundo de la incapacidad psíquica de delito— se encuentra en el art. 34, inc. 1º, del Código Penal y comprende:

a) *el estado de inconsciencia* (primer párrafo);

b) *la imposibilidad de dirigir las acciones*, que tiene dos posibles niveles, generador el más grave de involuntabilidad y el más leve de inculpabilidad (primer párrafo, *in fine*).

Esta afirmación se encuentra oscurecida en la doctrina nacional por interpretaciones del inciso 1º que pretenden extraer de él elementos que no deben buscarse allí y que fuerzan el texto reduciendo su amplitud.

A ello ha contribuido un malentendido que se origina en la inteligencia del texto, al que sin lugar a dudas puede calificarse de

²² PAULSEN, MONRAD G. - KADISH, SANFORD H., *Criminal Law and its processes*, Boston, 1962, 214-216.

“peregrino accidentado”, pues llega al Río de la Plata desde un texto de la Rusia zarista, defectuosamente interpretado a través de una traducción francesa que, si bien es correcta, no proporciona una clara idea de lo que el texto disponía. Además el texto fue modificado significativamente por el legislador argentino, en tal forma que no podemos compartir la opinión generalizada de que es una fórmula de la inimputabilidad o que *a contrario sensu* surge el dolo. *El inciso 1º del art. 34 CP es una síntesis de todos los requerimientos subjetivos del delito con referencia a: a) todos los grados de la capacidad psíquica de delito; y β) al aspecto cognoscitivo en general, marco en el cual excede la capacidad psíquica para abarcar también el error y la ignorancia.*

La interpretación de este inciso es clave para la construcción dogmática del concepto de delito en nuestro derecho.

Julio Herrera, criticando la fórmula del proyecto de 1906, había propuesto una nueva. “No se nos oculta, decía, la dificultad de encontrar una fórmula breve y suficientemente comprensiva, que ofrezca la solución de todas las dificultades que puedan presentarse en la práctica y, aún encontrada, la no menos grande de hacerla aceptar por todos, si se carece, lo que es nuestro caso, de la autoridad científica necesaria”. “Felizmente nuestra tarea ha sido singularmente facilitada por un texto satisfactorio que encontramos en uno de los proyectos de Código Penal, uno de los más científicos que se hayan publicado hasta hoy, y que lleva la gran autoridad de sus sabios redactores. Como se comprende, una fórmula como la que buscamos es independiente de las peculiaridades de un pueblo, pues todos ellos, cualesquiera que sea su raza y costumbres, reconocen las mismas causas de irresponsabilidad de origen psíquico”. “El proyecto a que nos referimos es el ruso, y el artículo el mismo que ya hemos transcrito y que ahora volvemos a repetir: art. 35. —*No es punible el hecho cometido por un individuo que, sea por insuficiencia de sus facultades mentales, sea por alteraciones morbosas de la actividad de su alma, sea en un estado de inconsciencia, no podía en el momento de la acción comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones*”²³. La comisión agregaba: “Este texto, cuya redacción podría mejorarse, pues lo hemos traducido literalmente de la versión francesa, es en nuestro concepto, precioso, y no comprende ni más ni menos de lo que él debe contener”²⁴.

²³ MORENO (h), RODOLFO, op. cit., II, 244.

²⁴ Ibidem. Suponemos que la palabra “precioso” debe ser “preciso”, posiblemente por errata. Cabe consignar que algunos autores consideran que Herrera toma la fórmula del art. 35 del Proyecto Ruso y otros dan el número 39 del C. Ruso de 1903; sobre ello: DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal Argentino, Parte General*, Bs. As., Córdoba, 1972, 357. Como correlación del art. 34 inc. 1º, JUAN P. RAMOS da el art. 39 del Código Ruso (*Concordancias del Proyecto de Código Penal de 1917*, Bs. As., 1921).

El art. 41 del proyecto de 1916 no recibió la fórmula propuesta por Herrera, pero la Comisión de Diputados de 1917 manifestó que la fórmula elegida teniendo en cuenta los elementos mencionados y otros muchos que no hay objeto de enumerar, se aproxima a la que preconiza el Dr. Herrera, y transcribe *in extenso* a este autor²⁵. La fórmula del proyecto de 1917 decía: "El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconciencia, comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones"²⁶. Sobre esa redacción se hicieron tres modificaciones en la Cámara de Senadores: la primera en el primer apartado, donde se intercalaron las palabras *error o ignorancia de hecho no imputable*; la segunda en el mismo, substituyendo las palabras *naturaleza y el sentido de lo que hacía por criminalidad del acto*; y la tercera en el segundo apartado, reemplazando la palabra *ordenará* por las palabras *podrá ordenar*"²⁷. En cuanto a estas modificaciones, que fueron propuestas por la Segunda Comisión de Códigos del Senado, no se dio explicación alguna.

El proyecto a que la comisión hace referencia se inicia en 1881, cuando Alejandro III designa una comisión redactora que integraban los profesores de San Petersburgo Nicolaus Tagantzeff y Johann Foinitzkij (Foinitzky o Foinitzky²⁸), además de los magistrados Eduard Frisch (Presidente), Nicolaus Nekljudolf y Jewgrad Rosin (o Rosine)²⁹. La comisión trabajó más de veinte años, sufriendo modificaciones en su composición que terminó siendo de cuarenta y ocho miembros. Sus trabajos se publicaron en catorce volúmenes, el primero en 1897 y el último en 1903 (éste con el proyecto definitivo), con el título de *Código Penal, Proyecto de la comisión Redactora y explicación del mismo*³⁰. En ese mismo año el proyecto fue sancionado y estuvo vigente hasta la revolución de marzo de 1917, e incluso, en los años 1916 y 1918, por orden del Generalísimo del Frente Oriental Alemán, fue puesto en vigencia en los países bálticos (Letonia, Lituania y Estonia), vigencia que conservó hasta que éstos se dieron sus propios códigos³¹.

El artículo que nuestra comisión toma se halla con el número 33,

²⁵ Proyecto, Bs. As., 1917, pp. 67-68.

²⁶ *Idem*, p. 137.

²⁷ Cfr. MORENO (h), RODOLFO, op. cit., II, 240; Edición oficial, p. 591.

²⁸ De la primera forma aparece en SCHULTZ, LOTHAR, *Russische Rechtsgeschichte von den Aufgaugen bis zur Gegenwart einschliesslich des Rechts der Sowjetunion*, Lahr, 1951, 255, en tanto que la segunda aparece en la versión francesa y la tercera en la alemana.

²⁹ ROSIN en la versión germana y ROSINE en la francesa. El primitivo proyecto de parte general sobre el que trabajó la comisión pertenece a Nicolaus Tagantzeff habiéndose invitado a los Académicos de Medicina J. Sorokine y N. Merczevsky y al director del Hospital San Nicolás, O. Tchetchot (trad. francesa, pp. III y IV).

³⁰ *Ugolovnoe Ulozenie. Proekt Redakcionnoj komisii i ob'jasnenija k'ne-my*, editados todos en San Petersburgo.

³¹ SCHULTZ, LOTHAR, op. et loc. cit.

en esta edición oficial rusa³², aunque en el proyecto definitivo sufre modificaciones alternativas que no interesan a nuestro efecto³³. Lo cierto es que la primitiva Comisión Redactora trabajó con desusada celeridad y nos hallamos con una versión francesa³⁴ y otra alemana³⁵ del proyecto, impresas en 1883 y 1882, respectivamente. En ambas versiones el artículo se halla registrado con el número 36. La versión francesa coincide con la traducción que hiciera Herrera, sólo que en lugar de decir “punible” reza “imputable” y en lugar de facultades “mentales” versa “intelectuales”. Con ligerísima variante es el texto que se encuentra en el art. 39 del código traducido por Eberlin: “N'est pas imputable l'infraction commise par un individu qui, soit par déraquement maladif de l'activité de son esprit, soit dans un état d'inconscience, soit par insuffisance de ses facultés intellectuelles, provenant d'une maladie o d'une tare physique, no pouvait, au temps de l'action, comprendre la nature et le sens de ce qu'il faisait, ou diriger ses actions”.

La versión alemana puede traducirse del siguiente modo: “No se juzgará culpable una acción que fuere cometida por una persona, que por insuficiencia de las capacidades de su espíritu³⁶ (*Unzulänglichkeit ihrer Geistesfähigkeiten*) o por perturbaciones morbosas de las facultades de su alma (*krankhafter Störung ihrer Selenthätigkeit*) o por su estado de inconsciencia (*Bewusstlosigkeit*), en el momento de la acción no pueda comprender las características (*Eigenschaften*) y el significado (*Bedeutung*) del hecho o dirigir sus acciones”³⁷. Ambas traducciones, si bien coinciden en líneas generales, se distinguen en primer lugar por la estructura diversa de las lenguas germana y gala, y, en segundo lugar, porque a nuestro juicio, la traducción germana refleja más precisamente lo que la comisión rusa quiso decir, porque el verdadero alcance de la fórmula se halla en la fundamentación que al respecto hizo la comisión rusa³⁸. Esta comisión³⁹, después de criticar al derecho francés por su escueta fórmula de “demencia”, hace lo propio con los códigos alemán, austríaco y húngaro en 1878, particularmente por

³² Op. cit., I, 285.

³³ Cfr. art. 39 del *Ugolovnoe Ulozenie* (hay una traducción alemana, de Gretener, publicada en Berna), 1903.

³⁴ *Code Pénal Russe. Projet de la Commission de Rédaction*, San Petersburgo, 1883 (comprende sólo el texto de la parte general, sin indicar el nombre del traductor).

³⁵ *Strafgesetzbuch für Russland. Entwurf der Redaktionskommission*, San Petersburgo, 1882. En el mismo año se publican las *Erklärungen zum Entwurf des Redaktionskommission*, Imprenta de la Academia Imperial de Ciencias, ambos traducidos por X. Gretener (hay otro volumen traducido por el mismo Gretener que comprende la Parte Especial).

³⁶ Puede traducirse también como “de la inteligencia”, con lo cual resulta bastante correcta la traducción francesa.

³⁷ El traductor usa el verbo “erkennen” en el texto, pero en nota aclara que literalmente (*wörtlich*) es “comprender” (*verstehen*).

³⁸ Agradecemos a la Wiss. Ass. del Max Planck Institut, Dra. Thea Lyon, la confrontación de la traducción alemana con el original ruso.

³⁹ Op. cit., pp. 118-129.

la intromisión de la expresión "libre", que, según los críticos, no sólo provoca una indeterminación en la fórmula, sino que, además, lleva a la ley el concepto "metafísico" de libertad. Después de rechazar la legislación vigente en su época, pasa a exponer los fundamentos de su propia fórmula.

Según sus redactores, la "capacidad de acción" (*Handlungsfähigkeit*) requiere la capacidad de reconocer las características del hecho—su significado con el mundo—, para los derechos e intereses de otras personas y para el orden legal. "Así la primera condición de la imputabilidad, es la posibilidad de reconocer su conducta y su antilegalidad" (*Gesetzwidrigkeit*). Agrega que no con ello se completan las condiciones de la imputabilidad, sino que la capacidad de conocer debe ir acompañada de la de conducirse conforme a este conocimiento.

La comisión rusa pone dos condiciones para la imputabilidad, y se extiende en explicarlas: a) Un requerimiento cognoscitivo, en el que distingue nítidamente dos aspectos y que resulta sumamente importante para comprender lo que hoy significa "criminalidad" en nuestro texto penal vigente. Con la expresión *Eigenschaften* (*características*) se entendió abarcar lo físico del hecho, su aspecto referencial en el mundo de las cosas prescindiendo de cualquier juicio de valor que pudiera recaer sobre el hecho, en tanto que con la expresión *Bedeutung* (*significado*) se quiso expresar el sentido o relevancia que ese hecho tiene para el derecho, para los valores jurídicos. La imputabilidad, según la comisión requería la *comprensión* (*verstehen*) de ambas: las características y la significación jurídica. b) La capacidad de dirigir sus acciones conforme al conocimiento de lo anterior.

La comisión pasa luego a analizar qué comprende en cada una de las categorías que incluye. En la *Unzulänglichkeith der Geistesfähigkeit* (insuficiencia de la capacidad intelectual) ubica a los idiotas y sordomudos, siempre que estos últimos sean asimilables. En las perturbaciones morbosas de su actividad anímica (*Krankhafter Störung ihrer Seelenthätigkeit*), coloca lo que en la psiquiatría de entonces se conocía como "manomanía". "*Seelenthätigkeit*" (actividad anímica), no debe tomarse en sentido metafísico, sino "anímico" en el de psíquico, que es como se usa en la ciencia actual. La comisión rusa jamás pudo caer en el error de rechazar por "metafísico" el concepto de libertad y luego introducir el de "alma", sino, que simplemente usó "alma" en lugar de psique, como se la usa etimológicamente. En cuanto a la inconsciencia (*Bewusstlosigkeit*), la comisión entendió por tal "el más alto grado de delirio", el "sin-sentido", las alucinaciones y otros estados que no necesariamente debían ser patológicos (cloroformo y otras intoxicaciones). Aquí está la clave de lo que la comisión quiso significar con *Bewusstlosigkeit* en alemán e *inconscience* en francés: la palabra fue tomada en sentido etimológico, que es igual en ambas lenguas (no conocimiento). Se trata de un estado en que el individuo no puede "conocer" o mejor, "saber", los dos objetos que la comisión requiere que comprenda para que sea imputable. Los estados que la comisión incluye en este concepto dan la clara pauta de que la voz "inconsciencia" fue

tomada en sentido puramente etimológico, o sea, *un estado en que el sujeto sea incapaz de comprender*. Lo cierto es que tanto en español como en las lenguas latinas y, en alemán e inglés, la palabra “inconsciencia” tiene un significado que difiere totalmente de su etimología: la ausencia de consciencia.

Estimamos que la fórmula, tal como la explica la comisión rusa en su informe, es altamente satisfactoria. Tengamos en cuenta que se trata de un trabajo que tiene un siglo de antigüedad y que las modernas fórmulas no hacen otra cosa que tratar de abarcar los mismos estados ⁴⁰.

274. La metamorfosis de la fórmula rusa en el código penal argentino. Conforme lo explica Rodolfo Moreno (h), la fórmula primitiva, traducida casi literalmente del francés, sufrió modificaciones que califica de “pequeñas”, pero que nosotros consideramos altamente significativas, porque prácticamente han transformado lo que pretendió ser una fórmula de la inimputabilidad en algo totalmente diferente.

Ahorrándonos detalles digamos que, en principio, los legisladores se manejaron con el texto en francés y una cita del mismo en Herrera, o sea que parecen no haber dispuesto de las *Erklärungen*

⁴⁰ Alguna vez hemos oído que la inspiración de la fórmula rusa correspondía a Gustav Aschaffenburg, pero ello es inexacto. El art. 63 del Anteproyecto alemán de 1909 decía: “No es punible quien al tiempo de la acción fuera enfermo del espíritu, idiota o estuviera inconsciente, si por ello estuviese privado de su libre determinación de voluntad” (*Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, Berlín, 1909, p. 14). Esta fórmula fue criticada por Aschaffenburg, quien propuso la siguiente: “No es punible quien al tiempo de la acción, se encuentre en un estado de perturbación del espíritu (o de la inteligencia), de debilidad del espíritu (o de la inteligencia) o de perturbación de la consciencia, por el que no tenga la capacidad de comprender lo injusto de su hecho o de conducirse conforme a esta comprensión” (*Zusammenstellung der gutachtlichen Äusserungen über den Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, herausgegeben von der Juristizkommission des deutschen Vereins für Psychiatrie*, Jena, 1910, p. 30; también “*Deutsche Medizinische Wochenschrift*”, 1909, 7). Si bien la fórmula propuesta es muy superior a la del Anteproyecto de 1909, no podemos negar su parecido con la rusa y tampoco que Aschaffenburg no pudo ejercer ninguna influencia sobre aquélla, que data de 1882, en tanto que el famoso criminólogo germano nació el 23 de marzo de 1866 en Zweibrücken y entre 1885 y 1890 cursó sus estudios de medicina en las universidades de Heidelberg, Würzburg, Freiburg, Berlin y Strassbourg, graduándose con una tesis sobre la “*Sintomatología del delirium tremens*”. Kraepelin, de quien fue su asistente, le impulsó a escribir su famoso libro *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, que se publicó en 1903. Murió en 1944 (Parmelee, Maurice, *Editorial preface to this volume*, en Aschaffenburg, *Crime and its repression*, New Jersey, 1968, p. XI; también, HENTIG, HANS VON, *Gustav Aschaffenburg*, en “*Pionners in Criminology*”, editado por Hermann Mannheim, London, 1960, 330 y ss.). Pese a lo ajustado de la fórmula propuesta por Aschaffenburg, el mérito de la fórmula rusa corresponde por entero a su comisión redactora.

de la comisión rusa. En principio desaparece la distinción entre “facultades intelectuales” o “mentales” (como traducen la comisión y Herrera) y la “actividad de su alma”, y además en lugar de “perturbación” se incluye “alteración”, pero se termina por no precisar el objeto de las facultades y, por ende, queda “insuficiencia de sus facultades” y “alteración morbosa de las mismas”. Como desaparece en la primera la precisión “intelectuales” o “mentales”, queda ahora comprendida en ella toda insuficiencia del funcionamiento psíquico y no sólo la oligofrenia. Lo que la comisión rusa quiso abarcar con las primeras eran fundamentalmente las oligofrenias y con las segundas las psicosis, pero esto no resulta así en el CP Argentino. Cualquier insuficiencia *no morbosa* (estado crepuscular entre sueño y vigilia, intoxicaciones alcohólicas, cloroformización que no llegue a provocar inconsciencia, etc.) queda comprendida en la fórmula de la “insuficiencia de las facultades”, y también las oligofrenias, porque pese a ser enfermedad no son “alteración” (allí nada hay que se haya alterado, sino un psiquismo que no se ha desarrollado).

La identificación de “insuficiencia de las facultades” con “oligofrenia” es un error, incluso desde el punto de vista psiquiátrico: no toda oligofrenia es un supuesto de insuficiencia de las facultades, pues la idiocia u oligofrenia profunda en su máximo grado (por ejemplo, un individuo al que si no se lo mueve vuelve a la posición fetal) no es ninguna insuficiencia de facultades, sino una carencia de ellas.

La demencia, como es una insuficiencia pero también es una alteración, queda abarcada por la segunda y todo el círculo de las psicosis también. Todas aquellas reacciones situacionales que provocan el tan mentado “trastorno mental transitorio”, quedan en la primera, ya que todo trastorno de esta índole provoca un insuficiente funcionamiento o una disminución de facultades, que no siempre puede calificarse clínicamente de “morbosa”.

En consecuencia, al suprimir los calificativos o aditamentos individualizadores, la fórmula vigente abarca todos los estados en que la consciencia está perturbada, sean o no morbosos, sean transitorios o permanentes.

275. Estado de inconsciencia. Por nuestra parte distinguimos la “consciencia” de la “conciencia”, aunque suelen usarse como sinónimos. “Consciencia” es expresión que se puede manejar a muchos niveles y de la que nos ocuparemos seguidamente, en tanto que “conciencia” es algo parecido al “super-yo” freudiano, del que no

nos ocupamos. En este último sentido se habla de “la voz de la conciencia”^{40 bis}.

Excluido este sentido, digamos ahora que tampoco nos ocuparemos ni corresponde hacerlo en derecho penal, de la conciencia en sentido metafísico y filosófico⁴¹, sino que debemos hacerlo en un sentido puramente clínico. Pasando por alto toda la literatura psiquiátrica al respecto, digamos sintéticamente que *consciencia es el resultado del funcionamiento de las facultades del psiquismo humano*⁴², o sea, que no se trata de una facultad, como puede ser la memoria, la sensopercepción, la atención, etc., sino que es *el resultado* de esas funciones. Igualmente desde un punto de vista neurológico, no hay un “centro” de la conciencia, sino que es el funcionamiento de los centros lo que arroja como resultado la conciencia, que es un concepto clínico abstracto, porque no puede decirse que se está tratando la conciencia con medios materiales, físicos o químicos.

Cuando las facultades están “alteradas”, en más o en menos, la conciencia funciona a nivel de perturbación, pero hay conciencia.

De toda forma, esta perturbación provoca una insuficiencia de las facultades. Esto, que aparentemente es contradictorio, tiene una explicación: *pueden alterarse algunas facultades aumentándose* (taquipsiquia, por ejemplo, un maníaco sufre alteraciones de algunas facultades en más, pero esto es en detrimento de otras, como el juicio crítico), pero siempre que hay alteración de facultades, aunque fuese porque algunas se aumentan, ocurre que otras disminuyen y, por ende, *en toda alteración hay una insuficiencia*.

De cualquier modo, en todos estos casos hay conciencia, sólo que ésta está perturbada. La inconsciencia en castellano significa “falta de conciencia” y no “consciencia perturbada” ni “falta de conocimiento” como lo entendía la comisión rusa. Ya hemos dicho que lo mismo sucede en otras lenguas y tan es ello cierto —y llevaba razón Aschaffenburg en su crítica al Anteproyecto alemán de 1909— que la fórmula alemana, que hablaba de inconsciencia (*Bewusstlosigkeit*)⁴³ fue reformada por la ley del 24 de noviembre de 1933 y

^{40 bis} ABBAGNANO distingue ambos sentidos designándolos como “consciencia teórica” y “consciencia moral” (*Dizionario di Filosofia*, Torino, 1980, p. 184).

⁴¹ En este sentido hay amplia información en FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*; EISLER, RUDOLF, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, Berlín, 1927, I, 216; desde un punto de vista marxista, *Grundlagen der marxistischen Philosophie (Nach der 2. überarbeiteten und ergänzten russischen Auflage)*, Berlín, 1965, 124 y ss.

⁴² Cfr. ZAFFARONI, *La capacidad psíquica de delito*, cit. y bibliog. allí indicada.

⁴³ V., J. von Olshausen's *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlín, 1927, p. 260.

se reemplazó la expresión por *Bewusstseinstörung* (perturbación de la consciencia)⁴⁴.

En la Argentina se ha interpretado el estado de inconsciencia de una manera muy particular. Núñez dice que "a pesar de los términos de la ley no se requiere en realidad una pérdida absoluta de la consciencia, pues si esto sucede, no sólo falta la culpabilidad sino también la acción"⁴⁵. Nos parece que esta interpretación, que se hace "a pesar de los términos de la ley" está reñida con los principios que deben regir el método dogmático, porque ninguna construcción dogmática puede hacerse "a pesar de los términos de la ley". No obstante, Núñez reconoce que la "pérdida absoluta" elimina la acción y lo mismo hace Fontán Balestra cuando se refiere a una "inconsciencia absoluta"⁴⁶. En ello siguen estos autores a Soler, que reconoce la falta de acción cuando hay "inconsciencia total"⁴⁷. Parecido criterio parece sostener Terán Lomas⁴⁸. *En síntesis, según estos autores, habría una "inconsciencia total" a la que se le opondría una "inconsciencia parcial"*.

Pues bien, creemos que la supuesta "inconsciencia parcial" es una *contradictio in terminis*, porque si "in" es una partícula privativa, niega la consciencia. Al decir "inconsciencia parcial", con la expresión "parcial" estamos afirmando su existencia: si habitualmente tengo diez naranjas no puedo decir que no tengo naranjas cuando solo tengo tres. "Inconsciencia" no puede ser otra cosa que la falta de "facultades" que los autores mencionados reconocen como ausencia de acción.

Por otra parte, si estos autores reconocen expresamente que la que ellos llaman "inconsciencia total" o "absoluta" provoca la ausencia de acción, tienen necesariamente que convenir en que el artículo 34, inc. 1°, prevé la total incapacidad psíquica para el delito, además del error y de la ignorancia. Ello es obvio, porque *no hay otro asidero legal* para fundar la ausencia de acción en el estado de inconsciencia llamado "total"⁴⁹, salvo que recurran al concepto óntico de acción humana (camino vedado para ellos).

276. Culinación de la metamorfosis de la fórmula rusa. Nos hemos visto precisados a salir del tema de la conducta y adelantarnos en el terreno de la capacidad psíquica de culpabilidad porque es menester des-

⁴⁴ V. SCHÖNKE, ADOLF, *StGB für das Deutsche Reich Kommentar*, München u. Berlin, 1942, pp. 150 y ss.; *Reichs-Strafgesetzbuch nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung, Leipziger Kommentar*, Berlin, 1944, 396 y ss. En sentido crítico a la expresión "estado de inconsciencia" en las fórmulas de la inimputabilidad, QUIROZ CUARÓN, ALFONSO, *Comentarios al Proyecto de Código Penal Tipo de México de 1963*, en "Revista Mexicana de Derecho Penal", 38, 1964, 35 y ss. (43 y ss.).

⁴⁵ NÚÑEZ, II, 39; insiste en el mismo punto de vista en *Manual*, 214.

⁴⁶ FONTÁN BALESTRA, II, 450.

⁴⁷ SOLER, II, 54-5.

⁴⁸ TERÁN LOMAS, I, 458; en igual sentido, DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal Argentino*, Bs. As., Córdoba, 1972, 364.

⁴⁹ Así expresamente, SOLER, II, 54, nota 25; TERÁN LOMAS, loc. cit.

lindar la involuntabilidad de estos supuestos y para ello se requiere, ineludiblemente, un replanteo general del art. 34, inc. 1°. Ya que lo comenzamos, lo terminaremos sintéticamente, sin perjuicio de insistir en ello en cada uno de los estratos pertinentes. Ya vimos que la fórmula rusa era una fórmula de la inimputabilidad y, por efecto de emplear incorrectamente la "inconsciencia", se convierte en una fórmula que abarca la capacidad psíquica de conducta.

Pero el legislador argentino ha incluido también al error y a la ignorancia de hecho, con lo cual excedió la inimputabilidad y la involuntabilidad abarcando ya la atipicidad y la inculpabilidad por falta de elementos cognoscitivos a dos niveles: el aspecto objetivo del tipo y la antijuridicidad del acto. El legislador argentino, valiéndose de la traducción francesa de la fórmula rusa, no parece haber comprendido bien lo que la comisión rusa quiso significar con la "comprensión" (que como luego veremos no es lo mismo que el "conocimiento") de las *Eigenschaften* (características) y del *Bedeutung* (significado), lo que a la luz de las *Erklärungen* (explicaciones) rusas resulta sumamente claro: *Eigenschaften* son las características del tipo objetivo, en tanto que *Bedeutung* (significado) es la antijuridicidad (significado jurídico). El legislador argentino no tuvo a la vista estas "explicaciones", ya que no las cita, sino el puro texto francés, que habla de *nature* y de *sens*, lo que aunado a la "insuficiencia" de la "capacidad de espíritu" y "perturbación de las facultades del alma", resulta bastante oscuro y hasta poco menos que ininteligible. Sólo a través de la mayor precisión de la traducción alemana y de las explicaciones de la Comisión Redactora se puede desentrañar el sentido de esto. Fue así que el legislador argentino, aparte de ampliar la insuficiencia y la alteración suprimiendo cualquier particularización, y de incluir a la inconsciencia —supuesto de involuntabilidad— y al error y a la ignorancia —lo que lo lleva al terreno de la atipicidad y de la inculpabilidad— hizo otra simplificación más: la "*nature*" y "*la sens*" pasaron a ser "*la criminalidad*" del acto, con lo cual hoy nos vemos precisados a deslindar dos estratos en la "comprensión de la criminalidad del acto": el de la comprensión a) del tipo objetivo y b) de la antijuridicidad⁵⁰.

Creemos errónea la identificación de "comprensión de la criminalidad" con "comprensión de la antijuridicidad". Para ello "criminalidad" sería equivalente de "antijuridicidad" y esto es rotundamente falso: hay actos que ofrecen la característica de antijuridicidad y no la de "criminalidad", pues son atípicos (el incumplimiento de una obligación civil, por ej.). La criminalidad se compone de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad. Se nos ocurre elemental que tanto desconoce la "criminalidad" de su acto el que dispara sobre lo que cree que es un oso cuando en realidad es un hombre (error de tipo) como el que dispara contra un hombre

⁵⁰ Sin tener a la vista el material de que ahora disponemos, ya habíamos efectuado el deslinde de los dos estratos de comprensión que implica la "criminalidad" del acto en el art. 34 inc. 1° CP, en "Ponencias", Univ. de Belgrano, 1971.

creyendo que lo hace en legítima defensa (error de prohibición), al igual que el que cree que actúa, en estado de necesidad inculpante (error asimilable al error de prohibición en cuanto a sus efectos).

Cabe anotar otro dato demostrativo, que es proporcionado por la fuente misma de la expresión “criminalidad del acto”, la que demuestra que es una palabra que sirve de “comodín”, como expresión sintética y en reemplazo de otras de más difícil traducción, pero que en modo alguno reemplaza a “antijuridicidad”. En efecto, la expresión fue tomada por la Comisión del Código de 1886, que en el inc. 1º del art. 81 se refería al que “no haya tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad”⁵¹. El código de 1886, a su vez, la había tomado del código Tejedor, que la usaba en el inc. 3º del art. 147, que se refería al sujeto que “no ha tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad”, y en el inc. 5º del art. 147, refiriéndose a los sordomudos, que no hubiesen recibido educación suficiente para “conocer la criminalidad de sus actos”⁵². La primera disposición provenía del art. 121 del código bávaro. Es sabida la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, en que para ser imputable se debía ser capaz de sentir la amenaza de pena, es decir, de comprender la punibilidad. Pues bien, aquí Feuerbach, en el art. 121 del código de Baviera, exigía ese requisito, es decir, la comprensión de la “punibilidad” (*Strafbarkeit*), sólo que Vatel tradujo *Strafbarkeit*⁵³ por “criminalité” y Tejedor tradujo literalmente a Vatel.

En la segunda ocasión en que el código Tejedor usa la expresión “criminalidad” —referida a los sordomudos— pasa algo análogo: lo que Vatel tradujo —y Tejedor siguió— como “criminalité” era en alemán *Unerlaubtheit* y se hallaba en el art. 120 del código bávaro. Esa expresión es traducible como “calidad de no permitido”, pero no puede traducirse como “antijuridicidad”, porque esa palabra en alemán es *Rechtswidrigkeit* y el mismo Feuerbach la usa frecuentemente. En consecuencia, los dos textos son traducciones literales de Vatel⁵⁴ hechas por Tejedor, con lo que queda claro que el legislador argentino de 1921 tomó, en definitiva, una palabra con que se simplificó la traducción de dos diferentes, sin ser correcta en ninguno de ambos casos, pero que tampoco en ninguno de ambos quiso significar “antijuridicidad”, y mucho menos en la fórmula de inimputabilidad, donde bien claramente en su origen significaba “punibilidad”.

En cuanto a la capacidad de dirigir sus acciones, Aschaffenburg le agregaba en 1909 “conforme a ese conocimiento”, fórmula que se siguió en la legislación alemana y que pretende abarcar las “psicopatías”. Veremos luego que el psicópata es inimputable porque no “comprende la

⁵¹ Código Penal de la República Argentina, Edición Oficial, Bs. As., 1887, p. 25.

⁵² Código Penal de la Provincia de Buenos Aires, Nueva Edición Oficial, Bs. As., 1884, p. 96.

⁵³ STENGLEIN, *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, München, 1858, I, p. 63.

⁵⁴ VATEL, op. cit., p. 105.

criminalidad", pero dirige perfectamente sus acciones, y ésta es una causa que puede ser de inimputabilidad (en que escuadran otros procesos) o de involuntabilidad (si la incapacidad es muy profunda).

La crítica que se le puede formular a nuestra interpretación del art. 34, inc. 1º, en que concluimos *que es una síntesis de los requerimientos cognoscitivos del delito*, es que si la expresión "no imputable" se refiere a la inconsciencia, al error y a la ignorancia, no hay asidero legal para fundar la teoría de las *acciones liberae in causa*. Veremos luego que esta teoría no es admisible en nuestro texto. Otra crítica puede fundarse en que el texto usa la voz "acto" y "acciones", pero, en realidad, ya hemos visto que el texto usa al respecto una terminología que no permite deducir nada cierto respecto a la conducta (a veces usa "hecho", otras "acción", otras "acto", etc.). Por último se puede observar que agrega "de hecho" a "ignorancia". De esto nos ocuparemos al tratar del error de tipo.

277. Los supuestos de involuntabilidad en particular. Tal como ya lo hemos dicho, son casos de involuntabilidad la inconsciencia y la imposibilidad de dirigir voluntariamente los movimientos.

a) *Involuntabilidad por inconsciencia.* Es generalmente aceptado que la privación de consciencia es un supuesto de ausencia de acto, y ello se da cuando no hay intervención de los centros altos⁵⁵, o cuando lo hacen en forma altamente discontinua o incoherente. No obstante, la neurología no tiene suficientemente esclarecida la naturaleza de ciertos estados patológicos o no. Tal sucede, por ej. con el sueño y el hipnotismo⁵⁶. Como tales estados nos restan en una zona de penumbra respecto de la participación o ingerencia que en ellos tienen los centros altos, o sea, la consiguiente perturbación o anulación de la consciencia (inimputabilidad o ausencia de acto), ante la duda que la fisiología no puede desvirtuar, entendemos que es menester considerarlos supuestos de involuntabilidad, puesto que si bien no hay delito en ningún caso, es más restrictivo de responsabilidad considerar involuntable al sujeto que hacerle autor de un injusto.

Esta solución la consagran expresamente algunos textos legales, como el Código salvadoreño de 1973, que considera que hay "ausencia de acto voluntario" tanto en el sueño fisiológico, natural o provocado como en estado de sugestión hipnótica. Entre nuestros antecedentes, cabe recordar el proyecto de 1891, que en su art. 59 inc. 3º exceptuaba de res-

⁵⁵ SOLER, II, 55; NOVOA MONREAL, I, 278.

⁵⁶ Cfr. *La capacidad psíquica* cit. y la bibliog. allí indicada; también MUÑOZ R.-GUERRA DE VILLALAZ, 208-9; TERÁN LOMAS, I, 298; DAMÁSIO E. DE JESÚS, 215; BRUNO, ANÍBAL, I, 317; etc.

ponsabilidad al que "ha ejecutado el hecho en virtud de una sugestión hipnótica a la que no ha prestado su consentimiento".

a) Hay algunos supuestos de involuntabilidad que no dejan lugar a dudas, como son las crisis epilépticas y el estado de coma. Las *epilepsias* son crisis cerebrales que provienen de una descarga neuronal, caracterizadas por una anulación de la consciencia que se da incluso cuando las crisis son brevísimas (*petit mal*): las pequeñas ausencias suelen dar lugar a hechos de apariencia típica culposa u omisiva, particularmente en el tránsito.

Los casos de hechos de actividad durante las crisis no son frecuentes, porque suelen producirse en un estado de furor posterior a las mismas. También en ellos hay involuntabilidad, aunque por incapacidad para controlar los movimientos. Los más frecuentes hechos de actividad suelen darse en los llamados casos de "sonambulismo epiléptico". Kolle registra 35 casos en el último siglo y medio en que se cometieron homicidios u otros delitos de lesiones⁵⁷.

b) A partir de argumentos de Foderé, que decía que en el *sueño* se ejecutan los proyectos tratados en la vigilia, Tissot sostenía la responsabilidad penal del sonámbulo⁵⁸. "El hombre que está acostumbrado al crimen, escribía Foderé, descubre por la noche los senos más ocultos de su inclinación viciosa, que había estado contenido por la presencia de los objetos externos, mientras se hallaba despierto"⁵⁹. Hoy nadie puede sostener seriamente un argumento semejante, en base al cual fundamentar la responsabilidad penal del hombre dormido, pero el discurrir de Foderé encierra la pretensión de penar lo no consciente, la que suele re- verdecer de diversas maneras.

Las modernas investigaciones neurológicas acerca del sueño han puesto de manifiesto que en su curso se opera una intensa actividad cerebral, en la que no todas las etapas son iguales⁶⁰. Parece existir un doble juego de mecanismos cerebrales: el de la vigilia y el del sueño. En la vigilia el sistema sensorial funciona selectivamente y, por tanto, en forma inhibitoria sobre la corteza. El mecanismo del sueño impide el de vigilia y, por tanto, la corteza se libera dentro del marco general que le permite el mecanismo del sueño. Ambos pueden entenderse como dos diferentes formas de control fisiológico que se excluyen. Si bien hay intensa actividad cerebral en el sueño, cuando está excluido el mecanismo de vigilia, la corteza no interviene en la forma requerida para afirmar

⁵⁷ KOLLE, KURT, *Psiquiatría*, Madrid, 1964, 225.

⁵⁸ TISSOT, J., *Le droit pénal étudié dans ses principes dans les usages et les lois des différents peuples du monde*, París, 1860 (hay trad. española, Madrid, 1880); en contra, por la misma época, PACHECO, I, 135; GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, *Elementos de derecho penal de España*, Madrid, 1849, 35-36.

⁵⁹ FODERÉ, FRANCISCO MANUEL, *Las leyes ilustradas por las ciencias físicas o tratado de medicina legal y de higiene pública escrito en francés por el ciudadano...*, Madrid, 1801, I, 283-4.

⁶⁰ Un panorama de estas investigaciones, GAER LUCE, GAIL-SEGAL, JULIUS, *El sueño*, México, 1967.

la existencia de voluntad. Creemos que es diferente en el llamado caso de los "estados crepusculares", en que el mecanismo de vigilia se pone en funcionamiento, aunque una gravísima perturbación de la consciencia acarrea —sin lugar a dudas— una incapacidad psíquica para la tipicidad o para la culpabilidad⁶¹.

c) El *hipnotismo* ha dado lugar a discusiones que durante años fueron más académicas que prácticas⁶² y en Francia fue asimilado a la fuerza física irresistible⁶³. Las discusiones del siglo pasado se centran en torno de dos posiciones: "Una, representada por Charcot y Gilles de la Tourette, dice: para que una sugestión sea aceptada es necesario que el sujeto sea histérico y de inteligencia débil, que sea el fruto de una educación hipnótica, que sea hipnotizado por su hipnotizador habitual, que, por fin, la sugestión no sea contraria a sus sentimientos más profundos. La otra, representada por Beaumais y Liégeois, dice: la sugestión es aceptada siempre, de cualquier hipnotizador sobre cualquier sujeto —también sano—; no es necesario que no contradiga algunos sentimientos porque el sujeto hipnotizado es un autómeta"⁶⁴.

Esta divergencia tiene hoy importancia histórica. Clínicamente se ha establecido que los psiconeuróticos son más fácilmente hipnotizables y que hay una discriminación inconsciente para la recepción de las órdenes pero, dada la naturaleza inconsciente de la discriminación, no podemos relevarla penalmente, pues no se trata más que de una caricatura de voluntad. Distinto es el supuesto de la sugestión post-hipnótica, que habrá de plantear un problema de culpabilidad, al margen de autodeterminación del sujeto.

El caso más recordado de hipnotismo en la comisión de delito tuvo lugar en Dinamarca en 1951, en que un sujeto hipnotizó a otro, a quien le ordenó que asaltase un banco, pero el hipnotizado dio muerte a un empleado, sin apoderarse de nada⁶⁵.

En cuanto al uso de "medios hinópticos o narcóticos", si bien se equipara a la "violencia" por disposición del art. 78, no creemos que dicha disposición implique necesariamente que sean supuestos de ausencia de conducta. Al hipnotismo lo consideramos tal por las razones que apuntamos y, en cuanto a los narcóticos, *será cuestión de indagar en cada caso qué grado de incapacidad han provocado*. Nos basamos en que la expresión "violencia" está usada de distinta

⁶¹ Ejemplos de estos estados en HENRIQUEZ, ENRIQUE C., *Trastornos mentales transitorios y responsabilidad criminal*, La Habana, 1949, 93 y ss.

⁶² Casos penales se mencionan en PAULSEN-KADISCH, cit., p. 218; ALIMENA, BERNARDINO, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1896, II, 143.

⁶³ GARRAUD, *Traité*, 1913, I; GARÇON, EMILE, *Code Pénal Annoté*, París, s.f.

⁶⁴ ALIMENA, op. cit., p. 141.

⁶⁵ V. LLUESMA URANGA, ESTANISLAO, *Manual de Psiquiatría para uso forense*, Bs. As., 1965, p. 120.

manera en el CP (en el art. 164 la "violencia" no puede ser un concepto que se equipare a someter a la víctima de una fuerza física irresistible, al igual que las "violencias" del art. 95, la del 181, etc.).

Por otra parte, la redacción del art. 34 es clara. Dice: "violentado" por una fuerza física irresistible. Sólo en la medida en que la violencia llegue a constituir una fuerza física irresistible será un supuesto de ausencia de acto (por fuerza física irresistible). *Igual sucede, si se traduce en una inconsciencia.*

De allí que no compartimos la opinión de que "la violencia desplaza a la calidad de autor". La violencia desplaza la calidad de autor siempre que constituya una fuerza física irresistible, pero puede o no desplazarla cuando configura una coacción, que en modo alguno es una falta de acción.

Fontán Balestra y Núñez afirman que cualquier empleo de hinóptico o narcótico constituirá falta de acción por fuerza física irresistible *aunque en realidad no falte la acción*⁶⁶. Núñez aclara que si falta la acción por otras causas psíquicas, debe aplicarse el art. 34 inc. 1º para absolver, pero teniendo en cuenta que lo que falta es la acción⁶⁷. Aquí Núñez se refiere seguramente al "estado de inconsciencia" ("total"). Jiménez de Asúa⁶⁸ comparte entusiastamente la opinión de Soler y critica a Mallo por su escasa reflexión sobre el punto. Mallo afirma que la violencia física o moral está tratada en cada oportunidad por la ley "penal" y por ende a ese tratamiento se remite. "Esta disposición —agrega— totalmente innecesaria, no puede tener otro justificativo que el de no alterar la numeración al proyecto al pasar al Senado. Esta Cámara suprimió un artículo al proyecto originario que se le remitía en revisión, con lo que le fue necesario hacer una nueva disposición con lo que era un inciso del artículo anterior"⁶⁹. La explicación administrativa de Mallo tampoco nos satisface.

En este sentido no compartimos ninguna de las opiniones expuestas. El artículo 78 dice: "Queda comprendido en el concepto de 'violencia' el uso de medios hinópticos o narcóticos", y el 34, inc. 2º "el que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente". Tan "violentado" está, según la ley, el que lo está por una fuerza física irresistible como el que lo está por las amenazas de sufrir un mal grave e inminente. Si en ambos casos hay violencia y uno es una causa que excluye la antijuridicidad o la culpabilidad, quiere decir que puede haber una violencia que no necesariamente excluye la acción y ello se hace claro en los tipos, cuando el legislador se refiere a

⁶⁶ FONTÁN BALESTRA, I, 446.

⁶⁷ NÚÑEZ, I, 234.

⁶⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, 2ª ed., III, 720-2.

⁶⁹ MALLO, MARIO M., *Código Penal Argentino comentado y sus leyes complementarias*, Bs. As., 1948, I, 451.

“violencia”. En el robo, por ejemplo, no necesariamente se requiere que esa violencia excluya la acción. Luego *la fuerza física irresistible es una forma de violencia*, pero sólo una, y el art. 78 es de aplicación a *todas* las formas de violencia que la ley ha previsto.

La palabra “violentado” del inc. 2º del art. 34, que no se hallaba en el código Tejedor, aparece en nuestra ley desde el código de 1886, tomada del § 3 del art. 10 del código del Imperio del Brasil (“Os que cometerem crimes violentados por força ou por medo irrisistiveis”), y resulta claro que tampoco en este texto “violencia” era ausencia de acto, puesto que el “miedo irresistible” no tiene por qué ser un supuesto de ausencia de conducta, grado al que sólo llega en casos excepcionales. La fórmula del *Código do Império* era una construcción sintética que reformula del § 13 del Título II del proyecto de Mello Freire (“Nãó é tambem criminosa a açao, que provier de una causa fisica o de força maior, a que se nãó pode resistir, ou de ameaças e medo...”), comenzando la redacción en forma similar al casuista art. 35 del proyecto de Livingston (“si une personne est contrainte par menace, on par violence...”), de donde se deduce que, históricamente, el “violentado” argentino tiene como antecesor directo al brasileño y como antecedente mediato al “contrainte” del proyecto Livingston, donde tampoco implicaba una ausencia de conducta.

En cuanto a que es sobreabundante, como afirma Mallo, nos parece también erróneo. Creemos que cumple una importante función dogmática con respecto a algunos tipos. No necesariamente un narcótico debe suministrarse por vía violenta: un somnífero en un vaso de vino, cloroformo echado a través del orificio de una cerradura, etc., son supuestos de uso de narcóticos contra personas, pero de uso no violento. Hinoptizar a alguien “violentamente” nos parece directamente imposible. En consecuencia, por ejemplo, si alguien se valiera de estos medios empleados sobre la víctima para “apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena”, sería hurto (art. 162), de no existir la disposición del art. 78, que hace que sea robo (art. 164.2). Igual cosa sucede en el art. 149 bis (coacción), en el art. 181 (usurpación), etc.

β) *Involuntabilidad por imposibilidad de dirigir voluntariamente los movimientos*. Ésta se funda en el art. 34, inc. 1º, párrafo primero, última parte, del CP. Hay incapacidad de dirigir las acciones como causa de involuntabilidad cuando los movimientos no responden a la voluntad por incapacidad psíquica. Tal sucede por ej., en una parálisis histérica en que el sujeto se ve privado de la posibilidad de auxiliar a su compañero herido. Otro supuesto es el del mutismo histérico del que no puede avisar al ciego que avanza hacia un peligro.

No pueden confundirse estos casos de involuntabilidad con los de inimputabilidad que quedan comprendidos en la misma disposición, y que corresponde a fobias, compulsiones y, en general, a cua-

dros psiconeuróticos en que la capacidad de dirección está notoriamente disminuida, pero no eliminada, tratándose de una reducción de la capacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad ⁷⁰.

278. **El estado de involuntabilidad “imputable”.** Quien se vale de otro, que se halla en estado de involuntabilidad, para cometer un delito, por lo general es autor del mismo (autor directo), aunque tratándose de *delicta propria* y de delitos de propia mano, no será autor del delito, sino autor de la determinación al delito y, como tal, tendrá la misma pena que el autor del delito ⁷¹.

Ahora bien, cuando se trata del mismo sujeto que se coloca en estado de involuntabilidad, nos hallamos con una conducta, que es la de colocarse en tal estado, cuya tipicidad debemos investigar. No se trata de un supuesto de la llamada teoría de las “acciones liberae in causa” —que rechazamos—, sino de un supuesto más claro e indudable: aquí no hay ninguna acción libre en la causa, sino una acción libre que causa, lo que es completamente distinto, o mejor, hay directamente “una acción que causa”. La circunstancia de que el sujeto se utilice a sí mismo como instrumento para nada obsta a la tipicidad de instrumentarse de ese modo, y aquí sí es correcto hablar del “instrumento”, porque el propio agente, caído en tal estado, carece de voluntad y opera de la misma manera que un mecanismo cualquiera, lo que no acontece en la llamada teoría de las “acciones liberae in causa”.

IV. — LA IMPORTANCIA DE LA AUSENCIA DE CONDUCTA

279. **La importancia de la ausencia de conducta.** La ausencia de conducta resulta importante desde distintos puntos de vista en cuanto a sus consecuencias prácticas, y por ello es menester distinguirla de los otros supuestos en que no hay delito.

a) *No hay legítima defensa contra quien no se conduce.* La agresión ilegítima que la ley requiere para la legítima defensa no necesita ser una conducta típica, pero debe ser una conducta antijurídica, para lo cual es menester, ante todo, que sea una conducta. Como el involuntable y el que se encuentra sometido a una fuerza física “irresistible” no realizan acciones, no puede haber legítima defensa contra ellos como no puede haberla contra un animal o contra

⁷⁰ V. § 514.

⁷¹ V. § 528.

un objeto. El caso debe resolverse pues, conforme a los principios del estado de necesidad, justificante o inculpante, según sea.

Esta solución puede aparejar un supuesto en que resulta aparentemente injusta, pero consideramos que de cualquier modo así es: como no hay legítima defensa contra un involuntable o contra el hacer de un sujeto sometido a fuerza física irresistible, sino un estado de necesidad que exculpa al agredido (cuando para salvar la vida es absolutamente necesario matar al involuntable), la conducta del agredido puede ser repelida por un tercero en legítima defensa del involuntable, lo que es perfectamente posible toda vez que, si bien la conducta del agredido es exculpada no es justificada, de modo que no se nos presenta un caso de legítima defensa contra la legítima defensa o sea un supuesto inadmisibles, sino un supuesto de verdadera legítima defensa de un tercero (art. 34, inc. 7º). No obstante, creemos que esta es la solución legal porque el calificativo de "ilegítima" sólo puede aplicarse a una conducta humana. Por otra parte si pretendiésemos ampliar el concepto de "agresión ilegítima" a hechos humanos que no sean conducta nos hallaríamos frente a otra solución indeseable: sería jurídica o justificada la conducta del agredido aunque tuviera la posibilidad de evitar el daño por otro medio menos lesivo o de huir. Con el tratamiento que le damos es diferente, porque se trata de un estado de necesidad y no hay tal estado cuando existe la posibilidad de huir. De cualquier manera los supuestos son reducidos al caso en que haya una fuerza física irresistible que no sea humana o en que el involuntable no sea utilizado por un tercero, porque en estos casos hay una *agresión ilegítima* que realiza el tercero y el cuerpo del que sólo "obra" es un mero instrumento, ya que se trata de un individuo que no realiza ninguna conducta. En estos supuestos de verdadera legítima defensa, cabe destacar que si bien el involuntable no actúa, no es lo mismo defenderse de la agresión que se comete mediante un perro que de la que se comete mediante un hombre, por lo que al resultado muerte o lesión del instrumento respecta. Aquí la "necesidad racional del medio empleado" por parte del que se defiende debe ser la menos lesiva posible e incluso creemos que no hay tal necesidad racional en estos supuestos si el agredido tiene la posibilidad de huir. Quedaría por verse, además en cada caso, la posibilidad de dolo eventual o culpa, respecto de la lesión que sufre el involuntable como resultado de la legítima defensa por parte del autor. Por ejemplo: en el supuesto que un sujeto A hipnotiza a B para que mate a C y C defendiéndose lesiona a B, es muy posible que haya por parte de A, tentativa de homicidio con dolo

directo en perjuicio de C, en concurso con lesiones con dolo eventual por las sufridas por B.

b') *No puede instigarse a un involuntable*. Quien se vale de un involuntable para lesionar un bien jurídico no es instigador (art. 45 *in fine*), sino autor porque está "determinando directamente" a otro, sirviéndose de otro, como simple instrumento físico, que es el máximo grado de determinación.

En este sentido la doctrina nacional es correcta⁷², habiéndose deslizado el error de asimilar el caso al de la autoría mediata en algunos autores extranjeros⁷³.

c') *La llamada "participación necesaria"*, tampoco sería posible en múltiples casos: en lugar de aborto consentido habría aborto violento, en lugar de adulterio con mujer casada, violación etc. En otros no obstante, creemos que ella es viable, como en la violación calificada del 122 porque no se puede negar al involuntable, por más que sea incapaz de conducta humana, su carácter de "persona".

V. — SUPUESTOS QUE HAN SUSCITADO DUDAS DOCTRINARIAS

280. **La incapacidad para dirigir las acciones.** Ya hemos visto que la incapacidad de dirigir las acciones puede ser una causa de inimputabilidad o una ausencia de acto. En caso de no funcionar como ausencia de acto, el sujeto deberá tener consciencia —aunque fuere perturbada— porque de lo contrario habría involuntabilidad por inconsciencia.

Los casos de involuntabilidad (parálisis histéricas y otros similares) deben distinguirse cuidadosamente de los de inimputabilidad. Entendemos que en estos últimos se trata de ciertas psiconeurosis graves o de ciertos estados de perturbación de la volición, en que el aspecto cognoscitivo y la capacidad comprensiva quedan intactos pero, no obstante la dirección de las acciones se torna de difícil control para el sujeto, sin que sea mero automatismo o reflejo. Tales son los estados fóbicos graves, en sus diversas temáticas (claustrofobia, zoofobia, fotofobia, etc.) y las compulsiones graves, por ejemplo, algunos grados profundos de miedo. No obstante, entendemos que en todos estos supuestos, lo que se dificulta es el control de la dirección

⁷² Cfr. NÚÑEZ, I, 233; SOLER, I, 1967, 270; FONTÁN BALESTRA, I, 444.

⁷³ V. RODRÍGUEZ DEVESA, 676.

de las acciones, pero el sujeto sabe lo que su acción significa físicamente y, además, *sabe y comprende* su relevancia jurídica. También hay una voluntad final (huir, destruir el objeto que desencadena la fobia, etc.). Sólo la dirección de esa acción se dificulta, conforme al conocimiento que del mundo exterior y a la comprensión de la anti-juridicidad el sujeto tiene. En consecuencia, lo que en definitiva sucede es que a un sujeto en tal situación no se le puede exigir otra conducta distinta y, por ende, se trata de una causa de inimputabilidad.

Es importante tener esto en cuenta, pues si nos atenemos a las interpretaciones más usuales, este supuesto pretende abarcar los casos de psicopatía. Como veremos luego, tales casos constituyen inimputabilidad, porque el psicópata no puede comprender la anjuridicidad.

281. **La obediencia debida.** En el art. 27 del proyecto de 1960 y en su obra⁷⁴, desarrolló Soler la teoría de que la obediencia debida constituye un supuesto de ausencia de acto, aunque anteriormente la había distribuido entre el error de hecho y el cumplimiento de la ley⁷⁵. El argumento de fondo en que apoya esta tesis, en los casos en que el sujeto no tiene la posibilidad jurídica de revisar la orden del superior, es el desplazamiento de la autoría al sujeto de quien la orden emana. Sostiene que en estos casos el sujeto está “predeterminado” por el derecho y no “decide”.

Creemos con Núñez que “este punto de vista desplaza la cuestión de la acción o autoría de su verdadero ámbito, que es el *aspecto fáctico* de la intervención material voluntaria del agente en la ejecución del delito y la traslada al campo *puramente jurídico* de la irrefragabilidad de la orden de intervenir en esa ejecución⁷⁶. En general, la tesis de Soler no ha tenido aceptación entre nosotros⁷⁷.”

Dentro del planteo general de este autor, la solución que ahora sustenta no es descabellada, sino un resultado de hallarse entre dos fuegos: si, en verdad, el que cumple la orden actúa jurídicamente —como lo cree Soler— *no cabe posibilidad de legítima defensa contra él* y, por

⁷⁴ SOLER, I, 255 y ss.

⁷⁵ V. SOLER, II, 1953 y anteriores ediciones.

⁷⁶ NÚÑEZ, *Manual*, 198.

⁷⁷ Coincide con SOLER, HERRERA, LUCIO E., *Reflexiones sobre la obediencia debida*, en RDP y C, 1970, I. p. 22; opinión contraria en NÚÑEZ, I. 410 y ss.; ARCIBAY MOLINA y col., I, 186 y ss.; SODI, DEMETRIO, *Nuestra ley penal*, México, 1917, I, 138; FIERRO, GUILLERMO J., *La obediencia debida y Algo más sobre la obediencia debida*, en “Revista Michoacana de Derecho Penal”, nº 4, 1966, pp. 14-30 y 31-40 respectivamente; GRAMAJO, E., op. cit., p. 139; TERRAGNI, MARCO ANTONIO, *Homicidio y lesiones culposas*, Bs. As., 1979, p. 31; TERÁN LOMAS, I, 305.

otra parte, eso implica aceptar que *es posible cometer un delito mediante la conducta de un tercero que permanece conforme a derecho*. Estos problemas no son tales para nosotros, porque aceptamos un injusto personal, pero para la doctrina dominante en la Argentina es inadmisibile, particularmente la segunda conclusión. De allí que Soler opte por el camino de la ausencia de conducta⁷⁸.

⁷⁸ Volveremos sobre el tema *infra*, § 519.

TÍTULO III

TIPICIDAD

I – TIPICIDAD EN GENERAL

- CAPÍTULO XIX: Conceptuación general del tipo penal.
- CAPÍTULO XX: Distintas concepciones doctrinarias del tipo penal según sus relaciones con los otros estratos analíticos.
- CAPÍTULO XXI: Tipicidad y antinormatividad.

II – TIPICIDAD LEGAL

- CAPÍTULO XXII: Aspecto objetivo del tipo doloso.
- CAPÍTULO XXIII: Tipos activos: aspecto subjetivo de los tipos dolosos (el dolo).
- CAPÍTULO XXIV: Tipos activos: aspecto subjetivo de los tipos dolosos (elementos subjetivos del tipo distinto del dolo).
- CAPÍTULO XXV: Los tipos activos: tipos culposos.
- CAPÍTULO XXVI: El “nullum crimen sine culpa” y las violaciones al mismo.
- CAPÍTULO XXVII: Los tipos omisivos.

III – TIPICIDAD CONGLOBANTE

- CAPÍTULO XXVIII: Tipicidad y atipicidad globantes.

CAPÍTULO XIX

CONCEPTUACIÓN GENERAL DEL TIPO PENAL

I. — DEFINICIÓN: 282. Definición. II. — DELIMITACIÓN: 283. Tipo tipicidad (adecuación típica) y juicio de tipicidad. 284. Tipo sistemático (o fundamentador) y tipo-garantía. 285. Otras "clases de tipos". III. — MODALIDADES TÉCNICO-LEGISLATIVAS DE LOS TIPOS: 286. Tipos legales y tipos judiciales. 287. Tipos abiertos y tipos cerrados. 288. Otros supuestos de apertura típica. 289. El "tipo de autor" y el "tipo de acto". IV. — TIPICIDAD Y LEY PENAL EN BLANCO: 290. Tipicidad y ley penal en blanco.

I. — DEFINICIÓN

282. **Definición.** El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva, que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por penalmente prohibidas).

A) *El tipo es un instrumento legal*, o sea que es un dispositivo que se halla en la ley y no en el delito. Mediante el *juicio de tipicidad* se establece la *tipicidad de una conducta*, siendo ésta la característica del delito. Con la pertenencia del tipo a la ley, no queremos afirmar que el tipo penal se agota en la formulación legal aislada que lo contiene, sino que, como luego veremos, la formulación legal en sí misma es el *tipo legal*, pero el mismo está requerido de una rectificación conglobante (tipo conglobante), dando ambos lugar al tipo y a la consiguiente tipicidad penal. De cualquier manera, el tipo conglobante también surge de la ley, por lo que es correcto calificar en general al tipo como instrumento "legal".

B) *El tipo es lógicamente necesario*. Cualquiera sea el sistema legal que exista, el tipo es imprescindible para averiguar qué es un delito. En su contenido el legislador puede prohibir las más diversas conductas, lo puede hacer con la mayor precisión posible (sistema de tipos legales) o proporcionando al juez una pauta (o sistema de pautas) general de elaboración (sistema de tipos judiciales), pero

de cualquier modo no se puede llegar a un concepto sistemático del delito prescindiendo del tipo, porque *no se puede averiguar la delictuosidad de una conducta prescindiendo de su tipicidad*¹.

C) *El tipo tiene naturaleza predominantemente descriptiva*. Esta característica requiere algunas aclaraciones:

a) En principio, si bien el tipo siempre describe conductas o acciones, no siempre describe conductas prohibidas, puesto que, ocasionalmente, describe la conducta *debida* (tipos omisivos). En consecuencia, *si bien el tipo reconoce un carácter descriptivo, no siempre las conductas que describe son las prohibidas*.

b) Por otra parte, en ningún caso la descripción legal es completa. Ello es imposible en general, porque se trata de conductas humanas y la ciencia desconoce múltiples aspectos de las mismas. Mas aún prescindiendo de las limitaciones científicas, *el tipo se limita a describir algunos aspectos diferenciales de la acción*, con lo que resulta ser un esbozo torpe de conducta en el que cabe una infinita variedad de conductas humanas. Esta descripción en general grosera es la que permite valerse del tipo para individualizar conductas.

c) El tipo está redactado en un lenguaje humano, y éste ha menester de un símbolo para connotar la conducta: el *verbo*. Consecuentemente, es ineludible que el tipo contenga un verbo. La circunstancia de que el verbo no esté bien precisado en el tipo legal es sólo una deficiencia o una modalidad de la técnica legislativa, que obliga al órgano jurisdiccional a precisarlo, a buscarlo, a desentrañarlo.

Amplia razón le asistía a Beling cuando destacaba la fundamental importancia del verbo típico². Se le objetó que el verbo, ocasionalmente, carece de semejante trascendencia porque se refiere a una acción en sí misma "inocente", como puede ser "copular" o "apoderarse". Creemos que esta observación nada tiene que ver con la importancia del verbo típico. La circunstancia de que éste connote acciones que son a veces "normales" en la vida social no puede negar la necesaria afirmación de que el tipo requiere un verbo. En cuanto a la "inocencia" o "normalidad" de algunas conductas, nos ocuparemos de inmediato.

¹ Esta necesidad lógica fue negada por la escuela de Kiel. Posteriormente resulta curiosa la opinión de Roxin, quien afirma que el tipo es un producto artificial cuyo abandono no refleja ninguna falta sistemática (ROXIN, CLAUS, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, cit., p. 181).

² BELING, en *D. L. vom Tatbestand*.

En verdad, a veces la ley no "recorta" o precisa suficientemente el verbo típico al menos con la claridad y precisión que fuera de desear. Tal ocurre por ej., con el tipo legal de adulterio de nuestro CP. En tales supuestos es tarea del dogmático averiguar cuál es el verbo, que en el caso citado creemos que es el mismo tener "acceso carnal" que se encuentra en la violación y el estupro³.

Marcada importancia otorgó von Weber al verbo típico, particularmente a su bipartición de transitivos e intransitivos⁴, aunque la juzgamos parcialmente errónea, pues extrajo consecuencias que hacen a lo general y abstracto (el tipo) pero que pretendió aplicar a lo particular y concreto (la conducta).

d) La circunstancia de que el tipo penal individualice conductas mediante descripciones *no implica que describa conductas y sólo conductas*. El tipo además de la conducta del autor, puede abarcar conductas de terceros, objetos, horas, lugares, resultados, etc. En consecuencia, esas conductas que aisladamente son indiferentes al derecho, no resultan indiferentes cuando se dan los otros elementos requeridos en la descripción típica.

e) La naturaleza descriptiva del tipo penal *no implica que éste describa una pura "exterioridad"*, un escenario de autómatas que causan resultados. Cuando el tipo describe conductas lo hace en su totalidad, o sea, como tales conductas son. El legislador se acerca más a un narrador que a un esquizofrénico retratista —como parece entenderlo el causalismo—: usa la descripción para individualizar conductas humanas y el hecho de que en la descripción se refiera a la exteriorización de la voluntad —aspecto imprescindible— no implica que prescinda de la voluntad misma —tan imprescindible como la anterior—. Hasta el causalismo contemporáneo debe reconocer que en los tipos hay claras referencias a lo subjetivo.

f) De la naturaleza predominantemente descriptiva del tipo *no puede deducirse su total acromaticidad valorativa*: el tipo le otorga relevancia penal a conductas que son presumiblemente antijurídicas.

g) *El tipo puede valerse ocasionalmente de otro método que acompañe o complemente a la descripción, que es la remisión valorativa (los elementos normativos)*. Esta remisión, en razón del sistema

³ La falta de precisión del verbo ha generado dudas en los casos de inseminación artificial y tenencia.

⁴ V. VON WEBER, H., *Aufbau*, y su trabajo póstumo cit.

político de tipos legales, será restrictiva, en general, pues lo contrario implicaría una quiebra del sistema.

D) *El tipo otorga relevancia penal a las conductas que individualiza.* Con la mera afirmación de la antijuridicidad de una conducta, nada podemos afirmar sobre su delictuosidad, y no solamente porque no conocemos aún si es o no culpable, sino porque la antijuridicidad es independiente de la delictuosidad en el sentido de que las conductas que interesan al derecho penal son unas pocas conductas antijurídicas.

Es contraria a una norma una infracción administrativa o el incumplimiento de un contrato, pero estas conductas antijurídicas, por sí mismas, no interesan al derecho penal. Le interesarán cuando con la infracción administrativa se viola, por ejemplo, un deber de cuidado y se causa una lesión física (art. 94), o cuando en la celebración del contrato incumplido se ha empleado un ardid y el incumplimiento reporta a su autor un indebido beneficio patrimonial (estafa), etc.

Con mucha mayor razón la culpabilidad del autor no nos interesará penalmente, porque tampoco sabemos si tiene alguna relevancia penal. Ponernos a averiguar la antijuridicidad de todas las conductas que violan normas jurídicas de cualquier índole y la culpabilidad de su autor (o lo que es lo mismo, la reprochabilidad de esa conducta), para averiguar después si interesa al derecho penal, es un camino absurdo⁵. El tipo penal es el dispositivo legal auténticamente penal que individualiza las conductas que nos interesan. Por eso decimos que es el que *otorga relevancia penal a la conducta*.

Cabe advertir aquí que la circunstancia de que le otorgue relevancia penal no significa que le otorgue "relevancia social". La "relevancia social" es una cuestión de hecho que nada tiene que ver con la tipicidad y cuya indagación corresponde al campo de la sociología y no al terreno dogmático, salvo que el tipo nos remita a ella para "cerrarlo".

⁵ Tal era, sin embargo, el camino que debía seguirse antes que BELING introdujera el concepto de tipo en 1906. De allí que en sistemas como el de VON LISZT se considerara —ineludiblemente— a la punibilidad como un elemento del delito.

II. — DELIMITACIÓN

283. **Tipo, tipicidad (adecuación típica) y juicio de tipicidad.** Si bien no se confunde al tipo con la tipicidad, suele darse a la expresión “tipicidad” un doble sentido que lleva a la confusión de ambos conceptos. Así, en un caso concreto, se suele hablar de la “tipicidad de la conducta homicida de A”, queriéndose connotar con ello α) que la conducta de A es típica de homicidio, y también β) la operación (función que desempeña el juzgador valiéndose del tipo) por la que se establece que la conducta de A es típica de homicidio. De este modo el tipo tiene por función la tipicidad para determinar la tipicidad, lo que resulta contradictorio.

Entendemos que es necesario distinguir entre el *juicio de tipicidad*, que es la función por la que ésta se establece, y la *tipicidad de una conducta*, que es el resultado del juicio anterior y una característica de la conducta y del delito.

Beling, muchos años después de la creación del concepto de tipo penal, reconoció que éste, tal como lo había anunciado en 1906, presentaba múltiples aspectos criticables, y por ello expone la teoría del *Leitbild*, que ha tenido eco en la doctrina nacional, aunque pasó totalmente por alto en la germana. No obstante la complejidad enorme de esta teoría —que no compartimos— tiene la virtud de poner bien de relieve que el tipo es una construcción imaginaria.

Beling decía con toda razón, que el tipo es una “construcción, imagen o figura de la imaginación” (*Vorstellungsbilde*)⁶, expresión que se tradujo por “de puro concepto”⁷, lo que no connota suficientemente lo que quiso con ello significar el que fuera profesor en München. Esta “construcción imaginaria” (e imaginada), en alemán *Tatbestand* (para nosotros que no aceptamos la teoría de *Leitbild* o “figura rectora”), es obra del legislador —que permanece en la ley— y que se ha traducido por “tipo”, expresión que conservamos y que ha adquirido carta de ciudadanía en el penalismo de lengua castellana⁸. La tipicidad (*Tatbestandsmäßigkeit*)⁹ se deriva del tipo mediante un juicio por el que esta-

⁶ BELING, en *D. L. vom Tatbestand*, 4.

⁷ BELING, *El rector de los tipos de delito*, trad. de L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas, Madrid, 1936, p. 12.

⁸ Sobre esta cuestión, JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 746 y ss. Coincidimos con este autor en que la traducción “caso penal”, hecha por Ramos, es confusa y de difícil manejo. Tampoco nos parece suficientemente precisa la de Núñez. Cabe consignar que también en Alemania se pretendió rebautizarlo; HEGLER propuso llamarle “descripción del delito” (*Deliktsbeschreibung*) (HEGLER, AUGUST, *Die Merkmale des Verbrechenens*, en ZStW, 36 [1915], p. 31. La traducción literal más correcta de *Tatbestand* es, para nosotros, “supuesto de hecho”).

⁹ *Tatbestandsmäßigkeit* es traducido por “tipicidad” por JIMÉNEZ DE ASÚA, y en tal sentido lo usamos. Cabe hacer notar que Prieto Castro y Agui-

blecemos si una acción es o no típica. Ese juicio no lo podemos confundir con su *resultado* que es una adjetivación (*tatbestandsmässige*) de la conducta. Así, tenemos un tipo (*Tatbestand*) de homicidio en el art. 79 CP. A mata a B. Mediante el *juicio de tipicidad* establecemos la *tipicidad* (*Tatbestandsmässigkeit*) de la acción de A (o sea que la acción de A es típica —*tatbestandsmässige*— de homicidio). Insistimos, pues, que en tanto el tipo pertenece a la ley, la adecuación al tipo pertenece a la conducta y, por ende, al delito.

Cabe aclarar que si bien el tipo *pertenece* a la ley penal, o sea que “es un elemento de la ley penal”, que “pertenece sólo a la ley y no a la vida real”, como lo afirmara Beling¹⁰, no implica la confusión que hace Class, quien pretende que Beling identificó al tipo con la ley penal¹¹: si así fuere, el tipo sistemático de Beling sería igual a la concepción pre-sistemática del tipo.

Sintetizando: el *tipo* es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el *juicio de tipicidad* la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador: *la tipicidad* el resultado afirmativo de ese juicio.

Hemos insistido en esta distinción porque suelen confundirse estos conceptos y así, se dice, por ej. que “la tipicidad es una característica descriptiva del delito”¹², cuando lo descriptivo es el tipo, porque en el delito, que es una conducta humana, nada hay de descriptivo.

El *juicio de tipicidad* cumple una función fundamental en la sistemática penal. Sin él la teoría quedaría sin base, porque la anti-juridicidad deambularía sin fijeza y la culpabilidad perdería sustentación por desdibujamiento de su objeto.

El requerimiento sistemático de tipicidad no puede negarse en tanto no quiera negarse con ello el contenido de determinación de verdad que hay en la tarea jurisprudencial y, por ende, en la dogmática, encargada de proyectar esa labor. Cuando el juez se pregunta si una acción determinada es delito, busca con ello una verdad: la congruencia de la acción con la prohibición que se halla en el enunciado. “El enunciado es verdadero cuando lo que mienta concuerda con la cosa sobre la cual él

re Cárdenas lo traducen por “adecuación al Tatbestand”, reservando “tipicidad” para el complicado concepto nuevo que introduce allí BELING (*Typizität*) (op. cit., p. 8).

¹⁰ BELING, en *D. L. vom Verbrechen*, p. 113.

¹¹ CLASS, WILHELM, *Grenzen des Tatbestandes, Versuch eines Abrisses der Tatbestandstheorie. Erster Teil: Die Lehre vom Tatbestand*, Breslau-Neukirch, 1933, p. 23.

¹² JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 770.

enuncia. Ser verdadero o verdad significa coincidir, y en la doble modalidad, primero de la concordancia de la cosa con lo pre-mentado como propio de ella, y, en segundo lugar, de la concordancia de lo mentado en el enunciado de la cosa. Este doble carácter del coincidir se expresa en la tradicional definición de la verdad: *Veritas est adaequatio rei et intellectus*, la verdad es la congruencia de la cosa con el conocimiento y viceversa”¹³.

Lo que no debe olvidarse a este respecto es que la “figura” o “construcción de imaginación” que es el tipo, es un esbozo torpe, un trazo general, abstracto, bidimensional, en tanto que la conducta concreta es lo acabado, lo “históricamente” dado con todos los detalles, lo tridimensional con la gama de variables propia de la conducta humana, imprevisible para las limitaciones de nuestro entendimiento. Nadie pretende, al tratar la tipicidad, pasar revista a todas las conductas posibles, pues quien pretendiera tal desatino habría de caer en un cenote sin fondo, sacrificándose en la multiformidad de lo óptico. Lo único científicamente exigible al tratar de la tipicidad es deslindar de las conductas típicas aquellas que pueden parecer típicas y no lo son, poniendo el máximo cuidado para que ningún ribete de la conducta real supere los contornos del esbozo abstracto. Ése es el gran problema de la tipicidad, que se aclarará en la medida en que se esclarezca la estructura del tipo legal: cuanto mejor se comprenda la estructura de la máquina, tanto mejor se la hará funcionar.

Aquí trataremos de los tipos *independientes*, o sea, de la teoría general de los tipos que se hallan en la “parte especial”, y no del problema de los tipos *no independientes*. En la problemática de los tipos *no independientes* comprendemos la tentativa, la coautoría, la complicidad, la instigación, el delito continuado y la tentativa imposible. En la última parte de este trabajo trataremos de ellos, no por desconocer que son problemas que afectan al tipo y a la tipicidad, sino porque creemos que su comprensión se hace más clara después de haber pasado por el tratamiento del tipo independiente, de la antijuridicidad y de la culpabilidad. También allí nos ocuparemos del concurso ideal y real, incluso del concurso aparente de tipos. Hablamos de tipos *independientes y no independientes* en un sentido diferente del que veremos en la clasificación secundaria de los tipos penales: lo hacemos en el sentido de Beling, o sea que “independientes” son los tipos en que derechamente de ellos se va a la amenaza penal, y “no independientes” aquellos en los que a la pena se llega pasando por un “desvío”¹⁴.

284. Tipo sistemático (o fundamentador) y tipo-garantía. Hay dos conceptos totalmente diversos que se han venido confundiendo y que además de ser en sí distintos cumplen cometidos diferentes, hallándose ideológicamente vinculados, pero siendo lógicamente in-

¹³ ASTRADA, CARLOS, *Heidegger*, cit., p. 202.

¹⁴ BELING, *Die L. vom Tatbestand*, p. 2.

dependientes: el *tipo sistemático* —que es el concepto que de tipo hemos expuesto hasta aquí, que cumple una función lógica imprescindible en la teoría del delito— y el *“tipo garantía”* que nada tiene que ver con la función lógica fundamentadora del tipo sistemático (y que en nuestro sistema se basa en el art. 18 constitucional).

El tipo “como tipo-garantía, corresponde al principio de legalidad, siendo el concepto que abarca los presupuestos de punibilidad requeridos por la ley”¹⁵. En el sentido del tipo-garantía dice Otto que son “características típicas las que describen la conducta anti-jurídica legalmente tipificada y todos los presupuestos bajo los cuales la conducta le es imputable al autor como culpable”¹⁶.

Salvo Bacigalupo¹⁷, nuestros autores nacionales no hacen la distinción de ambos conceptos de “tipo”.

Así Fontán Balestra afirma que una de las funciones del tipo es la de “garantía”¹⁸. El tipo aparece vinculado al principio *nullum crimen sine lege* en Soler¹⁹, y con mayor acento quizá en Núñez, quien habla de “hecho” para armonizar la terminología constitucional con la penal, debiendo destacarse que fue el primero que en la Argentina intentó elaborar un concepto de tipo²⁰. Igual referencia constitucional formula Frías Caballero²¹.

Todas las concepciones que pretenden fundar el tipo sistemático sobre el “tipo garantía” (o mejor, a partir del *nullum crimen sine lege*), pasan por alto que ambos conceptos tienen que ser diferentes y que ésta fue la crítica que Goldschmidt formulara a Beling, siendo históricamente quizá la primera. Goldschmidt entendió que el concepto de “tipo sistemático” se fundaba en el principio de reserva y, siendo así, resulta inaceptable como concepto central o básico de la definición del delito: no puede ser una parte del todo y aun más que el todo, simultáneamente. Fue por esto que Goldschmidt rechazó el tipo belingniano y continuó defendiendo el concepto de delito como “conducta culpable, antijurídica, amenazada con pena” de von Liszt²².

¹⁵ SCHULTZ, I, 109.

¹⁶ OTTO, HARRO, 58.

¹⁷ BACIGALUPO, *Lineamientos*, 31.

¹⁸ FONTÁN BALESTRA, II, 27.

¹⁹ SOLER, *Análisis de la figura delictiva*, en “Revista del Colegio de Abogados”, XX, 650 y ss.

²⁰ NÚÑEZ, *El hecho penal en la Constitución Nacional y en el Código*, en “Revista de Psiquiatría y Criminología”, 1939, 19.

²¹ FRÍAS CABALLERO, *Tipo y tipicidad en el sistema del derecho penal argentino*, en “Revista de Derecho Penal”, 1945, 500 y ss.

²² GOLDSCHMIDT, JAMES, *Die “Typentheorie”. Eine kritische Besprechung von Belings “Lehre vom Verbrechen” im der 3. Auflage seiner Grundzüge*, en “Archiv für Strafrecht und Strafprozess”, Berlín, 34, 1907, 20-42. A esta crítica responde BRUNS con justeza (BRUNS, HERMANN, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, Bonn. u. Köln, 1932, 22-3).

El "tipo garantía" sería la materialización final del principio de legalidad: *no está prohibido con relevancia de delito*, lo que la ley no prohíbe. La confusión entre este concepto y el tipo como instrumento legal para determinar la primera característica delictiva de una conducta, es insalubre tanto para el principio de reserva (del que parecería quedar excluida, al menos, la culpabilidad), como para el tipo sistemático (en el que parecería entrar el delito y la punibilidad y hasta la procedibilidad). *Ambos conceptos se desdibujan y entran en conflicto.*

El principio de reserva comprende todos los presupuestos que una conducta requiere para ser punida. La disposición constitucional argentina que establece el principio de legalidad no autoriza a que escape de él ninguno de estos requerimientos y, por ende, no hay ninguna razón sistemática valedera para reducirla o retacearla. No sólo se trata de la punibilidad, que hay que añadir al delito, sino también de las condiciones de *procedibilidad*. Todo ello quedaría comprendido en el tipo-garantía, que cumpliría una clara función política. Pero este cometido político-constitucional no es cumplido por el tipo sistemático, porque si bien éste es también uno de los presupuestos de la penalidad (ya que es base angular del concepto de delito) que no es el único, de modo que sólo lo cumple en la estricta medida en que le compete hacerlo dentro de la totalidad de elementos que están todos regidos por el principio de legalidad. *Que por imperio de la misma disposición constitucional nuestros tipos sean legales y esté vedado el sistema de tipos judiciales, no significa que allí termine el cometido del "nullum crimen sine lege", que va mucho más lejos aún: abarca no sólo el concepto de delito, sino también la punibilidad y los requisitos de procedibilidad.*

La creación del "tipo-garantía" en Alemania se funda en el art. 2° del StGB ("Un hecho podrá ser penado sólo si la punibilidad estaba legalmente determinada antes de la comisión del hecho"). Este artículo repite el 103 de la Constitución, que es similar al 116 de la de Weimar. Como esta disposición se refiere a "punibilidad", Welzel deduce de ella —en contra de H. Mayer— que el principio no rige para los requisitos de procedibilidad, de modo que si por una ley se suprime el requisito de la querrela, dicha ley se aplicará también al hecho anterior²³.

²³ WELZEL, 54. Antes: *Auf welche Bestandteile einer Strafvorschrift bezieht sich der Satz: nulla poena sine lege?*, en JZ, 1952-617/8. En contra, sosteniendo la inclusión de los requisitos de procedibilidad; MAYER, HELLMUTH, *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, en JZ, 1953-105/6; en igual sentido, BAUMANN, 125. Nuevamente WELZEL, *Zum Schadenbegriff bei Erpressung und Betrug*, en NJW, 1953, 1, 652-3. Sobre la extensión del prin-

En nuestro derecho y conforme a la letra del art. 18 CN, creemos que no es posible seguir el criterio de Welzel, porque tanto debe fundarse en ley anterior la punibilidad como el proceso. Por ello nos parece correcto que aún quienes distinguen condiciones de procedibilidad de condición objetiva de punibilidad, asimilen ambas en cuanto a sus efectos²⁴.

Tengamos en cuenta que en Alemania hay un doble empleo de la voz *Tatbestand*: uno antiguo "no técnico"²⁵ y otro técnico-dogmático. En el primero "Tatbestand" se asimila prácticamente a "ley penal" y es en ese en que se habla de "tipo en sentido amplio"²⁶. En este "tipo en sentido amplio" (*Tatbestand im weiteren Sinne*) incluye Welzel al tipo "en sentido estricto", a la antijuridicidad, a la culpabilidad y a las condiciones objetivas de punibilidad. Este sería para Welzel el "tipo garantía" (*Garantietatbestand*), expresión que rehuye. También hacen esta distinción otros autores: Gallas²⁷, Maurach²⁸, H. Mayer²⁹, Arthur Kaufmann³⁰, Stratenwerth³¹, Wessels³², Schönke-Schröder³³. Estos últimos sostienen que "el concepto tipo designa también al conjunto de supuestos que deben estar dados para que sea posible una pena", aclarando que éste es el llamado "tipo garantía". Baumann también habla de "tipo en sentido amplio", entendiendo todos los supuestos legalmente "asidos" para esa consecuencia jurídica³⁴. Lang-Hinrichsen construye un "tipo total", del que el "tipo garantía" es sólo una parte: la que hace al principio de legalidad³⁵. Mezger-Blei se refieren a "tipo de acción" como concepto que abarca "todos los presupuestos de la acción punible" y que oponen al concepto técnico del tipo, que denominan "tipo de injusto"³⁶. Engisch

cipio de legalidad hasta abarcar el régimen de cumplimiento de la pena, GARCÍA, SERGIO, *Tratamiento penitenciario de delincuentes*, en DPC, 13, 1966, 75 y ss.

²⁴ Cfr. CC. Sta. Rosa, JA, 1967, I, 225.

²⁵ WELZEL, 54.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ GALLAS, *Beiträge*, 32-3.

²⁸ MAURACH, 226-7.

²⁹ MAYER, H., 35.

³⁰ KAUFMANN, ARTHUR, *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, en JZ, 1954-656.

³¹ STRATENWERTH, 65.

³² WESSELS, 16.

³³ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 20-1.

³⁴ BAUMANN, 106-9.

³⁵ LANG-HINRICHSEN, DIETRICH, *Zur Problematik der Lehre von Tatbestand und Verbotsirrtum*, en JR, 1952-184; *Tatbestandslehre und Verbotsirrtum*, en JR, 1952-184; *Tatbestandslehre und Verbotsirrtum*, en JR, 1952-302; *Die irrtümliche Annahme eines Rechtsfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, en JZ, 1953, 362.

³⁶ MEZGER-BLEI, 103; igual, MEZGER, *Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre*, en NJW, 1953-2.

también emplea la voz "tipo-garantía"³⁷, al igual que Roxin³⁸ y Otto³⁹.

No creemos que este concepto merezca ser considerado como una verdadera elaboración, porque lleva razón Welzel cuando, refiriéndose al tipo "en sentido amplio", dice que ése era el antiguo sentido "no técnico" de la voz *Tatbestand*. La mayoría de los autores citados se refieren al "tipo-garantía" —cuando usan la expresión— con cierto desdano y como de paso, como algo obvio y consabido. En las obras más recientes no se renuncia tampoco a tratar —en el lugar que corresponde— la función garantizadora de la ley penal⁴⁰. Schmidhäuser, por ejemplo, sólo se refiere luego al *Garantietatbestand* de paso y sin concederle mayor importancia⁴¹.

Creemos pues, que no hay en Alemania una verdadera teoría del tipo-garantía y, si alguien la pretendiere, no haría más que darle a la voz *Tatbestand* su antiguo empleo, que por obvio, nadie le ha negado. Puede pensarse que en este sentido ha hecho excepción la escuela de Kiel, pero ello sería inexacto, porque la corriente nazi negaba *directamente* la función garantizadora de la ley penal.

Vale la pena que nos preguntemos si resulta útil crear un concepto de "tipo-garantía" en el derecho penal argentino. La expresión "tipo-garantía" es traducción literal de una expresión germana que técnicamente debe entenderse como "función garantizadora de la ley penal" y que correctamente ubicada no se encuentra en la teoría del delito sino en la teoría de la ley penal. Juzgamos incorrecta la sistemática de Baumann que trata del principio de legalidad y de la consiguiente proscripción de la analogía en el tipo, porque este principio corresponde a la ley penal en general y no sólo a la ley penal que tipifica. Este "tipo-garantía" no tiene nada que ver con el tipo sistemático tal como lo entendió Beling y como, pese a la evolución conceptual, se lo sigue entendiendo ahora. Tiene razón Bacigalupo⁴² cuando afirma que este tipo-garantía sólo puede "constituirse partiendo de la premisa elaborada por Núñez en 1939: "todo presupuesto de la pena integra el tipo en su función de garantía". Pero habrá que reparar también en que el carácter doloso o culposo de la acción, su carácter culpable y las condiciones objetivas de punibilidad, en este sentido son presupuestos de la punibilidad, regidos indudablemente por el principio de legalidad". Por nuestra parte coincidimos ampliamente con esto, pero agregamos también los requisitos de procedibilidad, porque si ello es discutible en Alemania, no lo creemos así en la ley argentina. El art. 1° de la CN dice "juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso", o sea que en la "ley anterior" debe fundarse "el juicio" y, naturalmente, también el motivo de ese juicio. En consecuencia, ¿para qué vamos a traducir literalmente una vieja ex-

³⁷ ENGISCH, KARL, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, en "Fest. für Mezger", München u. Berlin, 1954, 127.

³⁸ ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit., 107.

³⁹ OTTO, HARRO, 58.

⁴⁰ ASÍ, SCHMIDHÄUSER, 71; STRATENWERTH, 33; JESCHECK, 105.

⁴¹ SCHMIDHÄUSER, 157.

⁴² BACIGALUPO, op. cit., 22.

presión alemana? Si queremos hacer una teoría del “tipo garantía” en la Argentina, hablemos mejor de una “teoría del hecho de la causa”, pero ¿que sería tal teoría? Pues una teoría del delito, a la que se agregarían las condiciones de punibilidad y de procesabilidad o procedibilidad.

Creemos que semejante monstruo teórico sería de una amplitud tal que resultaría inútil. Cualquier carácter de la ley penal —y en este caso también procesal penal— que quiera verse desde el lado del delito, provocará un engendro enorme que no tendrá ninguna utilidad. ¿Para qué serviría un concepto dogmático de tipo-garantía? ¿Añadiría algo a la “función” garantizadora de la ley penal? Creemos que no. Sería un hijo de la dogmática entendida como *l'art pour l'art*. De cualquier modo lo que queda bien en claro es que nada tendría que ver con el tipo penal, tal como se lo entiende desde Beling, sino que por el contrario: no es el tipo sistemático el que se elabora a partir del principio de legalidad, sino que es el principio de legalidad el que rige al tipo sistemático en nuestro sistema de tipos legales, haciéndolo porque el tipo sistemático corresponde a la ley penal y ese principio tiene validez para toda la ley penal⁴³.

Nuestros constituyentes no conocieron a Beling y el principio *nullum crimen sine proevia lege penale* se desarrolló por una vertiente del todo independiente⁴⁴, siendo lo más saludable para él mantenerlo unido al tipo sólo en la medida en que le toca por regirle. Tampoco en Alemania la elaboración del principio —cuyo enunciado latino parece corresponderle a Feuerbach— requirió del concepto de tipo, que es notoriamente posterior.

285. Otras “clases de tipos”. Se habla hoy de tipo de error,⁴⁵ tipo permisivo⁴⁶, tipo de injusto⁴⁷, tipo de culpabilidad⁴⁸, tipo de delito⁴⁹, etc. Nos ocuparemos de estos “conceptos” de tipo, a lo largo de nuestra exposición.

Cabe consignar que algunos de éstos conceptos son oscuros e innecesarios. En cuanto a la voz “tipo” se puede decir que entre los penalistas “es de buen tono combinarla con cada uno de sus términos técnicos”⁵⁰.

⁴³ CARRANCA Y TRUJILLO, *Interpretación dogmática de la definición de delito en la legislación penal mexicana*, México, 1961, 32, hace derivar la tipicidad de la garantía constitucional de reserva. Lo mismo hace AFTALIÓN (*Por una definición realista del delito*, en LL, 83, 1956, 1070 y ss.), y precisamente por desconocer el fundamento sistemático minimiza la función de la tipicidad. Contra este criterio, MALAMUD GOTI, *El delito imprudente*, Bs. As., 1972, 26.

⁴⁴ Sobre el principio, CABRAL, LUIS C., *Ubicación histórica del principio “nullum crimen nulla poena sine lege”*, Bs. As., 1958.

⁴⁵ V. SCHMIDHÄUSER, 157; BOCKELMANN, 78.

⁴⁶ JESCHECK, 347; WESSELS, 73; BLEI, 148.

⁴⁷ V. WESSELS, 16; JESCHECK, 159; BOCKELMANN, 50; BLEI, 90.

⁴⁸ JESCHECK, 186; BOCKELMANN, 62.

⁴⁹ V. GALLAS, *Beiträge*, 18 y ss.

⁵⁰ NINO, CARLOS, *La pequeña historia del dolo y el tipo*, en LL, 2-XI-72.

III. — MODALIDADES TÉCNICO-LEGISLATIVAS DE LOS TIPOS

286. **Tipos legales y tipos judiciales.** El cometido político-garantizador del principio de legalidad y el sistemático-fundamentador del tipo se cumplen con independencia.

El tipo sistemático-fundamentador es un concepto lógico necesario, porque si hay injustos que no son delitos, como los civiles o administrativos por regla general, menester es antes de hacer recaer el juicio de desvalor definitivo que es la antijuridicidad y el de reproche al autor que es la culpabilidad, fijar el objeto sobre el que ese juicio habrá de recaer. Este cometido debe cumplirlo el tipo en cualquier sistema político-constitucional, sea que el objeto lo tije el legislador o el juez. De este modo el tipo resulta lógicamente necesario por su ineludible función dogmática, en tanto que el principio de reserva es contingente, dependiendo del sistema político.

El enunciado que nombra lo prohibido —sea que lo precise el legislador o el juez— siempre debe ser anterior a la averiguación de la verdad acerca de lo prohibido, es decir, de la congruencia de la conducta con lo prohibido mentado en el enunciado. No es posible averiguar si una acción está prohibida sin disponer del enunciado que mienta lo prohibido.

Prueba de ello es que antes de consagrarse políticamente el principio de legalidad, los autores también consideraban a la prohibición como un elemento necesario del delito. Así, Muyard de Vouglans, por ejemplo, construía esta característica buscando la prohibición en el derecho civil (derecho natural, de gentes, romano o escrito), en el derecho canónico, en la ley o costumbres del reino. La prohibición le era impriscindible para indagar la antijuridicidad: “De que el crimen sea un acto prohibido —decía— se sigue que todo lo que se hace por la autoridad o permiso de la ley no se reputa crimen”^{50 bis}.

Cabe observar que la comparación de un enunciado legal con una conducta puede darse, porque el enunciado es un mentar algo de la conducta, es decir, un comportarse respecto de la conducta⁵¹. El comportamiento respecto de la conducta puede ser del legislador (tipos legales) o del juez (tipos judiciales). En un sistema de tipos judiciales, un juez que elaborase un enunciado típico de robo y, si la acción no correspondiese al enunciado por él mismo elaborado, igualmente la calificase como robo, estaría renunciando al enunciado y enunciando por segunda vez,

^{50 bis} MUYARD DE VOUGLANS, PIERRE-FRANÇOIS, *Institutes au Droit Criminel*, París, 1757, pp. 3-4.

⁵¹ Cfr. ASTRADA, CARLOS, *Heidegger*, cit., pp. 203-4.

esto es, elaboraría un segundo enunciado de la prohibición del robo, procediendo en forma analíticamente defectuosa y, por ende, arbitraria.

Si bien no es nuestro problema, no podemos pasar por alto que en los sistemas de tipos judiciales es muy difícil distinguir tipicidad de antijuridicidad, porque las fórmulas o pautas generales contenidas en dichos textos pretenden una concreta referencia a la llamada antijuridicidad material y un reproche a la persona por lo que es y no por lo que ha hecho, con lo cual también se desdibujan las fronteras de la antijuridicidad con la culpabilidad y del hecho con el autor. Así la afirmación de la tipicidad, en tales condiciones, requiere una afirmación de la valoración definitiva y no provisoria, como es la que la tipicidad implica. Si a esto sumamos la tipicidad de autor y la culpabilidad de autor, el deslinde, aunque sigue siendo lógicamente necesario, se torna prácticamente dificultoso. De allí que esta pléyade de inconvenientes incline a los doctrinarios de tales sistemas a renunciar a un esquema analítico y plegarse al "totum revolutum" de una concepción unitaria del delito, y los cultores de concepciones analíticas estratificadas seremos burgueses o atentaremos contra la pureza de la raza, según la ideología de turno.

De un sistema de tipos legales a un sistema de tipos judiciales se suele pasar insensiblemente. Así como la brutal caída en un sistema de tipos judiciales acarrea la tipicidad y la culpabilidad de autor, un derecho penal de peligrosidad o de culpabilidad de autor, inevitablemente, lleva a una minimización del tipo penal, de modo que aunque las funciones fundamentadora y garantizadora sean lógicamente independientes y perfectamente diferenciables, no creemos que políticamente estén desvinculadas totalmente ^{51 bis}.

Cabe aclarar que entre el sistema de tipos legales y el de tipos judiciales, no es posible establecer una distinción totalmente clara, demarcar netamente una frontera. En los sistemas de tipos judiciales los códigos proporcionan al juez una regla general conforme a la cual él debe completar el catálogo de la "parte especial", en tanto que en los sistemas de tipos legales, por muy estrictamente apegada al principio de legalidad que la ley quiera estar, muy frecuentemente no puede prescindir de referencias o pautas generales para cumplimentar la función individualizadora de los tipos. Es el caso de los llamados "tipos abiertos", que se ofrece en todos los delitos culposos, por ejemplo. Todo ello sin contar con las dificultades que ofrecen los tipos "no independientes", particularmente el deslinde entre acto preparatorio (impune) y acto de tentativa (punible), y los tipos de omisión impropia (límites de la posición de garante).

Consecuentemente la diferencia entre ambos es de grado y hasta tal punto creemos que ello es así que, en la actualidad, en

^{51 bis} Sobre ello, BETTIOL, *El drama del tipo penal* (conferencia inédita pronunciada en B. As. en 1980).

que los sistemas de tipos judiciales se batan en retirada, las características de un sistema penal totalitario no finca ya en la ostensible y evidente supresión del principio de legalidad, sino que más bien hay que buscarla en la proliferación de tipos "abiertos", particularmente en delitos políticos y conexos, en los delitos de peligro, en la culpabilidad de autor y, por supuesto, en el derecho procesal penal, que es hacia donde se ha derivado de preferencia el problema ⁵².

De cualquier manera, insistimos en que el cometido político-garantizador de los tipos legales en nuestro sistema, no es más que una de las expresiones del principio superior de legalidad, impuesto por la Constitución Nacional y obrante a lo largo de todos los presupuestos de la penalidad. En éste —como en cualquier otro de sus ámbitos— el principio de legalidad, que concretiza la seguridad jurídica, no puede tener un valor absoluto, dada la limitación que le impone la propia naturaleza de las cosas, existiendo siempre una cierta medida de relativización de la concretización y la certeza ⁵³.

287. Tipos abiertos y tipos cerrados. Habiendo afirmado ya que por muchos que fueren los esfuerzos del legislador por ceñir la conducta que individualiza en un tipo penal, esto no puede lograrse del todo, porque ocasionalmente se ve constreñido a formular referencias o pautas generales con las que cierra el tipo penal, surge la consecuencia de que la diferencia entre el sistema de tipos legales y el de tipos judiciales es de grado. Corresponde entonces determinar en qué medida puede el legislador formular estas reglas generales dentro de nuestro sistema, o lo que es lo mismo, de cualquier sistema de tipos legales.

La problemática no es simple: aquí lo que se plantea no es el tipo sistemático o legal a partir del *nullum crimen* (como pretende la doctrina argentina predominante), sino lo inverso, o sea, cómo rige el *nullum crimen* al tipo legal ⁵⁴.

⁵² Sobre el problema de la afectación del principio de legalidad en la interpretación judicial de los tipos, MÜLLER-DIETZ, *Verfassungsbeschwerde und richterliche Tatbestandsauslegung im Strafrecht*, en Fests. f. Maurach, 1972, pp. 41 v ss.

⁵³ Cfr. BERISTAIN, *Medidas*, cit., p. 83.

⁵⁴ Sobre las dificultades de esta problemática en la doctrina alemana, son interesantes las *Inaugural-Dissertationen* siguientes: WEX, PETER, *Die Grenzen normativer Tatbestandsmerkmale im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz "n.c.s.l."*, Berlín, 1969; v SEEL, PAUL, *Umbestimmte und normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht und der Grundsatz n.c.s.l.*, München, 1965.

González Ferrer dice con toda corrección que en los tipos abiertos la ley “describe tan sólo una parte de los caracteres del hecho, limitando sensiblemente el principio de legalidad mediante elementos normativos y cláusulas penales, cuya determinación queda confiada a la valoración que realice el juzgador”^{54 bis}.

El rechazo de la teoría de los tipos abiertos con el argumento de que esta concepción es una tentativa más para distinguir la antijuridicidad de la tipicidad, tal como lo pretende Roxin⁵⁵, no nos sirve para solucionar nada, pues desde el punto de vista del *nullum crimen* todo sigue como era entonces. No es válido afirmar que no hay tipos abiertos en razón de que tipicidad implica antijuridicidad, y como ésta cierra el juicio de desvalor, nada queda abierto. Lo único que con esto se logra es trasladar el problema de la determinación de la punibilidad con referencia al *nullum crimen*, de la tipicidad a la antijuridicidad. En otras palabras: cambiamos nuestras escasas monedas de bolsillo, mas seguimos igual de pobres.

El reconocimiento de que estos tipos no son deseables, no pasa de ser un consuelo, pero de ninguna manera constituye un argumento dogmático, resultando una aspiración legal irrealizable, “porque muchas veces es preciso dejar a la prudencia del juez la aplicación de la ley a ciertos casos particulares, que siendo conformes a la mente del legislador, no se expresan literalmente en sus palabras, porque las leyes no se pueden hacer de modo que comprendan todos los casos que pueden suceder”⁵⁶.

La única medida que para esto hallamos es la que proporciona Welzel: “apelar a la naturaleza de las cosas”. Así, por ej. en los delitos culposos, la naturaleza de la conducta prohibida requiere una prohibición necesitada de complementación en función de la imposibilidad de prever legalmente la inmensa gama de variables que pueden darse en concreto⁵⁷.

No obstante, puede argumentarse que con igual norma genérica el legislador puede prohibir “toda conducta que afecte al Estado”, o “cualquier conducta que afecte a la ética social” y de la “naturaleza” de la conducta que quiere prohibir surge también la necesidad de una complementación genérica para determinar la prohibición. Tal argumento olvida, por cierto, que no sólo hay un principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) constitucional, sino que éste se debe armonizar con otras garantías que le son ajenas

^{54 bis} GONZÁLEZ FERRER, CAMPO ELÍAS, *Tipo e injusto*, Panamá, 1979, p. 17.

⁵⁵ ROXIN, CLAUDIUS, *Offene Tatbestände . . .*, 108.

⁵⁶ LARDIZABAL, *Discurso*, p. 74.

⁵⁷ WELZEL, 1967, 45-6.

y que también están constitucionalmente sancionadas, funcionando el sistema como un todo armónico. Tal es la declaración de derechos del art. 14 y el derecho "a la intimidad" (que bien puede llamarse "derecho a la individualidad") del art. 19.

Ésta es la crítica que Roxin formula a Welzel⁵⁸: asientan un fundamento del que simultáneamente se sostienen. Es evidente que de la naturaleza de la conducta que el legislador quiere prohibir emerge la forma en que puede prohibirla. Pero el legislador sólo puede prohibir determinadas conductas, porque el mismo sistema institucional lo limita y dentro de las conductas que le es posible constitucionalmente hacer materia de prohibición, debe seguir el camino que la "naturaleza" de la conducta requiere. Así, en los tipos culposos debe construir tipos "abiertos", pero no para prohibir "las conductas que afecten a la propiedad", porque en ese caso tiene la posibilidad de precisar y recortar más definitivamente las conductas a prohibir, posibilidad de que en los tipos culposos se carece⁵⁹.

288. Otros supuestos de apertura típica. En ocasiones, el legislador debe dar una idea de cierta gravedad o entidad respecto de un concepto que admite grados o cuantificación, y, sea porque le resulta imposible cuantificar objetivamente en el texto legal o porque la cuantificación demanda ser juzgada en relación a las circunstancias particulares del caso (como por ej., la condición y aptitud de la víctima), tampoco le resta otro recurso que entregar la individualización de la magnitud al juez, obligándole a cerrar el tipo en cada caso concreto con una norma cuantificadora, es decir, valorativa en este sentido de cuantía, magnitud o gravedad, que suele indicarse apelando a la vía ejemplificativa.

Tal es el caso del art. 172 CP, en que la apelación a la ejemplificación no responde a un mero afán de extender el texto, sino que con ello se señala, por un lado, que no cualquier ardid o engaño es típico, sino sólo los que entitativamente son asimilables a los ejemplos, en tanto que, por el otro lado, se indica que no cualquier mentira es un ardid o un engaño.

Si bien puede discutirse la corrección de denominar a estos tipos en que se apela a la vía ejemplificativa "tipos abiertos", lo

⁵⁸ ROXIN, op. cit., 103-4.

⁵⁹ Al efecto de delimitar su constitucionalidad, es incuestionable que también resulta indispensable distinguir entre la interpretación analógica y la analogía. Sobre ello, RIVACOBA Y RIVACOBA, *División y fuentes del derecho positivo*, Valparaíso, 1968, 195-6; HERRERA LASSO, EDUARDO, *Algunas garantías constitucionales en materia penal*, en DPC, 23 (1967), 93. *Supra*, § 56.

cierto es que, de cualquier manera, aquí también se debe juzgar su constitucionalidad conforme al mismo criterio que hemos señalado al referirnos a los “tipos abiertos” propiamente dichos. La diferencia que puede haber entre ambos finca en que los tipos abiertos antes señalados remiten a una norma que obliga a hacer un juicio cualitativo acerca de la conducta, en tanto que éstos obligan a un juicio cuantitativo, pero que también se traduce en una consecuencia cualitativa, implicando unos y otros una concesión al principio de legalidad en la acuñación de los tipos, la que sólo es constitucionalmente admisible cuando proviene de la “naturaleza de las cosas”. No es tolerable un general abuso del método ejemplificativo en la ley penal, lo que no sólo debe ser regla en la elaboración de los tipos ⁶⁰.

En Alemania existían pocas cláusulas generales en el StGB de 1871, pero luego fueron apareciendo y se traducen hoy en la ley con frecuentes referencias a “casos particularmente graves”. Los proyectos legales, a partir de 1919, hicieron uso de ellas, terminándose por incorporarlas a la legislación vigente. Introducidas por la República de Weimar, a partir de 1933 —como es natural— sufrieron un “pleamar”, al decir de Lange, siendo una fórmula muy recurrida en el StGB vigente. Las cláusulas generales de los “casos particularmente graves” entraron al derecho penal por vía del llamado “derecho penal paralelo” y plantean serios problemas dogmáticos, entre los que no es el menos grave el de su ubicación sistemática, discutiéndose si es un problema de tipicidad —tipos calificados— o un criterio para individualizar la pena, sin que tampoco pueda obviarse fácilmente su constitucionalidad, dada la profusión con que el texto las usa ⁶¹.

289. El “tipo de autor” y el “tipo de acto”. Desde que von Liszt afirmara que no se pena el hecho sino al autor, hasta la actualidad, se han desarrollado en la dogmática de Alemania e Italia principalmente, una serie de teorías que pretenden negar valor a la relevancia jurídica de la conducta humana para concedérselo al autor, y que en los diversos niveles de la construcción analítica co-

⁶⁰ Cfr. WESSELS, JOHANNES, *Zur Problematik der Regelbeispiele für “Schwere” und “besonders schwere Fälle”*, en Fests. f. Maurach, Karlsruhe, 1972, pp. 295-310.

⁶¹ MAIWALD, MANFRED, *Bestimmtheit, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele*, en Fests. f. Gallas, Berlin, 1973, 137 y ss.; WASSNER, H., *Die Stellung der “besonders schweren Fälle” zwischen Tatbestand und Strafzumessung*, Diss., Erlangen, 1968; WAHLE, EBERHARD, *Die Rechtsnatur der “besonders schweren Fälle” im Strafrecht*, Diss., Heidelberg, 1966; HUB, RENATE, *Die Ausgestaltung der besonders schweren Fälle im geltenden und kommenden Recht nach dem Model des Entwurfs 1962*, Heidelberg, 1971.

bran denominaciones distintas: en la conducta es la teoría del acto sintomático, en el del tipo la del “tipo de autor”, en la culpabilidad la de “culpabilidad del carácter” y, en cuanto a antijuridicidad, se niegan por lo general a distinguirla de la culpabilidad. Por supuesto que ésta es una posición extrema de lo que en conjunto se ha dado en llamar *derecho penal de autor*, pero semejante concepción nunca ha sido del todo coherentemente desarrollada, sino en sus lineamientos generales, inspirada en una corriente política que desaparece del derecho penal con el ocaso de su régimen vitalizador.

Por *derecho penal de autor*, se pueden entender muchos conceptos distintos, tantos como autores se refieren a él, o, sin referirse expresamente al mismo, toman elementos de las ruinas de su inacabada construcción, porque el “derecho penal de autor” no es una sinfonía inconclusa, sino el borrador de las distintas partes de una sinfonía a la que nunca se llegó a dar forma. De todas maneras, cada vez que se toma algo de este concepto —si es que así merece llamarse— las garantías individuales salen mal paradas.

Ello no obedece a que el “derecho penal de autor” tenga necesariamente un contenido autoritario en el sentido de que sus cultores hayan querido invariablemente imprimirle un color político. Sería totalmente falta de verdad esta afirmación: que algunos la hayan hecho no implica una necesaria generalización. De cualquier modo, es conveniente no olvidar que “de buenas intenciones está empedrado el camino del infierno”.

El derecho penal de autor es hijo legítimo del positivismo criminológico, de la *scuola positiva italiana*, del “derecho protector de los criminales” de Dorado Montero en España y de las teorías de Franz Liszt en Alemania. Luego se pretendió llevarlo hasta sus últimas consecuencias con sentido político, lo que es otra cuestión.

A nivel del tipo, el derecho penal de autor se manifiesta con la teoría del *tipo de autor*, que es el más endeble de sus aspectos, pero sobre el que conviene insistir, particularmente en la actualidad, en que los estudios criminológicos cobran —por fortuna— nueva vida, a efectos de no caer en confusiones científicas que ya se superaron —o debieron superarse— muchos años antes.

El “tipo de autor” tiene la pretensión de aprehender normativamente, no ya conductas sino personalidades, sosteniendo que a cada tipo normativo corresponde un tipo de personalidad. Así, al robo la del ladrón, al homicidio la del homicida, a la estafa la del estafador, etc. *No es la conducta la que el tipo encierra, sino que encierra la personalidad del autor de esa conducta.*

Semejante concepción no puede conducir más que a un feroz desastre para el ser humano: no se nos prohíben ciertas conductas, sino nuestra personalidad. No debemos dejar de cometer ciertas conductas para que no se nos pene, sino cambiar nuestra personalidad, pues para sus sostenedores “la diferencia entre tipicidad e injusto es imposible” y “la separación del injusto y culpabilidad irrealizable”⁶². El derecho penetraría así hasta el fondo mismo de cada individuo hasta abarcar su individualidad toda, como que abarcaría su personalidad y, por ende, su completa elección existencial y el desenvolvimiento total de la misma.

Cabe aclarar, como bien lo hace Jescheck, que si bien von Liszt desarrolló su teoría del *tipo de autor*, nunca pretendió semejante atrocidad, pues se afirmó en lo fundamental sobre el derecho penal de acto⁶³. El mayor desarrollo de esta teoría se debe a Dahm⁶⁴, quien la emplea para insistir en la crítica a la concepción analítica y cita a Antolisei como su cofrade italiano, en la afirmación del delito como un *tutto organico*⁶⁵. No es totalmente correcto el apoyo que Dahm quiso hallar en Antolisei, pero tampoco pueden ocultarse los elementos del derecho penal de autor que obran en este autor⁶⁶. Por supuesto que estos últimos no tienen el sesgo político de Dahm.

Es interesante la observación de Jescheck, en el sentido de que el tipo de autor de Dahm ha servido, fundamentalmente, para la interpretación del derecho de guerra, lo que pone de relieve una vez más que la tendencia general del derecho penal de autor —que alcanza su expresión máxima en la aberrante construcción del tipo de autor—, se dirige a *detectar al enemigo*, tendencia que es bien peligrosa en Latinoamérica, particularmente frente a ciertos desarrollos ideológicos de las últimas décadas^{66 bis}.

Wolf, en igual sentido, parte de las afirmaciones de von Liszt y manifiesta haber recibido una gran influencia de Gerhart Husserl⁶⁷ para hacer luego una muy *sui-generis* aplicación de la terminología —ya que no de la filosofía— existencial: “El *ser del autor* no es *ser-desvalor*, porque el *ser humano* no es ningún *ser-en-las-ideas*, sino un *ser-en-el-mundo*”. Aquí Wolf usa la terminología existencialista a su antojo, porque la afirmación de que el ser humano es un *ser-en-el-mundo* no impide que se

⁶² WOLF, ERIK, *Tattypus und Tätertypus*, en “Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht”, 1936-363.

⁶³ JESCHECK, 41.

⁶⁴ DAHM, GEORG, *Der Tätertyp im Strafrecht*, Leipzig, 1940.

⁶⁵ DAHM, ibídem, 60, nota 125.

⁶⁶ Por una vertiente distinta, GRAMÁTICA se aproxima también al derecho penal de autor: “Es el sujeto —dice— que deviene eje del sistema jurídico y de sus estimaciones, y no la tutela objetiva de bienes y de intereses”. Esta es la base de nuestro derecho penal subjetivo” (*La défense sociale*. Thessaloniki, 1966, 4). Este criterio es criticado dentro del mismo movimiento de la defensa social (así MARC ANCEL, *La nueva defensa social*, trad. de Blasco Fernández de Moreda y D. García Daireaux, Buenos Aires, 1961, 107 y ss.).

^{66 bis} V. JESCHECK, loc. cit. y *supra*, § 191.

⁶⁷ HUSSERL, GERHART, *Recht und Welt*, en “Fest. für Edmund Husserl”.

puedan desvalorar conductas de un *ser-ahí*, pero lo que no podemos hacer es objetivar el *ser-ahí* en sí mismo, como objeto de conocimiento al igual que otros, debido a su prioridad óntico-ontológica, a su extrema cercanía óntica y lejanía ontológica (la segunda como consecuencia de la primera). No otra cosa que tomarlo como un “ente” más entre los entes es lo que Wolf hace al establecer sus cinco grandes “tipos de tipicidad de autor” (peligrosos, adversos, hostiles, gravosos y perjudiciales —*gemeingefährlichen*, —*widrigen*, —*Feindlichen*, —*lästigen* y —*schädlichen*), lo que resulta mucho más grave cuando todo eso se toma como medio para llegar a la concepción de un derecho que abarca al todo del *ser-ahí*, pretendiendo retacearle su *existenciariedad*, que la corregiría el Estado, ya que su existencialidad no puede —por suerte— reformarla nadie. Estimamos que jamás pudo salir peor la filosofía existencial que de este manejo de Wolf⁶⁸. Si bien son discutibles muchos de los conceptos que en español vertió Fernández Montes partiendo del existencialismo, lo de Wolf es inaceptable⁶⁹.

La crítica al *Tätertyp* no se hizo esperar en Alemania y al respecto se destaca la de Lange, quien afirmó que detrás de él se erigen todos los supuestos posibles y heterogéneos, formulándole una crítica sumamente lógica: deben distinguirse, entre el tipo criminológico de autor y el momento objetivo de la autoría una particular posición de deber y su lesión, pudiendo ser esta última para el partícipe una concreta lesión de bien jurídico, pero la primera no⁷⁰. Críticas al tipo de autor también dirigió contemporáneamente Welzel⁷¹.

También fue criticado *Tätertyp* por Bockelmann, quien titula el primer capítulo de su obra de esos años “El principio del acto como fundamento del Derecho Penal tradicional”⁷². De cualquier manera, aunque Bockelmann se refiera al “derecho penal de autor”, no llega a semejantes extremos⁷³. Con la insistencia en el autor parece querer hacer una referencia a la necesidad de individualizar la sanción. Así dice que por derecho penal “de autor” debemos entender un derecho penal tal que responda a la pregunta del *cómo* y *qué* es posible, también del *si* la pena no obedece a la medida del hecho como aislado suceso particular, sino a una gradación que la personalidad del hombre penable proporcione” (su *so-sein*, “ser así”)⁷⁴. Es muy particular el “derecho penal de autor” defendido por Bockelmann cuando termina afirmando que la derogación

⁶⁸ WOLF, ERIK, *Wom Wesen des Täters*, Tübingen, 1932, 31.

⁶⁹ FERNÁNDEZ MONTES, MARCIAL, *Estructuras de responsabilidad punible*, Madrid, 1957.

⁷⁰ LANGE, RICHARD, *Die notwendige Teilnahme*, Berlín, 1940, 85.

⁷¹ WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, en ZStW, 1941-461/2.

⁷² BOCKELMANN, PAUL, *Studien zum Täterstrafrecht*, Berlín, 1939, 9.

⁷³ Cfr. JESCHECK, loc. cit.

⁷⁴ BOCKELMANN, *Wie würde sich ein kosequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken?*, en “Strafrechtliche Untersuchungen”, Göttingen, 1957, 4.

del § 20a. del Código Alemán “no implicaría, en verdad, ninguna pérdida, sino una ganancia” para este derecho penal de autor ⁷⁵.

En Italia se han hecho frecuentes referencias a este problema de la tipicidad de autor ⁷⁶. Uno de los últimos trabajos es el de Calvi, quien afirma que el tipo de autor “expresa, ante todo, en la lógica de las tipologías normativas, una elección bien precisa sobre el plano político-legislativo. A un legislador penal se le dan tres diversas posibilidades: poner en relación medidas preventivas o represivas con *tipos de lesiones*, con *tipos de conductas* o, por fin, con *tipos de personalidad*. El tipo de autor normativo, por lo tanto, expresa sobre el plano exegético, con cada una de sus figuras específicas, una singular opción del legislador por la tercera de esas alternativas” ⁷⁷. Entendemos, en principio, que la primera y la segunda de las alternativas de Calvi son idénticas, salvo que pretenda que puede haber conductas típicas que no afecten ningún bien jurídico. En cuanto a la tercera, nada agrega su concepto a lo que tradicionalmente conocemos. No obstante, la tentativa de Calvi no es crear un tipo normativo puro de autor, sino “un general *Tätertyp* negativo: una *no tipicidad personalista*, en suma, del individuo delincuente pero no adversario de la sociedad” ⁷⁸. Aún así, el intento nos parece sumamente peligroso, porque del “delincuente no adversario de la sociedad” se suele pasar muy prestamente al “adversario de la sociedad no delincuente”.

Nada tiene que ver esta teoría de los “tipos de autor” con los “tipos de autor *criminológicos*”, que pertenecen a esa disciplina y que son clasificaciones de delincuentes que difieren de las normativas ⁷⁹. En ese sentido es sumamente interesante e ilustrativo el trabajo argentino de Millán ⁸⁰ y, naturalmente, las diversas tipologías que en el área criminológica se han elaborado.

⁷⁵ Ibidem. El § 20^a había sido introducido por ley del 24 de noviembre de 1933 y se refería a delincuentes “habituales peligrosos” autorizándose en tales casos la “doble vía” al tribunal. Fue derogado por ley del 25 de junio de 1965. En cuanto a la aceptación de clasificaciones de delincuentes en los códigos, se manifiesta en contra de su complejización HUNGRIA, NELSON, en “Revista Forense”, Río de Janeiro, 177 (1958), 7 y ss.

⁷⁶ V. DE MATTIA, ANGELO, *Applicazioni legali della tipologia di autore*; en “Rassegna di Studi Penitenziari”, 1956, pp. 563/581; del mismo, *Premesse criminologiche della legge penale al tipo normativo di autore di reato*, en la misma, 641/650.

⁷⁷ CALVI, ALESSANDRO ALBERTO, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, p. 68/69.

⁷⁸ Ídem, p. 144.

⁷⁹ A ellos se refieren JESCHECK, 41; WELZEL, 125-7; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 23/24, etc.

⁸⁰ MILLÁN, ALBERTO S., *El tipo de autor en la investigación criminológica*, Bs. As., 1955; muy importante, BLARDUNI, OSCAR C., *La personalidad del delincuente*, La Plata, 1959; particularmente importante en la bibliografía extranjera, SEELING, ERNST-WEINDLER, KARL, *Die Typen der Kriminellen*, Berlin u. München, 1949.

En nuestro derecho penal vigente la teoría del “tipo de autor normativo” no puede tener cabida frente a las claras disposiciones de los artículos 18 y 19 constitucionales. No obstante, puede pensarse que el CP trata ocasionalmente de captar personalidades. Ello no es exacto y si así fuese sería inconstitucional. Prueba de ello es que la reincidencia y plurireincidencia son claramente determinadas, sin que el CP hable genéricamente de “habitualidad” como lo hacía § 20a alemán, que tantos problemas aparejó en este sentido.

Lo que hay en nuestro código son tipos que requieren la habitualidad, como por ejemplo el del inc. 1º del art. 208 (ejercicio ilegal del arte de curar) o el del último párrafo del art. 278 (encubrimiento habitual por receptación). En general se ha entendido que estos tipos requieren una repetición de conductas, lo que no consideramos correcto, porque entendemos que basta con un emprendimiento de la actividad, pero, en modo alguno requieren una personalidad. Creemos que para la determinación de la habitualidad en estos tipos hay que tomar en cuenta un elemento subjetivo, de cuya naturaleza nos ocuparemos oportunamente ⁸¹.

No obstante, cabe acotar que en la jurisprudencia nacional se ha ido abriendo paso una teoría del “tipo de autor”, por añadidura *presunto*, sumamente peligrosa porque en el curso del debate a su respecto se llegaron a sostener posiciones que ponen en serio peligro los pilares del derecho penal liberal o garantizador. Nos referimos al famoso art. 6º de la ley 20.771, que pena al tenedor de estupefacientes, aún cuando la tenencia fuera para propio consumo. Se ha pretendido justificar esa norma en la presunción *juris et de jure* de que el consumidor de cualquier droga incluida en la “lista”, aún cuando fuese ocasional, puede convertirse en un traficante en función de la necesidad de proveerse la substancia ^{81 bis}.

IV. — TIPICIDAD Y LEY PENAL EN BLANCO

290. **Tipicidad y ley penal en blanco.** En la actualidad pueden distinguirse dos conceptos de ley penal en blanco ⁸²: ley penal

⁸¹ V. § 356.

^{81 bis} V. algunas opiniones de la mayoría en los plenarios anteriores (Fallos, I, p. 60; también plenario “Terán de Ibarra”, del 12-VII-66) y las frecuentes sentencias al respecto de la Cámara de la Capital en vigencia de la actual ley y anteriores (las críticas de FONTÁN BALESTRA, *Tres leyes penales federales*, Bs. As., 1975, p. 36).

⁸² La denominación se debe a BINDING, *Handbuch*, Leipzig, 1885, 180; *Die Normen und ihre Übertretung*, 1922, 161; v. también NEUMANN, OSKAR, *Das Blankstrafgesetz. Ein Beitrag zur Lehre und Reform des Reichsstrafrechts*. Breslau, 1908; LOHBERGER, INGRAM KARL, *Blankettstrafrecht und Grundgesetz* (Inaugural-Diss.), München, 1968.

en blanco en sentido amplio y estricto⁸³. Las primeras serían aquellas en que para determinar la prohibición debe acudirse a otra ley, pero emergida del mismo órgano o poder legiferante, en cuyo caso no plantea mayor problema (por ej., el art. 206 CP, en cuanto se refiere a la "ley").

El segundo sentido —el estricto— es el que plantea los problemas actuales: cuando para la determinación de la prohibición debe acudirse a otro órgano legiferante (Poder Ejecutivo, Municipio, etc.).

Se trata en consecuencia, de leyes penales en las que el legislador —Poder Legislativo, en ejercicio de la función delegada por el art. 67, inc. 11, de la Constitución Nacional— establece la sanción dejando incompleta de prohibición, su contenido que debe ser "rellenado" (Blankettausfüllung)⁸⁴ por otro organismo. En estos supuestos el acto legislativo, en sentido formal, deja precisada la sanción e indeterminado el contenido⁸⁵.

Ejemplos de leyes penales en blanco tenemos cada vez que para determinar el alcance de la prohibición debemos acudir a normas emanadas del Poder administrador. Así el art. 205 habla de la violación de "las medidas adoptadas por las autoridades competentes, para impedir la introducción o propagación de una epidemia". Pero quizá la más en blanco de las disposiciones del CP sean las de los tipos de atentado (art. 237), resistencia (art. 238) y desobediencia a la autoridad (art. 240), pues en los tres casos la autoridad debe estar en el ejercicio legítimo de sus funciones y éste se determina no sólo por la ley, sino por decretos reglamentarios que emergen necesariamente del Poder administrador.

De cualquier manera las leyes penales en blanco no son tipos incompletos, en el sentido de tipos abiertos, ni afectan al principio de reserva en cuanto que siempre hay una ley anterior, pero esto será *siempre y cuando* la ley penal no implique una *delegación* de poderes, porque entonces no habrá una ley anterior en sentido formal ya que los reglamentos inconstitucionales emanados del P. E. no son ley. La ley (en sentido material) a que remita la ley penal, tendrá siempre el carácter y la jerarquía que le corresponde (decreto, ordenanza municipal, ley provincial, etc.) con independencia de la sanción penal que estará establecida en la ley penal y que será la ley nacional o provincial (Código Penal o ley complemen-

⁸³ Cfr. FONTÁN BALESTRA, I, 218-9; BLEI, 98.

⁸⁴ MAURACH, 93.

⁸⁵ Cfr. BINDING, op. et. loc. cit.; SOLER, I, 121.

taria, Código de faltas o ley complementaria, según corresponda) y por lo tanto, una y otras, deberán dictarse dentro del marco de las respectivas atribuciones de cada organismo legiferante, distribución que parte de la CN.

Así el P. E. no puede crear infracciones penales y si una ley penal remite a tales infracciones es absolutamente inconstitucional. Mientras que el tipo se complete con normas que emanan de la esfera legislativa (en sentido material) competente, no habrá ninguna delegación de poder y el tipo será perfectamente constitucional.

Para mencionar un ejemplo derogado y extremo de inconstitucionalidad en este sentido, recordemos el decreto 5541 del 5-VII-63 por el cual el P. E. "reglamentaba" un decreto-ley (4214 del 24-V-63). Si bien se trataba de un régimen "de facto", el decreto ley en tal sistema es ley en sentido formal, en tanto que no lo es el decreto. Con la citada reglamentación se creaba la figura misma y se confería la facultad de calificar a un organismo administrativo.

Una cuestión que parece meramente teórica, pero que tiene importantes consecuencias prácticas es la de saber si la disposición emanada de la otra autoridad integra la ley penal misma, o si ésta tiene existencia propia como ley que contiene una sanción sin precepto. En nuestro concepto resulta claro que la disposición que "rellena" el "blanco" integra la ley penal, porque no concebimos que pueda haber una ley penal que no individualice la conducta a la que asocia una pena. Esta posición tiene como consecuencia que no hay ley penal hasta que no se dicta la reglamentación que la integra y, recién entonces, entrará en vigencia la ley penal en blanco. Esto es lo que sucedió con la ley de tráfico de estupefacientes, promulgada el 3 de octubre de 1974 (ley 20.771) y cuya más importante lista de estupefacientes y psicotrópicos se publicó casi un año después, el 18 de setiembre de 1975. Hasta el 18 de setiembre de 1975 no había ley penal, de modo que no podía considerarse en vigencia la ley 20.771, por lo que seguían vigentes las disposiciones del código penal que esa ley derogó. Entendemos, pues, que la ley penal en blanco entra en vigencia cuando se dicta la reglamentación a que remite ⁸⁶.

⁸⁶ Cfr. SOLER, I, 122; RIVAS GODIO, LUIS E., *Falsía o cuasi perjurio locativo*, en "Rev. Arg. Cs. Ps.", nº 5, 1977, p. 39.

La interpretación contraria nos llevaría a afirmar que desde el 3 de octubre de 1974 hasta el 18 de setiembre de 1975 el tráfico de estupefacientes fue desincriminado en la Argentina. Parecería, no obstante, ser esta la posición de Binding, para quien las disposiciones que llenan el blanco de la ley no la integran. En efecto, Binding bautizó a las leyes penales "en blanco" y resolvió así un problema de competencia legislativa, pues se trataba de normas de carácter local que estaban protegidas por leyes penales de carácter federal⁸⁷. El fenómeno de las leyes penales en blanco ya lo había observado Heinze, quien las había llamado "conminaciones penales ciegas" (*blinden Strafdrohungen*), dejando planteada como una incorrección del sistema que la legislatura local repitiese la conminación penal del derecho federal⁸⁸. Binding afirmaba que el "tipo de estas leyes penales no repite la definición de la conducta prohibida por la norma, sino que, por el contrario, es un blanco, cuyo contenido lo dará la norma"⁸⁹. De esta manera concebía lo que para nosotros es inconcebible: una ley penal sin individualización de la conducta a la que se asocia una pena, es decir que, haya o no norma complementaria, lo cierto es que siempre la ley penal "en blanco", para Binding seguía "en blanco", y la cuestión de la norma complementaria pertenecía por entero a otro campo extra-penal. Consecuente con este criterio llegaba a la conclusión exactamente inversa de la postulada por nosotros: "¿Pero si se sanciona una ley penal en blanco mientras la norma está aún pendiente? Sería incorrecto afirmar que la ley penal en blanco no entra en vigencia antes que la norma se promulgue y entre en vigencia: el § 145 del StGB no ha devenido derecho vigente en otro punto del tiempo que todo el StGB. La entrada en vigencia no significa otra cosa que volverse efectiva en caso que se den los presupuestos de aplicabilidad. Pero en las leyes penales en blanco resulta la posterior promulgación de otra ley en sentido amplio, justamente, un presupuesto. Así, si ésta está en vigencia con anterioridad, de su aplicación no se puede hablar sino después de la sanción de la norma"⁹⁰.

En el caso de las listas de estupefacientes, la Corte Suprema de la Nación ha fallado de modo harto peligroso, considerando que las listas a que se refiere el texto del art. 10 de la ley 20.771 y, por ende, el art. 77 del código penal, son los estupefacientes y psicotrópicos que se incluirían en las listas en el futuro, pero no los que ya estaban clasificados en las listas a que remitía la ley 19.303 de 1971⁹¹. Esta interpretación pasa por alto que el art. 77 no dice "que se incluyen", sino "que se incluyan", lo que sienta un precedente arriesgado.

⁸⁷ BINDING, *Die Normen*, 1ª ed., Leipzig, 1872, I, p. 74.

⁸⁸ HEINZE, CARL FRIEDR. RUD., *Das Verhältniss des Reichsstrafrechts zu dem Landesstrafrecht mit besonderer Berücksichtigung der durch das Norddeutsche StGB veranlassen Lanfgesetze*, Leipzig, 1871.

⁸⁹ BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 180.

⁹⁰ BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 228.

A partir de la posición que sostiene que la norma integra la ley penal en blanco, admitimos que la norma o reglamento específico puede también introducir causas de exclusión o de cancelación de penas, como aconteció con el decreto 395/75, reglamentario de la ley 20.429, de armas y explosivos ⁹².

⁹² Sobre la ley penal en blanco en relación al tiempo, *supra*, § 97.

CAPÍTULO XX

DISTINTAS CONCEPCIONES DOCTRINARIAS DEL TIPO PENAL SEGÚN SUS RELACIONES CON LOS OTROS ESTRATOS ANALÍTICOS

I. — EL TIPO PENAL ANTES DE 1906: 291. El tipo penal antes de 1906. II. — POSIBLES VARIANTES TEÓRICAS. ENUNCIADO GENERAL: 292. Posibles variantes teóricas. Enunciado general. III. — TIPO OBJETIVO Y SUBJETIVO: 293. Teoría objetiva del tipo. 294. Concepto mixto o complejo del tipo penal. IV. — TIPO Y ANTIJURIDICIDAD: 295. Concepción avalorada del tipo penal. 296. Implicación (teoría de los elementos negativos del tipo). 297. Teoría de la "ratio essendi" (tipo de injusto). 298. El carácter indiciario de la tipicidad. V. — REEACIONES DEL TIPO CON LA CULPABILIDAD: 299. La teoría del "Leitbild" o "figura rectora". 300. La teoría del "tipo de delito". 301. Crítica general a los conceptos de "tipo de culpabilidad".

I. — EL TIPO PENAL ANTES DE 1906

291. **El tipo penal antes de 1906.** En 1906 Beling fija el concepto técnico del tipo penal, que *para evitar confusiones suele llamarse hoy "tipo sistemático", "tipo fundamentador" o "tipo de prohibición"*. Se inaugura un concepto por entero diferente del vigente hasta entonces, sobre el que se han edificado numerosas variantes teóricas, pero que, en cualquier caso se hace necesario distinguir del uso que anteriormente se daba a la expresión *Tatbestand* en la ciencia jurídica germana y que puede identificarse, prácticamente, con "ley penal".

La voz *Tatbestand* significa "supuesto de hecho". La expresión se remonta al latín medieval, en que se hablaba de la *facti species*, en la terminología de Teófilo, que literalmente significa "figura del hecho"¹. Aún hoy en italiano se designa al tipo como *fattispecie*. El concepto proviene del derecho procesal penal, particularmente del procedi-

¹ Así, BETTI, op. cit., p. 4. Sobre el concepto de "supuesto de hecho en el derecho civil argentino, ORGAZ, ALFREDO, *Concepto de hecho jurídico*, en LL, 59 (1950), 892 y ss.

miento inquisitorial italiano. “En el proceso inquisitorial canónico italiano del siglo XII se halla el comienzo de una teoría del *constare de delicto*. El juez del proceso inquisitorio se vio enfrentado al siguiente interrogante: ¿Qué medio de conocimiento, qué cosas fácticas debe haber para que yo pueda formular cargos para la inquisición especial?”². Como es dable observar, el concepto está vinculado al *corpus delicti* y fue desarrollado por los procesalistas por un camino predominantemente objetivo³, aunque no es cierto que lo haya sido por una absoluta irrelevancia del aspecto subjetivo.

El concepto nació en el derecho procesal, pero siempre requirió algo subjetivo⁴. A tal punto es ello cierto que Böhmer estructuró dos conceptos de *corpus delicti*: uno objetivo y otro que era un “complexus argumentorum, sine quibus condemnatio fieri nequit”, o sea, un complejo conjunto de todas las condiciones del delito⁵.

De toda forma, el concepto *penal* de *Tatbestand* se emplea a fines del siglo XVIII por Klein⁶, para quien al *Tatbestand* del delito pertenecen tanto el resultado como la conducta que lo causa⁷. Feuerbach entendía por *Tatbestand* al “conjunto de características de una concreta acción o hecho que son contenidos en el concepto legal de una clase determinada de conducta antijurídica”⁸. Para Feuerbach no era algo completamente objetivo, ni tampoco lo fue por la misma época para Stübel⁹, desdibujándose un tanto su naturaleza en ambos autores. Stübel no lo objetiva del todo porque se percató de las dificultades con que setenta años más tarde se hallará la teoría objetiva del tipo. Stübel proporciona una regla que es de recordar: los aspectos subjetivos no pertenecen al *Tat-*

² ROSSHIRT, CONRAD FRANZ, *Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts*, Heidelberg u. Leipzig, 1828, p. 290; HALL, ALFRED KARL, *Die Lehre vom Corpus delicti, Eine dogmatische Quellenexegese zur Theorie des gemeinen deutschen Inquisitionsprozesses*, Stuttgart, 1933, p. 1; BOLDT, GOTTFRIED, *Johann Samuel Friedrich von Böhmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft*, Berlin u. Leipzig, 1936, p. 112; SCHWEIKERT, HEINRICH, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Belling*, Karlsruhe, 1957, 7-8.

³ SCHWEIKERT, op. et loc. cit.

⁴ BOLDT, op. et loc. cit.; LUDEN, HEINRICH, *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht*, Göttingen, 1840, II, pp. 32-33.

⁵ BOLDT, op. cit., p. 115.

⁶ LUDEN, op. cit., p. 40, nota 1; BRUNS, HERMANN, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932, p. 10.

⁷ KLEIN, ERNST FERDINAND, *Grundsätze des gemeinen deutschen Peinlichen Rechts*, Halle, 1796, cit. por HALL (op. cit., p. 127), LUDEN (op. cit., p. 40) y BRUNS (op. cit., p. 10).

⁸ FEUERBACH, ANSELM RITTER VON, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1812, p. 78; sobre la polémica con Klein, ver FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Jena, 1799, su “Vorrede” (I a X).

⁹ STÜBEL, CHRISTOPH CARL, *Über den Thatbestand der Verbrechen*, Wittenberg, 1805, pp. 2-4.

bestand, pero en tanto no sirvan para distinguir un delito de otro y no dependa de ellos la punibilidad¹⁰.

Luden hizo del *Tatbestand* el objeto de la imputación y, por ende, a la capacidad de imputación la consideró presupuesto de éste¹¹. De cualquier manera, su teoría carece de mayor sistemática. Es así como, al promediar el siglo pasado —en 1853—, encontramos al *Tatbestand* concebido “en sentido amplio” y “en sentido estricto”, pero sin que se hubiese logrado dar forma a su pretendida objetividad¹². Otros autores de la época tampoco distinguían la objetividad de la subjetividad en el sentido en que posteriormente se lo haría¹³. Por el mismo camino marchó Abegg y parece ser que Mittermaier entendió al *Tatbestand* como la particular “clase” de delito¹⁴.

Como se puede observar a lo largo de esta referencia al concepto pretécnico del *Tatbestand*, éste, tanto procesal como penalmente, nunca fue totalmente objetivo. Ya más avanzado el siglo fue Merkel¹⁵ quien distinguió objetividad y subjetividad, pero se seguía hablando de *Tatbestand* en sentido amplio y estricto, sin mayor precisión sistemática ni de contenido¹⁶.

Entendemos que cualquiera fuere el origen de un concepto jurídico, éste es susceptible de evolucionar, transformarse y pulirse. Por ello creemos que no lleva razón Jiménez Huerta cuando, del antecedente procesal del concepto, pretende extraer argumentos en favor de la objetividad¹⁷. La importancia del aspecto objetivo del *Tatbestand* es innegable, al punto que el propio Welzel afirma que éste es el “núcleo real-material de cualquier delito”¹⁸, pero de allí no se sigue que con ello se agote su concepto, ni que el tipo haya nacido objetivo.

El concepto de tipo, que se había introducido al derecho penal, proveniente del derecho procesal, con anterioridad a Beling carecía de una elaboración sistemática y coherente. Era a veces un concepto totalista, otras un concepto parcial (aunque nunca del todo objetivo) y en otras servía para clasificar los delitos. No es posible hablar en rigor de una “teoría del tipo penal” hasta 1906.

¹⁰ STÜBEL, op. cit., pp. 5-6.

¹¹ LUDEN, op. cit., pp. 78-79.

¹² V. JAGEMANN, LUDWIG VON, *Criminallexikon, nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung in Deutschland*, 1854, pp. 605-608.

¹³ ASÍ WÄCHTER, KARL GEORG, *Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1825-1826, parág. 46.

¹⁴ ABEGG, JULIUS FREDRICH HEINRICH, *Lehrbuch des Strafrechts-Wissenschaft*, Neustadt, 1836, p. 103; MITTERMAIER, *Die Strafgesetzbuchung in ihrer Fortbildung*, Heidelberg, 1841, pp. 155 y ss.

¹⁵ MERKEL, ADOLF, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 1889, 34 y ss.

¹⁶ Cfr. SCHWEIKERT, op. cit., p. 12, nota 42.

¹⁷ JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, *La tipicidad*, México, 1955.

¹⁸ WELZEL, 1967, p. 59.

La teoría del tipo de Beling vino a colocar un hito fundamental en la construcción dogmática del delito. Antes de Beling, y aún después de él —ya que nunca aceptó esta teoría— von Liszt sostenía que el delito se componía de cuatro elementos o caracteres: acción, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Para este autor, el crimen, como injusto criminal, era “la acción antijurídica, culpable y conminada con pena”¹⁹. Al concepto mismo de delito lo llamaba “*tatbestand general*”: “De las cuatro características —escribía— se establece, por lo tanto, el concepto (*Tatbestand general*) del crimen; las tres primeras son las características genéricas del delito; la cuarta es la especial característica del crimen”²⁰.

Pese a que Liszt reconocía que no todo injusto culpable es delito, rechaza la teoría de Beling, afirmando que la teoría de éste “coincide materialmente con el punto de vista del texto”, es decir, que sólo admite una diferencia formal con él. En cierta medida tiene razón, porque lo que Liszt hace es partir del camino del legislador: el legislador ve primero la antijuridicidad y luego la tipicidad. El juez averigua primero la tipicidad y después la antijuridicidad. Lo cierto es que el camino de Liszt es impracticable para el juez y, por ende, no apto para la dogmática, destinada a proporcionar un camino seguro al juzgador. De allí que fuese certera la respuesta de Beling: “Que la definición corriente del crimen como una ‘acción antijurídica culpable conminada con pena’ es inadmisibles, no requiere mayor consideración. No es ella falsa en tanto que nombra a la antijuridicidad y a la culpabilidad como características del crimen, pero es lógicamente insatisfactoria, puesto que la antijuridicidad y la culpabilidad son unas de las condiciones bajo las cuales tiene lugar la conminación penal; ellas encajan dentro del ‘conminada con pena’. Se choca así contra las leyes del pensamiento, que nos enseñan que no se pueden acumular con igual valor dos características, de las cuales una está ya contenida en la otra”²¹.

II. — POSIBLES VARIANTES TEÓRICAS. ENUNCIADO GENERAL

292. Posibles variantes teóricas. Enunciado general. En Latinoamérica se solía hablar de cinco o seis fases en la evolución del concepto del tipo penal, siguiendo la sistemática que trazara Jiménez de Asúa: independencia del concepto (con Beling en 1906); el tipo como indicio de la antijuridicidad (con Mayer en 1915); el tipo como *ratio essendi* de la antijuridicidad (con Mezger); la fase destructiva del tipo (escuela de Kiel), y el momento actual, agregándose la compleja rectificación de Beling en 1930 con la teoría del *Leitbild*²².

¹⁹ LISZT, FRANZ VON, *Lehrbuch*, 1919, 111-112.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ BELING, *Die L. vom Verbrechen*, 1906, 5-6.

²² JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, 2ª Ed., pp. 750-779. Es seguido por JIMÉNEZ HUERTA, *La tipicidad*, México, 1955; REYES ECHANDÍA, ALFONSO.

Por nuestra parte, entendemos que si bien se pueden seguir las etapas evolutivas de la teoría del tipo, ello no resulta tan simple como parece emerger del esquema utilizado, debido a que históricamente se fue trazando una verdadera filigrana doctrinaria, y las etapas no se delimitan tan claramente como lo pretendía el ilustre profesor español. Así, el tipo como *ratio essendi* de la antijuridicidad no surge con Sauer y Mezger, sino que corresponde a la teoría de los elementos negativos del tipo, y ésta es una posición sostenida por Baumgarten en 1913. Además, hablar de “etapas” en concepciones que están cronológicamente tan próximas, se nos hace muy arduo. Así, Baumgarten sostiene los elementos negativos del tipo en 1913²³, Sauer la *ratio essendi* pero sin plegarse a la teoría de los elementos negativos de 1921²⁴ y Max Ernst Mayer el carácter indiciario en 1915 y 1923²⁵.

Si bien se puede historiar su desarrollo y seguir los distintos lineamientos doctrinarios, ello no puede hacerse de modo tan esquemático, sino que obliga a detenerse en toda la dogmática penal en lo que va del siglo, cometido que excede nuestra tarea actual²⁶. De allí que nos limitemos a reseñar las más importantes tendencias sin pretensión de agotar cronológicamente la evolución conceptual.

Hemos visto que hay un uso de la expresión “tipo” que no es técnico, anterior a 1906, y otro que se desarrolla desde ese año hasta ahora. Desde entonces encontramos variables doctrinas que se refieren a su naturaleza objetiva o subjetiva, por un lado, y a su avaloración o valoración, por el otro (relaciones con la antijuridicidad). A éstas se han agregado otras concepciones que no han logrado completo desarrollo y según las cuales el tipo se relaciona también con la culpabilidad.

Cabe advertir que también durante ese tiempo se han desarrollado otros conceptos —o mejor dicho, “usos”— de la voz “tipo”, de algunos de los cuales ya nos hemos ocupado, que dejamos ahora fuera de consideración, por tratarse de denominaciones a problemáticas que no designan al tipo sistemático o fundamentador (tipogarantía, tipo de error, tipo permisivo, etc.).

Conforme a estas variables, podemos trazar el siguiente cuadro de las teorías del tipo, con la advertencia de que las teorías concretas se dan combinadas y, a veces, se requieren lógicamente:

La tipicidad penal, Bogotá, 1966; MENDOZA T., JOSÉ RAFAEL, I, 410 y ss.; PORTE PETIT, 424 y ss.; etc.

²³ BAUMGARTEN, ARTHUR, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1913.

²⁴ SAUER, WILHELM, *Grundlagen des Strafrechts nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie*, Berlín u. Leipzig, 1921.

²⁵ MAYER, M. E., 1915; 2ª Ed., 1923.

²⁶ Un detenido análisis hasta 1957, en SCHWEIKERT, op. cit.

TEORÍAS DEL TIPO

En cuanto a la naturaleza de los elementos que abarca	<ul style="list-style-type: none"> α) <i>Teoría del tipo objetivo.</i> β) <i>Teoría del tipo subjetivo (tipo de autor)</i> γ) <i>Teoría del tipo mixto (objetivo-subjetivo).</i>
En cuanto a su relación con la antijuridicidad	<ul style="list-style-type: none"> α) <i>Avaloración o independendencia (teoría del tipo avalorado)</i> β) <i>Implicación (teoría de los elementos negativos del tipo)</i> γ) <i>Ratio essendi (tipo de injusto)</i> δ) <i>Carácter presuntivo (teoría del tipo indiciario).</i>
En cuanto a su relación con la culpabilidad	<ul style="list-style-type: none"> α) <i>Teoría del <i>Leütbild</i></i> β) <i>Teoría del tipo de delito</i> γ) <i>Teoría del tipo de culpabilidad.</i>

III. — TIPO OBJETIVO Y SUBJETIVO

293. **Teoría objetiva del tipo.** Este concepto nace con Beling quien entiende al tipo en forma objetiva, no ya por pertenecer a la ley²⁷, sino porque lo que se pretendió es que la descripción típica abarca sólo el aspecto objetivo (exterior) de la acción humana.

Su criterio sistemático fue enviar todo lo subjetivo a la culpabilidad: la relación psíquica entre el autor y su conducta típica pertenece a la culpabilidad, que es estrato por entero separado de la tipicidad. El *Tatbestand* en sí es objetivo y está libre de momento subjetivo (*Tatbestand* subjetivo es una “*contradictio in adjecto*”)²⁸, porque “la relación del autor con la acción típica es un nuevo e independiente elemento del delito”, dado que “se puede ser inculpa- ble de la muerte de un hombre”. No obstante, Beling parece ya percibir que esta independendencia de estratos objetivo-subjetivo afecta al concepto y afirma que “el fundamento de la tipicidad yace sobre

²⁷ BELING, *Lehre vom Verbrechen*, 113.

²⁸ Idem, 178, citando en apoyo de su posición a VON FERNECK y a STOSS.

la esfera objetiva, en tanto que la culpabilidad también está en dependencia del tipo legal". Por supuesto que a la culpabilidad pertenece el dolo y que éste acumula el conocimiento del tipo y la consciencia (*Bewusstsein*) de la antijuridicidad²⁹. Consecuentemente, en esta primitiva concepción de Beling hay un concepto objetivo del tipo y un concepto psicológico de la culpabilidad. Es el más puro criterio sistemático objetivo-subjetivo, de que ya nos hemos ocupado. Como también hemos dicho, esto no implica otra cosa que el traslado del concepto mecanicista de la conducta al plano de un dispositivo jurídico como es el tipo, sobre todo si tenemos en cuenta, como veremos más claramente al ocuparnos de la concepción avalorada, que éste está libre de valor, porque para Beling el tipo no es "normativo": "es sólo descriptivo"³⁰.

De los inconvenientes de esta teoría en general, ya nos hemos ocupado al tratar del causalismo y su sistemática.

En los últimos años el extremo objetivismo del tipo que sostuviera Beling fue minoritario³¹. De cualquier modo, la llamada posición "neoclásica" no hace nada muy diferente para sostener un concepto de tipo belingniano pletórico de parches y remiendos, todos los que pretenden contener el hundimiento de esta concepción objetiva.

El prácticamente único causalista que a nivel de obra general queda en Alemania y que sostiene, como es natural, una teoría objetiva del tipo, reconoce que "durante largo tiempo, la dogmática, bajo la autoridad de Beling, permaneció en la creencia de que el cumplimiento antijurídico del tipo era algo exclusivamente objetivo, y que los elementos subjetivos pertenecían ya por ello al ámbito de la culpabilidad", en tanto que hoy "casi no se discute que también en el ámbito de la antijuridicidad hay momentos subjetivos"³².

Este reconocimiento de la presencia de los elementos subjetivos, tales como la "intención", en el injusto, había sido reconocida por Mezger³³, quien sostenía que en la tentativa el dolo mismo pasaba a ser elemento subjetivo del tipo, agregando Blei en la continuación de la obra de Mezger, que cuando tiene lugar la realización "objetiva" (consumación), ésta va en lugar de los "elementos subjetivos"³⁴. Como es sabido, Blei abandona ahora esta posición, que fuera justamente criticada y demolida por Welzel, demostrando que una distinción semejante entre delito consumado y tentativa carece de toda razón lógica. "Entsch-

²⁹ Idem, p. 191.

³⁰ BELING, op. cit., 153.

³¹ Fundamentalmente HELLMUTH MAYER y los viejos profesores austríacos.

³² BAUMANN, 130.

³³ MEZGER, en *Stragesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Berlín, 1954, I, 11; en la edición de 1956, pp. 14-15.

³⁴ MEZGER-BLEI, 104.

luss" significa "dolo" y éste se encuentra en el mismo plano que los elementos subjetivos del tipo³⁵. Esta concepción objetiva "limitada" del tipo penal la comparte Schmidhäuser.

A partir de Hegler, quien por vía de la llamada "jurisprudencia de intereses" quiebra el "esquema objetivo-subjetivo" en la teoría del delito³⁶, abandónase la concepción completamente objetiva del tipo penal. Esto conduce a la búsqueda de una nueva sistematización, y allí es donde la concepción del tipo al que le falta el dolo falla, porque no puede funcionar más que a fuerza de remiendos, como es por ejemplo el dolo "natural", que sería un dolo avalorado. En realidad, el dolo no puede ser otra cosa que el objeto del reproche de la culpabilidad, pero resulta arduo explicar cómo el objeto de un reproche forma parte del reproche mismo. Es evidente que al tipo objetivamente concebido le falta algo *que es el dolo*, sobrante en la culpabilidad.

294. Concepto mixto o complejo del tipo penal. El primer concepto mixto de tipo penal se debe a Binding, y no tardó en hacerse esperar después de la exposición del concepto objetivo, pues lo postuló en 1910³⁷. Binding habló de un "objektiven Verbrechenstatbestand" (tipo de delito objetivo), haciendo no ya objeción meramente formal a Beling, sino de fondo, apuntando a lo óntico³⁸. Así, para él es absolutamente imposible prescindir de la esencia de lo que impulsa al acto o a los actos humanos. El concepto de tipo objetivo de delito de Binding prescinde de los elementos que integran la culpabilidad, pero sólo puede configurarse, para este autor, como un "querer de la realización", y en modo alguno de un punto de vista totalmente exterior, como pretendía Beling. En cuanto a su relación con la antijuridicidad, también Binding se enfrenta a Beling, porque considera que este tipo objetivo de delito (al que sólo falta la culpabilidad), también debe ser portador de la desaprobación jurídica. La coincidencia de ese concepto con las modernas teorías mixtas del tipo penal es notoria. No obstante, la línea que Binding marcara en el tipo —y obsérvese que en 1907 a Frank le molestaba el dolo de la culpabi-

³⁵ WELZEL, *Das neue Bild...*, 1957, p. 57; comentario en la versión española de CEREZO MIR, nota 15, pp. 64-65; GALLAS, *Beiträge...*, 48; JESCHECK, 342; BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, p. 151; en contra: ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, en *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben*, Karlsruhe, 1960, pp. 432-437.

³⁶ HEGLER, op. cit. en ZStW, 1915.

³⁷ BINDING, KARL, *Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung*, en "Der Gerichtssaal", Stuttgart, LXXVI, 1910, pp. 2-86.

³⁸ Metodológicamente, los conceptos de acción de BINDING y del finalismo se apoyan en un mismo plano, ya que ambos están orientados hacia anteriores y preexistentes estructuras ónticas. Pero en tanto que el concepto de acción del finalismo se mantiene como actividad humana del todo independiente de la relevancia jurídica, al que se puede enlazar el orden jurídico con sus relaciones y regulaciones, BINDING da un concepto de acción en el marco de lo normado y regulado, ya que lo extrae de la capacidad para seguir un deber (KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, p. 283).

lidad—, fue seguida sólo por Nagler³⁹ y Allfeld⁴⁰, interrumpiéndose allí de modo que, pese a la oposición al tipo objetivo y pese al enfrentamiento con el tipo avalorado, no puede considerarse a Binding en una línea directa con las actuales concepciones complejas del tipo, sino como un precursor de las mismas⁴¹.

Al concepto mixto de tipo penal se llega como una lógica consecuencia de las dificultades de la concepción objetiva. Así, los elementos subjetivos obligaron a negar su total objetividad, pero por otro lado, la incapacidad de la teoría psicológica de la culpabilidad para explicar la culpa inconsciente, condujo a la neutralización de la pretendida subjetividad de la culpabilidad y de este modo se desbarató el concepto ya debilitado por la teoría normativa de la culpabilidad.

Hellmuth von Weber expuso un concepto de tipo enteramente mixto en 1935, en un corto trabajo en homenaje a las bodas de oro doctorales de Richard Schmidt⁴². Este trabajo resulta altamente interesante por su claridad expositiva y porque Weber fue el primero en exponer un concepto mixto del tipo penal⁴³ en 1929, sistematizando, años antes de Dohna, un tipo objetivo y un tipo subjetivo.

Weber observa que con la teoría normativa de la culpabilidad y con los elementos subjetivos del tipo se quebró la base metodológica objetivo-subjetiva, y, por ende, se buscó otra, pero que las nuevas conservan las características de aquéllas. Sostiene que las inconsecuencias de estas doctrinas no aportan a la jurisprudencia lo que ésta demanda para sus soluciones prácticas, particularmente en materia de error, participación y tentativa. Ejemplifica con la imposibilidad de explicar la accesoriedad en caso de inimputabilidad, toda vez que las conductas de los inimputables no son punibles. En cuanto a la *Strafrechtswertlehre*, afirma que su mérito es el llevarnos a tomar consciencia de lo pletórico de juicios de valor que se halla cualquier aplicación de la ley. Manifiesta luego que el legislador se vale del lenguaje y que para ello requiere el verbo, que aunque no lo use expresamente, se halla en el tipo como su *Kernel* (núcleo). A través de la fórmula de la tentativa demuestra que el legislador tiene dos

³⁹ NAGLER, JOHANNES, *Die heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, en "Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911", Leipzig, 1911, T. II, pp. 286-7.

⁴⁰ ALLFELD, PHILIPP, en MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig-Erlangen, 1922, p. 99.

⁴¹ Cfr. CÓRDOBA RODA, JUAN, op. cit., pp. 19, 24-25; SCHWEIKERT, op. cit., p. 32; DEL ROSAL, I, 562.

⁴² WEBER, HELLMUTH VON, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, Jena, pp. 5-27.

⁴³ WEBER, HELLMUTH VON, *Grundriss des Tschechoslowakischen Strafrechtes*, Reichenberg, 1929, pp. 13 a 19.

posibilidades: derecho penal de resultado (causalidad objetiva) o derecho penal de voluntad. Aclara que ambos se encuentran uno al lado del otro y que el error radica en relegar a segundo plano al tipo subjetivo, agregando que con el tipo subjetivo no se "etiza" al derecho, porque éste nada tiene que ver con la norma, la voluntad no tiene relación con la norma (en el tipo subjetivo) y, por ende, con la antijuridicidad. La síntesis de su teoría se halla en estos renglones: "Así hemos obtenido el principio de que la antijuridicidad y la culpabilidad se distinguen ambas como elementos fundamentales de la conducta punible. La culpabilidad concierne al poder, la antijuridicidad al deber. El puesto de la contraposición objetivo-subjetivo lo ocupa ahora el deber y el poder"⁴⁴.

El Graf zu Dohna expuso en 1936 también un concepto complejo del tipo penal, con sus aspectos objetivo y subjetivo⁴⁵. Para la sistemática general de Dohna hay un objeto de desvalor, que es el *Tatbestand*, que se compone de un *Tatbestand* objetivo y otro subjetivo (al que, por supuesto, incorpora el dolo). Por otra parte hay un desvalor de ese objeto mixto, pero ese desvalor del objeto no es simultáneo en el sentido de recaer sobre la totalidad del objeto, sino que recae sobre su bipartición. Así, hay un desvalor del tipo objetivo, que es el juicio de antijuridicidad y un desvalor del tipo subjetivo, que es el juicio de culpabilidad. En general, el mérito de Dohna es la concepción mixta del tipo expuesta de manera diáfana. Su desvaloración, no doble como se sostiene generalmente, sino bipartita, permite prácticamente construir una teoría del delito objetivo y una teoría del delito subjetivo, o sea que su teoría parece estar cortada al medio, tanto en el objeto como en la valoración.

De este modo, Hellmuth von Weber y Alexander Graf zu Dohna marcan el derrotero por el que habrá de andar la dogmática posterior, viniendo en 1935 Welzel a completar el panorama que luego iría puliendo con los años⁴⁶. Cualquiera sea la crítica que luego le formulemos a la concepción de Weber en cuanto a las relaciones del tipo con la antijuridicidad, lo que no puede dejar lugar a dudas es que en materia de tipo fue el arquitecto de la moderna teoría del tipo complejo.

Con posterioridad a los trabajos de Weber, Dohna y Welzel, son numerosos los autores que comparten la concepción compleja del tipo penal que se halla generalizada en Alemania y que cobra cada vez mayor número de adeptos en Latinoamérica y España.

⁴⁴ *Aufbau*, p. 11.

⁴⁵ DOHNA, ALEXANDER GRAF ZU, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Bonn, 1941. Manejamos la segunda edición, que según el prólogo del autor, no varió lo expuesto en la primera (1936). Hay versión castellana de CARLOS FONTÁN BALESTRA y EDUARDO FRIKER de la cuarta edición alemana (Buenos Aires, 1958).

⁴⁶ Con su ya citado artículo *Kausalität und Handlung*, en *ZStW*, 51 (1935), 703-720; reproducido en *Abhandlungen zum Strafrecht und Rechtsphilosophie*, Berlín, 1975, pp. 7 y ss.

En líneas generales, y salvando las diferencias que pueda haber entre los diferentes autores, la concepción mixta del tipo sostiene que el tipo presenta un aspecto objetivo, que está compuesto por todo aquello que se halla en el mundo exterior, sin que por ello deba entenderse al tipo objetivo como algo material, sino objetivado, que no es lo mismo⁴⁷. Al mundo exterior pertenece la muerte de un hombre, la circunstancia de ser de noche, de estar en un despoblado, de que un hombre está indefenso, etc., pero también pertenece a él la ajenidad de la cosa, el carácter de funcionario público, o sea que no debe confundirse al tipo objetivo con una materialidad ni con una facticidad. Hay en él elementos materiales, pero también los hay valorativos (normativos y sociales: a los primeros pertenece por ejemplo, la ajenidad de la cosa en el tipo de hurto, a los segundos, la honestidad de la mujer en el de estupro).

Al par de este aspecto objetivo del tipo se halla su aspecto subjetivo, cuyo *kernel* es incuestionablemente el dolo. El dolo requiere el conocimiento de todos los elementos que componen el tipo objetivo (aspecto cognoscitivo) y conforme a ese conocimiento la voluntad de realización (aspecto conativo). Ambos aspectos no pueden escindirse; podrá darse el cognoscitivo, pero sin el conativo no hay dolo. La inversa es imposible, porque no puede haber ninguna voluntad de realización típica que no presuponga el conocimiento.

Ocasionalmente se encuentra hipertrofiado el tipo subjetivo, conteniendo elementos que no pertenecen al dolo: particularmente direcciones de la voluntad que van más allá de la realización típica. En tal caso se trata de elementos subjetivos del tipo que exceden del dolo pero que pertenecen al tipo subjetivo.

Esta es, básicamente, la estructura del tipo doloso, porque el culposo se caracteriza por poseer estructura diferente: en él lo determinante es la forma de realización de la acción, que resulta violatoria de un deber de cuidado (para cuya individualización se requiere tomar en cuenta la finalidad) y determinante del resultado.

De este modo, una concepción mixta del tipo penal implica, en la teoría del delito, que dolo y culpa no son dos ramas que se separan en lo alto del árbol —a nivel de la culpabilidad—, sino que lo hacen en el primer estrato jurídico-penal del concepto.

Esto permite, en principio, que el juicio de antijuridicidad recaiga sobre una conducta humana y no sobre un proceso causal. Aparte de que no altera la estructura óptica de la conducta, permite

⁴⁷ Cfr. WELZEL, 1967, p. 59

solucionar una serie de problemas prácticos, en los que otros intentos se vieron frustrados, siendo el más grave de ellos el del acoplamiento del dolo al tipo objetivo, que ya había visto el propio Beling y que trató infructuosamente de corregir en 1930. Con ello se da una explicación coherente a la tentativa y a los elementos subjetivos del tipo, además de encontrar el error una nueva y mucho más clara sistematización.

Iremos viendo éstos y otros problemas en el curso del desarrollo que formularemos ⁴⁸.

Concebir al tipo en forma mixta, esto es, ubicando al dolo en la tipicidad, no significa en modo alguno abrir la puerta al llamado “derecho penal de ánimo” o “de disposición interna”, que es algo mucho más profundo en cuanto a la calificación de subjetividades, que prácticamente pena la mera actitud interna del agente. Alguien que no comparte las ideas del finalismo reconoció claramente esta diferencia entre la concepción mixta del tipo y el derecho penal de ánimo: “Es verdad —escribe Bettiol— que el sistema, pasando en cuanto al delito concierne, de una plataforma objetiva a una subjetiva, pudo haber provocado también impresiones e interpretaciones erradas, pero el subjetivismo de Welzel no es el del *Willensstrafrecht*, de amarga memoria, ni un subjetivismo de carácter ‘burgués’, como los juristas de Alemania oriental reprueban al mismo autor, afirmando así que con la acción finalista se pone en peligro la seguridad jurídica misma. Cuando se parte del presupuesto de que el derecho penal es tutela de bienes jurídicos en un marco de estricta legalidad, no hay lugar para el arbitrio que rompe la ley, tampoco si se toman en mayor consideración los momentos subjetivos. Pero son siempre momentos subjetivos que se toman en examen *a parte objecti*, *a parte delicti*, y, por ende, no en relación con un querido y deliberado aumento de los poderes discrecionales del juez, como en los sistemas políticos antiliberales” ⁴⁹. Recuerda certeramente Bettiol también, que el mismo Welzel advirtió contra el peligro de un derecho penal de ánimo ⁵⁰.

IV. — TIPO Y ANTIJURIDICIDAD

295. Concepción avalorada del tipo penal. Tal criterio sostendría que entre tipo y antijuridicidad no existe ningún género de relación, excepto que el primero es un paso analítico previo a la

⁴⁸ En lo que hace a la concepción subjetiva del tipo penal, no nos ocuparemos de ella pues se identifica con el concepto normativo del “tipo de autor”, que ya tratamos y en el que es innecesario insistir, toda vez que ha desaparecido del escenario contemporáneo.

⁴⁹ BETTIOL, GIUSEPPE, *Stato di diritto e “Gesinnungsstrafrecht”*, en Fest. f. Welzel, Berlín, 1974, 185 y ss., p. 185.

⁵⁰ Idem, p. 186.

averiguación de la segunda, mas no encierra ningún desvalor, o sea que la conducta no soporta carga alguna de desvalor por la circunstancia de ser típica.

Beling nunca afirmó que el tipo no tuviese ninguna relación con la antijuridicidad⁵¹, pero lo cierto es que en su exposición primera la relación no quedaba del todo clara. Pese a ello, ésta era susceptible de esclarecerse y conceder al tipo un carácter *indiciario* de antijuridicidad, tarea que cumple Max Ernst Mayer⁵², cuando ya había caído la crítica sobre este punto —y hasta una teoría completamente opuesta—, por lo cual se suele sostener que Beling es autor de una concepción *avalorada* del tipo penal. En verdad, la concepción avalorada no es de Beling, sino de sus intérpretes —y particularmente críticos— que le atribuyeron ese carácter. En el fondo, lo más que puede decirse respecto de la posición de Beling es que, si bien no puede afirmarse que haya adelantado la tesis de Max Ernst Mayer, hay elementos como para creer que no se hallaba tan lejos de ellas^{52 bis}.

296. **Implicación (teoría de los elementos negativos del tipo).** La teoría que prácticamente identifica tipicidad con “antijuridicidad tipificada” y que hasta nuestros días tiene difusores, se suele denominar “de los elementos negativos del tipo penal” (*negativen Tatbestandsmerkmalen*), postulando la *implicación* de la antijuridicidad en la tipicidad: el juicio de antijuridicidad de una conducta queda cerrado en forma definitiva con la afirmación de la tipicidad. Según esta teoría, el tipo se compondría de elementos positivos (objetivos para unos, objetivos y subjetivos para otros) y de elementos negativos, que consistirían en la ausencia de causas de justificación⁵³.

Consecuencia de esta teoría es que las causas de justificación serían causas de atipicidad penal, sin que hubiese ninguna diferencia entre la conducta atípica y la justificada.

De la teoría de las circunstancias o elementos negativos del tipo “surge la consideración de que la forma lógica ‘regla-excepción’ es en el tipo de naturaleza formal, no pudiendo fundamentar ninguna diferencia material. Por ejemplo, si el legislador quiere tutelar con una norma una institución nacional, no tiene relevancia que, como tal le dé entrada en el tipo, o bien, que hable de la institución a secas y en una ampliación excluya a las extranjeras. La conducta que cae en la exclusión es exactamente tan jurídica como la que es desde el comienzo atípica”⁵⁴.

⁵¹ Cfr. WELZEL, *Das neue Bild*, 1957, p. 18.

⁵² V. MAYER, M. E., *Lehrbuch*, 1923, p. 10.

^{52 bis} V. las citas que destaca SCHWEIKERT, op. cit., p. 19.

⁵³ Así, BOCKELMANN, 40.

⁵⁴ Así, v. WEBER, *Aufbau*, p. 17.

Si bien la mayor parte de los autores que profesan esta teoría tratan por separado la atipicidad y la justificación, ello obedece a meras "razones estilísticas"⁵⁵.

Tipicidad y antijuridicidad, para esta teoría, serían una misma cosa, en el sentido de que la primera implica a la segunda (mas no a la inversa), con lo que restaría la teoría del delito compuesta por dos estratos: injusto y culpabilidad. Así, para sus partidarios, la teoría del delito es *bimembre*, en tanto que para nosotros es *trimembre* (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). De allí que sus partidarios, por regla general, se refieran al delito como conducta *típicamente* antijurídica y culpable y no como conducta *típica*, antijurídica y culpable.

Cabe aclarar que también definen así al delito Mezger⁵⁶ y Beling en 1930, aunque por razones diferentes.

La teoría de los elementos negativos del tipo fue expuesta por Merkel⁵⁷ y a ella se afilió Frank⁵⁸, pero después de la exposición del concepto sistemático del tipo, fue Baumgarten quien en 1913 opuso esta teoría a la de Beling de 1906. Para Baumgarten el tipo "subordina a la antijuridicidad" y "esto no lo puede negar Beling, si hace figurar a la antijuridicidad junto al tipo"⁵⁹. El argumento central para esta identificación es que las causas de justificación se encuentran separadas de los tipos sólo por razones de técnica legislativa. En general, la construcción de Baumgarten es bastante defectuosa⁶⁰ y reconoce antecedentes más antiguos en todos aquellos autores que consideraron que la antijuridicidad no es ninguna característica positiva del delito, sino que su ausencia es una característica negativa. Esta teoría —que es la pristina teoría de los elementos negativos del tipo— cuenta con gran cantidad de precursores, y el mérito de Baumgarten es haberla opuesto al tipo belingiano⁶¹.

La consecuencia de la teoría se halla en el campo del error: si las causas de justificación devienen elementos negativos de la tipicidad, hacen que el error sobre sus presupuestos fácticos se maneje únicamente como error de tipo⁶².

⁵⁵ Cfr. JESCHECK, 199-201.

⁵⁶ MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, p. 89.

⁵⁷ MERKEL, ADOLPH, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1889, pp. 82 y ss.

⁵⁸ FRANK, REINHART VON, en la 1ª Ed. del *Strafgesetzbuch*, § 59.

⁵⁹ BAUMGARTEN, ARTHUR, op. cit., p. 217.

⁶⁰ Cfr. su crítica en SCHWEIKERT, op. cit., 35-40; HIRSCH, HANS JOACHIM, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, 1960, pp. 78-82.

⁶¹ Ver la amplia bibliografía que al respecto indica MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, p. 183, nota 8.

⁶² Sobre ello V. JESCHECK, 170 y 304.

Desde el campo de la teoría mixta del tipo penal han postulado la identificación de la tipicidad con la antijuridicidad, von Weber y Schaffstein. El primero afirma rotundamente que “la no interposición de una causa de justificación es, en el sentido . . . § 59 (del C. Penal Alemán) una (así llamada negativa) característica del tipo”⁶³. Pero a renglón seguido formula una aclaración para armonizar su tipo mixto con la anterior afirmación: “La teoría de las características negativas del tipo es dudosa. Muchas veces se ha enseñado que el error sobre una causa de justificación es un error de derecho. De ello se dará la paridad principal de atipicidad y justificación. Se repara en que sólo un error sobre las condiciones de la justificación es un error de hecho que cae en el § 59. Por el contrario, un error de derecho quizá fuera, si el autor conoció correctamente los hechos, pero erróneamente creyó que a él el orden jurídico bajo estas condiciones le permitía la conducta típica”⁶⁴.

Schaffstein, por su parte, se pliega al finalismo para llegar a una conclusión sorprendente: *el error sobre una causa de justificación es un error de tipo*, y con ello el finalismo viene “a confirmar la doctrina y jurisprudencia dominante, dotándola a través de su teoría del injusto de un firme fundamento”⁶⁵. Daría la impresión que para Schaffstein el finalismo, respecto del error, es un entretenimiento de fin de semana para decir lo mismo que el causalismo.

Un intento similar en Latinoamérica es la teoría del delito elaborada por el grupo lógico-matemático de México⁶⁶, aunque sus consecuencias respecto del error son diferentes.

A partir de este punto de vista, y si se quieren evitar sus consecuencias respecto de la teoría del error, se hace necesario afirmar que el dolo no abarca el conocimiento de todo el tipo objetivo, sino sólo de una parte de él. Por ello, Roxin distingue tres distintos conceptos de tipo, fundando la distinción en tres funciones —que a su vez son objeto y contenido— del *Tatbestand*: la función garantizadora del *Tatbestand* (*die Garantie-funktion des Tatbestandes*), la función reguladora del error de tipo (*die irrtumregelnde Funktion des Tatbestandes*) y la función sistemática del tipo (*die systematische Funktion des Tatbestandes*)⁶⁷. De las tres funciones, la que nos interesa ahora es la segunda, porque en realidad, parece tratarse de tres conceptos de tipo (por lo menos el “tipo-garantía” es algo más que una mera función). Este “tipo de error” es

⁶³ WEBER, HELLMUTH VON, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Bonn, 1946, p. 86.

⁶⁴ En particular sobre el tema, WEBER, *Negative Tatbestandsmerkmale*, en “Fest. für Mezger”, 1954, pp. 183-191.

⁶⁵ SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH, *Putative Rechtsfertigungsgründe und finale Handlungslehre*, en “Monatschrift für deutsches Recht”, 5 (1951), pp. 196-200 (200).

⁶⁶ V. además de los ya cit. trabajos en DPC, RAMÍREZ HERNÁNDEZ, ELPIDIO, *Análisis lógico-formal del tipo en el derecho penal*, México, 1968; ISLAS, OLGA-RAMÍREZ H., ELPIDIO, *Lógica del tipo en el derecho penal*, México, 1970.

⁶⁷ ROXIN, CLAES, *Offene Tatbestände . . .*, cit., pp. 107 y ss.

lo que sería objeto del dolo, o sea, como el mismo Roxin recuerda, el "tipo regulador del dolo" de Bruns⁶⁸. La distinción entre tipo sistemático y tipo de error, sólo la aceptamos por nuestra parte, en la medida en que por "tipo de error" se entienda al tipo objetivo o sea a la objetivación del tipo sistemático⁶⁹, pero no creemos que en tal caso haya necesidad alguna de rebautizarlo. Entender por tipo de error un concepto distinto del tipo objetivo, implica una complicación innecesaria de la teoría del delito, cuando se pueden y deben distinguir nítidamente los estratos de la tipicidad y de la antijuridicidad⁷⁰⁻⁷¹.

297. Teoría de la "ratio essendi" (tipo de injusto). Dentro de la corriente que procura una solución unitaria al problema del error, hay una posición que resulta útil a estos efectos y quiere evadir, al mismo tiempo, las críticas que se formulan a los elementos negativos del tipo. Es así que hay quienes sostienen que la tipicidad es la *ratio essendi* de la antijuridicidad⁷², pese a lo cual, la tipicidad no cierra el juicio de antijuridicidad, pudiendo ser excluida por una causa de justificación.

A quienes sostienen el concepto objetivo del tipo, esta teoría les sirve para afirmar una solución única para todos los casos de error venible, pues "la concepción de los tipos penales demanda la tipicidad del injusto y con ello también de la consciencia de la antijuridicidad". "De allí que el dolo deba abarcar todas las características del tipo, que son la cuantía del injusto"⁷³. A quienes sostienen el concepto mixto de tipo,

⁶⁸ BRUNS, HERMANN, *Kritik der Lehre vom Tatbestand*, Bonn u. Köln, 1932, pp. 27-34 (*Der auch den Vorsatz regulierende Tatbestand*).

⁶⁹ Cfr. BACIGALUPO y conclusiones de las jornadas Int. de derecho penal, 1971, Buenos Aires, en NPP, 1972, 2, 341.

⁷⁰ Aunque no nos ocupamos del problema aquí, cabe consignar que una corriente italiana pretendió hacer de la antijuridicidad todo el delito (ARTURO ROCCO. Sobre ello, ANTOLISEI, *El estudio analítico del delito*, trad. de Ricardo Franco Cuzmán, en "Anales de jurisprudencia", México, 1954; VILLAREAL MORO, EDUARDO, *La dogmática penal italiana*, en DPC, 13 [1966], 24).

⁷¹ En la teoría que criticamos se han enrolado autores de todos los tiempos, aunque no lo hacen en forma unitaria. V. HEGLER, A., *Die Merkmale des Verbrechens*, en ZStW, 36, 19 (1915) y 184 (*Schluss*); BENDING, op. et loc. cit., 1911; ENCISCH, KARL, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, cit.; LANG-HINRICHSSEN, DIETRICH, *Die irrtümliche Annahme eines Rechtsfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH*, en JZ, 1953, 362-7; KAUFMANN ARTHUR, *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, en JZ, 1954, 653-9; del mismo en JZ, 1956, 353 y 393 y 1955, 37; NOWAKOWSKI, FRIEDRICH, *Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz*, en ZStW, 65 (1953), 379-402; etc. V. la bibliografía indicada por MAYER, M. E., 1923, p. 175, nota 5; MEZGER, 1939, loc. cit.; y HIRSCH, op. cit. (este último en el más completo análisis realizado).

⁷² Así, MEZGER, *Libro de estudio* (trad. de Conrado A. Finzi), p. 145; igual MEZGER-BLEI, 103; SAUER, WILHELM, *Allgemeine Strafrechtslehre*, p. 63.

⁷³ NOWAKOWSKI, op. cit.

les posibilita solucionar el caso de las justificaciones putativas por error vencible sobre la situación de justificación como casos de error de tipo.

Hay distintas variantes de la teoría, pero tomaremos como ejemplo una de las más recientes, que es la de Bockelmann. Bockelmann afirma que “el giro frecuentemente usado para caracterizar la relación de la tipicidad con la antijuridicidad, según la cual la tipicidad sería indicio de la antijuridicidad (fundando la “presunción”) no es correcta. La tipicidad, no sólo muestra la antijuridicidad, sino que la fundamenta. Hay, por cierto, conductas típicas que no son antijurídicas, pero no hay ninguna antijuridicidad penalmente relevante sin tipicidad”. Llega a esta consecuencia, porque sostiene que “la teoría de la tipicidad es una parte (la primera) de la teoría de la antijuridicidad. La segunda es la teoría de las causas de justificación”⁷⁴. De este modo, puede sostener una teoría trimembre del delito, compuesto por las características fundamentadoras de la antijuridicidad (tipicidad), las características excluyentes de la antijuridicidad (causas de justificación) y la culpabilidad⁷⁵.

De esta forma, para este autor, la antijuridicidad queda afirmada con la tipicidad, sin perjuicio de ser negada por una causa de justificación en una etapa posterior del análisis. En primer lugar, en el camino analítico sanamente transitado, no podemos afirmar algo rotundamente para negarlo en el paso siguiente. Una cosa es decir que hay un indicio o presunción de antijuridicidad, dado por la antinormatividad de la conducta típica, y otra afirmar, sin atenuante alguno, la antijuridicidad de la conducta típica, lo que se suele hacer afirmando que todo tipo es un “tipo de injusto”, y, en el estadio siguiente, negar esa afirmación. Este planteamiento no hace más que dar lugar a un análisis contradictorio.

Pero la objeción no termina allí, sino que, mirando más en profundidad el problema, veremos que cualquier teoría que sostenga el tipo de injusto es una concepción trimembre sólo en apariencia, es decir, una falaz tripartición del delito. Se dice que la antijuridicidad se divide en dos partes, pero la llamada “segunda parte” no es más que la falta de la primera, es decir, que esa segunda parte no tiene entidad. Resulta algo así como la inversión del planteo agustiniano: para San Agustín el mal no tiene entidad porque es una falta de bien; aquí el bien no tiene entidad para el delito, porque es una falta del mal necesario para que haya delito. Si dejamos

⁷⁴ BOCKELMANN, 39.

⁷⁵ Idem, 40.

reducido el segundo elemento a una simple teoría de las causas que excluyen la antijuridicidad, no puede tener entidad, porque no es más que la ausencia del primero.

Resulta, en síntesis, que la teoría de la tipicidad como *ratio essendi* de la antijuridicidad (o del tipo de injusto), en el plano analítico es contradictoria, y, en cuanto al objeto de análisis, sólo considera dos caracteres del delito —injusto y culpabilidad— pues el pretendido tercer carácter no es más que la negación del primero.

Hay quienes afirman —dentro de similar posición— que las causas de justificación son “tipos que delimitan el deber”, como Otto, partiendo de la afirmación de que no toda afectación de bienes jurídicos es típica, sino que hay algunas que son atípicas, en función de que opera en su favor una causa de justificación, a las que denomina de esa forma⁷⁶.

No debe considerarse como ninguna de estas variantes más o menos oscuras de la teoría, la expresión que, precisamente para rebatirla utilizó Blasco Fernández de Moreda en México⁷⁷, porque lo hizo en forma inconsecuente. Sostiene que no es la tipicidad la *ratio essendi* de la antijuridicidad, sino lo inverso, o sea, la antijuridicidad la *ratio essendi* de la tipicidad. En general, no lo creemos así, porque entendemos que hay conductas que no son antijurídicas hasta no estar tipificadas. Pero aún admitiendo que todas lo fueran, no es la antijuridicidad la “razón de ser” de la tipicidad, porque no es a través de la antijuridicidad que descubrimos la tipicidad, sino que a través de la tipicidad llegamos a la antijuridicidad. No obstante, el desaparecido catedrático de nuestra Universidad del Nordeste se hallaba cerca de la verdad: si en lugar de “tipicidad” dijere “tipo” o “tipificación”, es en general cierto que para el legislador la antijuridicidad es la razón de ser de la tipificación de una conducta, pero no para el juez, que debe seguir el camino inverso⁷⁸, y, en consecuencia, tampoco para el dogmático, que, en análisis último, es proyectista de jurisprudencia técnica. Tan cierta estimamos esta observación, que el mismo Profesor de Corrientes no llegó a la consecuencia última de su afirmación, y por ello no altera el orden analítico del concepto del delito, lo que demuestra que quiso referirse al proceso legislativo y no al analítico. Si así no fuere la antijuridicidad quedaría en plano anterior al de la tipicidad y las causas de justificación deberían indagarse antes que la tipicidad, restando totalmente carente de cualquier base fijadora el juicio desvalorativo de antijuridicidad. Semejante catástrofe no pasó por la aguda penetración del autor, que dejó vigente su criterio apegado al carácter indiciario de la tipicidad,

⁷⁶ OTTO, 116.

⁷⁷ BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, FRANCISCO, *La tipicidad, la antijuridicidad y la punibilidad como caracteres del delito*, en “Criminalia”, 1943, 436 y ss.; igual JIMÉNEZ HUERTA, *La tipicidad*, México, 1955.

⁷⁸ DEL VILLAR, WALDO, op. cit., 140.

con el que coincidimos plenamente y que sigue postulando ahora en Corrientes Gallino Yanzi⁷⁹.

298. El carácter indiciario de la tipicidad. Consideramos a esta teoría la más acertada, por las razones que expondremos en el capítulo siguiente.

Si bien no fue Beling negador de esta teoría, fue M. E. Mayer quien la enunció en 1915, al precisar las relaciones del tipo con la antijuridicidad.

Según esta teoría, la tipicidad “es el más importante fundamento cognoscitivo de la antijuridicidad”, comportándose a su respecto como el humo y el fuego (“*Sie verhalten sich wie Rauch und Feuer*”)⁸⁰. Manteniendo separada a la antijuridicidad (que es un juicio de desvalor) de la tipicidad (que es su objeto), se aclara el concepto de delito, siempre que tomemos en cuenta que la primera constituye el indicio que nos permite averiguar la segunda: *en tanto que el tipo es la descripción particularizada de una conducta prohibida, la tipicidad es la adecuación o subsunción⁸¹ de una conducta concreta con la particularizada descripción legal, y antijuridicidad es la contradicción de la realización de esa conducta prohibida con el ordenamiento jurídico*⁸². “La solución de un caso penal comienza con la subsunción de una conducta real bajo las características del tipo penalmente antepuesto que hace al caso. En consecuencia, de ello se probará si la antijuridicidad de la conducta típica está excluida por causas de justificación”⁸³.

Como veremos luego, la tipicidad se comporta como indicio o presunción de antijuridicidad, porque es inherente a la misma la afirmación de la antinormatividad, es decir, porque el que cumple un tipo penal viola una norma, pero esto no significa —como pretenden los partidarios del tipo de injusto o de los elementos negativos del tipo— que su conducta choque con el orden jurídico (que sea antijurídica), pues el orden jurídico se compone de normas prohibitivas (que dan lugar a un orden normativo) y preceptos permisivos (que en combinación con las otras dan lugar al orden jurídico).

⁷⁹ Cfr. GALLINO YANZI, CARLOS VENTURA, *La tipicidad*, Corrientes, 1979.

⁸⁰ MAYER, MAX ERNST, *Lehrbuch* (1923), p. 10.

⁸¹ MAYER, M. E., op. cit., p. 4.

⁸² WELZEL, *Das Neue Bild...* (1957), 16.

⁸³ JESCHECK, 175; MAURACH-ZIPP, 189; también MAURACH, *Tres conferencias*, en “Revista de la Universidad Externado de Colombia”, VI, 3, 1965; DEL VILLAR, WALDO, *La antijuridicidad*, Valparaíso, 1962, 140.

V. — RELACIONES DEL TIPO CON LA CULPABILIDAD

299. La teoría del "Leitbild" o "figura rectora". Sobre la teoría del tipo de Beling de 1906 llovieron las críticas en los años sucesivos, algunas fundadas y otras no. Beling se hizo eco de tales críticas en 1930 y rectificó su posición de 1906, ensayando una teoría que se conoce como la teoría del *Leitbild* o "figura rectora"⁸⁴.

De las críticas formuladas, Beling cita a Baumgarten, Mayer, Sauer, Mezger (que le criticaban su independencia del plano de antijuridicidad), a Nagler (que se hizo eco de la teoría de Binding)⁸⁵, y a zu Dohna, Hegler, Mittermaier, Freudenthal, Grünhut, Liszt-Schmidt, Welter y Zimmerl. En general las críticas fundadas se orientaban a la independencia que presentaba el tipo de la antijuridicidad y al problema del dolo, que necesariamente debía coincidir con el tipo. Beling se percató de ello y a eso se debe este breve trabajo —de 23 pp.— que publicara en homenaje a los setenta años de Reinhard von Frank, que nunca desarrolló con la amplitud debida y que tuvo un curioso destino dogmático, del que nos ocuparemos después de exponer su síntesis.

Beling se percató de la justicia de algunas críticas, o sea, de que el tipo está en relación con la antijuridicidad, y sobre todo, de algo que grafica muy bien: el dolo debe corresponderse con el tipo. "Con el tipo de injusto muerte de una persona" y un tipo de culpabilidad "dolo de prevaricato" no obtendríamos el *Deliktstypus* "homicidio" o "prevaricato"⁸⁶. De allí que todo el intento de Beling se dirija a coordinar el tipo con la antijuridicidad y con la culpabilidad. La construcción es, por supuesto, harto complicada, porque introduce un nuevo concepto: el *Deliktstypus* o "tipo de delito".

En realidad, el *Deliktstypus* de Beling estaría constituido por el "tipo-garantía" de que hoy pretende hablarse, pero reducido sólo al concepto de delito, porque este autor lo derivaba de la Constitución germana y del § 2º del Código Penal alemán. Con ello respondía a las críticas que aún no se han respondido en la Argentina. De este *Deliktstypus* se deriva un *Unrechtstypus* (tipo de injusto) y también un *Schuldstypus* (tipo de culpabilidad) que se sustentaba en el *Tatbestand* legal que otorga unidad a cada *Deliktstypus* (tipo-garantía). Pero lo que sucede es que con un concepto de tipo-garantía, o sea, con la construcción de un concepto de tipo omnicomprensiva sobre la base de la garantía política, no se llega a dar la unidad que Beling se percataba que requería su teoría en 1906. En efecto, con un armazón construido sobre la base del principio de reserva, no llegamos a concluir que con dolo de traición a la patria no se puede consumir una violación impro-

⁸⁴ BELING, ERNST VON, *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen, 1930.

⁸⁵ Sobre ella KAUFMANN, ARMIN, *Bindings Normentheorie*, cit., pp. 19 y ss.

⁸⁶ Cfr. cit., p. 3.

pia. Es menester algo más: Beling crea el “tipo” o “figura rectora” el *Leitbild*, un concepto bastante huido, antepuesto a todo lo anterior, pero que conduce todos sus hilos coherentemente, extraído de la realidad y no de la ley. La “figura rectora” del homicidio es “matar a un hombre”, la del hurto, apoderamiento de una cosa mueble ajena, etc. Mediante esta “figura rectora” cobran unidad —para Beling— ambos estratos.

En síntesis, Beling se vio forzado a crear un *Leitbild* antepuesto al delito mismo, que era como la “partitura” si lo comparamos con un concierto⁸⁷, pero que en definitiva, era una jaula que todo lo abarcaba y lo encerraba, una superestructura omnicomprendiva que respondía a la necesidad de hacer coincidir lo subjetivo con lo objetivo en una analítica estructurada sobre esa base. Si la teoría anterior es metafóricamente calificada como “estratificada” —y la nuestra lo sigue siendo—, la del *Leitbild* puede graficarse como un fruto con capas interiores, siendo el *Leitbild* su cascarón, que no se come pero sirve para mantener la unidad y armonía de lo que utilizamos.

Ya en 1930 se había hecho sentir la necesidad de la congruencia del dolo en el tipo objetivo, y a partir de entonces se abren dos caminos para resolver el problema: uno, casi intransitado, inaugurado por el mismo Beling, y el otro, que ya había sido señalado por Hellmuth von Weber en 1929: la concepción mixta del tipo. La dogmática alemana transitó este último camino, o bien se quedó con lo anterior, tratando de remendarlo. La primera solución es la del finalismo y la segunda la del actual causalismo.

No obstante, la otra vertiente, la enunciada por Beling en 1930, y que no fue seguida en Alemania, tuvo en la Argentina una curiosa resonancia, o sea que el camino que se cerró en Alemania fue objeto de mayor consideración en la Argentina. Así, Soler distingue la función de la “figura” de la del “tipo”⁸⁸, en tanto que Fontán Balestra se refiere a “culpabilidad típica”⁸⁹ y Jiménez de Asúa señala la teoría del *Leitbild* como un momento fundamental de la evolución del concepto del tipo⁹⁰.

300. La teoría del “tipo de delito”. Llamaremos así al *Deliktstypus* de Gallas⁹¹, que constituye en la dogmática germana un retorno a la teoría del Beling (1930) salvando la distancia de un cuarto de siglo de evolución teórica. En síntesis, Gallas pretende el fracaso del camino señalado por Weber y Dohna y perfeccionado por Welzel y sus continuadores, pero recogiendo la experiencia de ese sendero.

⁸⁷ BELING, op. cit., pp. 4-5.

⁸⁸ SOLER, II, p. 147.

⁸⁹ FONTÁN BALESTRA, II, 210.

⁹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, pp. 750 y ss.

⁹¹ GALLAS, WILHELM, *Zum Gegenwärtige Stand der Lehre vom Verbrechen* fue publicado en los *ZStW*, 67-1 y ss., y está recogido en los *Beiträge zur Verbrechenlehre*, Berlín, 1968, pp. 18-58 (Hay traducción castellana de J. Córdoba Roda, Barcelona, 1959).

Para este autor el *Tatbestand* es un *Deliktstypus* "portador de todas las características típicas que hacen acreedora de pena a la correspondiente conducta"⁹². Dice usar la expresión *Deliktstypus* (tipo de delito) en el mismo sentido que Beling, aunque con razón Schweikert observa que ello es dudoso⁹³. De este uso "totalista" del tipo deduce que el concepto de tipo (o de tipicidad) no es un concepto "formal" sino "material". Nos ocuparemos luego de la antijuridicidad "material" y "formal", pero de cualquier manera bueno es apuntar que si para este autor el tipo es material porque "material" es el contenido de la antijuridicidad, dada su concepción, el tipo debería ser sólo *presuntamente* material, porque en esto difiere Gallas de Beling.

En efecto, para Beling el *Deliktstypus* cierra el juicio de antijuridicidad, en tanto que para Gallas, éste queda abierto. El tipo, como Gallas lo concibe, es un estuche en el que caben perfectamente la antijuridicidad y la culpabilidad, pero cada una de ellas con su contenido propio, con su propia esencia, de modo tal que la antijuridicidad puede no hallarse en una acción típica por efecto de una causa de justificación. "Al tipo sólo le es posible mostrar lo que hace del acto concreto un homicidio, una privación de libertad, etc., pero no las causas que yacen fuera de su esfera y que determinan que el acto se considere (en el caso concreto) como no antijurídico o como inculpable, y así, como no delito". "Para averiguar esto debe acudir, en lugar, a la misma esencia del injusto y de la culpabilidad como características de la infracción"⁹⁴. De allí que Schweikert diga con razón que esta concepción del "tipo de injusto" con el *Unrechtstypus* de Beling sean dudosamente coincidentes.

Este es un punto en que la concepción del *Deliktstypus* de Gallas diverge con la de Beling. Pero hay otro más importante y de fondo, y es que en tanto que Beling diversificaba su construcción totalista en un *Deliktstypus* hijo de lo político y un espiritualizado *Leitbild* alumbrado por la necesidad sistemática, Gallas funda el *Deliktstypus* en lo sistemático y afirma que la función garantizadora es secundaria⁹⁵, con lo cual el *Leitbild* se le hace innecesario. En esto, si bien es más práctico y claro que Beling, es también más peligroso, aunque se halla en lo cierto, por mucho que nos cueste reconocerlo: la función garantizadora es eventual, en tanto que la sistemática es insoslayable por cualquier sistema político.

En cuanto a la ubicación sistemática de la conducta, Beling y Gallas coinciden suficientemente, porque ambos perciben a ésta como realizadora del tipo (menos claramente en Beling, más ampliamente en Gallas). Este autor encabeza su teoría, no ya con la conducta, que relega a un plano totalmente anterior, sino con la tipicidad, pero recordemos que tanto Beling como Radbruch habían dado un claro giro

⁹² Op. cit. (*Beiträge*, p. 33).

⁹³ Op. cit., p. 33, nota 43; SCHWEIKERT, op. cit., p. 133, nota 165.

⁹⁴ Op. cit., p. 35.

⁹⁵ Op. cit., p. 33.

en este sentido, que hoy parece resucitar en Schmidhäser y Roxin, aunque nunca llegando al extremo de Gallas⁹⁶.

No obstante, hay otra diferencia que cabe señalar entre Gallas y Beling: el primero recepta un concepto final de conducta y ubica al dolo en el injusto.

En síntesis, Gallas representa el intento de volver a un tipo omnicompreensivo, però no por ello clausurador de los juicios de antijuridicidad y culpabilidad, que permanecen abiertos en su interior, aunando a una concepción de la conducta radicalmente realizadora del tipo pero finalísticamente entendida. Para Beling y para Gallas, el tipo es una "jaula", sólo que para el primero cerrada y para el segundo abierta.

Resulta sintomático que los conceptos "envolventes" o "circulares" del tipo —que rechazamos— y que se elevan hasta un "tipo de culpabilidad", hayan sido expuestos en trabajos sumamente breves y nunca completamente desarrollados. Los puntos oscuros de la exposición de Beling en 1930 son más que los de Gallas hoy. De cualquier manera son conceptos que aparentemente han ido a dar a una vía muerta.

301. **Crítica general a los conceptos de "tipo de culpabilidad".** Por nuestra parte, en sentido sistemático, no aceptamos los conceptos de "tipo de injusto" y "tipo de culpabilidad", salvo que con ellos se quiera referir a la antijuridicidad de *esa* concreta conducta típica y a la culpabilidad de *ese concreto* injusto, porque, naturalmente, estando la tipicidad en un plano inferior o anterior, sustenta a los superiores o posteriores. Pero usar semejante terminología se nos ocurre que es confuso, porque recalca innecesariamente conceptos sabidos, a riesgo de desdibujarlos.

Simplemente, entendemos que la tipicidad, esto es, la adecuación o subsunción de una conducta es un tipo —que requiere condiciones subjetivas y objetivas—, es la base para desvalorar esa conducta como contraria al orden jurídico. Esa conducta típica ya desvalorada (antijurídica) mediante la comprobación de que no se encuentra amparada por ninguna causa de justificación (precepto permisivo) constituye un *injusto* (injusto no es la *antijuridicidad*, sino la *conducta antijurídica*: no es la maldad, sino "Juan el malo")⁹⁷. Cuando este injusto le es reprochable a un autor (culpabilidad) habremos concluido en que hay delito.

Todo este proceso de ceñimiento indiciario de la conducta (ti-

⁹⁶ MAURACH, 162-163.

⁹⁷ Esta distinción resulta hoy clara en la literatura latinoamericana; así, P. ej., MUÑOZ R.-GUERRA DE VILLALAZ, 244.

picidad), desvalor por su contrariedad al deber (*antijuridicidad*) habiendo podido ser conforme al deber (*culpabilidad*) está presidido por la ley penal que se adjetiva inseparablemente en nuestro sistema con el principio de legalidad, cuya vigencia se extiende más allá del concepto de delito, alcanzando incluso los requisitos y condiciones de procedibilidad.

Entendido así el esquema, se nos hace inútil cualquier complicación “envolvente” del concepto de tipo que llegue hasta la culpabilidad, quedando pendiente la cuestión de la conveniencia de sistematizar en un concepto más amplio la función garantizadora. De cualquier modo, creemos que esto último es cometido de la teoría de la ley penal, y lo que nos incumbe en la teoría del delito es averiguar cómo funcionan esas garantías en cada eslabón analítico.

Cabe consignar que no faltan empleos de las voces “tipo de injusto” y “tipo de culpabilidad” de los que no se deducen consecuencias dogmáticas de trascendencia práctica.

Así, si bien Jescheck⁹⁸ se refiere a un “Tatbestand en sentido amplio”, o “*Deliktstypus*” (y consecuentemente a un “tipo de injusto” y a un “tipo de culpabilidad”), esto responde a una sistemática diferente a la de Gallas y a la de Beling. Habíamos visto que Beling deducía el *Deliktstypus* del principio de legalidad y, por ende, como no le servía sistemáticamente, creaba el *Leitbild*. Gallas, por el contrario, deduce sistemáticamente el *Leitbild*, al que con un contenido parcialmente diverso llama *Deliktstypus*, y relega la función garantizadora a segundo plano. Jescheck hace algo diferente: deduce el *Deliktstypus* del principio de legalidad, o sea que sería el tipo-garantía (el *Tatbestand* en sentido amplio), al que, por supuesto, en tal sentido corresponde un *tipo de injusto* y un *tipo de culpabilidad*, pero no le asigna función sistemática, sino que en cada nivel estos tipos son los que traducen el principio de legalidad. Se puede ensayar quizá una construcción similar en la Argentina, sin confundir las dos funciones, como generalmente se hace entre nosotros, pero no creemos que tenga mayor interés, particularmente en vista de la letra de nuestra Constitución que nos conduciría a una extensión inadmisibles del “tipo en sentido amplio”, que abarcaría las condiciones de procedibilidad y hasta las mismas garantías procesales⁹⁹.

⁹⁸ JESCHECK, 379.

⁹⁹ V. supra, § 284.

CAPÍTULO XXI

TIPICIDAD Y ANTINORMATIVIDAD

I. — INTERÉS, BIEN Y NORMA JURÍDICOS: 302. Interés jurídico y bien jurídico. 303. Interés jurídico y norma jurídica. II. — EL PAPEL DE LA LEY PENAL: 304. Ley penal y antijuridicidad. 305. Conclusiones acerca de las relaciones de la tipicidad con la antijuridicidad. 306. La gestación del tipo. III. — EL TIPO PENAL: TIPO LEGAL MÁS TIPO CONGLOBANTE: 307. La incierta ubicación de la afectación del bien jurídico en la teoría de la tipicidad. 308. La explicación del fenómeno a la luz de la función del orden jurídico. 309. El tipo y la tipicidad conglobantes. IV. — LOS BIENES JURÍDICOS: 310. Los entes que son “objeto” de interés jurídico. 311. El concepto de bien jurídico. 312. ¿La moral como bien jurídico? 313. Tentativas de prescindir del concepto de bien jurídico. 314. Evolución y distintos conceptos de bien jurídico. 315. Funciones del concepto de bien jurídico. V. — LA AFECTACIÓN DEL ENTE PRESUNTO OBJETO DE TUTELA JURÍDICO-PENAL (BIEN JURÍDICO): 316. Clasificación de los tipos penales en razón del bien jurídico afectado. 317. Afectación del bien jurídico y resultado material. 318. Tipos penales de daño y de peligro. 319. Clasificación de los tipos penales por la intensidad de afectación al bien jurídico.

I. — INTERÉS, BIEN Y NORMA JURÍDICOS

302. **Interés jurídico y bien jurídico.** El orden jurídico tutela determinados entes, elevándolos a la categoría de *bienes jurídicos*. Este proceso se explica de la siguiente manera:

El derecho tiene interés en que algunos entes sean preservados, los valora positivamente: al hacerlo los hace *objeto de interés jurídico*. Esos entes existen o existirán con independencia de que el derecho se interese por ellos. El interés jurídico hace que estos “entes” pasen a ser *objetos de interés jurídico*.

Puede sostenerse que fuera del interés jurídico estos “entes” no son tales porque no son “objetos”. Ello es tautológico: no serán “objetos de interés jurídico”, pero son “entes”. La valoración no crea el objeto, sino que, por el contrario, la “naturaleza” del objeto condiciona el método de conocimiento y su valoración. La afirma-

ción de que el “objeto” es tan sólo en presencia de un sujeto (en este caso el legislador) es certera pero engañosa. Se torna engañosa cuando olvidamos que es una proposición analítica y no sintética, y por ende, es una proposición apriorística que nada nos dice sobre el sujeto ni sobre el objeto. La presencia del sujeto cognoscente no altera al objeto conocido, por ende, éste no es “creado” por el conocimiento: *es* al margen del conocimiento y de la valoración, con independencia del sujeto y de su valoración. El “ente” que deviene objeto de conocimiento y de valoración *es* antes de la instancia cognoscitiva y valorativa. En nuestro caso el interés jurídico hace de esos “entes” *objetos de interés jurídico*. “El bien jurídico no es un bien del derecho, sino un bien de la vida humana, que preexiste a toda calificación jurídica”¹.

Nótese que nos estamos refiriendo sólo a la propiedad de los “entes” y no a la de los valores. El problema de la objetividad o subjetividad de los valores es ajeno a nuestro tratamiento. Nosotros, científicamente, nos hallamos enfrentados con determinados “*objetos de interés jurídico*” valorados positivamente por un orden jurídico: trabajamos sobre valores dados, *objetivados*.

Estos objetos de interés jurídico (entes) que el legislador valora, los llamamos “*bienes jurídicos*” y cuando el legislador considera que determinadas formas de afectación requieren una especial consecuencia jurídica, los tutela con una sanción penal y se convierten así en “*bienes jurídicos penalmente tutelados*”, pero sólo en la medida de la tutela penal. Decir que el derecho patrimonial es un “bien jurídico penalmente tutelado” es en general inexacto: el derecho patrimonial es un bien jurídico *penalmente tutelado* sólo en cuanto a determinadas formas de afectación del mismo. El incumplimiento de una obligación afecta al patrimonio pero, no obstante, el derecho patrimonial resta como bien jurídico *sin tutela penal* frente a esta afectación.

Por supuesto que esto se da por sobreentendido y cuando hablamos corrientemente de “*bienes jurídicos penalmente tutelados*” sabemos que sólo están tutelados respecto de determinadas formas de afectación.

303. Interés jurídico y norma jurídica. El legislador hace objeto de interés jurídico a un ente valorándolo. ¿Cómo se manifiesta

¹ FRAGOSO, HELENO C., *Direito Penal e direitos humanos*, Río de Janeiro, 1977, p. 38. Sobre la diferencia entre bien jurídico e interés jurídico, BAIGÓN, DAVID-TOZZINI, CARLOS, *El bien jurídico tutelado en la falsedad documental*, en DP, 1978, 531 y ss.

esta valoración? Con una norma jurídica que lo tutela. Por ella se prohíben acciones que lo afecten en cierta forma determinada y que pueden: α) lesionarlo o β) ponerlo en peligro. La norma jurídica no se encuentra en la ley, particularmente en la ley penal, sino que se antepone lógicamente a ella: si a una conducta se le agrega como consecuencia una sanción (ley), es porque esa conducta está prohibida (norma) y esa prohibición obedece a que el derecho tiene interés en proteger al ente que esa conducta afecta, o sea que ese ente es valorado positivamente por él (es un *bien jurídico*).

Así, como consecuencia del interés jurídico con signo positivo (*valor*) generador de *bienes jurídicos*, surge un interés jurídico con signo negativo (*desvalor*) sobre determinadas conductas.

Observemos que se está desvalorando lo que no existe, lo que no es, sino que mediante una figura imaginaria (tipo) —que existe, en la imaginación del legislador— se hace recaer un juicio de valor negativo sobre toda conducta futura que llena las condiciones de la figura imaginaria, pero la materialización de la consecuencia de este desvalor queda condicionada a la efectiva realidad de una conducta que llene esas condiciones.

De este modo, el interés jurídico tiene un signo positivo cuando hace de un ente un *objeto de valor jurídico* (bien jurídico), manifestándose esta valoración en normas que prohíben conductas que le afecten, con lo cual estas conductas devienen objetos de interés jurídico con signo negativo, o sea, *objetos de desvalor jurídico* (conductas prohibidas).

Consecuentemente hay una prelación lógica: valoración jurídica (bien jurídico) —norma prohibitiva (conducta prohibida, desvaloración jurídica).

II. — EL PAPEL DE LA LEY PENAL

304. Ley penal y antijuridicidad. Todas las normas prohibitivas se traducen en una sanción a su contraventor (civiles, mercantiles, administrativas, laborales, etc.). No obstante el legislador considera que determinadas conductas que afectan bienes jurídicos, merecen una sanción de naturaleza particular, es decir, una *sanción penal*, una *pena*, o sea, una ingerencia en los bienes jurídicos del autor de la conducta con propósito resocializador.

Para ello individualiza en la ley penal la conducta prohibida (tipo penal) y le asocia una pena.

Aquí surge un interrogante acerca de la naturaleza del derecho penal (sancionador o constitutivo): ¿Se limita el derecho penal a la creación de tipos a los que ya están antepuestas normas prohibitivas en otras ramas del derecho? Entendemos que por *regla general* es así, pero *excepcionalmente* a la ley penal se anteponen normas prohibitivas que son puramente penales. Cuando el legislador ha considerado que las otras sanciones no se adecuan a la naturaleza de la conducta que ahora sanciona en la ley penal, es únicamente a través de la ley penal que se manifiesta la norma prohibitiva.

No obstante, el interés jurídico positivo, el bien jurídico, no se manifiesta recién a través de la norma penal. Siempre lo podemos reconocer antes, con las normas prohibitivas de otras conductas que le afectan y que se hallan en cualquier parte del orden jurídico. *Lo que la ley penal no hace es poner de manifiesto bienes jurídicos, lo único que pone de manifiesto es su tutela penal* ².

Se nos puede objetar que al legislador puede ocurrírsele mañana convertir en objeto de interés jurídico algo que no lo sea y manifestarlo sólo a través de una ley penal. Ello es posible, pero en el ordenamiento jurídico vigente no sucede, y una construcción dogmática debe trabajarse sobre una base positiva. De cualquier manera, debe convenirse en que la hipótesis es muy poco probable.

Los bienes jurídicos ya son tales, sólo que el legislador considera: α) que es insuficiente la sanción que impone a la conducta que le afecta y por ello le agrega una sanción penal; o β) que es inadecuada la sanción de que dispone en otras normas jurídicas para asociarla a la conducta que le afecta, y entonces, la *norma prohibitiva* se revela sólo a través de la ley penal. En ambos casos considera que hay un déficit sancionatorio en el restante orden jurídico para tutelar a su objeto de valor: *en el primero estima que el déficit de sanción jurídica es cuantitativo y en el segundo que es cualitativo* (dicho sea esto último en sentido general, por cuanto se considera a la sanción penal como el más contundente instrumento sancionador, aunque en lo particular puede ser cuantitativamente mayor una reparación civil que una multa penal).

Consecuentemente, el derecho penal es normalmente sancionador y algunas veces constitutivo.

¿Significa esta conclusión que el tipo crea la norma? De ninguna manera, la norma, como el bien jurídico, siempre se hallan antepuestos al tipo (la ley). Esta anteposición no implica ninguna prio-

² V. supra § 12.

ridad cronológica, sino una necesidad lógica: quiero *prohibir que se ponga en peligro la vida de un ser humano* (norma), luego, establezco: "El que con el fin de (matar a otro) comienza su (conducta homicida)..." (tipo legal). El tipo nunca crea la norma, sino que es la norma la que se manifiesta en el área penal a través de un tipo.

Al bien jurídico lo conocemos por la norma y a la norma por la ley (el tipo penal). O sea que estamos siguiendo el camino exactamente inverso al seguido por el legislador: el juez debe desandar la senda legislativa para llegar al bien jurídico. El legislador parte de la valoración de un ente (bien jurídico) y lo pone de manifiesto en la norma que lo tutela (norma prohibitiva) que se efectiviza a través de una ley (tipo); el juez (o el dogmático) parte de una ley para averiguar la norma y a través de ella el bien jurídico.

El tipo penal pertenece a la ley, está en la ley y es ley, pero ni el bien jurídico ni la norma pertenecen a la ley y por consiguiente tampoco al tipo. El tipo penal (que es la ley penal, aunque, por supuesto no toda ley penal es tipo penal) nos revela una norma que está prohibiendo una conducta que afecta de determinada manera a un bien jurídico. El tipo permite "ver a través de" él la norma y el bien jurídico, pero este "ver a través de" es sólo la manifestación de que el tipo es el ente que nos posibilita el conocimiento de otros objetos, pero esos objetos son ajenos al tipo mismo, al ente que nos permite "ver a través de" él. Pedestre sea el ejemplo: los microorganismos que veo por el microscopio no son el microscopio.

305. Conclusiones acerca de las relaciones de la tipicidad con la antijuridicidad. Hasta aquí parecería que con la mera afirmación de la tipicidad se deduce la violación de una norma y con ello la contrariedad de una conducta con el orden jurídico (antijuridicidad). Ello sería exacto si el derecho se manejara sólo con normas prohibitivas, pero lo cierto es que en el derecho hay *normas prohibitivas y preceptos permisivos*.

Cabe consignar que empleamos la voz "precepto" porque preferimos no abrir juicio acerca de la naturaleza de los mismos, ya que sería inconducente indagar largamente aquí si se trata de "normas" o si presentan una estructura diferente.

De cualquier manera estos preceptos no implican "excepciones" a los normas prohibitivas³, sino que conforman con ellas un juego armónico. *La circunstancia de que hallemos un precepto permisivo*

³ Cfr. WELZEL, *El nuevo sistema...*, p. 58; otra opinión, MEZGER-BLEI, 103-4.

requiere que se presuponga una norma prohibitiva. Así como cuando digo que algo es "menor", mi aserto requiere inevitablemente, al menos, la idea de algo "mayor", así el precepto permisivo requiere la norma prohibitiva. Por ello es que esta proposición es puramente analítica, no agrega nada al precepto permisivo como concepto. En lugar, cuando afirmo que el precepto permisivo es "excepcional" estoy agregando algo al concepto y la proposición resulta sintética. Pero el juego armónico de prohibición y permiso es puramente analítico, porque nada lo cambia el hecho de que los preceptos permisivos sean menos que las normas prohibitivas o que los casos concretos de permisión sean menos que los de prohibición. Todo ello es sintético y en consecuencia no puede alterar el mecanismo analítico.

Por otra parte, en la CN se inserta el principio de legalidad con su necesario complemento de reserva: "ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" (art. 19). Consecuentemente, cuando no hay prohibición, en nuestro orden jurídico no puede haber "permisos", pues éstos deben presuponer una prohibición.

Tampoco cabe afirmar que la norma prohibitiva es "general" y el precepto permisivo "particular". Son conceptos relativos y, por ende, nada decimos con ellos si no respondemos antes con respecto a qué son "generales" o "particulares". Respecto de la conducta prohibida o permitida, ambos son generales y particulares a la vez: prohíben (en general) esa conducta (en particular), o permiten (en general) esa conducta (en particular)⁴.

El tipo no nos permite el acceso al conocimiento de los preceptos permisivos, porque su función es proporcionarnos el conocimiento de la prohibición. Del tipo no podemos deducir los permisos y, consecuentemente, tampoco nos permite el conocimiento de la efectiva contrariedad de la conducta individualizada con el orden jurídico. El tipo nos permite conocer la norma prohibitiva, y si todo precepto permisivo presupone una prohibición (proposición analítica), la averiguación del permiso (presencia de causa de justificación) debe ser necesariamente posterior a la de la norma prohibitiva. La circunstancia de que, eventualmente, el conocimiento de la norma prohibitiva lo logremos a través de dos o más preceptos legales, no implica que nos hallamos en presencia de ninguna causa de justificación si ninguno de ellos es un permiso.

En síntesis, con la averiguación de la tipicidad no conocemos

⁴ Cfr. WELZEL, *Das neue Bild...*, 1957, 21; JESCHECK, 242.

aun la contrariedad de esta conducta con el orden jurídico, sino con una norma prohibitiva, es decir, la *antinormatividad* de la conducta, que no debe confundirse con la *antijuridicidad*. *Antinormatividad* es la contradicción de una conducta con una norma prohibitiva, y *antijuridicidad* es la contrariedad de esa conducta con el orden jurídico (en que armónicamente se complementan normas prohibitivas con preceptos permisivos). La *antinormatividad* se conoce a nivel de la tipicidad, pero la antijuridicidad no ⁵

Con la tipicidad tampoco sabemos si existe una efectiva afectación del bien jurídico porque, cuando hay un permiso, el interés jurídico y el bien jurídico no son tales, porque el "ente" no es objeto de tutela, quedando reducido a la categoría de mero "ente" (pero no como objeto de interés jurídico, ya que el mismo no existe, manifestándose esta carencia por la presencia del permiso).

De este modo cuando en el plano de la tipicidad nos referimos a la "afectación de un bien jurídico" con su "lesión" o "puesta en peligro", estamos manejando conceptos que no son del todo exactos, porque lo único que podemos deducir de la afirmación de que una conducta es típica es que se "presume" la afectación de un bien jurídico. Lo único cierto a este nivel es que se ha afectado un "ente" que es objeto de interés jurídico sólo al nivel de las normas prohibitivas. La afectación de este ente es verificable con prescindencia del conocimiento de los preceptos permisivos, porque el "ente" existe con independencia de cualquier valoración jurídica.

Pretender que la tipicidad implica sin más, la antijuridicidad, significa pasar por alto que del tipo no se deducen las normas permisivas. Se ha sostenido que esta es una cuestión de mera técnica ⁶: si bien no es correcto desde el punto de vista de la claridad preceptiva, bien puede la ley disponer: "será penado con prisión o reclusión de ocho a veinticinco años al que matare a otro, salvo que lo hiciera en legítima defensa, estado de necesidad, etc."

Hay varias razones fundamentales para rechazar este criterio, pero una de las más demostrativas es que aún cuando cada artículo estuviese así redactado, ello nos estaría indicando una duplicidad de pasos a seguir: primero la comprobación de la antinormatividad (tipicidad) y luego la de la antijuridicidad (ausencia de permisión).

Esta estratificación de conceptos no implica que tipicidad y antijuridicidad sean estratos indiferentes. Si la conducta se indivi-

⁵ Cfr. MAYER, op. cit., p. 176; WELZEL, 1967, 77; MAURACH, 224.

⁶ Así, FRANK, R., *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, 15 y ss.

dualiza en el tipo porque implica una contradicción con la norma prohibitiva y una afectación del ente que deviene objeto de interés jurídico positivo, revelado con la norma prohibitiva, el tipo crea un indicio o presunción de antijuridicidad. Pero esta presunción puede ser destruida con la presencia de un precepto permisivo cuya averiguación corresponde al estrato de la antijuridicidad.

El sujeto que realiza una conducta típica sólo ha “cumplido” la ley penal⁷, creándose una certeza de que ha violado una norma jurídica prohibitiva y afectado un “ente” que es objeto de interés jurídico, según se lo percibe por la norma prohibitiva, pero ignorándose si es efectivamente un bien jurídico y, por ende, si hay un enfrentamiento o contradicción de la conducta con el “orden” jurídico, con la totalidad de las disposiciones funcionando como sistema.

Se ha sostenido que la “violación del deber jurídico no está dada en el total ordenamiento legal. ¿O puede creerse que, cuando se priva de la vida a un hombre —por ejemplo—, se violan los deberes contenidos en las normas jurídicas que regulan el cheque, la letra de cambio, la tutela, la patria potestad, la huelga, los términos procesales, etc.?”⁸. De ninguna manera: lo que sucede es que la norma jurídica que prohíbe matar y la que permite la huelga, la que ordena pagar las letras de cambio al librador, la que sanciona de caducidad; la no sujeción de los términos procesales, como la que establece la obligación del autor, forman parte de un *sistema*, de un orden (jurídico). Una conducta choca con el orden jurídico cuando viola una norma prohibitiva sin que ningún permiso lo autorice: eso no implica que choque con cada una de las normas jurídicas ni que ello sea necesario para que la antijuridicidad sea unitaria⁹.

Malamud Goti emplea un interesante argumento de naturaleza político-criminal para rechazar la teoría de los elementos negativos del tipo. Sostiene que pretender que el tipo abarque todos los supuestos en que la necesidad neutraliza la prohibición implica una “elastización”, que “llevaría consigo una menor capacidad de motivar, dado que los contornos de lo prohibido se desdibujarían en una medida considerable”¹⁰.

Creemos preferible no innovar terminológicamente, y por ello seguiremos hablando de “bien jurídico” al nivel del tipo y de la ti-

⁷ Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1916, I, 132 y ss.

⁸ RAMÍREZ H., ELPIDIO, op. cit., p. 39.

⁹ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, Santa Fe, 1958, 112.

¹⁰ MALAMUD GOTI, *Leg. defensa y estado de necesidad*, Bs. As., 1977, p. 10.

picidad, mas formulamos la salvedad de que sólo son “presuntos bienes jurídicos”.

306. **La gestación del tipo.** El proceso lógico de gestación legal del tipo penal deja su huella en él en tal forma que para indagar la norma e individualizar al bien jurídico, debemos desandar la senda legislativa. Es preciso referirnos, pues, a este proceso de gestación del tipo, como análisis inevitable para esclarecer el funcionamiento del juicio de tipicidad en los casos particulares.

El legislador marcha en un sentido y el analista en el inverso; el primero va del “ente” a la ley (tipo) pasando por la norma; el segundo va de la ley (tipo) al ente, pasando también por la norma. No obstante el tipo no cumple la función de recolectar normas prohibitivas dispersas en las otras ramas del derecho, sino que ocasionalmente la norma prohibitiva se manifiesta recién a través de la ley penal, aunque, lo que el tipo no hace —como ya lo destacamos—, es erigir bienes jurídicos.

En otra ocasión hemos sostenido un criterio diverso, llevados por el convencimiento de la naturaleza eminentemente sancionadora del derecho penal¹¹, y creímos que del campo de las conductas antijurídicas el tipo recortaba algunas. Hoy opinamos de diferente modo, en razón del punto de vista que hemos desarrollado y, por ende, rectificamos aquella posición, aunque no lo esencial de lo allí expuesto sobre la naturaleza del deber jurídico.

Que la norma permanezca antepuesta a la ley es una necesidad lógica, un imperativo de sana regla del buen pensar, pero esta anteposición no significa en modo alguno una necesaria prioridad temporal. Si se derogase el Código Penal la gran mayoría de las conductas tipificadas permanecerían antijurídicas, pero algunas no, particularmente, las conductas en grado de tentativa que no hayan lesionado bienes jurídicos. Si se afirma el carácter sancionador del derecho penal, cabe preguntarse dónde se hallan esas normas prohibitivas pretípicas. Cuando se afirma el carácter mixto —como lo hemos hecho— tal pregunta carece de sentido. Las normas se anteponen lógicamente al tipo y éste es la única fuente a través de la cual las podemos conocer, son previas a la ley. Estén o no expresamente formuladas en otra rama del derecho o de la ley, no tiene esto mayor importancia, porque si no lo están, de cualquier

¹¹ *La antijuridicidad y el cumplimiento de un deber jurídico*, en Rev. Jur., 1969 (el artículo fue escrito en 1967).

manera a través del tipo penal las conocemos y ello nos basta para nuestro menester.

La búsqueda de la norma fuera e independientemente de la lente típica llevó a formular la teoría de las normas a Binding, quien pretendía hallarla en las otras ramas del derecho con denodados y vanos esfuerzos¹². No menores fueron los de M. E. Mayer, que criticó a Binding poniendo de manifiesto la imposibilidad de su intento y dedicando un buen número de páginas a fundar su teoría de las "normas de cultura"¹³, también sostenida por Heinitz¹⁴ y de la que se hiciera eco Jiménez de Asúa, asumiendo su defensa¹⁵. En la Argentina fue rechazada por Soler¹⁶ y Núñez¹⁷, en tanto que Fontán Balestra¹⁸ la acepta muy restrictivamente.

Lo cierto es que al menos en el ordenamiento jurídico argentino, antes de crear el tipo, el legislador sobrevuela la antijuridicidad. En tal sentido llevan la razón los autores españoles que en México han sostenido que la antijuridicidad es "*ratio essendi*" de la tipicidad¹⁹. Como ya hemos dicho, yerra Blasco Fernández de Moreda en la voz exacta, pues la antijuridicidad es *ratio essendi de la tipificación*.

El derecho penal no crea ningún bien jurídico sino que les da tutela penal, pues éstos se deducen de la totalidad del orden jurídico y aquí sí que, aunque prescindamos del derecho penal, los bienes jurídicos restarían intocados, sólo que dejarían de estar penalmente tutelados. El legislador crea la norma para tutelar objetos que valora y la única manifestación de la norma y del objeto de su tutela es la ley. Si la crea él, si la recoge de una mayoría de opinión, o de una minoría o si es simple arbitrariedad del grupo dominante, no es aquí nuestro problema, sino el de la sociedad, el de la política y el de la ideología (salvo el caso en que resulte comprometido el principio republicano de gobierno, por supuesto). Son los bienes jurídicos —que son tales en razón de las normas reve-

¹² Sobre la teoría de BINDING, la bibliografía indicada en KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954, *supra*, § 156.

¹³ MAYER, MAX ERNST, *op. cit.*, 1923, 37 a 57.

¹⁴ HEINITZ, ERNST, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, Breslau, 1926; del mismo, *Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, en "Fest. für Eb. Schmidt", 1961, 266 y ss.

¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, Nos. 611-2; III, Nos. 1257-8; en igual sentido, JIMÉNEZ HUERTA, *La antijuridicidad*, México, 1952, 61.

¹⁶ SOLER, I, 307-8.

¹⁷ NÚÑEZ, I, 302-3; *Manual*, 116; también TERÁN LOMAS, en JA, 29/1971, 3 y ss.

¹⁸ FONTÁN BALESTRA, II, 71-3.

¹⁹ Cfr. *supra*, § 297.

ladas a través de las leyes no penales— los que constituyen la *ratio essendi* de la tipificación, aunque a veces falte la norma expresada en otra ley, y aparezca sólo como antepuesta a la ley penal. Así por ejemplo, no nos cabe duda —y a nadie puede caberle— que aunque todo el respectivo título del CF brillare por su ausencia, el patrimonio de las personas seguiría siendo un bien jurídico a la luz de las normas que conocemos por las otras leyes (Const. Nac., Código Civil, Código de Comercio, etc.). No obstante, estaría ausente la norma que en concreto prohíbe la tentativa de hurto, por ejemplo. Ésta apenas la conocemos por la ley penal.

III. — EL TIPO PENAL: TIPO LEGAL. MÁS TIPO CONGLOBANTE

307. **La incierta ubicación de la afectación del bien jurídico en la teoría de la tipicidad.** Se sostiene que la norma y el bien jurídico no pertenecen al tipo, sino que permanecen “antepuestos” a él²⁰, lo que hace que tanto la afectación del bien jurídico y la antinormatividad que se presupone, sean características necesarias para la tipicidad de una conducta, pero que a la vez no pertenezcan a la tipicidad de la misma en el sentido de que no pertenecen al tipo legal. Conforme a esto, una conducta, por el hecho de ser típica, necesariamente sería también antinormativa y debería afectar a un bien jurídico penalmente tutelado.

No obstante, suelen suceder que haya conductas que encuadren en la descripción legal típica y que, sin embargo, no sean antinormativas ni afecten bienes jurídicos. Esto tiene lugar cuando una conducta que está descrita en un tipo resulta ordenada por una norma, como acontece en el caso del oficial de justicia que, con todos los recaudos de ley y en cumplimiento de una orden judicial perfectamente formal y materialmente válida, procede a secuestrar una cosa (se estaría apoderando de una cosa mueble totalmente ajena). En este supuesto, pese a que la conducta encuadra en una descripción típica, se realiza en cumplimiento de un deber, es decir que la norma prohibitiva se encuentra limitada en su ámbito de prohibición por otra norma que, en ese caso, prohíbe no hacer lo que el tipo que corresponde a la primera norma prohibitiva describe. Esto nos indica que la conducta, pese a adecuarse a un *tipo legal*, no puede ser típica cuando una norma distinta de la que el tipo legal expresa, prohíbe dejar de realizarla (si el oficial de justicia no embarga, se

²⁰ Así, MAURACH, 216/218.

hará pasible de la pena de los funcionarios que incumplen sus deberes).

Pero éste no es el único caso en que la conducta que se adecua a la descripción típica legal no es típica porque no puede ser antinormativa y, por ende, no puede afectar bienes jurídicos. Tampoco se concibe que sea típica —es decir, que esté prohibida con relevancia penal— la conducta que si bien no está ordenada, está claramente favorecida por otras normas. Tal sucede, por ejemplo, con el corte de cabello, que, como veremos luego, configura una lesión²¹, pero que en el caso de los peluqueros se encuentra favorecida, si tenemos en cuenta todas las disposiciones que reglamentan el funcionamiento de las peluquerías y las que requieren para ciertas personas, particularmente miembros de cuerpos armados, pero también empleados o funcionarios, la presencia conforme a ciertas pautas mínimas de higiene. Esto significa que *tampoco puede ser típica pese a adecuarse a la descripción de un tipo legal, la conducta que resulta favorecida por otras normas.*

Tampoco sería esta la última hipótesis de casos en que la conducta que se adecua a un tipo legal no es típica penalmente. Piénsese por ejemplo en las lesiones consistentes en pequeñas escoriaciones o ligeros magullones producidos en el curso de una relación sexual entre adultos, con acuerdo de ambos y sin que medie ninguna otra circunstancia. No puede decirse que tales conductas sean favorecidas por las normas, y menos aún que sean impuestas por ellas, pero tampoco es posible pensar siquiera que las mismas se hallan prohibidas con relevancia penal. Lo que sucede en este caso es que la norma que permanece antepuesta al tipo legal no puede estar prohibiendo conductas que por disposición constitucional (art. 19 CN) se hallan dentro del ámbito de privacidad del sujeto y fuera de la ingerencia represiva del Estado. Concluimos, pues, en que *tampoco pueden ser típicas, pese a adecuarse a la descripción del tipo legal, aquellas conductas que quedan fuera del poder represivo del Estado por disposición constitucional.*

Además, hace relativamente poco, se observó que las afectaciones de bienes jurídicos exigidas por la tipicidad penal, siempre requieren una cierta entidad, es decir, alguna gravedad, puesto que no toda afectación mínima al bien jurídico es capaz de configurar la afectación mínima que requiere la tipicidad penal. Quien estaciona su vehículo en forma tan próxima a nuestro automóvil no

²¹ V. § 393.

realiza una conducta privativa de libertad si con ello nos impide por un momento abrir la puerta; tampoco configura privación de libertad la conducta del conductor del vehículo de transporte colectivo que hace caso omiso de nuestra seña y nos lleva hasta la parada siguiente. Las propinas a los carteros para Navidad y todo lo que son presentes de uso no configuran una afectación de la imagen de la administración pública típica del art. 259 CP. Arrancar un cabello, en circunstancias normales, por mucho que pueda ser un “daño en el cuerpo”, no configura la afectación del bien jurídico típica de lesiones. La utilización de una cerilla de la caja que hallamos en el escritorio vecino no es un hurto, pese a tratarse de una cosa mueble totalmente ajena.

En todos estos casos la insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, lo que nos revela que *las conductas que, pese a adecuarse a la individualización del tipo legal, no pasan de ser una afectación insignificante del bien jurídico, tampoco son típicas*. A este fenómeno se lo ha llamado “principio de la insignificancia” y nos ocuparemos luego de él en particular²².

En síntesis, pese a adecuarse a la descripción de un tipo legal, no pueden considerarse atípicas:

- 1º) Las conductas que son ordenadas por otras normas;
- 2º) Las conductas que son favorecidas por otras normas;
- 3º) Las conductas que quedan fuera del poder represivo del Estado; y
- 4º) Las afectaciones insignificantes.

En todo este planteo parece campear, sin embargo, algo que no opera con suficiente lógica y menos aún con naturalidad. En efecto: si la tipicidad legal (la descripción típica de conducta) es lo que nos permite conocer la norma y el bien jurídico, no se concibe que haya conductas que se adecuen a la descripción del tipo legal y que no sean típicas. Esto suele explicarse —como vimos— diciendo que el bien jurídico y la norma permanecen “antepuestos” al tipo legal, que de esta manera lo limitan, pese a no pertenecer al mismo. Puede compararse el aserto con los límites de un territorio —sean ríos, montañas o mojones— que sin pertenecer al territorio, lo limitan. Pero, en el caso nuestro, si el territorio —que sería el tipo legal— nos permite conocer sus límites, no se concibe cómo puede haber una parte del territorio —una conducta que se adecue a la descripción típica— que quede fuera de sus límites.

²² V. § 413.

La contradicción del planteo surge patente: para determinar el alcance de la prohibición dada por el tipo legal, debemos desandar el camino del legislador (bien, norma, tipo), siguiendo así el del juez o intérprete (tipo, norma, bien), tomando con ello en cuenta el elemento teleológico, que es la voluntad de proteger al bien jurídico, traducida en la norma prohibitiva que se expresa en el tipo legal. Sin embargo, ello no es suficiente, porque, como acabamos de verlo, hay casos en que la conducta adecuada a la descripción típica no puede ser contraria a la norma ni, consiguientemente, afectante de un bien jurídico penalmente tutelado.

Por otra parte, la afectación del bien jurídico (por lesión o por peligro) en algún momento debe comprobarse, porque es un requisito indispensable para que haya tipicidad. En algún momento es necesario determinar si la modificación del mundo exterior producida por la conducta que se adecua a la descripción típica, resulta afectando el bien jurídico tutelado. Esta comprobación no puede hacerse al analizar la tipicidad legal, porque la afectación del bien jurídico no pertenece a ella, puesto que tampoco pertenece a ella el bien jurídico mismo, de modo que resulta algo que elimina la tipicidad legal de la conducta sin pertenecer al tipo legal. La afectación del bien jurídico no pertenece al tipo objetivo y, por ende, no debe ser abarcada por el dolo. A los efectos típicos, poco importa que yo sepa que afecto un derecho patrimonial de otro cuando me apodero de una cosa ajena, pues bien puedo ser un salvaje que no tenga idea de que hay derechos patrimoniales. Eso será un problema de culpabilidad —de posibilidad exigible de comprensión de la anti-juridicidad— pero no un problema de dolo ni de tipicidad, puesto que estaríamos confundiendo todos los estratos al proceder de otra manera ²³.

La afectación del bien jurídico y la consiguiente antinormatividad quedarían de este modo en una zona neutra, indefinida y descolgada del análisis del delito. La tipicidad sufriría el efecto de una especie de linterna ciega, que la estaría limitando desde fuera del tipo, pero que no correspondería a ninguno de los pasos analíticos necesarios para comprobar si hay o no delito. La afectación del bien jurídico es un “balcón limeño” de la tipicidad, que, por inexplicable añadidura, estaría sin sustento alguno en ella, pero que la limitaría sin que podamos decir a ciencia cierta en qué mo-

²³ Esta confusión se opera en ROXIN a quien desarrolla en este sentido HANNO OTTO (pp. 103/108) requiriendo consciencia del injusto en el tipo de injusto (V. infra, § 336).

mento corresponde establecer ese límite dentro del camino lógico que la construcción dogmática nos da para los casos concretos. Estaríamos dando un camino lógico para establecer la presencia del delito, en el que uno de los pasos analíticos no diríamos cuándo debe darse, pese a considerarlo fundamental y determinante, al punto de que todos lo dan en algún momento del análisis, consciente o inconscientemente, aún en el caso de que la interpretación de los tipos ni siquiera supere en mucho el análisis exegético, a menos que prefieran renunciar al concepto de bien jurídico y de afectación al mismo, como acontece con las corrientes irraciona- listas y autoritarias del derecho penal²⁴.

Puede pensarse que estas dificultades sistemáticas tienen lugar porque no admitieron la tesis de los “elementos negativos del tipo” ni la de la *ratio essendi* o tipo de injusto. No obstante, esto no es cierto. Aparte de los argumentos que hemos dado para rechazar estas posiciones y suponiendo que los mismos careciesen de valor, por mera vía de hipótesis, lo cierto es que tampoco con esas posiciones la afectación del bien jurídico cobra una ubicación adecuada, porque resultaría confundida con otros supuestos de naturaleza completamente diversa y, de toda forma, tendría que ser analizada antes de los verdaderos casos de justificación (resultaría absurdo preguntarse si una conducta está amparada por la legítima defensa, sin preguntarse antes si afectó el objeto de interés jurídico).

308. **La explicación del fenómeno a la luz de la función del orden jurídico.** Hemos dicho repetidamente que el orden jurídico pretende regular conductas humanas y que esta regulación tiene el propósito de evitar la “guerra civil”, esto es, la “guerra de todos contra todos” (“bellum omnium contra omnes”)²⁵, por lo que ineludiblemente aspira al establecimiento de un mínimo de ética social, o mejor, de una ética social mínima, es decir, a que los sometidos a ese orden jurídico internalicen o introyecten las pautas sociales de conducta que el orden jurídico señala. También vimos que el orden jurídico se establece mediante un funcionamiento armónico de normas prohibitivas y preceptos permisivos, todos expresados en leyes. Pues bien para que la aspiración ética del derecho²⁶ se cumpla, es necesario que esas normas y preceptos no operen de modo contradictorio, porque la contradicción es la arbitrariedad, es decir, lo que no puede internalizarse, porque no señala pauta alguna de

²⁴ V. infra, § 313.

²⁵ WELZEL, HANS, *Recht und Sittlichkeit*, en “Fest. f. F. Schaffstein”, pp. 45 a 51.

²⁶ Sobre ella, supra, § 10.

conducta. Cuando hay contradicción no hay orden, cuando no hay orden no hay pautas, sin pautas no hay internalización posible por falta de objeto de la misma y, finalmente, esas contradicciones no pueden aspirar a ninguna ética.

El *orden jurídico*, compuesto de *normas prohibitivas* y *preceptos permisivos*, presupone también un *orden normativo*, es decir, un *cierto orden entre las mismas normas prohibitivas*.

Un orden normativo en que una norma pudiese ordenar lo que otra norma prohibiese, no sería ni orden ni normativo, sino que, por el contrario, sería un arbitrario desorden. Las normas jurídicas no permanecen aisladas, sino que se hallan en una trabazón en que unas limitan a otras, sin que les sea permitido desconocerse mutuamente. Un orden normativo no es un caos de normas prohibitivas, no es un depósito de prohibiciones arbitrarias, sino un orden de prohibiciones que aspira a ser la primera etapa de la introducción de un cierto orden en la sociedad, no impuesto por el orden mismo, sino porque pretende evitar la "guerra de todos contra todos". Si en este sentido afirmamos que el derecho penal tiene una aspiración ética, (o sea, que aspira a que sus sometidos internalicen sus pautas de conducta y se ajusten consiguientemente a ellas) resultará que esas pautas no podrán ser internalizadas cuando no existen, *lo que habrá de suceder cuando una norma ordene lo que otra prohíbe, o cuando una norma prohíba lo que otra fomenta, o cuando una norma prohíba lo que otra norma prohíbe prohibir, o cuando una norma se extiende hasta prohibir lo que, por insignificantes, no puede contrariar el fin general del orden jurídico*. En todos estos casos será imposible internalizar pauta alguna, porque, directamente, no habrá pauta que internalizar.

El *tipo legal* no se encuentra aislado, sino dentro de toda una *legislación*, y así como el tipo legal expresa una norma prohibitiva, también en el resto de la legislación se expresan normas prohibitivas. Consiguientemente, la norma que se halla antepuesta al tipo legal, no es una norma aislada, una norma "suelta", sino que se comporta como una neurona, que integra un tejido normativo harto complejo, es decir, que está inmersa en un universo normativo jurídico, cuyos componentes están dados en un cierto orden, o sea que con las otras normas configura un *orden normativo*.

Esto nos lleva a concluir que si bien a nivel de la antijuridicidad comprobamos el choque de la conducta con el orden jurídico (resultado de la infracción al orden normativo sin que opere en su favor ningún precepto permisivo), a nivel de la tipicidad comprobamos solamente la antinormatividad (que es sólo indicio de la antijuridicidad), y que no se dará en forma de contradicción con la norma aislada, sino como la *contradicción con el orden normativo*,

es decir, como la contradicción de la conducta con la norma, pero considerada en forma *conglobada*²⁷, como parte que es de todo un universo normativo.

309. El tipo y la tipicidad conglobantes. Lo hasta aquí expuesto nos está indicando que hay un paso analítico que es menester cumplir, una vez agotado el análisis de la tipicidad legal de la conducta, y que consiste en la comprobación de que esa conducta legalmente típica también es antinormativa a la luz de la consideración de la norma conglobada con las otras normas que integran el orden normativo.

El análisis de la tipicidad penal no se agotará, pues, con el de la tipicidad legal, sino que habrá menester de la consideración de una segunda forma de tipicidad penal, que será la *tipicidad conglobante*, establecida a la luz del tipo legal, conglobado ahora en la legislación a la que pertenece y, por ende, también conglobada la norma que se le antepone dentro del resto del orden normativo.

Por consiguiente, comprobada la tipicidad legal (con sus aspectos objetivo y subjetivo), nos restará averiguar si está afectado el bien jurídico tutelado, lo que haremos a la luz de la consideración de la norma conglobada con todo el orden normativo al que pertenece, preguntándonos entonces, si está o no limitada por otras normas prohibitivas, que por ordenar o favorecer la conducta, eliminan la afectación al bien jurídico tutelado y la correspondiente tipicidad penal de la conducta. Debemos preguntarnos también si la norma prohibitiva no está limitada por otra norma que limita el poder represivo del estado más allá de cierta medida, en que ya no podemos interpretar como prohibida la conducta, y, por ende tampoco puede considerarse que afecta un bien jurídico, resultando también penalmente atípica. Por último, también cabrá preguntarse si la prohibición, en ciertos límites insignificantes de afectación, tiene sentido para el objetivo general del orden jurídico, es decir, para conservar la paz social evitando la "guerra civil", concluyendo cuando no lo tiene, por su nimiedad lesiva, en la atipicidad penal de la conducta.

Esto nos conduce a afirmar que, *además del tipo legal*, tenemos otro tipo, *que también pertenece al tipo penal* (puesto que lo necesitamos para determinar la tipicidad penal de una conducta), y que por conglobar la consideración de la conducta legalmente típica, es un *tipo conglobante*, que nos sirve para establecer la *tipi-*

²⁷ "Conglobar" significa unir o juntar cosas o partes y "conglobación" es la unión y mezcla de cosas no materiales.

cidad conglobante de una conducta legalmente típica, siendo el paso analítico en que se esclarece si la conducta es antinormativa (contraria al orden normativo) y si, por ende, está afectado (por lesión o por peligro) el bien jurídico tutelado.

El *tipo penal* se compone del *tipo legal* (adecuación de la conducta a la individualización predominantemente descriptiva hecha en el precepto legal aislado, con su aspecto objetivo y su aspecto subjetivo), y del *tipo conglobante* (que requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado mediante la comprobación de la antinormatividad por la contradicción de la conducta con la norma, conglobada con las restantes del orden normativo que integra).

Será función de este segundo paso de la tipicidad penal, operar como correctivo de la tipicidad legal, reduciendo a la verdadera dimensión lo que la norma prohíbe, dejando fuera de la tipicidad penal aquellas conductas que sólo son alcanzadas por la tipicidad legal, pero que el orden normativo no prohíbe, precisamente porque las ordena o las fomenta o no las puede alcanzar, por exceder del poder represivo del Estado o por ser insignificante su lesividad.

De este modo, la afectación del bien jurídico encuentra su ubicación dentro del tipo penal, sin necesidad de acudir a artificios argumentales, ni de confundir estratos analíticos, ni de dejar fuera de la teoría jurídica del delito un concepto que es fundamental para la misma.

Cabe consignar que la investigación de la antinormatividad a que nos obliga la tipicidad conglobante no es ninguna renuncia a la legalidad del tipo penal, porque si bien excede el análisis del tipo legal, el tipo conglobante es también legal en el sentido de que surge también de la ley, puesto que en la consideración de la norma prohibitiva en forma conglobada con las otras normas del orden normativo, las otras normas no son "normas de cultura" ni normas "libremente" buscadas, sino que también son normas jurídicas, es decir, normas prohibitivas que se hallan expresadas por otras leyes que integran con el tipo legal la misma legislación. r más

que del tipo legal, considerado ahora en forma conglobada con las demás leyes de la legislación de que forma parte, lo que nos revela el verdadero alcance de la norma que expresa, conglobada con el universo de normas que están expresadas por el resto de la legislación a que pertenece el tipo. Para nada compromete esto el principio de legalidad del tipo penal.

Veremos de inmediato la importancia que tienen el concepto de bien jurídico y su afectación dentro de la teoría del tipo penal,

para ocuparnos luego de la tipicidad legal y dejar para el final del tratamiento de la tipicidad²⁸ la consideración de los casos problemáticos de atipicidad conglobante.

Con toda claridad nos señala Cousiño MacIver, pese a no aceptar nuestra tesis de la tipicidad conglobante, que ese nombre (que por cierto, lleva razón en señalar como poco agradable), tiene la virtud de indicar que ese correctivo no responde a una estructura autónoma, sino que es una corrección dentro del plano normativo, que sigue siendo siempre el plano o nivel propio de la tipicidad^{28 bis}.

Debe quedar claro que la atipicidad conglobante se distingue nitidamente de la justificación. Los casos de atipicidad conglobante no son supuestos de permisos concedidos por la ley, sino de mandato o fomento de la conducta o de exceso vedado de la prohibición. En la conducta que resulta conglobadamente atípica, media un mandato o un fomento de la misma o un exceso prohibitivo prohibido, en tanto que en los casos de justificación no puede decirse lo mismo. Piénsese por ejemplo en la legítima defensa, cuando el sujeto tiene la posibilidad de evitar la agresión huyendo, en que no se excluye la legítima defensa porque —como veremos oportunamente— el sujeto no está usualmente obligado a huir o retirarse. Hay casi una resignación impotente del orden jurídico, pero no puede decirse que haya un mandato de defenderse legítimamente —porque la defensa no surgiría ya de un precepto permisivo, sino de uno preceptivo o prohibitivo (que prohibiría dejar de defenderse)— ni tampoco que haya un favorecimiento o fomento de esa conducta defensiva, porque el orden jurídico se resigna a que el injustamente agredido mate o lesione al agresor pese a que pudo huir, pero no fomenta que lo haga. Tampoco puede argumentarse que el orden jurídico no puede prohibir esa conducta porque excede el ámbito represivo del Estado, pues ello significaría que la legítima defensa es el ejercicio de un “derecho natural” que renace al no poder presentarse la acción del Estado, teoría que está hoy descartada.

Por otra parte, la justificación surge a la luz del orden jurídico, es decir, del orden que surge del funcionamiento armónico de las normas prohibitivas y los preceptos permisivos o, más claramente dicho, de la combinación del orden normativo con los preceptos permisivos. En lugar, la atipicidad conglobante es un fenómeno que tiene lugar dentro del mismo orden normativo, sin que para nada operen los preceptos permisivos, puesto que se da sólo entre las mismas normas prohibitivas.

La circunstancia de que las conductas justificadas no sean fomentadas por el orden jurídico y menos ordenadas, no puede llevarse hasta el extremo de considerarlas “neutras” y de afirmar que no son “derechos”, pues de ello resultaría que el que mata en legítima defensa “no tiene derecho” a hacerlo, sino que su conducta es sólo “no desvalorada”²⁹.

²⁸ V. §§ 390 y ss.

^{28 bis} COUSIÑO MACIVER, II, 114, nota 264.

²⁹ Así lo entiende MALAMUD GOTI, *Legítima defensa y estado de necesidad*, Bs. As., 1977, p. 11.

De ser esto así, no se explica claramente de dónde puede surgir el deber de un tercero de abstenerse de defender al agresor contra el que se ejerce la defensa, ni tampoco la razón por la que el mismo agresor no puede defenderse legítimamente. Una cosa es afirmar —como hacemos nosotros— que el orden jurídico no fomenta la conducta y otra decir que la conducta se realiza sin derecho, sólo “neutralmente”.

Novoa Monreal considera que la tesis de una tipicidad conglobante es una complicación innecesaria, que sería producto de la sistemática que adoptamos^{29 bis}. En rigor, creemos que la única manera de salvar esta construcción sería siguiendo la teoría de los elementos negativos del tipo o la teoría del tipo de injusto, pero incluso dentro de estos planteamientos y apelando al mecanismo de “regla-excepción”, no podría menos que reconocerse que los supuestos que abarcamos dentro de la atipicidad conglobante tienen una naturaleza y características que los convertirían en excepciones a la regla de orden bien diferente a las que surgen de los preceptos permisivos. Pero, admitiendo, como parece haberlo Novoa Monreal, el carácter indiciario de la tipicidad, creemos que ese carácter no puede surgir de otra fuente que de la antinormatividad, es decir, del choque de la conducta con una norma prohibitiva, porque de lo contrario resulta inexplicable.

Cousiño MacIver considera, por su parte, que la tipicidad conglobante es también un concepto innecesario y entiende que presenta una problemática análoga a la del conflicto aparente de leyes^{29 ter}. No le falta razón en cuanto al conflicto de deberes, desde que es siempre un conflicto sólo aparente, aunque a veces sea difícil de resolver. No obstante, esta asimilación, que sólo sería factible en el caso de conflicto aparente de deberes, se muestra insuficiente para resolver la totalidad de las hipótesis en las cuales la conducta encuadra en el tipo legal pero, sin embargo, en función del alcance real de la norma, queda fuera del ámbito de prohibición de ésta, como son los supuestos en que la conducta está legalmente fomentada o en los que opera el principio de insignificancia.

IV. — LOS BIENES JURÍDICOS

310. Los entes que son “objeto” de interés jurídico. De lo hasta aquí expuesto se deduce que el concepto de “bien jurídico” desempeña una importantísima labor en el injusto. De allí no debe deducirse que la esencia del injusto sea la lesión a un bien jurídico³⁰. Si bien la afectación (lesión o puesta en peligro) de un bien jurídico es un momento indispensable e importantísimo del injusto, no puede afirmarse que “la lesión del bien jurídico es el in-

^{29 bis} NOVOA MONREAL, *Causalismo y finalismo*, cit., p. 126, nota 192.

^{29 ter} COUSIÑO MACIVER, II, p. 115.

³⁰ Así lo pretende BAUMANN, *Schuld und Verantwortung*, en JZ, 1962, 41 y ss.

justo penal”³¹. No cualquier lesión de un bien jurídico es un injusto penal, sino sólo aquella que es típica³². De toda forma, la discusión sobre si la esencia del injusto se halla en el desvalor de la acción o del resultado se ha vuelto bizantina y parece llamarse a sosiego la doctrina a su respecto: *no tiene ninguna consecuencia práctica, siempre que se requiera, en cualquier caso, que la acción típica afecte un bien jurídico*. Siendo así el requisito del desvalor de la acción sólo puede limitar la punibilidad de la conducta, pero jamás ampliarla más allá de lo que la fijan quienes pretenden ver como esencia del injusto un desvalor de la lesión al bien. Mal puede verse en esto un elemento de derecho penal autoritario³³.

Hasta aquí hemos hablado de “entes” que son objeto del interés jurídico. ¿Qué son estos “entes”? Para nosotros son *relaciones de los individuos con objetos*³⁴. Estos objetos con los que el individuo se relaciona son de distinta naturaleza: vida, patrimonio, honor, etc., y la relación puede verse afectada por afectación de su objeto o de la relación misma: *en cualquier caso se lesiona la disponibilidad del objeto, o sea, el ámbito jurídico de libertad del individuo*.

La crítica que se le ha formulado a este criterio, y que pretende que el bien jurídico perdería su función sistematizadora de ser así concebido, pues se reduce a uno (la disponibilidad)³⁵, carece de fundamento lógico: *que todos los bienes jurídicos reconozcan esa naturaleza última no significa que sólo haya un bien jurídico*. Ya Larenz había observado que para Kant había un sólo bien jurídico, que era la libertad³⁶, observación que pasa por alto que la libertad —en este sentido— no es más que la condición del ejercicio de los derechos subjetivos³⁷. Dentro de esta línea, Grolman afirmaba que “todo delito implica una lesión en el ámbito jurídico de otro, donde sólo éste domina con completa libertad. Todo delito limita la libertad de otro, le roba algo a cuya retención tiene derecho”³⁸. Desde otro punto de vista, entendiendo que el bien jurídico tutelado por el derecho penal es la libertad, pero entendida como la li-

³¹ BAUMANN, *ibídem*.

³² Cfr. WELZEL, *op. cit.* en “Fest. für Maurach”.

³³ V. § 10.

³⁴ Cfr. SINA, PETER, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriff “Rechtsgut”*, Basel, 1962, 102.

³⁵ Así, MARX, M., *op. cit.*, p. 67.

³⁶ LARENZ, KARL, *Die Rechts- und Staatsphilosophie des deutschen Idealismus und ihre Gegenwartsbedeutung*, München, 1933, p. 101.

³⁷ CATTANEO, MARIO A., *op. cit.*, p. 129.

³⁸ GROLMAN, KARL, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematische Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetzen von . . .* Giessen, 1798, p. 3.

bertad del delincuente, formula Luis Carlos Pérez en Colombia una síntesis unitaria del bien jurídico. Afirma que el delito denota —en el delincuente— un “déficit” de libertad, y que la pena debe ser un medio para dotar de libertad al delincuente³⁹. En cierto sentido puede resultar verdad su aserto, pero no puede negarse que sólo como planteo válido dentro de un esquema de objetivismo valorativo.

311. El concepto de bien jurídico. *Bien jurídico penalmente tutelado es la relación de disponibilidad de una persona con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas.*

Esta definición exige algunas aclaraciones. a) *Se pueden señalar los bienes jurídicos por los objetos* con que el individuo se relaciona. Así, se habla del “patrimonio”, de la “vida”, de la “salud”, etc. En rigor, el bien jurídico, es la disponibilidad que el individuo tiene de esos objetos lo que resulta afectado por la conducta típica. b) Todos los objetos con que el individuo se halla en relación que constituye bien jurídico son jurídicamente disponibles por él. Así, no hay bienes jurídicos indisponibles o no disponibles: *todos lo son, a condición de que sea el titular quien disponga y que éste sea titular único o de que lo haga en la forma legalmente admisible*. La vida humana también es un bien jurídico “disponible” (expresión que, para nosotros, es enteramente tautológica).

La idea de disponibilidad suele entenderse mal, porque suele identificársela con la posibilidad de destruir el ente con que se relaciona el sujeto. Este es un equívoco que proviene de asimilar todos los bienes jurídicos a la propiedad, entendida ésta en un sentido quirritario. Disponibilidad no significa otra cosa que posibilidad de disponer, pero en la vida social organizada por el moderno Estado social de derecho, la disposición debe entenderse como un *uso* que de ciertos objetos hacen los ciudadanos para autorealizarse. Es decir que se dispone “usando”, y disponibilidad no sería, pues, otra cosa que “posibilidad de uso”, de empleo, de utilización. Nadie se pasa la vida “usando” las cosas con un martillo, porque precisamente ésta es una curiosísima manera de “usar” (es la manera de dejar de usar). Entendido desde este punto de vista nuestro modo de pensar, se verá que la vida es el más disponible de todos los bienes jurídicos, porque estamos disponiendo de ella a cada mo-

³⁹ PÉREZ, LUIS CARLOS, *Tratado de Derecho Penal*, Bogotá, 1957, T. I, pp. 62 a 67.

mento y porque de ella dependen todos los bienes jurídicos restantes.

Como objeción al concepto de bien jurídico como relación de disponibilidad —y referido siempre a la vida—, se plantea el problema del suicidio. Veremos que hay bienes jurídicos que se afectan, porque se afecta la relación misma de disponibilidad, en tanto que en otros casos, lo que se afecta es el término de la relación, o sea, el ente con que el sujeto se halla en relación de disponibilidad. En casi todos los casos, la relación, aunque se la lesione, puede restablecerse, pero en otros la lesión es irreversible, lo que acontece cuando se destruye el término de la misma. Hay dos supuestos en que el sujeto, a causa de la destrucción irreversible de la relación de disponibilidad por aniquilamiento del objeto de la misma, pierde de un golpe todos los bienes jurídicos penalmente tutelados: uno de ellos es el suicidio y el otro la desaparición del Estado.

En el caso del suicidio —como en el de la autolesión gravísima— no podemos comprender, tratándose de una situación más o menos normal, que un individuo, para autorealizarse socialmente, destruya de un golpe todos sus bienes jurídicos. De allí que el tercero que impide el suicidio cumple un deber jurídico, puesto que presumimos que el suicida, superado el trance en que se halla (que en situación más o menos normal no puede considerarse de otra forma que como una incapacidad psíquica), habrá de agradecer la acción salvadora. Por otra parte, como normalmente no nos es comprensible (en sentido existencial) la acción suicida, entre una afectación al bien jurídico libertad —perfectamente reversible— y un peligro inminente para el bien jurídico vida, cuya afectación sería totalmente irreversible, preferimos la primera para evitar la segunda. Más aún: creemos que la conducta de quien no impide el suicidio pudiendo hacerlo sin riesgo personal, o, mediando riesgo personal, no da aviso a la autoridad que puede evitarlo, incurre en una omisión de auxilio⁴⁰. No obstante, veremos que dejamos de cumplir un deber o de actuar justificadamente —en el caso en que el sujeto impida el suicidio con riesgo para su vida— cuando podemos comprender la acción suicida. Esto sucede cuando el voluntario se lanza a una acción de guerra heroica, pero de la que él y nosotros sabemos que no habrá de salir con vida. Mucho menos podemos impedir la competición deportiva de elevado riesgo para la vida, que el Estado reglamenta y fomenta, como las carreras automovilísticas, por ejemplo. Tampoco podemos imponer un tratamiento médico-quirúrgico amputativo, aunque ello le signifique la muerte al paciente. El derecho no puede penar el autoperjuicio⁴¹, por mucho que en los últimos tiempos se pretenda otra cosa⁴². El suicidio ha dejado

⁴⁰ Cfr. GALLAS, WILHELM, *Strafbare Unterlassen im Fall einer Selbstötung*, en JZ, 1960, 692.

⁴¹ Cfr. BINDING, *Handbuch*, 1885, I, 699.

⁴² Sobre ello, SCHMITT, RUDOLF, *Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst?*, en "Fest. f. Maurach", 1972, 113; dentro de nuestra legislación, una forma inconstitucional de penar el autoperjuicio es la punición de la

de ser punible en el mundo civilizado (en Inglaterra el 3 de agosto de 1961), porque cuando no es comprensible lo asimilamos a un estado de alienación, y cuando es comprensible resulta valorado por el derecho.

El principio de que el suicidio por sí mismo no es antijurídico —que se desprende de lo anterior— no se contradice con la punición de la instigación y de la ayuda al suicidio, como pretende Michael Marx⁴³; lo que sucede es que el derecho no fomenta esa conducta, porque un extremo tan incomprensible de disposición que resulta asimilado a la alienación, no puede quedar en otras manos que en las del propio titular.

En cuanto a la disponibilidad del Estado, no cabe duda de que existe, pues nos valemos de él para realizarnos, elegimos y decidimos cómo usarlo, desde que resolvemos enviar una carta por correo en lugar de llevarla personalmente, hasta que validos de la seguridad jurídica que nos brinda nos ponemos a componer un vals. Lo que no se concibe es la destrucción misma del Estado, como límite de disponibilidad. Aparte de que no es concebible fácticamente ese límite, porque, tratándose de un bien de sujeto múltiple, ese límite de disponibilidad sólo podrían ejercerlo conjuntamente todos los titulares, es decir, todos los habitantes, hay otra razón que se opone a su admisión: la desaparición del Estado importa la de todos los bienes jurídicamente tutelados, porque implica la desaparición de la tutela jurídica, es decir que, los “bienes”, quedarían reducidos a la condición de puros entes. Es inconcebible que el derecho penal, que tutela bienes jurídicos consistentes en relaciones de disponibilidad, garantice la posibilidad de hacer desaparecer todas las tutelas, es decir, que tutele la libertad de aniquilar la tutela. La desaparición del Estado es algo que siempre escapará al derecho del Estado.

c) No hay bienes jurídicos “supra-individuales” cualitativamente diferentes de los individuales⁴⁴. Lo que existen son bienes jurídicos de sujeto múltiple, de los que nadie puede disponer individualmente, en forma que afecte la disponibilidad de otro.

tenencia de enervantes para consumo propio en la ley 20.771 (sobre ello también BERGALLI, ROBERTO, en NPP, 1976, 375 y ss.; NINO, CARLOS SANTIAGO, en LL, 4-X-79; MALAMUD GOTI, en DP, 1979, pp. 859 y ss.; opiniones de la minoría de la Cámara de la Capital (Ortiz de Rosas, Coll, Luna Olmos, en Fallos, 1, 60; Vera Ocampo y Lejarza el 12-VII-66). Las opiniones jurisprudenciales contrarias apelaron a un tipo de autor presunto, a que la tenencia afecta la seguridad nacional y a que al juez le está vedado en absoluto tocar la ley, con cit. de San Agustín (errada, por cierto). La Corte Suprema apeló al argumento de que si no hubiese consumidores desaparecerían los traficantes (24-III-78, caso “Colavini, Ariel O.”, LL, 1978-B, p. 444; el procesado fue muerto en un motín carcelario).

⁴³ MARX, MICHAEL, op. cit., 64-65.

⁴⁴ Cfr. MARX, M., op. cit., 813; otra opinión, TIEDEMANN, CLAUS, *Tatbestandsfunktion im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts*, Tübingen, 1969, pp. 13 y ss.; SCHMIDHÄUSER, en “Fest. für Engisch”, 443; JESCHECK, 195.

Malamud Goti nos critica nuestro concepto de bien jurídico, afirmando que no es admisible porque el bien jurídico es un "valor colectivo", un "interés social"⁴⁵. Nosotros no negamos que la tutela del bien responda a un interés social, o sea que hay un interés social en tutelar la disponibilidad de ciertos entes, y ese mismo interés social impide ciertas formas de disponibilidad, pero la misma relación de disponibilidad es el bien jurídico y, en modo alguno, podemos decir que sea "colectivo" en el sentido de que no pertenezca a los hombres, individualmente o en común —según sea el bien de que se trate—, pues en tal caso todos los bienes jurídicos serían "públicos", tesis que no creemos que Malamud Goti comparta, sino sólo que no ha reparado suficientemente en que la naturaleza del bien jurídico es distinta de la naturaleza del interés que fundamenta su tutela.

312. *¿La moral como bien jurídico? Desde ningún punto de vista puede ser la moral un bien jurídico.* En nuestro sistema se habla de "honestidad" en sentido sexual. El bien jurídico no es la "honestidad", que puede no existir (el caso de la violación de la prostituta) e igual estar afectado el bien, sino la libertad de tener una conducta sexual honesta (en la violación, por ejemplo), o bien, la salud (en la corrupción)⁴⁶.

Sostener que la violación de la prostituta es atípica en nuestra ley penal no tiene sentido: ello implicaría que la víctima de violación siempre debería ser "honesta", lo que introduce un elemento normativo que no existe en el tipo objetivo. Mas si así fuere, ¿por qué la ley exige la "honestidad" en el estupro? Si todos los sujetos pasivos de estos delitos deben ser "honestos", la exigencia sale sobrando.

En las exhibiciones obscenas no se sanciona un delito contra las "buenas costumbres", que puede no tenerlas quien percibe el objeto obsceno, sino un delito que pone en peligro el sentimiento moral de un sujeto, que puede verse afectado *contra su voluntad* (consideramos que si la conducta no puede dar lugar a que un sujeto vea afectado un sentimiento de pudor contra su voluntad, no hay tipicidad).

El valor permanente de la teoría jurídica de la Ilustración fue la secularización del fin del Estado y la teoría de la lesión de derechos⁴⁷. Dentro de esta línea se hallaba el código de Baviera de 1813, en que se observa claramente la afiliación al movimiento político-penal del si-

⁴⁵ MALAMUD GOTI, *Leg. defensa y estado de necesidad*, Bs. As., 1977, p. 77.

⁴⁶ Cfr. MARX, M., op. cit., 85-6; la solución del *Alternativ Enteurf*, 1966 y de nuestro *Anteproyecto de Código Penal para la República del Ecuador*, en DPC, 1970, nº 36. Para información comparada sobre delitos contra la moralidad sexual, "Revue Internationale de Droit Pénal". Nos. 3 y 4, 1964

⁴⁷ Cfr. AMELUNG, KNUT, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt a M., 1972, p. 25.

glo XVIII. En ese texto desaparecen la herejía y la blasfemia, el falso testimonio se trata como delito contra derechos ajenos, los delitos "contra la moral", dejan de ser un grupo independiente y pasan a ser considerados tales siempre que impliquen una lesión a derechos ajenos⁴⁸. De este tronco deriva nuestra legislación penal, que encuadra perfectamente con la elocuente expresión del art. 19 de la Constitución Nacional.

En parecida corriente de pensamiento, afirmaba Carrara que "durante cuarenta siglos la idea del *jus puniendi* fue sometida a las alternativas de tres principios: el principio individual (venganza privada), el principio supersticioso (venganza divina) y el principio despótico (autocracia soberana). La historia del derecho penal está signada por la prevalencia alterna de uno u otro de estos principios"⁴⁹. Agregaba que "el principio supersticioso se convierte modernamente en el principio moral y, en tanto que el viejo trataba de convertir los pecados en delitos, el nuevo trata de convertir en delitos los vicios"⁵⁰. Rotundamente afirmaba: "Cuando una criatura humana no ha atentado al derecho de otra, hay razón para exigir que no se atente contra su personalidad; y de gritarle injusta a la mano, cualquiera que sea, que pretenda golpearla"⁵¹. "Fundamento del *jus puniendi* es la tutela jurídica, siendo consecuencia necesaria de esta idea que, donde no hay violación de derechos, no puede la espada de la justicia bajar sus golpes"⁵².

Es lamentable que esta línea clara de pensamiento, trazada por antiguos autores italianos, sea desvirtuada por autores contemporáneos, cuyo pensamiento al respecto es bastante desconcertante. Así, Nuvolone sostiene recientemente que puede imponerse una moral "tutelando ciertos valores". Así, afirma que la pornografía y la prostitución son "delitos sin víctima". Sostiene que la teoría del "delito sin víctima" se funda en una petición de principio: "se entiende la lesividad como sinónimo de daño material y, puesto que en muchos casos, los intereses como los bienes, pueden ser inmateriales, la lesión de tales intereses no puede ser considerada relevante"⁵³. Es evidente que todo está confundido en este planteo. Es verdad que hay bienes espirituales de un pueblo, pero deben ser considerados como valores subjetivos y no objetivos, es decir, que no existen fuera de los sujetos que valoran. Lo real es que cuando la mayoría admite ciertos valores, no tiene derecho una minoría que los rechaza a ofenderlos en sus sentimientos. El derecho penal no tutela los valores en sí ni se los puede imponer a nadie, sino que tutela el derecho de la mayoría a no ser ofendida en esos valores, sin perjuicio de garantizar también a la minoría que viva conforme a los suyos propios, siempre que se abstenga de la ofensa a la mayoría. La única moral que

⁴⁸ Idem, 35/37.

⁴⁹ CARRARA, *Varietà dell'idea fondamentale del giure punitivo*, en Opuscoli, I, Prato, 1878, pp. 155 a 188 (160).

⁵⁰ Idem, p. 184.

⁵¹ Idem, p. 186.

⁵² Idem, p. 185.

⁵³ NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del Diritto Penale*, Padova, 1975, pp. 226-227.

está imponiendo al hacer esto es la del respeto mutuo, pero no la de la mayoría.

Siguiendo esta línea, Nuvolone sostiene que el derecho penal puede incriminar la obra de arte, pese a que el art. 33 de la Constitución de la República italiana garantiza la "libertad del arte". Sostiene que, como el art. 21 de la Constitución prohíbe "las publicaciones, los espectáculos y otras manifestaciones contrarias a las buenas costumbres", "esto no excluye que la ley ordinaria pueda incriminar la obra de arte basándose en una valoración discrecional que el art. 21 constitucional no prohíbe al legislador"⁵⁴.

En un Estado de derecho —aparte de la disposición positiva del art. 19 de la Constitución Nacional— la moral no puede ser un bien jurídico, porque ese es precisamente el límite en que se pasa al derecho penal represivo. Un derecho penal antropológicamente fundado, nunca puede tutelar la moral de otro modo que posibilitándola, es decir, permitiendo que el hombre se realice desarrollando sus posibilidades, y cuando alguna prohibición impone a este desarrollo, lo hace porque el mismo afecta algún bien ajeno.

No estamos de acuerdo con Nino, cuando afirma que los argumentos paternalistas no son por sí mismos "una profesión de fe autoritaria"⁵⁵, puesto que el argumento paternalista es siempre la pretensión de imponer penalmente una moral y eso es autoritarismo. Si lo que Nino quiere decir es que no constituyen argumentos "totalitarios", eso es verdad, porque el totalitarismo —como bien lo señala Rivacoba— al menos tiene una monumentalidad, una grandiosidad aplastante, en tanto que el autoritarismo sólo tiene mezquindad^{55 bis}. Mucho menos comprensible nos resulta la observación de Nino, habida cuenta de que se refiere a un supuesto en que se ha llegado a apelar a un tipo de autor construido sobre presunciones *uris et de jure*.

313. Tentativas de prescindir del concepto de bien jurídico. Se pretendió concebir al delito como mera infracción al deber, prescindiendo del bien jurídico⁵⁶. No por casualidad este intento surge con el nacio-

⁵⁴ Idem, p. 46. Sobre incriminación de las obras de arte es ilustrativa la lección que nos da el hecho de que la "Corte de Justicia de París resolvió en 1949, levantar la multa de 300 francos que en 1857 impuso al poeta Charles Baudelaire, por ofensas a la moral pública y a las buenas costumbres con ocasión de publicar *Les fleurs du mal*" (ETCHEGOYEN, FÉLIX E., *El proceso Baudelaire*, Bs. As., 1960, p. 9).

⁵⁵ NINO, CARLOS SANTIAGO, en LL, 4-X-79.

^{55 bis} RIVACOBA, MANUEL DE, en DP, 1980, 603 y ss.

⁵⁶ Así, DAHM, GEORG, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, en ZStW, 57 (1938), 225 y ss. (230); SCHAFFSTEIN, F., *Der Streit und das Rechtsgutsverletzungsdogma*, en "Deutsches Strafrecht", 4 (1937),

nal-socialismo⁵⁷ (y tampoco por casualidad se oscurece el concepto en Hegel)⁵⁸. El injusto concebido como lesión a un deber es una concepción positivista extrema, que resulta de una interrupción en el análisis, antes de llegar a la esencia de este aspecto del injusto: es la consagración irracional (responde a una concepción política irracionalista) del deber por el deber mismo. Por supuesto que siempre hay en el injusto una lesión al deber⁵⁹, pero se lesiona al deber (se viola la prohibición), porque con esa conducta se afecta lo que la norma tutela. Quedarnos sin averiguar por qué y sin investigar la lesión, es interrumpir arbitrariamente el análisis y en nuestro sistema ello no es posible; debemos hacerlo porque si la acción no afecta a la moral o al orden públicos ni perjudica a terceros, debe quedar impune, por expresa disposición constitucional.

Similar criterio, encubierto con la afirmación de que hay tipos que no tutelan un bien jurídico sino que sancionan conductas que chocan fuertemente con principios éticos, se reconoció expresamente en el proyecto alemán de 1962⁶⁰. En sentido opuesto —y correcto— el parág. 2º del proyecto alternativo declara que el derecho penal sirve a la protección de bienes jurídicos⁶¹. *De lege lata*, un sector de la doctrina alemana afirma la existencia de conductas típicas que no afectan bienes jurídicos⁶².

En la doctrina italiana es muy claro Musotto, quien respondiendo a Antolisei, afirma que no pueden concebirse delitos sin bienes jurídicos, ante todo porque “toda norma tiene un objeto y todo objeto corresponde a un interés”⁶³.

En las últimas décadas ha habido una serie de confusiones en torno al problema, que se vincularon también al concepto final y causal de la conducta, pretendiéndose que el concepto finalista minimiza o desplaza al bien jurídico^{63 bis}. En efecto: partiendo de una etización del

335 y ss.; GALLAS, WILHELM, *Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsverletzung*, en “Fest. für Gleispach”, Berlind und Leipzig, 1936, 50 y ss.

⁵⁷ Cfr. WELZEL, op. cit. en “Fest. für Maurach”.

⁵⁸ V. SINA, PETER, op. cit.

⁵⁹ Cfr. ISLAS, OLGA-RAMÍREZ, ELPIDIO, op. cit., pp. 85 y ss.

⁶⁰ *Entwurf eines Strafgesetzbuch mit Begründung*, Bonn, 1962, 376; el mismo criterio sostuvo el Tribunal Constitucional Federal (6,389). V. la acertada crítica de RUDOLPHI, op. cit., y *StGB Kommentar*, 2 y ss.

⁶¹ *Alternativ-Entwurf eines StGB*, 1966.

⁶² Así, ROXIN, CLAUDIUS, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1967, 412-420; contra su más reciente minimización de la importancia del bien jurídico, WELZEL, en “Fest. für Maurach”, 6, nota 16. Opinión contraria, BAUMANN, 143-144; MAURACH, 214. De *Lege ferenda*, V. la correcta crítica de ROXIN al proyecto de 1962 en este sentido, en *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad. de Muñoz Conde y Luzón Peña, Sevilla, 1981, pp. 27-29.

⁶³ MUSOTTO, GIOVANNI, *Corso di Diritto Penale*, Palermo, 1960, p. 109; en análogo sentido responde adecuadamente los argumentos de Antolisei, FRAGOSO, H., *D. Penal e direitos humanos*, cit. p. 42.

^{63 bis} Dicha imputación nos la ha formulado NOVOA MONREAL, *Causalismo y finalismo en derecho final*, cit., p. 126.

derecho penal con la que nada tiene que ver el finalismo, se pretendió que el derecho penal pretende imponer una “ética mínima”, pero olvidando que esa “ética mínima” tiene siempre por base un *mínimo de incolumidad de ciertos bienes jurídicos*. De allí que se haya hecho el planteo disyuntivo que hemos rechazado oportunamente acerca de la función del derecho penal^{63 ter}. Lógicamente, quien pretende que el derecho penal persigue una “ética mínima” entendida como una imposición moral sin sustento en afectaciones de bienes jurídicos, tendrá que valerse de un concepto finalista de conducta o, al menos, éste le podrá resultar útil para ello.

No obstante, debemos insistir una vez más en que eso no es culpa del finalismo, porque si entendemos la “ética mínima” basada en un *mínimo de incolumidad de ciertos bienes jurídicos*, que es la única manera de entenderla en un Estado de derecho, el requisito de la “ética mínima” resultará restringiendo la punibilidad que de otro modo surgiría de una mera lesión mecánica y no ampliándolo, y la estructura compleja del tipo servirá para agregar requisitos al injusto (subjetivos), no conformándose con los puros requisitos objetivos, con lo cual resultará restringiendo el concepto de injusto en base a contenidos realistas. Que el concepto final de conducta y la estructura compleja del injusto hayan querido emplearse para destruir el concepto de bien jurídico, no es argumento científico contra ellos, porque nada puede descartarse científicamente en base a que pueda ser mal empleado o maliciosamente instrumentado: a nadie se le ocurriría prohibir la venta de cuerdas porque a alguno se le antojó ahorcarse. Bien sabemos cuáles son las intenciones políticas de quienes quieren aniquilar el concepto de bien jurídico, y, por ende, también sabemos que se valdrán de los medios que encuentren en su triste arsenal argumental. La importancia del bien jurídico bien puede minimizarse sin necesidad alguna de apelar al finalismo. Con argumentos basados en la causalidad pura, Muyard de Vouglans justificaba la punición de la sodomía y del suicidio: “El perjuicio se *causa* al público por el escándalo y la perturbación que el crimen produce en la sociedad civil, pues la sociedad exige que el culpable sea penado para contener por este ejemplo a los que pudieran caer en el mismo crimen...”⁶⁴.

314. Evolución y distintos conceptos de bien jurídico. En tanto que el criticismo distingue entre ser y deber ser, resulta explicable que el concepto de bien jurídico haya sido profundizado por Feuerbach, porque para éste —que transitaba por camino correcto— el ser no se determinaba ni dependía del deber ser. De allí que ubicase como núcleo del delito la afectación de objetos que son para él los “derechos externos” (derechos subjetivos)^{64 bis}. No obstante, el bautismo y la positivización

^{63 ter} V. *supra*, § 10; sorbe las consecuencias del “mínimo ético” mal entendido, correctamente ROXIN, *Iniciación*, cit., pp. 125-126.

⁶⁴ MUYARD DE VOUGLANS, I, pp. 5, 509 y 535.

^{64 bis} FEUERBACH, *Lehrbuch*, Gissen, 1801, 20; sobre el significado de “Derecho natural” como “derecho subjetivo” en FEUERBACH, CATTANEO, MARIO A., op. cit., 86 y ss.

del concepto de bien jurídico se debe a Birnbaum⁶⁵, que los entendía como objetos materiales⁶⁶. No debe deducirse de esto que Feuerbach, Birnbaum y ni siquiera los iluministas, hayan inventado el concepto. porque siempre que se conminó un acto con una pena fue para tutelar un bien que se afectaba con la conducta lesiva de la norma. Esta es una incuestionable necesidad lógica, aunque se bauticen las cosas con el nombre que se quiera. Así, en el Estado teocrático, la blasfemia era delito gravísimo, porque afectaba un bien que era debido nada menos que a Dios. La ilustración, dando al César lo que es del César, limitó la tutela a objetos que pertenecen exclusivamente al hombre. Ésa fue su contribución impeccedera.

Con posterioridad se pretendió —y se logró— arrebatarse nuevamente la titularidad de los bienes a los hombres para dársela a unos pobres mamarrachos que pretendieron ocupar el lugar que ni Dios quiso ocupar y que se llamaron “Estado”, “clase”, “nación”, “partido” y aún “sociedad”, pero que, detrás de esos nombres —inofensivos algunos y pomposos otros— escudaban ídolos. En el siglo XX se fue más lejos que en el Estado teocrático, porque por primera vez se sostuvo sin más, que el delito consiste en una simple y pura violación del deber, sin que importe a quién o a qué perjudica o afecta. Este grado de irracionalidad no lo había conocido el Estado teocrático.

Como es natural, el concepto de bien jurídico se había oscurecido con Hegel, para quien el único objeto del delito era la “voluntad general”, que hallaba en las lesiones a sus particularidades cuantitativas y cualitativas⁶⁷. Era elemental esta conclusión, porque para Hegel no se distingue el ser del deber ser, porque lo que no debe ser, no es. En definitiva, el Estado es el único depositario de todo el bien jurídico, y el mal jurídico, no es, porque el Estado lo niega con la pena. Esta línea de pensamiento da pie para que luego pueda afirmarse que “la medida para el juzgamiento jurídico-penal la configura la característica del hecho individual como una lesión o peligro, no de un interés individual, sino de un bien de valor colectivo de la sociedad”⁶⁸, o para que, un poco más cautamente, se diga que el sujeto pasivo del delito es el Estado y el sujeto pasivo del “fatto” es el titular del bien⁶⁹.

El concepto de bien jurídico vuelve a resplandecer después de 1870

⁶⁵ BIRNBAUM, J. M. F., *Über das Enforderniss einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, en “Archiv des Criminalrechts”, 15 (1834), 149 y ss.

⁶⁶ V. SINA, op. cit., p. 14.

⁶⁷ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 84-96; sobre ello MARX, M., op. cit., p. 6.

⁶⁸ SCHMIDT, RICHARD, *Die “Rückkehr zu Hegel” und die strafrechtliche Verbrechenlehre*, en pp. 241 a 304 del “Gerichtssaal”, 1913 (81).

⁶⁹ VANNINI, OTTORINO, *Manuale di Diritto Penae*, Firenze, 1954, p. 83.

con Binding⁷⁰, quien entra en polémica con Liszt⁷¹, en quien el concepto alcanza una posición predominante⁷².

El *concepto liberal* de bien jurídico, como derecho subjetivo, corresponde al penalismo de la Ilustración⁷³ y comprende como tales a los derechos prelegislados, o sea, a entes pre-jurídicos (los bienes jurídicos existen como tales, como "entes", independientemente de su reconocimiento jurídico)⁷⁴. En von Liszt, al *positivizar el bien jurídico*, al convertirlo en una "condición vital de la comunidad estatal"⁷⁵, también se hallan antes de su reconocimiento positivo, razón por la que Liszt polemiza con Binding, para quien bien jurídico son "personas, cosas o estados que sean condición efectiva para una sana vida en común", siendo el legislador quien da el criterio selectivo⁷⁶. El concepto de Liszt era *positivista-naturalístico* y el de Binding *positivista jurídico* (el positivismo jurídico elevado hasta lo irracional por Dahm, Schaffstein y Gallas, llevó a la negación del concepto). Los conceptos liberal y positivista-naturalístico son pre-legales, o sea que, en alguna forma, son jus-naturalistas⁷⁷. Hay otros conceptos del bien jurídico como interés⁷⁸, que también son supra-positivos⁷⁹.

En 1919, Honig enuncia el *concepto teleológico-sistemático* de bien jurídico. Para este autor no existen los bienes jurídicos reales, sino que son una función que ayuda a la interpretación y que define como "el fin reconocido por el legislador en un precepto jurídico penal particular, en su más breve formulación"⁸⁰. El bien jurídico es una "síntesis categorial". Debemos cuidarnos de este concepto, porque con él el bien jurídico termina desapareciendo, convertido en la finalidad perseguida por el legislador, que sirve de guía al intérprete. El concepto se vacía hasta quedar hueco y desintegrarse en cuanto queremos obtener algo material del mismo⁸¹. Justamente, la consideración teleológica que es intro-

⁷⁰ BINDING, *Normen*, 1879, I, 189.

⁷¹ Ver LISZT, F. VON, *Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Lehrbuch*, en ZStW, 6 (1886), 663 y ss.

⁷² Cfr. WELZEL, op. cit.; MARX, M., op. cit.

⁷³ V. CATTANEO, MARIO A., *Iluminismo e legislazione*, Milán: FISCHL, *Der Einfluss der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts*, 1913, 88 y ss.; MOOS, REINHARD, *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert*, 1968.

⁷⁴ V. RUDOLPHI, op. cit., 154-6.

⁷⁵ Sobre el concepto de bien jurídico de Liszt, V. su *Lehrbuch*, 1919, p. 4; del mismo, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en ZStW, 3 (1883), 1 y ss.; también, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht*, en ZStW, 8 (1888), 1 y ss.

⁷⁶ BINDING, *Normen*, 3ª ed., I, 353; *Handbuch*, LEIPZIG, 1885, I, 169. Más claramente definido como interés estatal, HEGLER, op. cit. en ZStW 36 (1915), 27; en "Fest. für Frank", 271, nota 2; FRANK, R., StGB, 1931, p. 6.

⁷⁷ V. RUDOLPHI, op. et loc. cit.

⁷⁸ Así, en "interés de la generalidad" (MEZGER-BLEI, 117; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 199 y ss.), por ejemplo.

⁷⁹ Un concepto supra-positivo sobre base existencial, siguiendo los pasos de MAHOFER, es el de M. MARX (op. cit., p. 60).

⁸⁰ HONIG, RICHARD, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919, 94.

⁸¹ V. RUDOLPHI, en op. cit. en "Fest. f. Honig", 1970.

ducida por vía del concepto de bien jurídico viene a ser eliminada por el formalismo en que recae Honig. Recordemos que con "el bien jurídico hace su entrada el pensamiento finalista en los dominios de la teoría del derecho y se inicia la consideración teleológica del derecho, mientras encuentra su término aquella lógico-formal"⁸².

El concepto de bien jurídico volvió a oscurecerse con la filosofía del valor que, al igual que Hegel, hace depender el ser del deber ser: si lo decisivo es el deber ser, es decir, la idea ejemplarizante, lo determinante será la lesión al deber.

Arturo Rocco realizó en Italia una investigación que puso de relieve en su tiempo la importancia del concepto⁸³. Hace pocos años Musco ha llevado a cabo una importante investigación a este respecto referida a los delitos contra el honor⁸⁴.

Es imposible hacer aquí una reseña completa del desarrollo y las variantes que el concepto ha sufrido en nuestro siglo. La investigación más importante y documentada sobre el particular la ha realizado Polaino Navarrete⁸⁵.

315. Funciones del concepto del bien jurídico. Los diferentes conceptos de bien jurídico surgieron como consecuencia de una visión parcializada del mismo, o de la hipertrofia de una de sus funciones. El bien jurídico desempeña α) *Una función garantizadora o limitadora* de la tarea del legislador penal, que en nuestro sistema surge de la CN. Pero esta función política no es la única que cumple el bien jurídico⁸⁶, sino que también cumple β) una *función teleológico-sistemática*, de fundamental importancia para reducir a sus debidos límites la materia de prohibición. Esta función (trascendental en la interpretación de los tipos) implica la introducción del pensamiento teleológico en la construcción dogmática⁸⁷.

⁸² Cfr. COUSIÑO MAC IVER, p. 14.

⁸³ ROCCO, ARTURO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano, 1913.

⁸⁴ MUSCO, ENZO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974.

⁸⁵ POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *El bien jurídico en el derecho penal*, Sevilla, 1974.

⁸⁶ Cfr. RUDOLPHI, op. cit., 157; ROXIN, CLAUDIUS, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, en JuS, 1966, 377.

⁸⁷ Cfr. WELZEL, op. cit., p. 5.

V. — LA AFECTACIÓN DEL ENTE PRESUNTO OBJETO DE TUTELA JURÍDICO-PENAL (BIEN JURÍDICO)

316. **Clasificación de los tipos penales en razón del bien jurídico afectado.** Como ya hemos visto, cada tipo requiere la afectación de un bien jurídico, porque en nuestra legislación son inconstitucionales las leyes que tipifican conductas que no afectan bienes jurídicos. Esta afectación puede consistir en una lesión o en una puesta en peligro del bien jurídico, aunque, como veremos luego⁸⁸, también hay una tercera forma de afectación reservada a la tentativa inidónea, pero que, dada su especialidad, la trataremos al ocuparnos de ésta. Cuando la conducta no afecte bien jurídico alguno, la misma será atípica, pero no porque falte alguno de los elementos del tipo objetivo ni del tipo subjetivo (tipicidad legal), sino porque cae fuera de la prohibición, es decir, no es antinormativa (atipicidad conglobante).

Hemos afirmado también que los bienes jurídicos son siempre relaciones de sujetos con ciertos objetos. Conforme a los objetos de la relación se distinguen los bienes jurídicos y, de este modo, la ley y la doctrina los utilizan como criterio clasificador de los tipos penales.

Si bien la clasificación doctrinaria a los efectos del estudio de la parte especial puede seguir otro criterio sistemático distinto del legal⁸⁹, por lo general se sigue también el de los bienes jurídicos conforme a la ley. En nuestro código no vemos problema alguno en que así sea, toda vez que su sistemática es sumamente racional. Por cierto que la ley puede seguir cualquier otro criterio de clasificación (como el alfabético de las antiguas recopilaciones) pero en general los códigos contemporáneos se orientan por los bienes jurídicos, remontándose su orden al Decálogo⁹⁰. Allí se hallaban a la cabeza los delitos contra la religión (así sucede aún en el CP portugués y en el *Codex Juris Canonici*⁹¹ y el código ruso de 1903). Luego pasaron a ocupar el primer lugar los delitos contra el Estado (el CP francés y los que siguen su modelo; hasta hoy mayoría).

⁸⁸ V. § 554 y 560.

⁸⁹ Un modelo de reconstrucción doctrinaria en base a los bienes jurídicos y a objeto didáctico, sobre la legislación chilena, RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL DE, *Programa de la Parte Especial del Derecho Penal*, Valparaíso, 1971.

⁹⁰ WEBER, HELLMUTH VON, *Der Dekalog als Grundlage der Verbrechenssystematik*, en "Fest. für Sauer", 1949.

⁹¹ V. MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ - ALONSO MORÁN - CABREROS DE ANTA, *Código de derecho canónico y legislación complementaria*, Madrid, 1951, pp. 835 y ss.; RUIZ FUNES, MARIANO, *El derecho penal de los Soviets*, en "Rev. Penal Argentina", VI, 1926, 63 y ss.

Nuestro texto, derivado de las ideas de Feuerbach⁹², comienza con los delitos contra la persona, conforme a la premisa criticista de que cada individuo debe ser considerado como un fin en sí mismo.

Conforme a ello, no hay problema alguno en nuestra dogmática en respetar, en general, el orden establecido por el código en cuanto a la clasificación de los delitos por bien jurídico. Pero no puede decirse lo mismo de otras legislaciones, donde permanece la estructura napoleónica del código y, sin embargo, las constituciones han variado, haciendo insostenible que se afirme que el aborto o la violación, por ejemplo, no son delitos contra la vida o la libertad sexual, sino contra las buenas costumbres o la familia o la "estirpe". En esas legislaciones es indispensable la reconstrucción dogmática para salvar la unidad del orden jurídico⁹³.

La clasificación de los delitos en orden a los bienes jurídicos en la parte especial de los códigos suele denotar más de lo que usualmente puede creerse. Demuestra por lo general una ideología genérica que no puede pasar por alto el buen intérprete. Es cierta la aseveración de que el primitivo orden del Decálogo fue reemplazado por otro en el que el Estado pasó a ocupar el lugar de Dios, pero también es verdad que en los códigos penales surgen, en el comienzo mismo de la codificación, tres tendencias bien marcadas y perfectamente diferenciables: la de la Ilustración, la de la Revolución y la del pragmatismo o positivismo.

α) La Ilustración ha sido el movimiento que, fundado en el juralismo, trataba de apuntalar al "antiguo régimen", introduciendo en él reformas que evitasen la catástrofe político-social. La actitud propia de la Ilustración no podía ser otra que el despotismo "ilustrado". Si desapareciera el Estado, fundado en la razón y único garante de los derechos que con la razón se descubrieran en el hombre, necesariamente desaparecerían esos derechos. En consecuencia, la primera función del derecho era apuntalar al Estado y oponerse a toda subversión contra el mismo, que implicaba la subversión contra la única fuente de garantía de los derechos naturales. Tal era la posición de Kant, por ejemplo⁹⁴. De allí surge claramente la razón por la que la Ilustración se niega a dividir a los delitos en delitos públicos y privados, porque entiende que todo delito afecta siempre a un interés público, aún cuando fuese cometido contra particulares⁹⁵. Por ello, el despotismo ilustrado clasificó a los delitos conforme a la naturaleza de las leyes violadas y no con-

⁹² V. FEUERBACH, *Anmerkungen zur Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern, nach den Protokollen des königlichen geheimen Raths*, I y II, München, 1813, III, München, 1814.

⁹³ V. nuestro trabajo, *Los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal Chileno y la ordenación de su parte especial*, Relato, en "Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del Centenario del CP Chileno", Valparaíso, 1975, pp. 301 y ss.

⁹⁴ V. supra, § 138.

⁹⁵ Así, SERVAN, MICHEL DE, *De l'influence de la Philosophie sur l'instruction criminelle*, en "Oeuvres choisies de Servan", Paris, 1822, IV, p. 36.

forme a los bienes jurídicos públicos o privados, pues consideraba que en definitiva todos eran públicos. Tal fue la clasificación de Montesquieu, que distinguía delitos contra la religión, contra las buenas costumbres, contra la tranquilidad y contra la seguridad⁹⁶. Esta clasificación se ve con transparencia en el código portugués, aunque la opaca bastante la introducción de la categoría de los “crímenes contra las personas” —tomada del código imperial del Brasil— y dentro de la cual sigue manteniendo las categorías de “seguridad” y “buenas costumbres”.

En general, la línea que parte de Montesquieu reconoce a un Estado necesario y divino por racional, del que se van derivando las instituciones a tutelar, hasta llegar al hombre, como parte de todo ese orden que encabeza la religión o la razón, que aparecen vinculadas de distinta forma. Es un plan que se observa en el Código de Cerdeña de 1839, en que delitos tales como el aborto, el adulterio, el estupro y el raptó, eran delitos contra “el orden de las familias”. Pero de toda forma, para el pensamiento ilustrado, la religión tenía un simple valor instrumental, como medio idóneo para contener el desorden⁹⁷. Era lógico que dentro de este esquema la religión sólo sirviese para apuntalar al Estado y que la seguridad del mismo pasase a primer término. En el esquema de protección penal, la religión pasa a ocupar el lugar que realmente tenía en el pensamiento ilustrado de la época. Así lo propugnaba Servan, quien rechazaba abiertamente la clasificación de los delitos en públicos y privados —que venía desde Roma— y proponía una cuatripartición de los mismos, en la que los delitos contra las leyes políticas ocupaban el primer lugar⁹⁸. La sistemática derivada de este punto de vista aparece clara en buen número de códigos del siglo pasado, particularmente alrededor de 1870 (el código belga, el chileno y, más lejanamente, el Zanardelli). Estos códigos encabezan su parte especial con los delitos que para Servan eran contrarios a las leyes políticas, siguiendo con los que contrariaban a las leyes de la opinión y religiosas, terminando con los contrarios a las leyes civiles. En ellos, al igual que en el código de Cerdeña de 1839, el aborto y la violación son delitos contra “el orden de las familias y la moralidad pública”, aunque en el código Zanardelli se reconoce al aborto el carácter de delito contra la persona. Más lejanamente parece seguir esta senda el código español de 1870, aunque tenemos la impresión de que se pliega más al criterio napoleónico o pragmático, suprimiendo sólo la denominación divisoria de los libros. La tendencia iluminista señalada por Servan se hace más patente en el código alemán de 1871 y una extrema renovación de la misma, con signo político distinto —como corresponde a una distinta situación histórica— es el plan del código Rocco en nuestro siglo.

β) El código francés, siempre dentro de la corriente que otorga la preeminencia tutelar al Estado, abre una visión que retoma elementos

⁹⁶ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Libro XII, Capital IV

⁹⁷ Así, LARDIZÁBAL, MANUEL DE, *Discurso sobre las penas*, cap. I, nº 13; SERVAN, MICHEL DE, op. cit.

⁹⁸ SERVAN, op. cit. *supra*, § 128.

imperiales romanos, pero mantiene una filosofía receptora del pragmatismo de Bentham. Vista superficialmente no se distingue mucho de la anterior, pero entrando en mayor detalle se puede observar que la coincidencia parcial no siempre denota lo mismo, porque el plan general responde a otro criterio. El código francés divide a los delitos en los que afectan la "cosa pública" y los que se dirigen contra "los particulares". Su criterio es resultado de la negación de los derechos naturales, propia del pragmatismo. Sabemos que para Bentham no era admisible una tesis jusnaturalista, pues bueno era sólo lo que daba felicidad y evitaba el dolor, y, por consiguiente, eso no podía afirmarse previamente, sino en relación a las circunstancias históricas. De allí que rechazase como absurda la declaración francesa de 1789. Siendo así, el Estado era el que garantizaba las condiciones para la felicidad y su protección era imprescindible, porque sin ella no había derechos. En definitiva, este criterio imperial no es del todo diferente del iluminista: para aquél, desaparecía la garantía del derecho con el Estado y para éste desaparece el derecho mismo. De allí que ambos viesan en el Estado el principal objeto de protección. En la sistemática imperial se garantiza primero al Estado, como única fuente de la que emana la felicidad de los súbditos, y luego la felicidad que el Estado le garantiza a los súbditos.

Esta coincidencia en tutelar ante todo al Estado puede mover a confusiones, que se facilitan por la circunstancia de que en los primeros capítulos de los delitos contra "la cosa pública" se sigue la sistemática de Servan. No obstante, la sistemática napoleónica es algo más racional que la iluminista, pues ubica los delitos contra las "costumbres" en la categoría de los delitos contra las personas.

El criterio ilustrado cubría las argumentaciones absolutistas con requerimientos de razón y hasta Dios entraba en ellos, en tanto que el bonapartismo lo funda en una necesidad práctica. Servan, pese a sus veleidades republicanas —que naufragaron ante el terror— era un aristócrata monárquico que se escandalizó con las pretensiones bonapartistas. En ambos el Estado debía ocupar el lugar de Dios, pero por razones diferentes: en unos porque Dios sólo apuntaba al Estado, que era hijo de la razón; en el otro, porque el Estado se imponía como necesidad práctica.

El modelo napoleónico fue tomado por el código español de 1822 y, por consiguiente, por el de Bolivia de 1830, aunque en ambos reverdece un tanto el primario camino iluminista, puesto que los delitos "contra las buenas costumbres" pasan a ser "delitos contra la sociedad", pese al buen tino de conservar al aborto y a la violación entre los delitos "contra las personas". Parecido criterio siguió Livingston en su proyecto para Louisiana, aunque los delitos "públicos" responden prácticamente al pie de la letra a la clasificación de los "delitos contra las leyes políticas" de Servan, complementarios con la sistemática napoleónica, incluyendo también allí a los delitos contra la moral pública, es decir, a los "delitos contra las buenas costumbres" de Montesquieu o "contra las leyes de opinión" de Servan. Su fuente era más directamente Bentham.

El código criminal del Imperio del Brasil de 1830 dividía también

a los crímenes en públicos y particulares, aunque respecto de los primeros simplificaba notablemente la sistemática francesa —posiblemente por acción del modelo de Livingston— y en cuanto a los segundos, tenía la particularidad de encabezarlos con los “crímenes contra la libertad individual”. A los delitos contra la vida y el honor y a los delitos sexuales, los consideraba “crímenes contra la seguridad individual”. Las ofensas a la religión, a la moral y a las buenas costumbres, eran “crímenes policiales”. En esto último adoptaba el criterio de Feuerbach y, en general, daba la sensación de ser un texto más liberal que el francés, combinando a Livingston con Feuerbach.

γ) La sistemática revolucionaria o liberal alteró el orden de clasificación de la parte especial, puesto que partió de la base de que el hombre tiene derechos naturales que son independientes del reconocimiento del Estado. Conforme a este criterio, el hombre es el que pasa a primer término en la tutela, pues es primordial función del Estado la tutela de sus derechos, y casi su única razón de ser. Esta corriente inaugura Feuerbach con el código de Baviera de 1813, cuyo libro III, trata en el título primero de los “crímenes públicos” y en su título segundo de los “crímenes privados”, en tanto que su libro IV hace lo mismo con los delitos. Igual es la sistemática seguida por Carrara en su análisis de la parte especial, en que clasifica a los delitos en “naturales” y “sociales”.

Es a esta última vertiente a la que pertenece toda nuestra tradición penal codificada, y dentro de ella se han mantenido en general nuestros proyectos.

En síntesis, podemos afirmar que hay dos grandes criterios sistemáticos: el primero responde a la idea de que es necesario apuntalar el orden, que comienza en Dios o en el Estado (una de sus variantes consiste en mostrar ese orden como impuesto por la razón y plasmado en leyes de distinta jerarquía —Iluminismo—, en tanto que la otra presenta a ese orden como impuesto por el Estado en calidad de único medio práctico de realización de la felicidad —bonapartismo—); el segundo criterio sistemático parte de la idea de que el hombre tiene derechos anteriores al Estado y que es deber primordial del derecho penal tutelar estos derechos y, en segundo lugar, tutelar al Estado como forma de mejor realización de los mismos.

Por supuesto que esto no significa que conforme al plan de la parte especial de un código podamos deducir sin más su filiación, porque hay una cantidad de interferencias que deben tomarse en cuenta. En primer lugar, los legisladores pueden ser inconsecuentes, adoptando un sistema aunque sin seguir todas sus consecuencias. En segundo lugar, puede cambiar la constitución política del país y, por ende, se impone la interpretación del código conforme a los nuevos principios, lo que obliga a toda una reconstrucción dogmática de su sistemática de la parte especial. De toda forma, la clasificación de los delitos en un código, conforme al bien jurídico afectado y al orden que en ella se sigue, son una clara indicación general del criterio que rige la tipificación en particular.

Frente a la clasificación legal de los bienes jurídicos, en cada tipo se hace necesaria una precisión del bien jurídico tutelado, porque los "títulos" y "capítulos" de la "parte especial" no pasan de ser abstracciones clasificadoras. Olvidar que son generalizaciones nos conduciría a serias dificultades, por el peligro que implica distorsionar bienes jurídicos y normas.

Por ej., el art. 168 sanciona la extorsión. Ninguna duda cabe de que se trata de un tipo al que permanece antepuesto el bien jurídico propiedad, pero también compromete la libertad individual. No obstante, la clasificación legal —como no puede ser de otra manera— pasa por alto la segunda circunstancia, que en una indagación científica no podemos ignorar.

Se ha sostenido que los bienes jurídicos no son específicos de cada figura, sino que cada figura tiene un "objeto" específico, que puede abarcar dos o más bienes jurídicos⁹⁹. El criterio es razonable, si por objeto jurídico entendemos el fin perseguido por el tipo, pero, precisamente, tenemos que tener siempre en cuenta que el objeto lo obtenemos partiendo del bien jurídico y no a la inversa, lo que nos llevaría a negar la importancia teleológica del planteamiento.

En lo que a la clasificación de los tipos por sus bienes jurídicos tutelados respecta, se ha llegado a hablar de una "parte general de la parte especial", particularmente por la doctrina italiana¹⁰⁰, fundada sobre algunos intentos sistemáticos alemanes¹⁰¹, pero hoy está bastante dejada de lado, sin que, por supuesto, implique ello el desconocimiento de lo mucho que resta por andar en la investigación científica de la "parte especial". El pretendido puente que algunos autores creyeron que falta entre la parte general y la especial, entendemos que no es tal, sino que se trata, simplemente, de algo más fácil que de una teoría generalizadora: falta un estudio sistemático exhaustivo de "los" delitos, esto es, no sólo de los tipos sino de las particulares modalidades de la antijuridicidad y de la culpabilidad en cada delito y de su correspondiente aspecto negativo. En este sentido existen verdaderas selvas vírgenes nunca transitadas en nuestro derecho penal, dicho sea esto sin desconocer los esfuerzos realizados y advirtiendo que dicha tarea es de proporciones descomunales.

⁹⁹ GRISOLÍA, FRANCISCO, *El objeto jurídico del delito*, en "Rev. de Ciencias Penales", Sgo. de Chile, sept.-dic. 1958, pp. 3 a 85.

¹⁰⁰ PISAPIA, GIANDOMENICO, *Introduzione alla Parte Speciale del Diritto Penale*, Milano, 1948.

¹⁰¹ V. WOLF, ERIK, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, en "Fest. für Frank", II, 516-588; MEZGER, *Vom Sinn des strafrechtlichen Tatbestandes*, en "Fest. für Traeger", Berlin, 1926; WÜRTEMBERGER, *Das System der Rechtsgüterordnung in dem deutschen StGB*, Breslau, 1932.

Se ha insistido en clasificar a los delitos según que de los bienes jurídicos tutelados sean titulares los individuos o la comunidad o colectividad (*bienes jurídicos individuales y colectivos*)¹⁰². Se ha negado importancia a esta clasificación escindiendo “titularidad” de “disponibilidad”¹⁰³. Lo cierto —como ya se ha dicho— es que entre los bienes jurídicos individuales y colectivos hay una diferencia meramente cuantitativa en lo que a titulares respecta y la indisponibilidad por parte de un titular aislado responde a ello, siempre que por disponibilidad se entienda “posibilidad de destrucción”, lo que, como vimos, es incorrecto. La circunstancia de que la disponibilidad esté más o menos regulada para sus titulares *no depende del número de éstos*, sino de las “leyes que reglamentan su ejercicio” (CN).

La clasificación de los tipos según el interés jurídico tutelado por las normas prohibitivas no está lejana de otra que reconoce tipos que tutelan bienes jurídicos *simples y complejos*, según que el bien jurídico sea uno o múltiple. En realidad esta clasificación no tiene mayor importancia práctica. Extremando la imaginación se puede llegar a afirmar que en todos los tipos el bien jurídico es complejo, y decirse por ejemplo que en el homicidio, es bien jurídico tutelado no sólo la vida del sujeto, sino también un interés demográfico del Estado. Tales especulaciones son inconducentes, y lo único importante sigue siendo la determinación del bien jurídico, que con esta clasificación no se beneficia. El único sentido que puede encontrarse a la misma es en ciertos tipos en que los bienes jurídicos tutelados se hallan en un cierto equilibrio o con una relación de preponderancia cercana, como en el ya comentado caso de la extorsión, pero pierde sentido en los restantes tipos, en que la jerarquía otorgada a un bien para dotarle de protección hace retroceder hasta la insignificancia la importancia de los restantes. No puede pensarse seriamente en una pluralidad de bienes jurídicos tutelados en el homicidio simple.

317. **Afectación del bien jurídico y resultado material.** Cabe insistir una vez más en que la afectación al bien jurídico nada tiene que ver con el llamado “resultado material”. Todo tipo (legal) requiere una cierta mutación en el mundo físico. Esta mutación es el “resultado material”, que puede estar específicamente individualizado en el tipo, ser inseparable del verbo típico (porque el verbo

¹⁰² Así BINDING, para fundar su teoría de las normas. FRANK, en lugar, los reducía todos a “intereses jurídicos del Estado”, como consecuencia de su concepto “material” del delito (StGB, 1931, pp. 6-7).

¹⁰³ MAURACH, 213.

ya lo exige), o bien, estar imprecisado en el tipo legal, en forma tal que cualquiera que sea, con tal que afecte el bien jurídico, hace típica la conducta. Que siempre haya un resultado material y que siempre se requiera que ese resultado sea afectante del bien jurídico, no implica, en modo alguno, que deban confundirse el concepto de resultado material con el de afectación al bien jurídico. *En tanto que el resultado material es un fenómeno natural, la afectación del bien jurídico es un producto de la valoración jurídica* ¹⁰⁴.

Contribuye frecuentemente a confundir estos conceptos la circunstancia de que se denomine “resultado jurídico” a la afectación del bien jurídico tutelado. No nos conforma mucho esta denominación, justamente porque puede mover a confusión, e incluso llevar a una total alteración de planos cuando se llega a la extrema posición de sostener que hay una “causalidad jurídica”, distinta o paralela a la causalidad física. No es nada difícil admitir, a partir de la existencia de un resultado “jurídico”, la de una causalidad “jurídica” ¹⁰⁵, que es inconcebible, puesto que no puede llamarse de esta manera a lo que no pasa de ser la captación o el relevamiento jurídico de la causalidad física, que es la única que existe, como no quiera pretenderse que el derecho crea un mundo por completo diferente e independiente. La “causalidad jurídica” es el producto inadmisibles de un solipsismo jurídico deplorable.

318. Tipos penales de daño y de peligro. Hemos repetido que el tipo requiere la afectación de un bien jurídico, estando hoy superados —en general— los devarios que llevaron a pensar en delitos sin bienes jurídicos. Esta afectación puede asumir la forma de una efectiva lesión del bien jurídico como sucede en los casos de homicidio, lesiones, robo, hurto, estafa, violación, etc., o de una simple puesta en peligro del bien jurídico (abuso de armas, falsificación de instrumento público, etc.). Pueden también combinarse ambas formas y resultar la conducta de peligro para un bien jurídico y de lesión para otro (el rapto, por ejemplo).

No es posible confundir esta clasificación con los delitos de resultado material y de mera conducta. A la lesión al bien jurídico se la suele llamar, críticamente ¹⁰⁶, “resultado jurídico” y es necesaria en el tipo, en tanto que la individualización de un resultado material determinado es contingente.

¹⁰⁴ Cfr. BETTI, p. 5.

¹⁰⁵ Así lo hace expresamente MARQUARDT, p. 36.

¹⁰⁶ Cfr. OLCA ISLAS-ELPIDIO RAMÍREZ, op. cit., p. 82.

Entre los *tipos de daño o de lesión* pueden distinguirse los que afectan al bien jurídico lesionando la *relación misma* del individuo con el objeto (el hurto, por ej.), y los que lesionan la relación porque lesionan al objeto (el daño, por ej.).

Respecto de los *tipos de peligro* se habla de *peligro abstracto y peligro concreto*, entendiéndose que el primero se presume y no así el segundo¹⁰⁷. Entendemos que todos los peligros son "concretos" y todos los peligros son "abstractos", según el punto de vista que se adopte: *ex-ante* son todos concretos, *ex-post* son todos abstractos. Por otra parte, si la afectación del bien jurídico se requiere en el tipo, invariablemente deberá ser probada, sea lesión o sea peligro¹⁰⁸. Lo más que podemos admitir respecto del peligro "abstracto" es que son tipos en que opera una presunción *juris tantum* del peligro.

Dice Barbero Santos que en "los delitos de peligro concreto, se castiga una conducta en la eventualidad de que sea peligrosa", en tanto que en los de peligro abstracto, "por la probabilidad de que lo sea"¹⁰⁹. Esta distinción se reforzó con Binding, quien distinguía los delitos de lesión, los de peligro y los meros delitos de desobediencia, en que se pena aunque no haya peligro, pero sólo porque pudo haberlo porque usualmente la conducta es peligrosa, sin admitirse prueba en contrario. En realidad, aquí lo que se pena es la mera desobediencia a la norma¹¹⁰. Estos delitos de mera desobediencia, son los famosos delitos de "peligro abstracto", o, como acertadamente los llama Beristain, delitos "de peligro presunto"¹¹¹. Pero, esta presunción, entendida como presunción *juris et de jure*, a nadie le cabe duda de que en casos concretos llevaría a penar conductas que no fueron ni pudieron ser peligrosas para el bien jurídico. Respecto a esto, afirma correctamente Gallo: "No hay duda que en ausencia de toda y cualquier peligrosidad concreta de la conducta, la pena tendría una función pura y simplemente preventiva frente a terceros y frente al agente. Con respecto a estos últimos, en efecto, la razón determinante de la pena no sería el comportamiento realizado, sino una actitud personal que, violando una regla de obediencia, dejaría traslucir un cierto grado de peligrosidad social"¹¹². Esta conclusión nos demuestra, por un lado, que el peligro "abstracto", entendido como pre-

¹⁰⁷ MAURACH, 238; otro criterio, MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 193 y ss.

¹⁰⁸ Cfr. BAIGÚN, DAVID, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Bs. As., 1967.

¹⁰⁹ BARBERO SANTOS, MARINO, *Los delitos de peligro abstracto*, en "Actas, relatos, ponencias y conclusiones", Universidad de Belgrano, Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino, Bs. As., 1973, pp. 120 y ss. (122).

¹¹⁰ V. BINDING, *Normen*, I, 364 y ss.

¹¹¹ BERISTAIN, *Resultado y delitos de peligro*, en "Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid", XIII, 1969.

¹¹² GALLO, MARCELO, *Consideraciones sobre los delitos de peligro*, en "Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho", Bs. As., 1970, 653 y ss. (659).

sunción de peligro que surge de la mera realización de la conducta y que no admite prueba en contrario, es una suerte de "Gessinnungsstrafrecht" y que, por otro, conduce a la punición de la desobediencia por la desobediencia misma, es decir, a la negación del bien jurídico como elemento indispensable de los tipos penales.

De allí que rechazemos que haya delitos de peligro presunto *juris et de jure*, admitiendo sólo que hay delitos de peligro presunto en que se invierte la carga de la prueba, es decir, en que media una presunción *juris tantum*, correspondiendo al procesado demostrar que no hubo posibilidad de peligro alguno.

En algún momento se pensó que los tipos de peligro tenían importancia respecto del dolo, y allí se plantearon serios interrogantes dogmáticos, que entendemos no tienen mayor trascendencia: se requiere que el sujeto conozca que crea una situación peligrosa, como debe conocer en general los elementos del tipo objetivo. Las dudas dogmáticas, que llevaron a hablar de un "dolo de peligro" y de un paralelo entre el dolo de peligro y el dolo eventual¹¹³, carecen de sentido y se fundan en el equívoco de que la conducta se dirige a "poner en peligro un bien jurídico". No hay conducta por lo general que se dirija subjetivamente "a poner en peligro un bien jurídico" ni "a lesionar un bien jurídico". Ningún autor procede con la representación "afecto el bien jurídico disponibilidad de la vida", sino "mato a un hombre", "abandono a un incapaz". El dolo de peligro es un fantasma prohijado por la teoría del dolo, que al exigir la consciencia de la antijuridicidad en el dolo lo desquicia y lo convierte en algo normativo, desprendido de subtrato psicológico.

De la misma manera, se habla de tipos de peligro "individual" y "común", pero sin ponerse de acuerdo sobre lo que significa cada uno de esos conceptos. Si la clasificación se entiende referida a la titularidad de los bienes jurídicos en peligro no tiene más sentido que la que se refiere a la titularidad en general. Si se refiere a la mayor o menor determinación de los bienes en peligro, no vemos tampoco que ofrezca gran utilidad: todos los peligros típicos deben ser determinables y por ende los bienes a que afectan¹¹⁴.

319. Clasificación de los tipos penales por la intensidad de afectación al bien jurídico. Según la intensidad de la afectación al bien jurídico los tipos se clasifican en *fundamentales* o *básicos* y *calificados* (o *cualificados*). Los tipos fundamentales o básicos siempre lo son en relación a otros: son los que sientan el concepto fundamental de la conducta que se sanciona, en tanto que los calificados perfilan una modalidad circunstanciada más o menos grave.

¹¹³ V. BINDING, loc. cit.

¹¹⁴ Cabe agregar que en general es verdad la observación de CARNELUTTI, en el sentido de que el límite entre daño y peligro no es del todo claro (*Teoría general del delito*, Madrid, 1941, p. 185). Sobre la problemática de este concepto es ilustrativa la relación preliminar de GIACOMO DELITALA, en "Studi in onore di Biagio Petrocchi", Torino, 1973, vol. 3, pp. 1733 y ss.

Si es más grave, por ser mayor la intensidad de afectación del bien o la antinormatividad (porque afecta también otro bien jurídico, por ej.) será *calificado agravado*, en tanto que en el supuesto contrario será *calificado privilegiado*. Hay distintas terminologías al respecto: se habla así de *calificados* o *cualificados*, por oposición de los *privilegiados*, por ejemplo.

Cabe acotar que algunas disposiciones del código contienen atenuaciones (como por ejemplo la emoción violenta)¹¹⁵ que no son tipos privilegiados, sino que son atenuaciones de pena en razón de la disminución de la culpabilidad, en que nada tiene que ver la tipicidad; se trata de un homicidio simple con culpabilidad disminuida. Aparte de la consideración genérica de la culpabilidad que debe hacerse para individualizar la pena (art. 41 CP), frecuentemente se toman en cuenta las motivaciones en forma especial, como sucede con el homicidio por placer, codicia, odio racial o religioso, del inc. 4º del art. 80 CP. Todos estos no son tipos agravados, sino especiales previsiones de las consecuencias que para las penas tiene una culpabilidad más grave. En cualquier caso, es imprescindible tener presente la diferencia, pues lo contrario implica confundir la culpabilidad con el injusto. Es menester tener claramente establecido, pues, que frecuentemente hay atenuaciones especiales de penas que no corresponden a un tipo que identifique un injusto menor, sino a delitos que “contienen una característica privilegiante de la culpabilidad”¹¹⁶.

¹¹⁵ V. infra, § 493.

¹¹⁶ KÜPER, WILFRIED, *Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründe*, en GA, 1968, pp. 234-5.

CAPÍTULO XXII

ASPECTO OBJETIVO DEL TIPO DOLOSO

I. — LA MANIFESTACIÓN TÍPICA DE LA VOLUNTAD: 320. La manifestación típica de la voluntad. II. — LA MUTACIÓN FÍSICA: 321. El resultado material. 322. La relación de causalidad. 323. La causalidad: ¿forma categorial del pensamiento o categoría del ser? 324. Causalidad e imputación objetiva. III. — LOS SUJETOS: 325. Los sujetos. IV. — ELEMENTOS NORMATIVOS DE LOS TIPOS LEGALES: 326. Elementos normativos de los tipos legales. V. — “EXCURSUS” SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS LEGALES: 327. Importancia de las clasificaciones secundarias. 328. Cuadro de las clasificaciones secundarias de los tipos legales. 329. Clasificación en razón de su formulación legal. 330. Clasificación por la ejecución de la conducta.

I. — LA MANIFESTACIÓN TÍPICA DE LA VOLUNTAD

320. La manifestación típica de la voluntad. Hablamos de tipo objetivo no porque sean a él extraños todos los momentos subjetivos, sino porque constituye la objetivación de la manifestación de voluntad, su exteriorización, lo que conforma su aspecto central básico.

“El tipo objetivo es el núcleo real-objetivo de todo delito”¹. No puede ser de otro modo, puesto que no hay conducta penalmente relevante como prohibida que no se exteriorice en el mundo físico, toda vez que la exteriorización es absolutamente necesaria para la imputación penal. No obstante, en modo alguno es suficiente, puesto que si privamos a esta exteriorización u objetivación de lo exteriorizado u objetivado a través de ella, no tendremos una manifestación objetiva de voluntad, sino algo hueco e indefinible. En sentido causalista, sería la exteriorización de una “voluntariedad”, pero cabe preguntar a este planteo, “voluntariedad” ¿de qué? Si la respuesta, conforme al causalismo, hay que hallarla en la culpabilidad, hasta allí llegará un fantasma de conducta humana, sólo que con la usual imagen fantasmagórica invertida, pues se trataría de una conducta humana sin esqueleto.

¹ WELZEL, 62; STRATENWERTH, 77; BACIGALUPO, 34.

No cualquier manifestación de voluntad externa es típicamente relevante, sino únicamente la que el tipo releva. Cabe aclarar que la palabra es también una manifestación externa cuando está típicamente relevada como tal.

Como algo separado del tipo objetivo, particularmente la doctrina italiana, ha desarrollado los llamados "presupuestos del delito": lo que ha tenido cierto eco en la doctrina latinoamericana². En general, si bien es cierto que los caracteres presuponen ciertos datos, lo que nos interesará serán siempre los datos, pero en función de la averiguación de los caracteres, por lo que resulta inconsistente una "teoría de los presupuestos": toda la teoría del delito busca presupuestos.

Por "presupuestos del delito" se ha pretendido entender la norma penal, el sujeto activo, el bien jurídico, el sujeto pasivo, la imputabilidad, el estado de gravidez en el aborto, el matrimonio anterior válido en la bigamia, la ajenidad de la cosa en el hurto, etc. Todo esto implica confundir niveles normativos abstractos con el delito concreto en algunos casos, pero, en todos, reduce a presupuestos caracteres que tienen su ubicación correcta en la teoría del delito⁴. No negamos que su ubicación es frecuentemente problemática y que la actual teoría de la "imputación objetiva" alemana no dista mucho de las razones que llevaron a los autores italianos a hablar de "presupuestos" en muchos casos, enfrentándose a la ubicación de requisitos para la tipicidad que, según aquéllos, eran "presupuestos" y, según los modernos sostenedores de la teoría, se hallarían en el tipo objetivo.

Algo que suele criticarse desde el mismo campo finalista es la ubicación del resultado en la tipicidad objetiva y la definición que del tipo proporciona Welzel, al considerarlo "materia de prohibición". Se ha sostenido, dentro de esta perspectiva, que la única materia de prohibición es la conducta o acto, y no la producción o causación del resultado, lo que daría lugar a la teoría de la imputación⁵, que sería materia ajena a la prohibición. No creemos que ello sea correcto, sino que nos parece que es un intento de escindir la conducta de sus circunstancias, totalmente artificial y que puede llevar a desvirtuar seriamente el punto de partida, esto es, la identidad del concepto jurídico-penal y óntico-ontológico de conducta. Aparte de los claros argumentos con que Cousiño MacIver responde la objeción que en este sentido formulara Cerezo Mir a la tesis de Welzel^{5 bis}, fundamentalmente en que es imposible a veces escindir la conducta del resultado, particularmente cuando la ley usa un verbo que demanda la producción del resultado, nos parece imposible que el legis-

² Así, MANZINI, *Tratado*, Bs. As., II, 37; MASSARI, *Le dottrine generali del Diritto Penale*, Spoleto, 1928, 65; DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 184-5.

³ V. SALES GASQUE, RENATO, *Los presupuestos de la teoría general del delito*, en DPC, 7, 13 y ss.; MAGALHÃES NORONHA, I, 114.

⁴ Cfr. ANTOLISEI, 162-3; BETTIOL, 215-7; FERNANDO MANTOVANI, 158.

⁵ Cfr. STRATENWERTH, 81.

^{5 bis} COUSIÑO MACIVER, II, 82 y ss.

lador, al acuñar el tipo, individualice la conducta pensando que la misma es independiente de cualquier circunstancia, entre las cuales, una ineludible es la producción del resultado, y nos parece imposible justamente porque *no hay conductas sin circunstancias*. Hemos visto que el resultado no forma parte de la conducta, pero la acompaña inexorablemente, por lo que deviene un elemento de la prohibición, desde que sin él tampoco se puede individualizar la conducta, sea que haya devenido efectivamente o que sólo haya tenido en mira el autor.

Es verdad que lo único prohibido es la conducta, pero para individualizar esa conducta es necesario referirse a sus circunstancias, en forma tal que *la materia de prohibición es la conducta en cierta circunstancia*, por lo que no creemos errada la afirmación de Welzel.

II. — LA MUTACIÓN FÍSICA

321. **El resultado material.** El tipo es una “figura de la imaginación”, un dispositivo legal para individualizar conductas. Para ello puede atender a distintos aspectos de la objetivación de la conducta. Le es posible requerir que la manifestación de voluntad haya causado determinado resultado material o físico, pero también puede no tomar en cuenta este resultado, bastándole con que se haya realizado la conducta y con que, cualquiera sea la mutación física causada con ella, resulte ésta afectando al bien jurídico. Si el legislador es soberano —dentro de ciertos límites— por ende, puede no individualizar la mutación del mundo físico a los efectos de la prohibición, o sea, prohibir la conducta sin exigir ninguna mutación física determinada, sino *cualquiera* que resulte lesiva del bien jurídico. Por ej., en el tipo de homicidio, la conducta debe causar la muerte de un hombre, y si ese resultado no se obtiene, no se habrá realizado una conducta típica de homicidio. En lugar, en la injuria, el tipo no requiere ninguna mutación física especial, sino sólo que se produzca una mutación física cualquiera —escrito, sonido, símbolo, etc.— que sea percibida por el sujeto activo y que la sienta como lesionante de su autoestima. En la clasificación secundaria de los tipos penales se llama a unos “tipos de resultado material” y a otros “tipos de mero acto” o de “mera conducta”.

Aquí conviene detenerse un instante, porque la circunstancia de que haya tipos que no requieran determinados resultados físicos (y por ende que no individualicen tampoco a la causalidad, como lo hacen otros), puede dar lugar a grandes equívocos.

Por principio, el legislador en el tipo se vale de un sistema simbólico para deslindar conductas, individualizarlas. Ello no im-

plica que cree la conducta ni el universo físico, sino que *toma en cuenta determinados aspectos de toda una realidad mediante símbolos que pertenecen a un sistema simbólico (el lenguaje humano)*. De allí que la circunstancia de que toda conducta tenga una manifestación no significa que esa manifestación sea típica. Que nos hayamos ocupado en general de la manifestación de la conducta y lo hagamos ahora aquí, no implica que le demos una doble ubicación, porque lo que aquí interesa no es el aspecto objetivo de una conducta en particular, sino *la forma en que el tipo individualiza una conducta como prohibida relevando diferentes aspectos de su exteriorización*.

El legislador sabe que cualquier conducta implica una mutación en el mundo, que va acompañada de un resultado físico, pero no individualiza todos los resultados ni todos los nexos de casualidad, sino cuando tiene interés en hacerlo. En el clásico ejemplo de Beling⁶ de “pasar el puente”, no es que no haya un resultado o que el resultado no sea el “paso”, sino que el resultado está implicado en el verbo y coincide con la acción así individualizada. Nadie dudará que antes de pasar el puente había una persona de un lado y después está del otro. Hubiese sido exactamente igual que la ley hipotética dijese: “caminar por sobre el puente hasta alcanzar el lado opuesto”.

Como consecuencia de lo expuesto, se deduce que de la circunstancia de que haya “tipos de mera conducta”, “formales”, de “mera actividad”, de “actividad” o de “predominante actividad” (por oposición de los tipos “materiales”, de “resultado” o de “resultado material” o “físico”)^{6 bis}, no puede seguirse que la conducta no sea siempre una planificación de la causalidad hacia un resultado, porque lo único que aquí pasa es que la causalidad y el resultado no se individualizan típicamente con una descripción, sino que la conducta cuyo resultado físico, cualquiera que sea, importe la afectación del bien jurídico, resultará penalmente típica. El tipo legal describe sólo la conducta, a la que va anejo un resultado. En la tipicidad legal se comprobará si la conducta ha tenido lugar. En la tipicidad conglobante se corregirá excluyendo del ámbito de la tipicidad el caso en que la mutación física no afecte al bien jurídico.

⁶ Renovado hace pocos años por CUNHA LUNA, EVERARDO DA, *O resultado no Direito Penal*, São Paulo, 1976, p. 83.

^{6 bis} V. PORTE PETIT, 394; REYES ECHANDÍA, 162-4; SOLER, II, 156; ARGIBAY MOLINA, I, 211; NÚÑEZ, *Manual*, 171; FONTÁN BALESTRA, I, 466; *Manual*, 1957, 271; CASTELLANOS, FERNANDO, op cit., 1959, 130; etc. En sentido crítico a esta clasificación, MAURACH, 237.

No se trata, pues, de que haya delitos que tienen un resultado material y delitos que no tienen resultado material, sino que hay tipos legales que requieren un resultado determinado y otros que dejan indeterminado el resultado típico, pero a nivel de tipicidad conglomerante (es decir, para concluir en la tipicidad penal), ambos requieren la comprobación de que el resultado afecta al bien jurídico.

Sostener lo contrario sería absurdo, pues no sólo implicaría que el tipo crea la conducta, sino que hay conductas típicas que no se manifiestan en el mundo físico.

Si hay delitos en que el tipo no requiere un particular resultado físico, naturalmente no tendrá sentido que requiera un nexo de causalidad determinado. De cualquier manera habrá un resultado físico y una causalidad (física), sólo que no están penalmente individualizados como en los delitos "de resultado material", sino que sólo quedan sometidos a la condición de que afecten el bien jurídico.

En algunos casos, el resultado físico va unido a la misma conducta consumativa, pues ésta se individualiza mediante un verbo, que requiere un resultado en forma inescindible. Así sucede, por ejemplo, en la violación: se dice que es delito "de mera conducta", pero lo es porque la mutación física que requiere la conducta (acceso carnal) es lesiva del bien jurídico.

No hay acciones penalmente relevantes sin resultado físico o material: sólo hay formas de individualizar acciones penalmente relevantes y resultados físicos o materiales: en algunos se describe el resultado lesivo, en otros es cualquiera que afecte al bien, en otros, por último, es conceptualmente inseparable de la acción.

Creemos que lo correcto es tratar del resultado y de la causalidad en la tipicidad⁷, porque a nivel pretípico, tanto el legislador como nosotros sabemos que existen sin que sea posible su escisión (en lo óntico) de ninguna manifestación de la voluntad. Para tratar del resultado y de la causalidad a nivel pretípico deberíamos escribir un tratado de física y, obviamente, ése no es nuestro problema, sino *la eventual relevancia típica del resultado y de la causalidad física*.

Cosa diferente es que en ocasiones el legislador está atado por estructuras lógico-objetivas: debe respetar lo óntico-ontológico de la causalidad para relevarla. Cuestión similar y separada de ésta es que cuando sanciona, por ej. el homicidio, se ve precisado a requerir una muerte. Pero nada impide que agrave la violación cuando hay un resultado de lesiones graves, o que no lo haga. En este último caso, no hay ninguna estructura que le someta. La diferencia radica en que, a veces, los tipos (el legislador) se valen de definiciones, como en el caso del

⁷ Así lo hace MAURACH. Otra opinión, CÓRDOBA RODA, op. cit., 73-7.

homicidio. Pues bien, como las definiciones, si están bien formuladas, son tautológicas, contienen el objeto definido. En este caso es el mismo legislador quien, sometiéndose a una definición, se limita.

De la circunstancia de que los llamados “tipos (o delitos) de mera conducta” no sean delitos sin resultado material, sino delitos con resultado material individualizado de otra manera, se deduce que *siempre hay un resultado material* y, por ende, se admite la tentativa acabada en estos delitos, al menos en algunas de ellos: el que realiza toda la conducta de injuria verbal, pero no es percibida por el sujeto pasivo; el que declara falsamente algo que el juez y las partes no oyen ni registran; etc.

Esta clasificación secundaria de los tipos penales en “formales” y “materiales” se vincula con la de tipos “causales” y “finales” de Hellmuth von Weber⁸. Bockelmann sigue ahora un camino parecido, a partir de la negación de una base unitaria para toda la teoría del delito, lo que tiene en común con Roxin y Harro Otto⁹. Es verdad que hay verbos que requieren un resultado y verbos que indican una acción prescindiendo del resultado. Ryle propuso una distinción entre verbos que expresan una tarea o actividad y verbos que la expresan con su resultado incluido (los primeros: “to listen, to look, to travel”; los segundos: “to hear, to see, to arrive”). No es posible encontrar sin haber encontrado, llegar sin haber llegado, ver sin ver; en lugar, se puede viajar sin llegar, oír sin escuchar, mirar sin ver. Según Tsu Lin, en chino hay verbos “resultativos”, compuestos de dos miembros, el primero de los cuales indica el tiempo de acción verbal y el segundo señala el resultado o alcance de la acción expresada en el primero¹⁰. Pero cabe reparar en algo: en derecho penal no puede haber delito sin una acción que trascienda al sujeto activo; es ésta una limitación de la tipicidad penal. La circunstancia de que el verbo típico requiera que esa acción se traduzca en una trascendencia determinada en el mundo físico o que no lo requiera, no significa que en un caso la acción la tenga y en el otro carezca de ella, sino que, en un caso la tendrá individualizada por el tipo y en el otro el tipo no la individualizará.

Hay otras clasificaciones de los tipos penales con resultado material individualizado, que carecen de mayor importancia práctica. En razón de la *permanencia* del resultado físico, se distingue entre *delitos de resultado permanente y delitos de resultado instantáneo*¹¹. No debe confundirse con los delitos permanentes e instantáneos, en que lo que

⁸ WEBER, *Aufbau*, pp. 8-11.

⁹ ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 72 y ss.; OTTO, HARRO, 51 y ss.

¹⁰ V. FERRATER MORA, JOSÉ, *Indagaciones sobre el lenguaje*, Madrid, 1970, 26-7.

¹¹ Sobre ello, REYES, ALFONSO, *La tipicidad*, Bogotá, 1967, 165.

importa es la continuidad o permanencia de la conducta consumativa: el homicidio es un delito instantáneo, pero de resultado permanente.

También se habla de *delitos de resultado singular y plural*, según que requieran uno o más resultados. Por último, se ha pretendido clasificar los resultados materiales en físicos, psíquicos, anatómicos y fisiológicos¹².

Cabe consignar, aunque resulte temático hacerlo, que cuando nos referimos a “resultado” o “resultado material”, nos estamos refiriendo exclusivamente a la mutación física con que se manifiesta objetivamente la conducta. La insistencia se hace conveniente —o quizá necesaria— en razón de los sentidos múltiples e incompatibles en que se ha empleado la voz “resultado” en la teoría del delito^{12 bis}.

322. La relación de causalidad. La causalidad es un proceso ciego que se prolonga al infinito. En el planteo causalista, como se pretende conceptuar a la conducta degradándola a un mero acontecer causal, se hizo necesario limitar la causalidad disponiendo de algún recurso. Este es uno de los capítulos más difíciles de la teoría del delito expuesto desde un punto de vista causalista, porque los ensayos de “teorías limitadoras” son numerosísimos y engorrosos cuando no se hallan superpuestos.

α) Entre los múltiples ensayos realizados¹³ podemos distinguir:

a) Un grupo de teorías antiguas que pretendieron diferenciar una causa de las demás condiciones. Las más importantes de éstas fueron la teoría de la condición última de Ortmann¹⁴; la de la condición eficiente de Birkmeyer¹⁵; la de la distinción cualitativa entre causa y condición de Josef Kohler¹⁶ y la teoría de la generación de M. E. Mayer¹⁷, que luego abandona.

¹² Así, ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Milano, 1955, 157; MANZINI, *Tratado*, Bs. As., 1958, II, 13; JIMÉNEZ HUERTA, *Panorama del delito*, México, 1950; sobre ello, PORTE PETIT, 327-8.

^{12 bis} V. BERISTAIN, ANTONIO, *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, 1979, pp. 264-6; RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, *El “resultado” en la teoría jurídica del delito*, en “Cuad. de Pol. Crim.”, Madrid, 1977, Nº 1.

¹³ Una numeración bastante exhaustiva en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, 2ª ed., 515 y ss.

¹⁴ ORTMANN, RUDOLF, *Zur Lehre vom Kausalzusammenhang*, en “Archiv für gemeines Deutsches und für Preussisches Strafrecht”, Berlín, 1875, 268-280; en el mismo, 1876, pp. 93-103; del mismo: *Über die Begehung der Verbrechen durch Unterlassung*, en “Gerichtssaal”, 1874, 439-454.

¹⁵ BIRKMEYER, *Über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht*, en “Gerichtssaal”, 1885, 257-280; también ROHLAND, W. v., *Die Kausallehre des Strafrechts*, Leipzig, 1903.

¹⁶ KOHLER, JOSEF, *Studien aus dem Strafrecht*, Mannheim, 1890.

¹⁷ MAYER, M. E., *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*, Freiburg, 1899.

b) Hubo otros intentos que pretendieron distinguir entre causas y condiciones, pero a partir de los casos particulares. Así, la distinción entre mutaciones y estados de quietud de R. Horn¹⁸, entre factores causales y concurrentes de Müller¹⁹ —que luego cambia por la teoría de la relevancia—, la distinción entre la creación natural y racional de A. Horn²⁰, la de Huther entre causación, facilitación y posibilidad²¹.

c) En estos grupos de viejas teorías que limitan, o pretenden limitar la causalidad “en sí misma”, se suele incluir la de la condición determinante o preponderante de Binding²², aunque no lo considera así M. E. Mayer²³. La teoría que más predicamento alcanza dentro de las que se ubican en esta corriente, fue la de la *causalidad adecuada*, que fue seguida por un gran número de autores, aunque con sensibles variantes²⁴. Sostenía, en síntesis, que “causa adecuada” es la que ordinariamente produce ese efecto.

β) Beling saca las tentativas de solución del marco de la acción para llevarlo donde corresponde, o sea, a la tipicidad. En el mismo ámbito se mueven las teorías de la relevancia de Müller²⁵ y la versión de Engisch²⁶.

Beling sostiene que la causa debe extraerse del verbo típico²⁷, o sea que le pone un límite legal a la adecuación. Cabe observar que, si bien el verbo típico tiene una gran importancia, no sirve para recortar

¹⁸ HORN, RICHARD, *Des Causalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht*, Leipzig, 1893.

¹⁹ MÜLLER, MAX-LUDWIG, en “Gerichtssaal”, 1898, 241.

²⁰ HORN, A., en “Gerichtssaal”, 1902, 321.

²¹ HUTHER, *Der Kausalzusammenhang als Voraussetzung des Strafrechts*, Wismar, 1893.

²² BINDING, *Die Normen*, II, 492.

²³ MAYER, M. E., *Lehrbuch*, 1923, 144-5, nota 1.

²⁴ La siguieron von Bar, Merkl, Hess, Thon, Hass, Helmer, Hartmann, Liepmann, von Rohland, etc. Una detallada relación de sus seguidores en TRAEGER, LUDWIG, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB*, Marburg, 1904, pp. 115 y ss., además de la propia opinión del autor; RADBRUCH, G., *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, Berlín, 1902; TARNOWSKI, HANS, *Die Systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs*, Berlín u. Leipzig, 1927; GIMBERNAT ORDEIG, *Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik*, s. 1., 1962; KNOCH, WOLFGANG, *Die Entwicklung der Lehre von Kausalzusammenhang im Zivil- und Strafrecht*, Marburg, 1959; MÄHNZ, GEORG, *Der Begriff der adäquaten Verursachung*, Hannover, 1911; recientemente la sigue STRAHL, IVAR, *Strafträttens Allmänna del*, Upsala, 1969, pp. 29 y ss.

²⁵ MÜLLER, MAX-LUDWIG, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadenersatzrecht*, Tübingen, 1912.

²⁶ ENGISCH, KARL, *Die Kausalität als Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen, 1931; también, *Bemerkungen zu A. Mittasch: Was hat Robert Mayers Kausallehre dem Juristen zu bieten?*, en “Archiv für Recht- und Sozial- Philosophie”, XXXIII, cuaderno 4.

²⁷ BELING, ERNST, *Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre*, en “Gerichtssaal”, 1932, 1-13.

causas, sino para individualizar acciones humanas, las que no pueden individualizarse si prescindimos del fin propuesto por su autor.

Mezger adopta la teoría de la relevancia, que tiene por objeto y mérito destacar la relevancia jurídica de la causalidad, con un límite más preciso que el de Beling, pero en modo alguno claro dentro del sistema de Mezger²⁸.

Nagler, por su parte, ensayó una teoría de la "causación social" sin éxito posterior²⁹.

De cualquier manera, estas teorías fracasan en el intento de limitar la causalidad pretendiendo prescindir del dolo. Beling (y más aún Müller y Mezger) se acercan a la verdad: el problema está en la captación jurídica, porque es de toda evidencia que el padre del homicida no es homicida debido a que procrear no es conducta de matar, y tampoco es adúltero el carpintero —en el ejemplo de Binding— porque fabricar un lecho no es yacer.

El fracaso surge porque se pretende limitar algo que no es conducta. Este fracaso se confiesa abiertamente cuando se reconoce a la culpabilidad "función correctiva" de esta pretendida limitación³⁰. Ésta es la solución correcta: acudiendo al dolo se limita la causalidad; sólo que para la teoría causal es la confesión de un fracaso.

La causalidad no puede limitarse en el ámbito pretípico, donde rige el principio de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*³¹: "Toda condición que no puede ser mentalmente suprimida sin que con ello desaparezca el resultado, es causa"³².

Se le observa atinadamente a esta formulación, que el resultado a tomar en cuenta debe ser el concreto, o sea que, quien, por ejemplo, mata a un desahuciado, ha causado su muerte³³. También debe tratarse del caso concreto en el sentido de que es indispensable saber cómo ha operado la causa, para que pueda formularse el juicio hipotético para establecer la causalidad, lo que no sucede en el caso de ciertos medicamentos, en que la respuesta queda en terreno de mera posibilidad, tal como en el supuesto de la "tolidomida" en las malformaciones embrionarias^{33 bis}, pero la certeza absoluta es casi imposible obtenerla en cada

²⁸ MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 109 y ss.; PELTZER, GERHARD, *Die Theorie der wesentlichen Bedingung*, s. I., 1964.

²⁹ NAGLER, JOHANNES, *Reichs-StGB, Leipziger Kommentar*, Berlín, 1944, pp. 45 y ss.

³⁰ ASÍ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, 1118; FONTÁN BALESTRA, I, 431; C. Nac. Penal, LL, 73-401.

³¹ Tiene su origen en M. VON BURI, *Über Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig, 1873; más tarde, *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, Stuttgart, 1885.

³² Cfr. WELZEL, 43; RÜDOLPHI, *StGB Kommentar*, p. 15; BLEI, p. 75.

³³ Cfr. WELZEL, loc. cit.

^{33 bis} V. JESCHECK, 226; WESSLS, 36; KAUFMANN, ARMIN, *Tatbestandsmässigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren*, JZ, 1971, 569.

caso, por lo que se hace necesario apelar a las leyes científicas. Por ello, en repetidas ocasiones, tanto el Tribunal del Reich, como el actual Tribunal Federal alemán, han dicho que “basta para afirmar la causalidad con que la conducta típica haya apresurado el resultado”³⁴. Además, afirma Welzel con todo acierto, que basta con que la acción haya sido una condición para el resultado. Esto es consecuencia de que esta teoría no distingue “causas” y “condiciones”, al estilo de las viejas teorías que pretendían establecer la diferencia pretípicamente; para ella todas las condiciones son causas. Destaca también que debe tratarse de circunstancias que efectivamente se han realizado, porque las que han sido sólo posibles no deben incluirse mentalmente. Finalmente plantea el supuesto de que dos o más condiciones actúen conjuntamente y cada una de ellas sea insuficiente para provocar el resultado, llegando a la siguiente conclusión: en esos casos la fórmula debé rezar: “Si diversas condiciones pueden ser mentalmente suprimidas en forma alternativa sin que desaparezca el resultado, pero no acumulativamente, cada una de ellas es causal del resultado”³⁵.

Welzel formula una aclaración que es muy digna de tenerse en cuenta. En las teorías individualizadoras o limitadoras con pretendidos criterios objetivos se suele hablar muy frecuentemente de “ruptura del nexo causal”, cuando en realidad lo que se ha dado es una irrelevancia típica de la causalidad. Entendemos que en ningún caso puede haber auténticas rupturas del nexo causal y esto es sumamente claro^{35 bis}. En el famoso caso de la ambulancia que choca con el herido leve y muere a consecuencia del choque, el autor de la herida o lesión leve puso la causa de muerte. En lugar, si enveneno mortalmente a un sujeto y éste muere porque otro lo mata con total independencia de mi conducta y por un medio que por sí mismo hubiese provocado la muerte, no he puesto causa alguna de la muerte.

Ahora bien, la causalidad, que es un concepto físico, resulta relevada por el tipo. La presencia de una conducta, un resultado típico y un nexo causal, no nos dice nada aún sobre su tipicidad. La causalidad, en el tipo doloso, deberá ser conocida, planeada y dirigida por el autor (dolo^{35 ter}). El dolo no opera como correctivo—como pretende el causalismo— sino que prevé y orienta la causalidad, limitando así su relevancia típica.

Se puede pensar incluso que en la teoría finalista la equivalencia de las condiciones nos puede conducir a consecuencias inadmisibles, porque puedo disponer causas y dirigir mi conducta hacia

³⁴ RUDOLPHI, *StGB, Kommentar*, p. 17.

³⁵ En igual sentido, RUDOLPHI, p. 16; JESCHECK, 226; MAUBACH-ZIPF, 270; WESSELS, 36; COUSIÑO MACIVER, I, 356.

^{35 bis} Cfr. BOCKELMANN, 68; FRAGOSO, 183.

^{35 ter} Cfr. DAMÁSIO E. DE JESÚS, 239.

un fin, pudiendo producirse el resultado mediante un curso causal del todo diverso del previsto y aún no querido. Puede suceder que una campesina despechada acuda a una curandera para que le proporcione un medio "mágico" para matar a su indiferente "amado". La médica le proporciona una droga en general inocua, pero, por una particular disposición orgánica del sujeto, desconocida para todos y sumamente rara, la droga le enferma y a resultas de la enfermedad muere. La solución que a nuestro entender debe darse al caso nos parece sumamente clara y se halla a nivel típico. La causalidad es un elemento del tipo objetivo de homicidio, pero éste requiere, además, un tipo subjetivo en que el dolo se monte sobre la previsión de la causalidad, que siga un curso en general adecuado a la previsión para desembocar en el resultado final. De lo contrario nos hallaremos con un supuesto de error que restará atípica —al menos del tipo doloso— a la conducta realizada. En el caso, la armonía entre el aspecto objetivo y el subjetivo del tipo no existe porque el conocimiento de la causalidad es falso. Ya vimos que en materia de causalidad se requiere un conocimiento paralelo en la esfera del lego, al igual que la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad en la culpabilidad. En este ejemplo no está presente la "aptitud ordinaria para apreciar la verdadera condición de los acontecimientos concretos y sencillos de la vida diaria y la dirección atinada de las acciones en consonancia con el medio en que actúan las personas" ³⁶. Del problema del error sobre el curso causal nos volveremos a ocupar al tratar del dolo.

El tratamiento que ha recibido la causalidad en la doctrina nacional no es unitario. Una de las primeras interpretaciones posteriores a la sanción del Código vigente, se fundaba en el inc. 1° del art. 82 (homicidio preterintencional, cuando "el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte") y, conforme a esta disposición, sustentaba el criterio de que el texto había acogido la teoría de la causalidad adecuada ³⁷.

Soler, por su parte, ha elaborado una teoría que resulta interesante: algo deja de ser causa cuando queda fuera del "dominio mental" del proceso de causación. Llega a la conclusión de que: 1°) "Las relaciones que por nadie eran conocidas cuando la acción tuvo lugar, quedan excluidas de la acción, aun cuando sean causas"; 2°) "Las relaciones conocidas por una categoría de personas, constituyen acción para toda esa categoría, pero no para la generalidad"; 3°) "Las relaciones conocidas

³⁶ Cfr. Cámara Nac. Penal, LL, 1954, 75-461.

³⁷ Así, DÍAZ, EMILIO C., *El Código Penal para la República Argentina*, Bs. As., 1928, pp. 136-7.

por el imputado, son acción para el imputado". Aclara seguidamente que todas esas relaciones deben ser consideradas con relación a la forma definitiva del verbo típico y tomando en cuenta otras figuras, referidas a acciones analógicas o próximas cuyo sentido puede resultar aclaratorio" ³⁸.

No nos convence la teoría de Soler porque entendemos que una relación causal no puede ser jurídicamente relevante porque la conozca la generalidad o el grupo a que pertenece el autor. Pero aún admitiendo esto, termina Soler por reconocer —como no puede ser de otro modo— que "las relaciones conocidas por el imputado, son acción para el imputado". Estamos perfectamente de acuerdo y en nuestra sistemática no hay problema porque ese conocimiento pertenece al tipo subjetivo, pero en la de Soler, mal se puede limitar la causalidad en la tipicidad por vía de ese conocimiento, *pues debería hallarse en la culpabilidad*.

Núñez pretende volver la causalidad a su sentido material ³⁹ y como consecuencia niega que el planteo deba hacerse dentro del plano de la autoría. En esto es más coherente que Soler, porque aunque compartimos parcialmente el criterio de Soler, no se puede omitir la advertencia de que su posición es la negación del causalismo. Núñez se ve precisado a enunciar una teoría individualizadora: "Existe concausa o interferencia de un curso causal independiente si el resultado proviene de un curso causal cuya génesis es independiente de la condición puesta por el agente" ⁴⁰. Se rectifica así de la confusión con la culpabilidad que había hecho años antes ⁴¹. Sin duda es el más coherente de los autores causalistas.

Fontán Balestra falta también a la coherencia del planteo causalista cuando reconoce a la culpabilidad su tan mentada función "correctiva" ⁴², siguiendo a Jiménez de Asúa y a Antón Oneca. Argibay Molina no toma partido y Terán Lomas se pliega a la tesis de Soler ⁴³.

Bacigalupo coincide con el punto de vista aquí sostenido: "Nuestro punto de partida —dice— será la teoría de la *conditio sine qua non*, porque la causalidad es una categoría del ser. Mediante ella es posible determinar el límite mínimo de la responsabilidad. Pero dado que *no toda causalidad implica responsabilidad*, los límites de la *causalidad típicamente relevante* en el delito doloso serán fijados por el tipo subjetivo: *sólo es relevante la causalidad, material dirigida por la voluntad de acuerdo a un fin*" ⁴⁴.

En igual sentido se expresa Malamud Goti: "no cabe duda de que sólo una teoría de la causalidad que respete su propia esencia sin incluir calificaciones jurídicas resulta aceptable, pues el resto de las

³⁸ SOLER, I, 290.

³⁹ NÚÑEZ, I, 260 y ss.

⁴⁰ Idem, 271 y ss.

⁴¹ NÚÑEZ, RICARDO C., *El hecho penal en la Constitución Nacional y en el Código*, en "Rev. de Psiquiatría y criminología", 1939, enero-feb. p. 19.

⁴² FONTÁN BALESTRA, I, 431; en igual sentido, CAMPOS, op. cit., 12.

⁴³ ARGIBAY MOLINA Y COL., I, 177-182; TERÁN LOMAS, I, 290.

⁴⁴ BACIGALUPO, 46.

valoraciones habrán de provenir de cada una de las categorías del delito cuya función es precisamente la de valorar sucesos”⁴⁵.

323. **La causalidad: ¿forma categorial del pensamiento o categoría del ser?** Mientras ya se bate en retirada la corriente doctrinaria que pretende la existencia de un concepto “jurídico” de causalidad, se abre otro interrogante en términos más o menos análogos. Hay quienes entienden que si bien la causalidad no es un concepto jurídico, es un *concepto lógico*, una “forma categorial de nuestro pensamiento”⁴⁶, un “concepto relacionante”⁴⁷.

Por otro lado se sostiene que la causalidad es una *categoría del ser* y no una vinculación lógica o ideal de acontecimientos, sino “la conexión de la sucesión normal del devenir real”, que puede ser aprehendida por el pensamiento. Sostiénese en esta posición, que el derecho también debe partir de este concepto “ontológico”, pues no existe una especial causalidad jurídica, aunque “por supuesto, no todos los cursos causales son jurídicamente relevantes”⁴⁸.

Entre ambos conceptos, cabe reconocer un verdadero abismo filosófico, puesto que afirmar que la causalidad es una categoría del pensamiento importa negar la circunstancia de que la misma rige los fenómenos del mundo objetivo, lo que únicamente puede eludirse afirmando que nuestro pensamiento también crea el mundo, es decir, cayendo en un idealismo extremo^{48 bis}. Pese a esta tremenda distancia, quizá fuese posible una relativa y esclarecedora armonía —que no posición ecléctica— que contribuya a perfilar mejor de qué se habla en cada uno de los estratos y momentos del análisis. ¿Qué es la causalidad?

Para unos es una forma del pensamiento, para otros una categoría del ser. Para los primeros es una categoría lógica, en tanto que para los segundos es un concepto ontológico.

¿No estarán ambas posiciones diciendo algo conciliable siempre que nos pongamos de acuerdo acerca de lo que estamos hablando?

⁴⁵ MALAMUD GOTI, *La estructura penal de la culpa*, Bs. As., 1973, p. 43; contra la causalidad “jurídica”, también LUZÓN PEÑA, DIEGO, en “Revista de Derecho de la Circulación”, Madrid, 1973, X, 444.

⁴⁶ LISZ-SCHMIDT, 157; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 111.

⁴⁷ WEBER, H. V., *Grundriss*, 1946, 58-9. Para los kelsenianos tampoco es una categoría del ser, sino un carácter lógico (sobre ello, TAMAYO, ROLANDO, *La imputación como sistema de interpretación de la conducta*, en Rev. Jur. Ver., 1972, I, 5 y ss. [5]).

⁴⁸ WELZEL, 42; igual MALAMUD GOTI, *El delito imprudente*, Bs. As., 1972, p. 38.

^{48 bis} Cfr. BOCHENSKI, *Introducción al pensamiento filosófico*, Barcelona, 1975, pp. 14-5.

α) En el mundo del ser hay efectos de causas que son efectos de otras causas y así al infinito. Esta es la *causalidad* como concepto físico (óntico-ontológico).

β) En el mundo de la cultura hay formas de relacionar mentalmente causas con efectos, que están condicionadas por el conocimiento de la causalidad. Son formas del pensamiento, llámese mágico o racional. La civilización (conocimiento empírico de la causalidad y consiguiente dominio) nos posibilita y condiciona estas formas: nuestra forma de apreciar las causas y los efectos difiere de la del nombre de Pekín, tenemos formas de pensamiento diferentes. La civilización y las formas de pensamiento interaccionan, y con ello las explicaciones que damos a un fenómeno; como causa de otro y como efecto de otro distinto. Este es el *general conocimiento de la causalidad* (de sus leyes), es una forma de pensamiento culturalmente condicionada.

De conformidad con ella, *explicamos la causalidad de un fenómeno dado y prevemos la de otros.*

Frente a una conducta humana que causa un resultado determinado, tendremos:

- 1) *En cabeza del juzgador* la explicación del curso causal, posterior a su desarrollo;
- 2) *En cabeza del agente* la previsión de ese curso, anterior a su desarrollo;
- 3) *En el mundo físico*, la causalidad, posterior a su previsión y anterior a su explicación;
- 4) *En la ley*, antes de todo lo anterior, su relevancia jurídica.

La confusión de estos planos llega a ser tan grande que oscurece toda la consideración del problema. Otto, refiriéndose al procedimiento hipotético al que se acude para aplicar la fórmula de la "conditio sine qua non", afirma que la causalidad no puede pertenecer al mundo del ser, porque "un acontecer real hipotético es una *contradictio in adiectio*"⁴⁹. Esto es resultado de confundir la causalidad física con la hipótesis mental a que se acude para relevarla típicamente, es decir, confundir el hecho con el conocimiento del hecho.

Una variante de la teoría de la equivalencia es la teoría de la "condición adecuada a una ley natural", que, en definitiva, es una nueva fórmula de enunciado de la misma teoría. Conforme a esta fórmula expresiva, lo decisivo no sería la hipótesis mental según la cual suprímida mentalmente la acción desaparecería también el resultado, sino la comprobación de que el resultado, que sucede temporalmente a la con-

⁴⁹ OTTO, HARRO, *Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht*, en "Fest. f. Maurach", 1972, p. 91.

ducta, está unido a ella por una ley natural (física). Según Armin Kaufmann, dentro de esta teoría hay que distinguir entre una causalidad *general* y una causalidad *concreta*. La primera consiste en la afirmación de una ley natural capaz de subsumir, como premisa mayor, el contenido real del hecho, en tanto que la segunda sería la concreta subsumición del contenido real del hecho dentro de la ley natural general. El establecimiento de la causalidad general es problema que corresponde resolver a la ciencia natural, que es la que se ocupa de enunciar las leyes causales generales. La causalidad concreta, por el contrario, es problema de la exclusiva convicción personal del juez⁵⁰. Aquí, en definitiva, se enuncia de otra manera lo que son pasos destinados a establecer la existencia de un elevado grado de probabilidad del procedimiento hipotético, es decir que son pasos previos a la hipótesis mental que la teoría de la "conditio" impone, pero no por ello queda ésta descartada. Debemos tener en cuenta que con el método hipotético, que no hace más que valerse de la ley natural general, y que en definitiva sería la que Kaufmann llama "causalidad concreta", lo que se establece no es más que un grado de probabilidad, que, en último análisis y en el caso concreto, incumbe a la convicción del juez, puesto que las leyes físicas —como que están fundadas en la experiencia anterior— no pasan de ser leyes de probabilidad: conservan vigencia siempre que una experiencia futura no destruya su verificación como verdadera⁵¹.

324. **Causalidad e imputación objetiva.** Desde hace tiempo se viene observando el fenómeno de que con la afirmación de la causalidad no parece quedar cerrado el aspecto objetivo del tipo. Por ello se ha buscado distinguir entre "causalidad" e "imputación objetiva del resultado". Se sostiene que "con la afirmación de que una determinada conducta y el resultado injusto típicamente sobrevenido se hallan en una dependencia adecuada a una ley causal, no se habrá respondido aún la pregunta acerca de si al autor se le puede imputar objetivamente este resultado"⁵². Otros autores se apresuran aún más y afirman que debe distinguirse nítidamente la imputación objetiva de la causalidad, llegando a negar a la causalidad su carácter de base de la imputación objetiva del resultado. Así, Roxin, en su ataque a la posición central y básica de la acción en la teoría del delito, afirma que "cada vez gana más terreno la opinión que para el derecho penal es más importante que determinar cuándo y bajo qué presupuestos una conducta humana puede ser calificada como acción, determinar cuándo y en qué medida, un resultado físico es imputable a una persona como fundamento de su responsabilidad"⁵³.

Nos parece suficientemente obvio que con la causación no se agota la tipicidad penal, pero ello no implica para nosotros que la causalidad sea un concepto que sale sobrando. Para afirmar la tipicidad penal, para

⁵⁰ KAUFMANN, ARMIN, *Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren*, en JZ, 1971, 569 y ss.

⁵¹ Cfr. AYER, A. J., *Verificación y experiencia*, en "El positivismo lógico", México, 1965, 233 y ss.

⁵² RUDOLPHI, *StGB Kommentar*, 1975, p. 21.

⁵³ ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, p. 145.

nosotros es necesario, además de la tipicidad objetiva, la comprobación de la tipicidad subjetiva —con lo que se completa la tipicidad legal—, pero también será menester comprobar la tipicidad conglobante de la conducta, pero todo este proceso no demanda la eliminación de la acción o conducta como concepto básico y amarre óptico de la valoración, ni tampoco la causalidad como uno de los fundamentos de la imputación. En el concepto de “imputación objetiva”, todas estas concepciones parecen pretender incluir algunas consideraciones que para nosotros tienen lugar en el ámbito de la tipicidad conglobante.

De estas posiciones, la que más ha llamado la atención y ha levantado mayor polémica, es la de Roxin. El profesor de München pretende reemplazar la causalidad por el *aumento del riesgo*. Parte para ello de la comprobación de varios casos en que se ha causado el resultado y que, sin embargo, haciendo aplicación de un elemental criterio crítico, nadie puede afirmar que la conducta esté prohibida. Ejemplifica con el caso del que “intenta impedir un resultado y sólo logra retardarlo”. Afirma que en ese caso, el autor no habría cometido homicidio aunque haya influido en forma directa en el resultado muerte y su influencia deba ser considerada causal según la teoría de la equivalencia⁵⁴.

Por nuestra parte, entendemos que estos casos de que se vale Roxin, son supuestos de atipicidad, porque son conductas que están ordenadas o favorecidas por el orden normativo. El ejercicio de la actividad médica está favorecido y, en ciertas circunstancias, ordenado por el orden normativo. Por ello, habrá siempre una atipicidad conglobante cuando el médico interviene para evitar la muerte del paciente y sólo logra retardarla, aunque en la concreta forma en que muere el paciente, la intervención pueda ser considerada como causa de la muerte. Así, por ejemplo, para evitar el avance de un cáncer se procede a la ablación de un órgano determinado, lo que permite al paciente sobrevivir un año más, alejando la muerte por cáncer, pero, finalmente sobreviene la muerte como consecuencia de la insuficiencia provocada por la ablación del órgano. No nos cabe duda de que la muerte ha sido causada por la intervención, pero tampoco nos cabe duda de que la conducta no está prohibida por la norma, que la favorece y que hasta puede obligar a ello. Pero no creemos que éste sea un problema de “imputación objetiva” del resultado, que deba verse a nivel del tipo objetivo, sino un caso particular de atipicidad conglobante, que corresponde considerarlo en el nivel de la problemática normativa, es decir, en el nivel en que corresponde determinar el alcance de la norma prohibitiva a la luz del orden normativo funcionando coherentemente.

⁵⁴ ROXIN, CLAUDIUS, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, en “Fest. für Honig”, Göttingen, 1970, 133 y ss.; SCHAFFSTEIN, F., *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht*, en el mismo, 169 y ss.; la teoría se remonta a HONIG, RICHARD, *Kausalität und objektive Zurechnung*, en “Fest. für Frank”, 1930, I, 188 y ss.; el artículo de ROXIN está reproducido ahora en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlín, 1973, pp. 123 y ss. (traducción castellana de Diego Luzón Peña, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 128 y ss.).

Otro ejemplo que utiliza Roxin, como especial caso de no imputación objetiva del resultado típico, pese a la causación del mismo, es la conducta del que desvía un ladrillo que cae directamente a la cabeza de otro, interponiendo la mano y haciendo que le dé en el hombro. Ninguna duda cabe de que dicha conducta es causa de la lesión que el sujeto sufre en el hombro, pero tampoco cabe duda de que no puede estar prohibida. No se trata de una conducta que sólo está amparada por una causa de justificación (por un permiso), sino que queda fuera del ámbito de la prohibición de la norma. Creemos que ello es así, pero no porque no pueda imputarse objetivamente el resultado al autor, sino porque esa conducta está favorecida por la norma, es decir que media en el caso una clara atipicidad conglobante. El favorecimiento de esas conductas, e incluso el mandato de ejecutarlas, lo evidencia el orden normativo en múltiples casos (con ascensos y premios en los cuerpos policiales, de bomberos, con la tipicidad del art. 108 en caso de omisión, etc). De este favorecimiento surge que no se trata de un simple caso de justificación por estado de necesidad: es evidente que nadie me dará una medalla ni un ascenso cuando estoy habriendo y sin dinero, por la conducta de hurtar un pan; tampoco me premiarán por la conducta de perforar la pared del vecino, aunque lo haga para salir de mi casa en llamas, ni por la de ascender con mi automóvil a la acera y destruir un escaparate, aunque lo haga para salvar la vida del suicida que quiso arrojarse delante del vehículo, sin darme tiempo a frenar.

Roxin pretende prescindir de la causalidad y reemplazarla por el principio del "aumento del riesgo" que, formulado sintéticamente, significaría que el resultado no es objetivamente imputable a su autor cuando éste ha disminuido el riesgo, no lo ha aumentado o lo ha aumentado, pero dentro de los límites de lo permitido. Ejemplos de disminución del riesgo son los casos que nos han ocupado (el médico con la ablación, el sujeto que causa la lesión en el hombro). Ejemplos de supuestos en que el "riesgo se traduce", pero no se aumenta, sería el caso del sobrino que manda al tío al monte en medio de la tormenta, para que lo mate un rayo, o el del que le aconseja que viaje en avión con la esperanza de un accidente.

Igual criterio se pretende válido para las "divergencias causales": el auto que llevando un herido leve choca camino del hospital, muriendo el herido. El autor de la lesión leve no realiza conducta típica de homicidio, porque la producción de una conducta de viajar en auto no crea un riesgo *jurídicamente relevante*. En lugar, es típica la acción del que arroja a otro desde un puente, muriendo la víctima al chocar contra un pilar, en lugar de ahogarse: el método elegido importaba *el riesgo* de este desarrollo.

El principio en general puede enunciarse diciendo que "se puede atribuir la responsabilidad al autor sólo si su comportamiento provoca un aumento del riesgo más allá del riesgo permitido" y ello siempre que "el resultado haya podido producirse a pesar de un comportamiento correcto"⁵⁵.

⁵⁵ Roxin, op. cit.

Este criterio no sólo prescinde de un concepto ontológico de conducta —valiéndose de uno normativo— sino que prescinde de la causalidad misma: *el derecho penal ya no se apoya sobre categorías del ser; parecería suceder que el legislador ha logrado su máxima omnipotencia.* No obstante, la remisión a la “relevancia jurídica” revela que esta teoría no soluciona una cantidad de problemas y ello se pone particularmente de manifiesto cuando se plantean dudas sobre el aumento o no aumento del riesgo. *No es el aumento del riesgo lo que señala la tipicidad, sino la relevancia jurídica de ese aumento.* En otras palabras: *todo está como era entonces.*

La muerte del “tío rico” en el accidente aéreo o en el monte, no resulta típica porque *no son medios adecuados para cometer homicidio.* Debemos admitir que *prácticamente no hay tipos de formulación libre,* sino que todos los tipos son de formulación casuística (al menos los que exigen un determinado resultado material). Los medios que mencionan en estos ejemplos Roxin y Schaffstein no son considerados adecuados por la valoración social para cometer esos delitos⁵⁶. Welzel atribuye su atipicidad a la “adecuación social de la conducta”⁵⁷, pero creemos preferible atribuir la a la *inadecuación social (y, por ende, jurídica) del medio.* Todos los tipos excluyen de su ámbito a los medios que se consideran *socialmente inadecuados para la producción típica del resultado.*

Preferimos hablar de “medios socialmente inadecuados” en lugar de “conducta socialmente adecuada”, en estos casos, porque puede no ser “socialmente adecuada” la conducta y ser “socialmente inadecuado” el medio. Por ejemplo, supongamos que el sobrino, que es curador del tío rico y enfermo mental, le hace realizar tres o cuatro vuelos diarios esperando que sufra un accidente. Nadie dirá que pasear a un “loco” en avión todo el día y todos los días, sea una conducta “socialmente adecuada”, sino sólo un medio socialmente inadecuado para cometer homicidio.

La consideración de todos los tipos legales como de formulación casuística, reduce la punibilidad, de modo que no puede ser considerada como atentatoria al principio de legalidad penal.

En general, con referencia a la pretensión de reemplazar la causalidad como base de la imputación objetiva por la imputación misma fundada en el aumento del riesgo, podemos afirmar que esto nos deja sin criterio alguno para formular la imputación. ¿Cómo se puede hablar de un “aumento del riesgo” sin alguna mutación física? ¿Cómo se puede imputar al autor esa mutación física que aumentó el riesgo, sin tener en cuenta la causalidad?

El mismo Roxin, en su respuesta a Ulsenheimer, no puede menos que reconocer que el aumento del riesgo debe juzgarse *ex post* y no *ex ante*⁵⁸, y ello es evidente, porque, como bien le observa Stratenwerth, el aumento del riesgo no soluciona el problema que plantea la causalidad, dado que el mismo no puede consistir en una incalculable duda, sino

⁵⁶ V. WELZEL, 55 y ss. (a quien pertenecen los ejemplos).

⁵⁷ Cabe reconocer que hemos subestimado el valor de esta teoría en nuestro trabajo en RDP y C, 1971, enero-marzo, 71-80.

⁵⁸ ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagentheorie*, p. 130, nota 18.

que el aumento del riesgo como fundamento de la imputación objetiva debe importar "la afirmación de una verdadera dependencia", porque, de lo contrario, el principio "in dubio pro reo" en sede procesal quedaría burlado por una teoría penal, lo que señaló con razón Herzberg⁵⁹. Si el aumento del riesgo importa una verdadera dependencia, es decir, un verdadero nexo, porque no basta con la mera probabilidad más o menos cercana, agrega muy poco a lo que ya con el principio de la causalidad había quedado bien claro: siempre las leyes causales, como leyes físicas que son, son leyes de probabilidad. La subsunción del contenido real del hecho dentro de la ley física de causalidad es un problema de convicción del juez⁶⁰.

El aumento del riesgo no es más que otra tentativa de "idealizar" otro componente típico —en este caso relevancia penal de la causalidad—, pero Roxin no tiene más remedio que confesar que tampoco con el aumento del riesgo se agota la "imputación objetiva" del resultado, por lo que, el famoso aumento del riesgo, tampoco vendría a solucionar el problema: ni con él ni con la causalidad, se agota la "imputación objetiva" del resultado típico. De allí que Roxin se vea necesitado de someter el principio del "aumento del riesgo" a severas y hasta arbitrarias correcciones, lo que lleva a cabo apelando a la llamada "esfera de protección de la norma", expresión que no hace más que revelar que a nivel de aspecto objetivo del tipo está considerando una cuestión que es meramente normativa y que nada tiene que hacer con la causalidad ni con su relevancia típica. Roxin está planteando en el tipo objetivo el problema de la anti-normatividad de la conducta. Los mismos problemas que de alguna manera la doctrina italiana había planteado como "presupuestos del delito", Roxin los plantea ahora como aspectos de la tipicidad objetiva. Para los italianos era un problema anterior a la comprobación de la tipicidad; para Roxin es un problema de tipicidad objetiva. Para nosotros es un problema de tipicidad conglobante, que debe resolverse una vez comprobada la tipicidad legal.

La circunstancia de que una conducta descripta en un tipo legal y adecuada al mismo esté o no efectivamente prohibida, es un problema de alcance de la norma interpretada dentro del total contexto del orden normativo (conglobada), y que nada tiene que ver con la tipicidad legal objetiva. Que la conducta de quien desvía el ladrillo no está prohibida, es una cuestión de alcance de la norma, pero nadie puede discutir que es causal de la lesión ni es menester negar la relevancia típica de la causalidad en el tipo legal para demostrar que no está prohibida, sino que para ello es suficiente, a nivel de la tipicidad conglobante, demostrar que se trata de una conducta favorecida u ordenada por el orden normativo, sin que sea menester acudir al total orden jurídico para hallar un permiso y una consiguiente justificación. La conducta del bombero que arroja al niño por la ventana como postrer intento de salvarle de la muerte

⁵⁹ STRATENWERTH, GÜNTER, *Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung*, en "Fest. f. Callas", Berlín, 1973, pp. 227 y ss.

⁶⁰ Cfr. KAUFMANN, op. cit. en JZ, 1971.

segura por las llamas, aunque de hecho le cause la muerte con esta conducta, es una conducta penalmente atípica (por atipicidad conglobante, pese a la tipicidad legal de la misma). Ello obedece a que está ordenada por el orden normativo: en caso contrario, el sujeto quedaría incurso en un incumplimiento de los deberes del funcionario.

Que en el caso del ladrillo el orden normativo favorezca la conducta; que en el caso del niño la ordene; que en ambos favorezca u ordene porque disminuye el riesgo, nada tiene que ver con que el tipo legal oportunamente releve la causalidad, ni tiene tampoco por qué negarse que la conducta haya causado el resultado, ni menos aún confundirlo todo y pretender resolverlo a nivel de la tipicidad legal objetiva, pretendiendo que ésta no toma en cuenta a la causalidad.

III. — LOS SUJETOS

325. **Los sujetos.** Se denomina “sujeto activo” al *autor*, concepto de cuya delimitación general nos ocuparemos al tratar la concurrencia de personas en el delito. Aquí nos interesa el sujeto activo en cuanto a las características objetivas que debe reunir y que están requeridas en el tipo objetivo.

El sujeto activo puede ser *simple* o *calificado*, dando lugar el primero a los *delicta comunia* y el segundo a los *delicta propria* (no debe confundirse este concepto con los “delitos de propia mano”, de los que nos ocuparemos en la participación).

La calificación del sujeto activo puede ser *necesaria* o *legal*, en el siguiente sentido: hay un sujeto activo necesariamente calificado cuando de la naturaleza misma de la conducta prohibida surge la calificación (así por ejemplo, no puede ser un hombre sujeto activo del autoaborto). En lugar hay una calificación meramente legal cuando lo que da ese requerimiento es una calidad eventual de la que surge un mayor o menor contenido injusto del hecho: así la calidad de ascendiente, descendiente o cónyuge en el homicidio calificado, no deviene de la esencia de la conducta de homicidio.

La calificación del sujeto activo puede también ser *natural* o *jurídica*. Es natural cuando depende de conceptos que no requieren valoración jurídica para ser comprendidos a nivel de valoración paralela en la esfera del lego (padre, madre, mujer) y es jurídica cuando requieren esta valoración (funcionario público, tutor).

No obsta a ~~esto~~ la circunstancia de que la calificación natural deba ser probada mediante determinados medios jurídicamente establecidos. La limitación de medios probatorios para acreditar una calidad natural, como la paternidad, no altera la naturaleza misma

de la calidad que acredita, puesto que sería absurdo decir que hay un concepto óntico y otro jurídico de "padre" o de "madre".

El sujeto activo puede ser también único o múltiple. En este último caso hay una coautoría necesaria, como en el adulterio, que también puede ser naturalmente necesaria (la necesidad se desprende de la naturaleza de la conducta prohibida: no se puede cometer un adulterio unipersonal), o legalmente —típicamente— requerida (la cuadrilla, por ejemplo).

Conforme al número de sujetos activos, se suele distinguir en tipos *unisubjetivos*, *monosubjetivos* o *individuales* y tipos *plurisubjetivos*, *colectivos* o de *concurso necesario*. Los plurisubjetivos suelen subdividirse en *bilaterales* y *multilaterales*, según sean dos o más los sujetos requeridos. También suele distinguirse según que la plurisubjetividad sea "de encuentro" o "de congruencia".

En cuanto al *sujeto pasivo*, cabe consignar que es, en general, el titular del bien jurídico⁶¹, pero, puede darse el caso de que el sujeto pasivo se encuentre indeterminado, lo que para nada obsta a la tipicidad del delito, salvo que se requieran en él determinadas calidades que, al no darse su individualización, no puedan ser probadas. Ello obedece a que hay bienes jurídicos que en ciertos momentos pueden hallarse sin sujeto, como acontece, por ejemplo, con la herencia yacente, cuando el heredero no es conocido⁶².

Se debe advertir que no es dable confundir al sujeto pasivo típico con quien recibe directamente el efecto de la acción, pues, aunque generalmente se identifican, pueden separarse, como sucede en la estafa o en el robo, en que no necesariamente el sujeto pasivo del ardid o de la violencia es el sujeto pasivo del delito, porque bien puede no tener ningún derecho patrimonial sobre la cosa que entrega o le es arrebatada violentamente.

Ranieri distingue entre sujeto pasivo del delito y damnificado, explicando que a veces pueden no coincidir⁶³. Puede afirmarse que las personas jurídicas pueden ser, eventualmente, sujetos pasivos de delitos⁶⁴, aunque en definitiva, sus efectos recaerán sobre los sujetos de existencia real que las integran.

La participación del sujeto pasivo en la ejecución del delito ha sido relevada enormemente en los últimos años⁶⁵. "El sujeto pasivo del de-

⁶¹ BETTIOL, 675; MANTOVANI, F., 210.

⁶² Cfr. BETTI, op. cit., p. 22.

⁶³ RANIERI, SILVIO, *Manuale di Diritto Penale*, Padova, 1952, I, p. 527.

⁶⁴ COUSIÑO MACÍVER, 284.

⁶⁵ V. NUVOLONE, *Il sistema del Diritto Penale*, Padova, 1975, pp. 95-96; NIEVES, HÉCTOR, *El comportamiento doloso del ofendido en la teoría general*

lito —dice Nuvolone— tiene un puesto central, tanto en la perspectiva criminológica como en la teoría general del delito”⁶⁶. En lo criminológico ha dado lugar a la llamada “victimología”. No obstante, el sentido de la palabra víctima no es del todo claro, pudiéndose entender diversamente. Moura de Bittencourt advierte que “el concepto de víctima se entiende en varios sentidos: el sentido *originario*, con el que se designa a la persona o animal sacrificado a la divinidad; en *general*, significando la persona que sufre los resultados infelices de sus propios actos, de los otros o del azar; el *jurídico general*, representando aquél que sufre directamente la ofensa o amenaza al bien jurídico tutelado por el derecho; el *jurídico-penal restringido*, designando al individuo que sufre directamente las consecuencias de la violación de la norma penal, y, por fin, el sentido *jurídico-penal amplio*, que abarca al individuo y a la comunidad que sufren directamente las consecuencias del crimen”⁶⁷.

No obstante, este sentido jurídico-penal tan amplio de “sujeto pasivo” debe ser rechazado por peligroso, puesto que corre el riesgo de hacer públicos todos los bienes jurídicos. Sólo puede aceptarse en la medida en que es la explicación del carácter público del derecho penal^{67 bis}.

IV. — ELEMENTOS NORMATIVOS DE LOS TIPOS LEGALES

326. **Elementos normativos de los tipos legales.** Por lo general, el aspecto objetivo del tipo penal no comprende contenidos de carácter normativo, pero a veces lo hace, y en tal caso nos hallamos en presencia de los llamados “elementos normativos de los tipos penales”.

No creemos que lo haga tan frecuentemente como se ha pretendido⁶⁸ y nos parece que la adhesión de Mezger a la tesis de Wolf, que sostuvo que en definitiva todos los elementos del tipo son normativos, es bastante difícil de sostener, porque implica una afirmación que no es cierta (serían normativos sólo porque están contenidos en la ley), llevada en un sentido torcido y hasta un límite inadmisibles, que nos impediría cualquier intento sistemático. Tan cierto es que Wolf terminó reconociendo que se puede hablar de elementos normativos en sentido

del hecho punible, Valencia (Venezuela), 1967; GRADOWSKI, EROS NASCIMENTO. *A vítima em face do direito penal positivo*, en “MP” (Órgao oficial do Ministério Público do Estado do Paraná), año 3, nº 4, 1974, pp. 63 y ss.; BITTENCOURT, EDGARDO DE MOURA, *Vítima*, S. Paulo, s.f. (1970?); MANTOVANI, F., 210 y ss.

⁶⁶ NUVOLONE, op. cit., p. 100.

⁶⁷ MOURA DE BITTENCOURT, op. cit., p. 51; en sentido análogo, FABBRINI MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, São Paulo, 1980, p. 59.

^{67 bis} Cfr. BETTIOL, 674-675.

⁶⁸ MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 190-2.

amplio y en sentido restringido⁶⁹. Por otra parte, tal posición corresponde a un neokantismo sudoccidental trasnochado.

Por *elementos normativos* de los tipos penales se han entendido diversos conceptos, que han contribuido a confundir su problemática y a oscurecer las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad.

M. E. Mayer distinguía entre elementos normativos del tipo —que luego Mezger llamará “elementos típicos normativos”— y otros que no eran *ratio cognoscendi* sino *ratio essendi* de la antijuridicidad y que pertenecen a ella⁷⁰. Mezger también incluye en los primeros todos los conceptos que requieren una valoración, pero que son parte del tipo, y envía los otros a la antijuridicidad⁷¹. Engisch realiza un complicado agrupamiento de los tipos penales, pero en definitiva no se aparta de la tesis Mayer-Mezger, que postula la necesidad de deslindar ambas categorías de elementos⁷². La dogmática posterior continuó por esta senda⁷³ de manera bastante pacífica⁷⁴.

En un sentido parcialmente distinto, se refiere ahora Blei a elementos normativos del tipo o “elementos que demandan ser rellenados”, distinguiendo entre los que demandan para su valoración que el juez emplee el saber de la experiencia general, y los que demandan una valoración de contenido emocional, como el concepto de maltratamiento o de intención aviesa⁷⁵.

Cuando definimos provisionalmente al tipo, hemos dicho que éste tiene una naturaleza predominantemente descriptiva. El tipo, en su menester sistemático e individualizador de conducta, se vale predominantemente de la descripción como elemento individualizador, pero extraordinariamente lo hace por medio de remisiones de contenido valorativo, ya sea que remita a *pautas sociales de conducta* o a *normas jurídicas*. De cualquier modo, la apelación a este recurso no puede exagerarse legislativamente, pues entraría en colisión con el sistema constitucional de tipos legales⁷⁶.

⁶⁹ WOLF, ERIK, *Tattypus und Tätertypus. Zur Frage der Neugliederung der Verbrechenlehre*, en “Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht”, Berlín, 1936, 358-363.

⁷⁰ MAYER, M. E.: *Lehrbuch*, 1923, 182-5.

⁷¹ MEZGER, op. et loc. cit.; *Vom Sinn der strafrechtliche Tatbestände*, cit.

⁷² ENGISCH, KARL, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, en “Fest. für Mezger”, 1954, pp. 127-163.

⁷³ Así, JESCHECK, 216-217; MAURACH, 244-5; KUNERT, KARL HEINZ, *Die normativen Merkmale der strafrechtliche Tatbestände*, Berlín, 1958; WESSELS, 28; DAMÁSIO E. DE JESÚS, 257; etc.

⁷⁴ Habían sido rechazados por Beling (*D. L. vom Tatbestand*).

⁷⁵ BLEI, 91-92.

⁷⁶ Cfr. BETTIOL, 237.

Bettiol afirma que “en principio, los elementos normativos del hecho responden a una concepción autoritaria del derecho penal, o mejor, a una concepción que ve sin aprensión un aumento de los poderes discrecionales del juez a lo que corresponde un peligro para las libertades individuales”⁷⁷, concepto que es compartido por otros autores⁷⁸.

No obstante, no puede asegurarse del todo que los elementos descriptivos sean más individualizadores que los normativos, como no sea en líneas generales. “Sería falsa la distinción entre ‘descriptivo’ y ‘normativo’ apoyada en el denominador ‘determinado’ e ‘indeterminado’. También las características descriptivas muchas veces pierden sus aristas, alejándose del firme ‘núcleo de concepto’ (Begriffskern). Lo cierto es sólo que la separación de las características legales normativas de un concepto de determinación absoluta es, por regla general, mayor que en las descriptivas. Pero de allí no se concluye que una ley que rige un severo método descriptivo pueda llenar completamente las exigencias de la seguridad jurídica”⁷⁹. Que los elementos normativos puedan ser menos portadores de seguridad jurídica, puede ser cierto respecto de algunos de ellos, particularmente cuando remiten a pautas sociales de conducta, pero, de ningún modo respecto de todos. El concepto de “funcionario público”, por ejemplo, configura un elemento normativo, pero en nada afecta la seguridad jurídica, pues está perfectamente delineado en el art. 77 CP. En lugar, elementos bien descriptivos de los tipos, como “ganado”, por ejemplo, han planteado grandes dudas interpretativas.

Creemos que la razón de este fenómeno es que los elementos descriptivos tampoco están libres de valoración, porque en definitiva son expresiones lingüísticas (simbólicas) cuyo contenido siempre es menester determinar, pero lo cierto es que entre esta valoración —que se desprende de la esencia misma del lenguaje— y la valoración que demandan los elementos normativos, hay una diferencia: en los elementos descriptivos el lenguaje es fuente inmediata o directa del derecho, en tanto que en los normativos es fuente mediata o indirecta, o sea, fuente de conocimiento de otra fuente o criterio valorativo⁸⁰, lo que, por cierto, desvirtúa la pretensión de autosuficiencia del tipo en su definición tradicional⁸¹.

En este sentido, nos parece que la más adecuada es la posición de Ferrando Mantovani, que clasifica los elementos del tipo en *rígidos*, cuando son perfectamente determinables, sean descriptivos o normativos; *elásticos*, que son aquellos que presentan dos límites entre los cuales queda una gran zona gris, y entre los que suelen prevalecer los normativos extrajurídicos; y, finalmente, los elementos *vagos o indeterminados*, que por

⁷⁷ BETTIOL, 237.

⁷⁸ DAMÁSIO E. DE JESÚS, 258; BRUNO, ANÍBAL, I, 346.

⁷⁹ V. LENCKNER, THEODOR, *Wertauffüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz “nullum crimen sine lege”*, en JuS, 1968, 249-257 (256-7).

⁷⁸ DAMÁSIO E. DE JESÚS, 258; BRUNO, ANÍBAL, I, 346.

⁸⁰ Cfr. PALAZZO, FRANCESCO C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, p. 336.

⁸¹ Cfr. CARDOSO DA CUNHA, ROSA MARIA, *O caráter retórico do princípio da legalidade*, Porto Alegre, 1979, p. 64.

lo general son normativos y fundados en “pseudoconceptos de naturaleza emocional”. Es la inclusión de estos últimos —que entre nosotros serían inconstitucionales— y un abuso de los “elásticos”, lo que tiñe de autoritarismo al derecho penal⁸².

De cualquier modo, se nos hace menester distinguir estos elementos de los descriptivos y además, distinguirlos de las referencias que en el tipo puede haber a la antijuridicidad y que no forman parte del tipo objetivo. Se *tratará de elementos normativos del tipo (y no de antijuridicidad)*, cuando sirvan para individualizar conductas, mas no cuando impliquen un desvalor definitivo. Se tratará de los mismos elementos (y no de elementos descriptivos) cuando para su comprensión remitan a una valoración jurídica o cultural.

El concepto de honestidad de la víctima en el estupro, implica una valoración que remite a pautas culturales. El concepto de “funcionario público” implica una *valoración jurídica*. Pero las expresiones que requieran un juicio de desvalor definitivo, como “indebidamente”, “ilegítimamente”, “ilícitamente”, etc., a veces se refieren a la antijuridicidad y nada tienen que ver con el tipo. En tales casos, son meras insistencias del legislador, que no tienen ninguna particular connotación ni sentido práctico en el derecho penal de fondo —al menos— y creemos que tampoco en el procesal penal. En lugar, otras veces, esos mismos adverbios desempeñan una función típica como elementos normativos o, al menos, una doble función. Así, si “ilegítima” debe ser la apropiación en el hurto, esta “ilegitimidad”, por cierto que desaparecerá en presencia de una causa de justificación (el hurto famélico, por ejemplo), pero también desaparecerá cuando medie acuerdo del titular, lo que habrá de configurar una atipicidad. Por ende, estas expresiones a veces denotan un elemento normativo del tipo —que es un requerimiento negativo—, esto es, la ausencia de acuerdo del titular del bien jurídico⁸³. Del análisis de cada tipo surgirá cuál es la función de estas formas adverbiales. Así, si definimos al hurto como “apoderarse de una cosa mueble ajena”, veremos que falta “algo”, dado que todos los días entramos en poder de cosas ajenas y eso no está prohibido, sin que podamos siquiera intentar decir que todos los días cometemos “hurtos justificados”.

La denominación de “tipos anormales” dada a estos tipos en razón de su particular contenido —y que se extendió a los que contienen ele-

⁸² MANTOVANI, FERRANDO, p. 100.

⁸³ No habíamos advertido esta distinción en n. *Teoría*, p. 248.

mientos subjetivos distintos del dolo⁸⁴— preferimos no utilizarla porque la consideramos confusa y en nuestro esquema asistemática.

V. — “EXCURSUS” SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS LEGALES

327. Importancia de las clasificaciones secundarias. Los tipos penales son las estructuras individualizadoras de las conductas anti-jurídicas y culpables que interesan como delitos. Tal función no puede menos que cumplirse reflejándose sobre los estratos analíticos que sustenta. Si bien es cierto que hay características propias de la antijuridicidad y de la culpabilidad en los tipos estructuralmente diferentes, como son los culposos y los omisivos, no es menos cierto que *cada* tipo condiciona la antijuridicidad y la culpabilidad.

Este condicionamiento típico no implica una atomización de los “juicios” sino una particularización necesaria. De todas esas particularizaciones la teoría general es una abstracción, pero no podemos perder de vista que la antijuridicidad en el homicidio no es igual a la antijuridicidad en la traición a la patria, en el sentido de que hay modalidades que se imponen al juicio por la tipicidad. Prueba de estas particularizaciones valorativas típicamente condicionadas es, por ejemplo, que hay conductas típicas en que las causas de justificación sólo son imaginables en hipótesis de laboratorio.

No es menester sobreabundar para percatarse de que la antijuridicidad y la culpabilidad son, en los casos particulares, juicios que recaen sobre *esa* conducta típica y no sobre otra. El tipo es el ente que nos permite “ver-a-través-de”.

De esto se deriva una importante consecuencia práctica en cuanto al análisis de la “parte especial” y a la metodología a seguir en su investigación. El estudio de la “parte especial” no puede ser jamás entendido como un estudio de los “tipos” simplemente. Por cierto que ello debe hacerlo, pero también le compete, a través de los tipos, el estudio de la antijuridicidad y de la culpabilidad, en lo que al delito se refiere, y de la punibilidad y requisitos de procedibilidad, ya fuera del delito, pero referido a “los” delitos en particular. Un estudio de los tipos legales no pasa de ser el estudio parcial de la parte especial. De allí que consideramos correcta la metodología adoptada por Porte Petit⁸⁵ y que también sigue José Rafael Mendoza⁸⁶, pues aunque en algunos casos puede ser sobreabundante, no es menos cierto que debe ser más

⁸⁴ Así JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, III, 920 y ss.

⁸⁵ V. por ej., PORTE PETIT, *Dogmática de los delitos contro la vida*, México, 1966.

⁸⁶ V. MENDOZA T., *op. cit.*

exhaustiva y productora que el mero planteamiento mental de las posibles modalidades, omitiendo su expresión en la redacción.

La importancia que en la labor de análisis tienen las clasificaciones secundarias de los tipos penales es innegable, pero no todas la tienen por igual, ya que son muchísimas y se atienden a múltiples criterios, siendo a veces una cuestión de imaginación agregar alguna más. Estas clasificaciones —de las que se han hecho varios intentos serios por sistematizar (lo que se denominó “parte general de la parte especial”)—, tienen importancia sólo y en tanto se evidencien en consecuencias prácticas, sea sobre los otros estratos analíticos o fuera de ellos (en la punibilidad, por ejemplo) y aún fuera del derecho penal (para los efectos procesales y civiles).

Si esa importancia práctica no existe, la clasificación no pasará a ser una mera especulación, quizá útil para una mejor detección de características típicas: un instrumento de trabajo para la investigación de la parte especial.

Se nos puede ocurrir una descabellada clasificación de los tipos penales en “masculinos”, “femeninos” y “neutros”, según que sólo lo pueda cometer un hombre, una mujer o ambos. Tan desatinada idea no tendrá ninguna consecuencia práctica, pero seguirá siendo una pregunta, en cada caso, qué tipos exigen un sujeto activo calificado.

Lo que es motivo de justificadas y difíciles controversias son las características típicas en particular, y por muchas clasificaciones de los tipos que elaboremos y por mucho que perfeccionemos su cuadro, el problema fundamental —de competencia de la parte especial— es la determinación de sus características en los tipos.

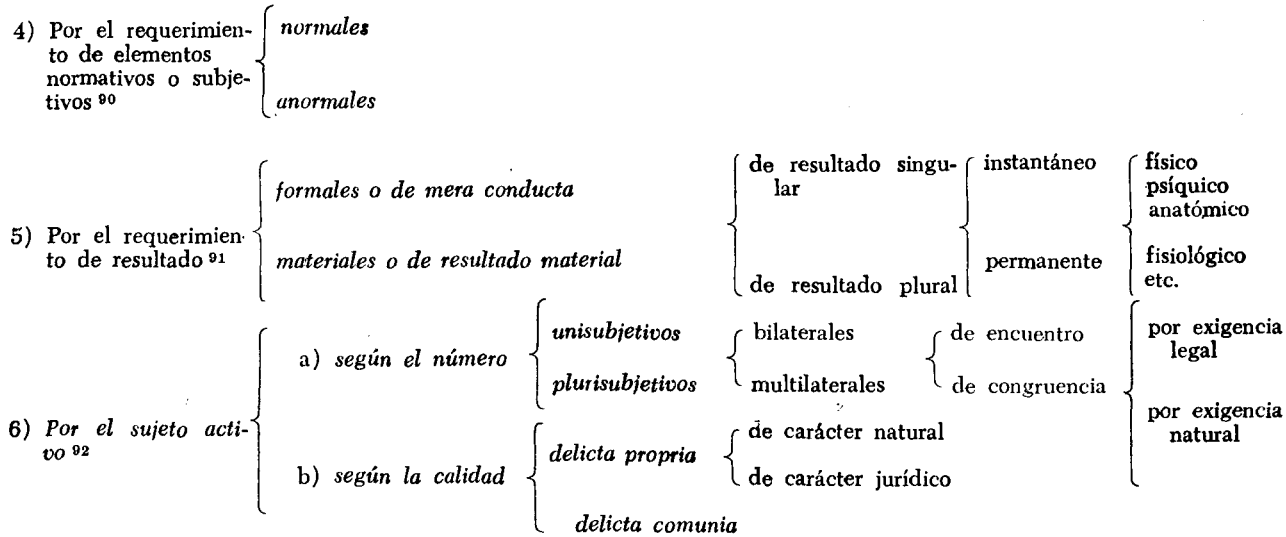
En base a estas consideraciones es que formulamos el cuadro de las clasificaciones secundarias tomando en cuenta las que estimamos más importantes aunque sin pretender agotar las que existen.

Formulada que sea esta aclaración, nos resta una advertencia de contenido semántico: algunas de las clasificaciones responden a denominaciones equívocas a nuestro juicio. Siguiendo el criterio que hemos adoptado desde el comienzo de nuestro trabajo, renunciaremos aquí también a la “revolución terminológica”, prefiriendo ponernos de acuerdo sobre el contenido. Aunque ello no obsta a que formulemos las críticas que nos parezcan conducentes, no propondremos en general denominaciones nuevas. Una de las principales cuestiones a este respecto es que, en general se habla de “clasificaciones de los delitos” cuando son en verdad clasificaciones de los tipos⁸⁷.

⁸⁷ Sobre clasificaciones secundarias de los tipos: VIDAL RIVEROLL, CARLOS, *El tipo y la tipicidad*, en DPC, 12 (1966), 64 y ss.; RAMÍREZ DÍAZ, MARÍA EDITH, *Elementos del tipo (tesis)*, México, 1965, 59 y ss.

328. Cuadro de las clasificaciones secundarias de los tipos legales.

- | | | | | |
|--|--|--|--|--|
| 1) En razón del bien jurídico afectado ⁸⁹ | a) por bien jurídico en particular (contra la vida, el honor, la libertad, etc.) | | | |
| | b) por el número de bienes jurídicos: <i>simples y complejos</i> | | | |
| | c) por la forma de afectación | <ul style="list-style-type: none"> <i>de daño o lesión</i> <i>de peligro</i> | <ul style="list-style-type: none"> <i>concreto</i> <i>abstrato</i> | <ul style="list-style-type: none"> individual común |
| | d) por la intensidad de afectación | <ul style="list-style-type: none"> <i>fundamentales o básicos</i> <i>especiales o cualificados</i> | | <ul style="list-style-type: none"> <i>agravados</i> <i>privilegiados</i> |
| 2) En razón de su formulación legal | a) según la necesidad de acudir a una norma general | <ul style="list-style-type: none"> <i>abiertos</i> <i>cerrados</i> ⁸⁹ | | |
| | b) según la modalidad | <ul style="list-style-type: none"> <i>independientes</i> <i>subordinados o complementados</i> | | |
| | c) según el grado o intensidad individualizadora | <ul style="list-style-type: none"> <i>de formulación libre</i> <i>de formulación casuística</i> | | <ul style="list-style-type: none"> alternativa acumulativa ¹ |
| 3) Por la ejecución de la conducta | a) según su consumación | <ul style="list-style-type: none"> <i>instantáneos</i> <i>permanentes o continuos</i> | | |
| | b) según la posibilidad de fraccionamiento en acciones o actos | <ul style="list-style-type: none"> <i>unisubsistentes</i> <i>plurisubsistentes</i> | | |



Repetimos la advertencia de que esta clasificación dista de ser pacífica y completa ⁹³.

⁸⁸ V. supra, § 316 a 319.

⁸⁹ V. Supra, § 287.

⁹⁰ V. supra, § 326.

⁹¹ V. supra, § 321.

⁹² V. supra, § 325.

⁹³ Sobre clasificaciones de los tipos penales, SOLER, II, 153 y ss.; NÚÑEZ, *Manual*, 159; ARCIBAY MOLINA y col., I, 210; FONTÁN BALESTRA, *Manual*, 259

329. **Clasificación en razón de su formulación legal.** Según la modalidad de su formulación legal los tipos pueden ser *independientes y subordinados*. Por tipo *independiente* puede entenderse el que agota la descripción individualizadora de la conducta en sí mismo, sin que sea necesario acudir a otro tipo para hacerlo. En tanto, un tipo *subordinado* (también llamado "complementado") es el que requiere de otra individualización para perfeccionar la propia. Así, tipo independiente es la injuria (art. 110), en tanto que subordinado es el desacato (art. 244).

Según *la intensidad individualizadora* del tipo hallamos los tipos de *formulación libre y casuística*. La ley, al individualizar una conducta puede limitarse a indicar el resultado querido o bien puede ceñirla apelando a una limitación de medios, de objeto, de tiempo, de espacio, etc. En estos casos se habla de tipos de formulación casuística, aunque quizá lo más correcto fuere hablar de "conductas casuísticamente individualizadas". Como es dable observar, se trata de una mera cuestión de grado.

Cabe anotar que en forma muy parecida a la que se emplea en nuestra ciencia, Duns Escoto se refería a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, de las que dependía la bondad ética de algunas acciones⁹⁴.

Estos requerimientos casuísticos se pueden formular *alternativamente* (disyuntivamente) o bien *acumulativamente* (conjuntamente), habiéndolos también en que se combinan ambas formas (el uso de "o" inclusivo). Ejemplos: tipo de formulación libre, el homicidio simple (art. 79); tipo formulado alternativamente, el robo (art. 164); tipo formulado acumulativamente, hurto de objeto de viajeros en medios de transporte (art. 163, inc. 5^o); forma combinada, la violación, en que puede usarse violencia, intimidación o ambas conjuntamente (art. 119, inc. 3^o).

y ss.; JIMÉNEZ HUERTA, *La tipicidad*, cit., 95 y ss.; PORTE PETIT, 445 y ss.; VILLALOBOS, op. cit., 232 y ss.; CASTELLANOS, FERNANDO, op. cit., 130 y ss.; REYES, ALFONSO, *La tipicidad*, cit. 139; del mismo, *Derecho Penal Colombiano*, cit., 155 y ss.; GAITÁN MAHECHA, BERNARDO, *Curso de Derecho Penal General*, Bogotá, 1963, 110-2; BETTIOL, 274; PAGLIARO, 438; PANNAIN, 337; ANTOLISEI, 197; DE MARSICO, 76; SANTORO, 306, 538. PUIG PESA, I, 312 y ss.; RODRÍGUEZ DEvesa, 355 y ss.; DEL ROSAL, I, 530 y ss.; MEZGER-BLEI, 104; SCHMIDHÄUSER, 174; STRATENWERTH, 79; MAYER, II., 1967, 44; JESCHECK, 1972, 196; SAUER, W. (trad. de J. del Rosal y J. Cerezo), 116; BAUMANN, 132 y ss.; OTTO, 53 y ss.; etc.

⁹⁴ DUNS ESCOTO, *Cuestiones Quodlibetales*, C 18, art. 1, 15.

En rigor, un análisis más cercano y detenido de los tipos penales nos conduce a negar —al menos en su sentido absoluto— esta clasificación, pues, *prácticamente no hay tipos que sean de formulación libre en sentido absoluto*: todos son de formulación casuística, aunque más no fuere por la “inadecuación social del medio” para la comisión del delito.

330. **Clasificación por la ejecución de la conducta.** En atención a la forma de consumación, debemos distinguir entre tipos *instantáneos y permanentes*. Toda conducta típica tiene un momento consumativo, pero en algunos la *consumación* es susceptible de prolongarse en el tiempo sin solución de continuidad, dando lugar a una “permanencia” o “continuidad” en la actividad consumativa⁹⁵. La importancia de esta distinción finca particularmente en las *consecuencias procesales*, tanto para establecer el momento a partir del cual comienza a contarse la prescripción como para las facultades de detención de los particulares.

No debe confundirse la permanencia de la conducta consumativa con la del resultado: hay tipos instantáneos con resultado permanente (el homicidio)⁹⁶. Tampoco debe confundirse el tipo continuo o permanente con el delito continuado, en que una serie de conductas configuran *una consumación*⁹⁷.

Conforme a que la conducta típica sea susceptible de fraccionarse en actos o acciones, suele hablarse de tipos *unisubsistentes y plurisubsistentes*, no admitiendo esta posibilidad los primeros.

Ejemplos: *tipo instantáneo* el art. 164 (robo); *tipo continuo*, el art. 140 (mantenimiento en servidumbre); *tipo continuado*, el 118 inc. 3° (adulterio del marido); *tipo instantáneo de resultado permanente*, el 79 (homicidio).

Se dice que es delito unisubsistente la injuria verbal, en tanto que es plurisubsistente el homicidio y necesariamente plurisubsistentes los que requieren habitualidad⁹⁸.

⁹⁵ V. BETTIOL, 486-8; PANNAIN, REMO, *Manuale*, Torino, 1967, 341-2.

⁹⁶ Cfr. BETTIOL, op. et loc. cit.

⁹⁷ Volveremos sobre ello al tratar de la consumación, *infra*, § 552.

⁹⁸ Cfr. PANNAIN, op. cit., 322.

CAPÍTULO XXIII

TIPOS ACTIVOS: ASPECTO SUBJETIVO DE LOS TIPOS DOLOSOS (EL DOLO)

I. — CONCEPTO: 331. Estructura general de los tipos dolosos. 332. ¿Qué es el dolo? II. — EL ASPECTO COGNOSCITIVO DEL DOLO: 333. Las formas de conocimiento. 334. ¿Conocimiento actual o actualizable? 335. La naturaleza del conocimiento presupuesto en el dolo (efectivo) y en la culpabilidad (“consciencia de la antijuridicidad”). 336. Dolo avalorado y dolo desvalorado. 337. El conocimiento de los elementos normativos del tipo. 338. El conocimiento de los elementos normativos y el error de derecho. 339. El conocimiento de los “caracteres negativos” del tipo. 340. La previsión de la causalidad y del resultado. 341. Casos particulares de error de tipo sobre la causalidad y el resultado. 342. Error sobre agravantes y atenuantes. 343. Delimitación del error de tipo y el error de prohibición. 344. El error de tipo por incapacidad psíquica. 345. El error de tipo en el código penal argentino. 346. Delimitación del error de tipo de otras clases de error. III. — EL MOMENTO CONATIVO O VOLITIVO DEL DOLO: 347. Clases de dolo según este momento. 348 Dolo alternativo. 349 El dolo de impetu. 350. Otras “formas” de dolo.

I. — CONCEPTO

331. Estructura general de los tipos dolosos. Hemos afirmado que dolo y culpa son dos diferentes estructuras de los tipos penales y, por ende, no son dos formas o contenidos de la culpabilidad, como pretenden las teorías causalistas¹.

La principal característica estructural de los tipos dolosos es la exigencia de una particular forma de congruencia típica entre el aspecto objetivo y el subjetivo, vale decir, una particular armonía entre ambas partes del tipo. Ello no implica que entre éstas siempre haya simetría, porque el tipo puede ser doloso y, no obstante, la congruencia no requerirse en forma simétrica. Sólo son simétri-

¹ Cfr. WELZEL, 56-58; MAURACH, 230; JESCHECK, 219; STRATENWERTH, 77; WESSELS, 21; DOHNA, *Aufbau*, cit.; WEBER, H. v., *Aufbau*, cit.; BOCKELMANN, 54; NAUCKE, 258; OTTO, 102; RUDOLPHI, 107; BLEI, 103; FRAGOSO, 176; COUSIÑO MACIVER, 642; BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, 33-4; BACIGALUPO, 46; ISLAS-RAMÍREZ, op. cit., 65 y ss.; etc.

cos cuando para configurar la conducta típica es *necesario y suficiente* que el tipo subjetivo abarque el conocimiento y la voluntad realizadora del tipo objetivo.

Se ha llamado a estos tipos "congruentes"², pero por nuestra parte preferimos utilizar una diferente terminología, ya que consideramos que todos los tipos exigen congruencia, sólo que algunos presentan una particular forma de congruencia. Así llamamos "congruencia simétrica" a la que se exige en la generalidad de los tipos dolosos, en que el dolo sólo requiere abarcar en su aspecto cognoscitivo al tipo objetivo y en su aspecto volitivo no ir más allá del resultado típico. Las otras formas, son modalidades de "congruencia no simétrica"³.

Hay otros supuestos, en que la presencia de elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, exigen que el aspecto subjetivo del tipo exceda al objetivo⁴. Tales son los "delitos de intención" y "tendencia", que debido a esta característica se presentan como tipos de congruencia no simétrica. Hay aquí un *plus* en favor del tipo subjetivo.

Tenemos por último los casos (que en verdad son figuras complejas con una parte dolosa) que se han dado en llamar "delitos calificados por el resultado" y que para nosotros son delitos preterintencionales, que exigen la producción "culposa" de un resultado que trascienda el fin típico. En estos casos, el tipo objetivo parece exceder al subjetivo, pero en realidad son "figuras complejas".

Conforme a la terminología que hemos adoptado, no hay tipos dolosos "incongruentes"⁵, sino tres diversas formas posibles de congruencia típica, en tanto que la *incongruencia puede ser una característica de la conducta particular que la hace atípica*. La incongruencia pertenece al campo de lo particular y concreto, pero no al general y abstracto del tipo. La incongruencia se presenta en todos los casos de *error de tipo* y hace que la conducta reste atípica⁶.

² Cfr. WEBER, *Aufbau*, 16; MAURACH, 234.

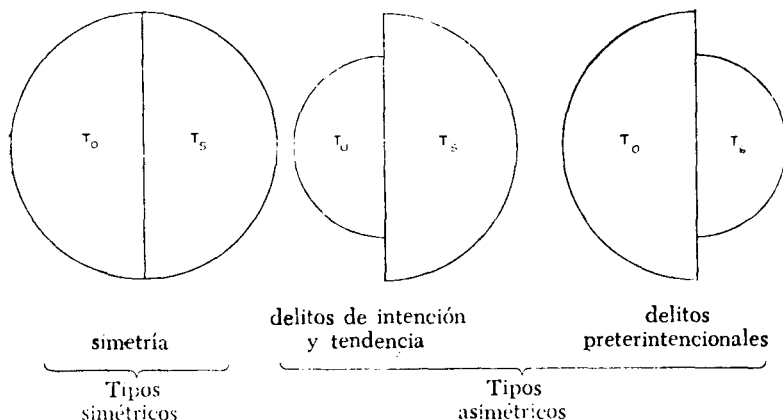
³ En *Teoría del delito* hablábamos de tipos "coincidentes" y "no-coincidentes", pero preferimos referirnos ahora a tipos simétricos y no simétricos o asimétricos, pues pone más de relieve que se trata de algo referido a la estructura típica, toda vez que la "coincidencia" siempre evoca una adecuación, con lo que dicha expresión adolecía de parecido defecto que la voz "congruencia".

⁴ V. infra, § 356.

⁵ Otra terminología, MAURACH, 235; JUÁREZ TAVARES, *Espécies de dolo e outros elementos subjetivos do tipo*, en "MP", Órgão of. do Min. Público do E. de Paraná, año 1, nº 1, 1972, pp. 77 y ss.

⁶ Cfr. WELZEL, 73 y ss.; MAURACH, 270; JESCHECK, 205; STRATENWERTH, 96; WESSELS, 26; BOCKELMANN, 78; CURY URZÚA, 86 y ss.; BACIGALUPO, en "Relatos" cit.

FORMAS DE CONGRUENCIA TIPICA



Ejemplos: Un tipo simétrico es el de homicidio simple (art. 79) en que sólo se requiere el conocimiento de que se mata a un hombre y la voluntad de hacerlo. Un tipo con congruencia no simétrica (con predominio subjetivo), esto es, que requiere un elemento subjetivo que trasciende el puro dolo, es el del art. 80, inc. 7º: "para consumir otro delito". Un tipo asimétrico o no simétrico con predominio objetivo es el del art. 85, inc. 2º última parte: aborto consentido seguido de muerte de la mujer. En tanto que éstas son tres formas de congruencia, la incongruencia, como característica *de una conducta* (nunca de un tipo) se daría cuando alguien mata a un hombre sin saber que es un hombre, o toma una cosa que cree propia cuando es ajena, o cree que la mujer ha prestado su consentimiento para yacer con él o depone como testigo declarando lo que cree que es cierto y luego resulta falso, etc.

Desde el punto de vista de los tipos dolosos sólo los hay *simétricos* y no *simétricos con predominio subjetivo*. Dentro de nuestro sistema *no hay delitos cualificados o calificados por el resultado*, en tanto que los preterintencionales son figuras que resuelven particularizadamente supuestos de concurso ideal de tipos dolosos y culposos.

332. *¿Qué es el dolo?* El dolo es el núcleo central y básico de todos los tipos subjetivos, al punto que en la mayoría de ellos con él se agota éste.

Dolo es la voluntad realizadora del tipo objetivo, guiada por el conocimiento de los elementos de éste en el caso concreto. En su conceptualización legal, más sintética, que requiere algunas explicaciones que luego daremos, dolo es "el fin de cometer un delito" (art. 42).

Para Welzel es el “saber y querer la realización del tipo”⁷; para Schönke-Schröder “dolo es saber y querer los elementos pertenecientes al tipo legal (objetivo)”⁸, al igual que para Jescheck⁹, Stratenwerth¹⁰, Blei¹¹ y Otto¹², aunque este último aclara que el concepto requiere precisión; para Maurach es “el querer la realización del tipo objetivo, regido por el conocimiento”¹³; para Niese era “finalidad penalmente relevante”¹⁴; para Rudolphi es la “decisión del autor a una acción realizadora del injusto típico de un delito determinado”¹⁵.

Consecuentemente, se impone distinguir en el dolo dos aspectos o momentos: *el cognoscitivo y el conativo*¹⁶.

“El dolo como mera resolución es penalmente irrelevante”, dice Welzel¹⁷, para recalcar que debe manifestarse o exteriorizarse en una conducta. Pero, creemos por nuestra parte que la mera resolución no es dolo. A nivel pretípico, vimos que en la acción sólo analíticamente podíamos escindir voluntad de manifestación de voluntad, porque la conducta constituye una unidad que es inescindible. Pues bien, entendemos que una voluntad sin manifestación no es dolo. No hay manifestación de voluntad sin voluntad y tampoco hay voluntad sin manifestación que corresponda a un “acto de acción”. Podrá corresponder a un “acto de pensamiento” pero no a un “acto de acción”¹⁸, y *los actos de pensamiento están fuera de los tipos penales*. Por ende, la mera resolución es un acto de pensamiento que no puede llamarse dolo. *El dolo comienza a existir cuando se manifiesta*.

El dolo es finalidad que se individualiza *en el tipo en atención a ella misma* (y no por el modo de su realización, como sucede en los tipos culposos). Como ya se ha dicho —y nunca será suficiente la insistencia— la circunstancia de que las acciones típicas dolosas sean finales no implica que las culposas no lo sean: éstas serán finales, pero no dolosas.

⁷ WELZEL, 64.

⁸ SCHÖNKE-SCHRÖDER, n.º 16 del § 59.

⁹ JESCHECK, 235.

¹⁰ STRATENWERTH, 91.

¹¹ BLEI, 103.

¹² OTTO, 84.

¹³ MAURACH, 253.

¹⁴ NIESE, W., *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951, 12; el concepto es criticable, porque la finalidad también es jurídicamente relevante en la culpa.

¹⁵ RUDOLPHI, 107.

¹⁶ Cfr. WELZEL, 64; JESCHECK, 235; BLEI, 103.

¹⁷ WELZEL, loc. cit.

¹⁸ HARTMANN, N., op. cit., 68-9 y 83 y ss.

En 1944 Engisch ya criticó a la teoría finalista de la acción argumentando que las acciones culposas no son finales¹⁹, a lo que Welzel contestó ese mismo año sustentando lo que esencialmente continuó afirmando toda su vida: la enfermera que aplica una inyección equivocadamente y causa la muerte del paciente “no realiza, en verdad, ninguna conducta final de matar, pero sí una conducta final de inyectar”²⁰. Roxin resucitó el argumento de Engisch —como ya se ha visto— y fue secundado por Gimbernat Ordeig (que también argumenta en consideración al problema de la omisión)²¹ y H. Mayer²². Además de la respuesta que diera Welzel en aquel año y que sigue siendo válida pese a la evolución de su pensamiento respecto de la culpa, también Niese aclaraba que en la culpa “no hay una falla de la finalidad y con ello del carácter de la conducta”, sino que la diferencia estriba en el relevamiento jurídico de la finalidad, que en los tipos dolosos “como dolo, se dirige al resultado típico”²³. Watermann lo explica muy claramente años después: “La esencia final de la conducta no está determinada por el legislador en el marco de la fijación de los tipos legales, como Roxin erróneamente pretende, a partir de su identificación de conducta final en sentido real y en sentido de fijación jurídica. La finalidad es un elemento estructural de la conducta anteriormente dada, que el legislador no puede fundar ni negar. El legislador sólo determina qué características de una conducta final dada deben llenarse para tener relevancia penal; vale decir, deja fijo el criterio final abstracto...”²⁴.

Desde Fichte se ha contrapuesto al acto de acción el *acto de conocimiento*. En tanto que en el acto de acción el objeto se altera, en el acto de conocimiento permanece indiferente. No obstante, resulta evidente que quien se propuso un fin en el acto de acción, como su fin tiende a un objeto, debe conocer a ese objeto o, al menos, tener alguna referencia conocida para individualizarlo aproximativamente. Es evidente que el dolo se concibe como un *acto de acción*, pero esa voluntad está siempre regida por el conocimiento, que proviene de actos de conocimiento que son anteriores.

Aquí parece plantearse una contradicción: si el dolo recién surge con el acto de acción, porque antes era una resolución penalmente indiferente (acto de pensamiento) ¿cómo puede abarcar

¹⁹ ENGISCH, *Der finale Handlungsbeginn*, en “Probleme der Strafrechtsreinerung”, 1944, p. 156.

²⁰ WELZEL, *Der Allg. Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, Berlin, 1944, 36-7.

²¹ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Finalität und Vorsatz*, en NJW, 1966-533/4.

²² MAYER, H., 1967, 49.

²³ NIESE, op. cit., 53.

²⁴ WATERMANN, FRIEDRICH, *Die Ordnungsfunktion von Kausalität und Finalität im Recht*, Berlin, 1968, 134.

el conocimiento, que es anterior? Tal contradicción no existe: el conocimiento *se revela* en la dirección final de la conducta. Si no sé que mato a un hombre, mi conducta no será final de matar a un hombre, sino de practicar tiro o de matar perdices.

No obstante, la doble naturaleza del dolo, que hoy es en general aceptada, motivó otrora larga y acalorada polémica, que ha perdido actualidad²⁵.

La polémica tuvo lugar entre los partidarios de la teoría de la voluntad (*Willenstheorie*) y los de la teoría de la representación (*Vorstellungstheorie*) y en verdad, ambas posiciones eran ciertas, sólo les faltaba la visión sintética, como lo reconoció finalmente Frank²⁶. Desde varias décadas se ha llegado a la solución conciliatoria²⁷. No obstante, en su momento, la teoría de la voluntad fue secundada por penalistas de la talla de Beling²⁸ y la de la representación por Frank²⁹. Esta cuestión obedeció más a una confusión terminológica que de fondo, como terminó Frank por reconocer. Prueba de esto es que Beling afirmaba que "a la acción pertenece la voluntad, y una voluntad desconocida no es concebible"³⁰.

De cualquier manera, para quienes sostienen un punto de vista intelectualista, el dolo radicaría en el conocimiento, puesto que la voluntad permanecería ligada al conocimiento. En lugar, para nosotros, el conocimiento es sólo un presupuesto de la voluntad, pero la voluntad es independiente del conocimiento, puesto que sólo se sirve de él, sometiéndolo a sus exigencias, como lo destacó Duns Escoto en el debate escolástico medieval³¹. Joaquín Costa decía muy justamente que "el hecho no se obra con sólo conocimiento"³².

El debate en torno al dolo volvería a surgir desde el punto de vista voluntarista, si se pretendiese una separación tan rotunda entre conoci-

²⁵ JESCHECK, 235, nota 6; SCHULTZ, I, 127; BOCKELMANN, 71.

²⁶ FRANK, StGB, 1931, pp. 179-182.

²⁷ Así, FINGER, AUGUST, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlín, 1904, 256-9; SCHMIDT, RICHARD, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1925, 95-7; MEZGER, *Deutsches Strafrecht, Ein Lehrbuch*, Berlín, 1936, 53; HAFTER, ERNST, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrecht, Allg. Teil*, Berlín, 1926, 108-111.

²⁸ BELING, *D. L. vom Verbrechen*, 186-7.

²⁹ FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907.

³⁰ BELING, op. cit., 186; para una bibliografía completa sobre la superada discusión, HIPPEL, ROBERT VON, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, en "Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts", Berlín, 1908, Allg. Teil, T. III, pp. 488-491, nota 3. En la Argentina la polémica resultó ajena a nuestros autores (cfr. Avila, Juan José, en Jiménez de Asúa y col., *Evolución*, 154-5).

³¹ Cfr. ABBAGNANO, *Historia*, cit., I, 519.

³² COSTA, JOAQUÍN, *Teoría del hecho jurídico individual y social*, Madrid, 1880, p. 193.

³³ V. SCHOPENHAUER, A., *Sobre la voluntad en la naturaleza*, trad. de Miguel de Unamuno, Bs. As., 1969, pp. 26-27.

miento y voluntad, que llegase al punto de sostener que la voluntad es anterior al conocimiento, en la forma en que lo pretendía Schopenhauer³³.

En el dolo la prelación (lógica) coincide con la prioridad (cronológica): el aspecto intelectual del dolo está antepuesto al conativo. El conocimiento y los actos de conocimiento son anteriores a los “actos de acción” pues no puede haber un “acto de acción” sin conocimiento. Así, no puede haber un “acto de acción” de matar, si ignoro que el objeto es un ser humano, si no tengo conocimiento de que el medio que empleo es idóneo y si no tengo un conocimiento de la causalidad que me permite “programar” el desarrollo de la misma. Estos conocimientos están antepuestos a la realización de la acción.

De allí que el elemento intelectual del dolo, por sí mismo, no pueda fundar ningún reproche³⁴, porque todos poseemos los mismos elementos cognoscitivos del dolo de cualquier homicida. Éstos se manifiestan en la conducta final. El dolo es el “fin” tipificado, y la finalidad es lo que le da sentido y unidad de conocimiento. Sin conocimiento no hay finalidad, aunque puede haber conocimiento sin finalidad.

II. — EL ASPECTO COGNOSCITIVO DEL DOLO

333. Las formas de conocimiento. Este aspecto del dolo ha sido también denominado “intelectual” y “afectivo”. La última denominación la rechazamos por denotar un concepto psicológicamente distinto.

Este concepto traducía una posición naturalista, puesto que el *dolus malus* como una falta o carencia en el sentimiento o en la afectividad, nada tenía que ver con el conocimiento. De allí que esta terminología haya sido aceptada y seguida por Tesar, quien, tratando de llevar agua para su molino, consideraba que la caracterización del “*dolus malus*” como una carencia en el sentimiento y de la culpa como una falta en la “asociación imaginativa” eran consideraciones que exhibían a la conducta socialmente dañosa como *síntoma* de una carencia psíquica³⁵. En el fondo, Tesar tenía razón dentro de la dogmática de su época, porque la teoría psicológica de la culpabilidad —como teoría naturalística que pretende ser— es una teoría sintomática³⁶.

³³ ENGELH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Leipzig, 1930, 129.

³⁵ TESAR, OTTOKAR, *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, Berlin, 1907, pp. 197 y ss.

³⁶ V. *supra*, § 152.

Hay dos sentidos en los que básicamente se habla de “conocimiento” en derecho penal: el conocimiento *efectivo* y el conocimiento *potencial*. En tanto que el efectivo es el conocimiento que se posee, el potencial es una *contradictio in adjectio*, porque no es conocimiento, sino una “posibilidad de conocimiento”. Aquí finca una de las diferencias entre el conocimiento que presupone la acción dolosa y el que se requiere en la culposa: en esta última es *suficiente* una posibilidad de conocimiento. Lo mismo acontece con la llamada “consciencia de la antijuridicidad”, que es un conocimiento potencial que se requiere en la culpabilidad.

El *conocimiento efectivo*, que es el requerido en el dolo³⁷, puede ser *actual* o *actualizable*. Llamamos conocimiento “actual” al que importa un “pensar en ello”, una localización de la actividad consciente sobre el objeto. Conocimiento *actualizable*, en lugar, es el que se posee, en el que se puede pensar porque se lo tiene disponible, pero en que no se piensa en el momento del hecho.

Cabe recordar a este respecto que Binding se refirió a un “querer inconsciente”, lo que es inadmisibile en el campo penal a los efectos de la configuración del dolo típico. No obstante el mismo Binding afirma que la posibilidad de una reproducción en la memoria bajo otras condiciones no es ningún saber en el sentido del dolo, sino que pertenece a la culpa³⁸. Köhler, por su parte, sostenía que quizá bastaba con que el sujeto pensara en el resultado, sin que fuere menester que lo hiciera sobre las circunstancias concomitantes³⁹, en lo que coincidía con Frank⁴⁰, el que exigía un mero “conocimiento” o “consciencia” respecto de las otras circunstancias que no fueran el resultado. En realidad, el conocimiento que le era suficiente a Frank era el “conocimiento potencial”, por lo cual se le objetó que podía fundar la culpa, pero no el dolo⁴¹. Platzgummer recuerda, acertadamente, que “cuando en la psicología profunda y entre los juristas, se habla ocasionalmente de un ‘querer inconsciente’, en que el objeto de la voluntad no está psíquicamente presente y también el acto mismo se desarrolla fuera de la consciencia, se maneja en ello sólo una desafortunada analogía, puesto que choca de modo violentamente contradictorio. En el sentido de la psicología de la consciencia, a la que el fenómeno verdaderamente pertenece, es característica necesaria de la voluntad la representación consciente de lo querido”. “Nunca se tratará allí de un saber potencial”⁴². Recuerda, con Rohrachter, que “un querer sólo

³⁷ Cfr. ENGISCH, op. et loc. cit.; PLATZGUMMER, WINFRIED, *Die Bewusstseinform des Vorsatzes*, Wien, 1964, 63.

³⁸ BINDING, *Normen*, II, 297, nota 1, y II, 810, nota 9.

³⁹ KÖHLER, AUGUST, *Die Schuld als Grundlage des Strafrechts*, conclusión, en “*Gerichtssaal*”, 1928, 96, pp. 90-188 (95).

⁴⁰ FRANK, op. cit.

⁴¹ Cfr. HIPPEL, ROBERT VON, en “*Vergleichende Darstellung*”, cit. III, 523.

⁴² PLATZGUMMER, op. cit., 57.

es en general posible en el marco de la representación consciente⁴³. Cuando se pretendía que la "consciencia de la antijuridicidad" pertenece al dolo, Welzel observó que no era posible exigir una "consciencia" actual de la antijuridicidad⁴⁴.

La coincidencia es general en que el dolo no ha menester de un "pensar en ello" (*daran denken*), respecto de todos los elementos del tipo objetivo⁴⁵, o sea que el dolo requiere siempre un conocimiento efectivo, mas no en toda su extensión el conocimiento actual. Respecto de algunos elementos del tipo objetivo, bastará el conocimiento actualizable. Nos restará la difícil tarea de precisar hasta dónde y en qué casos se requiere la actualización⁴⁶.

334. **¿Conocimiento actual o actualizable?** Entre el conocimiento actual y el conocimiento actualizable hay toda una gama de matices, de intensidad de actualización. El hombre que es autor de un estupro, en el momento consumativo no piensa en la edad de la víctima, como tampoco piensa en la merienda de la tarde anterior. No obstante los dos son conocimientos actualizables. Tampoco actualiza la condición de mujer de la víctima, pero es incuestionable que la reconoce, al igual que el autor de atentado o resistencia a la autoridad contra un policía uniformado, que no tiene necesidad de pensar en que el hombre está uniformado y por ello es un policía (eso es reflexión).

Es incuestionable que el dolo se configura con una serie de componentes cognoscitivos que no tienen por qué ser simultáneamente focalizados en el momento de la manifestación de la voluntad típica, porque ésta se manifiesta exteriormente cuando ya el fin se ha propuesto y la selección intelectual de los medios se ha hecho. Su exteriorización radica en la efectiva "disposición" y "puesta en marcha". En el momento de la disposición o de la puesta en marcha, el fanático que se encomienda a su ídolo no está "pensando" en que mata pero es evidente que su acción es dolosa. *Lo necesario para el aspecto cognoscitivo del dolo es que todos los elementos*

⁴³ ROHRACHER, H., *Einführung in die Psychologie*, Wien-Innsbruck, 1963, 450.

⁴⁴ WELZEL, *Strafrecht*, 4ª ed., pp. 60 y 144; sobre ello, MEZGER, *Leipz. Kommentar*, 8ª ed., p. 482.

⁴⁵ Cfr. BOCKELMANN, PAUL, *Das Verhältnis des Strafrechts zur Moral und zur Psychologie*, en "Gedächtnisschriften für Gustav Radbruch", Göttingen, 1968, 255; PLATZGUMMER, op. cit., 81 y ss.; WELZEL, 62; HIRSCH, op. cit., 271.

⁴⁶ V. HIRSCH, op. cit., p. 271.

del tipo hayan tenido actualidad en algún momento de la etapa interna, con coherencia suficiente para fundar o apoyar la naturaleza final típica de la acción.

Ahora bien, ¿cuándo hay coherencia suficiente? Se quiso solucionar este interrogante por vía del “conocimiento marginal” que fue una tercera posibilidad que se podía enlazar con el dolo. Este punto de enlace daba la diferencia entre el punto visual y campo visual, entre objeto y contenido de la consciencia, entre el pensamiento y el “tener” del contenido y representación⁴⁷. No obstante, este “conocimiento marginal” no hacía más que proporcionar una alternativa psicológica al “pensar en ello”, pero no proporcionaba ninguna regla más o menos cierta⁴⁸.

A partir de la observación de que no coinciden consciencia y atención en forma necesaria, Welzel afirmaba que la intensidad de consciencia no es igual en cuanto al fin que en cuanto a los medios, en lo que parece coincidir Schröder⁴⁹. Para Klee basta en el dolo “una imagen descolorida en el umbral de la subconsciencia”⁵⁰. Mezger también se esfuerza por establecer la distinción⁵¹.

Actualmente, la doctrina se inclina por adoptar el criterio de la *co-consciencia*⁵², que se funda en la teoría del psicólogo vienés contemporáneo Rohracher: será consciente “lo que no se tome en cuenta explícitamente, pero que es co-consciente con otro contenido de la consciencia tomado en cuenta”. “De lo co-consciente puede surgir lo co-querido”⁵³. El fundamento se halla en que hay circunstancias que, aunque el autor no las tenga especialmente en vista, debe también necesariamente co-pensarlas y co-tenerlas en cuenta. No es necesario “pensar en” quién se es ni “en” dónde se está para saberlo⁵⁴. Es consciente, pues, todo aquello que del objeto era anteriormente conocido y que venga automáticamente como

⁴⁷ V. PLATZGUMMER, op. cit., quien cita como ejemplo de esta posición psicológica a WUNDT, W., *Grundzüge der psychologischen Psychologie*, Leipzig, 1911, 307.

⁴⁸ Cfr. PLATZGUMMER, 64.

⁴⁹ SCHRÖDER, HORST, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, en “Fest. für Sauer”, 1949, 207 y ss.

⁵⁰ KLEE, K., *Vorsatz und Tiebhaftigkeit der Handlung*, en ZStW, 48 (1928), 1 y ss.

⁵¹ V. *Leipziger Kommentar*, 8^a ed., 482.

⁵² Enunciado por PLATZGUMMER (op. cit.) y se refieren a él WELZEL, 65; JESCHECK, 218; SCHMIDHÄUSER, 310; BLEI, 116; WESSELS, 48; etc.

⁵³ PLATZGUMMER, 83.

⁵⁴ OTTO, 87.

contenido del pensamiento, incluso el significado y el sentido que tiene el objeto para el sujeto⁵⁵.

Esta teoría de la co-consciencia, así expresada, remeda un tanto al co-conocimiento de Baader⁵⁶, pero es susceptible de una más clara comprensión a partir simplemente del lenguaje corriente. Podemos decir que hay dolo cuando el sujeto, al actuar, “se da cuenta” de los elementos que son requeridos por el correspondiente aspecto cognoscitivo del tipo que sea. “Darse cuenta” significa “contar con ellos”, y hay casos en que se puede tener la misma voluntad realizadora sin contar con ellos y otros en que ésto es imposible (quien tiene acceso carnal con una mujer no puede escindir de su voluntad realizadora, en el momento del hecho, contar con el carácter de mujer de su pareja). Este “darse cuenta” no necesita de reflexión alguna, no necesita “pensar en ello”; se trata de una co-consciencia.

En lugar, puede suceder que la voluntad realizadora y el conocimiento típicamente requerido sean escindibles. En este caso se requerirá un cierto grado de reflexión para que el sujeto “se haya dado cuenta”, haya “contado con ello” en la realización. Así, cuando alguien se apodera indebidamente de una cosa ajena de escásimo valor económico, y lo hace por razones afectivas y bajo los efectos de una honda tensión emocional, requiere una cierta reflexión para reconocer el carácter de cosa de lo que se apodera, pues es concebible que no “se dé cuenta”.

335. La naturaleza del conocimiento presupuesto en el dolo (efectivo) y en la culpabilidad (“consciencia de la antijuridicidad”). El “conocimiento” de la antijuridicidad —que para nosotros pertenece a la culpabilidad y no al dolo⁵⁷— tiene una naturaleza por entero diferente de la del conocimiento de los elementos del tipo objetivo que es requerido en el dolo, toda vez que la llamada “consciencia de la antijuridicidad” no puede ser más que una mera posibilidad de conocimiento (nunca un conocimiento efectivo).

Como veremos más detenidamente, en la culpabilidad, para que pueda reprochársele una conducta a un sujeto, basta con que éste haya tenido la posibilidad de saber que era antijurídica, aunque de hecho, nunca lo haya sabido.

⁵⁵ PLATZGUMMER, loc. cit.

⁵⁶ Sobre ello, VERDROSS, op. cit., 274.

⁵⁷ Cfr. WELZEL, 74, 151 y ss.; del mismo, op. cit., en ZStW, 1955 (67), 196 y ss.; del mismo, *Diskussionsbemerkungen zum Thema “Die Irrtumsregelung im Entwurf”*, en ZStW, 1964 (76), 619-632; MAURACH, 368 y ss.; JESCHECK,

Tiene razón Welzel cuando afirma que psicológicamente no puede requerirse un conocimiento *actual* de la antijuridicidad⁵⁸, pero que basta con uno *actualizable* no es cierto, porque es suficiente uno *meramente potencial*, que es menos que actualizable. Es cierto que en la mayoría de los casos en que un individuo conoce la antijuridicidad de su conducta típica ésta estará en su psiquismo al momento de la conducta como la regla de multiplicar. Tiene razón en eso Welzel, pero hay más, y es que ni siquiera así debe estar necesariamente: basta con que haya tenido la posibilidad de conocer, aunque no haya conocido.

El conocimiento (o mejor posibilidad de conocimiento) de la antijuridicidad no pertenece ni al dolo ni al tipo, sino a la culpabilidad, porque α) no es conocimiento efectivo y β) porque el dolo se puede construir perfectamente sin necesidad de referirlo a la consciencia de la antijuridicidad.

La ley argentina exige una posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad para que la conducta sea culpable (art. 34, inc. 1º), en tanto que presupone conocimientos actuales o actualizables para la persecución del fin de realizar un tipo objetivo ("el fin de cometer un delito", art. 42).

Si el sujeto tiene un conocimiento actualizable de la antijuridicidad, si tiene uno actual o si, incluso, reflexiona acerca de ello, son circunstancias a tomarse en cuenta para graduar la culpabilidad, pero en todo momento, lo importante es que para la culpabilidad *basta* con que haya "podido comprender" la antijuridicidad (art. 34, inc. 1º).

Tengamos en cuenta que para la ley argentina, si bien exige el conocimiento (como posibilidad) de la antijuridicidad, éste no le resulta suficiente para la culpabilidad. Requiere, además de la posibilidad de conocer, la de *comprender*. "Comprender" lo normativo es más que conocerlo: supone el conocimiento, pero *sólo se "comprende" cuando se "internaliza"*, cuando las normas que se *conocen* se hacen parte del propio esquema individual de valores.

365 y ss.; WEBER, H. VON, *Grundriss*, 61 y 123; del mismo, *Aufbau*, 12; DOHNA, *Aufbau*, 1941, 41 a 45; NIESE, op. cit., 33 y ss.; HARTUNG, FRITZ, *Um die Behandlung des Verbotsirrtum im Strafrecht*, en JR, 1950, 545-6; del mismo, *Die Verbotsirrtumsregelung des § 31WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumbestimmung des § 59 StGB*, en JR, 546-551; del mismo, *Irrtum über "negative Tatumstände"*, en NJW, 1951, 209-213; BLEI, 177; RUDOLPHI, 132; FRAGOSO, 222; BACIGALUPO, 87; COUSIÑO MACIVER, 689; MAUBACH-ZIPF, 552; DAMÁSIO E. DE JESÚS, 423; WESSELS, 78; STRATENWERTH, 168; etc.

⁵⁸ WELZEL, 160.

Por supuesto que la ley no exige que el sujeto "comprenda" efectivamente la antijuridicidad, puesto que la comprensión efectiva es una cuestión ética que no corresponde ni interesa al orden jurídico. Lo único que la ley requiere es que el sujeto tenga la posibilidad de comprender (capacidad de la que carece el psicópata, por ejemplo).

El inc. 1º del art. 34 CP pretende sintetizar todo el aspecto cognoscitivo del delito, y para ello usa una fórmula amplísima: poder "comprender la criminalidad del acto". Esto es resultado de un largo proceso que se da en diferentes niveles analíticos: α) No puede "comprender la criminalidad" del acto quien no tiene actividad consciente (involuntable, *ausencia de acto*: "estado de inconsciencia"); β) Tampoco podrá comprender la "criminalidad" del acto quien no pueda conocer los elementos del tipo objetivo (error de tipo, ausencia de dolo, *atipicidad: error e ignorancia*); γ) Por último tampoco puede comprender la "criminalidad" el que no puede conocer la antijuridicidad (*error, ignorancia e inimputabilidad*) y el que pudiendo conocerla no la puede internalizar (algunos casos de inimputabilidad y supuestos de pertenencia a otras culturas diversas).

Esta interpretación del art. 34, inc. 1º se encuentra avalada por su evolución histórica⁵⁹: α) en el modelo original ruso se distinguía entre "sentido" y "significación jurídica", que en el texto argentino se unifican en "criminalidad"; β) en la fórmula argentina se agrega "error o ignorancia de hecho", con lo cual el cuadro de lo cognoscitivo queda completo.

La interpretación de este inciso es por entero diferente de la que se ha ensayado en la doctrina nacional, donde se pretende que el mismo, a *contrario sensu*, proporciona el concepto de dolo⁶⁰. Esta interpretación se nos hace insostenible, porque refiriéndose el art. 34, en su inc. 1º al delito en general —y no sólo al doloso— habría que construir otra capa-

⁵⁹ Cfr. supra, § 274.

⁶⁰ Así, SOLER, II, 96; MOLINARIO, ALFREDO, en "Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires", 1942, 745 (en polémica con Soler, pero sobre la misma base legal); FONTÁN BALESTRA, II, 254 y ss.; NÚÑEZ, II, 45-7; NÚÑEZ, *Manual*, 218; RAMOS, JUAN P., *Los delitos contra el honor*, Bs. As., 1939, p. 111; HERRERA, LUCIO EDUARDO, *El error en materia penal*, Bs. As., 1971, 112; ARCIBAY MOLINA y col., I, 300; TERÁN LOMAS, I, 494; CABALLERO, JOSÉ SEVERO, *El significado de la comprensión de la criminalidad del acto*, JA, 29, 1975-471; MARQUADT, E. H., op. cit., p. 133; otra opinión, BACICALUPO, en "Relatos", cit., pp. 46-9; ZAFFARONI, *El concepto mixto del tipo y la ley penal argentina*, en "Ponencias", cit., 48 y ss.

cidad para la culpa⁶¹. En este inciso, la única referencia conativa es la "capacidad de dirigir las acciones", pero si la cerramos con una referencia al fin típico, la culpa queda fuera. Soler sostenía que el dolo consiste en la "actualización" de la capacidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones⁶², pero esto tampoco hace aceptable su interpretación: el que actúa culposamente debe tener actualizada la capacidad de dirigir las acciones y puede tener comprensión de la criminalidad: por ej. el que con culpa con representación no respetó un alto del tránsito, sabiendo que era una violación al deber de cuidado.

Bacigalupo sigue una vía diferente. Hace una acertada crítica a la interpretación tradicional y entiende que el concepto de dolo se halla en la contrapartida del "error de hecho" del art. 34 inc. 1°, o sea que "error de hecho" es "error de tipo" y su ausencia es igual al dolo. Para ello afirma que el error "de hecho" "se identifica con el error sobre las circunstancias de hecho del tipo penal"⁶³. Para ello sigue el camino que siguió la doctrina alemana respecto de la interpretación del § 58 del StGB de 1871. Como lo destaca Núñez⁶⁴, esta interpretación, que tiene el inconveniente de pasar por alto la distinta redacción del artículo argentino, encuentra las siguientes dificultades fundamentales: α) deja en la supralegalidad al error de prohibición, que debe estructurarlo luego sumando al art. 35 el error vencible, requisito que no está en la ley y que resulta una interpretación extensiva de la ley penal; β) al reducir el error del art. 34 inc. 1° al error de tipo, realiza otra interpretación extensiva, porque la ley no lo limita de esa manera, ya que como demostraremos, en nuestro CP no hay referencia alguna al error de "hecho" sino sólo a la "ignorancia de hecho"; δ) si el dolo es "la contrapartida del error del art. 34 inc. 1°"⁶⁵, resulta allí que el dolo es un puro "conocer", pero no se hace ninguna referencia al aspecto conativo del dolo; lo conativo presupone lo cognoscitivo, pero la inversa es falsa: el conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo no tiene relevancia alguna si no se hace manifiesto "el fin de cometer un delito determinado". No es el mero aspecto cognoscitivo el que caracteriza distintamente al dolo⁶⁶.

Para nosotros, puesto que el concepto de dolo no puede elaborarse a partir del inc. 1° del art. 34, creemos que, ante la ausencia de una definición, debemos procurarlo partiendo de otra disposición legal. En la parte especial, por ejemplo, en el art. 82, hallamos "el propósito de causar un daño", concepto que se aviene con la definición de dolo que proporcionaba Muyard de Vouglans: "Se llama

⁶¹ Sobre esta dificultad, también BACIGALUPO, op. cit., 51.

⁶² Op. et loc. cit.

⁶³ BACIGALUPO, *Sistema del error sobre la antijuridicidad en el Código Penal*, en NPP, I, 1, 1972, 70.

⁶⁴ NÚÑEZ, *Manual*, loc. cit., nota 24.

⁶⁵ "Relatos", cit., p. 38.

⁶⁶ STRATENWERTH, 92-3.

dolo todo lo que se hace con el designio de dañar y falta al mal que se hace sin el designio formal de dañar”⁶⁷. No obstante, creemos que la fuente legal más interesante al respecto es la fórmula de la tentativa, que nadie duda que requiere dolo. Al respecto, la discusión se ha centrado sobre si “el fin de cometer un delito determinado” es un concepto que abarca o no al dolo eventual, lo que para los negadores de la inclusión del dolo eventual se basaría en la palabra “determinado”. Para nosotros, la fórmula del art. 42 no descarta al dolo eventual, puesto que si lo hiciese, sería una definición de dolo directo y, por ende, el dolo eventual estaría legalmente conceptualizado como el fin de cometer un delito “indeterminado”, lo que claramente no es un concepto de dolo eventual. Por otra parte, consideramos perfectamente posible la tentativa con dolo eventual, tal como luego lo expondremos⁶⁸.

No obstante, creemos que es cierto que la palabra determinado restringe el concepto de dolo del art. 42, aunque no porque excluya al dolo eventual, sino porque excluye, en los delitos contra las personas, al *dolo de ímpetu*, en favor de lo cual operan argumentos históricos y dogmáticos (particularmente la existencia de la figura del disparo de armas)⁶⁹. De cualquier manera, la circunstancia de que una forma de dolo respecto de ciertos delitos resulte excluida de la fórmula de la tentativa en función de la presencia de la palabra “determinado”, no implica que esa fórmula no pueda servir de base para construirlo, puesto que, en lugar de partir del “fin de co-

⁶⁷ PIERRE-FRANÇOIS MUYARD DE VOGLANS, *Institutes au Droit Criminel*, París, 1757, I, p. 6.

⁶⁸ V. *infra*, § 555; en análogo sentido, RICH, ESTEBAN, *El dolo eventual en la tentativa*, en NPP, I, 2, 1972, 303 y ss. Es la opinión mayoritaria en la doctrina alemana desde antiguo. Cfr. BAR, LUDWIG VON, op. cit., 543; FRANK, op. cit., 1897, 49-50; HIPPEL, II, 396; JAGUSCH, en op. cit., 1954, pp. 183-4; WELZEL, 189; JESCHECK, 341; SCHMID, WERNER, “*Bedingter Handlungswille*” beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen, en ZStW, 1962, pp. 48 a 77; LEES, *Genügt “Bedingtes Wollen” zum strafbaren Verbrechenversuch?*, en GA, 1956, 33 y ss.; REMY, W., *Zur Frage, ob für den Entschluss des Täters in § 43 StGB bedingter Vorsatz genügt*, en NJW, 1958-700 (en respuesta a Lange); SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 282-3; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 379-380; MEZGER-BLEI, 234; MAURACH, 426; etc. En Italia la tesis fue sostenida por ALIMENA, BERNARDINO, *Principii di Diritto Penale*, Napoli, 1910, I, 367. Aisladamente en contra: LANGE, ERNST-JOACHIM, *Genügt für den Entschluss des Täters in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz?*, en NJW, 1958-332-3. En Latinoamérica también, HUNGRÍA, NELSON, *Comentarios ao Código Penal*, vol. I, t. II, p. 85; NOVOA MONREAL, II, 143-4; FRAGOSO, 263; BRUNO, ANÍBAL, II, 241; HURTADO POZO, 306; SALGADO MARTINS, 251; etc.

⁶⁹ V. *infra*, § 556.

meter un delito determinado”, tendremos que partir del “*fin de cometer un delito*”.

Sobre esta base, se haría problemático resolver que es “delito” en esta formulación legal del dolo. Sabemos que la palabra “delito” se emplea con diferente extensión⁷⁰, pero resulta claro que en el art. 42 no puede significar una conducta típica, antijurídica y culpable. Se ha objetado lo contrario, afirmando que “literalmente el art. 42 requeriría conocimiento del tipo, de la antijuridicidad, de la propia culpabilidad e incluso para algunos, también conocimiento de la punibilidad”⁷¹, pero las consecuencias de esta objeción serían inadmisibles, porque si “delito” en el art. 42 significase eso —es decir, “delito” en sentido jurídico estricto—, no cometerían tentativas los inimputables ni actuarían típicamente en grado de tentativa quienes actúan justificadamente. Precisamente de eso deducimos que “delito” en el art. 42 significa *tipicidad objetiva* (o tipicidad a secas, para quienes optan por un concepto objetivo del tipo penal).

Cabe que nos preguntemos cómo se distingue el conocimiento que está exigido por el dolo de aquél que hay en el delito y que queda fuera de él (en otros términos: cómo se deslinda el error de tipo, o sea, el aspecto negativo del dolo).

Creemos que éste es el interrogante que nuestra posición deja abierto según Bacigalupo, cuando nos objeta “no alcanza a demostrar todo lo que es preciso para poner en claro que el CP argentino no opone obstáculo alguno a las soluciones propuestas por la teoría final de la acción”^{71 bis}.

Se nos ocurre que la solución surge del propio concepto legal de dolo y sin que sea preciso que la ley diga nada más, puesto que sólo basta referirse a lo óntico para deducirlo: el fin de cometer un delito determinado exige ciertos conocimientos que deberán precisar en cada caso y en cada tipo. El fin de cometer un homicidio presupondrá conocimientos distintos al de cometer un robo y esos conocimientos (y no otros) son los únicos que pertenecen al dolo, pues si alguno de ellos falta no podrá haber “fin de cometer un homicidio” o “fin de cometer un robo”, es decir, conductas de matar, de robar.

El dolo de cada tipo requiere el conocimiento necesario para

⁷⁰ Cfr. BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, en LL, 67-848.

⁷¹ SANCINETTI, MARCELO, en NPP, 1974, 432; NPP, 1976, 287.

^{71 bis} En “Relatos”, cit., p. 38.

querer el fin realizador del tipo de que se trata (art. 42), y ello demuestra que queda fuera de este conocimiento la antijuridicidad, pues para tener el fin de matar no es necesario saber que se lo hace antijurídicamente y para tener el de hurtar —por estar a un ejemplo caro a los actuales sostenedores de la necesidad de comprensión del “sentido social”— basta con saber que la cosa es ajena.

336. Dolo avalorado y dolo desvalorado. Hemos construido una teoría del dolo en el CP argentino prescindiendo de la “consciencia de la antijuridicidad”. En nuestro concepto, la antijuridicidad —sea que el sujeto la comprenda o no la comprenda— nada agrega a la finalidad típica de la acción: que un sujeto sepa que mata antijurídicamente o no le conste la antijuridicidad de su conducta homicida, *nada agrega al fin de matar, que en ambos casos existe*. Es así que este concepto de dolo es un concepto psicológico^{71 ter}, una realidad individualizada por el tipo que no importa más desvalor que el indiciario de la tipicidad.

En general éste es el criterio sostenido por la llamada “teoría de la culpabilidad”, que se opone a la “teoría del dolo” que entiende que la “consciencia de la antijuridicidad” pertenece al dolo⁷². La teoría del dolo es parcialmente sostenida entre nosotros⁷³ y adolece de graves defectos que veremos al tratar la ubicación de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad en la culpabilidad: como a esta teoría le faltaba un dolo sin “consciencia de la antijuridicidad” en la tentativa (y en el parág. 330 del StGB) se llegó a hablar de un dolo “natural” (que se identifica con nuestro concepto)⁷⁴. Como también le fue imposible requerir la exigencia de “consciencia de la antijuridicidad” en todos los casos, la reemplazó por la “ceguera jurídica” y “la enemistad al derecho”⁷⁵.

^{71 ter} Cfr. KAUFMANN, ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, 66 y ss.; del mismo, *Unterlassung und Vorsatz*, en “Fest. für H. v. Weber”, Bonn, 1963, 207 y ss.; HARDWIG, WERNER, *Die Zurechnung*, Hamburg, 1957, 186; AMBROSIUS, JÜRGEN, *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, Berlin, 1966, 19; GALLAS, W., op. cit., en ZStW, 67, 1955, 42.

⁷² V. infra, § 469, 470, donde nos ocupamos en detalle de la ubicación de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad.

⁷³ Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 1967, 359 y ss.; FONTÁN BALESTRA, II, 300; HERRERA, JULIO EDUARDO, op. cit.; VALOTTA, MARCELO R. - HERRERA, LUCIO E., *El dolo en la problemática jurídico-penal*, en LL, 137 (1970), 988 y ss.; en contra, NÚÑEZ, II, 107; una exposición completa en BACIGALUPO, NPP, I, 1, 1972, 48 y ss.

⁷⁴ Hay una ubicación doble (¿) del dolo: en lo injusto es dolo “natural” y en la culpabilidad, dolo “malo” (V. MEZGER, *Moderne Wege*). No le falta razón a NIESE (op. cit.) cuando ironiza diciendo que sólo falta hablar de injusto y culpabilidad “naturales”.

⁷⁵ V. MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, y *Moderne Wege*.

Para solucionar la dificultad en la tentativa se siguieron varios caminos. Uno de ellos sostiene que el dolo no es dolo en la tentativa, sino un elemento subjetivo del tipo⁷⁶; otro afirma que la antijuridicidad recae sobre el tipo objetivo en el delito consumado y sobre éste y el dolo en el tentado, pero no explica por qué⁷⁷.

Sintéticamente: dolo no es "dolo malo" (dolo culpable); la culpabilidad es un juicio valorativo que recae sobre la conducta dolosa.

También se ha pretendido fundar la identificación de "dolo" con "dolo malo" en base a argumentos históricos, aunque es sabido que éstos pueden reforzar e ilustrar una construcción dogmática, pero nunca desplazarla por sí solos. De cualquier manera, tampoco creemos que los argumentos históricos otorguen la razón —al menos tan rotundamente como pretenden— a los defensores de esta asimilación. Para ello se remontan al derecho romano^{77 bis}, pero si bien es cierto que "dolus" en latín significa "engaño, fraude, simulación", también significa "astucia"^{77 ter}, y prueba más que suficiente de que para los romanos no todo *dolus* era "dolo malo", es que también admitían el *dolus bonus*, que era el que se empleaba para defenderse, por lo cual queda claro que lo de "malus" no es un simple "recalcar", sino un aditamento necesario para individualizarlo. Todo ello, por supuesto, sin olvidar que desde el *dolus* romano hasta el "dolo" como concepto técnico jurídico-penal, hay un trecho bastante grande.

En la actualidad hay una corriente minoritaria de opinión que sostiene que la comprensión de la antijuridicidad pertenece al dolo —al menos eventualmente— y que, simultáneamente, afirma la ubicación del dolo en el tipo. Esta posición tiene su origen en Roxin⁷⁸, pero es ahora sistemáticamente expuesta por Otto⁷⁹.

Otto afirma que "voluntad de conducta y conocimiento de las circunstancias fácticas, como también de su contenido significativo, son elementos del tipo de injusto"⁸⁰. Contra la afirmación de que la conciencia de la antijuridicidad o del injusto constituye un problema de culpabilidad, Otto sostiene que "el contenido social de un acontecimiento obtiene su gravedad esencial por la representación del autor de conducirse en forma socialmente adecuada o anti-social". "Si una forma de

⁷⁶ Así HEGLER, op. cit., en "Fest. für R. Frank"; NOVOA MONREAL, II, 124; POLITOFF, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, Sgo. de Chile, 1965, 113; etc.

⁷⁷ Así MEZGER en *Leipziger Kommentar*, 15 (no así en *Lehrbuch*, 1949); MEZGER-BLEI, 232 (BLEI cambia ahora su opinión); BAUMANN, 495; otro criterio, SCHMIDHÄUSER, 431.

^{77 bis} Así, VIDAL, HUMBERTO S., *Teoría clásica del dolo*, en DP, 1980, 265 y ss.

^{77 ter} "Engaño, fraude, simulación" (Cfr. *Valbuena Reformado, Diccionario Latino-Español*, París, 1930); "astucia" agrega Joan Corominas, Madrid, 1976, t. II, p. 187.

⁷⁸ ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, pp. 72 y ss.

⁷⁹ OTTO, en su obra general y en ZStW, 87, pp. 590 y ss.

⁸⁰ OTTO, 102.

conducta del autor —dice— debe o no ser reconocida como contraria al orden jurídico, no se decide sin el conocimiento de las correspondientes representaciones del autor”. “Justamente este contenido de sentido social del hecho doloso funda la pena regularmente mayor del dolo frente a la culpa”⁸¹. La consciencia del injusto es entendida aquí como un contenido “de sentido social”, lo que equivale a un requerimiento de “consciencia de la antijuridicidad” entendida en sentido material, esto es, como “dañosidad social”. Así lo expresa claramente Otto: “Con la valoración del hecho delictuoso no como lesión aislada al bien jurídico, sino como realidad que prueba una determinada actitud del autor para la sociedad jurídica, cuya expresión es la consciencia de la dañosidad social —es decir, la consciencia del injusto— alcanza una significación central dentro de la definición del injusto”⁸².

Es evidente que lo que aquí se requiere no es un criterio “jurídico-formal” de consciencia de la antijuridicidad, sino de la consciencia de la famosa “dañosidad social” del hecho. “La consciencia de la antijuridicidad penalmente relevante —dice Otto— está vinculada a la norma penal, pero por cierto que no a la norma en sentido legal-formal, sino a aquellos contenidos reales de conducta que, en razón de su dañosidad social, pueden ser objeto de normas y sanciones penales”⁸³.

Detrás de esta posición se halla nuevamente el positivismo sociológico. No es posible compartir este criterio sin participar de la concepción material de la antijuridicidad en términos que nunca serán muy diferentes de los empleados por Liszt. Esta posición demanda un objetivismo valorativo, es decir, una “dañosidad social” independiente de la valoración jurídica.

Por otra parte, hacer depender la existencia de un injusto de la consciencia de dañosidad social, implica considerar al injusto sólo como expresión de una personalidad contraria a la sociedad, como un mero agente revelador, lo que también se conecta con las viejas posiciones positivistas. Los límites entre la antijuridicidad y la culpabilidad quedarán borrados, y la denuncia de la culpabilidad como puro criterio político —lo que también es sostenido dentro de esta corriente⁸⁴— completa un panorama de confusión de niveles analíticos, en base al pasaje de elementos que fundan reprochabilidad al objeto del reproche, terminando en la desaparición del concepto mismo de reproche, disuelto en la sustitución del mismo por un puro criterio político. Esto implica plegarse a una posición que no reconoce ya al hombre como agente capaz de autodeterminación y, por ende, tanto la sistemática como la concepción antropológica que la funda se hallan mucho más cerca del viejo y reaccionario positivismo criminológico de lo que parece hacer creer la apelación a finos argumentos dogmáticos de que la posición que criticamos quiere revestirse.

⁸¹ *Idem*, 103.

⁸² *Idem*, 105.

⁸³ *Idem*, 106.

⁸⁴ Así ROXIN, v. *infra*, § 455, 457.

337. **El conocimiento de los elementos normativos del tipo.** Cuando en los tipos hay elementos normativos, la captación que de éstos exige el dolo es de naturaleza por entero diversa de la requerida para la llamada “consciencia” o “conocimiento” de la antijuridicidad. Ésta, como ya hemos dicho, es una “posibilidad de conocimiento”; lo que el dolo requiere es un efectivo conocimiento, *debiendo ser así el conocimiento de los elementos normativos.*

Consecuentemente la captación de estos elementos en el dolo es diferente de la *posibilidad de conocimiento en la culpabilidad.* Es menester hacer la aclaración porque hay un vínculo entre ambas captaciones (o mejor entre la que requiere el dolo y la posibilidad que requiere la culpabilidad). Se trata de que en uno como efectivo y en la otra como posible, funciona y basta el conocimiento normativo del común de la gente: lo que Mezger llamó “valoración paralela en la esfera lega del autor” (*Paralellwertung in der Laiensphäre des Täters*)⁸⁵, y que Welzel prefiere denominar “apreciación paralela en la consciencia del autor” (*Paralellbeurteilung im Täterbewusstsein*)⁸⁶.

Welzel sostiene que la expresión usada por Mezger no es completamente exacta como que parece referirse a la característica de la “realidad jurídica” de la “cosa de derecho” misma (*derselbe Rechtssache*), de allí que prefiera una expresión de menor entidad que “juicio”.⁸⁷ Afirma que ello es más correcto a efectos de proporcionar la idea de que el autor debe apreciar la característica en una apreciación legal paralela, es decir, que no necesita saber que la ley define al documento, pero debe conocer que la ley lo protege; no ha menester saber cómo “conceptúa la ley la rifa, sino que le basta el conocimiento del carácter aleatorio de su negocio”⁸⁷.

De “apreciación paralela” habla ahora Rudolphi⁸⁸, en tanto que la mayoría prefiere usar la terminología de Mezger⁸⁹.

De cualquier manera, que un mismo criterio sirva a distintos niveles de la teoría analítica, no significa que nos confundamos respecto de algo que no debemos perder de vista: *los elementos*

⁸⁵ Cfr. MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 332-3; DOHNA, *Aufbau*, cit., 1941, 17.

⁸⁶ WELZEL, 75 y 168.

⁸⁷ WELZEL, *Der Parteiverrat und die Irrtumprobleme*, en JZ, 276-280 (279); también KREUTZER, PAUL, *Zum Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, en NJW, 1307-9.

⁸⁸ RUDOLPHI, 112.

⁸⁹ Así, MAURACH, 245; BLEI, 110; WESSELS, 49; JESCHECK, 236; STRATEN-WERTH, 96; SCHULTZ, I, 128; BOCKELMANN, 77; PLATZGUMMER, WINFRIED, *Vorsatz und Unrechtsbewusstsein*, en “Strafrechtliche Probleme der Gegenwart”, Wien, 1973, pp. 34 y ss. (44); MAURACH-ZIFF, 309.

normativos del tipo pertenecen al tipo y no a la antijuridicidad, siendo su conocimiento de la misma naturaleza que el conocimiento del tipo objetivo (conocimiento efectivo actual o actualizable), en tanto que la "consciencia", "conocimiento" o, correctamente dicho, posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, es precisamente eso, una posibilidad de conocimiento y, además, algo que nada tiene que ver con el dolo como no sea su presuposición por hallarse a superior nivel analítico.

Aunque no se trata de elementos normativos del tipo, frecuentemente se requieren conocimientos normativos para la delimitación de elementos descriptivos típicamente requeridos. Este fenómeno ha sido observado con toda razón por Rudolphi, quien entiende que respecto de esos conocimientos debe requerirse también la simple apreciación paralela en la esfera del profano. Rudolphi ejemplifica con el concepto de *hombre*, para cuya comprensión basta el conocimiento proporcionado por el sentido usual y corriente, pero cuyo límite está dado por la muerte, para cuya apreciación, en la actualidad, se requiere un concepto jurídico, que es el que precisa el momento de la muerte⁹⁰.

En cuanto a los tipos que surgen de leyes penales en blanco, sea que se considere que la ley que completa el tipo integra la ley penal o bien que permanece ajena a la misma⁹¹, lo cierto es que el tipo se integra con dicha ley, de modo que el conocimiento de los elementos que la misma pone en el tipo objetivo pertenecen al dolo⁹². Se discute, sin embargo, si el conocimiento de la existencia misma de la ley complementaria —particularmente cuando se trata de disposiciones administrativas— es requerida por el dolo, sosteniendo una minoría que a este respecto es aplicable la teoría del dolo y que el conocimiento de la antijuridicidad, por consiguiente, pertenece en estos casos al dolo⁹³. Esta posición se funda únicamente en la pretensión de que el derecho administrativo tiene un injusto que resulta valorativamente neutral, lo que daría lugar a una "contrariedad al orden" en lugar de una auténtica "antijuridicidad". Creemos que esta pretensión quiebra la unidad del orden jurídico y constituye un pretexto para dotar al poder administrador de facultades judiciales. Por ello rechazamos esta posición y suscribimos la de la mayoría de la doctrina, que entiende que el conocimiento de la existencia misma de la ley complementaria es un problema de culpabilidad, siendo, consiguientemente, el error a su respecto, un error de prohibición⁹⁴.

338. El conocimiento de los elementos normativos y el error de derecho. El conocimiento de los elementos normativos del tipo

⁹⁰ RUDOLPHI, 112.

⁹¹ V. *supra*, § 290.

⁹² Cfr. JESCHCK, 247; MAURACH, 461; RUDOLPHI, 111.

⁹³ Así, LANGE, RICHARD, *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre*, JZ, 1956, p. 73.

⁹⁴ Cfr. WELZEL, 168; MAURACH, 461.

penal nos enfrenta con el problema del error de derecho, de su relevancia o irrelevancia penal, o sea, la vigencia o no del principio *error juris nocet* en nuestro CP. Este problema es el que nos falta dilucidar para completar la interpretación que del inc. 1º del art. 34 hemos hecho y el concepto legal de dolo que hemos señalado.

El desconocimiento de las características normativas de los tipos penales se ha llamado doctrinariamente "error de subsunción"⁹⁵, terminología que rechazamos porque denota una problemática distinta. La subsunción de una conducta en un tipo penal es tarea del juez y no del autor, pero la admitimos, en sentido metafórico, con un significado diferente: el de un error sobre la *tipificación*. Nos ocuparemos de él en la culpabilidad.

Un sector de la jurisprudencia nacional ha entendido que el principio *error juris nocet* tiene plena vigencia en la legislación penal argentina, en virtud de lo dispuesto por el inc. 1º del art. 34 del CP, que se hace jugar de conformidad con el art. 20 del C. Civil, sosteniéndose que tiene aplicación a la ley penal⁹⁶.

Vélez Sársfield mismo parece no haber querido referirse a la ley penal en el art. 20 del CC. puesto que en la nota de dicho artículo cita las Partidas, pero no indica en su cita la disposición en que las Partidas se refieren a la ley penal, que es la ley 20 del Título I de la Partida primera, que establecía que la ignorancia de la ley no excusa para los delitos *que el ome deviese entender naturalmente que mal eran*. No creemos que el autor del CC haya pasado por sobre esta referencia por ignorancia, sino que, más bien, parece haberlo hecho porque no entendía estarse refiriendo a la ley penal.

Para obviar las notorias injusticias a que este principio conduce, se procura una asimilación del error de derecho "extra-penal" con el error *facti*. Conforme a esta corriente se debe distinguir, dentro del error, el error *facti*, el error *juris* penal y el error *juris* extra-penal, teniendo poder excusante el primero y el tercero, mas no así el segundo⁹⁷.

⁹⁵ V. MAURACH, 282-3.

⁹⁶ Así, en la doctrina, NÚÑEZ, II, 94 y ss. (aunque admite la relevancia del error que recae sobre los elementos normativos del tipo, *Manual*, 224); igual SANCINETTI, en NPP, 1976, 10/11, p. 281. En España niegan esa aplicación del principio civil, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VI, 442-3; CÓRDOBA RODA, JUAN, *El conocimiento...*, cit., 101; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 1949, 216; CEREZO MIR, *La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal Español*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", Madrid, XX, 1964, 463; RODRÍGUEZ DEVESA, 597.

⁹⁷ Sobre error de derecho no penal equiparable al error de hecho, C. C. cap., 1953, 1963, 1951, RUBIANES, I, 153; DE LA RÚA, 382.

Si tenemos en cuenta que el derecho penal es predominantemente sancionador y excepcionalmente constitutivo, la distinción entre error de derecho penal y extra-penal resulta imposible, tanto lógica como prácticamente⁹⁸.

Contra la distinción entre error de derecho penal y extra-penal, decía Binding: "El error sobre un aspecto parcial de una acción punible es siempre formalmente un error sobre un concepto penal. Tiene lugar siempre como un error sobre una característica de una acción prohibida tomada en consideración, con lo que demuestra que siempre será fuente del error sobre el estar prohibido de la acción concreta". "El principal error criminal —acotaba— siempre tiene un objeto extra-penal"⁹⁹.

La vigencia del principio *error juris nocet* ha sido negada en España fundándose en la exigencia expresa de conocimiento del derecho en el prevaricato¹⁰⁰. En nuestro sistema esto no resulta argumento para quienes se ajustan a la disposición civil, porque ésta consagra el principio "si la excepción no está expresamente autorizada", y los elementos normativos de los tipos penales —cuyo concepto suele ampliarse para hacer entrar verdaderas referencias a la antijuridicidad— son "excepciones"¹⁰¹. La exigencia del derecho invocado o citado en el prevaricato no es un caso de exigencia de la "consciencia de la antijuridicidad", sino que allí funciona como elemento normativo del tipo. Sin embargo, el argumento que se basa en el prevaricato, no deja de ser en general válido, porque es inmovible la observación de que el orden jurídico caería en la contradicción de no presumir que los jueces conocen la ley, y presumir que la conocen los restantes habitantes. o que, incluso el mismo juez, no se presume que conoce la ley cuando actúa como juez —cuando "dice el derecho"— y se presume que la conoce cuando actúa en cualquier otro carácter.

Por nuestra parte, le negamos cualquier vigencia al principio *error juris nocet* en la legislación penal argentina¹⁰², basándonos en simples argumentos exegéticos, sin perjuicio de reconocer que otra interpretación sería inconstitucional.

⁹⁸ Cfr. WEBER, *Aufbau*, 22; también en contra SOLER, op. et loc. cit.

⁹⁹ BINDING, *Normen*, III, 1918, p. 399.

¹⁰⁰ Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VI, 440; cita a JOAQUÍN COSTA. Sobre ello, CEREZO MIR, op. cit., p. 463.

¹⁰¹ Sobre ello, SOLER, II, 68; reconoce la relevancia del error de derecho cuando hay elementos normativos en *El error de derecho no penal*, en "Rev. del Centro de Estudiantes de Derecho", Montevideo, 1956, 355; igual TERÁN LOMAS, II, 57.

¹⁰² En igual sentido, BACIGALUPO, op. cit.; SPOLANSKY, NORBERTO E., *El error o la ignorancia en el derecho penal*, en DPC, 1970, 38; HERRERA, op. cit. (los dos últimos con argumentos constitucionales); ZAFFARONI, en "Ponencias", cit.; hay una favorable elaboración jurisprudencial en el mismo

El principio *error juris nocet* ha jugado un deplorable papel en el curso de toda la teoría del delito. Lo rechazamos aquí por ser el primer nivel en el que asoma su autoritario rostro el tan desafortunado principio, rechazado hoy por la doctrina¹⁰³. En Alemania lo sostuvo el *Reichsgericht*, pero después de su desaparición se cambió por completo el criterio jurisprudencial, que había sido duramente criticado por Binding, Beling, Baumgarten, Kohlrausch, Mittermeier, Birkmeyer, Mezger, Oetker, etc.¹⁰⁴, en tanto que en Italia fue criticado de *lege ferenda* por Impallomeni^{104 bis}. El principio *ignorantia facti, non juris, excusat*, había sido elevado a ficción por el canonismo de la Edad Media¹⁰⁵, pero la exclusión del error extra-penal también proviene de allí, del jusnaturalismo cristiano, pues los “canonistas medioevales conocieron para su derecho altamente desarrollado una precisa diferenciación: distinguieron entre la *ignorantia juris naturalis* —ignorancia que ante todo se halla en el error sobre normas penales— y la *ignorancia juris civiles*, que de modo similar se llamaría más tarde *ignorancia juris positivi*¹⁰⁶.

Covarrubias sostenía que “sólo librará la ignorancia de la pena cuando fuera invenciblemente ignorado aquello de lo que procede la malicia del pecado y del acto, como se deduce con toda claridad de Aristóteles y de Santo Tomás”¹⁰⁷. Muyard de Vouglans afirmaba que no podía pensarse a quien ignoraba una ley no publicada y, además, al “viajero que hace una cosa contraria a la costumbre del lugar o del país”, lo que calificaba de “ignorarse invencible”, y que la ignorancia de la ley, en general, atenuaba la pena del soldado, del rústico y de la mujer^{107 bis}. Siguiendo la vieja tradición canónica, Carmignani reducía la eficacia del

sentido (v. jurisp. cit. por BACIGALUPO, op. cit. en NPP); otra opinión, RAMOS MEJÍA, en “Relatos”, cit., pp. 41 y ss.; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, *Código Penal Comentado*, Bs. As., 1969, I, 189; MALAGARRICA, CARLOS, *Código Penal Argentino*, Bs. As., 1927, I, 219; etc.

¹⁰³ El rechazo del principio es unánime en la doctrina alemana contemporánea; V. por ej., STRATENWERTH, 168; BLEI, 175; BAUMANN, 384; MAURACH afirma que sólo tiene valor histórico (457).

¹⁰⁴ V. la bibliografía que cita BAUMANN (op. et loc. cit.). En Austria, MAYER-NALY, THEO, *Rechtkenntnis und Gesetzflut*, Salzburg-München, 1969, 57 y ss.

^{104 bis} IMPALLOMENI, G. B., *Istituzioni di Diritto Penale*, Torino, 1921, p. 245.

¹⁰⁵ Cfr. KIEFNER, *Die genewärtige Bedeutung der Maxime “nul n'est censé ignorer la loi”*, en “Deutsche Landesreferate zum VII. Internationales Kongress für Rechtsvergleichung in Uppsala, 1966”, 1967, p. 87.

¹⁰⁶ KUTTNER, STEPHEN, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalien Gregors IX*, Città del Vaticano, 1935, 164 y ss.; la misma distinción en FRANCISCO DE VITORIA (Cfr. BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MOREDA, *El valor exculpatorio de la ignorancia, el error y la obediencia debida, en el pensamiento de Francisco de Vitoria*, en LL, 74, 1954, 848 y ss. (854); en tanto que Domat distinguía entre “leyes inmutables” y “leyes arbitrarias” (DOMAT, *Derecho público escrito en francés por...*, Madrid, 1788, I, 85).

¹⁰⁷ PEREDA, S. J., JULIÁN, *Covarrubias penalista*, Bilbao, 1959, p. 152.

^{107 bis} MUYARD DE VOUGLANS, op. cit., I, p. 12.

error de derecho a las leyes sociales no deducibles del derecho natural o no conocidas universalmente¹⁰⁸.

El rechazo total del principio no es nuevo: Feuerbach, no sólo exigía que se conociese ampliamente la antijuridicidad, sino que también requería el conocimiento de la punibilidad, como resultado de su teoría de la pena¹⁰⁹.

La violación al principio de culpabilidad que el *error juris nocet* implica es puesta de relieve por varios autores¹¹⁰. Una fuerte corriente doctrinaria se muestra opuesta a él en cualquier latitud¹¹¹. Hay autores que, pese a las terminantes disposiciones de sus respectivos derechos, admiten la relevancia del error de derecho¹¹².

La irrelevancia del error de derecho se ha buscado también por un tortuoso camino: cargar el acento del dolo en lo volitivo¹¹³.

El principio *error juris nocet* reconoce un carácter marcadamente autoritario, que proviene de que se orienta hacia la idea de la pertenencia del sujeto a una comunidad jurídica, en que la sola pertenencia a la misma es la base de la imputación del hecho¹¹⁴. En general, toda manifestación de responsabilidad objetiva se le aproxima y, además, se acerca a la responsabilidad del positivismo criminológico.

Los argumentos en su defensa, en la actualidad, son por lo general de carácter práctico. "La verdadera razón es de orden práctico —dice Bruno—, es una necesidad política relacionada con la seguridad social", mas a continuación agrega: "pero la fuerza de esa razón también se va haciendo muy discutible"¹¹⁵.

¹⁰⁸ CARMIGNANI, *Elementi*, § 195.

¹⁰⁹ FEUERBACH, *Lehrbuch*, Giessen, 1826, 83-4; sobre ello MAURACH, *Das Unrechtsbewusstsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik*, en "Fest. für Eb. Schmidt", 1961, 301 y ss. (306).

¹¹⁰ Así, RAMOS MEJÍA, op. cit.; AFTALIÓN, *Acerca de la culpabilidad y el "error juris"*, en LL, 87 (1957), 895 y ss.; RYU, PAUL K. - SILVING, HELEN, en "The University of Chicago Law Review", 24, 1957, 421 y ss.

¹¹¹ Por ej., HUGUENEY, LOUIS, en "Revue Internationale de Droit Pénal", 1955, 3-4, 343 y ss.; PLAWOSKII, STANISLAW, en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", Paris, 1962, 3, 445 y ss.; COSTA, JOAQUÍN, *La ignorancia del derecho*, Bs. As., 1958; MEDRANO OSSIO, JOSÉ, *Derecho Penal. Sus bases reales, su actualidad*, Potosí, 1951, 300; GRAVEN, JEAN, *Le Code Pénal de l'Empire d'Ethiopie*, Paris, 1959, art. 78.

¹¹² DUARTE FAVEIRO, VÍTOR ANTÓNIO, *Código Penal Português Anotado*, Coimbra, 1953, p. 98; CORREIA, EDUARDO, I, 419; FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, Coimbra, 1978, p. 319; BETTIOL, 496; ASSIS TOLEDO, FRANCISCO DE, *O erro no Direito Penal*, São Paulo, 1977, p. 131 (con una visión completa de la doctrina brasileña, en la que Nelson Hungria identifica "error de derecho" con "ignorancia de la ley", con argumentos harto autoritarios; V. HUNGRÍA-FRAGOSO, *Comentarios*, II, 216 y ss.; la diferente posición de FRAGOSO, pp. 560-570). BALASUBRAHMANYAM, V., *Guilty Mind*, en "Essays on the Indian Penal Code", Bombay, 1962, pp. 59-60.

¹¹³ Así, GALLO, MARCELO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Milano, 1953, pp. 77-8.

¹¹⁴ HRUSCHKA, JOACHIM, *Strukturen der Zurechnung*, Berlin, 1976, p. 57.

¹¹⁵ BRUNO, ANÍBAL, *Direito Penal, Parte Geral*, Rio de Janeiro, 1967, II, 114.

En Inglaterra, Glanville se refiere a la justificación del mismo diciendo que algunos reconocen que no puede basarse en la ficción de que la ley es conocida por todos, en tanto que otros pretenden que su admisión sería una excusa en que podría basarse cualquiera. “No obstante que esta regla tiene una cierta justificación práctica —dice— es importante reconocer su carácter amoral y eventualmente inmoral, lo que eso nos llevará al reconocimiento de excepciones donde eso parezca posible”¹¹⁶. Se acepta que la ley escrita (*Statute Law*) que cambia una ley anterior, necesita un tiempo razonable para ser comprendida y conocida, que no coincide con el de su vigencia formal¹¹⁷, admitiéndose igualmente el error de derecho respecto de las órdenes del superior¹¹⁸.

Dentro del derecho anglo-sajón, también releva el error de derecho el *Model Penal Code* de los Estados Unidos¹¹⁹ y, en ese país, Helen Silving rechaza de plano el principio *error juris non excusat*, siguiendo la actual clasificación germana de error de tipo (“error as to element of statutory fact description”) y error de prohibición (“error as to prohibition of concrete conduct”)¹²⁰.

Bassiouni dice que en la actualidad se distingue entre la ignorancia de la ley y el error de derecho, siendo la regla general que la primera no excusa, pero sí el segundo. No obstante, eventualmente también la ignorancia de la ley puede excusar y recuerda el caso *Lambert v. California*, en que la Corte Suprema entendió que el plazo de cinco días era insuficiente para imputar la presunción de conocimiento de la ley¹²¹.

La jurisprudencia de casación belga también acepta el error inveniible de derecho “cuando resulta de una causa extraña que en absoluto puede ser imputada al que es víctima de ella y cuando el inculpa-do ha obrado con una ignorancia que haya sido, en las mismas circunstancias, la de todo hombre razonable y prudente”¹²².

Los sostenedores de la vigencia del principio se basan en la expresión “de hecho” del art. 34, inc. 1º del CP. Negamos tal posición fundados en los siguientes argumentos:

a) El referido inciso dice: “o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputable”. La expresión “no imputable” se refiere a la inconsciencia, al error y a la ignorancia, pero la expresión “de hecho” no puede referirse a la inconsciencia. Se ha entendido que se refiere al error y a la ignorancia. Así ha sido

¹¹⁶ GLANVILLE, L. WILLIAMS, *Criminal Law*, London, 1953, p. 387.

¹¹⁷ *Idem*, 388.

¹¹⁸ *Idem*, 389.

¹¹⁹ *Model Penal Code*, Section 2.04.

¹²⁰ SILVING, HELEN, *Constituent elements of crime*, Springfield, Ill., 1967, pp. 360-1.

¹²¹ BASSIOUNI, pp. 449-451.

¹²² V. CONSTANT, JEAN, *Précis de Droit Pénal, Principes Généraux de Droit pénal positif belge*, Liège, 1967, p. 320.

porque la conectiva “o” que separa el error de la ignorancia ha sido entendida como disyunción inclusiva ¹²³.

b) Si en lugar de entender “o” en este sentido interpretamos esta conectiva como disyunción exclusiva veremos que el significado es muy otro. De cualquier modo, lo incuestionable es que hay dos posibles interpretaciones, según como sea entendida esa conectiva: α) “error de hecho e ignorancia de hecho” (inclusiva) y β) “error e ignorancia de hecho” (exclusiva). En virtud de la primera interpretación, “de hecho” se referiría también al error, en tanto que por la segunda se limitaría sólo a la ignorancia.

c) Estimamos que la interpretación restrictiva de la ley penal es principio que no está limitado a la letra de los tipos penales, sino que debe extenderse a cualquier límite de punibilidad (así resulta de la función garantizadora de la ley penal [o como ahora se suele decir, del “tipo garantía” o tipo “en sentido amplio”]) ^{123 bis}. Es incuestionable que conforme al análisis de la letra del inc. 1º del art. 34, surgen dos interpretaciones posibles respecto del error, habiéndose elegido la más extensiva de punibilidad, o sea, la que introduce la distinción para restringir el efecto excusante del error de hecho. En consecuencia con el principio de interpretación restrictiva, elegimos nosotros la segunda interpretación, y por ende, creemos que la expresión de hecho se refiere sólo a la ignorancia.

d) Si bien los efectos del error y de la ignorancia, tradicionalmente han sido equiparados, han permanecido conceptualmente separados: error es conocimiento falso, en tanto que ignorancia es ausencia de conocimiento.

En cuanto a la identificación de sus efectos penales, por todos los autores, puede citarse a Carrara ¹²⁴. Tozzini afirma que si bien también en el campo psicológico sus límites pueden tornarse confusos, de cualquier manera se distinguen ¹²⁵. Frosali afirmaba que “el concepto de ignorancia debe buscarse por exclusión del de conocimiento. Ignorancia es un estado negativo, una laguna de nuestro conocimiento, una falta de conocimiento”, en tanto que respecto del error, recuerda acertadamente que encierra la idea de alejamiento, del “andar errando” ¹²⁶.

¹²³ Sobre la diferencia entre ambas formas disyuntivas, FERRATER MORA, JOSÉ - LEBLANC, HUGUE, *Lógica matemática*, México, 1955, 26; BOSCH, JORGE, *Introducción al simbolismo lógico*, Bs. As., 1968, 9-10.

^{123 bis} V. *supra*, § 57.

¹²⁴ CARRARA, *Programma*, 253-3.

¹²⁵ TOZZINI, *Dolo, error y eximentes putativas*, Bs. As., 1964, pp. 48-49; en análogo sentido, MUÑOZ R.-GUERRA DE VILLALAZ, p. 290.

¹²⁶ FROSALI, RAÚL ALBERTO, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933, pp. 28-9.

e) Entendidos de este modo el error y la ignorancia, estimamos que la única ignorancia posible es de hecho, porque *la ignorancia de derecho es invariablemente un supuesto de error*.

f) Ello es así porque el derecho se maneja con un sistema binario: prohibido o no prohibido (A o \bar{A} , pero nunca A y \bar{A} ; matar está prohibido o no está prohibido, pero no puede estar y no estar prohibido). Luego, ignorar que una conducta está prohibida implica siempre creer que no está prohibida, lo que constituye un conocimiento falso, o sea, un error¹²⁷.

g) Resulta pues, que la expresión "de hecho" no limita a la ignorancia, sino que en este supuesto la adjetiva como epíteto, siendo explicativa, meramente aclaratoria. Si la ley prescindiere de explicación el planteo no cambia, pero que la incluya no sobreabunda.

La ley puede explicar sus conceptos y cada vez que insiste en uno de ellos sería absurdo pretender que quiere significar algo diferente. Tal criterio complicaría enormemente y en forma totalmente innecesaria el menester dogmático. Así, por ejemplo, en la parte especial encontramos varias aplicaciones del estado de necesidad. Pretender que cada una de ellas es algo distinto del estado de necesidad nos parece una exágeración. Quizá no todas las disposiciones que a él se refieran serán aplicaciones explicatorias, pero exigir a *priori* que ninguna lo sea carece de sentido. Quizá pueda ser criticable dicha técnica legislativa, pero éste es otro problema.

Entendido de esta manera, el art. 34, inc. 1º del CP abarca tanto el error de hecho como el de derecho, distinción que no tiene caso hacer en nuestro derecho penal, aparte de que conlleva dificultades insalvables, tales como que en último análisis el error de derecho es un error de hecho, toda vez que recae sobre el hecho de la sanción de una ley¹²⁸.

Nuestros antecedentes legislativos no excluían el error de derecho, es decir, que se mostraron contrarios al principio *error juris nocet*. El art. 4º del Título Iº del Proyecto Tejedor (art. 9º del C. Tejedor) excluía la relevancia de la conciencia disidente y del error sobre la pena.

¹²⁷ SANCINETTI cree que a partir de esta afirmación confundimos el error de derecho con el de prohibición, pero en realidad nunca caímos en esa confusión, sino que el concepto de error de derecho es inmanejable y, en consecuencia, que el derecho opere con un sistema binario tiene consecuencias tanto para el error de tipo como para el de prohibición, porque la fantasmagórica categoría del error de "derecho" deambula por ambas (V. SANCINETTI, en NPP, 1976, 10/11, p. 280).

¹²⁸ Cfr. DOHNA, *Aufbau*, 1941, 44-5.

El art. 7º del mismo Título (art. 12 del código) relevaba el error acerca de las calificantes. El art. 6º del Título IIIº decía textualmente: "El acusado de una acción declarada culpable por este Código, que pretenda haber ignorado la disposición de la ley penal, no será admitido a hacer esta defensa, a menos que esté apoyada en imbecilidad, estupidez grosera u otros vicios de la inteligencia". Esta disposición parece terminante, pero no lo es tanto, puesto que el inc. 1 del art. 3º, Título IIIº, 4º (art. 148 del código) decía: "Por los mismos motivos la acción no estará sujeta a pena: 1º) Cuando el agente por efecto de una ignorancia insuperable, y que no puede imputársele, ha creído su acción lícita y no punible". La nota de Tejedor es confusa y parece contradictoria, pues por un lado recuerda que las Recopiladas establecían que las leyes se hacían para los sabios y para los simples, y por otro, que las Partidas "no admitían como excusa la ignorancia de las leyes en los delitos *que el ome deviese entender naturalmente que mal eran*", "lo que parece dar a entender —agrega— que la ignorancia excusaba en los otros"¹²⁹. La disposición es traducción del art. 121 del código de Baviera, según la versión francesa de Vatel¹³⁰. La interpretación favorable a la admisión del error de derecho se refuerza porque se exigía la consciencia de la antijuridicidad en el dolo (art. 8º), siguiendo al código bávaro (art. 39). La confusión y aparente contradicción se explica, porque Tejedor copió el art. 148 de Vatel, quien lo tradujo como "Du cas oú l'on aura ignoré par négligence la criminalité d'une action"¹³¹, en tanto que el artículo 71 original no se refería a la ignorancia culpable de la "criminalidad", sino de la *Strafbarkait*, es decir, "punibilidad", lo que se compaginaba perfectamente con la teoría de Feuerbach.

El art. 5º del Código de 1886 regulaba el error y la ignorancia sin distinguir si era de hecho o de derecho: "Cuando por efecto de error o ignorancia, el autor de un delito no haya conocido el carácter particular de la acción que ha cometido, y este carácter sea de una naturaleza capaz de aumentar la culpabilidad de la acción, de tal modo que el culpable se encuentre haber cometido un delito más grave que el que intentaba, no se le imputará el hecho como voluntario, sino en consideración a la intención real que hubiese tenido, atendiendo a las circunstancias del caso".

Si bien Rivarola sostiene que el art. 5º del código de 1886 legislaba sólo el error de hecho, criterio que compartía Moyano Gacitúa¹³², él mismo reconoce que el proyecto se refería a "error o ignorancia *material*", expresión ésta que fue suprimida en la sanción, no dando Rivarola ninguna explicación satisfactoria a su interpretación restrictiva, absolutamente contraria al texto legal. Julián L. Aguirre, en el primer comentario a ese código, no hace ninguna referencia a la limitación inventada por Rivarola¹³³, que sólo se explica por el desconocimiento del

¹²⁹ TEJEDOR, *Proyecto*, p. 148.

¹³⁰ VATEL, CH., op. cit., p. 105.

¹³¹ VATEL, op. cit., p. 77.

¹³² RIVAROLA, *Exposición y crítica*, I, 42; MOYANO GACITÚA, op. cit., p. 86.

¹³³ AGUIRRE, op. cit., p. 6.

pensamiento de Feuerbach. El rechazo del principio *error juris nocet* no es, pues, extraño a nuestra tradición jurídica, puesto que no era propio de la legislación española ni de nuestra codificación, la que sólo puede crear dudas a partir de 1921. No vemos por qué tenemos que interpretar esta disposición en forma inconstitucional, cuando admite una interpretación constitucional¹³⁴.

339. El conocimiento de los “caracteres negativos” del tipo. Así como el dolo abarca los requerimientos “positivos” de una acción, debe abarcar también aquellas características “negativas”, tales como la *falta de consentimiento*, el duelo sin *padrinos*, etc.

La representación de estas llamadas “características negativas” debe ser *efectiva, como la de todos los conocimientos que integran el dolo*. El sujeto debe conocer lo efectivamente ausente en el caso concreto.

Weber afirmó que desde el punto de vista “de los elementos negativos del tipo se exige en la conducta dolosa que el autor no se represente la contraria como dada, no siendo necesaria una consciencia de falta de las circunstancias”¹³⁵. El argumento de Weber, en general, se basa en la pretensión de que *las características negativas son elementos negativos de los tipos penales*, al igual que las causas de justificación. Por ello lo sigue Arthur Kaufmann y en general los sostenedores de la teoría de los elementos negativos del tipo¹³⁶. La afirmación parte de Radbruch, que desde este punto de vista distinguió “elementos negativos generales” (que serían las causas de justificación) y “elementos negativos especiales” (que serían éstos)¹³⁷. De allí que Welzel —con razón— se oponga al punto de vista de Weber, afirmando que estas características “son descripciones positivas de la materia de prohibición”¹³⁸.

¹³⁴ SANCINETTI nos observa que no hacemos una interpretación “tradicional” y también que en otros casos apuntalamos la construcción dogmática con antecedentes históricos (NPP, 10/11, p. 281). La interpretación del problema del error conforme al *error juris nocet*, como vemos, no es tan “tradicional”, y tampoco la interpretación histórica que nos reprocha está referida al error, que dentro de la redacción del inc. 1º del art. 34 surge sin ningún antecedente conectado a los que analizamos a otros efectos.

¹³⁵ WEBER, H. V., *Negative Tatbestandsmerkmale*, en “Fest. für Mezger”, München u. Berlin, 1954, 185; igual criterio adopta ARTHUR KAUFMANN, en JZ, 54-657.

¹³⁶ HIRSCH, HANS-JOCHIM, *Die Lehre von dem negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, 1960, 256-8.

¹³⁷ RADBRUCH, GUSTAV, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en “Fest. für Frank”, 1930, I, 165.

¹³⁸ WELZEL, 1967, 65; del mismo, *Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem*, en ZStW, 1955, 196 a 228 (209); cfr. KAUFMANN, ARMIN, *Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung*, en JZ, 1955-37.

Son perfectamente diferenciables estas “características negativas” que condicionan la prohibición y las causas de justificación. También es diferenciable el conocimiento que a ellas y a la anti-juridicidad corresponde y su confusión sólo es un argumento para el apuntalamiento de la teoría de los elementos negativos del tipo.

340. **La previsión de la causalidad y del resultado.** El nexo causal y el resultado físico deben ser previstos por el autor. Cabe insistir aquí en algo que, de suyo, es totalmente obvio: lo que el dolo requiere no es un conocimiento efectivo de la manera en que los hechos se han desarrollado, porque sería lógicamente imposible, ya que ese conocimiento sólo puede ser posterior al resultado. Exige una *previsión* del nexo causal y del resultado, que para el autor siempre serán acontecimientos futuros, que pueden preverse mas no conocerse, por mucha que sea la certeza de la previsión y aunque haya una absoluta confirmación *a posteriori* (sé que las piedras caen hacia abajo, pero, lo más que puedo afirmar acerca de la que ahora tienes en la mano es que muy probablemente, si la dejase, caería hacia abajo).

La previsión de la causalidad es humanamente imposible exigirla en todos sus detalles¹³⁹, por lo que nos debemos conformar con su previsión en líneas generales, o sea, con una previsión que haya sido suficiente para otorgar al autor la dirección final del acontecer externo, de lo que se ve privado cuando éste sigue un curso por entero diferente o separado del previsto, aunque desemboque en el mismo resultado.

La imposibilidad humana de previsión absoluta se funda en dos circunstancias obvias: α) La primera es que la ciencia no tiene la posibilidad de prever todos los resultados y procesos causales; β) La segunda es que el común de las personas ni siquiera posee ese conocimiento científico. Respecto del conocimiento científico de la causalidad, le basta también al tipo aquí una “apreciación paralela en la consciencia del profano en ciencias causales” o “causal-explicativas”. Se sostiene aquí que es importante la teoría de la “adecuación”¹⁴⁰, que como ya vimos, era una de las que limitaba la causalidad prescindiendo del dolo.

A este respecto debemos formular una aclaración. Si bien por cierto no puede negarse que la teoría de la adecuación puede ser útil preferimos llamar a lo que el dolo requiere en general “apre-

¹³⁹ Cfr. JESCHECK, 250; WELZEL, 70.

¹⁴⁰ Cfr. WELZEL, 70.

ciación paralela del profano”, denotando con ello la previsión en base al conocimiento que de la causalidad tiene el común de la gente. Lo preferimos así, porque esa limitación no es objetiva, toda vez que acompaña al dolo, y la medida del conocimiento de la causalidad la dará el dolo mismo en cada caso. *Por sobre ese conocimiento paralelo cualquier conocimiento mayor es o puede ser relevante, pero por debajo de él no habrá dolo, siempre y cuando el desconocimiento de la causalidad sea tal que le haga perder a la conducta su finalidad típica elegida y programada.*

El conocimiento de la causalidad puede tenerlo el autor en menor medida que el común de la gente (puede creer que la electricidad es un espíritu maligno, en tanto que el común de la gente sabe que es una forma de energía), y *sin embargo comportarse dolosamente* (electrocutar a alguien, porque sabe que el espíritu que “vive en los cables” mata).

Inversamente, puede tener un conocimiento mayor que el común de la gente y *no comportarse dolosamente* (haber previsto la causalidad y haber rechazado la imaginaria producción del resultado, *culpa consciente*). Finalmente, *puede que la conducta particular demuestre que hubo un conocimiento superior al del común y que precisamente por ese conocimiento la conducta es dolosa* (el médico que lesiona a un sujeto —lesión leve— pero que sabe que a causa de la disposición física del sujeto esa lesión le causará a los meses una seria complicación —lesión grave o gravísima— o la muerte).

Las variantes que pueda tener el desarrollo de la causalidad, que no alteren la programación general que del acontecer físico haya hecho el sujeto, no eliminan el dolo. Es típica la conducta del que mata a un sujeto con un arma blanca, tanto si el sujeto muere porque la herida le interesó el músculo cardíaco, como si muere a las pocas horas por una hemorragia interna o por una complicación de la enfermedad. No será típica en lugar, si sometido el paciente a una intervención quirúrgica, el médico anestesta yerra y le inyecta una dosis de aire en las venas, causándole la muerte. Esta circunstancia no puede ser alcanzada por las variables del programador. Por supuesto, la conducta será atípica de homicidio, sin perjuicio de que sea típica de lesiones o de tentativa de homicidio, y en otros casos en que la previsión de la causalidad es errada, de la posible tipicidad culposa de la conducta.

En muchos de estos supuestos se suele hablar de “*interrupción*” o “*ruptura*” de la cadena o curso causal. Entendemos que estas expresiones son equívocas —e incluso totalmente incorrectas— por-

que en casos en que la causalidad va más allá o por otro sendero que lo programado por el dolo, lo que se interrumpe no es la causalidad sino el dolo, esto es, su previsión correcta. La causalidad no se quiebra porque yo la prevea o deje de preverla, ella continúa y desemboca en un resultado, que a su vez será causa de otro, y así al infinito. Lo que necesariamente tiene que interrumpirse en algún momento es mi previsión de ese acontecer.

En cuanto a la expresión “*desviación del curso causal*”, resulta más o menos clara si tomamos en cuenta que “desviación” es un concepto relativo (siempre que “algo” se desvía es con referencia a otro “algo”), y por ende de lo que el curso causal se desvía es de la forma en que habría sido programado por el autor. Si la desviación es tal que no puede considerarse dentro de las variables programáticas aceptadas, la conducta restará atípica (del tipo doloso al menos).

La previsión del resultado es lógicamente necesaria para la configuración del dolo, pero no basta por sí si no se acompaña de una previsión de la causalidad que no se aparte sustancialmente—esto es, que pueda considerarse incluida— en la programación de la causación de ese resultado por parte del autor.

341. Casos particulares de error de tipo sobre la causalidad y el resultado. Las pequeñas desviaciones que el acontecer físico tenga con la programación (nunca completa), constituyen lo que se denomina error *inesencial*, que es penalmente irrelevante.

Nos ocuparemos ahora de un grupo de supuestos importante y controvertido sobre errores en la causalidad y en el resultado. Se trata de los supuestos de *aberratio*, que abarcan α) la *aberratio ictus* o “error en el golpe”; β) el error en el objeto o en la persona; y γ) el llamado *dolus generalis*.

α) *Aberratio ictus* es el supuesto de una acción dolosamente dirigida contra un objeto, que resulta afectando a otro distinto, al que no se quería afectar ni se aceptaba la posibilidad de hacerlo. Suele hacerse aquí la distinción entre *objeto equivalente y no equivalente*¹⁴¹. Por nuestra parte negamos relevancia a esa distinción por entender que la solución es la misma en ambos casos. Así, el resultado buscado y no alcanzado constituirá una tentativa, mientras que respecto del resultado efectivamente producido, si era previsible su producción y hay tipo culposo, la conducta será cul-

¹⁴¹ WELZEL, 73.

posa, concurriendo ambas figuras idealmente (art. 54 del código penal). Naturalmente cuando el resultado efectivamente provocado está abarcado por la voluntad realizadora, habrá dolo respecto de él¹⁴². En el caso de no existir el tipo culposo o de no darse los requerimientos de la tipicidad culposa, habrá sólo una tentativa respecto del resultado que se buscaba.

La ley penal argentina no resuelve expresamente el caso de la *aberratio ictus* (a diferencia de otras)¹⁴³ y la doctrina ha considerado que en el supuesto de equivalencia jurídica de los resultados hay un solo delito consumado¹⁴⁴. Esta solución fue sostenida en Alemania por Frank¹⁴⁵, Liszt-Schmidt¹⁴⁶, Löwenheim¹⁴⁷, Welzel¹⁴⁸ y Weber¹⁴⁹, en tanto que la solución que proporcionamos es dominante (Maurach, Jescheck, Baumann, Schrönke-Schröder, Mezger, Rudolphi, Bockelmann, Otto, Blei, Schmidhäuser, H. Mayer, y antes. Hippel y Köhler)¹⁵⁰.

Welzel afirmaba que la solución que propugnamos se halla en contradicción con la sostenida respecto del error en la persona¹⁵¹, lo que creemos que es inexacto, porque entre ambos supuestos media una notable diferencia: en el error en la persona el sujeto lleva a cabo una completa conducta típica y obtiene el resultado típico respecto de una persona determinada. En la *aberratio ictus* también lo lleva contra una persona determinada, pero no se produce el resultado sino respecto de otra persona¹⁵².

En ambos casos el sujeto dirige una conducta contra un objeto determinado, pero en tanto que en el error en la persona lo alcanza, en el error en el golpe no lo alcanza.

La solución contraria a la nuestra se halla en la antigua máxima

¹⁴² Cfr. JESCHECK, 251; OTTO, 211.

¹⁴³ Así, por ej., el CP del Distrito y Territorios Federales, México, art. 9º; el Código Penal tailandés, que consagra también expresamente la regla "sufficit animus occidendi" (sección 60 de *The Penal Code of Thailand and its Amendment*, Bangkok, 1960, 28).

¹⁴⁴ V. FONTÁN BALESTRA, II, 311; SOLER, II, 77-8; NÚÑEZ, II, 118; la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación y de la Suprema Corte de Buenos Aires, citada por Núñez; otra opinión conforme al texto, BACIGALUPO, 55.

¹⁴⁵ FRANK, *StGB*, 1931, p. 188.

¹⁴⁶ LISZT-SCHMIDT, 1922, 179-180.

¹⁴⁷ LÖWENHEIM, ULRICH, *Error in Objecto und aberratio ictus*, en *JuS*, 1966, 310-5.

¹⁴⁸ WELZEL, *op. et loc. cit.*

¹⁴⁹ WEBER, *Aufbau*, *cit.*; también, NOLL, en *ZStW*, 77, 1965, 5.

¹⁵⁰ MAURACH, 280-1; JESCHECK, 251; BAUMANN, 422; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59, Nº 25; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 314; MEZGER-BLEI, 190-1; SCHMIDHÄUSER, 315-6; MAYER, H., 1967, 120; HIPPEL, ROBERT v., *op. cit.*, II, 334; KÖHLER, AUGUST, *Deutsches Strafrecht All. Teil*, Leipzig, 1917, 307; SAUER, W., Barcelona, 1956, 257; WESSELS, 50; STRATENWERTH, 102; BOCKELMANN, 74; RUDOLPHI, 115; OTTO, 111; etc.

¹⁵¹ Así WELZEL, 73.

¹⁵² Cfr. JESCHECK, 251; MAURACH, 281; MAURACH-ZIPF, 357.

de Farinaccio *sufficit animus occidenti si non in specie saltem in genere*, de la que se deduce "quería matar a un hombre y mató a un hombre"¹⁵³. Esta solución pasa por alto el requisito de la individualización¹⁵⁴. El mismo Welzel reconoce que en caso de legítima defensa no hay equivalencia si la lesión la recibe un tercero no involucrado, restando allí sólo la posibilidad de culpa¹⁵⁵.

Los argumentos esgrimidos para sostener la solución contraria a la que proponemos suelen fundarse en un falso principio: *el dolo no puede generar culpa*¹⁵⁶ (principio de la prohibición de regreso" —*Rücktrittsverbot*— que es hoy rechazado)¹⁵⁷. Esta afirmación lleva a un resultado absurdo en el caso de la no equivalencia de los objetos: o se sanciona como doloso el resultado producido (*versare in re illicita*) o se ignora el resultado culposo. Por otra parte, el mismo CP prevé supuestos en que el dolo genera culpa (los delitos preterintencionales). Ésta era la posición que sostenía la antigua doctrina italiana, hoy superada, pues predomina la afirmación de que el resultado no procurado se atribuye a responsabilidad objetiva¹⁵⁸.

No creemos que en el caso de un sujeto que dispara sobre otro y lesiona a un tercero a quien no quería matar ni lesionar, ni tampoco aceptaba este resultado como posibilidad incorporada a su voluntad realizadora, pueda decirse que se conduce dolosamente respecto de la lesión del tercero, porque, por ejemplo, si la bala lesiona a la víctima y luego sigue su trayecto y lesiona a un tercero, es insostenible que la lesión al tercero sea considerada dolosa. Lo que la bala haga respecto del destinatario no puede cambiar al dolo en culpa respecto del tercero; o en ambos casos hay dolo o en ambos casos hay culpa.

Por otra parte, quienes sostienen la posición contraria, deben concluir que cuando A dispara sobre B en legítima defensa y la bala mata a C, habrá un homicidio doloso de C no justificado¹⁵⁹.

β) *Error en el objeto (y en la persona)*. Llamado *error in objeto vel persona* o "error sobre el objeto de la acción" (para distin-

¹⁵³ V. ENGELMANN, WOLDEMAR, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, Aalen, 1965, 63-71.

¹⁵⁴ Cfr. MAURACH, loc. cit.; nuestro trabajo en DPC, 1966.

¹⁵⁵ WELZEL, 74.

¹⁵⁶ ODERIGO, MARIO A., *Código Penal Anotado*, Bs. As., 1942, art. 34; igual criterio parece sostener, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, op. cit., I, 190.

¹⁵⁷ V. WEBER, *Aufbau*, 26.

¹⁵⁸ Así, DA COSTA, PAULO JOSÉ, *Riflessioni sulla aberratio ictus*, Padova, 1967, pp. 60-68 y bibliografía allí indicada (Da Costa no rechaza la solución que propugnamos, sino que no la acepta en el código italiano, que contiene una disposición que resuelve expresamente la cuestión de modo diferente).

¹⁵⁹ BLEI, 112.

guirlo del "error sobre el objeto del hecho", *aberratio ictus*), es el supuesto en que la acción se dirige hacia un objeto que no es el que se quería afectar. Este error resulta *irrelevante* en el caso que los objetos sean *típicamente equivalentes*, mas no así cuando no se ofrece esta equivalencia ¹⁶⁰.

En el supuesto de ser típicamente inequivalente el objeto no hay dolo. Tal es el ejemplo de Welzel, del sujeto que viendo un maniquí en una tienda lo confunde con un hombre y le da de bofetadas destruyéndolo ¹⁶¹. Se trataría de un caso de daño culposo, atípico en nuestra ley.

Obsérvese que la diferencia fundamental entre la *aberratio* y el error en el objeto radica en que en este último caso no hay tentativa, puesto que nunca hubo un comienzo de ejecución contra el objeto que se quería afectar. Se trata de un error en la motivación, que a los efectos típicos es irrelevante ¹⁶².

Cuando el objeto fuere equivalente, aunque con características atenuantes o agravantes del hecho, se resolverá como un error sobre las circunstancias, de que nos ocuparemos luego.

γ) *Dolus generalis* es la denominación que se da a uno de los errores sobre la causalidad. Se trata del caso en que el autor, si bien previó el resultado típico como producido por uno de sus actos parciales, dentro de todo un curso fáctico, éste deviene por otro acto parcial ejecutado por él mismo. Así, por ejemplo, cuando un sujeto mata con sus golpes a la víctima a la que sólo quería atontar a golpes para matarla luego ¹⁶³.

Siempre que el resultado no provenga de un acto preparatorio, sino de un acto de tentativa, y el curso causal —como en el ejemplo— no se desvíe en forma esencial de lo planeado, la doctrina dominante entiende —a nuestro juicio acertadamente— que nos hallamos en presencia del delito doloso consumado ¹⁶⁴. Aquí puede citarse el caso de la pistola que se dispara mientras le está apuntando ¹⁶⁵. Cuando el resultado se produzca por una causa que está fuera de la programación, la conducta sólo será típica de tentativa. Si la pistola se dispara cuando no hay aún tentativa, sino un mero acto preparatorio, sólo podrá haber tipicidad culposa ¹⁶⁶.

¹⁶⁰ Cfr. WELZEL, 75; WESSELS, 50.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² Cfr. WESSELS, 50.

¹⁶³ RUDOLPHI, 115.

¹⁶⁴ RUDOLPHI, 116.

¹⁶⁵ WELZEL, 74.

¹⁶⁶ WELZEL, 75.

De toda forma, este es el supuesto no problemático —o menos problemático— del *dolus generalis*, es decir, cuando el resultado se adelanta dentro del devenir fáctico programado. Aquí la problemática del *dolus generalis* no excede el marco de la cuestión general acerca de la esencialidad del error en cuanto a la separación del curso causal respecto de lo planeado. Pero el supuesto más complicado y discutido es el de quien alcanza el resultado en un segundo acto, es decir, cuando ya creía haberlo logrado.

Los comunes ejemplos que se dan son los siguientes: un sujeto cree que ha dado muerte a su víctima y para ocultar el hecho la arroja al agua, donde muere ahogada¹⁶⁷; un sujeto cree que ha dado muerte a la víctima y la cuelga para simular un suicidio, muriendo ésta ahorcada¹⁶⁸.

El problema que se plantea es la determinación del dolo, que se resuelve según consideremos que se trata de una sola conducta que, en los ejemplos, abarca la ocultación del hecho, o si se trata de dos conductas diferentes. Conforme a la primera solución sería un *dolus generalis* comprensivo de la totalidad de la conducta y, por ende, debemos concluir que nos hallamos en presencia de un homicidio consumado. En la segunda solución debemos considerar que existen dos conductas: tentativa de homicidio en concurso *real* (art. 55) con homicidio culposo.

Creemos que cualquiera de las soluciones no se puede dar a priori, sino averiguando en el caso si existió o no el *dolus generalis* que abarcará la totalidad de conducta: de haber existido habría existido una sola conducta dolosa, de no haberlo se tratará de un concurso real de tentativa con delito culposo, si la conducta está así tipificada. En los ejemplos dados, si desde el comienzo de la conducta se concibió matar y ocultar, estaremos frente a un delito consumado, siendo indiferente que el resultado se haya producido en otro de los momentos de la unitaria programación de la causalidad. En lugar si la idea de ocultar surge cuando cree que se consumó la muerte, habrá una nueva programación, una nueva conducta y, en tal caso, un concurso¹⁶⁹.

¹⁶⁷ WELZEL, 74; JESCHECK, 252; RUDOLPHI, 116; MAURACH, 282; SCHULTZ, I, 137.

¹⁶⁸ JESCHECK, ídem; MAURACH, ídem.

¹⁶⁹ Cfr. JESCHECK, loc. cit.; WELZEL, ídem; DÖHNA, *Aufbau*, 18; LISZT-SCHMIDT, 1927, 252 (nota 7); HIPPEL, II, 337; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 459; MAYER, H., 1953, 249; del mismo, *Das Problem der sogenannten dolus generalis*, en JZ, 1956, 109-112; SCHMIDHÄUSER, 317; BAUMANN, 401; SCHWARTS, OTTO-DREHER, EDUARD, StGB, 1968, München, 267; STRATENWERTH, 101; RUDOLPHI, 116.

La posición que resuelve todos los supuestos como concurso de tentativa del tipo doloso con tipicidad culposa¹⁷⁰, pasa por alto esta diferencia que se da en lo óntico y que condiciona su captación típica¹⁷¹.

En rigor, lo que acontece es que hay supuestos de *dolus generalis* en que el dolo regentea toda una conducta única, y supuestos en que no puede existir ese dolo "general", porque no hay una conducta, sino dos o más, que necesariamente habrá que juzgar en concurso real.

En cuanto a los supuestos que no son de *dolus generalis*, o sea, en que hay dos conductas, por descontado que el concurso tendrá lugar siempre que haya un tipo culposo y que la conducta culposa llene los requisitos de esa forma de tipicidad. Así, en los ejemplos tradicionales, suponiendo que la idea de arrojar a la víctima al agua o de colgarla surja después de la conducta que se creyó homicida, no podrá haber concurso con homicidio culposo si se prueba que la víctima se hallaba en un estado de muerte aparente que sólo un profesional podía diagnosticar.

Igualmente, la primera conducta en tales casos debe ser dolosa de homicidio para quedar en grado de tentativa. Si el autor actuó con dolo de lesiones solamente, pero la muerte deviene culposamente porque el autor creyó que le había dado muerte y arrojó el cadáver al río para ocultar el hecho, muriendo la víctima por asfixia, no habrá homicidio preterintencional, puesto que éste es un supuesto especial de concurso ideal, en tanto que en ese caso el concurso de lesiones dolosas y homicidio culposo es real.

A nuestro juicio, la denominación "dolus generalis" es equívoca y peligrosa, siendo conveniente hallar otra, que puede ser "*anticipación o retardo del resultado dentro de la programación*", que se nos ocurre connota exactamente el concepto que pretendemos caracterizar.

Por el contrario, no serán supuestos comprendidos dentro de esta connotación —debiéndose resolver por culpa o por las reglas del concurso— todos aquellos en que el resultado *se adelanta o atrase fuera de la programación primera* (se adelanta fuera de ella el disparo del arma durante el acto preparatorio; se atrasa fuera

¹⁷⁰ Así MAURACH, 281-2; FRANK, *StGB*, 1931, 197-8; HARTUNG, FRITZ, *Anmerkung al Urteil des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone* del 24 agosto, 1948, en "Süddeutsche Juristen Zeitung", 1949, 64-9; ENGISCH, KARL, *Untersuchungen*, cit., 72.

¹⁷¹ Cfr. JESCHECK, op. et loc. cit.; MAYER, H., en *JZ*, 1956-109, nota 2.

de ella, cuando la muerte es consecuencia de otro acto programado luego).

Los errores sobre el curso causal son difíciles de resolver en ciertos casos y no pueden darse regla fijas al respecto. Se suele decir que hay un error "inesencial" y carente de significación para el dolo típico, cuando "se mantiene dentro de los límites de lo previsible conforme a la experiencia vital general y no justifica otra apreciación del hecho"¹⁷².

Weber sostuvo que en el "caso en que una conducta dolosa no conduce al resultado, sino que éste sobreviene por una nueva cadena causal no dolosa, habrá un delito doloso de resultado, pues de cualquier modo la primera conducta es causal y la causalidad y el dolo resultan allí coincidentes"¹⁷³. Esta afirmación es insostenible pues conduce a un *versare in re ilícita*¹⁷⁴. Por ejemplo, no puede darse relevancia jurídica para el dolo a una errónea apreciación de la causalidad cuando hay un convencimiento contrario al empírico (formas de pensamiento mágico, cultos diabólicos, etc.). Estas formas de pensamiento sólo excepcionalmente pueden tener relevancia para el dolo, particularmente en el caso en que el sujeto pasivo tiene iguales convicciones culturales. Piénsese que por esta vía se puede cometer un homicidio por medios psíquicos (el cardíaco supersticioso a quien se le dibujan signos anunciadores de la muerte o imitan aullidos o gritos de aves nocturnas) o una instigación al suicidio. Este género de apreciación mágica o anti-empírica puede provocar errores invencibles incluso de prohibición. Tal es el caso de la mujer y su hija que apuñalaron a otra en Cuba, a principios de siglo, convencidas de que la víctima las estaba matando por medio de brujerías, "depositando en la puerta de su casa distintos *embós*, compuestos de maíz tostado, polvos, plumas y otras cosas que ellas creían firmemente con poder para causar la muerte de una persona"¹⁷⁵. Entendemos que este caso debe encuadrarse como error de prohibición (defensa putativa) y allí volveremos sobre él.

342. Error sobre agravantes y atenuantes. Quien supone la presencia de una circunstancia que pertenece a un tipo calificado agravado, el tipo objetivo que cumple es el de menor gravedad y la falsa suposición no puede contar porque carece de substrato objetivo: quien mata a un tercero a quien tuvo toda la vida como su padre y, en realidad no lo es, comete un homicidio simple. Del mismo modo, si se ignora una circunstancia agravante, la mayor

¹⁷² Así, el Tribunal Federal Alemán, cit. por WESSELS, 51-52.

¹⁷³ WEBER, *Aufbau*, 16-17.

¹⁷⁴ V. infra, § 372.

¹⁷⁵ HENRÍQUEZ, ENRIQUE C., *Crímenes de la brujería. La sugestión criminal en los ignorantes fanáticos*, Bs. As., 1970, 129-130.

gravedad del tipo objetivo no queda abarcada por el dolo, de modo que también en este supuesto lo que se cumple es el tipo básico. El que mata a su padre sin conocer el vínculo comete un homicidio simple.

Pero el problema se complica seriamente cuando nos hallamos frente a circunstancias de atenuación, aunque no en el caso en que se ignore una circunstancia atenuante. En este supuesto, el tipo objetivo será siempre el atenuado y ello pone una valla infranqueable para sostener cualquier otra solución. El caso que ofrece las mayores dificultades es precisamente el contrario, es decir, cuando se supone erróneamente la existencia de circunstancias de atenuación que no existen. En estos casos se cumple un tipo objetivo más grave y también se lo hace con dolo realizador de ese tipo.

Así, por ejemplo, quien ignora que la moneda que falsifica es moneda de curso legal en la República, creyendo que es moneda extranjera, realiza objetiva y subjetivamente el tipo de falsificación de moneda. Si se trata de un grabador que participa de un grupo de falsificadores y le incumbe la tarea de hacer parte de un grabado que cree corresponde a un billete de dólar, pero resulta idéntico a un grabado parcial de un billete nacional, para el que lo destinan sus co-autores, está realizando el tipo de falsificación de moneda, tanto objetiva como subjetivamente. El tipo objetivo de falsificación de moneda extranjera no lo habrá realizado, de modo que no podrá ser típica de ese delito consumado su conducta de falsificar moneda.

A esto suele agregarse la consideración de que en este supuesto, aparte del delito de falsificación de moneda, habrá una tentativa de falsificar moneda extranjera¹⁷⁶. Para evitar todas estas consecuencias, se sostiene que, en el caso de falsa suposición de atenuantes, las circunstancias atenuantes deben ser consideradas subjetivamente, o sea, lo que se ha denominado la "solución psicológica" del caso, fundada en que el sujeto activo se encuentra en la misma "situación psicológica" que si efectivamente se hubiesen dado las circunstancias atenuantes¹⁷⁷. Esta subjetivización de las atenuantes, que permite resolver el caso como de falsificación de moneda

¹⁷⁶ Así MAURACH, 277.

¹⁷⁷ Así SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1109; JESCHECK, 249; MAURACH, 277; sobre ello, HALL, KARL ALFRED, *Irrtum über Strafmilderungs und Strafhöhungsgründe*, en "Fest. f. Maurach", 1972, p. 107; KÜPER, WILFRIED, *Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründe*, en GA, 1968, 234-5.

extranjera, ya había sido postulada como solución antes de la enunciación completa de la teoría ¹⁷⁸.

El StGB vigente establece en su § 16 n° 2 lo siguiente: "Quien en la comisión del hecho admite erróneamente circunstancias que hubiesen realizado el tipo de una ley más benigna, podrá ser penado sólo por la comisión dolosa, conforme a la ley benigna". No se trata de la consagración de la teoría de la subjetivización de las atenuantes, porque bien puede explicarse la disposición por otro camino. Welzel parece no admitir la teoría de la subjetivización y llevar el problema a la culpabilidad, de la manera que lo haremos aquí ¹⁷⁹.

Otro caso análogo sería el del sujeto que cree estar cometiendo una extorsión atenuada (art. 169 CP) porque la lleva a cabo mediante amenazas de imputaciones contra el honor, pero el sujeto ignora que la cónyuge del extorsionado está padeciendo una gravísima enfermedad cardíaca y que en caso de concretar la imputación, con casi certeza le provocaría la muerte, es decir, que en los hechos está amenazando al sujeto pasivo con la muerte de su cónyuge, o sea que está incurriendo en la tipicidad objetiva del art. 168. Otro supuesto es el de la mujer que cree cometer infanticidio y por error mata a un niño que no es el suyo ¹⁸⁰.

En algún momento hemos creído que era el mismo supuesto el controvertido caso de quien tiene acceso carnal con una mujer menor de doce años, creyendo que tiene trece años, es decir, quien incurre en una tipicidad objetiva de violación con dolo de estupro. La jurisprudencia es bastante desconcertante en este supuesto, porque entiende que se trata de un delito de estupro, pero sin explicar la razones, en tanto que otro sector minoritario sostiene la impunidad de la conducta. Nosotros lo encuadramos dentro de la falsa suposición de atenuantes, por creer que la violación impropia era el tipo básico y el estupro un tipo privilegiado. La inteligente investigación del tema llevada a cabo por Sancinetti, nos convenció de la solución contraria, es decir, que el tipo básico es el estupro y que la violación impropia es, en parte, un tipo calificado agravado, por lo que el caso debe resolverse conforme a las reglas de la ignorancia de circunstancias agravantes ^{180 bis}.

¹⁷⁸ Así, BINDING, *Lehrbuch*, p. 32; FRANK, *StGB*, parág. 217, VI.

¹⁷⁹ WELZEL, 183.

¹⁸⁰ Ejemplo proporcionado por MARCELO SANCINETTI en *Estupro y estupro impropio (violación). Un caso polémico de error sobre la edad de la víctima*, en DP, 1978, pp. 334 y ss.

^{180 bis} V. los distintos criterios, incluyendo el que hemos rectificado, en SANCINETTI, loc. cit., y el impecable análisis de las relaciones entre los tipos del art. 120 y del inc. 1º del art. 119.

La tesis de la subjetivización de los atenuantes nos llevaría a la conclusión de que una conducta que llena los requisitos objetivos y subjetivos de un tipo penal, es decir, que es perfectamente típica del tipo básico, resultaría típica de un tipo privilegiado, sólo porque el sujeto imaginó una circunstancia que no existía. Creemos que en modo alguno puede alterarse la tipicidad objetiva en razón de un error consistente en agregar circunstancias imaginarias en la tipicidad subjetiva. No obstante, no creemos que el error sea irrelevante ^{180 ter}, sino que entendemos que debe aplicarse la pena que corresponde al delito del tipo privilegiado, pero no porque la solución pueda hallarse en el campo de la tipicidad, donde el tipo básico se ha perfeccionado, sino en el de la culpabilidad, en función de una interpretación analógica *in bonam partem* de la disposición del inc. 1º del art. 34 CP, impuesta por el principio de culpabilidad. Ello surge de que a nadie puede imponérsele una pena mayor que la correspondiente al grado de injusto que creyó cometer, porque no es posible reprocharle la comisión de un injusto más grave, cuando, por falsa suposición de circunstancias atenuantes, creía estar incurriendo en un injusto menos grave.

La solución es perfectamente admisible dentro de nuestro derecho penal positivo, porque si el inciso 1º del art. 34 del CP no pena al que por error no pudo comprender la "criminalidad" de su conducta, queda claro que pena al que pudo comprenderla, pero la lógica indica que no le habrá de penar más allá de la medida correspondiente a la magnitud del injusto que creyó cometer, lo que en el caso concreto se resuelve aplicando la pena que corresponde al tipo privilegiado, que fue el que el sujeto creyó cometer y el que da la medida del injusto que pudo comprender. La expresión misma que usa nuestra ley ("criminalidad del acto" y no sólo "antijuridicidad"), referiría siempre la conducta a un tipo, lo que viene a confirmar la interpretación que sostenemos ¹⁸¹.

Nós inclinamos por esta solución y, por ende, rechazamos la teoría de la subjetivización de las atenuantes, porque afirmar la tipi-

^{180 ter} Así lo entienden FRAGOSO, *Lições*, p. 193; ASSIS TOLEDO, FRANCISCO DE, *O erro no Direito Penal*, S. Paulo, 1977, p. 63. Entendemos que la solución es correcta a nivel de tipicidad, pero que olvida sus consecuencias en el plano de la culpabilidad y viola de esta manera el principio de culpabilidad.

¹⁸¹ Cfr. KAUFMANN, ARMIN, *El código penal argentino: art. 34 inc. 1º y el error de prohibición*, en "Actas", Univ. de Belgrano, Bs. As., 1973, pp. 206 y ss.; sobre el tema, también, AGUDELO BETANCUR, NODIER, *Error sobre circunstancia atenuantes y disminuyentes*, en "Nuevo Foro Penal", N° 3, abril-junio de 1979, pp. 63 y ss.

cidad de una conducta en su mero aspecto subjetivo, con el endeble argumento de que el estado psíquico del sujeto es igual al que se daría si realmente existiesen las circunstancias atenuantes, nos parece sumamente peligroso, dado que, de ser así, se estaría afirmando una tipicidad imaginaria, lo que dejaría abierto el camino para revertir el argumento.

Por otra parte, el error del autor favorecería al partícipe, que pese a saber que las circunstancias atenuantes no existían, debería ser considerado también partícipe del injusto menor, lo que es inadmisibile.

Cabe consignar que la misma solución debe imponerse a cualquier caso en que el sujeto acepte erróneamente el supuesto de un injusto menor por un error sobre el dominio del hecho, el sujeto se cree partícipe y es coautor, porque ignora que tiene el dominio del hecho, creyendo que se halla sólo haciendo un aporte no indispensable para la realización del mismo. Su conducta deberá ser considerada típica de co-autoría, pero sólo se le podrá aplicar la pena del cómplice, en razón de que sólo pudo comprender la antijuridicidad correspondiente a la complicidad.

343. Delimitación del error de tipo y el error de prohibición.

En los tipos dolosos, la incongruencia genera un supuesto de atipicidad que se denomina "error de tipo". Cuando el aspecto cognoscitivo del tipo no abarca el aspecto objetivo en la forma típicamente requerida, la conducta no será dolosa, no habrá dolo y será atípica. Este error de tipo es diferente del *error de prohibición*, que interesa a la culpabilidad, y cuyos efectos son otros. En tanto que el error de tipo recae sobre el aspecto objetivo del tipo, el error de prohibición recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad ^{181 bis}. Como la antijuridicidad no pertenece al tipo, el conocimiento de la objetividad de éste no la abarca ¹⁸².

Ejemplos: Si en una cacería confundo a un cazador con un oso y disparo, estoy en un error de tipo, porque me equivoque sobre lo que objetivamente requiere el tipo objetivo del art. 79, y, consiguientemente, como no sé que estoy matando a un hombre, sino que creo que mato a un oso, no puedo estar realizando una acción final de matar a un hombre,

^{181 bis} En uno y otro no importa que sean errores *juris* o *facti* (cfr. DOHNA, *Aufbau*, 17).

¹⁸² Weber, pese a que parte de la teoría de los elementos negativos del tipo, excluye el conocimiento de la antijuridicidad del ámbito del error de tipo (*Grundriss*, 61).

sino una acción final de matar a un oso, que no puede importar dolo de homicidio. Estoy en un *error de tipo*.

En lugar, si creyendo que me atacan con propósito homicida, repelo la agresión matando, estaré en un error sobre la prohibición; creo estar realizando una conducta permitida, cuando en realidad la agresión no existió, sino que fue el producto de una broma. Aquí mi conducta final será de homicidio o de lesiones, sin lugar a dudas, y será dolosa porque poseo todos los elementos del tipo objetivo, sólo que no poseo el conocimiento de la antijuridicidad de mi conducta, pero ese es un problema que hace al reproche, porque el conocimiento de la antijuridicidad no agrega nada al dolo como tal, del mismo modo en que la antijuridicidad no añade nada a la tipicidad: ello obedece a que el dolo pertenece a la tipicidad, que se halla en un plano analítico inferior a la antijuridicidad. Una conducta es típicamente dolosa de homicidio, de robo, etc., tanto si su autor sabe que es antijurídica como si lo ignora. *Ese problema incumbe a la culpabilidad y da lugar al error de prohibición.*

El error de tipo no es, pues, otra cosa que la falta de representación ("figura de imaginación" *Vorstellungsbilde*) requerida por el dolo, derivándose su concepto en forma directa de la desarrollada concepción del dolo¹⁸³, o sea, un dolo que para nada ha menester de la pertenencia del conocimiento de la antijuridicidad (dolo avalorado).

La adecuada reubicación del dolo en el tipo subjetivo, al par de otras ventajas, permite un mejor tratamiento del error, como lo hace toda la corriente que adopta una sistemática finalista (aunque no comparta ese concepto de acción)¹⁸⁴, en tanto que parte del causalismo pretendió dar al error una solución unitaria, como consecuencia de la ubicación del dolo (desvalorado) en la culpabilidad¹⁸⁵. Conforme a esta posición se pretende que cualquier error "esencial" elimina el dolo, dejando subsistente la culpa en caso de ser vencible. Semejante concepto conduce, entre otras cosas, a admitir la tentativa culposa¹⁸⁶, que es un engendro lógico. Este criterio predomina en la Argentina —tanto doctrinaria como jurisprudencialmente¹⁸⁷— aunque sin unidad respecto del requerimiento de la consciencia de la antijuridicidad en el dolo. Se agrega la distinción entre "error de he-

¹⁸³ Cfr. JESCHECK, 246.

¹⁸⁴ Cfr. WELZEL, 76; JESCHECK, loc. cit.; MAURACH, 274 y ss.; STRATEN-WERTH, 85 y ss.; BUSCH, RICHARD, *Über die Abgrenzung von Tatbestands und Verbotsirrtum*, en "Fest. für Mezger", München und Berlin, 1954, 165-181 (167); DOHNA, *Aufbau*, 1941, 17-9; NIESE, W., op. cit., 13 y ss.; WEBER, *Grundriss*, 61 y ss.; CURY URZÚA, 80 y ss.; etc.

¹⁸⁵ Así MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 303 y ss.; MEZGER-BLEI, 188 y ss.

¹⁸⁶ Así lo admite expresamente BOCKELMANN, PAUL, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957.

¹⁸⁷ V. SOLER, op. cit.; FONTÁN BALESTRA, II, 285; NÚÑEZ, II, 112 y ss.; DE LA RÚA, *Código Penal Argentino*, 1972, 385 y ss.

cho" y de "derecho"¹⁸⁸, aunque, como ya hemos visto, para paliar el *error juris nocet*, se asimila el error de derecho extra-penal al error de hecho¹⁸⁹, aunque sin ningún asidero legal dentro de la interpretación que se da al inc. 1º del art. 34 CP. Tampoco se aclara la razón de la no punibilidad de la "tentativa culposa", toda vez que conforme al manejo unitario del error habría que concluir en su punición (que la ley no la sanciona no es una respuesta dogmática).

Es interesante consignar que hace casi un siglo, Joaquín Costa había distinguido entre el error en el fin y el error en los medios (que sería nuestro error de tipo) y error en la relación entre el derecho y el acto a ejecutarse (que sería nuestro error de prohibición)¹⁹⁰.

Los efectos del error de tipo y del error de prohibición son diversos, porque en tanto que el primero elimina el dolo, el error de prohibición sólo puede (en caso de ser invencible) llegar a eliminar la culpabilidad.

El error de tipo *siempre* da lugar a atipicidad dolosa (ya hemos visto en qué condiciones). No obstante, esto no implica que la acción reste invariablemente atípica: será siempre atípica del tipo doloso de que se trate, pero resta la posibilidad de que sea típicamente culposa. A este respecto, cabe distinguir el error de tipo en *vencible e invencible*.

De la Rúa sostiene que "debe corregirse la regla de que si el error es esencial y culpable se excluye la responsabilidad a título de dolo restando la culposa si el tipo está previsto". Dice que ese principio es válido siempre que no se trate de un error de génesis dolosa. Ejemplifica el "error de génesis dolosa" con el siguiente caso: "A, guía alpino, que odia a B, su cliente, omite mirarlo para ignorar que eventualmente se encuentra en peligro y no salvarlo; B corre el peligro y muere, ignorándolo A"¹⁹¹. Aquí no hay ignorancia penalmente relevante porque no hay ignorancia esencial: el curso causal se desarrolla en forma prevista, ignorando el autor sólo los detalles del mismo que son secundarios a sus fines (el momento de la muerte, la naturaleza del peligro, etc.). Para el dolo es indiferente que el sujeto que arroja a otro desde un puente al río se quede a mirar si se ahoga o no y en qué momento muere.

Habrá *error vencible de tipo* cuando el sujeto, aplicando el cuidado debido, podía salir del error en que se hallaba y, por ende, no causar el resultado. En estos supuestos, si existe el correspondiente tipo culposos, será culposos la conducta.

¹⁸⁸ C. Crim. Cap., JA, 60-623.

¹⁸⁹ V. LL, 72-10; LL, 62-274; LL, 111-424.

¹⁹⁰ COSTA, JOAQUÍN, *Teoría*, cit., p. 193 nota 1.

¹⁹¹ DE LA RÚA, op. cit., 387-8.

En lugar habrá un *error invencible de tipo* cuando el sujeto, habiendo aplicado el cuidado debido, no hubiese podido salir del error en que se hallaba y, por ende, evitar el resultado. En este supuesto la conducta será atípica aunque exista el tipo culposo.

- Sintetizando:*
- 1) *El error de tipo excluye siempre la tipicidad dolosa (sea vencible o invencible);*
 - 2) *Cuando es vencible habrá tipicidad culposa si existe el respectivo tipo culposo;*
 - 3) *Cuando es invencible elimina también la tipicidad culposa de la conducta.*

Se suele distinguir entre error “esencial” e “inesencial”. Con ello quiere connotarse qué error es penalmente relevante y cuál no lo es. Creemos que esta clasificación carece de sentido dogmático, pues no hace más que etiquetar problemas de diferente modo. El error de tipo será penalmente relevante cuando excluye al dolo, lo que se sabrá conforme al desarrollo del concepto de dolo. Los problemas no se solucionan llamando “esencial” al primero e “inesencial” al segundo.

Resta insistir en que no se puede ni debe identificar al error de tipo con el “error de hecho” y al error de prohibición con el “error de derecho”. Ambos conceptos son por entero diversos y su asimilación resulta incorrecta.

Si bien no tiene caso hablar de error *juris* y *facti*, porque nuestra ley —como vimos— no recepta esta división, lo haremos para mostrar que la identificación es errónea. Un error de tipo puede ser tanto un error *facti* como un error *juris*. Será error de tipo y “de hecho” el del ejemplo ya puesto del cazador de osos. Inversamente, hay error de tipo y “de derecho” cuando el error recae sobre un elemento normativo del tipo penal (la ajenidad de la cosa en el hurto, por ejemplo).

Hay un error de prohibición y “de derecho” cuando un nativo del Estado de Veracruz comete adulterio en la Argentina, ignorando que aquí es delito lo que en su Estado no lo es. Inversamente, en el ejemplo ya enunciado de la defensa putativa contra la inexistente agresión de un bromista, se tratará de un error de prohibición que será error “de hecho”¹⁹². Dicho sea esto en líneas generales, dejando librados los límites del error “de hecho” a quienes sostienen esa dicotomía¹⁹³.

¹⁹² Cfr. DOHNA, *Aufbau*, 1941, 16.

¹⁹³ MEZGER pretende superar el escepticismo acerca de la posibilidad de distinguir entre error de hecho y de derecho, manifestando que el primero finca en una “valoración sensorial” (*Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, en “Fest. für Kohlrausch”, 181).

344. El error de tipo por incapacidad psíquica. Hasta aquí nos hemos ocupado del error de tipo, suponiendo que se trata de un autor psíquicamente capaz de delito. No obstante, puede darse que el autor padezca una incapacidad psíquica que le impida reconocer los elementos del tipo objetivo.

Eso sucede, por ejemplo, en muchos casos de esquizofrenia, como resultado del "autismo"¹⁹⁴. En estos casos, el sujeto vive en un mundo psicótico, subjetivo, totalmente separado del mundo real, objetivo. Si esta escisión entre el universo psicótico y el objetivo es de entidad tal (grado de autismo), que le impide reconocer los elementos del tipo objetivo, nos hallamos con una conducta que no será dolosa, sino atípica.

Para que haya conducta típica de un inimputable, es menester que la perturbación de la actividad consciente del individuo no llegue a un grado tal que le impida el reconocimiento de las circunstancias del tipo objetivo. Cuando sucede esto, no hay conducta típica de un inimputable, sino *conducta atípica*.

Hay relatos de incendios de manicomios en que los esquizofrénicos tuvieron que ser llevados por la fuerza, porque de lo contrario se dejaban morir. Cuando un individuo con ese grado de autismo confunde un árbol con un hombre —o el maniquí del ejemplo de Welzel— y le daña, nos hallamos ante un claro supuesto de atipicidad, pudiendo funcionar la medida de internación. Un ejemplo literario de error de tipo psíquicamente condicionado es el del Dr. Else, personaje del cuento "Los destiladores de naranja", de Horacio Quiroga, que en su *delirium tremens* golpea con un leño a su hija hasta matarla, creyendo que es una rata gigantesca.

Debe quedar claro que si el sujeto se coloca en estado de incapacidad psíquica en forma en que le resulte previsible la producción del resultado típico y, dadas también las demás características de la tipicidad culposa, no por aplicación del principio "actio libera in causa" —que rechazamos— sino por mera aplicación de los principios de la tipicidad culposa, corresponde responsabilizarle penalmente por el hecho típico así cometido.

345. El error de tipo en el código penal argentino. Conforme a la interpretación que hemos efectuado del art. 34, inc. 1º, el error y la ignorancia a que se refiere este inciso puede recaer sobre el tipo objetivo como sobre la antijuridicidad o sea que *la diferencia entre ambos debemos establecerla atendiendo al concepto legal de dolo* (art. 42): cuando el error recae sobre elementos que deben tenerse en cuenta para elaborar la finalidad típica de la acción,

¹⁹⁴ V. ZAFFARONI, *La capacidad psíquica de delito*, cit.

habrá error de tipo; cuando recae sobre elementos que no hacen a la finalidad típica de la acción, sino a la antijuridicidad de la misma, será un error de prohibición.

α) Es posible que haya un error de tipo que aparentemente no afecte la finalidad típica de la acción: es el error sobre las circunstancias de la conducta. Aparentemente esto resulta contradictorio con nuestro desarrollo, pero no es así¹⁹⁵. Es verdad que el requerimiento de conocimiento de las circunstancias de la conducta no se desprende del concepto *general* del dolo, pero en *cada caso* se desprenden del dolo típico *de ese caso*. El “fin de realizar un tipo objetivo” es un concepto general que clama por su particularización en cada caso, la que surge del tipo de que se trate. Siempre una conducta humana se da en ciertas circunstancias pudiendo prohibírsela en cualquiera de ellas (caso en que el tipo no las describe). Cuando el tipo no las describe, ello no significa que suponga que la acción se da en el vacío. Tan cierto es esto que, cuando no las releva en la tipicidad, las toma en cuenta en la pena (“las circunstancias de tiempo, de lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad”, art. 41, inc. 2º).

β) Hemos visto que para nosotros el concepto de dolo surge del art. 42, CP. No negamos que en el art. 34, inc. 1º está incluido también el momento cognoscitivo del dolo. Es incuestionable que allí está, sólo que no como reverso del “error de hecho”, de que la ley no habla. Del referido inciso no puede averiguarse qué aspectos hacen a este momento cognoscitivo y esta imposibilidad surge, precisamente, de que en este inciso están todos los momentos cognoscitivos del delito, un tanto *totum revolutum*, pero sin embargo todos¹⁹⁶.

A los constructores del dolo a partir del mismo inciso por la vía tradicional, les objetamos que pasan por alto la “inconsciencia”, que es supuesto de ausencia de conducta y no de inculpabilidad, no pudiendo explicarse tampoco qué pasa con la culpa: ¿hay una inimputabilidad diferente para el delito culposo?¹⁹⁷.

El inc. 1º del art. 34 requiere una serie de momentos cognoscitivos, todos como posibilidad de conocimiento o comprensión (porque es una disposición que rige para todas las formas típicas), en tanto que la efectividad y actualización necesarias al dolo son requeridas en general por el concepto que surge del art. 42 y particularizadas a través del tipo de que se trate: si no alcanzo cierto conocimiento y cierto grado de actualización de ese conocimiento, mi acción no puede tener cierto fin. Quien obra con error respecto a las *circunstancias* que pertenecen al tipo penal *no sabe lo que hace*

¹⁹⁵ Otra opinión, CORDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, 79-80.

¹⁹⁶ V. ZAFFARONI, *El concepto mixto de tipo y la ley penal argentina*, cit.

¹⁹⁷ Cfr. BACIGALUPO, *Culpabilidad, dolo y participación*, 46-7.

(cree disparar sobre un árbol, pero lo hace sobre un hombre que en la oscuridad parecía un árbol)¹⁹⁸.

Quien *no sabe que está matando a un hombre, no tiene el fin de matar a un hombre*. El “fin” de la conceptualización general del art. 42 es el que nos señalará cuántos y cuáles conocimientos (y de qué modo) deben hacer al dolo: los necesarios y en la forma necesaria para que el sujeto pueda tener el fin de realizar el tipo de que se trate.

Entendemos que en nuestro texto no podemos ni tenemos necesidad de construir el dolo y el error de tipo siguiendo los pasos de los autores alemanes sobre su StGB¹⁹⁹. Ellos han partido del § 59 del StGB de 1871, que en la parte que nos interesa decía: “Si alguien, en la comisión de una conducta punible, no conoció la existencia de *circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal* o que aumentan la penalidad, no le serán imputadas estas circunstancias”. Todos los autores que siguieron la teoría de la culpabilidad (la “consciencia de la antijuridicidad” pertenece a la culpabilidad y no al dolo), sea que ubiquen al dolo en la culpabilidad o en el tipo, entendieron que el error del § 59 StGB de 1871, es error de tipo²⁰⁰.

De cualquier manera, el § 59 StGB de 1871 y nuestro inc. 1° del art. 34 CP son diversos. Ya Hippel expresaba que “no es el error de hecho el que excluye al dolo, sino, según la expresión legal, el desconocimiento de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal”²⁰¹, y Busch se refiere claramente a las “circunstancias del tipo legal en el sentido del § 59”²⁰². Más contundente todavía es Dohna, quien dice que “el § 59 habla de un error sobre circunstancias de hecho y no sobre hechos”²⁰³. En síntesis, los autores alemanes cargan el acento en que su texto no usa descarnadamente la expresión “de hecho”, sino “circunstancias de hecho pertenecientes al tipo legal”. Ello les permite la construcción del error de tipo sobre el § 59, en tanto que nuestro texto es bien diferente. Igual acento en la expresión del texto alemán pone la famosa

¹⁹⁸ BACIGALUPO, cit., 34.

¹⁹⁹ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 218-9, nota 24.

²⁰⁰ Así HIPPEL, ROBERT VON, *Deutsches Strafrecht*, Berlin, 1930, II, 331; SCHMIDT, EB., *Rechtsnot im Wirtschaftsstrafrecht und ihre Überwindung*, en “Süddeutsche Juristen Zeitung”, 1948-570/9 (574); FRANK, *Das StGB für das Deutsche Reich*, 5ª ed., Tübingen, 1908 (distinto de las anteriores; en igual sentido, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907); DOHNA, *Aufbau*, 1941, 16-7; BUSCH, RICHARD, *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, 1949, p. 29 y en “Fest. für Mezger”, p. 167; WEBER, *Grundriss*, 122-3; WELZEL, 72; MAURACH, 274-6; JESCHECK, 205 y ss.; NIESE, W., op. cit., 56-7; BOCKELMANN, PAUL, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 66; etc.

²⁰¹ HIPPEL, op. et loc. cit.

²⁰² BUSCH, op. cit. en “Fest. für Mezger”, 167.

²⁰³ DOHNA, op. cit., p. 16.

sentencia del *Oberlandsgericht* de Oldenburg, que inicia esta interpretación en la jurisprudencia ²⁰⁴.

Pese a ello, los autores alemanes no se niegan a buscar el concepto de dolo también en la fórmula de la tentativa. Por ej., Niese no ve otra cosa que dolo en el *Entschluss* del § 43 StGB de 1871 ²⁰⁵.

Como consecuencia de la interpretación dada al § 59 StGB de 1871, el error de prohibición debió construirse supralegalmente, porque “el error sobre la existencia de prohibición del hecho devenido no ha encontrado ninguna regulación en el StGB” ²⁰⁶ y su “teoría y práctica se encuentra con la falta de una regulación legal” ²⁰⁷.

Bacigalupo ensaya un camino paralelo al germano en la construcción del error de prohibición en nuestro derecho penal ²⁰⁸. Partiendo del supuesto de que todos los casos previstos en el art. 35 CP son errores vencibles de prohibición —lo que no creemos correcto— llega a afirmar supralegalmente que los errores invencibles excluyen la culpabilidad. Afirma también que cuando el error sea vencible se aplicará la pena del delito culposo, conforme al art. 35 CP, y si éste no existiere, la escala reducida en la tentativa ²⁰⁹.

Hay a nuestro juicio dos objeciones fundamentales que se pueden formular a esta construcción:

1) El inciso 1° del artículo 34 del Código Penal no tiene ningún parentesco con el § 59 StGB. Aquél se refiere al error, y al error sobre las “circunstancias de hecho del tipo legal”, éste se refiere a la capacidad de conducirse, a la capacidad general de conducirse de manera penalmente relevante y a la capacidad de culpabilidad. Tanto Bacigalupo como los intérpretes tradicionales tratan de limitar la amplitud de la disposición legal, que viene avalada por todos sus antecedentes históricos y que se desprende de la letra misma de la ley. Al retaceo de la interpretación tradicional que pretende hallar aquí una mera capa-

²⁰⁴ V. “Süddeutsche Juristen-Zeitung”, 1950-834/6, con nota de Eb. Schmidt (pp. 837-840). La síntesis de esa sentencia es la siguiente: “1. La conciencia del injusto del hecho no es parte del dolo, sino que es un elemento independiente de la culpabilidad paralelo al dolo. 2. El evitable error de prohibición es causa de atenuación de la culpabilidad y corresponde la aplicación de la causa de atenuación de la pena del § 51, ap. 2, del StGB” (el § 51 StGB 1871 en su ap. 1 establecía la fórmula de inimputabilidad y en el ap. 2 la de la imputabilidad disminuida, autorizando la aplicación de una pena disminuida en la forma establecida para la tentativa).

²⁰⁵ NIESE, op. cit., 21 y ss.

²⁰⁶ DOHNA, *Aufbau*, 1941, p. 41.

²⁰⁷ WEBER, *Grundriss*, 122. La disposición del proyecto alternativo reza: “§ 20. *Error de prohibición*. Quien en la comisión del hecho yerra sobre su antijuridicidad, actúa sin culpabilidad si el error no es vencible. Siéndole vencible el error, se le disminuye la pena conforme a la regla del § 61 párrafo 1” (el § 61,1. trata de “las particulares causas legales de atenuación”). V. *Alternativ eines Strafgesetzbuches, Allg. Teil*, 2. Auflage, Tübingen, 1966, pp. 10, 58 y 59; también el texto del § 21 del Proyecto oficial de 1962. Es análogo el § 17 del código vigente.

²⁰⁸ Op. cit. en NPP, 1, 1, 45 y ss.

²⁰⁹ “Relatos”, cit., 32-3 y op. cit. en NPP.

idad de culpabilidad, hemos opuesto la presencia de la voz "inconsciencia", que no se salva con la entelequia de la "inconsciencia parcial". Al retaceo que hace Bacigalupo le oponemos que en nuestro inciso el error debe hacer imposible la "comprensión de la criminalidad", en tanto que en el § 59 StGB de 1871 lo que el error provoca es el desconocimiento de "circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal". "Posibilidad de comprensión de la criminalidad", en nuestro texto, es una simplificación de comprensión de *Eingeschaften y Bedeutung*²¹⁰, abarcando pues, dos niveles: el *conocimiento que hace al dolo* y el *que hace a la culpabilidad*. Así, tanto desconozco la criminalidad de mi acto si creo estar tirando al blanco como si creo actuar en legítima defensa. Nuestro art. 34 inc. 1º no está limitado a ningún plano analítico, sino que abarca la *posibilidad cognoscitiva de todos ellos*. Es a partir del "fin" del art. 42 desde donde debemos averiguar cuáles corresponde al dolo.

2) Bacigalupo lleva adelante su interpretación siguiendo los pasos germanos y llega a afirmar que en los casos de error de prohibición del art. 35 sólo se atenúa la pena, agregando: "Si está previsto el delito como culposo la escala penal de éste determinará la atenuación. Si no lo está, será arbitrada por el juez, disminuyendo la escala penal de delito doloso de un tercio a la mitad"²¹¹, y cita los artículos 44 y 46 CP. Nos parece que en nuestro sistema esto es inadmisibles. La doctrina alemana construye su teoría del error de prohibición vencible como atenuante de culpabilidad y aplica la pena reducida de la tentativa, porque ésa es la que establece una fórmula general de la culpabilidad disminuida que se halla en el § 51, pero que nosotros no tenemos. No entendemos por qué se puede aplicar en el CP argentino la pena de la tentativa o de la participación. Por otra parte —y esto es lo más importante— el art. 35 establece para el caso de exceso la pena del delito culposo. Cuando no hay tipo culposo, no hay pena establecida y, por ende, *no puede aplicarse ninguna*. *El autor de una conducta dolosa que encuadra con el art. 35 sin que haya pena establecida para la conducta culposa equivalente, no puede ser penado con pena disminuida, sino que debe ser absuelto. Lo contrario viola el principio de legalidad, puesto que no hay pena legal establecida* (por ej., para quien excediéndose en la legítima defensa comete un delito de daño).

Por otra parte, nos parece que la construcción de la escala penal reducida que intenta Bacigalupo en su esfuerzo por encontrar justificación legal al error de prohibición sobre la base del art. 35, respetando

²¹⁰ V. el Proyecto Ruso y la Exposición de Motivos, supra, § 274.

²¹¹ "Relatos", loc. cit. Similar construcción ensayó Cerezo Mir en España ("Revista de Estudios Penitenciarios", 1964, 449 y ss.), pero no puede hacerse lo mismo sobre nuestro texto, porque el inc. 1º del art. 9º CC español es muy distinto de nuestro art. 35. El CP español dice: "art. 9º Son circunstancias atenuantes: 1º Todas las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos". De allí que en España se hable de "eximentes incompletas", cosa que no es posible hacer entre nosotros (V. por ej., QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1946, 155 y ss.).

el principio de legalidad no resulta muy racional. Si los supuestos del art. 35 son casos de error vencible de prohibición, y si a la letra de la ley, cuando no haya tipo culposo no se puede imponer pena por falta de pena legal, si extendiésemos analógicamente esta disposición, no habría razón para construir una pena atenuada en los restantes casos de tales errores vencibles para los que tampoco habría una pena disminuida.

En síntesis, entre nuestro planteo y el de Bacigalupo, pese a las diferencias, median algunas analogías. En principio, ninguno a ambos entendemos la expresión "de hecho" como excluyente del error "de derecho"; Bacigalupo entiende que quiere decir "de tipo" y nosotros creemos que es aclaratoria y referida sólo a la ignorancia. Ambos entendemos que el error del art. 34 inc. 1º no elimina la relevancia de comprensión de la antijuridicidad; Bacigalupo porque cree que abarca al error de tipo y nosotros porque creemos que los abarca a ambos. Por último, ambos creemos que en el art. 42 se halla un concepto de dolo, sólo que Bacigalupo opina que es insuficiente.

En cuanto a que el art. 34 inc. 1º abarca al error de tipo, no creemos que haya muchas dudas. Si alguna restase, bien puede pensarse también que la expresión "dirigir sus acciones" —que sin duda es sintética— admite distintas extensiones, por lo que, además de incapacidad de conducta y de culpabilidad, puede estar indicando la incapacidad para dirigir las acciones al fin propuesto, que puede provenir tanto de error (error de tipo) como de insuficiencia o alteración morbosa de las facultades (error de tipo psíquicamente condicionado). De cualquier manera, creemos que esta construcción sería sobreabundante.

En síntesis:

- 1) El artículo 34, inc. 1º CP. encierra todos los requerimientos cognoscitivos del delito en exigencia potencial, ya que comprende los delitos dolosos y culposos;
- 2) El error a que se refiere puede ser de hecho o de derecho, de tipo o de prohibición;
- 3) El grado de efectividad y, dentro de ésta, de actualidad del conocimiento que requiere el dolo, se deduce de la necesidad de ese conocimiento para el fin de realizar un tipo objetivo (art. 42);
- 4) Los particulares elementos cognoscitivos que hacen a la finalidad realizadora concreta de un tipo objetivo, deben extraerse en cada caso del tipo objetivo particular de que se trate;
- 5) El error vencible de tipo se sancionará cuando haya tipo y tipicidad culposa;

- 6) El error de prohibición es un problema de culpabilidad y la eliminará cuando sea invencible;
- 7) Cuando sea vencible habrá culpabilidad y, por ende, el delito será doloso y culpable, pudiendo reducirse la pena por efecto de la disminución del reproche, dentro de los límites legales fijados (arts. 41, 81, inc. 1º, etc.);
- 8) Cuando el error vencible de prohibición determine un exceso en la justificación (y sólo entonces) se aplicará la pena del delito culposo (art. 35 CP) y, en caso de no haberlo, no se aplicará pena alguna.
- 9) La "consciencia de la antijuridicidad" permanece en un plano potencial y no integra el dolo (art. 42), porque su existencia o inexistencia es irrelevante para el "fin" de realizar un tipo objetivo.

346. Delimitación del error de tipo de otras clases de error. Existen otras clases de error diferentes del error de tipo y del error de prohibición, que deben ser considerados a efectos de su correspondiente deslinde conceptual.

a) Uno de ellos es el llamado *error de subsunción*, en que el sujeto yerra sobre las características legales de la *tipificación* de su conducta. En cuanto a los elementos normativos, ya vimos la forma en que deben ser captados por el dolo, pero aquí no colocamos los errores sobre éstos, ni sobre los "conceptos complejos" cuya teoría se quiso construir en derredor²¹³, sino el error que recae sobre la tipificación misma, conociendo la antijuridicidad, al error sobre la característica legal del tipo. Así, llamamos error de subsunción al que comete quien cree que consuma hurto simple y comete hurto calificado debido a conocimiento erróneo de las disposiciones legales penales o de su alcance. En lugar, sería un error de tipo si lo creyera por haber errado acerca del conocimiento de alguno de los elementos del tipo objetivo (si cree que la cosa es de un particular y forma parte de un servicio público), que se resolverá según las reglas del error sobre agravantes.

El verdadero error de subsunción entendemos que es irrelevante a los efectos del dolo y, por ende, de la tipicidad. Su único efecto penal puede ser en cuanto al grado de culpabilidad (art. 41 CP).

²¹³ Tales intentos en: HIPPEL, op. cit., 138; WEBER, V. VON, en "Golt-dammer's Archiv.", 1953, 161; en contra de ellas se manifiestan expresamente: JESCHECK, 252, nota 80; KUNERT, HANS HEINZ, *Die normative Merkmale der strafrechtliche Tatbestände*, Berlín, 1958, 109.

β) Otro error que se distingue de los que tratamos es el *error sobre las causas de inculpabilidad*, del que nos ocuparemos allí.

γ) El error sobre las *excusas absolutorias* y sobre las *condiciones de procesabilidad* resulta irrelevante²¹⁴, aunque nada obsta a que sean tomados en cuenta para la individualización de la pena (art. 41).

III. — EL MOMENTO CONATIVO O VOLITIVO DEL DOLO

347. **Clases de dolo según este momento.** Toda vez que el dolo se identifica con la realización del fin típico, su momento conativo es la voluntad realizadora, que tanto abarca el fin propuesto como los medios elegidos²¹⁵. El dolo así entendido, o sea el que cae sobre el fin y los medios, es el dolo *directo*; el autor quiere *directamente* la producción de esos resultados.

Dentro del dolo directo podemos distinguir dos grados: α) el primero (o dolo inmediato) es en el que la voluntad abarca el resultado típico como fin “en sí”; β) el segundo (o dolo mediato), en que el resultado típico es una consecuencia necesaria de los medios elegidos²¹⁶.

La designación del dolo directo “de primer grado” y “de segundo grado”, también llamado “inmediato” y “mediato” la sigue ahora Blei, en tanto que Jescheck se refiere a “intención” para designar al dolo directo de primer grado (o inmediato) y “dolo directo” para el de segundo grado (o mediato). Stratenwerth prefiere llamar “dolo directo” tanto a la “intención” como al de segundo grado: “El dolo directo —dice— abarca tanto el objetivo mismo de la acción del autor como cualquier circunstancia o acontecimiento que se le aparece como condición o consecuencia necesaria de la obtención del objetivo”. El Maurach-Zipf parece seguir un criterio cercano al de Jescheck: “intención” y “dolos directus” (que da como sinónimo de “a sabiendas”). Wessels sigue estrictamente a Jescheck^{216 bis}. Preferimos el criterio terminológico de Blei porque evita confusiones, dado que “intención” suele confundirse con un elemento subjetivo distinto del dolo, en tanto que “a sabiendas” parece ser una fórmula que en las legislaciones latinas se emplea para excluir al dolo eventual.

²¹⁴ JESCHECK, 253; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 487 y bibliog. allí indicada. V. *infra*, § 494.

²¹⁵ Cfr. WELZEL, 66; STRATENWERTH, 105.

²¹⁶ MEZGER-BLEI, 182-3; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 466-7.

^{216 bis} V. BLEI, 104; JESCHECK, 238; STRATENWERTH, 106; WESSELS, 45; MAURACH-ZIPF, 325; en nuestros autores se suele hablar de dolo “directo” y “de consecuencias necesarias” (p. ej., TERÁN LOMAS, I, 501).

Quien elige como fin cobrar un seguro de vida y como medio la colocación de una bomba en el equipaje de un pasajero asegurado, abarca en su finalidad tanto la muerte del pasajero, el daño material al transporte aéreo, como la muerte de los otros pasajeros. Dicha voluntad no desaparece porque la causalidad se desarrolle de modo que imposibilite el fin, como si la bomba explota antes de ser embarcada y mata a los transportistas²¹⁷, aunque creemos que en tal caso ya no hay dolo directo. Habrá dolo directo cuando la muerte por explosión era el medio querido para la consecución del fin y era la necesaria consecuencia de ese medio querido²¹⁸. Aquí no se trata de una *aberratio ictus*, porque se elige un medio que causará la muerte de un número indeterminado de personas. En caso que la bomba explote con la máquina en vuelo y muera un número de pasajeros quedando vivo el asegurado, corresponderá considerar la existencia de una acción típica de homicidio consumada.

En todos estos casos el sujeto *quiere* directamente el resultado, aunque no lo *desea* o le resulte desagradable, como puede ser que no desee la muerte de todos los pasajeros del avión. No obstante, de la naturaleza del medio elegido se desprende que esa consecuencia necesaria es inmediatamente *querida*.

Distinto es el caso en que sólo *resulte posible* la consecuencia. Ello da lugar a la segunda gran clase de dolo: el *dolo eventual*. Aquí hay que poner cuidado en distinguir el fin de los resultados concomitantes que quedan abarcados en él como posibles y que, por consecuencia, también forman parte de él. El fin —*aunque no sea seguro que se lo logre*— siempre es querido en forma inmediata por el autor: es la característica del dolo directo, quien coloca una droga con fin homicida, sin estar por entero seguro de sus efectos tóxicos, actúa con dolo directo²¹⁹. En lugar, los resultados concomitantes son los que devienen de los medios elegidos y que pueden dar lugar a supuestos de *dolo directo* (en el caso en que sean necesaria consecuencia del medio), *dolo eventual* (en el caso en que sean consecuencia posible abarcada en la finalidad realizadora) o

²¹⁷ V. el caso "Thomas" en BINDING, *Normen*, II, 851, nota 1; JESCHECK, 240.

²¹⁸ Cfr. BINDING, *op. et loc. cit.*; JESCHECK, *ídem*; LENCKNER, THEODOR, *Zum Begriff der Tauschungsabsicht in § 267 StGB*, en NJW, 1967, 1890-5.

²¹⁹ Cfr. JESCHECK, 240; WELZEL, 66; del mismo, *Vorteilabsicht beim Betrug*, en NJW, 1962, 20-2; OEHLER, DIETRICH, *Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffes*, en NJW, 1966, 1633-9; ENGISCH, *Untersuchungen*, 1964, 141.

culpa con representación (en el caso en que fueren consecuencia posible que queda fuera de la voluntad realizadora).

La distinción entre dolo directo de segundo grado y dolo eventual finca en que en el primero el resultado se representa como necesario, en tanto que en el segundo se representa siempre como posible. No obstante, "debemos tener consciencia de que la previsión como necesaria del dolo mediato y la previsión como meramente posible del dolo condicionado, no tiene límites firmes. sin fluídos"²²⁰.

La fluidez de tales límites se pone de manifiesto en la diferente solución que se da al "caso Thomas" y al debate que el mismo promovió. Binding sintetizaba el caso de la siguiente manera:

"Alexander Keith, que se llamaba a sí mismo Thomas, instaló un aparato de relojería en el tonel con dinamita en un hotel de Bremen en el año 1875, en forma tal que en un tiempo determinado se soltase un fuerte perno de acero y golpease la dinamita, produciendo así una terrible explosión. Después de preparar Thomas el aparato de relojería y disponerlo en forma que debía operar luego de ocho días, transportó el tonel hasta el puerto de Bremen. Thomas quería hacerlo expedir en el vapor 'Mosela' el 11 de diciembre de 1875, con la intención de tomar grandes seguros en Inglaterra sobre el tonel, debiendo entonces explotar la máquina infernal entre Southampton y New York, después de lo cual podía cobrar su seguro no cubierto. En el manipuleo del tonel del carro al muelle del puerto de Bremen, delante del 'Mosela', se deslizó el voluminoso tonel de las manos de los trabajadores y resultó una terrible explosión. Ocho días después de la explosión recién se pudieron determinar las consecuencias de la misma: cincuenta y nueve muertos reconocidos, veinticuatro desaparecidos y cincuenta heridos; seis personas muertas a bordo del 'Mosela', veinte heridos allí. El 'Mosela' y el 'Simson', que estaba próximo, fueron gravemente dañados. Thomas había quedado en paz, pero la tarde del 11 de diciembre se disparó un balazo en la cabeza y murió algunos días después"²²¹.

Arthur Werner, cuya opinión sigue en Chile Cousiño MacIver²²², sostiene que Thomas actuó con dolo directo, en contra de otras opiniones que ven en el caso un supuesto de dolo eventual. Wegner argumentaba de la siguiente manera: "Thomas quería sólo tener la suma del seguro y con ello pasar él y su familia un agradable ocaso de la vida. Quizá esperó él un milagro: que después de la terrible explosión y de la destrucción del buque, aún la gente de mar y los pasajeros se salvaran. Pero nosotros no debemos mirar, naturalmente, hacia todos estos ribetes sentimentales, sino sólo hacia el conocimiento y la voluntad de matar. El sabía que ponía una fuerza causal incontrolable en dirección a la muerte de muchos hombres. Quien lanza una causa de muerte semejante sobre hombres, y sabe que sólo un milagro los podría salvar, es que

²²⁰ BLEI, 106.

²²¹ BINDING, *Normen*, II, 851.

²²² COUSIÑO MACIVER, 705.

quiere matarles”²²³. “Los errores sobre particularidades del curso causal —agregaba— no cambian en nada la consciencia de la cualidad causal, ni el conocimiento de que una causa conocida se ponía en movimiento con el comienzo de ejecución y con ello la voluntad así expresada”²²⁴. Concluía que Thomas había actuado con dolo directo: “Debemos reconocer —afirmaba— que en el dolo eventual se trata de casos completamente distintos. Thomas no quiso eventualmente sino principalmente matar a esos hombres”²²⁵.

No obstante, no creemos que Wegner y Cousiño MacIver lleven razón en su argumentación, aunque en principio parecería acertada. Nos fundamos para rechazar esta opinión en las mismas razones que hemos sostenido para solucionar el caso de la *aberratio ictus* de la forma en que lo hemos hecho. Es verdad que Thomas quería matar hombres y mató hombres, pero no eran los mismos hombres a los que quería matar, porque al menos en el relato del caso tampoco se dice si los menos, que murieron a bordo del “Mosela”, eran su pasaje o su tripulación. Thomas quería matar, con dolo directo de consecuencias necesarias o de segundo grado, a los ocupantes del buque, pero no a los cargadores, respecto de cuya muerte no cabe otra solución que el dolo eventual. La solución del “caso Thomas” con dolo directo o con dolo eventual, dependerá necesariamente de la solución que se dé a la “*aberratio ictus*”: Los sostenedores del principio de la suficiencia del género sostendrán el dolo directo; los que relevan la identidad del objeto —como lo hacemos nosotros— debemos sostener el dolo eventual.

Todo aquello que no sea el fin y las consecuencias necesarias y normales de los medios elegidos, queda fuera del querer inmediato, son resultados concomitantes que van a dar a un resbaladizo terreno donde, habiendo representación de los resultados como posibles, colinda el dolo con la culpa (dolo eventual y culpa con representación).

El dolo eventual —también llamado “dolo condicionado”²²⁶— se da cuando “*el autor tiene como seriamente posible la realización del tipo legal y con ella se conforma*”²²⁷, o sea, cuando el autor

²²³ WEGNER, ARTHUR, *Strafrecht, Allg. Teil*, Göttingen, 1951, p. 139.

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ *Idem*, p. 140.

²²⁶ V. JESCHECK, 240; del mismo, *Aufbau und Stellung des Bedingten Vorsatzes im Verbrechensbegriff*, en “Fest. für E. Wolf”, 1962, 473; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 341; MEZGER-BLEI, 183; STRATENWERTH, 104; BLEI, 106.

²²⁷ JESCHECK, *op. et loc. cit.*; WELZEL, 65; intervención de W. GALLAS en “Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission”, 12, Bonn, 1959, 121; GERMANN, O. A.: *Grundlagen der Strafbarkeit*, en ZStW, 1959, 157-180 (161); del mismo, *Vorsatzprobleme*, en “Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht - Revue Pénale Suisse”, 77, 1961, 345-415 (376); ROXIN, CLAUDIUS, *Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, en JuS, 1954, 53-61; SCHWARZ-DREHER, StGB, 1966, 241; BLEI, 106; BOCKELMANN, 86; WESSELS, 45; RUDOLPHI, 118.

acepta la posibilidad de la producción o, inversamente, cuando no confía en que no se produzca²²⁸. La prostituta que se sabe afectada por dolencia venérea en período de contagio, puede *aceptar la posibilidad* de contagiarse y tener una relación sexual, o bien confiar en que mediante unos lavajes este resultado se evite. En este último caso no habrá dolo.

Cabe advertir que lo que el autor debe aceptar es la *posibilidad del resultado o el resultado en tanto posible*, no el resultado en sí, porque en tal caso hay dolo directo.

El caso de los mendigos rusos²²⁹ sirve para aclarar este concepto. Se trata de unos mendigos que mutilaban niños para excitar la compasión. Dadas las características de las mutilaciones, algunos niños morían como consecuencia de ellas. Por supuesto que de saber los mendigos que esos niños morirían no les hubiesen mutilado, pues muertos no les servían, o sea que ellos *no aceptaban el resultado*, pero sabiendo que podían morir, llevaban adelante su conducta aceptando *la posibilidad de la producción del resultado*²³⁰. Distinto es si hubiesen confiado seriamente en evitarlo. En tal caso el resultado hubiese sido imputable y en nuestro sistema se hubiese resuelto como homicidio preterintencional.

El sujeto que tiene relaciones con una menor de 15 años sin preocuparle la edad de la menor, en realidad no desea que la menor tenga menos de 15 años, circunstancia que quizá le es indeseable por conocer que le puede acarrear posteriores problemas, pero en su actuar sin preocuparse por la edad está aceptando plenamente esta posibilidad (distinto es el caso del que tiene motivos para suponer que tiene 15 años o más, pues se trata de un error de tipo que, aunque fuere vencible, deja atípica la conducta, ya que no hay estupro culposos).

De este modo, *contar con la posible producción del resultado y confiar en que el resultado no se produzca* son dos conceptos excluyentes y complementarios, que marcan el límite entre el dolo y la culpa con representación. "Contar con la posible producción del resultado" significa tener en cuenta una seria posibilidad de realización y no una remota probabilidad. "Es más que una simple posibilidad y menos que una certeza absoluta"²³¹, que requiere "que el autor tome seriamente en cuenta el peligro", "que estime como relativamente alto el riesgo de realización del tipo"²³². Los casos

²²⁸ Cfr. WELZEL, 67.

²²⁹ LÖFFLER, ALEXANDER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig, 1895.

²³⁰ Distintas soluciones al caso en MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 347-8; MEZGER-BLEI, 185; GROSSMANN, HANS, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Hamburg, 1924, 78; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, V, 2ª ed., 625.

²³¹ WELZEL, 68.

²³² Cfr. JESCHECK, 242; STRATENWERTH, *Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit*, en ZStW, 1959, 51-71.

de dolo eventual requieren pues, consciencia del peligro concreto²³³, pero por sí misma no basta si no se complementa con su aceptación como probabilidad de resultado²³⁴.

Se han elaborado muchas teorías tendientes a explicar el dolo eventual, que se pueden clasificar de la siguiente manera: α) teorías que tratan de delimitarlo atendiendo a características *intelectuales* (o cognitivas); β) atendiendo a la voluntad; y γ) al *ánimo* (o sentimiento)..

α) El primer grupo de teorías, que atiende al grado de posibilidad representado²³⁵ se correspondería con la antigua teoría de la representación respecto del dolo. Considerar todos los casos en que hay representación o consciencia del peligro concreto²³⁶ como supuestos de dolo eventual, es inexacto, porque bien puede el autor confiar en que el resultado no se opere, dada la manera o modalidad de realización de su conducta (la prostituta blenorragica conoce el peligro concreto de contagio, pero confía seriamente en que lo evitará con un adecuado lavaje; el conductor que excede la velocidad permitida conoce el peligro de provocar un accidente, pero confía en evitarlo con su pericia). Un poco más adelante en cuanto a exigencia se halla la teoría de la *probabilidad*, sostenida por Hellmuth Mayer²³⁷, pero que se hace acreedora a iguales críticas.

β) El segundo grupo de teorías, en lugar, coincide con la vieja teoría que explicaba al dolo por la *voluntad*. Una de sus más conocidas variantes es la que considera al dolo eventual como una suerte de dolo directo hipotético²³⁸ (si hubiese tenido la certeza del resultado igualmente *hubiese* actuado). Piénsese en las erróneas soluciones a que conduce en el caso de los mendigos rusos de Löffler y en cualquier caso de conducta repetida en que el autor sabe que hay un porcentaje de probabilidad de que se produzca un resultado no deseado.

γ) En la teoría del *ánimo* o del *sentimiento* el dolo eventual revela un grado mayor de "indiferencia" por el bien jurídico que la culpa con representación²³⁹, o bien, un mayor grado de desprecio²⁴⁰. Se trata de teorías

²³³ Así SCHRÖDER, HORST, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, en "Fest. für Sauer", Berlin, 1949, 207-248; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 468; SCHMIDHÄUSER, *Der Begriff des bedingten Vorsatzes in der neuesten Rechtsprechung des BGH und in § 16 Komm. Entw. StGB Allg. Teil 1958*, en GA, 1958, 161-8. Cabe observar a estas opiniones que si bien el dolo eventual requiere esa consciencia, ella resulta necesaria mas no suficiente.

²³⁴ Una exposición completa de los criterios distintivos entre dolo y culpa en AMBROSIOUS, JÜRGEN, *Untersuchungen zur Vorsatzabgrenzung*, Berlin, 1966.

²³⁵ SAUER, WILHELM, *Grundlagen des Strafrechts umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie*, Berlin u. Leipzig, 1921, 618; BAR, LUDWIG VON, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Berlin, 1907, II, 322-3.

²³⁶ Así SCHÖNKE-SCHRÖDER, SCHMIDHÄUSER.

²³⁷ MAYER, HELLMUTH, *Allg. Teil*, 1953, 250.

²³⁸ FRANK, *StGB*, 1897, p. 90.

²³⁹ ENGISCH, KARL, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Aalen, 1964, 233; BOCKELMANN, PAUL, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957, 52-3.

²⁴⁰ BAUMANN, 416.

que atienden a las motivaciones, pero que terminan transitando un camino paralelo al de las teorías de la voluntad, porque en último análisis, si el autor ha incluido el resultado concomitante en la decisión de la conducta habrá dolo y, si no lo ha hecho, habrá culpa.

En verdad, así como las teorías de la representación y de la voluntad han perdido vigencia como debate doctrinario, algo parecido sucederá con las que, hijas de ellas, alimentan el debate sobre el dolo eventual —cuyos síntomas están ya claros en los últimos tiempos—, pues no puede explicarse unilateralmente, sino como representación de la posibilidad y aceptación de la posibilidad. Otro problema será el de determinarlo en cada caso concreto (más procesal que penal), que finca en “las dificultades que plantea siempre el conocimiento de actitudes subjetivas”²⁴¹.

Quizá este problema es el que ha llevado a Armin Kaufmann a enunciar hace algunos años su teoría de la “manifestación objetiva de la voluntad de evitación”²⁴², a la que con razón observa Jescheck²⁴³ que esa manifestación es sólo un indicio de la actitud interior del autor. Lo decisivo no es que el autor no haya manifestado objetivamente su voluntad de evitación, porque ésta pudo faltar en razón de haber considerado la posibilidad con ligereza y creído seriamente en una salida²⁴⁴. Si bien tiene razón Jescheck, estimamos que la teoría de Kaufmann puede tener interesante valor en el derecho procesal, siendo una hipótesis digna de transitar más detenidamente en ese campo, que es al que se nos ocurre que se van derivando las mayores dificultades del dolo eventual.

La circunstancia de que se denomine al dolo eventual también “dolo condicionado”, no debe llevarnos a confundir la incertidumbre del autor en cuanto a la producción de un resultado concomitante, con la incertidumbre del mismo en cuanto a la finalidad de su conducta. Esta última existe cuando todavía no se ha decidido qué se va a hacer; en ese caso no hay aún dolo²⁴⁵. El sujeto que saca su arma sin haber decidido si lo hace para disparar o para amedrentar con la mera exhibición, aún no actúa con dolo²⁴⁶.

Digamos sintéticamente que:

- 1) El dolo puede ser *directo y eventual*;
- 2) El dolo *directo* es: a) *de primer grado*, cuando el resultado

²⁴¹ CURY, ENRIQUE, *Contribución al debate acerca del dolo eventual*, en NPP, 1975, 4, n° 6, pp. 149 y ss. (156).

²⁴² KAUFMANN, ARMIN, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, en ZStW 70, 1958, pp. 73 y ss. (traducción de Moisés Moreno Hernández en RJV, 1973, 3, pp. 5 y ss.).

²⁴³ JESCHECK, 243.

²⁴⁴ Cfr. RUDOLPHI, 118.

²⁴⁵ Cfr. JESCHECK, 245; WELZEL, 64; JAGUSCH, HEINRICH, *StGB, Leipziger Kommentar*, Berlín, 1954, I, 183; sobre lo indeseable y confuso de las expresiones “voluntad condicionada” y “dolo condicionado”, ver SCHMIDT, W., en ZStW (1962), 76-7; un confuso empleo de la expresión en SCHMITT, R., *Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen*, en JuS, 1961-27.

²⁴⁶ Cfr. WELZEL, 64.

inmediatamente querido es el fin del sujeto (*dolo inmediato*); β) *de segundo grado*, cuando es una consecuencia necesaria de los medios elegidos (*dolo mediato*);

- 3) El dolo es *eventual* cuando: α) el sujeto se representa el resultado como *relativamente probable* y β) incluye esa *probabilidad* (no el resultado a secas sino la probabilidad de resultado) en la voluntad realizadora.

348. **Dolo alternativo.** Las dos formas de dolo —directo y eventual—, incluyendo ambas variantes del primero —de primer grado o inmediato y de segundo grado o mediato—, pueden combinarse en la voluntad realizadora de una conducta que abarque dos o más resultados queridos pero excluyentes entre sí. Este supuesto se denomina dolo *alternativo*²⁴⁷ y Binding lo llamó dolo *generalis*²⁴⁸.

Ejemplos: Un sujeto dispara contra otro queriendo alcanzar a éste o al menos a su perro²⁴⁹ (caso de lesiones y daño)²⁵⁰; un individuo yace con una menor de 15 años pero ignora y tampoco le importa su edad, admitiendo la posibilidad de que pueda tener menos de 12 años; un sujeto dispara sobre otro para matarle o al menos para herirlo.

Esta forma del querer no está suficientemente trabajada por la doctrina y presenta grandes dificultades, estando controvertidas las soluciones propuestas²⁵¹.

Entendemos, por nuestra parte, que debe distinguirse si se trata de un supuesto de *subsidiaridad*, pues en ese caso debe juzgarse como una sola conducta. En el caso del sujeto que dispara sobre otro para matarle o herirle, la consumación del homicidio absorbe al dolo de lesiones y la tentativa del mismo también. Igualmente, aunque fueren dos bienes jurídicos también, si es que un resultado es subsidiario del otro. En el supuesto de que ambos quedaren tentados y no fueren subsidiarios (lesionar al amo o al perro) habría

²⁴⁷ Cfr. JESCHECK, 244; WELZEL, 72.

²⁴⁸ BINDING, *Normen*, II, 843.

²⁴⁹ Ejemplo de WELZEL, loc. cit.

²⁵⁰ Otro similar en SCHÖNKE-SCHRÖDER y en MEZGER (*Leipziger Kommentar*).

²⁵¹ La diversidad de opiniones puede verse confrontando WELZEL, loc. cit.; JESCHECK, idem; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 469-470; JAGUSCH, *Leipziger Kommentar*, parág. 292, nota 6 y 43, nota 1; MEZGER, también en *Leipziger Kommentar*, parág. 59; MAURACH, 260; MEZGER-BLEI, 167-8; NOWAKOWSKI, FRIEDRICH, *Der alternative Vorsatz*, en "Juristische Blätter", Wien, 1937, 465-7.

un concurso ideal ²⁵² y, por supuesto, si no son subsidiarios y hay uno consumado también ²⁵³. Cabe aclarar que no se trata de una tercera "clase" de dolo, distinta del dolo directo y del dolo eventual, sino de una "forma del querer" que en cada caso habrá de investigar si corresponde a dolo directo o a dolo eventual ²⁵⁴.

349. El dolo de ímpetu. Hemos preferido hacer la construcción dogmática del dolo partiendo de la fórmula de la tentativa, pero suprimiéndole la palabra "determinado", dado que en cierto modo restringe el concepto de dolo y, además, ha acarreado serios problemas doctrinarios. De cualquier manera, si la incluyésemos, tampoco se alteraría la fórmula legal del dolo, puesto que es un calificativo redundante. En rigor, la razón para creer que en la fórmula de la tentativa el concepto de dolo aparece algo restringido es de carácter histórico —como oportunamente veremos ²⁵⁵— y, por consiguiente, un simple argumento histórico no sería suficiente para pasar por alto la letra de la ley, en la que "determinado" prácticamente no agrega ni quita nada. El argumento dogmático que nos lleva a creer que se excluye de la tentativa el *dolo de ímpetu en las agresiones que pueden dar lugar a homicidios y lesiones*, es la presencia del tipo de abuso de armas (art. 104 CP), dado que es la única explicación lógica de ese precepto, y que, como refuerzo argumental, se avala con las razones que llevaron a incluir la palabra "determinado" en el art. 42, aunque la misma haya resultado redundante, puesto que el legislador erró en la elección y no llegó a decir lo que aspiraba a expresar. De cualquier manera, nos referimos a esto con mayor detalle al tratar la tentativa, pero aquí nos es menester señalar brevemente estos puntos de vista, porque la mera circunstancia de que las agresiones físicas con armas de fuego, que no causen lesiones o que causen lesiones a las que corresponda pena menor que la del art. 104, y las agresiones con cualquier arma que no causen lesiones, siempre que sean producto de un *dolo de ímpetu*, nos obliga a considerar por separado esta clase de dolo, dado que tiene relevancia práctica en nuestra ley, aún cuando sea un concepto que la dogmática moderna ha abandonado hace muchos años.

²⁵² WELZEL, loc. cit.

²⁵³ Cfr. JESCHECK, 244; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 470; como una sola conducta consumada la consideran MEZGER (*Leipziger Kommentar*) y SCHNEIDER, *Über die Behandlung des alternativen Vorsatzes*, en GA, 1956, 257.

²⁵⁴ Cfr. BLEI, 109.

²⁵⁵ V. *infra*, § 556.

Por consiguiente, lo que corresponde establecer aquí es únicamente la noción del “dolo de ímpetu”.

La tradición señala que *dolo de ímpetu* es un concepto que se opone a *premeditación o dolo de propósito*, y en tal sentido, aún hoy hay autores que lo relevan como una atenuante²⁵⁶. Ello obedece a que los antiguos jurisconsultos lo vinculaban a lo que en nuestra ley es la emoción violenta, es decir, que era un dolo que debía surgir en un estado psíquico que a nivel de culpabilidad se traduce en un reproche menor. En tal sentido, es demostrativa la idea que de él nos proporciona Muyard de Vouglans, a quien conviene, por lo elocuente, citar *in extenso*: “En cuanto al dolo, algunas veces va acompañado de premeditación, otras es sin premeditación. En el primer caso, que los jurisconsultos llama *delinquere proposito*, y donde dan el ejemplo de los ladrones que acechan a los pasajeros en los caminos para despojarles, se puede también comprender la traición que se hace cuando se promueve una fingida amistad para hacer caer al enemigo en la trampa que se le tiende, o el acuerdo secreto que se hace por precio para cometer el crimen y que se llama propiamente asesinato”. “En el segundo caso, que los jurisconsultos llaman *delinquere impetu*, se comprenden los crímenes que se cometen en un primer movimiento y que son efecto de la cólera y del arrebato, tales como a los que se llega en una riña, en la embriaguez o en el ardor de una pasión inmoderada”²⁵⁷.

No obstante esta tradición, en la actualidad suele distinguirse nítidamente el problema de culpabilidad disminuída que da base a la emoción violenta²⁵⁸ y la cuestión del dolo de ímpetu, que es un problema de tipicidad. Por ello, la principal característica que se atribuye al dolo de ímpetu es la inmediatez temporal reactiva, es decir, la falta de un distanciamiento temporal entre decisión y acción²⁵⁹. El problema que esta inmediatez decisión-acción plantea no es de culpabilidad, puesto que no se trata para nada de averiguar si “las circunstancias hacen excusable” la reacción, sino que es un problema de tipicidad, que se traduce en que prácticamente la acción se acerca tanto a la decisión que parcialmente se *superponen*, en forma tal que la causalidad se planifica para causar un daño

²⁵⁶ Así, MUÑOZ R.-GUERRA DE VILLALAZ, 287.

²⁵⁷ MUYARD DE VOUGLANS, op. cit., I, pp. 6-7.

²⁵⁸ V. *infra*, § 485.

²⁵⁹ Cfr. BETTIOL, 450; MANTOVANI, FERRANDO, 289. Sobre este concepto, también CARRARA, *Programma*, Firenze, 1924, I, 106-108; PESSINA, *Elementos de Derecho Penal*, Madrid, 1913, p. 344; ALIMENA, BERNARDINO, *Principii di Diritto Penale*, Napoli, 1910, I, p. 299.

cualquiera en el cuerpo o en la salud, que también puede abarcar la muerte, es decir, que se quiere cualquier resultado lesivo, de los muchos que pueden producirse. El fin está claro: se quiere dañar el cuerpo, pero queda indeterminada la medida que se quiere alcanzar. *No es un dolo alternativo*, porque no se quiere matar o, al menos, lesionar; *no es un dolo eventual*, porque no se quiere lesionar aceptando la posibilidad del resultado letal; es un *dolo de ímpetu*, en que se quiere dañar en la medida que sea.

No cabe duda que si con este dolo se alcanza el resultado letal, habrá un homicidio consumado, porque ese resultado entraba dentro del daño querido y propuesto como fin de la acción, pero si ese resultado no se alcanza —y especialmente cuando no se produce ningún resultado lesivo— no es sencillo decir cuál era el tipo objetivo que quería realizarse con la acción, porque eran varios y podían ser todos. Este es el interrogante que nuestro código resuelve con el art. 104, aunque *de lege ferenda* pueda ser criticable.

En síntesis, podemos decir que *el dolo de ímpetu, para nuestro sistema, es el dolo que se manifiesta en una conducta agresiva armada contra la integridad física de una persona y que, a causa de la continuidad y parcial superposición de la resolución y la acción, abarca una voluntad realizadora de cualquier resultado o de varios resultados conjuntamente.*

350. **Otras formas de dolo.** Se han distinguido otras muy variadas "formas" de dolo que no nos ocupan, porque se trata de complejas clasificaciones que hoy están abandonadas y en las que les resultaba muy difícil manejarse a los mismos autores de fines del siglo pasado y principios de éste²⁶⁰, o bien, porque son denominaciones diferentes de las formas que hemos tratado.

1) Así, podemos mencionar al *dolo indeterminado*, concebido como una verdadera indeterminación de la voluntad²⁶¹, y también al *dolus generalis* concebido de modo parecido²⁶².

2) *El dolo de peligro y el dolo de lesión*²⁶³ no son más que formas típicas de dolo, según sean tipos de lesión de peligro.

3) También se ha hablado de dolo *subsequens* o *dolo subsiguiente*, que hoy es unánimemente considerado irrelevante²⁶⁴ (en los delitos permanentes el problema que se plantea no es el *dolus subsequens*), al igual que el dolo *antecedens* o antecedente.

²⁶⁰ Así, LÖFFLER, por ej., op. cit.

²⁶¹ Así FEUERBACH, *Lehrbuch*, Giessen, 1840, pp. 54 y ss. (edición actualizada por C. J. A. Mittermaier).

²⁶² Así WEBER en 1820, cit. por KRUG, op. cit., p. 61, y MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 262.

²⁶³ BETTIOL, 448.

²⁶⁴ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 220.

4) Se ha hablado también de *dolo específico* ²⁶⁵, con lo que se designan los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo, terminología que rechazamos.

5) De *dolo conjunto* o *unitario* se habla en el delito continuado ²⁶⁶, de cuya teoría nos ocuparemos en la última parte de esta obra.

6) *Dolus praesumptus* era una forma del medioevo, pero la *presunción de dolo* fue aceptada por alguna jurisprudencia española basada en lo dispuesto por el art. 1º del CP español ²⁶⁷. El texto español en su antigua interpretación nos lleva de plano al *versare in re illicita*, que provenía del derecho canónico y respondía al siguiente enunciado: "Versanti in re illicita imputantur omnia qual sequuntur ex delicto" ²⁶⁸. Por él se imputaban al autor todas las consecuencias de su acto ilícito querido a título de dolo, aunque no las hubiese previsto, lo que generaba una ficción de dolo que persiste en nuestra jurisprudencia nacional en algunos casos (la corriente jurisprudencial que considera dolosos los actos cometidos durante un estado de embriaguez por ingestión voluntaria de alcohol, por ejemplo). Por supuesto, esta teoría medieval está totalmente superada y con ella el dolo ficto, aunque ocasionalmente asoma la cabeza a la superficie doctrinaria y jurisprudencial.

Una última y casi innecesaria aclaración debe hacerse, vinculada al *versare in re illicita* en cuanto a la ficción de dolo: nuestra ley no encierra ninguna presunción de dolo, de modo que los difíciles problemas que a los autores extranjeros acarrea las leyes que la contienen nos son del todo ajenos.

²⁶⁵ V. NÚÑEZ, loc. cit.; PIACENZA, *Saggio di una indagine sul dolo specifico*, Torino, 1943 BETTIOL, 447; PAGLIARO, 371.

²⁶⁶ V. RODRÍGUEZ DEvesa, 798.

²⁶⁷ G. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, I, 24; la opinión contraria de la más moderna doctrina ibérica, particularmente CÓRDOBA RODA, op. cit., 64 y ss.

²⁶⁸ Sobre ello, MEZGER-BLEI, 187; LÖFFLER, op. cit., 139; BAR, L. VON, op. cit., II, 277; MAURACH, 560; BAUMANN, 411; JESCHECK, 209; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 262; HUNGRÍA, op. cit., 199-201; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, V, 321 y ss.; infra, § 372.

CAPÍTULO XXIV

TIPOS ACTIVOS: ASPECTO SUBJETIVO DE LOS TIPOS DOLOSOS (ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO DISTINTOS DEL DOLO)

I. — EVOLUCIÓN CONCEPTUAL: 351. El concepto y su origen. 352. Los negadores de su existencia. 353. La doctrina nacional. II. — UBICACIÓN SISTEMÁTICA: 354. Ubicación sistemática. III. — DIFICULTADES SISTEMÁTICAS PARA UNA UBICACIÓN EN LA ESTRUCTURA CAUSALISTA DEL DELITO: 355. Dificultades sistemáticas para una ubicación en la estructura causalista del delito. IV. — CLASIFICACIONES DE LOS TIPO CON ELEMENTOS SUBJETIVOS DISTINTOS DEL DOLO: 356. Clasificación de los tipos con elementos subjetivos distintos del dolo. V. LA DISTINCIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE TIPO RESPECTO DE LA CULPABILIDAD: 357. La distinción de los elementos subjetivos del tipo respecto de la culpabilidad.

I. — EVOLUCIÓN CONCEPTUAL

351. El concepto y su origen. Hay tipos en los que el aspecto subjetivo llega hasta el dolo y allí se agota, en tanto que, en otros, el aspecto subjetivo requiere algo más que el dolo. Cuando nos hallamos ante un tipo legal que requiere α) Una finalidad que persigue un objeto que está "más allá" de la realización del tipo objetivo, o β) que en la forma de realización del tipo objetivo se revele una particular disposición interna del sujeto activo, en tales casos diremos que nos hallamos con el requerimiento de *elementos subjetivos del tipo legal distintos del dolo*.

Luego, *los elementos subjetivos del tipo legal distintos del dolo son intenciones que van más allá del querer la realización del tipo objetivo o particulares disposiciones internas puestas de manifiesto en el modo de obtención de la realización del tipo objetivo*. Un elemento subjetivo del primer grupo es el fin de evitar la deshonra del infanticidio; uno del segundo grupo lo constituye la alevosía.

Limitándonos a la dogmática germana, podemos recordar que los elementos subjetivos del tipo fueron relevados en el derecho privado por

Fischer¹, habiéndose atendido a ellos en forma sistemática en el derecho penal, casi simultáneamente, por Hegler² y M. E. Mayer³, dejando de lado otros antecedentes sin consecuencias sistemáticas⁴.

En la exposición de Fischer los elementos subjetivos del tipo aparecen juntamente con los aspectos subjetivos de la justificación, criterio que Hegler no sigue, pues niega los últimos. Fischer asentó que, en determinadas disposiciones, “no se prohíbe un suceso objetivo, sino conforme al sentido con que el autor comete el hecho”⁵. No obstante estas observaciones eran formuladas desde el campo del derecho privado y en tal terreno hallaba particulares elementos del injusto en el estado de necesidad, en la actividad médica y en la gestión de negocios.

Cuando Hegler trae el problema al derecho penal creemos que, con buen criterio, distingue estos elementos del aspecto subjetivo de la justificación, aunque pensamos que yerra al negar este último con la consideración de que se trataría de una consagración jurídica del principio de que el fin justifica los medios⁶. Mayer, por su parte, desarrolla su teoría con independencia de la de Hegler, y establece una demarcación entre elementos subjetivos que pertenecen a la culpabilidad (motivaciones) y los que pertenecen al injusto (los que hacen al fin), por lo que, dentro de su teoría, quedan abarcados los aspectos subjetivos de la justificación⁷. Naturalmente que semejante concepción golpeaba fuertemente a la dogmática a la sazón dominante, pues quebraba el esquema “objetivo-subjetivo” y la consiguiente “objetividad” del injusto penal, consagrada como verdad incuestionable⁸.

Con posterioridad a su relevamiento por Fischer y a su introducción en el campo penal por Hegler y Mayer, estos elementos reciben varias aportaciones teóricas. Sauer reconoce en los “delitos de intención” una

¹ FISCHER, HANS ALBRECHT, *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, München, 1911.

² HEGLER, AUGUST, *Merkmale des Verbrechens*, en ZStW, 76-19; del mismo, *Die Systematik der Vermögensdelikte*, en “Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie”, IX, 1915/1916, pp. 153 a 162, 278 a 288 (continuación) y 369 a 372 (conclusión); del mismo, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, en “Fest. für Frank”, 1930, pp. 251 a 338.

³ MAYER, M. E., 1923, 185-8.

⁴ De las más usualmente mencionadas, cabe destacar a JOHANNES NAGLER, *Der heutige Stand von der Rechtswidrigkeit*, en “Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911”. Leipzig 1911, II, particularmente, pp. 289-292. Anteriores atisbos en Carrara (*Programma*, Lucca, 1869 § 152). V. al respecto, POLITOFF, SERGIO, *Los elementos subjetivos del tipo penal*, Sgo. de Chile, 1965, pp. 13-5; POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código Español*, Sevilla, 1972, 217.

⁵ FISCHER, op. cit., 288.

⁶ HEGLER, op. cit. en “Archiv...”.

⁷ MAYER, M. E., op. et loc. cit. (la edición de 1923 coincide plenamente con la primera de 1915).

⁸ Cfr. SIEVERTS, RUDOLF, *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Umrechtselementen im Strafrecht*, Hamburg, 1934, p. 4; POLAINO, op. cit., 85 y ss.

anticipación de la consumación⁹, terminando por considerarlos elementos del injusto, otorgando a algunos una doble ubicación¹⁰, al igual que Mezger.

Zimmerl¹¹ distingue algunos años después, entre delitos de intención propios e impropios, formulando la distinción en base a que la intención se dirija o no a la afectación de un bien jurídico, que la ley quiere evitar. Con esto Zimmerl trata de restarle subjetividad a estos elementos, y así es que su línea divisoria difiere notoriamente de las que habían establecido Hegler y Mayer, acercándose a la negación generalizada entre los penalistas de su país (Austria).

Mezger trata de estos elementos en 1924¹², considerándolos por separado de la culpabilidad, o sea, como enteramente pertenecientes al injusto. No obstante, dos años después corrige su anterior posición al volver sobre el tema, con la afirmación de que se hallan en una ubicación que es doble y simultánea —en el injusto y en la culpabilidad—, lo que no llega a explicar de modo satisfactorio¹³. Considera luego que estos elementos son referencias éticas en el injusto que obedecen a la renuncia de una rígida separación entre moral y derecho¹⁴, lo que sólo puede resultar cierto si se cree que la moral es lo “interno” y el derecho lo “externo” de la conducta, pero jamás a partir de una distinción kantiana. Con toda razón afirma Weber que el tipo subjetivo no representa ninguna “etización” del derecho¹⁵.

Wolf los ubica primeramente en los “tipos de culpabilidad”¹⁶, pero luego, en su funesto trabajo de 1932¹⁷, los considera como características de los tipos de autor¹⁸. Frank¹⁹ y Hippel²⁰ los aceptan en forma parecida a la de Mezger —doble ubicación— pareciendo que fue Frank el primero en hacerlo²¹.

A fines de la década del veinte y comienzos de la del treinta eran ya muchos los autores que admitían estos elementos²², habiendo pasado

⁹ SAUER, WILHELM, *Grundlagen des Strafrechts*, Berlin u. Leipzig, 1921.

¹⁰ SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlin, 1955, p. 68.

¹¹ ZIMMERL, LEOPOLD, *Zur Lehre vom Tatbestand*, Breslau, 1928.

¹² MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, en “Gerichtssaal”, 1924, 89-205.

¹³ MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, en “Fest. für Prof. Traeger”, Berlin, 1926, 46; en igual sentido ahora BLEI, 90.

¹⁴ Así *Tratado*, trad. de RODRÍGUEZ MUÑOZ, pp. 350 y ss.

¹⁵ Cfr. WEBER, *Aufbau*, 10; MEZGER se pliega a la clasificación de los tipos en finales y causales de WEBER (*Aufbau*, 8 y ss.), pero con el sentido de etización erróneamente entendido (v. *Moderne Wege*, 22 y ss.).

¹⁶ WOLF, ERIK, *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit*, Breslau, 1931.

¹⁷ WOLF, *Vom Wesen des Täters*, Tübingen, 1932.

¹⁸ Op. cit., p. 25.

¹⁹ FRANK, *StGB*, 1930, § 59.

²⁰ HIPPEL, op. cit., II, 188-196.

²¹ FRANK, op. cit., 15ª ed., 1924.

²² Así, SCHMIDT, EB., en *Liszt-Schmidt*, Berlin u. Leipzig, 1932, I, 223; también antes en la edición de 1927; GRÜNHUT, MAX, *Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft*, en “Fest. für Frank”, I, 1 a 32; HONIG,

a constituir un tema polémico que anunciaba la inminente crisis de la estructura del delito sostenida hasta entonces y que Weber atisbara en 1929, sentando las bases para una nueva elaboración del concepto de tipo sobre base mixta²³.

En las estructuras analíticas del delito sobre base finalista, la ubicación de estos elementos no ofrece problema alguno²⁴, aunque queda abierto el debate sobre los límites precisos entre ellos y los componentes que corresponden a la culpabilidad. Apreciaciones críticas de la postura finalista respecto de los elementos subjetivos del tipo penal han formulado varios autores, siendo de destacar la de Schudt en Alemania²⁵ y las de Polaino Navarrete y Politoff²⁶ en nuestra lengua.

352. Los negadores de su existencia. Pese a la gran difusión que alcanzó esta teoría, no debe creerse que todo fue continuo desplazamiento de aceptación en aceptación. Autores hubo que la han rechazado de plano, y de la talla de Beling y Goldschmidt. Beling la criticó duramente, calificándola de "extravío sistemático"²⁷. Al concebir un tipo omnicomprendivo (el "tipo rector"), los elementos subjetivos no requerían pertenecer al injusto o al tipo porque todos los estratos se regían por este fantasmagórico y espiritualizado tipo. En la variante de una concepción totalista del tipo de Gallas se hace necesario distinguir los que pertenecen al injusto de los que pertenecen a la culpabilidad, tarea que Gallas emprende apelando al criterio de que aquellas referencias que hacen al "ánimo jurídicamente desaprobado" son características de la culpabilidad o de la reprochabilidad²⁸.

Para Goldschmidt estos elementos pertenecen por entero a la cul-

RICHARD, *Kausalität und objektive Zurechnung*, en "Fest. für Frank", I, 174-201; ENGISCH, *Untersuchungen*, 62; DOHNA, *Der Subjektivismus in der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, en "Monatschrift", 1934, 177-183; del mismo, su comentario al *Lehrbuch* de Mezger, en ZStW, 1932, 96 y ss.; WASCHINGER, MICHAEL, *Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichtes*, en "Fest. für Frank", I, 469-518; RADBRUCH, GUSTAV, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, en "Fest. für Frank", I, 158-173; SIEGERT, KARL, *Notstand und Putativnotstand*, Tübingen, 1931; SIEVERTS, RUDOLF, op. cit.; BRAUN, WERNER, *Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts*, Leipzig, 1936.

²³ Así WEBER, en sus *Grundriss des tschechoslowachischen Strafrechts*, cit.

²⁴ V. WELZEL, 74-7; JESCHECK, 254; MAURACH, 253 y ss.; WEBER, *Grundriss*, 1946, 61 y ss.; DOHNA, *Aufbau*, 1941, 14-8; STRATENWERTH, *Zur Funktion strafrechtlicher Gessinnungsmerkmale*, en "Fest. für H. von Weber", Bonn, 1963, 171 y ss.; del mismo, op. cit., 247; HARDWIG, WERNER, *Die Gessinnungsmerkmale im Strafrecht*, en ZStW, 74 (1962), 38 y ss.; WÜRTEMBERGER, THOMAS, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1959.

²⁵ SCHUDT, ROLF, *Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtentwicklung* (Diss.), München, 1951.

²⁶ Op. cit.

²⁷ BELING, *D. L. vom Tatbestand*, 10-4.

²⁸ GALLAS, W., op. cit.

pabilidad²⁹, teoría que salvo excepciones³⁰, ya nadie sostiene en Alemania, pero que contó con grandes sustentadores en la doctrina austriaca, entre cuyos autores cabe mencionar a Rittler³¹, Malaniuk³², Kadecka³³, Esser³⁴ y Nowakowski³⁵. Rittler le achaca a M. E. Mayer contradicción entre su concepto del tipo indiciario y la admisión de los elementos subjetivos³⁶, que en verdad no vemos. En la misma línea de Oehler y la escuela austriaca, se puede incluir a Hellmuth Mayer, quien razona a partir de que los elementos subjetivos del tipo también tendrían que estar objetivados, porque de lo contrario se violaría la regla "cogitationis poenam nemo patitur"³⁷.

353. **La doctrina nacional.** En general, pese a que nuestra doctrina se hizo eco de la teoría del *Leitbild* de Beling —descartada en Alemania— nunca fue coherentemente desarrollada y, además, jamás fue entre nosotros seguida ortodoxamente en materia de elementos subjetivos del tipo. Tempranamente despertaron interés en nuestra dogmática, interesándose en ellos Núñez³⁸, quien paulatinamente se fue inclinando hacia una doble ubicación de estos elementos: como componentes típicos y como dolo "especial" o "específico", tesis que sostienen actualmente³⁹. Por ese tiempo también Marcelo Finzi lo encaró desde el punto de vista del "dolo específico"⁴⁰. Soler sigue más de cerca a Beling, admitiendo su existencia fuera de la culpabilidad y del injusto, como elementos de las "figuras"⁴¹. Como elementos de los tipos son considerados por Fon-

²⁹ GOLDSCHMIDT, JAMES, *Normativer Schuldbegriff*, en "Fest. für Frank", I, 428-468.

³⁰ Así, OEHLER, DIETRICH, *Die mit Strafe bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahment der Teilnahme*, en "Fest. d. Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin z. 41. Deutsche Juristentag in Berlin v. 7-1 Sept. 1955", pp. 255 y ss.; WEGNER, ARTHUR, *Strafrecht, Allg. Teil*, Göttingen, 1951, 110 y ss.; en su época, en posición similar, CLASS, op. cit.

³¹ RITTLER, THEODOR, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, Wien, 1954, 121-5.

³² MALANIUK, WILHELM, *Lehrbuch des Strafrechts*, Wien, 1947, 105-6.

³³ KADECKA, FERDINAND, *Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff*, en ZStW, 59 (1940), 1 a 22, reproducido en *Gesammte Aufsätze*, Innsbruck, 1959, 9 a 27, con nota de Nowakowski, p. 9.

³⁴ ESSER, WOLF, *Unrecht, Schuld und Strafe im Lichte der materialen Wertlehre*, en "Fest. für Rittler", 1946.

³⁵ NOWAKOWSKI, FRIEDRICH, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, Graz-Wien-Köln, 1955, 47.

³⁶ RITTLER, op. cit., 122-3.

³⁷ MAYER, HELLMUTH, 1953, pp. 104-5.

³⁸ NÚÑEZ, *Elementos subjetivos del tipo penal*, Bs. As., 1943.

³⁹ NÚÑEZ, II, 63-4; *Manual*, 220; *La culpabilidad en el código penal*, Bs. As., 1946, p. 123.

⁴⁰ FINZI, MARCELO, *El llamado "dolo específico" en el Derecho Penal Argentino y Comparado*, Bs. As., 1943.

⁴¹ SOLER, I, 303.

tán Balestra⁴² y Terán Lomas⁴³, al igual que los partidarios contemporáneos de la teoría compleja del tipo⁴⁴.

No siempre nuestra doctrina acertó en cuanto a la naturaleza de estos elementos, sobre todo cuando debido a su doble o difusa ubicación se los confunde con elementos de la culpabilidad. Así, Fontán Balestra sostuvo que pueden considerarse elementos subjetivos del tipo algunos estados psico-físicos, como el estado puerperal o el de emoción violenta⁴⁵; Núñez también sostiene que la emoción violenta pertenece a esta categoría⁴⁶. Por nuestra parte sostenemos que bajo ningún concepto pueden ser elementos subjetivos del tipo, sino componentes de la culpabilidad, que tienen la particularidad de disminuirla. Tampoco creemos que sean elementos subjetivos del tipo —como se ha pretendido— la exigencia del conocimiento cierto en el sujeto activo, es decir, la exclusión del dolo eventual en cuanto al conocimiento de una calidad o condición del sujeto pasivo o del objeto material del delito, como por ejemplo el art. 134 CP (exige el efectivo conocimiento del impedimento matrimonial) o el art. 80 CP (exige el efectivo conocimiento del vínculo de parentesco). En estos casos, para el dolo típico no basta la mera duda acerca de esos extremos, pero no constituye ningún elemento subjetivo del tipo distinto del dolo mismo⁴⁷.

Puede afirmarse que la doctrina nacional siguió el camino que consideramos correcto respecto de estos elementos, a pesar de las vacilaciones que son suficientemente explicables en la admisión de ellos en cualquier estructura que se elabore sobre un concepto causal de la acción. Cabe observar que la confusión de estos elementos con algunos aspectos cognoscitivos del dolo llegó a confundir el problema con el error de tipo.

En general, en nuestra lengua, la exposición de la teoría con la más exhaustiva información se halla en el trabajo de Polaino Navarrete⁴⁸. En Latinoamérica, la teoría ha sido en general admitida⁴⁹ y fue considerada en dos trabajos monográficos importantes⁵⁰.

⁴² FONTÁN BALESTRA, *El elemento subjetivo del delito*, Bs. As., 1957; del mismo, II, 40-2.

⁴³ TERÁN LOMAS, *La teoría del autor*, cit., 187 y ss.; I, 327.

⁴⁴ BACIGALUPO, *Lineamientos*, 51.

⁴⁵ FONTÁN BALESTRA, *El elemento subjetivo*, cit., 193-4.

⁴⁶ Así, NÚÑEZ, *Manual*, p. 167.

⁴⁷ Otra opinión, LUISI, op. cit., p. 78.

⁴⁸ Op. cit. V. allí la receptación de la teoría en España e Italia.

⁴⁹ Por ej., NOVOA MONREAL, I, 321; ETCHEBERRY, op. cit., I, 204-5; BAYARDO BENGOA, op. cit., I, 245; FRAGOSO, 190; COUSIÑO MACÍVER, I, 579; BRUNO ANÍBAL, I, 345; HURTADO POZO, 226; DAMÁSIO E. DE JESÚS, 258.

⁵⁰ POLITOFF, op. cit.; FRANCO GUZMÁN, RICARDO, *La subjetividad en la ilicitud*, México, 1959; antes, *Gli elementi negativi dell'antigiuridicità secondo la teoria finalistica dell'azione*, en "Scuola Positiva", 1956.

II. — UBICACIÓN SISTEMÁTICA

354. **Ubicación sistemática.** Entendemos que es preciso formular una clara distinción entre *los elementos subjetivos del tipo penal y los elementos subjetivos de la justificación* (elementos subjetivos o aspecto subjetivo del tipo permisivo). De estos últimos nos ocuparemos al tratar de la justificación.

Los verdaderos elementos subjetivos del tipo penal nada tienen que ver con la culpabilidad (la reprochabilidad), sino con su objeto. Por lo que hace a su denominación, preferimos llamarlos “elementos subjetivos del tipo” y no “elementos subjetivos del injusto”, por ser la primera más precisa y por evitar peligrosas confusiones.

En general, formularemos aquí la distinción entre *injusto y antijuridicidad*, en la que habremos de insistir, toda vez que su confusión da lugar a los más grandes equívocos.

En tanto que *antijuridicidad* es el juicio por el que se establece que una conducta es contraria al orden jurídico, *injusto* es la conducta antijurídica. Así, una conducta homicida será antijurídica (y consecuentemente constituirá un injusto) cuando presente la característica de antijuridicidad. Injusto es el objeto (ya desvalorado) del *juicio de antijuridicidad*: la antijuridicidad es el juicio que recae sobre una conducta y cuando arroja un resultado negativo la conducta desvalorada (antijurídica) se denomina “injusto”⁵¹

Cuando el injusto sea una conducta típica (conducta típica y antijurídica), tendremos un *injusto penal*.

La confusión entre injusto y antijuridicidad puede provocar grandes perturbaciones sistemáticas. Se han negado a distinguirlos Mezger y otros autores⁵² (en general los que se refieren a un verdadero *tipo de injusto*), según los cuales la distinción no tiene mayor importancia. La doctrina argentina suele apuntar claramente la diferencia⁵³. Cabe consignar que la expresión “injusto” es una traducción de la voz alemana *Unrecht*, y que ya ha tomado carta de ciudadanía en el derecho penal, pero es menester tener siempre presente que se la emplea en el sentido técnico jurídico-penal para designar a una conducta típica y antijurídica, permaneciendo libre de cualquier contacto con conceptos jusnaturalistas, en contra de lo que literalmente parecería indicar la traducción castellana.

⁵¹ Cfr. WELZEL, 1967, 44-5; MAURACH, 284-6.

⁵² Así MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 163.

⁵³ Por ej., NÚÑEZ, I, 290; FONTÁN BALESTRA, *Manual*, 1957, 274-5.

Soler⁵⁴ considera que el empleo de esta expresión "ha contribuido a confundir las cosas" y parece atribuirle su traducción a Rodríguez Muñoz⁵⁵, deplorando que se haya reemplazado deficientemente la voz castellana antigua "entuerto" (el *torto* italiano). De cualquier manera, la expresión ya está en uso generalizado en nuestra lengua y, pese a que su significado común es el de "lo no justo" o "lo contrario u opuesto a la justicia", la empleamos con el particular sentido técnico que le hemos asignado. Tampoco la traducción es errónea, porque en alemán *Unrecht* también significa "injusto"⁵⁶ y con la debida aclaración podemos usar la expresión.

La expresión "elementos subjetivos del injusto" no es incorrecta, pues estos elementos, como elementos subjetivos del tipo penal que son, resultan también elementos del injusto cuando, en realidad, hay un injusto. En tal sentido admitiríamos la expresión, pero en general no lo hacemos para evitar confusiones, porque estos elementos no tienen nada que ver con la antijuridicidad, como no sea en cuanto a que deban tomarse en consideración para fijar su objeto: *son contenidos del tipo*.

Escindiendo estos elementos de la culpabilidad es la única forma de esclarecer el problema que ellos plantean y que no se resuelve afirmando que tienen una doble ubicación⁵⁷, y mucho menos por el ya hoy abandonado camino del dolo "específico", que es inadmisibles, toda vez que no podemos imaginarnos en qué consiste su contrario (el dolo "genérico") y que ha llevado a hablar de cosas tan inexplicables como un dolo "reduplicado"⁵⁸.

Una característica del delito no puede, a nuestro juicio, estar simultáneamente en dos niveles del mismo, y los "contactos" o "relaciones" que se pretenden entre estos elementos y la culpabilidad no son otra cosa que una doble ubicación sistemática inadmisibles por inexplicable.

La apelación a la unidad teórica del delito, pese a su sistematización analítica, sólo puede admitirse como renuncia a un criterio analítico. La unidad conceptual no se da de ese modo, sino en el sentido de que el concepto se va delineando a partir de una base

⁵⁴ SOLER, I, 303, nota 9.

⁵⁵ RODRÍGUEZ MUÑOZ, JOSÉ ARTURO, en MEZGER, *Tratado*, Madrid, 1955, I, 346.

⁵⁶ "Besser Unrecht leiden als Unrecht tun" (proverbio alemán: "Mejor sufrir lo injusto que hacerlo"), Cfr. *Der Grosse Duden, Rechtschreibung*, Mannheim, 1961, I, 712.

⁵⁷ MEZGER, SAUER, FRANK, etc.

⁵⁸ Así, QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Compendio de Derecho Penal*, Madrid, 1958, I, 184 y 200.

común amplia (conducta humana) a la que se adjetiva con características jurídicas que se suceden en forma lógicamente necesaria para llegar a delimitar cuáles son las conductas humanas delictivas. *La unidad conceptual requiere que el nivel de precisión superior no ignore al inferior* (esta es su consecuencia práctica). No se puede investigar la antijuridicidad prescindiendo de la tipicidad, ni la culpabilidad prescindiendo del injusto: los planos inferiores fundamentan y sustentan a los superiores, precisamente porque se trata de un análisis no de un desmembramiento. Pero de la unidad conceptual no se puede echar mano para que los planos inferiores se sustenten de los superiores, porque allí, en lugar de un análisis conceptual, tendremos un *totum revolutum* inescindible. La apelación a la unidad conceptual de este sentido es una concesión a la teoría —si es que así se la puede llamar— totalista o unitaria del delito.

III. — DIFICULTADES SISTEMÁTICAS PARA UNA UBICACIÓN EN LA ESTRUCTURA CAUSALISTA DEL DELITO

355. **Dificultades sistemáticas para una ubicación en la estructura causalista del delito.** Hemos visto que se llama “teoría del dolo” a la que ubica la consciencia de la antijuridicidad en el dolo. Para sus partidarios —como para los que compartiendo la teoría de la culpabilidad dejan al dolo en la culpabilidad—, o sea, para los sostenedores de una estructura causalista del delito, la aceptación de los elementos subjetivos del tipo ofrece serias dificultades que emergen de la contradictoria ubicación del dolo en la culpabilidad (ubicación del objeto a desvalorar en el juicio desvalorante).

Conforme a esta posición, el dolo debe abarcar el conocimiento del tipo (y de la antijuridicidad para los que sostienen la teoría del dolo). Siendo ello así, restan dos soluciones: α) se reconoce la existencia de un tipo subjetivo que no es abarcado por el dolo o β) el dolo también abarca esos elementos subjetivos. Cualquiera de ambas resulta bastante desquiciante para la estructura causalista.

α) Los partidarios de la primera afirman que “no hay razón que haga necesaria la repetición, en la esfera del dolo, de todos los componentes del tipo”⁵⁹. Se le ha objetado que atenta contra el principio *nullum crimen sine culpa*⁶⁰ a lo que se respondió que no se comprende por qué la función de garantía se deja de cumplir

⁵⁹ Así POLITOFF, op. cit., 76.

⁶⁰ CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción...*, 15-17.

cuando lo que se hace es ahorrarse una pregunta cuya respuesta se dio en un nivel anterior. Puede admitirse que la respuesta lleva razón y que, en verdad, no hay ninguna necesidad de que el dolo abarque los elementos subjetivos del tipo, pero, esta solución representa una concesión de la estructura tradicional. Ya no se trata sólo de reconocer que en el tipo hay elementos subjetivos, sino que va más allá: hay un aspecto subjetivo del tipo que no es abarcado por el dolo. Luego, hay un tipo objetivo (que el dolo cubre) y un aspecto subjetivo del tipo que queda descubierto por el dolo. Así, estos elementos quedan definitivamente escindidos de la culpabilidad (a diferencia de lo sostenido por los partidarios de la doble ubicación)⁶¹, para pertenecer al tipo subjetivo (que no abarca el dolo). Independientemente de la dificultad que implica afirmar la presencia de estos elementos sin presuponer el dolo —grave e insalvable en muchos casos— lo cierto es que la estructura causalista sale artificiosamente construida de esta manera. Resulta bastante desarmónico considerar un tipo subjetivo sin dolo, en tanto que el dolo —desde la culpabilidad— enlaza únicamente al tipo objetivo. Es algo un tanto complicado, que da toda la sensación de un recurso heroico para salvar la ubicación del dolo en la culpabilidad.

A ello se añade la dificultad a que hacíamos referencia: muchas veces (reconozcamos que no todas) estos elementos presuponen el dolo. Con que esta presuposición se haga necesaria una vez, creemos que queda demostrada la ubicación del dolo en el tipo, salvo que por un nuevo remiendo el causalismo pretenda que ello es así únicamente en esos casos (como lo pretenden en la tentativa).

Politoff le atribuye aquí a Welzel un “salto” en su razonamiento⁶², lo que puede ser parcialmente cierto, porque no en todos los casos en que hay elementos subjetivos del tipo, éstos presuponen el dolo. Hay casos en que ello no es necesario, y lleva razón a ese respecto el autor chileno puesto que puede darse un “ánimo”, sin que se dé el dolo. Pero con ello no se demuestra que en todos los casos sea así, y lo que se pasa por alto es que, si en alguno no lo es, en éste el dolo debe presuponerse a los elementos subjetivos y, consiguientemente, formará parte del tipo.

Un supuesto en el que no concebimos la llamada “finalidad ultratípica” sin presuponer al dolo, es el art. 127 bis CP. Es un elemento subjetivo del tipo que no concebimos sin presuponer al

⁶¹ FRANK, MEZGER, etc. En nuestra lengua, POLAINO NAVARRETE, op. cit., 321-3.

⁶² POLITOFF, op. cit., 78-9.

dolo: no podemos imaginar que alguien facilite culposamente la entrada al país de una mujer o de un menor "para que ejerzan la prostitución". En este caso, no nos cabe duda de que el dolo pertenece al tipo porque está antepuesto a sus elementos subjetivos: éstos lo presuponen. En tal supuesto el dolo no puede quedar en la culpabilidad. Siendo así, no vemos la razón por la cual no deba suceder lo mismo en todos los tipos, salvo que se sostenga que son casos de excepción en que la estructura típica es del todo diferente. Hasta hoy nadie lo ha sostenido, al menos hasta semejante grado de desintegración de la teoría.

Cabe consignar que no volvemos con nuestro planteo al viejo "dolo específico"⁶³, sino que con este punto de vista no hemos salido jamás del dolo "específico": todos los dolos son "específicos", puesto que no se puede prevaricar con dolo de homicidio⁶⁴. No obstante, cuidamos distinguir al dolo de los elementos subjetivos del tipo que no pertenecen a él, aunque a veces lo presupongan: los elementos subjetivos del tipo exceden al dolo en cuanto exceden la realización del tipo objetivo.

β) El otro camino que le resta el causalismo es la admisión del conocimiento de los elementos subjetivos del tipo, por parte del propio sujeto activo, en el dolo. Se ha definido este conocimiento de los propios momentos subjetivos como una "imagen atormentada"⁶⁵. Contemporáneamente vuelve a sostenerse esta posibilidad.

Córdoba Roda defiende esta posición basándose en que sería suficiente el "conocimiento por parte del sujeto"⁶⁶. De este modo entiende responder a la observación que sobre este punto formulara Rittler⁶⁷. Creemos que esta respuesta ofrece algunos flancos débiles. En principio, el conocimiento que el dolo requiere es un conocimiento efectivo, no siendo suficiente uno meramente "potencial"⁶⁸: para ser homicida "aquí y ahora", debo saber "aquí y ahora" que mato a un hombre, no bastando la mera "posibilidad" de saberlo. Si bien es cierto que un conocimiento así es factible respecto de los fenómenos de la propia mente, o sea, respecto de las propias direcciones de la voluntad, el mismo Córdoba Roda cita a Engisch, quien dice que "un médico puede estar plenamente consciente de que él, en un reconocimiento ginecológico, tiene miras lujurioso-

⁶³ Otra opinión, POLITOFF, op. et loc. cit.

⁶⁴ Cfr. BELING, D. L. v. *Tatbestand*, 13.

⁶⁵ Así BELING, op. cit., 11.

⁶⁶ CÓRDOBA RODA, op. cit., 15; en igual sentido ENGISCH, *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, en "Fest. für Mezger", 127 y ss.

⁶⁷ RITTLER, THEODOR, op. cit., 124.

⁶⁸ Cfr. WELZEL, 1967, 154-5.

sas"⁶⁹, pero es bueno recordar que sólo "puede estar plenamente consciente", y con esta posibilidad no salva Engisch la "rareza psicológica" que le imputara el que fuera Catedrático de Innsbruck.

Es cierto que cualquier individuo tiene la posibilidad de revertir sobre sí su atención y sus ideas, pero esto es justamente, lo que se llama *reflexión*, y sería absurdo exigir la reflexión en todos los supuestos en que el tipo en cuestión contenga elementos típicos diferentes del dolo. Ello conduce a un callejón sin salida a la aceptación de estos elementos por el causalismo, sobre la base del segundo criterio: *o bien el dolo no requiere un conocimiento efectivo o, en todos los casos de tipos con elementos subjetivos distintos del dolo debe exigirse la reflexión.*

En síntesis, al causalismo le restan los siguientes caminos frente a los elementos del tipo:

- 1) *Negarlos* (Oehler, Wegner, la escuela austríaca);
- 2) *Ubicarlos doblemente* (renuncia a una estructura analítica —Mezger, Frank);
- 3) *Admitirlos en el tipo*: α) Sin que los abarque el dolo (una construcción artificiosa); β) exigiendo que el dolo los abarque (implica exigir la reflexión en todos los tipos que los presentan).

IV. — CLASIFICACIONES DE LOS TIPOS CON ELEMENTOS SUBJETIVOS DISTINTOS DEL DOLO

356. **Clasificaciones de los tipos con elementos subjetivos distintos del dolo.** Conforme a las dos clases diferentes de elementos subjetivos distintos del dolo a que hemos aludido, resulta que unos se caracterizan por consistir en una voluntad que va más allá de la mera realización del tipo objetivo, y otros en una particular disposición del ánimo del autor. De allí que podamos clasificar los tipos que presentan estos elementos considerando como *tipos de intención o de tendencia interna sobrante o trascendente* a los que contienen elementos del primer género, y *tipos de tendencia interna peculiar*, que son los que contienen elementos de la segunda categoría.

⁶⁹ ENGLISH, K., *Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen*, en "Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag", Aalen, 1957, 172.

Las clasificaciones que de estos tipos se han propuesto varían prácticamente de autor en autor, siendo muchas veces notablemente oscuras.

La teoría se introduce al derecho penal con clasificaciones. Hegler consideraba que había: a) *casos de supuesta situación psicológica, o de efecto psicológico* (aquí la antijuridicidad o la dañosidad social está sometida a una situación psicológica, como ser un conocimiento o bien una satisfacción de apetencia o excitación de ella); b) *Casos en que la intención da el sentido* (se trata de supuestos en que con la intención se puede llegar al sentido del acto, que en sí mismo no lo tiene); y c) *Casos de tendencia interna trascendente o sobrante* (son casos en que la intención va más allá que el tipo). Dentro de este tercer grupo distingue: α) *Delitos de intención de resultado*, en los que la conducta es un medio para llegar a un resultado que no necesita la intervención del autor, y β) *Delitos de intención de acto posterior*, en que se realiza la acción para posibilitar la ulterior realización de otra, también del mismo autor⁷⁰.

Maurach tabula algunas características y distingue entre delitos de tendencia, de intención y cortados de resultado⁷¹, en tanto que Welzel⁷² distingue la *intención*, la *especial tendencia de la acción* y los *momentos especiales del ánimo*.

Mezger, por su parte, distinguió los *delitos de intención* en forma de los llamados delitos mutilados en dos actos, los *delitos de tendencia*, que aproximadamente coincidirían con los delitos en que la intención proporciona el sentido de Hegler, y los *delitos de expresión*⁷³.

Seguiremos aquí la clasificación de Jescheck⁷⁴, que en líneas generales no difiere de la de Mezger, y que es la que consideramos más clara, dentro de la oscuridad que siempre ha rodeado el tema.

Podemos distinguir dos grupos principales, a saber:

α) *Delitos de intención (Absichtsdelikte)*, que se han llamado también de "tendencia interna trascendente" (la traducción literal sería "sobrante"). En ellos hay un fin ultratípico, o sea que el autor tiene en vista un resultado pero que no tiene que alcanzar necesariamente, y en algunos casos nunca, porque de ser así se trataría de otro tipo. Dentro de éste se distinguen los *cortados delitos de resultado* y los *incompletos delitos de dos actos*.

Por *cortados delitos de resultado* se entienden aquellos en que el sujeto tiene en mira un hecho que debe producirse, una vez completada su conducta, sin su intervención. El delito ha quedado consumado con la conducta, pero ésta se ha llevado a cabo para

⁷⁰ Cfr. op. cit. en "Fest. für Frank".

⁷¹ MAURACH, 269-270 y 240.

⁷² WELZEL, 1967, 75-7.

⁷³ MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 172-3; igual BLEI, 61.

⁷⁴ JESCHECK, 256-7.

que se produzca un hecho ya sin intervención ulterior del agente. Si el tipo no estuviere así estructurado y el hecho fuese un fin típico, tendríamos en estos supuestos un caso de tentativa “acabada” del delito al cual pertenece el fin típico. Los ejemplos alemanes no pueden trasladarse a nuestro derecho, porque muchos tipos presentan conceptualización diversa. La extorsión es para nuestro texto un delito “de resultado”, porque recién se consuma cuando la víctima ha “entregado, enviado, depositado o puesto a disposición del autor o de un tercero” el objeto (art. 168). De lo contrario el delito quedaría en grado de tentativa⁷⁵. En lugar es un claro cortado delito de resultado el cohecho activo (art. 258), que se configura en el mero ofrecimiento de dádivas, sin que sea menester que el funcionario realice u omita algunos de los actos a que se refiere el 256. Pero no se configura la conducta del art. 258 si no se ha entregado la dádiva en procura de la conducta reprimida por el art. 256. Aquí el dolo termina con la voluntad de entregar una dádiva a un funcionario público, y el conocimiento debe abarcar la calidad de funcionario público y la naturaleza de “cosa” que se entrega (debe tener un valor económico). Pero con estos únicos elementos tenemos la conducta típica del art. 259 (ofrecimiento de dádiva), que es un tipo simétrico. Se requiere la particular finalidad típica que excede al dolo para que se configure el cohecho activo⁷⁶.

En lugar en los delitos *incompletos de dos actos*, la conducta típica es el medio para la realización de una segunda conducta del autor. Tenemos un claro ejemplo, en el art. 80, inc. 7º (el que matar “para preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito”). Aquí también el dolo termina con el conocimiento y la voluntad de matar a otro. El fin último (la segunda conducta no realizada) es extraño al dolo.

Esta característica, que hace que la finalidad exceda del dolo, es lo que ha hecho que estos “delitos de intención” sean llamados delitos con “tendencia interna sobrante” (sobra o trasciende al dolo).

La división de los delitos en dos actos (de tal forma que el primero tenga en mira permitir la comisión del segundo) y de delitos que abarcan la completa tentativa, aunque “altamente rara” la primera y “en el más alto estado de impaciencia del legislador” en la segunda, ya la había

⁷⁵ C. Crim. Cap., JA, 1965-VI-623.

⁷⁶ Cfr. CREUS, CARLOS, *Delitos contra la administración pública*, Bs. As., 1981, p. 298.

advertido Binding, quien la formuló con la meridiana claridad con que luego la formulan Hegler, Mezger, etc.⁷⁷.

β) *Delitos de tendencia (Tendenzdelikte)*, o delitos con “intensificación de tendencia interna”. Este grupo se caracteriza porque la conducta se orienta con un particular modo de la voluntad del autor, que no se halla externamente expresada en forma completa. Vale decir que, con la mera observación de la exteriorización de la conducta, no se puede llegar a saber si respondía o no a ese particular modo de la voluntad. En los casos concretos habrá, por supuesto, elementos de exteriorización de esa voluntad, como que toda conducta debe manifestarse o exteriorizarse para ser típica.

En este grupo se comprende la alevosía⁷⁸. Si bien ésta tiene un aspecto objetivo que corresponde en su conocimiento al dolo (que es la indefensión de la víctima), con el conocimiento del estado de indefensión no se configura la alevosía, sino que hasta allí hay un dolo de homicidio simple. La alevosía requiere, además, que el sujeto activo *aproveche* este estado de indefensión, saque partido de él para la obtención del resultado que pretende⁷⁹. Así, no será alevosa la muerte de un niño por el mero hecho de que sea un niño⁸⁰, ni es alevosa la muerte piadosa al enfermo postrado y totalmente impedido de resistirse, como, en este último caso o en el de la pareja suicida, no es insidioso el empleo del veneno.

Se habla en estos casos de características del ánimo o de disposición interna del autor o de especiales momentos del ánimo. Por esta vía se ha llegado a hablar de un “derecho penal de ánimo”, destacándose los peligros que un desmedido uso de estos elementos por parte del legislador acarrearán para la seguridad jurídica⁸¹.

El vocablo *Gesinnungsstrafrecht* (derecho penal de disposición interna) causa justificado pánico entre los autores más o menos respetuosos de la dignidad humana en el derecho penal. La justificación de ese temor finca en que el derecho penal de ánimo siempre es peligroso, pero, también es justo puntualizar —como lo hace Schmidhäuser— que la expresión tiene diferentes sentidos. Dice Schmidhäuser que por *Gesinnungsstrafrecht* podemos entender el derecho penal de los Estados que no son de derecho, en que “los hechos exteriormente iguales quedan impunes o son

⁷⁷ BINDING, KARL, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, Leipzig, 1902, I, 12-3.

⁷⁸ Cfr. JESCHECK, 256; otra opinión, MAURACH.

⁷⁹ Cfr. ZAFFARONI, *Los homicidios agravados en el Código Penal Veracruzano*, en RJV, 1969.

⁸⁰ ZAFFARONI, op. cit.; otra opinión, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado*, I, 236.

⁸¹ Cfr. WELZEL, 80; STRATENWERTH, 113.

penados, según hayan sido cometidos por amigos o por enemigos”⁸². También puede entenderse por “derecho penal de ánimo” la concepción sintomática del delito, en qua la *Gesinnung* (disposición interna) denota un estado bio-psicológico, pero también puede denotarse, como lo hace Gallas⁸³, “no una forma de ser permanente del autor, ni tampoco su peligrosidad individual en el sentido de la prevención especial, sino la actitud actualizada en el hecho concreto”. Debe insistirse, pues, en que aquí no puede bajo ningún concepto admitirse otro *Gesinnungsstrafrecht* (derecho penal de disposición interna) distinto de la admisión que la misma acción *expresa*, y no el que la acción se limita a revelar, concepto que sería propio de una tesis de la concepción sintomática del acto o de “derecho penal del sentimiento” (*Gefühlsstrafrecht*)^{83 bis}.

Sin renunciar por ello a la general advertencia de que el *Gesinnungsstrafrecht* es siempre peligroso, cabe aclarar que cuando lo usamos en la actualidad y dentro del contexto jurídico nacional, lo hacemos en el tercer sentido, que es el único que puede ser tolerado.

La naturaleza de estos elementos no queda nada clara, pues parece que deambulan entre el injusto y la culpabilidad, dando la impresión frecuentemente, de que con ellos el legislador no intenta describir una conducta, sino, en lugar de la descripción, introducir en el tipo un “predicado de valor ético-social”⁸⁴. Planteadas las cosas en estos términos, sería cuestión de alarmarse seriamente, porque el tipo legal dejaría de ser el dispositivo individualizador de conductas para convertirse en un agente ético puro.

No obstante, creemos que el motivo de alarma no es tan grande, al menos en nuestro derecho penal positivo: α) En primer lugar, si analizamos de cerca los ejemplos de los autores alemanes, veremos que la mayoría de ellos se refieren a la motivación y, por ende, a la culpabilidad y, excluidos éstos, no son muchos los casos con que nos hallamos dentro de nuestra legislación penal positiva. β) Dentro de nuestra legislación penal, a poco que reflexionemos, veremos que la introducción de estos elementos, frecuentemente no responde a la finalidad de ampliar o agravar la punición, sino de restringirla. Así, por ejemplo, el CP sanciona más gravemente la conducta que afecta bienes jurídicos que se hallan desprotegidos, que la que afecta bienes cuyo titular puede defender o custodiar. Esta es una regla general que se evidencia en múltiples disposicio-

⁸² SCHMIDHÄUSER, EBERHARD, *Gesinnungsethik und Gesinnungsstrafrecht*, en “Fest. f. Gallas”, Berlin, 1973, pp. 81 y ss.

⁸³ GALLAS, WILHELM, *Zum gegenwertigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, cit.

^{83 bis} Cfr. BETTIOL, 294.

⁸⁴ STRATENWERTH, 112.

nes (por ejemplo, art. 163, inc. 1º). Es natural que, tratándose de la vida humana, sancione más gravemente al que la destruye cuando su titular no puede defenderla. No obstante, el CP no se conforma con este recaudo objetivo, sino que califica la conducta cuando el que destruye la vida ajena, no sólo sabe de esta indefensión de su víctima, sino que también se aprovecha de ella. El CP no hace aquí más que consignar una restricción a la agravante que, por no haberla consignado en su texto original respecto del veneno, obligó a la doctrina y a la jurisprudencia a entenderla consignada por vía interpretativa. De no consignar este especial elemento del ánimo (el “ánimo de aprovecharse de la indefensión” que está implícito en la alevosía), la figura calificada se extendería a todos los supuestos de mera indefensión del sujeto pasivo conocida por el activo (los homicidios piadosos, por ejemplo).

Hay un elemento subjetivo de esta naturaleza en el hurto calamitoso, por ejemplo, pues el autor no sólo debe conocer el estrago, la conmoción o el infortunio, sino que también debe cometer el hecho “aprovechando” las facilidades provenientes de esas circunstancias del tipo objetivo. Algo análogo pasa con la figura del inc. 2º del art. 174 del CP, en que no basta con que el autor conozca las necesidades, pasiones o inexperiencia del menor, sino que es necesario que “abuse” de ellas, es decir, que las explote.

Pese a todo, no podemos desconocer que hay otro grupo de tipos que también configuran delitos de tendencia, y en los que la intensidad o disposición interna del autor fundamenta o agrava el injusto. Tales son los tipos que requieren las características de profesionalidad, habitualidad o comercialidad, y que Jescheck ubica dentro de este grupo, pese a que, con cierta razón, dice que “un poco más lejanamente”.

En estos delitos, la conducta típica no se configura necesariamente con una pluralidad o repetición, sino que la pluralidad o repetición de la conducta no pasa de ser una presunción de la habitualidad o profesionalidad⁸⁵. La conducta típica puede configurarse con un solo acto, si las circunstancias que la rodean muestran la particular disposición del ánimo que configura la habitualidad o profesionalidad.

Quien atiende, por ejemplo, a un paciente, habiendo instalado un consultorio y habiendo hecho publicidad, sin poseer título habilitante,

⁸⁵ Cfr. DANIELSEN, RAÚL VÍCTOR, *Las circunstancias agravantes del delito de usura*, en JA, 23, 24 y 25 de julio de 1975; habíamos sostenido la opinión contraria, en *Teoría*, cap. 16.

comete el delito tipificado en el inc. 1º del art. 208 CP; quien concede un préstamo usurario, pero en el marco de un montaje de organización para préstamos usurarios, cae en el tipo agravado del último párrafo del art. 175 bis del CP; quien instala una empresa para “reducir” objetos provenientes de delitos incurre en la figura calificada del 2º párrafo del art. 278 bis cuando recibe el primer objeto. Cabe observar que en el caso del inc. 1º del art. 208, este elemento subjetivo fundamenta el injusto mismo, en tanto que en los restantes casos fundamenta sólo su mayor entidad.

Incluso para los autores que requieren en estos delitos una pluralidad de conductas, el elemento subjetivo no puede pasar inadvertido. Así, en 1963, la jurisprudencia de casación belga resolvió que, “como el número de hechos necesarios para constituir hábito no está determinado por la ley, en ciertos casos pueden bastar dos hechos”, y Constant, comentando este criterio, no puede menos que reconocer que “la infracción habitual no consiste sólo en la reiteración de un mismo hecho; ella implica una disposición adquirida o revelada por esta reiteración”⁸⁶.

Estos elementos subjetivos del tipo, es decir, la profesionalidad y la habitualidad, no configuran un “tipo de autor”⁸⁷, sino una pura actitud o disposición interna del sujeto. El “tipo de autor”, en pureza y sintéticamente dicho, es la pretensión de considerar anti-jurídica a una personalidad, en tanto que aquí no se requiere ninguna “personalidad antijurídica”, sino sólo la habitualidad o profesionalidad como características de una conducta, impuestas a la misma por una actitud interna del autor en el momento de realizarla. Esto no prejuzga sobre la personalidad del autor de la conducta ni sobre la antijuridicidad de la misma, que bien puede admitir causas de justificación.

La profesionalidad y la habitualidad, como elementos subjetivos distintos del dolo en los tipos de tendencia interna peculiar, nada tienen que ver con los vocablos similares que suelen usarse en la teoría de la pena, y que, por otra parte, son ajenos a nuestro sistema penal.

Creemos que es debido a esta similitud terminológica, que en el StGB de 1871 estaba incrementada en razón de hablarse de “habitualidad” en cuanto a las penas, que Welzel sostiene que la habitualidad es, a diferencia de la profesionalidad, una tendencia que se forma a través de una práctica repetida⁸⁸. Creemos que esto, que es verdad en el concepto que se maneja en criminología y en la teoría de la pena en los códigos que la admiten, donde la habitualidad es una característica del autor, no

⁸⁶ CONSTANT, JEAN, *Précis de Droit Pénal*, Liège, 1967, p. 127.

⁸⁷ Así DANIELSEN, op. cit.

⁸⁸ WELZEL, 230.

lo es entre nosotros, en un texto que no se refiere a la habitualidad, y donde la misma no pasa de ser una característica de la conducta típica.

Concebir a la habitualidad o a la profesionalidad como una tipicidad requerida de una pluralidad de conductas apareja problemas dogmáticos insalvables. Uno de ellos es la determinación del número de hechos necesarios para configurar la parte objetiva de la tipicidad, que nunca será satisfactoriamente resuelto. Otro, consiste en la imposibilidad de determinar cuándo hay tentativa.

También agrega Jescheck un tercer grupo de tipos que requieren un particular conocimiento interno del autor —con el que la conducta exterior entra en contradicción— y que siguiendo a Mezger⁸⁹ y Wolf⁹⁰, denomina *Ausdrucksdelikte*, vocablo que traducido al castellano cobra el antipático nombre de “delitos de expresión”, pero que estos autores utilizan libre de contenido político, para designar, por ejemplo, los tipos de los párrafos 153, 154 y 156 StGB, referidos a falsas declaraciones. Otros autores lo llamaron *Ausserungsdelikte* (delitos de exteriorización)⁹¹. De cualquier modo, entendemos que aquí no hay elementos subjetivos distintos del dolo.

Para Mezger, como en general para los sostenedores de la teoría de los elementos subjetivos del tipo en el campo causalista, se les hacía necesaria esta distinción, a fin de escindirlos del dolo y poder solucionar problemas a nivel típico, pero es totalmente artificial. El conocimiento de la falsedad de lo que se denuncia es un componente del dolo⁹² y este tercer supuesto grupo nada tiene que sea distinto del dolo (sólo quizá, ocasionalmente, alguna exigencia de dolo directo)⁹³. En una estructura mixta del tipo, como la concebida por Jescheck, este tercer grupo se hace completamente innecesario.

También se habla de “tipos de empresa” o de “emprendimiento”⁹⁴, pero en esto creemos que no hay un elemento subjetivo distinto del dolo. Se trata de una *tipificación de la tentativa*. Tiene por efecto excluir la posibilidad de disminuir la pena conforme a las reglas de la tentativa. Al excluir su tratamiento como tipos con elementos subjetivos distintos del dolo, excluimos también la posibilidad de tentativa en estos tipos (sería una “tentativa de tentativa”)⁹⁵.

⁸⁹ Así MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 173; JESCHECK, 215.

⁹⁰ WOLF, ERIK, *Die typen der Tatbestandsmässigkeit*, cit., p. 63.

⁹¹ V. KERN, EDUARD, *Die Ausserungsdelikte*, Tübingen, 1919; SCHUDT, -op. cit., 52 y ss.

⁹² Cfr. LEVENE (h.), RICARDO, *El delito de falso testimonio*, Bs. As.; FONTÁN BALESTRA, *El delito de falsa denuncia*, Bs. As., 1952.

⁹³ FONTÁN BALESTRA, II, 39 y ss.

⁹⁴ V. MAURACH, 500; WOLF, E., op. cit., p. 21.

⁹⁵ Cfr. JESCHECK, 214.

V. — LA DISTINCIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO RESPECTO DE LA CULPABILIDAD

357. **La distinción de los elementos subjetivos del tipo respecto de la culpabilidad.** El límite entre estos elementos y la culpabilidad es claro en buen número de casos, pero en otros suele presentar dificultades. Los móviles o motivos pertenecen a la culpabilidad y, por consiguiente, quedan excluidos de estos elementos⁹⁶. *Estos motivos se excluyen del tipo por disposición del art. 41, inc. 2º* (“la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir”).

No obstante, la distinción no es siempre suficientemente fácil ni clara.

Entre los “motivos” suele incluirse el “impulso de perversidad brutal”, la emoción violenta, el “ocultar su deshonra”, el “salvar el honor”, etc.⁹⁷. Creemos que esta tabulación es un tanto exagerada, porque la emoción violenta, por ejemplo, no es un móvil o motivo sino una imputabilidad disminuida⁹⁸. De cualquier modo, el deslinde deberá hacerse en cada caso manejando cuidadosamente el *Woher?* y el *Wohin?* (*de dónde?* y *adónde?*)⁹⁹ para diferenciar *la motivación y las especiales referencias anímicas* de los verdaderos *elementos típicos extradolosos*.

Si bien es cierto que el hecho psíquico siempre es una complejidad, no obstante el objetivo y el móvil del mismo pueden distinguirse. “Mientras que con el término ‘fin’ se considera sobre todo el aspecto cognoscitivo del hecho psíquico, y se lo figura como la representación de un resultado que el agente entiende conseguir, con el término ‘móvil’ se pone esencialmente de relieve el aspecto afectivo del hecho psíquico y se lo considera, sobre todo, como impulso determinante de la acción”¹⁰⁰.

Esta tarea es cometido de la parte especial y no corresponde aquí su desarrollo. Engorroso es en muchos casos, porque el legislador acumula, precisamente, elementos de índole diversa. En nuestra opinión, del análisis de los art. 80 y 81. resultaría por ejemplo, lo siguiente: el “sabiendo que lo son” del 80, inc. 1º es un conocimiento que integra el dolo; la alevosía y los procedimientos insidiosos (in. 2º) requieren una particular dirección de la voluntad (el aprovechamiento de la inferioridad o indefensión); el placer, la codicia, el odio racial o religioso (inc. 4º), se refieren a la culpabilidad, al igual que el “precio o promesa remunerato-

⁹⁶ Cfr. MAYER, M. E., 1923, 185-6; FRANCO GUZMÁN, op. cit.

⁹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 839.

⁹⁸ V. ZAFFARONI, *Notas sobre emoción violenta*, en DJ, diciembre 1972.

⁹⁹ Cfr. FISCHER, op. cit.

¹⁰⁰ MALINVERNI, ALESSANDRO, *Scopo e moventi nel diritto penale*, Torino, 1955, p. 67.

ria"; los incs. 5° y 6° no requieren elementos subjetivos diversos del dolo; el inc. 7° creemos que contiene elementos subjetivos, salvo la última parte que se refiere a la culpabilidad ("por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito"). Las circunstancias extraordinarias de atenuación del último párrafo son un problema de culpabilidad. La emoción violenta (art. 81, inc. 1°) es un supuesto de imputabilidad disminuida, en tanto que la ocultación de la deshonra en el infanticidio es un elemento subjetivo del tipo.

La distinción debe ser cuidadosamente realizada, toda vez que nos movemos en el peligroso terreno en que la introducción de referencias anímicas en el tipo es susceptible de dar entrada al derecho penal de ánimo. De cualquier manera, la tarea es factible, y no deben transvasarse libremente los elementos subjetivos del tipo a las motivaciones y viceversa. Psicológicamente, cada fin tiene una motivación y también la motivación lo es de una acción (final), pero un mismo fin puede tener distintas motivaciones y una motivación puede dar lugar a distintas finalidades. Así, el fin de ocultar la deshonra puede motivarse en que el conocimiento de la misma produciría un drama familiar, en que ocasionaría un perjuicio patrimonial (pérdida del trabajo, por ejemplo), en que llevaría a romper una relación sentimental, en que ocasionaría un grave desprestigio profesional, etc. Inversamente, con estas motivaciones pueden realizarse conductas típicas de homicidio, de aborto, de exposición de infante, de alteración o ocultación del estado civil, de incumplimiento de deberes de asistencia familiar, etc., y también conductas atípicas, y todas ellas perseguir el fin de evitar la deshonra. Cuando la ley individualiza la finalidad, eso no autoriza al intérprete a limitar la motivación. Siempre que exista el fin típico existirá la conducta típica, cualquiera sea la motivación, que sólo podrá tomarse en cuenta para graduar la culpabilidad.

CAPÍTULO XXV

LOS TIPOS ACTIVOS: TIPOS CULPOSOS

I. — ESTRUCTURACIÓN GENERAL DE LA CULPA: 358. Panorama de su problemática. 359. Los tipos culposos como tipos abiertos. II. — LA FUNCIÓN DEL FIN EN EL TIPO CULPOSO: 360. La función del fin en el tipo culposo. III. — LA FUNCIÓN DEL RESULTADO EN LOS TIPOS CULPOSOS: 361. La función del resultado en los tipos culposos. IV. — LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO: 362. Individualización del deber de cuidado. 363. La relación de determinación del resultado por parte de la violación del deber de cuidado (la conexión de antinormatividad). V. — EL TIPO SUBJETIVO: 364. El tipo subjetivo. VI. — SÍNTESIS DE LOS REQUERIMIENTOS DE LA TIPICIDAD CULPOSA: 365. Síntesis de los requerimientos de la tipicidad culposa. VII. — EXCURSUS COMPLEMENTARIO: 366. ¿Es la culpa una omisión? 367. Dificultades que apareja la ubicación de la culpa en la culpabilidad. 368. Algunas críticas al concepto finalista del tipo culposo. 368. ¿Hay grados de culpa?

I. — ESTRUCTURACIÓN GENERAL DE LA CULPA

358. **Panorama de su problemática.** Los delitos culposos siempre fueron problemáticos, al punto de ponerse en duda la culpabilidad en ellos, cosa que jamás aconteció con los dolosos y ni siquiera con los omisivos¹.

La característica esencial del tipo culposo —y la diferencial respecto del doloso— es la forma de individualización de la conducta prohibida. En tanto que en el tipo doloso la conducta se ciñe, por lo general, mediante una descripción, en el tipo culposo ésta permanece *prima facie* indeterminada, siendo sólo *determinable* frente a cada caso concreto.

Cabe insistir una vez más —porque nunca será suficiente, dada la confusión creada²— en que el tipo culposo también individualiza con-

¹ V. KAUFMANN, ARMIN, *Das fahrlässige Delikt*, en "Zeitschrift für Rechtsvergleichung", 1964, 41; STRATENWERTH, 297; BINDING había afirmado la mayor complejidad de la teoría de la culpa frente a la del dolo (*Normen*, IV, 336-7).

² Confusión a la que en gran medida ha contribuido la denominación de

ductas, que son tan "finales" como las individualizadas por los tipos dolosos³. Los tipos legales individualizan conductas y es imposible que individualicen otras cosas, porque es inconcebible que prohíban algo distinto de conductas humanas. Por consiguiente, el tipo culposo, al igual que el doloso, no puede hacer nada diferente que individualizar conductas humanas. Si la conducta no se concibe sin voluntad, y la voluntad no se concibe sin finalidad, la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, igual que la que individualiza el tipo doloso.

Todo este planteo parece una simpleza y, en verdad, lo es. Puede reducirse a lo siguiente: los tipos (dolosos y culposos) contienen prohibiciones de conductas. No obstante esta simplicidad, la aclaración se hace necesaria porque en razón de planteamientos idealistas, que conciben a lo prohibido como creado por la norma que lo prohíbe, se ha confundido lo que se prohíbe con la forma en que se lo prohíbe.

El tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad, sino porque en la forma en que se ha querido obtener esa finalidad se ha violado un deber de cuidado. Pero la circunstancia de que el tipo no individualice la conducta por la finalidad en sí misma, no significa que no tenga finalidad, lo que parecen haber entendido numerosos autores.

El tipo es una figura que crea el legislador, una imagen que da a muy grandes trazos y al sólo efecto de permitir la individualización de algunas conductas. Cuando se toman algunos caracteres para individualizar un objeto cualquiera, como ser algunas características personales para individualizar a ciertas personas, como cuando se describen los hombres de raza amarilla por la forma de sus ojos, esto no significa que los hombres de raza amarilla no tengan nariz. El tipo culposo hace lo mismo: individualiza conductas porque en la forma de obtención de su finalidad violan un deber de cuidado, pero no porque no tengan finalidad.

La característica de indeterminación que *prima facie* presenta el tipo culposo, obedece a que éste no puede describir todas las conductas que en su forma de realización —que es lo que funda el desvalor de la acción⁴— son susceptibles de afectar a un bien jurídico, toda vez que éstos son innumerables⁵. Se trata de una exigencia que no obedece a la voluntad del órgano legiferante (en tal caso la indeterminación sería inconstitucional), sino a la *naturaleza*

"involuntarios" dada por algunos autores (por ej., FERRI, *Principii*, Torino, 1928, p. 444).

³ En el argumento contrario insiste recientemente TERÁN LOMAS, *Estructura de la culpa en los delitos culposos*, Vas. Jornadas Nac. de Derecho Penal, Tucumán, 1977, p. 11; I, 527.

⁴ Cfr. en la doctrina nacional, MALAMUD GOTT, *El delito imprudente*, Bs. As., 1972, 38; BACIGALUPO, en LL, 124, 1966, p. 429.

⁵ Cfr. BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, Madrid, 1963, 26; otra opinión, BAUMANN, 431.

de las conductas que el legislador quiere prohibir. De allí que la técnica legislativa (la estructura del tipo) deba ser diferente: se sanciona cualquier conducta que cause determinado resultado lesivo, siempre que el resultado sea previsible y la conducta viole un deber de cuidado de modo determinante para la producción del resultado.

La violación del deber de cuidado es esencial para el concepto de culpa. Este concepto no se halla en la parte general del CP, sino que debemos buscarlo en los tipos culposos en particular, especialmente en el art. 84 CP. Las enumeradas en él no son más que formas que puede asumir la violación del deber de cuidado, siendo indiferente que lo sea por una o por otra. Los límites entre estas "formas de violación" no resultan nada claros, no revelando su distinción consecuencias prácticas importantes. Es admisible, incluso, que en definitiva todas ellas sean reducibles a una cualquiera de ellas.

Si bien puede afirmarse que "mientras el negligente no hace algo que la prudencia aconseja hacer, el imprudente realiza algo que las reglas de la prudencia aconsejan no hacer"⁶, éste es un concepto general que en su aplicación resulta harto confuso. En el fondo, cualquier imprudencia constituye una negligencia, porque es *imprudente* la realización de una acción sin hacer algo que la prudencia aconsejaba hacer (negligencia). Esto surge como resultado necesario y lógico de la ausencia de conductas que puedan calificarse de imprudentes en sí: no es imprudente conducir un vehículo a doscientos Km. horarios en una autopista sin límite máximo de velocidad; no es imprudente apuntar con un arma en una representación teatral; no es imprudente embriagarse con control médico en un laboratorio de investigaciones fisiológicas.

Se le ha asignado importancia a la distinción respecto al art. 281 CP. que es el único que sólo se refiere a la negligencia: "Si la evasión se produjere por negligencia de un funcionario público". En este caso no sería típica la imprudencia. Como ejemplo de imprudencia —y conforme al criterio usual arriba expuesto— se nos ocurre la autorización a un detenido para que visite a su familia. Pues bien, si la misma se hace reglamentariamente, no habrá imprudencia, en lugar, si se hace sin los recaudos reglamentarios, habrá negligencia. No se nos ocurre ningún supuesto de imprudencia que no constituya negligencia, y lo atribuímos a una imposibilidad lógica.

En la doctrina nacional, Fontán Balestra parece no otorgar mayor importancia a la distinción, criterio con el que coincidimos⁷. Soler, en lugar, adopta una posición que no compartimos⁸: reduce todas las formas de violación del deber de cuidado a la imprudencia y a la negligencia, concluyendo en que la negligencia es "el incumplimiento de un deber" y la imprudencia el "afrentamiento de un riesgo". Ello no es

⁶ FONTÁN BALESTRA, II, 271.

⁷ *Ibidem*.

⁸ SOLER, II, 134-5.

exacto, porque implica confundir la violación del deber de cuidado y las formas que esta violación puede asumir (aceptando que fuesen dos o más). No hay ninguna tipicidad culposa cuando se afronta un riesgo, si al mismo tiempo no se viola un deber de cuidado⁹.

Núñez intenta aproximar la negligencia a la culpa inconsciente y la imprudencia a la culpa con representación¹⁰, mas esta interpretación no encuentra suficiente aval en el texto legal. Reconoce que la imprudencia puede generar culpa consciente o inconsciente¹¹, pero, de cualquier manera la identificación de la negligencia con la culpa inconsciente no nos parece correcta: tan negligente es quien deja de cumplir con el deber de cuidado representándose la posibilidad del resultado, como el que lo hace sin representársela.

La impericia y la inobservancia de los reglamentos no pueden ser más que casos de negligencia o imprudencia, quedando a salvo la posibilidad de reducirlos todos a negligencia o todos a imprudencia¹².

La voz *Fahrlässigkeit*, usada en alemán, es traducida por algunos como "imprudencia" y por otros como "negligencia"¹³. De toda forma, cabe insistir en la irrelevancia práctica de estas distinciones. Por otra parte, la mera violación de un reglamento no basta para configurar la culpa, sino que es menester que ella sea la forma de aparición de la violación de un deber de cuidado determinante del resultado. De no serlo, se tratará de una acción antijurídica, pero atípica. El sujeto que conduce a exceso de velocidad no es autor de homicidio culposo en la persona de un suicida, a quien, de no violar los reglamentos, igualmente hubiese arrollado¹⁴.

En general, la última parte del art. 84 CP, que se refiere a los "deberes a su cargo", indica que todo lo anterior es meramente ejemplificativo.

La formulación legal de nuestro art. 84 y de los similares tipos culposos, estructurados todos sobre su molde, tiene su origen en el art. 371 del *Codice Zanardelli*, de donde lo toma el proyecto de 1891 para definir al homicidio culposo (art. 115). Los códigos argentinos anteriores, se plegaban a un sistema distinto, pues el código Tejedor conceptuaba la culpa en su parte general (art. 24), siguiendo al art. 64 del código de Baviera, en tanto que el código de 1886 se limitó a decir que "son punibles las contravenciones a la ley cometidas por culpa o imprudencia" (art. 15). Ambos textos distinguían culpa grave y leve, distinción que desaparece en el proyecto de 1891, que prescinde de la conceptualización de

⁹ Cfr. WELZEL, 132; FONTÁN BALESTRA, II, 132; en sentido crítico a SOLER, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, V, 2ª ed., 916.

¹⁰ V. NÚÑEZ, *La culpabilidad*, 128-130.

¹¹ NÚÑEZ, II, 78 y ss.

¹² Para MALAMUD GOTI (op. cit., p. 75) todos pueden reducirse a imprudencia.

¹³ V. NÚÑEZ BARBERO, R., *La estructuración jurídica del delito culposo. Problema actual de la dogmática*, NPP, julio-set., 1975, 4, nº 7, p. 256.

¹⁴ Más adelante insistiremos en el tema. En cuanto a las distintas formas de aparición de la violación, también CREUS, CARLOS, *Finalismo y culpa*, en JA, 29 oct. 1971, pp. 31-2.

la culpa en su parte general, de la misma forma que lo hace el código vigente, que siguió en esto al citado proyecto.

En Italia, el *Codice Rocco* conceptúa a la culpa en general en su art. 43, haciéndolo de modo parecido al concepto legal que del nuestro se obtiene de los tipos en particular. Esta conceptualización general ha dado lugar también en Italia a interpretaciones diversas. Así, por ejemplo, Para Pannain, la imprudencia sería culpa en la acción y la negligencia culpa en la omisión¹⁵, concepto parecido al que da De Marsico, aunque este último advierte que “la diferencia es más aparente que sustancial, porque la imprudencia siempre se puede resolver en la negligencia y viceversa”¹⁶. Nada hay que apuntale el pensamiento de Pannain, porque es siempre inevitable que en la culpa haya un momento omisivo¹⁷.

En rigor, la imprudencia, la negligencia y la impericia, son enunciados tradicionales que tienen un valor casi histórico. Son formas que aparecen en la *Lex Aquiliae* del Digesto y en las *Institutas (De obligationibus quae ex quasi delicto nascuntur)*. Son las tres primeras formas de culpa que de esas fuentes deducía Muyard de Vouglans y respecto de las cuales se expresaba en los siguientes términos: “La primera especie es la que se hace por imprudencia (*imprudencia*). La ley da ejemplos: 1º Aquél que cortando ramas las deja caer donde hay costumbre de pasar, sin haber advertido previamente al pasante que fue muerto o herido. 2º) El propietario o locatario de una casa que arroja alguna cosa a la calle, dañosa a los pasantes, o quien permite que en la parte superior de su casa cuelgue o apoye alguna cosa que cayendo pueda dañar a quien viene pasando. 3º) El que disparase con un fusil o pistola sobre un camino público o un lugar frecuentado o el que arrojase una piedra a un perro, cuyo golpe haya alcanzado y matado a un hombre”. “La segunda especie de falta es la que se comete por negligencia (*inconsulta negligentia*), como el hotelero o dueño de galera o de navío que haya dejado cometer robo u otras acciones malvadas en sus tabernas, galeras o naves; de un padre de familia que no haya cuidado de contener a sus hijos; un amo a su valet y, en general, de todos los que hayan sido negligentes en cumplir los deberes inherentes a su estado o profesión”. “Hay también casos en que esta negligencia puede degenerar en verdaderos crímenes que merecen una punición ejemplar, como el del carcelero que no ha asegurado a su prisionero, o el del boticario que vendiese veneno sin las precauciones señaladas por las ordenanzas”. “La tercera especie de falta es la que se hace por impericia; como por ejemplo la de un médico o de una comadrona que haya dado o hecho tomar remedios dañosos y peligrosos, de los que no conociese la propiedad; de un cirujano que haya operado contra las reglas de su arte; de un juez que haya juzgado contra la ley y, en general, de todos los que se ponen a ejercer una profesión de la que ignoran los elementos primarios”^{17 bis}.

¹⁵ PANNAIN, 460.

¹⁶ DE MARSICO, 205-6.

¹⁷ V. infra, § 366.

^{17 bis} MUYARD DE VOUGLANS, *Institutes*, 1757, I, pp. 8-9.

359. **Los tipos culposos como tipos abiertos.** El tipo culposo, que en su primera parte revela una cierta indeterminación de la conducta prohibida, se encuentra cerrado por una norma que debe individualizarse en cada caso, que es precisamente la que establece el deber de cuidado. Por ello, invariablemente, son *tipos abiertos*.

Hemos dicho que un tipo es abierto cuando para la individualización de la acción prohibida debe complementarse la formulación legal —siempre en el plano de la tipicidad¹⁸— acudiendo a una norma de carácter general. Que —por supuesto— esta regla general tenga también carácter jurídico —como que no puede ser de otro modo— no implica que el tipo deje de ser abierto¹⁹.

Conforme a ello, la indeterminación de la conducta prohibida sólo lo es *prima facie*, pero en modo alguno se trata de una indeterminación legal en sentido absoluto, que sería incompatible con cualquier sistema de tipos legales. Se trata de una *determinación en dos etapas*, cumpliéndose ambas en el plano de la tipicidad; la norma general cierra al tipo y con ello permite la averiguación de la tipicidad, pero no cierra el juicio de antijuridicidad.

El argumento de que en el tipo culposo la violación del cuidado debido pertenece a la antijuridicidad, no es exacto, aunque fue otrora sostenido en el mismo terreno finalista. En un momento, Welzel no distinguió aquí la antijuridicidad de la tipicidad²⁰ y Niese afirmaba que en el campo de la tipicidad se enfrentan dolo y “no dolo”, pero no dolo y culpa²¹, o sea que, si el “no dolo” es culpa lo averiguaba Niese en la antijuridicidad.

La actual posición de Welzel es por entero diferente, sosteniendo que una vez afirmada la tipicidad queda por verse si la acción culposa es antijurídica, pudiendo ser negada esta característica en función de la presencia de una causa de justificación²². Boldt parece seguir haciendo un manejo de la antijuridicidad en la tipicidad culposa²³; en lugar, Fukuda afirma que la violación del deber de cuidado —que cierra la tipicidad— otorga carácter indiciario al tipo culposo, igual que al

¹⁸ Otra opinión, ROXIN, *Offene Tatbestände*, cit.

¹⁹ Cfr. MALAMUD GOTI, op. cit., 23; otra opinión, CREUS, op. cit.; RAMOS MEJÍA dice que en el CP argentino los tipos culposos son abiertos, pero no tanto como en el StGB alemán (prólogo a la op. de MALAMUD GOTI, pp. 9-10).

²⁰ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, Berlin, 1947, 83-4; antes, *Der Allg. Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, Berlin, 1940, 81-2.

²¹ NIESE, WERNER, *Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht*, en JZ, 1956, 457-466 (460).

²² WELZEL, 127 y ss.

²³ BOLDT, GOTTFRIED, *Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat*, en ZStW, 68, 335-373.

doloso²⁴, y agrega que la norma general se comporta a la manera de los elementos normativos²⁵. No creemos que el paralelo sea feliz, porque en tanto que el conocimiento de los elementos normativos pertenece al dolo, el de la violación del deber de cuidado pertenece a la culpabilidad.

A nuestro juicio, la tipicidad siempre abarca una conducta final. Niese hablaba de una conducta "no dolosa"²⁶, expresión poco feliz que Fukuda repite²⁷ y que resulta equívoca, porque si bien es en general así, eventualmente pueden presentarse casos en que una conducta sea dolosa para un tipo y culposa para otro, o incluso para el mismo, aunque respecto de otro objeto (y aún del mismo). La expresión de que el objeto del tipo culposo es una conducta no dolosa es el resabio del equivocado método de atender al fin en relación con el resultado, que tanta desorientación provocó. Con ello se olvida que en el tipo culposo el fin no es tomado en cuenta de esta manera, sino para determinar si en la acción final hay un defecto de programación. "El cuidado como tal —dice Bustos²⁸— no es otra cosa que la expresión de la realización (final) de la acción; ésta requiere por su naturaleza cierta elección y determinada aplicación de los medios de la acción, con el objeto de alcanzar el fin y no provocar otros resultados".

II. — LA FUNCIÓN DEL FIN EN EL TIPO CULPOSO

360. **La función del fin en el tipo culposo.** En tanto que la conducta dolosa abarca el resultado típico en su finalidad, en la tipicidad culposa el fin es típicamente relevante sólo por ser necesario para conocer la conducta de que se trata y poder individualizar el correspondiente deber de cuidado, a efectos de determinar si tal conducta fue programada ajustándose al mismo o en forma defectuosa y violatoria de tal deber. Ello obedece a que en el dolo, lo típico es la conducta en razón de su finalidad, y en la culpa lo típico es la conducta en razón del planeamiento defectuoso de la causalidad para la obtención de la finalidad propuesta²⁹.

Cabe consignar que el fin puede ser típico de otro tipo legal, como sucede en el caso del ladrón que se marcha dejando abierta una tram-

²⁴ FUKUDA, TAIRA, *Vorzats und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente*, en ZStW, 71, 38-50 (49); Cfr. BERISTAIN, op. cit., 28-7.

²⁵ FUKUDA, op. cit., 49-50.

²⁶ NIESE, WERNER, op. et loc. cit.; del mismo, *Finalität, Vorzats und Fahrlässigkeit*, p. 57 nota 77.

²⁷ FUKUDA, op. et loc. cit.

²⁸ BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y finalidad*, p. 47.

²⁹ Aunque con otras palabras, el causalismo no puede menos que reconocerlo (por ej., OLESA MUÑOZ, op. cit., p. 56).

pa de sótano cercana a la puerta y sin luz, por la que cae el dueño al penetrar al local. Más aún: la conducta puede perseguir el mismo fin típico y hasta coincidir con el resultado, no obstante lo cual la conducta puede ser típicamente culposa, como sucede cuando hay un error relevante de tipo sobre la causalidad que resulta vencible. El ignorante fanático que para dañar la salud de su enemigo le proporciona terrones de azúcar "mágicos", que le dañan porque es diabético, no comete ninguna acción dolosa de lesiones. El enfermero que acude al "mago" para que le proporcione un medio de matar a su enemigo y éste le indica que compre en una farmacia unas inyecciones de penicilina y haga sobre ellas unos pases "mágicos", asegurándole que le causarán la muerte al que se las inyecte y, aprovechando que el enemigo se somete a un tratamiento le inyecta una de las ampollas, la que le causa la muerte por una reacción alérgica, no puede ser penado por homicidio doloso, sino por homicidio culposo, porque es deber de todo enfermero averiguar si el paciente no es alérgico al antibiótico. Vemos, pues, que la característica de la culpa no finca en que el fin sea típico o atípico: puede ser típico y aún producirse el resultado querido. En el caso del ignorante fanático se preguntará ¿cómo puede hablarse de cuidado debido en una conducta final lesiva? Conforme a la limitación de la relevancia típica de la causalidad mediante la adecuación social del medio, la apreciación del común indica que la glucosa en circunstancia normal no es idónea para causar lesiones. Luego, conforme a la apreciación del común, la conducta no es lesiva, sino que causa el daño de una manera imprevisible (distinto es el caso en que lo hubiese previsto e incluido en la finalidad como curso causal alternativo). La inadecuación del medio limita la tipicidad: la falta de previsión de la causalidad excluye el dolo, quedando por verse si era previsible el resultado. Siendo previsible (por ej., si sabía que el sujeto era diabético), constituye una violación a un deber de cuidado, pero, en caso contrario, la conducta será atípica.

La individualización de la acción prohibida no se realiza por el fin *en sí*, sino por la forma de dirigir la causalidad hacia ese fin, que es lo que hace que la conducta final resulte violatoria del deber de cuidado y, por ende, típica (siempre que la violación sea también determinante del resultado).

¿Significa esto que el fin es irrelevante para la tipicidad culposa? De ninguna manera. Sin el fin es imposible apreciar cualquier delito culposo.

En principio, debemos distinguir la *relevancia típica del fin* y la *relevancia del fin para otros estratos* (antijuridicidad y culpabilidad). Esta última no puede ser negada: el fin es relevante para determinar la presencia de causas de justificación y de inculpabilidad. En cuanto al plano típico mismo, tampoco puede prescindirse del fin. Aquí debe distinguirse el fin *en sí mismo* del fin *como criterio para conocer los medios elegidos*. De esta distinción surge otra:

la relevancia de fin en sí y la relevancia de éste en razón de su proyección sobre la selección de medios. Es en este segundo criterio en el que también debemos concluir que el fin es relevante, porque es imposible saber si una conducta viola un deber de cuidado en su modo de realización (en los medios, en la causalidad dispuesta y programada), cuando se ignora adónde se dirigía esa conducta (para qué se programó la causalidad).

Ejemplos: En la creencia de que un arma está descargada, un sujeto dispara e hiere a otro. Descartado el dolo, nada podemos decir de la culpa si prescindimos de la acción. Así, será culposa si era una acción final de probar el mecanismo hecha por un armero, pero no lo será si era una acción final de representar hecha por un actor, a quien otro le cargó el arma maliciosamente. Según la finalidad resultan diferentes los deberes de cuidado.

Un peatón muere aplastado por un vehículo en una acera. Si la muerte es resultado de una acción final de conducir el vehículo, la violación del deber de cuidado surgirá a la luz de los reglamentos de tránsito y de la prudencia que en él debe observar. Si la muerte es el resultado de una acción final de reconocer el vehículo, realizada por un presunto comprador, que no sabe conducir y que inadvertidamente accionó el "contacto", la violación surgirá de normas de cuidado generales que rigen las pautas sociales, es decir, del general deber de abstenerse de accionar un mecanismo desconocido y que se sabe peligroso.

En lugar, en cuanto al *fin en sí*, éste es irrelevante por definición, desde que se trata de un fin atípico, o típico pero con la causalidad totalmente mal programada. El *fin en sí* es irrelevante en el sentido de que en la tipicidad culposa no se puede buscar relación directa entre la voluntad final y el resultado, porque éste necesariamente queda fuera de aquélla, siendo relacionables sólo a través de la forma de realización de la actividad final.

En síntesis: entendemos que el fin es relevante en lo que respecta a los estratos posteriores de la analítica del delito, y también, dentro de la tipicidad misma, en cuanto que nos da el criterio posibilitante de la determinación individualizadora de una falla de programación en la causalidad, negándosela en vez, en cuanto fin en sí, con referencia a cualquier relación directa de la voluntad con el resultado (esta última negación es tautológica y analítica, porque si el fin queda abarcado dentro de la voluntad realizadora y la causalidad se desarrolla conforme a su programación, no hay culpa sino dolo).

Fue Niese quien concluyó en que la diferencia entre tipos dolosos y culposos radica en la finalidad: "Lo que distingue a los delitos culposos

de los dolosos no es la falta de finalidad considerada como carácter de la conducta, sino la circunstancia de que la finalidad se dirige a otro resultado que al del tipo legal, en tanto que en los delitos dolosos, la finalidad se orienta, como dolo, al resultado típico”³⁰. De allí concluía Niese que “no dolosa es, por consiguiente, una conducta con finalidad penalmente irrelevante”³¹. De este planteo, que responde a una etapa en que el finalismo, deslumbrado por el resultado, no había logrado desentrañar la esencia de la conducta culposa³², se concluía que en los tipos culposos lo relevante era la causalidad, con lo cual la teoría finalista llegaba a un fracaso³³. Beristain afirma al respecto que “el objeto de la finalidad no es el resultado, sino la falta de prudencia”³⁴. Creemos que la falta de prudencia no es el “objeto” sino la forma de obtener la finalidad.

Actualmente parece que la discusión se hubiese centrado más en una cuestión formal que de fondo, porque aunque Jescheck le niega relevancia al fin cuando se ocupa de la acción en sentido social³⁵, en su desarrollo posterior no difiere grandemente de la concepción finalista, negándole relevancia al fin en la tautológica medida en que se la negamos nosotros³⁶.

Bustos destaca que “justamente en los medios intermedios, en el control y en la elección de los medios de la acción, el autor culposo no aplica la dirección requerida. De ahí que la ejecución de la acción, o, en otras palabras, la realización final, es siempre jurídicamente relevante; no relevante jurídicamente sólo podría ser eventualmente el fin último”³⁷. Esto que sucede en el tipo culposo respecto del llamado “fin último”, también sucede en la mayoría de los casos de tipicidad dolosa. Así como no nos interesa el fin de alcanzar a la novia del conductor de un vehículo (ejemplo de Bustos), sino la forma de realización de su conducta final de conducir, tampoco nos interesa *típicamente* el fin de hacerse de un regalo para la novia del autor del hurto.

“La finalidad —dice Núñez Barbero³⁸— no deja de ser jurídicamente relevante en cuanto que es absolutamente necesaria para la apreciación de la acción descuidada, infractora de una norma de cuidado y constitutiva, por tanto, del tipo de injusto”.

³⁰ NIESE, WERNER, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1951, p. 53.

³¹ *Idem*, p. 58 nota 77.

³² WELZEL, *op. cit.*, 1940, pp. 81-2; 1947, pp. 82-3; NIESE, *op. cit.*

³³ BOLDT, G., *op. cit.*, p. 339.

³⁴ BERISTAIN, *op. cit.*, p. 23.

³⁵ JESCHECK, 176.

³⁶ JESCHECK, 456; similar, MEZGER-BLEI; sobre esto WELZEL, 130-1; del mismo, *Ein unraustrotbares Missverständnis? Zur Interpretation der finalen Handlungslehre*, en NJW, 1968-424/9.

³⁷ BUSTOS RAMÍREZ, *op. cit.*, p. 43.

³⁸ NÚÑEZ BARBERO, *op. cit.*, 312-3.

III. — LA FUNCIÓN DEL RESULTADO EN LOS TIPOS CULPOSOS

361. La función del resultado en los tipos culposos. El resultado constituye una limitación típica en los tipos culposos, pero nada útil puede obtenerse de la pretensión de vincularlo a la voluntad en forma directa, sino que, por el contrario, ello denotará que se ha seguido el camino impracticable.

El acento de la atención sobre el resultado fue lo que determinó que hasta muy recientemente no se reconociera a la conducta como lo jurídicamente desvalorado, sin perjuicio de que también lo fuese el resultado, pero no en sí, sino como resultado de una acción desvalorada.

Tampoco es privativa del tipo culposo la no desvaloración del resultado en sí. La muerte de un hombre es siempre resultado de algo, que en sí constituye un hecho biológico inevitable, que normalmente aparece sólo consecuencias civiles. Esto sucede cuando no hay una conducta que afecte al bien jurídico vida (a la relación de disponibilidad del sujeto con su vida), sino que la misma se extingue por un curso no típico. Se requiere una prelación lógica del desvalor de la acción para desvalorar el resultado: sin desvalor de la acción no hay desvalor del resultado. Sin el desvalor de la acción homicida, el resultado muerte queda sin desvalor posible (no se puede considerar desvalor jurídico la apertura de la vocación hereditaria de los sucesores).

El tipo culposo no puede explicarse desde el resultado, puesto que no es ese el modo en que se halla estructurado, pues la conducta culposa es tal en la medida en que la programación de la causalidad dentro de la finalidad es defectuosa *respecto del deber de cuidado exigido*. Desde este ángulo se debe apreciar el defecto de programación.

Con esta perspectiva resulta que la culpa es una programación de la causalidad defectuosa por no responder al cuidado debido, y sólo determinable cuando se sabe cuál era la finalidad de la programación. El cuidado debido, a su vez, sólo se reconoce cuando se sabe para qué se programa: no es igual el cuidado debido en la acción de practicar fútbol que en la de practicar tiro.

La consideración primordial del resultado es un defecto del causalismo, compartido por el finalismo en sus comienzos. Debido a esta insistencia en el resultado, Welzel entendió que la acción culposa no era final, sino con una "finalidad potencial", mas como esta "potencia" era un "poder", se confundieron los límites del "deber" y del "poder",

o sea, los de la antijuridicidad y la culpabilidad³⁹. Más tarde Niese criticó el concepto de finalidad "potencial"⁴⁰ y Welzel reelaboró la culpa, dejando de lado la atención sobre el resultado y centrando certeramente su consideración sobre la forma de realización de la acción⁴¹, formulación que hoy sigue buen número de autores⁴².

De cualquier manera, la circunstancia de que se centre la atención sobre la acción, nos deja pendiente el interrogante sobre la función que cumple el resultado en el delito culposo, función y naturaleza que es menester precisar en forma que no resulte violatoria del principio *nullum crimen sine culpa*: hay que establecer una relación entre la voluntad y el resultado, o sea, precisar el alcance de la relación *indirecta* (ya que la directa no existe jamás).

Exner afirmaba que "la punibilidad o no punibilidad de la culpa, esto es, el *actuar sin precaución*, es excluido por el momento objetivo de la producción del resultado", deviniendo de este modo el resultado, un "elemento de azar" condicionante⁴³. Engisch también le reconoce esta función: "La lesión a la norma sólo será penada en caso que el resultado tenga lugar... Dicho sea brevemente: la ley penal norma un ámbito mayor que el que pena"⁴⁴. El mismo criterio (el resultado es un "componente de azar") es seguido por la doctrina dominante⁴⁵, en tanto que una minoría cree hallar allí una "responsabilidad por el resultado"⁴⁶.

La consideración del resultado típico como componente de azar⁴⁷ es criticada por Baumann, quien considera que amplía el ámbito de la "antijuridicidad fortuita", lo que aparejaría una limitación de la legítima defensa⁴⁸. En rigor, no hay aquí ninguna antijuridicidad "fortuita", pues lo más que puede haber de fortuito es la tipicidad. Desde que la acción viola un deber de cuidado es antinormativa, sin que sea menester el resultado para darle tal carácter, sino que éste sólo puede hacerla típica. En consecuencia, no opera limitación alguna a la legítima

³⁹ WELZEL, op. cit., 1940, pp. 81-2.

⁴⁰ NIESE, *Finalität*, cit., p. 40.

⁴¹ V. WELZEL, loc. cit.

⁴² MAURACH, 528 y ss.; BERISTAIN, op. cit.; BUSTOS RAMÍREZ, op. cit.; MALAMUD GOTI, 55; DAMÁSIO E. DE JESÚS, 285; FRAGOSO, *Lições*, 237; COUSIÑO MACÍVER, I, 833 y ss.; LUIZ LUISI, op. cit.; etc.

⁴³ EXNER, FEANZ, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig u. Wien, 1910, 82-3.

⁴⁴ ENGISCH, *Untersuchungen*, 342 (otro criterio parece adoptar luego).

⁴⁵ BOCKELMANN, MAURACH, MARTIN, WIMMER, etc. (v. bibliog. cit. por KAUFMANN, ARMIN, *Das fahrlässige Delikt*, cit., p. 43).

⁴⁶ Así, MAYER, HELLMUTH, 1953, 272; en último análisis, también BAUMANN, 85 y ss.

⁴⁷ Así también, WELZEL, 135-6.

⁴⁸ BAUMANN, 458.

defensa, porque la acción antinormativa puede reunir los requisitos de la "agresión ilegítima" sin necesidad alguna de ser típica⁴⁹.

No se trata de que el resultado convierta en antijurídica una conducta que no lo es. El ejemplo de Baumann, del sujeto que va conduciendo su automóvil por el mismo camino y a la misma velocidad de ida que de vuelta, arrollando a un peatón de regreso, no tiene nada que ver con la antijuridicidad de la conducta. Lo tendría si por esa circunstancia la conducta pasare a ser antijurídica, pero no es así. O bien son conforme al cuidado ambas conductas, en cuyo caso la muerte del peatón será atípica⁵⁰, o bien, son violatorias del deber de cuidado ambas, caso en que ambas serán antijurídicas y sólo una típica y antijurídica. De cualquier forma, toda conducta que viola un deber de cuidado será antinormativa⁵¹.

Se ha pretendido que el resultado no integra el tipo en el injusto culposo, con lo que se le reduce a una condición objetiva de punibilidad⁵². Esta posición olvida que el resultado no sólo decide —en la culpa— el *si* de la punibilidad, sino también el *cómo* de la misma, es decir, si la conducta imprudente es un injusto administrativo, un delito de lesiones o de homicidio culposo⁵³. "Cuando se afirma que el resultado tiene una función limitadora y se procura excluirlo del tipo, se incurre en un error resultante del desconocimiento de la función del *Tatbestand*, vale decir, de su función de definir y caracterizar con la mayor precisión posible el delito, a fin de impedir el imperio de la discrecionalidad en el derecho penal. Es exacto que el resultado, por sí mismo, no torna disvalioso el acto; es correcto que la conducta realizada con incumplimiento del deber de diligencia y cuidado es, en sí misma, antinormativa", pero sólo tiene relevancia penal típica si acarrea el resultado. Si se considerase al resultado fuera del tipo, los elementos objetivos del tipo culposo quedarían muy reducidos, en beneficio de los normativos y subjetivos⁵⁴⁻⁵⁵.

⁴⁹ Al respecto, otra opinión, BERISTAIN, op. cit., pp. 32-3.

⁵⁰ BERISTAIN, 31.

⁵¹ La diferencia entre la tipicidad y la antijuridicidad en la culpa parecen admitirla también los partidarios de la antijuridicidad material, que exigen la peligrosidad social en la culpa (Dongoroz - Fodor - Kahane - Illiescu - Oancea - Bulai - Stănoiu: *Explicatii Teorice a le Codului Penal Român*, I, Bucaresti, 1969, pp. 107 y 118).

⁵² Tal lo considera LANGE, RICHARD, en ZStW, 59, pp. 574 y ss. (581); entre nosotros, BACIGALUPO, 140.

⁵³ Cfr. BOCKELMANN, 159.

⁵⁴ LUISI, LUIZ, op. cit., 116-117; en sentido análogo, CUNHA LUNA, EVERARDO DA, *O resultado no Direito Penal*, São Paulo, 1976, p. 98; FRAGOSO,

“El resultado —dice con todo acierto Malamud Goti— es el punto de referencia fundamental para caracterizar debidamente al cuidado objetivo en el caso concreto respecto del sujeto del deber. Toda la problemática relativa a los llamados cursos causales hipotéticos —que abarca los casos en que el efecto hubiese sido causado aunque la acción fuese cuidadosa— como así también las cuestiones atinentes a la relevancia político-criminal de la acción imprudente, se enlazan necesariamente al resultado real y no a uno meramente representado”⁵⁶.

De toda forma, cabe tener siempre presente que el resultado, considerado en la tipicidad —como entendemos que es donde debe ubicárselo— como “componente de azar” de la tipicidad, será violatorio del principio de culpabilidad (en sentido amplio) si no se lo puede vincular a la conducta y a la voluntad. La vinculación se opera del siguiente modo: la conducta voluntaria (que causa el resultado) es violatoria de un deber de cuidado, y entre la violación del deber de cuidado y el resultado debe existir una *relación de determinación*⁵⁷. De esta *relación de determinación* o *conexión de antinormatividad* nos ocuparemos más adelante^{57 bis}, pero de momento, bueno es insistir en que la misma nunca podrá comprobarse sin tomar en cuenta el resultado, puesto que es, precisamente, la conexión típicamente requerida entre la antinormatividad de la violación al deber de cuidado y el resultado. De estar el resultado fuera del tipo, deberíamos concluir que esta conexión no es un requisito de la tipicidad, lo que conduciría a soluciones inadmisibles.

IV. — LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO

362. **Individualización del deber de cuidado.** La pretensión de individualizar la culpa por la causalidad y la previsibilidad ha

Estrutura do crime culposo, en “Rev. de Informação Legislativa”, Sen. Fed., Brasília, 1976, II, 151.

⁵⁵ Un concepto coherente con este extremo objetivismo y normativismo ensaya MARENUGGI, GIORGIO, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965.

⁵⁶ MALAMUD GOTI, *La estructura*, cit., 90-1.

⁵⁷ Sobre la vinculación, KAUFMANN, op. cit., 54-5.

^{57 bis} V. *infra*, § 363.

fracasado⁵⁸, por lo que se estableció como componente la falta de cuidado exterior⁵⁹, hoy generalmente aceptada⁶⁰.

Pese a todo, no hay completa unanimidad en la exigencia de este componente normativo, porque el causalismo entendió en un principio que bastaba una voluntad sin finalidad, la relación de causalidad y el resultado lesivo, para que quedase configurada la culpa.

Esta posición es aún hoy sostenida por Baumann⁶¹, quien critica al finalismo por entender que renuncia a su concepto de acción al apoyarse en esta valoración para las conductas culposas⁶². Por supuesto que, para el finalismo, la violación del deber de cuidado no es un elemento de la culpabilidad, sino de la tipicidad⁶³.

La insuficiencia de la previsibilidad y de la causalidad para configurar la culpa, queda ampliamente demostrada por Welzel⁶⁴, aunque este autor se refiere sólo a la voluntad y a la causalidad (el elemento intelectual lo asocia al deber de cuidado). De todos modos, el ejemplo que pone es suficientemente válido, porque cualquiera que conduce un vehículo puede prever que otro viole las normas de tránsito. Así, mediando esta posibilidad de previsión, si se produce una colisión de vehículos y uno de ellos violó las normas del tránsito, ambos son *causantes* de las lesiones de los pasajeros (las han causado las conductas finales de conducir de ambos) y a ambos les era previsible un resultado lesivo (porque el tránsito motorizado siempre implica un riesgo), pero sólo uno de ellos es el autor de un injusto culposo. Queda así demostrado que asentar la culpa sobre el mero desvalor de la causación del resultado previsible, o sea, sobre el desvalor del resultado, es completamente insuficiente, siendo imprescindible la complementación de la violación del deber de cuidado (y de la particular relación determinante de dicha violación con el resultado)⁶⁵.

Toda vez que la necesidad de la violación del deber de cuidado cobra evidencia —cosa que el sector mayoritario del causalis-

⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ, 15-22; el requerimiento de la causalidad es obvio (cfr. Cám. Nac. Penal y C., LL, 18 enero 1973), pero no suficiente.

⁵⁹ Denominación de ENGISCH, *Untersuchungen*, 277.

⁶⁰ Cfr. WELZEL, 128; MAURACH, 556 y ss.; JESCHECK, 467; STRATENWERTH, 299; MEZGER-BLEI, 212; BUSTOS RAMÍREZ, 46-7; FONTÁN BALESTRA, II, 268-9; KAUFMANN, ARMIN, op. cit.; BLEI, 261; SIMSON, en RUDOLPHI, StGB, 166; etc.

⁶¹ BAUMANN, 216.

⁶² Críticas similares a Baumann, en ROXIN, CLAUS, op. cit., en ZStW, 74-529; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, p. 17.

⁶³ Cfr. STRATENWERTH, 299; WELZEL, 129 y ss.; JESCHECK, 374 y ss.

⁶⁴ Cfr. WELZEL, op. cit. et loc. cit.; MALAMUD GOTI, *La estructura*, 36-7.

⁶⁵ BUSTOS RAMÍREZ, p. 48.

mo reconoce— resulta sumamente curioso que un proceso causal (como es la conducta sin finalidad) viole deberes de cuidado, porque justamente en cuanto hay una acción final es posible exigir un cuidado determinado, no en otro caso; no se podría hablar de cuidado ni exigirlo respecto de un simple proceso causal⁶⁶. Si bien ello acontece también en la conducta dolosa, es particularmente notorio en la culposa, en que desgajada la finalidad de la conducta, ésta se esfuma definitivamente de la construcción causalista.

Resulta innegable que son múltiples las actividades en que es previsible la producción de un resultado lesivo: en el tránsito, en la actividad médica, en la explotación industrial, etc. Más aún: es elevado y determinable el grado de probabilidad de que esto suceda (prueba de ello son los cálculos actuariales de las compañías de seguros). Esta realidad y la modalidad de explotación de muchas actividades empresarias riesgosas nos hace entrar en duda frecuentemente acerca de la naturaleza de las conductas que se encuentran amparadas por los riesgos permitidos: cabe preguntarse si tales conductas son atípicas de tipo culposo, típicamente culposas y justificadas o, a veces, típicamente dolosas y justificadas.

A esta última consideración nos llevan las modalidades de la moderna explotación empresaria: se sabe que hay una posibilidad de producción del resultado, se sabe que la probabilidad es de un tanto por mil, por diez mil, etc., está prevista y calculada, se contrata un seguro para que cuando tenga lugar se sufra el menor perjuicio patrimonial y se lleva adelante la actividad. Se está actuando de la misma manera que el táctico militar que calcula el número de soldados que saldrán a tomar una fortificación, los que caerán en la ocupación de una primera posición, de la segunda y los que llegarán al objetivo. No queremos con esto significar que cualquier caso de riesgo permitido en la actividad empresaria —y en otras— sea supuesto de dolo (eventual) justificado, sino que tenemos la impresión de que algunos lo son.

No obstante, en esa previsibilidad —que frecuentemente es previsión— hay una limitación de carácter normativo que la deja parcialmente fuera del tipo, o sea, que determina qué previsibilidad es típicamente —penalmente— relevante y cuál no lo es.

Frecuentemente, el criterio es reconocible o determinado por la misma ley, que suele indicar los límites del deber de cuidado. No obstante, no debe suponerse que cualquier infracción reglamen-

⁶⁶ Cfr. WELZEL, *Das neue Bild*; BERISTAIN, op cit.

taria implica sin más una violación al deber de cuidado (*Sorgfaltswidrigkeit*). Hay casos, particularmente dentro de nuestra organización federal, en que la violación reglamentaria no implica violación al deber de cuidado. Toda vez que las facultades municipales y provinciales pueden imponer distintos requisitos reglamentarios, se hace necesario salvar el principio de igualdad ante la ley. No es posible que un sujeto por realizar la misma actividad en la misma igualdad de circunstancias y con el mismo cuidado, resulte delincuente porque una ordenanza municipal exija un deber de cuidado que la municipalidad vecina o todas las restantes, no toman en cuenta.

Es demostrativa de esta circunstancia la disputa en torno del uso del llamado "cinturón de seguridad" y de su obligatoriedad para los pasajeros de los vehículos de alquiler. Dejando de lado la dudosa constitucionalidad de la exigencia, si la comuna de Buenos Aires hubiese insistido en disponer la obligatoriedad de ese uso y en una colisión, un conductor que dirigía prudentemente su vehículo y fue accidentalmente embestido, incurriría en delito si su pasajero resultase con lesiones como consecuencia de no haberse asegurado el "cinturón", puesto que no hubiese debido transportarle sin ese recaudo. No obstante, a un metro del límite de la ciudad de Buenos Aires, el mismo conductor, realizando la misma conducta, en idénticas circunstancias y con la misma densidad y frecuencia de tránsito, no incurriría en delito. Semejante conclusión es inadmisibles frente a un supuesto regido por la misma ley penal. Lo contrario equivaldría a establecer una desigualdad ante la ley: el conductor porteño sería en este supuesto un delincuente y el de la municipalidad vecina un honesto ciudadano. Es evidente que los tipos culposos no son leyes penales en blanco, por lo que no puede considerarse que sea facultad de provincias y municipalidades establecer la tipicidad culposa de una conducta. De allí que la infracción al reglamento no pueda considerarse sino como una mera presunción o indicio de la tipicidad culposa por violación del deber de cuidado.

Por supuesto que, con mucha menos razón aún, podrá sostenerse que la violación reglamentaria importa la violación de un deber de cuidado, cuando la *ratio legis* de la disposición reglamentaria no es la imposición del deber de cuidado respecto del bien jurídico que resulta afectado. Así, no hay ninguna violación a un deber de cuidado por parte de quien estaciona su vehículo en lugar prohibido pero cuya obstaculación no genera ningún peligro especial, puesto que la prohibición sólo tiene por objeto facilitar la circulación. Tam-

poco lo habrá cuando un conductor de vehículo de transporte colectivo circula por un carril que no es el de la derecha, porque la obligación de circular por el carril de la derecha sólo tiende a evitar que obstaculice la circulación rápida de otros vehículos.

De cualquier manera, y por muy reglamentada que una actividad esté en una ley, igualmente tampoco puede prever todos los supuestos y, frecuentemente, no tiene otra alternativa el poder reglamentario, que dejar la cuestión librada a las pautas sociales de prudencia. Todo ello sin contar con que son incalculables las actividades que sin que la ley las reglamente, pueden afectar bienes jurídicos por la forma de su realización.

Son las mismas reglamentaciones las que frecuentemente acuden a pautas generales de conducta. Malamud Goti ejemplifica con el caso de un automovilista que no adopta las debidas precauciones de seguridad adicional cuando, conduciendo a velocidad reglamentaria, observa niños transitando a la vera del camino o jugando en ella. Afirma que en estos casos, si no se toma la medida de precaución adicional, hay una violación al deber de cuidado sin violación de los reglamentos⁶⁷. En realidad, el ejemplo no es del todo correcto, porque en el caso expuesto, habría una violación del reglamento de tránsito, pues el art. 43 del "Reglamento General de Tránsito para los caminos y calles de la República Argentina" establece que la "conducción del vehículo deberá ser hecha con el máximo de atención y prudencia" y el art. 66 del mismo texto (ley 13.893) dispone que el "conductor deberá tener siempre presente que la velocidad máxima impresa a su vehículo no debe significar un peligro para sí mismo, para los otros ocupantes del vehículo y para todos los usuarios y vecinos de la vía pública, así como para los otros vehículos y animales que transiten por ella". Estas disposiciones, que estarían violadas en el ejemplo dado, en definitiva no hacen más que remitir a pautas generales de prudencia dentro del mismo marco reglamentario.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que las reglamentaciones configuran un indicio, pero siempre que se hallen vigentes. Así, por ejemplo, las reglamentaciones de tránsito suelen perder vigencia por imperio de los hechos y no es posible considerar que en tales casos configuran indicios de culpa y menos aún considerar que signifiquen directamente una violación al deber de cuidado que nadie exige ni cumple. Así, en un atinado fallo de la Sala 5ª de la CCC, con voto de Scimè, sobre la velocidad de cruce en las bocacalles, que la ordenanza municipal de Buenos Aires 12.116 del año 1948 establecía en 20 Km., se entendió que estaba fácticamente derogado por la regulación de los semáforos a mayor velocidad. Este criterio fue criticado, afirmándose que no pueden ser los hechos ni la autoridad de aplicación quienes pueden

⁶⁷ MALAMUD GOTI, *La Estructura*, cit., p. 81.

derogar las leyes⁶⁸. Este argumento, que sin embargo reconoce que la ley puede perder eficacia por la costumbre, nos parece equivocado, particularmente después de la reforma del artículo 17 del código civil. La autoridad administrativa no tiene facultad para derogar reglamentos, pero cuando no los hace cumplir, ni vigila la observancia ni pena su violación, está fomentando la costumbre derogatoria, y, en tal caso, el reglamento no puede ser una trampa encerrada en un cartapacio viejo. El Estado no puede penar una acción conforme a una costumbre que él mismo fomenta.

Parece que el límite del deber de cuidado queda impreciso y que en estos supuestos la ley se remite a la vieja fórmula civilista del "buen padre de familia" que, *mutatis mutandi*, es el "hombre previsor y prudente"⁶⁹, el "homunculus normalis"⁷⁰ o el "reasonable man"⁷¹. En la individualización del deber de cuidado se ha hablado, en la jurisprudencia germana, de *tipos de cuidado*⁷².

En la individualización de los límites del deber de cuidado y de su violación, cumple una importantísima función la adecuación social de la conducta⁷³.

Para afirmar que una acción es socialmente adecuada, puede ser eventualmente útil referirse a la acción de "un buen padre de familia" o "de un hombre prudente y honrado". No obstante, estas referencias no son en general deseables y, en casos particulares, carecen de cualquier utilidad. Ello obedece a que hay fines (dolosos) que dan lugar a tipicidad culposa, que ni el "buen padre de familia" ni el "hombre prudente y honrado" se hubiesen podido proponer sin dejar de ser buenos, prudentes y honrados. De este modo, su aplicación en estos supuestos nos llevaría al *versari in re illicita* ilimitado. Este criterio es falible a dos puntas: α) Porque, como hemos dicho, es una imagen ideal que, por definición, no tolera que el *homunculus normalis* realice conductas dolosas, porque dejaría de ser *normalis*, debiéndose considerar que en todos los casos el autor ha violado un deber de cuidado, cuando puede no ser así; y β) Porque en los casos de actividad profesional y técnica tampoco es útil, ya que el *homunculus normalis* sería inconcebible como médico, ingeniero, piloto, chofer, etc.

⁶⁸ TOZZINI-BUSTOS, en NPP, abril-junio 1975, 227 y ss.

⁶⁹ WELZEL, 134.

⁷⁰ KITZINGER, op. cit.

⁷¹ Sobre esta teoría de Holmes en el derecho anglosajón, ver HALL, JEROME, *General Principles of criminal Law*, New York, 1960, 147 y ss.; BASSIOUNI, 449 y 470.

⁷² Sobre ello, KAUFMANN, ARMIN, op. cit., p. 51; sobre la problemática individualizadora, STRATENWERTH, 300.

⁷³ Cfr. nuestro trabajo cit. en RDP y C, 1971.

En estos supuestos nos hallamos con una remisión a pautas sociales de conducta. El legislador de un Estado de derecho no pretende abarcar la totalidad de la vida comunitaria, lo que también, por fortuna, le sería imposible, pero al mismo tiempo quiere evitar conductas que afecten bienes jurídicos como consecuencia de violaciones a deberes de cuidado.

Estos deberes de cuidado se determinan conforme a la situación jurídica y social de cada individuo, aunque la individualización del deber de cuidado no debe hacerse tomando en cuenta la capacidad individual. En otras palabras, cuando se valora el deber de cuidado de un conductor, podrá tenerse en cuenta si se trata de un conductor profesional o particular, si tiene a su cargo un vehículo pesado o liviano, pero no se tomarán en cuenta sus características exclusivamente personales, como puede ser, un avanzado grado de arterioesclerosis⁷⁴. Con toda razón se ha afirmado recientemente entre nosotros que "el deber se refiere en todos los casos a una persona dada en una situación concreta, quedando la objetividad del cuidado relegada al juicio realizado por un observador imparcial referido a la capacidad personal del autor"; la imagen del hombre cuidadoso debe ser siempre referida al propio agente "respondiendo, según su saber, a las exigencias propias de la situación, según la medida de cuidado que razonablemente pudo emplear"⁷⁵

Resulta también correcta la crítica de Malamud Goti a la postura ecléctica de Wessels quien, siguiendo al Tribunal Federal, prefiere atender a la imagen de un hombre "en la situación concreta y del rol social del actuante"⁷⁶. Observa atinadamente Malamud Goti, que también aquí se trataría de un hombre "abstracto"⁷⁷.

Uno de los criterios que para determinar la medida del deber de cuidado en el caso de actividades compartidas se ha abierto paso en la jurisprudencia alemana es el del "principio de la confianza" (*Vertrauensgrundsatz*), según el cual es conforme al deber de cuidado la conducta del que confía en que el otro se comportará prudentemente, hasta que no tenga razón suficiente para dudar o creer lo contrario. Este principio fue tratado por diversos autores y la casuística al respecto es enorme⁷⁸, habiendo sido restringido por la jurisprudencia en

⁷⁴ Cfr. STRATENWERTH, 300.

⁷⁵ Cfr. STRATENWERTH, 290-1.

⁷⁶ MALAMUD GOTI, *La estructura*, cit., p. 74.

⁷⁷ WESSELS, 108.

⁷⁸ MALAMUD GOTI, op. cit., p. 75.

⁷⁹ WELZEL, 132-3; DEUTSCH, ERWIN, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 1963, 215; FLOEGEL, JOHANNES - HARTUNG, FRITZ - JAGUSCH, HENRICH, *Strassenverkehrsrecht*, München, 1969, 49 y ss.; DREES, BERNHARD - KUCKUCK, GÜNTHER - WERNY, KARL J., *Strassenverkehrsrecht*, Münster, 1971, 213-5; CRAMER, PETER, *Strassenverkehrsrecht*, Frankfurt,

cuanto al tránsito respecto del conductor que no ha violado el deber de cuidado ⁷⁹.

El principio de la confianza, desarrollado en el campo del derecho de la circulación, se ha extendido por la doctrina a otras actividades que dependan de la conjunta participación de dos o más personas. Así, cuando el médico ha seleccionado conforme a los requerimientos técnicos a su enfermera, el error que ella comete en una intervención a ella le es atribuible, pues el médico no tenía razón para retirarle su confianza ⁸⁰. La participación puede ser eventual (como sucede en el tránsito, en que también participa el peatón) ⁸¹, o bien puede tratarse de un equipo de trabajo, como en el caso de la intervención quirúrgica.

Si bien por cierto Simson considera al principio de la confianza como supuesto de riesgo permitido ⁸², nos parece más correcta la posición de Malamud Goti, para quien el principio remite a una situación que llama de "normalidad", surgida de la experiencia. Este planteo ⁸³ es correcto, porque la confianza no puede menos que nutrirse de la experiencia y tendrá relevancia jurídica en la medida en que ella la justifique. El médico que interviene no tiene por qué sospechar que la instrumentista está ebria, pero "si se halla en medio de una tribu indígena donde obtiene la colaboración de una mujer, deberá, si le es posible, vigilar su comportamiento, y no estará facultado en modo alguno

1971, 69 y ss.; MÜLLER, FRITZ, *Strassenverkehrsrecht*, Berlin, 1959, 722-3; KAISER, GÜNTHER, *Verkehrsdelinquenz und Generalprävention*, Tübingen, 1970, 38-9; WIMMER, AUGUST, *Ausdehnung oder Einschränkung des Vertrauensgrundsatzes?*, en DA, 1963, 369-375; del mismo, *Die Rechtspflicht zum defensiven Fahren*, en el mismo, 64, pp. 37-43; MARTIN, LUDWIG, *Das defensive Fahren und der Vertrauensgrundsatz*, en el mismo, 64, pp. 299-306; SANDERS, THEODOR, *Vertrauensgrundsatz und Verkehrssicherheit*, ídem, 69, pp. 8-15; MITTELBACH, HANS, *Kinder auf der Strasse und am Strassenrand*, ídem, 58, pp. 315-322; MARTIN, LUDWIG, *Vertrauensgrundsatz und Kinder im Strassenverkehr*, ídem, 63, 117, 123; CLAUSS, KARL, *Vertrauen zum "Vertrauensgrundsatz?"*, en JuS, 64, 207-210; BÖHMER, EMIL, *Der Vertrauensgrundsatz im Strassenverkehr in der Rechtsprechung*, en el mismo, 67, 291-3; MAURACH, 563; WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe, 1960.

⁷⁹ V. la sentencia del BGH en "Verkehrsrecht-Sammlung", 14/294-6 (1958).

⁸⁰ Cfr. ENGISCH, K., op. cit. en "Langenbecks Archiv". Sobre la extensión del principio, también LENCKNER, THEODOR, *Teknische Normen und Fahrlässigkeit*, en "Fest. für Engisch", 1969, 490-508. El inc. 9º del art. 19 de la ley 17.132 establece un principio general para la responsabilidad médica que es opuesto al principio de la confianza. Entendemos que esta disposición sólo tiene validez en el ámbito administrativo (y discutible), pero de ningún modo puede surtir efectos penales, pues implicaría la consagración de una responsabilidad objetiva.

⁸¹ Sobre la participación del peatón en el tránsito y su responsabilidad, muy instructivo el fallo de la Cám. Crim. y C. de la Cap., cit. por FONTÁN BALESTRA, II, 270.

⁸² SIMSON, en RUDOLPHI y otros, *StGB Kommentar*, 1975, p. 125.

⁸³ MALAMUD GOTI, *La estructura*, cit., p. 67.

a presuponer que éste será correcto". Inversamente, si interviene en una clínica universitaria modelo, en lugar de hacerlo en la sala de primeros auxilios del vecindario, es natural que deposite mayor confianza en el personal y en los instrumentos.

363. La relación de determinación del resultado por parte de la violación del deber de cuidado (la conexión de antinormatividad). El resultado debe hallarse en una especial relación respecto de la lesión de la norma de cuidado debido: el que conduce un vehículo con su licencia vencida, habrá violado un deber de cuidado, porque la renovación obliga a un reconocimiento médico de la capacidad de conducir. No obstante, si el sujeto se halla en perfecta capacidad física, el resultado no estará determinado por la violación del deber de cuidado.

Esta relación ha sido entendida por un sector de la doctrina como un problema de causalidad. Así lo entienden Mezger, Engisch, Schröder, Lange, Bockelmann, Lobe, Nagler y entre nosotros, Fontán Balestra y menos claramente Núñez⁸⁴.

Ulsenheimer incluye entre los autores que resuelven el problema dentro del marco de la causalidad a Jescheck⁸⁵, pero ahora Jescheck expresa claramente: "En la culpa no basta, sin embargo, con que la conducta contraria al cuidado configure una causa del resultado. Del resultado sólo podrá ser objetivamente responsable el autor, si ha tenido su *específica característica, precisamente, en la lesión al deber de cuidado*, porque precisamente en la lesión al deber de cuidado radica la diferencia del hecho doloso con la conducta injusta del autor por culpa. Con otras palabras: la lesión del deber de cuidado debe traducirse sobre el resultado acontecido. La negativa es indudable, cuando el resultado queda fuera del ámbito de la norma lesionada"⁸⁶.

Otro de los enfoques teóricos de este requerimiento tiene lugar en el marco de la tipicidad, que es donde debe ubicarse correctamente el problema⁸⁷. El resultado debe ser la efectivización de la lesión al deber

⁸⁴ MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 360 y ss.; SCHRÖDER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, p. 493; LANGE, RICHARD, *Besprechung des Kommentares von Schönke - Schroder und von Schwarz - Dreher*, en ZStW, 73 (1961), pp. 86 y ss.; BOCKELMANN, PAUL, *Das strafrechtliche Risiko des Verkehrsteilnehmers*, en NJW, 1960, 1277 y ss.; LOBE, ADOLF, en *Leipziger Kommentar*, Berlín u. Leipzig, 1933, pp. 117-8; NAGLER, JOHANNES, en el mismo, 1944, I, pp. 55; FONTÁN BALESTRA, II, 276; NÚÑEZ, op. cit., p. 90.

⁸⁵ ULSENHEIMER, KLAUS, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Bonn, 1965, p. 46; JESCHECK, *Die Rechtsprechung des BGH in Strafsachen*, en GA, 1959, 65 y ss.

⁸⁶ JESCHECK, 473.

⁸⁷ Cfr. WELZEL, 136; otras direcciones también ubican al problema en la tipicidad: ENGISCH, *Die Haftung des operierenden Chirurgen nach §§ 222, 230 StGB für Fehler der Operationsschwester*, en "Langebecks Archiv für kli-

de cuidado⁸⁸, lo que implica que debe ser determinante del mismo. No lo es cuando igualmente se hubiese producido el resultado pese a la observancia del cuidado debido.

Otras soluciones al problema se han ensayado en el plano de la antijuridicidad⁸⁹. Como aspecto de la "general conexión de la antijuridicidad" lo tratan Arthur Kaufmann y Roxin⁹⁰, el primero con su teoría de la "consideración hipotética de la causación del resultado en el derecho penal" y el segundo con el principio del "incremento del riesgo". También fue entendido como problema de culpabilidad⁹¹. Creemos que estas soluciones confunden los niveles analíticos y que el camino correcto es su consideración en la tipicidad.

La violación a la norma que impone el deber de cuidado (antinormatividad) debe estar conectada al resultado típico por una relación que no puede ser de *causación*, sino de *determinación*. La violación a la norma nunca puede ser "causa" del resultado, porque la violación es un concepto abstracto y el resultado es un fenómeno que pertenece al mundo físico. Se trata de dos niveles de realidad diferentes, que nunca pueden estar unidos por la causalidad. No se trata de una característica peculiar de la causalidad en los delitos culposos, sino de la irrelevancia típica de una conducta que es causal de un resultado, pero en que la violación normativa no es determinante del resultado lesivo.

Con la afirmación de la causalidad y de la violación del deber de cuidado, no estamos aún en condiciones de afirmar la tipicidad culposa de la conducta, porque nos resta averiguar si *el resultado viene determinado por la violación normativa* o sea, si media una conexión entre la antinormatividad y el resultado.

nische Chirurgie", 1958, pp. 573 y ss. (criterio diferente del sostenido en sus *Untersuchungen*); CIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Die innere und äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik* (Diss.), Hamburg, 1962; REHBERG, JÜRIG, *Zur Lehre vom "erlaubten Risiko"* (Diss.), Zürich, 1962.

⁸⁸ Cfr. WELZEL, op. cit.

⁸⁹ Así, BAUMANN, 462; del mismo, *Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung*, en "Monatsschrift für Deutsches Recht", 1957, 646-8; también, *Schuld und Verantwortung*, en JZ, 1962, 41-8 (47); WELZEL, op. cit., 1940, 80-1; Berlín, 1943, 97-8; Berlín, 1044, 117-8.

⁹⁰ KAUFMANN, ARTHUR, *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, en "Fest. für Eb. Schmidt", Göttingen, 1961, p. 200; ROXIN, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässige Delikten*, en ZStW, 74 (1962), 411-444; del mismo, *Offene Tatbestände*, cit., p. 34.

⁹¹ Así, EXNER, FRANZ, *Fahrlässigen zusammenwirken*, en "Fest. für Frank", 1930, I, 569 y ss.; SCHWARZ-DREHER, op. cit., p. 14; GRÜNWARD, *Das unechte Unterlassungsdelikte*, Diss., Göttingen, 1956; la más completa recopilación de la literatura alemana sobre el tema en ULSENHEIMER, KLAUS, op. cit.

La averiguación de la relación de determinación del resultado por la violación normativa nos obliga a realizar un doble juicio hipotético: en concreto y en abstracto.

En concreto: debemos imaginar la conducta del autor dentro del marco normativo (sin violar el deber de cuidado). No habrá determinación cuando la acción así imaginada hubiese producido igualmente el resultado (atipicidad culposa). Si no lo hubiese producido, la conducta podrá ser culposa, a condición de que pase también el juicio hipotético *en abstracto*: debemos imaginarnos una acción no violatoria del deber de cuidado en abstracto (no conforme a la imagen concreta de la realizada por el autor) y si esta acción también hubiese podido causar el resultado, tampoco habrá en el caso tipicidad culposa.

Así, por ejemplo, un sujeto conduciendo un vehículo, pasa un semáforo sin atender a la luz roja y a cincuenta metros arrolla a un suicida. *En concreto*: si se hubiese detenido en el semáforo no hubiese arrollado al suicida (quien hubiese tenido que elegir otro vehículo para hacerse arrollar); *en abstracto*: una conducta de conducir cuidadosa (que hubiese hecho avanzar al vehículo con el semáforo en verde), también podía causar el resultado⁹².

La *determinación* (tipicidad) e *indeterminación* (atipicidad) del resultado por parte de la violación normativa, vienen a solucionar los enojosos problemas que respecto de la "compensación" o "no compensación" de las "culpas" en materia penal se han planteado en la doctrina y jurisprudencia nacionales⁹³. El resultado es una condición que limita la tipicidad culposa y, cualquiera que fuese el grado de culpa o de temeridad de la víctima, si la causalidad puesta en marcha por una conducta conforme al deber de cuidado (imaginada en concreto y en abstracto), no lo hubiese provocado, habrá tipicidad culposa (siempre que sea previsible y sin perjuicio de que la acción de la víctima pueda tomarse en cuenta a los efectos del art. 41 CP y a los efectos civiles).

La opinión contraria, que pretende también la tipicidad culposa cuando igualmente se hubiese producido el resultado⁹⁴, resulta de ex-

⁹² Sobre esto V. KAUFMANN, ARMIN, op. cit.

⁹³ V. sobre ello, NÚÑEZ, II, 91-2.

⁹⁴ Así, BAUMANN, *Kausalzusammenhang bei Fahrlässigdelikten*, en DA, 24 (1955), 210; BERISTAIN, op. cit., 35-6; en contra y conforme al texto, CEREZO, JOSÉ, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Código Penal Español*, en "Anuario de Derecho Penal", Madrid, XIV, 1961, p. 65.

tremar el componente de azar (Exner) del resultado, hasta dejarlo convertido, no ya en un elemento limitativo de la tipicidad, sino en una condición objetiva de punibilidad o en pretender una pura responsabilidad por el resultado.

Con toda razón dicen Tozzini y Bustos que “si el resultado de todas maneras habría sido causado por la acción, quiere decir que no existe relación entre la inobservancia del cuidado requerido y el resultado y, por tanto, no se da lo injusto del delito culposo”. Este elemento —que estos autores llaman, al igual que un buen sector doctrinario, “conexión de antijuridicidad”— “surge como característica fundamental desde el momento en que se plantea que el resultado es parte integrante de lo injusto y no solamente una condición objetiva de punibilidad. Se trata de saber si efectivamente la falta de cuidado, que desencadenó un proceso causal determinado, se corresponde o no con el resultado producido, esto es, si el resultado de todos modos se hubiera producido aun cuando se hubiese empleado el cuidado requerido, o por lo menos con un máximo de probabilidad”⁹⁵.

La circunstancia de que el CP se refiera a la causación en los tipos culposos, en modo alguno significa esto que por imperio de la ley el problema deba centrarse en la causalidad. El texto del art. 84 CP dice: “el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte”. La imprudencia (como las demás manifestaciones de la violación del deber de cuidado), por sí misma nada causa, porque es un adjetivo que se aplica a la conducta. Luego, lo que debe causar, es la conducta imprudente. Pero la ley no dice “el que *con* su conducta imprudente”, sino que viene a significar “el que *por* el carácter imprudente de su conducta causa”, es decir que se trata de una conducta que *por* el hecho de ser imprudente causa un resultado lesivo. ¿Significa esto que hay una particular causalidad en la culpa? En modo alguno. Entendemos que es una limitación que el tipo culposo hace a la relevancia típica (penal) de la causalidad. El imprudente conductor que arolla al suicida, incuestionablemente causa la muerte del suicida, pero como igualmente la hubiese causado de ser prudente, su conducta es atípica, porque esa causalidad no tiene relevancia penal: causó la muerte *con* su conducta, pero no *por* el carácter imprudente de su conducta.

La violación del deber de cuidado (la imprudencia) no es determinante de la muerte en el caso del suicida, aunque la conducta

⁹⁵ TOZZINI, CARLOS - BUSTOS, JUAN, *Los delitos culposos*, NPP, abril-junio 1975, 227 y ss. (235 y 232).

sea causa de la muerte. La causalidad, en el plano óntico, queda intacta, pero la relevancia típica de ésta se anula frente a la limitación que impone el requisito típico de que la violación del deber de cuidado sea determinante del resultado.

De toda forma, es tendencia predominante la centralización de la discusión en el nivel de la tipicidad, y hay general aquiescencia acerca de la irrelevancia de la violación del deber de cuidado cuando, de no mediar aquélla, el resultado igualmente se hubiese producido ⁹⁶.

En cuanto a la naturaleza de la afectación del bien jurídico en los tipos culposos, por lo general requiere la lesión del mismo. No obstante, nada impide que los tipos culposos puedan ser tipos de peligro, aunque esta variante añade la dificultad de una duplicación de peligros ⁹⁷ y, de cualquier modo, suelen ser tipos “indeseables”, porque en general exceden los límites de la punibilidad requerida por un Estado de derecho.

V. — EL TIPO SUBJETIVO

364. **El tipo subjetivo.** En el tipo culposo hay requerimientos objetivos y subjetivos, pero la estructuración misma del tipo es distinta de la del tipo doloso, por lo que no deben ser considerados en la misma forma que en aquél, es decir, como componiendo dos partes del tipo, en que debe analizarse la objetiva primero y la subjetiva luego, frente a cada caso concreto. En el tipo culposo, hablamos de tipo culposo objetivo y de tipo culposo subjetivo, por razones de conveniencia de ordenamiento expositivo, pero por cierto que, para determinar la presencia de aspectos que hacen al tipo objetivo —concretamente, la violación del deber de cuidado— es ineludible referirse a aspectos que hacen al tipo subjetivo, como la finalidad y la previsibilidad del resultado.

Por otra parte, en el aspecto cognoscitivo del tipo subjetivo culposo hay una mera posibilidad de conocimiento (un conocimien-

⁹⁶ Cfr. además de las obras citadas, SPENDEL, GÜNTER, *Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen*, en “Fest. für Eb. Schmidt”, 1961, 183 y ss.; del mismo, *Conditio-stne-qua-non-Gedanken und Fahrlässigkeit*, en JuS, 1964, pp. 14-20; ULSENHEIMER, KLAUS, *Erfolgsrelevante und Erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte*, en JZ, 1969, 364-9; Cám. Crim. Cap., JA, 3-1969/184; JA, 1968, II, 227; 1962-II-457; Cám. 2ª Penal Tucumán, J9, 1966-IV-11.

⁹⁷ WELZEL, 137; JESCHECK, 472; LANCKNER, KARL, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsrecht*, Berlin, 1967.

to potencial), no requiriéndose un conocimiento efectivo, como sucede en el caso del dolo.

Estas características hacen que algunos autores prefieran no hablar de un tipo culposo subjetivo, porque puede inducir a error si se piensa en ello en forma similar al tipo subjetivo doloso. Por nuestra parte creemos que es posible y correcto hacerlo, en tanto tengamos en cuenta la advertencia que hemos formulado y nos atengamos a ella.

En una época, Welzel se refirió al tipo subjetivo culposo⁹⁸, haciendo luego abandono de esta terminología al aceptar la crítica de Niese y Rodríguez Muñoz y replantear el problema del tipo culposo, abandonando la finalidad potencial. Al referirnos nosotros al tipo subjetivo culposo, no pretendemos ninguna finalidad potencial, o sea que no damos un paso atrás en la evolución científica del concepto típico de culpa, sino que en el tipo subjetivo se presupone un conocimiento efectivo que hace a la naturaleza final —real, no potencial— de la conducta (la conducta final de conducir o de encender un cigarrillo requiere el conocimiento efectivo de lo que conducimos o manipulamos) y requiere un conocimiento, al menos potencial (no una “finalidad potencial”, no una “posibilidad de finalidad”, sino una posibilidad de conocimiento) que está condicionado por un previo conocimiento efectivo. Que el tipo subjetivo culposo es en su aspecto subjetivo distinto del tipo subjetivo doloso, es evidente, pero no por ello debe concluirse que no existe. Llevarse esta subjetividad típica al deber de cuidado es confundir la *posibilidad* de previsión (o de conocimiento) con el *deber* de previsión (o de conocimiento). En la culpa inconsciente el individuo no se representa lo que debía representarse, pero para saber si debía representarse previamente debemos saber si podía representarse. Este “podía” pertenece al tipo subjetivo culposo, en tanto que el “debía” corresponde al deber de cuidado.

Stratenwerth aconseja no dividir al tipo culposo en objetivo y subjetivo, dando como única razón que la voluntad no se dirige al resultado penalmente relevante, lo que nos parece insuficiente, porque, como este mismo autor reconoce, hay un aspecto externo y un aspecto interno del tipo culposo⁹⁹. Creemos que si tenemos en cuenta que el tipo culposo subjetivo sostiene requerimientos *cualitativamente* diferentes a los del tipo subjetivo doloso, no habrá problema alguno en usar esta terminología, que tiene la ventaja de permitir una mejor sistematización, puesto que nadie niega que en los tipos culposos hay requerimientos subjetivos.

⁹⁸ Así, en *Der allg. Teil des deutschen Strafrecht in seinen Grundzügen*, Berlin, 1940, p. 81; 2ª ed., Berlin, 1943, p. 98; 3ª ed., Berlin, 1944, p. 118; 4ª ed. (con el título *Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*), Berlin, 1947, p. 83.

⁹⁹ STRATENWERTH, 298; igual BACIGALUPO, 137. Ahora se refieren al tipo subjetivo culposo. BOCKELMANN, 150; LUISI, LUIZ, *O tipo penal e a teoria finalista da ação*, Porto Alegre, 1975, 122-3.

Al tipo subjetivo culposo pertenecen: α) *en su aspecto conativo*, la voluntad de realizar la conducta final de que se trate con los medios elegidos; β) *en su aspecto intelectual o cognoscitivo*, la posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea a los bienes jurídicos ajenos y de prever el resultado conforme a ese conocimiento.

Si no existe la posibilidad subjetiva de abarcar cognoscitivamente la situación de peligro y la posibilidad del resultado, la conducta será atípica.

La atipicidad subjetiva en la culpa puede obedecer a dos razones: α) a que el resultado esté más allá de la capacidad de previsión (ignorancia invencible) o β) a que el sujeto esté en una situación de error de tipo invencible.

Debido a esta estructura mixta es factible un error invencible de tipo como causa de atipicidad culposa (no así el error vencible que, naturalmente, es irrelevante).

Es necesario aclarar que la circunstancia de que el error vencible de tipo dé lugar a culpa, no puede llevar a ver en toda culpa un error vencible¹⁰⁰, puesto que "hay multitud de hipótesis en que no es posible encontrar un error, como en el caso del automovilista que provoca una colisión por haberse quedado dormido"¹⁰¹.

Un caso de error invencible de tipo en la atipicidad culposa tendremos, por ejemplo, cuando el individuo que conduce en una carretera sinuosa de montaña, por la noche y guardando todas las precauciones debidas y observando las reglas de circulación, causa una lesión porque un bromista cambió los carteles que indican la dirección, lo que determinó que siguiera circulando en dirección prohibida. Lo mismo sucede con el que descarga bultos de un camión, arrojándolos al suelo en el entendimiento de que contienen cualquier mercadería que no se perjudica con ese tratamiento, pero causa una explosión porque por error le cargaron en su vehículo un explosivo embalado en forma similar a los otros bultos y sin rótulo.

El error de tipo no es igual a los supuestos de ignorancia invencible por exceder la capacidad de previsión, aunque ambos son iguales en sus efectos.

Esta última también provoca incongruencia, aunque es diferente su naturaleza: el albañil no puede prever que el ladrillo que

¹⁰⁰ Así lo entendió ALIMENA, F., *Appunti di teoria generale del reato*, Milano, 1938, p. 27.

¹⁰¹ Cfr. ANTOLISEI, 288; NÚÑEZ BARBERO, op. cit., 270.

coloca se aflojará pasados veinte o treinta años y caerá hundiéndose el cráneo de un paseante.

Aquí se hace necesario distinguir nítidamente entre atipicidad (por error invencible de tipo o porque la previsión del resultado es imposible) e inculpabilidad por inexigibilidad de otra conducta. El conductor engañado o el changador actúan atípicamente; el que conduce a contramano porque lleva a una parturienta al hospital, actúa inculpablemente.

Parecen confundir ambos problemas quienes hablan de una "doble función del concepto de culpa", afirmando que en el injusto está la omisión del deber de cuidado objetivo exigido y en la culpabilidad la "medida de su poder individual para llenar las exigencias del cuidado objetivo"¹⁰².

La posibilidad de conocer el deber de cuidado mismo no pertenece al tipo subjetivo culposo, sino a la culpabilidad, porque es conocimiento normativo (de la antinormatividad).

El conductor engañado por el bromista no sabe que está violando un deber de cuidado, pero no porque no tenga la posibilidad de conocer el deber de cuidado en sí (de saber que no debe conducir a contramano), sino porque no tiene la posibilidad de saber que está realizando una conducta que pone en peligro un bien jurídico: se halla en un error invencible de tipo y no en un error invencible de prohibición. Este último se daría, si el que conduce proviene, por ejemplo, de un país donde la circulación está invertida y cree estar cumpliendo con las normas. En ambos casos "no puede comprender la criminalidad de su acto", pero por diferentes razones (recordemos que para nosotros *conocimiento de la criminalidad del acto* significa conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo y conocimiento de la antijuridicidad). Esta es otra de las razones por las que no podemos ver en la contrapartida del inc. 1º del art. 34 CP al dolo —siguiendo el criterio que la dogmática germana sigue respecto de un texto diferente (§ 59)— porque, además de dejar innecesariamente en la supralegalidad al error de prohibición, esa interpretación cae en el mismo error que la tradicional: olvida que el art. 34 inc. 1º CP se refiere tanto a los delitos dolosos como a los culposos.

En cuanto a la naturaleza del contenido del aspecto intelectual del tipo culposo, éste puede ser efectivo y hasta actual, como sucede en la *culpa consciente o con representación*, en que el sujeto se representa la posibilidad del resultado, pero confía en que éste no acontecerá, dejándolo de este modo fuera de la voluntad realizadora

¹⁰² WESSELS, 107.

(final). Mas esto es eventual, porque a la tipicidad culposa le basta el conocimiento "potencial", esto es, la mera posibilidad de la representación de la lesión, que es el caso de la *culpa inconsciente o sin representación*, que se da cuando el sujeto no se representa al resultado como posible, pudiendo hacerlo. En síntesis: *a la tipicidad culposa le basta con la posibilidad de representación del resultado (que no debe confundirse con la representación de la posibilidad del resultado, que sólo se da en la culpa consciente)*.

La posibilidad de conocimiento basta para la tipicidad culposa, sin necesidad de averiguar más, ya que las formas consciente e inconsciente de la culpa no constituyen grados de gravedad de ella ¹⁰³, sino simples modalidades. En la culpa consciente hay consciencia del peligro y en la inconsciente posibilidad de consciencia del peligro, pero con la última es suficiente para la tipicidad culposa ¹⁰⁴.

Si bien la posibilidad de prever —previsibilidad— debe ponderarse en concreto, dependiendo siempre de ciertos conocimientos efectivos, no debe pensarse que la falta de conocimientos efectivos configure culpa, por negligente que esa ignorancia haya sido, cuando, pese a la obtención de los mismos, tampoco hubiera sido previsible el resultado. Si el conductor es tan negligente que ni siquiera mira los carteles cambiados por el bromista, no incurrirá tampoco en tipicidad culposa, pues, de haberlos observado, igualmente hubiese estado en error.

El elemento intelectual de la culpa es considerado por Welzel como un aspecto de la determinación del cuidado requerido ¹⁰⁵. Por supuesto que ninguna violación del deber de cuidado puede haber en una conducta si le era imposible al agente conocer la situación de peligro que la conducta creaba ¹⁰⁶.

La posibilidad de prever el resultado, es decir, la posibilidad de previsión del resultado o de conocimiento de la situación de peligro para los bienes jurídicos, no debe apreciarse con el criterio de término medio, sino que debe ser la concreta posibilidad de conocimiento que el sujeto debía tener conforme a la condición en que actuaba y a la naturaleza de la conducta que realizaba. Aquí es menester tomar en consideración la especial capacitación del sujeto ¹⁰⁷.

¹⁰³ Cfr. STRATENWERTH, 303; como grados parece entenderlos JIMÉNEZ DE ASÚA, quien propone subdividir la culpa consciente en dos grados, según que el autor confíe que lo evitará con su pericia o deje librado el resultado al azar (*Problemas modernos de la culpa*, en RDP y C, 1968-1, 7 y ss.).

¹⁰⁴ STRATENWERTH, loc. cit.

¹⁰⁵ WELZEL, 132.

¹⁰⁶ Cfr. STRATENWERTH, 302.

¹⁰⁷ Cfr. WELZEL, 132; STRATENWERTH, 302.

Es incuestionable que quien tiene un conocimiento técnico se encuentra en mejores condiciones para dominar y programar la causalidad —porque sabe más sobre ella— que el que no lo tiene. Esta valoración no se refiere sólo al conocimiento técnico sino a cualquier medio que aumente la posibilidad de conocimiento y de evitación o previsión del resultado.

Así como el conductor de un vehículo que tiene un dispositivo técnico de seguridad capaz de evitar algunos accidentes, habrá violado el deber de cuidado si pudiendo usarlo no lo usó, aunque el 999 por mil de los vehículos no lo posea, de la misma manera, quien tiene mayor posibilidad de previsión viola el deber de cuidado al no prever lo que a él le era previsible, aunque no lo fuera para la generalidad ¹⁰⁸.

Esto no significa que la realización de una conducta que requiere un conocimiento técnico cuando éste no se posee no implique la violación de un deber de cuidado que presuponga la posibilidad de conocimiento. Precisamente, porque el sujeto conoce su propia incapacidad es que tiene la posibilidad de prever que conducirá mal la causalidad. Lo mismo vale para el que tiene disminuida la capacidad de conocimiento de la causalidad (el miope que conduce sin anteojos, el sordo que lo hace sin audífono). En estos últimos casos, si el sujeto no se percató de la afección y pasó los exámenes médicos reglamentarios sin que los profesionales la detectaran, nos hallaremos frente a un caso de error invencible.

La posibilidad de conocer el defecto de programación (defecto en relación con el cuidado debido) es determinante sólo individualmente y en relación con la naturaleza y finalidad de la conducta. El criterio del "homunculus normalis" no puede utilizarse aquí ¹⁰⁹.

Aunque de lo expuesto resulta obvio, cabe aclarar que la tipicidad culposa también requiere una capacidad psíquica, aunque en este caso la misma está reducida a la capacidad de previsión, no pudiendo ser autor culposo quien no está en condiciones psíquicas de prever la posibilidad de producción del resultado. El que conduce en sentido contrario al obligatorio porque está ilusionado y confunde los letreros indicadores con árboles, está en una situación de incapacidad psíquica de tipicidad culposa; el que por efecto de una ilusión juega con un arma cargada que percibe como un libro, tampoco puede incurrir en tipicidad culposa.

¹⁰⁸ MEZGER-BLEI, 213; BLEI, 266.

¹⁰⁹ Otra opinión, KITZINGER, *Übergesetzlicher Notstand und kein Ende*, en JW, 1933-405/8 (407); SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 501; SCHWARZ-DREHER, op. cit., 1966, 255.

VI. — SÍNTESIS DE LOS REQUERIMIENTOS DE LA TIPICIDAD CULPOSA

365. **Síntesis de los requerimientos de la tipicidad culposa.** Como conclusión de lo expuesto acerca de la tipicidad culposa, digamos sintéticamente que para que una conducta se presente como típica de un delito culposo exige:

a) *el tipo objetivo*: α) que la acción cause el resultado típico; β) que la causalidad haya sido defectuosamente programada, esto es, que la selección de medios haya sido descuidada en forma violatoria de un deber de cuidado cuya determinación hace la ley o, en su defecto remite a las pautas sociales de conducta; γ) que entre la violación del deber de cuidado y el resultado medie una relación de determinación (conexión de antinormatividad), o sea que, suponiendo una programación que no viole el deber de cuidado conforme a una figura de acción imaginada (en concreto y en abstracto) el resultado desaparezca;

b) *el tipo subjetivo*: α) que el resultado típico no quede abarcado en la voluntad realizadora de la acción (en el fin) o, abarcándolo, lo haga con una causalidad del todo diferente de la programada; β) que el resultado típico y la causalidad sean previsibles o sea que el sujeto conozca o pueda conocer la peligrosidad de su conducta respecto del bien jurídico afectado.

Está demás agregar que a estos requerimientos se antepone el requisito de la existencia de un tipo culposo, toda vez que nuestra ley desconoce el *crimen culpae* u otra institución similar¹¹⁰. Si bien cualquier acción típica dolosa puede concebirse en forma culposa (por el error de tipo vencible), de no existir el correspondiente tipo culposo, por aplicación del principio de legalidad constitucional, debe considerarse atípica la acción.

Cualquier sanción a una acción como culposa, en violación de alguno de los requerimientos enunciados, implica una adhesión al *versare in re illicita* o sea, una forma de responsabilidad "objetiva" o "por el resultado", rechazado por nuestro CP.

¹¹⁰ Cfr. SOLER, II, 138; NÚÑEZ, *Manual*, 226; JESCHECK, 460; otro problema plantean las legislaciones que poseen un delito o "crimen culpae" (España, México, etc.), pero nosotros sólo tenemos "particulares tipos culposos" (V. JESCHECK, op. et loc. cit.).

VII. — EXCURSUS COMPLEMENTARIO

366. ¿Es la culpa una omisión? La tan discutida y difícil naturaleza de la culpa ha llevado a buscar para ella una serie de fundamentos diversos, según las épocas y las concepciones vigentes. La errónea adscripción a la culpabilidad la puso a merced de los avatares sufridos por ésta y luego, al no lograrse en un comienzo una clara explicación de la misma en el campo de la tipicidad, siguió sufriendo penurias doctrinarias. Entre éstas se cuenta desde antiguo la posibilidad de considerarla como un supuesto de omisión.

Feuerbach sostuvo que “la atención y el esfuerzo que corresponden a la evitación del hecho ilícito se violan con el desconocimiento del mismo, porque la culpa sólo puede obedecer a la culpable omisión de diligencia”¹¹¹. En nuestro siglo, Radbruch afirmó que la omisión y la culpa exigen una “doble antijuridicidad”¹¹², en tanto que Dohna quiso probar que en ninguna de ambas existe acción¹¹³. Goldschmidt afirmó que ambas son un “particular momento normativo”¹¹⁴ y Binding concluyó que “el llamado deber de diligencia no es otra cosa que una parte del deber de omitir el injusto que por cognoscible es evitable”¹¹⁵. Hasta en la etimología de la *Fahrlässigkeit* alemana (*lassen*, dejar), la *negligens* latina y la *faute* francesa, hay algo de omisivo.

Más contemporáneamente, varios autores reconocen este momento omisivo: Boldt previene que por manejarlo mal se pueden producir errores en el tratamiento de la omisión culposa¹¹⁶. Mezger¹¹⁷, Maurach¹¹⁸ y Bockelmann¹¹⁹ se ocupan de él y Welzel también lo recalcó, hasta el punto de que, en un momento, planteó la duda acerca de la naturaleza omisiva de la culpa como consecuencia de su insistencia sobre la “finalidad potencial”, que era “ordenada o debida”¹²⁰.

Es de toda evidencia que en la culpa hay “algo” que se omite, pero no cabe duda, por ejemplo, que pretípicamente hay

¹¹¹ FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1800, II, p. 59.

¹¹² RADBRUCH, GUSTAV, *Über den Schuldbegriff*, en ZStW, 24 (1904), pp. 333-348 (346).

¹¹³ DOHNA, *Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen*, en ZStW, 27 (1907), 329-349 (331-333).

¹¹⁴ GOLDSCHMIDT, JAMES, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, en “Österreichische Zeitschrift für Strafrecht”, 4 (1913), pp. 129-196 (151).

¹¹⁵ BINDING, KARL, *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, Leipzig, 1919, 123.

¹¹⁶ BOLDT, op. cit.

¹¹⁷ MEZGER-BLEI, 208.

¹¹⁸ MAURACH, 556.

¹¹⁹ BOCKELMANN, 151.

¹²⁰ WELZEL, 1944, 33; 1947, 33; 1956, 35-6.

una acción final de conducir un vehículo que causa la muerte de alguien. Se trata de una acción que resulta abarcada por una estructura típica que requiere un momento omisivo, pero como una *modalidad* de ella ¹²¹: *no se ordena la acción final de conducir cuidadosamente, sino que se prohíbe la acción final de conducir descuidadamente.*

Esto tiene fundamental importancia y se evidencia cuando tomamos en consideración que el derecho sólo puede obligar a realizar lo físicamente posible (*ultra posse nemo obligatur*)¹²². Por ejemplo, el derecho no pretende que un ciego vea o que un arterioesclerótico avanzado tenga reflejos normales (requisitos para que conduzcan cuidadosamente), sino que les prohíbe conducir vehículos. Se evidencia en este caso que no es una norma preceptivamente enunciada la que se viola (supondría la exigencia al ciego de que viese), sino la norma enunciada prohibitivamente (que prohíbe conducir al que no puede ver).

367. Dificultades que apareja la ubicación de la culpa en la culpabilidad. Hoy es moneda corriente la doctrina que ubica a la culpa como forma de tipicidad ¹²³, pero a comienzos del siglo esta posición no era ni sospechada dentro de la sistemática imperante, y fue precisamente la ubicación de la culpa en la culpabilidad, la piedra del escándalo que condujo al abandono de la teoría psicológica de la culpabilidad, frente a la imposibilidad de explicar mediante ella la culpa inconsciente o sin representación. La concepción de la culpabilidad como "relación psicológica" con el resultado no puede explicar esta forma de culpa, porque en ella no hay ninguna relación psicológica con el resultado.

Como ya lo hemos dicho, el cambio de esta concepción por la normativa (culpabilidad es reprochabilidad) implicó una cierta objetivización de la culpabilidad que, aunada a la subjetivización del injusto con la admisión de los elementos subjetivos, demandó una nueva base o criterio sistemático —ya que el objetivo-subjetivo quedaba totalmente inutilizado— y se buscó entonces el de la doble desvalorización (desvalor jurídico de la conducta —antijuridicidad—

¹²¹ BUSTOS RAMÍREZ, op. cit. 50-1.

¹²² Sobre ello KAUFMANN, ARMIN, op. cit., 46-7.

¹²³ Así lo conciben: WELZEL, MAURACH, STRATENWERTH, WESSELS, JESCHECK, BOCKELMANN, BLEI, OTTO, RUDOLPHI, SCHÖNKE-SCHRÖDER, BUSTOS RAMÍREZ, FRAGOSO, COUSIÑO MACIVER, BACIGALUPO, NÚÑEZ BARBERO, MALAMUD GOTI, DAMÁSIO E. DE JESÚS, etc. En Austria el interesante estudio de BURGSTALLER, MANFRED, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, 1974.

y reproche al autor —culpabilidad—), en el que salía sobrando el dolo en la culpabilidad ¹²⁴.

Se ensayaron varios caminos para solucionar el problema en el terreno de la culpa sin abandonar el psicologismo. Algunos autores pretendieron encontrar en la culpa un momento voluntario ¹²⁵, con lo que casi la asimilaron al dolo. Otros negaron que la culpa inconsciente fuese culpabilidad ¹²⁶, criterio que, aunque muy minoritariamente, aún hoy se sustenta ¹²⁷.

En nuestra doctrina, Soler asienta la culpa como la violación de un deber “más o menos específico”, en lo que creemos que lleva razón, pues niega rotundamente que se la pueda entender “como un puro defecto intelectual, consistente en no haber previsto” ¹²⁸, pero mantiene una teoría “neutra” de la culpabilidad, en la que la culpa inconsciente no es explicada. Núñez, en lugar, manifiesta que “la culpa se funda en la previsibilidad del daño” y que “el deber de cuidado sobre el cual se estructura la omisión culpable, se fundamenta en la *previsibilidad* de que de la propia conducta derive un daño para los terceros” ¹²⁹, con lo cual parece confundir o identificar los límites de la posibilidad de prever con el deber de prever, al tiempo que se manifiesta más psicologista que Soler. Fontán Balestra quizá conceptúe más perfectamente

¹²⁴ Sobre ello, WEBER, *Aufbau*.

¹²⁵ FEUERBACH, op. cit., II, 50-7; Binding afirmó que Feuerbach “caza la culpa en el dolo” (*Normen*, IV, 328); entre nosotros, MOYANO GACITÚA, CORNELIO, *Curso de Ciencia Criminal y Derecho Penal Argentino*, Bs. As., 1899, p. 148.

¹²⁶ KOHLRAUSCH, en *Reform des Reichsstrafgesetzbuch. Allg. Teil*, editado por Aschrot y von Liszt, Berlin, 1910, I, 194; BAUMGARTEN, ARTHUR, *Der Aufbau...*, cit., p. 116; GERMANN, O. A., *Das Verbrechen in neuen Strafrecht*, Zürich, 1942, pp. 88 y ss.; GALLINER, *Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden StGB*, Breslau, 1910, 18 y ss.; BUSCH, op. cit., 1949, p. 43 nota 56.

¹²⁷ KAUFMANN, ARTHUR, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, 156-162; igual los trabajos del grupo lógico-formal de México en DPC cit.; MUELLER, GERHARD, *El Derecho Penal, sus conceptos en la vida real*, Bs. As., 1963, p. 54; los parágs. 9-3 del *Illinois Criminal Code 1961* (sobre ello, JESCHECK, *La structure juridique de la négligence et son régime en Droit Pénal moderne*, en “Revue Internationale de Droit Pénal”, 1-2, 1965, 21 y ss. (46-7); en sentido crítico se expresaron múltiples autores que rechazan semejante exclusión: KAUFMANN, ARMIN, op. cit., p. 41; BUSTOS RAMÍREZ, 16-7; HALL, JEROME, op. cit., pp. 3-4 y 135 ss.; GIACOMO DELITALA observó que la mayor parte de los delitos culposos se cometen por culpa inconsciente (en “*Rivista Italiana di Diritto Penale*”, Milano, 1-2 (1956), pp. 3 y ss.), en tanto que JIMÉNEZ DE ASÚA objeta que “es más terrible el aturdido sujeto que no ha visto, que el que previó y espera que el resultado no sobrevenga” (en RDP y C, 1968-1, p. 20), y ANÍBAL BRUNO afirma que la forma más típica de culpa es la inconsciente (*Direito Penal, Parte Geral*, Río de Janeiro, 1967, II, p. 92).

¹²⁸ SOLER, II, 123 y ss.; sobre su apelación a una “culpabilidad presunta”, *infra*, § 448.

¹²⁹ NÚÑEZ, II, 74-75.

a la culpa, pero su conceptualización general de la culpabilidad deja en penumbra también el problema de la culpa inconsciente¹³⁰, al igual que Argibay Molina y Terán Lomas, aunque este último habla también de un tipo culposo¹³¹. En síntesis: *nuestra doctrina no resuelve el problema que la culpa inconsciente le plantea a la teoría psicológica de la culpabilidad, porque una "posibilidad de previsión" no es ninguna "relación psicológica"*.

El advenimiento del normativismo como teoría compleja de la culpabilidad abre dos caminos en la teoría de la culpabilidad respecto del dolo: dejarlo dentro de la culpabilidad, pero separarlo de la "consciencia o conocimiento de la antijuridicidad", o incorporar éste al dolo (llamada la primera "teoría de la culpabilidad" y la segunda "teoría del dolo"). Pero, así las cosas respecto del dolo, en lo tocante a la culpa poco o nada se altera.

Para Mezger, "también el reproche de la culpa se dirige contra un acto de voluntad particular"¹³² y "se aprecia individualmente la voluntad consciente contraria al deber del autor"¹³³. Esta concepción no hace más que buscar nuevamente la relación psicológica, el "momento de la voluntad". Blei, ya antes de su posición actual¹³⁴, sostenía que si bien la culpa es una forma de culpabilidad, no es sólo eso¹³⁵, lo que le hacía referirse a un injusto culposo. De toda forma, la concepción mixta de la culpabilidad no logró nada a este respecto, al punto de que Schultz, dentro de esta corriente, duda acerca de "si la culpa inconsciente no pertenece exclusivamente al momento normativo de la culpabilidad"¹³⁶.

"En el fondo, la teoría causalista de la acción, a pesar de las innovaciones que trajo la teoría normativa de la culpabilidad, llega a las mismas conclusiones y aduce los mismos argumentos que la antigua teoría de la culpabilidad de la voluntad"¹³⁷. De allí que, por un lado se ensayaran caminos distintos para fundar la culpabilidad¹³⁸, y por otro se depurara a la culpabilidad de sus componentes sobrantes, tarea que le cupo al finalismo. Hasta hoy el causalismo no ha logrado dar ninguna explicación satisfactoria de la culpa, estando en pie los mismos problemas de siempre: o hay una referencia a la voluntad (con lo cual no se explica la culpa inconsciente o se acude a una ficción para explicarla) o no hay culpa inconsciente.

¹³⁰ FONTÁN BALESTRA, II, 194-5.

¹³¹ ARGIBAY MOLINA y col., I, 308; TERÁN LOMAS, I, 528.

¹³² MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 354.

¹³³ Ídem, 358; insiste en la culpa como forma de culpabilidad en *Moderne Wege*, 48-9.

¹³⁴ Considera ahora a la culpa como modalidad de la tipicidad que da lugar al delito culposo (BLEI, 264).

¹³⁵ Así, en MEZGER-BLEI, 207.

¹³⁶ SCHULTZ, I, 140.

¹³⁷ BUSTOS RAMÍREZ, op. cit., 63.

¹³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, op. cit., 19.

368. **Algunas críticas al concepto finalista del tipo culposo.** Frecuentemente se repite que el finalismo es incapaz de explicar la culpa. Dicha afirmación es muchas veces gratuita, no correspondiendo rebatirla. Otras veces es fundada, y de estas últimas nos ocuparemos. Cabe consignar que hay críticas al concepto finalista de culpa, que el finalismo ha reeceptado y reelaborado su teoría al respecto, por lo cual han perdido vigencia¹³⁹.

Una de las críticas mejor enfocadas en su momento —dado el estado en que se hallaba la teoría finalista de la culpa— corresponde a Rodríguez Muñoz¹⁴⁰.

La crítica de Rodríguez Muñoz al concepto de culpa de Welzel y de Niese es perfectamente fundada: la crítica al concepto de finalidad potencial¹⁴¹ y a la posterior irrelevancia de los elementos ontológicos de la acción, particularmente la finalidad, está perfectamente justificada, como también la conclusión de que mediante estos argumentos la teoría finalista no va más allá del concepto "naturalístico" de acción en los delitos culposos. Quizá sea este el trabajo crítico mejor realizado y más documentado en este aspecto, mucho más completo que las parciales críticas germanas que en él recoge y analiza (Mezger, Engisch, Bockelmann, Maihofer).

Esta crítica contra el concepto final de culpa ha perdido vigencia, desde que Welzel se ha hecho cargo de la misma y ha reelaborado el concepto.

Con todo acierto explica Beristain dónde radica la diferencia entre la concepción que de la culpa tienen el causalismo y el finalismo: para el causalismo (en este caso representado por Baumann como su más celoso defensor en lo que a la culpa toca) 'basta la mera causación externa del resultado dañoso para suponer ya la antijuridicidad, en tanto que para la teoría finalista no basta esta causación fáctica del hombre, sino que exige, además, un elemento subjetivo, la violación de la diligencia debida. Welzel niega que la mera presencia de las características externas de la figura del delito (resultado) indique la antijuridicidad. Aquí radica la principal diferencia entre ambas teorías'¹⁴².

Rodríguez Muñoz compartía en este aspecto las críticas de Maihofer, quien le objetaba al finalismo que, en un concepto "incolore" valorativamente, como es la acción, se manejaban ideas como dolo y culpa.

¹³⁹ BUSTOS RAMÍREZ, op. cit., 63.

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ MUÑOZ, JOSÉ ARTURO, *La doctrina de la acción finalista*, Valencia, 1953; hay una segunda edición, Valencia, 1978.

¹⁴¹ Una respuesta a la crítica de Rodríguez Muñoz conforme a la nueva reelaboración de Welzel, que puede ser más clara hoy con los ulteriores desarrollos del mismo Welzel y de Bustos Ramírez, en CEREZO, JOSÉ, *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del derecho penal*, en "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Madrid, XII, 1959, pp. 561-570.

¹⁴² BERISTAIN, op. cit.

En verdad, con un concepto causal de la tipicidad culposa, debía concederse que hay acciones no finales, con lo cual resultaría que la distinción habría de formularse a nivel pretípico. Por supuesto que esto era una catástrofe para el finalismo. Pero lo cierto es que tal crítica no tiene sentido frente a la actual explicación de la culpa, que para nada afecta la estructura óptica de la conducta. Con toda razón, conforme al actual estado de la teoría, Cousiño MacIver afirma que “por lo que respecta al concepto jurídico de las acciones dolosas y culposas, el finalismo no enfrenta dificultades de ningún género, fuera de las que son comunes a cualquier concepción doctrinaria, ya que su desvalor emana de los tipos de injusto configurados en la ley”¹⁴³.

Hay todo un grupo de críticas —algunas de las cuales hemos mencionado sin que sea menester insistir en ellas— que se pueden sintetizar de la siguiente manera: “como en el tipo culposo la conducta no se prohíbe por el fin en sí mismo, la acción allí tipificada no es final y, por ende, se descalabra la pretensión de un concepto unitario de conducta”. Ha quedado demostrado que la conducta típica culposa es tan final como la dolosa, radicando precisamente su característica típica en la forma o modo de realización de la conducta, para cuya determinación necesitamos de la finalidad.

Según Baumann, como en la teoría finalista no hay conducta en sí, sino conductas que se determinan por su objeto, como por ejemplo, conducta homicida, conducta de pasear, etc., la teoría resulta válida para la tentativa, pero no para los tipos culposos, porque quedan privados de una conducta¹⁴⁴. La observación del profesor de Tübingen fue formulada anteriormente por Heinitz¹⁴⁵ y Schmidt¹⁴⁶, y sobre todo por Rittler¹⁴⁷, quien con este argumento niega que la teoría finalista respete el concepto ontológico de acción y concluye rotundamente: “Mi divisa es: ¡volvamos a Beling!”. El mismo argumento lo emplea Roxin —y luego Hellmuth Mayer¹⁴⁸— a quien Welzel respondió en su conferencia de Madrid¹⁴⁹.

A esta argumentación responde contundentemente Maurach, destacando que tanto en la conducta dolosa como en la culposa —y en la atípica también, podemos agregar— el autor anticipa un resultado. “Que en el primer caso el resultado sea adecuado al tipo y en el segundo no

¹⁴³ COUSIÑO MACIVER, 483.

¹⁴⁴ BAUMANN, *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, Stuttgart, 1962, pp. 45-6.

¹⁴⁵ HEINITZ, ERNST, en el comentario a la parte general del “Deutsche Strafrecht” de Maurach, en JuS, 1957, 78-9.

¹⁴⁶ SCHMIDT, en JZ, 1956, 190.

¹⁴⁷ RITTLER, THEODOR, *Die finale Handlungstheorie im Strafrechtssystem Maurachs*, en “Juristische Blätter” (Wien), 1955, 77 (Nº 24), p. 614.

¹⁴⁸ MAYER, HELLMUTH, 1967, 49.

¹⁴⁹ V. RJV, 1970-II-48 y ss.

lo sea, carece de importancia para lo único que es esencial en la teoría de la acción: tanto en el hecho doloso como en el culposo, la voluntad rectora dirige la manifestación de voluntad en determinada dirección”¹⁵⁰.

En todas estas críticas que se niegan a ver una conducta final en la culpa —o en la conducta culposa, mejor dicho— campea más o menos expresamente el pensamiento filosófico neokantiano, que en el campo penal no ha hecho más que tratar de dar una nueva base filosófica a la tambaleante construcción que hasta entonces se apoyaba sobre el positivismo filosófico. “Por cierto que, como la nueva doctrina intenta apuntalar en principio, las viejas construcciones, muy presto se halla en dificultades sistemáticas”¹⁵¹.

369. ¿Hay grados de culpa? El art. 25 del Código Tejedor penaba la “culpa grave”, en tanto que el art. 26 dedicábase a la “culpa leve”. El mismo criterio había seguido el código de 1887 (arts. 16 y 17). La distinción provenía de los arts. 64 a 68 del código de Baviera y seguía la tradición que con anterioridad venía distinguiendo tres grados de culpa, dentro de la cual Muyard de Vouglans escribía: “La falta grosera (*faute grossière*) es aquella que lesiona el sentido común, como cuando se falta en las cosas que no está permitido a los más idiotas ignorar”. “La falta ligera (*faute légère*) se comete por el que no aporta en los hechos de otro el mismo cuidado que es costumbre tomar por los bienes propios, como el acreedor que deja perecer por su negligencia la prenda que le ha sido confiada”. “Por último, la falta ligerísima (*faute tres-légère*) es en la que incurrén los que no hacen lo que tienen por costumbre hacer los padres más diligentes, como quien se deja robar por no haber asegurado con cuidado el dinero u otros efectos que hubiese recibido”¹⁵². Nuestro código se abstiene de ese criterio y la doctrina moderna evita estas engorrosas complicaciones. No obstante, sin ir tan lejos como pretendieron nuestros antecedentes, hay intentos en la doctrina contemporánea de apreciar ciertas conductas como culposas, por motivos que no se alejan mucho de los que en la antigua legislación daban lugar a la culpa leve.

Roxin pretende que aparte de los elementos enumerados, la tipicidad culposa requiere para la imputación del resultado un criterio imputativo de carácter valorativo y final, porque expone casos en que aparentemente se darían los extremos de la culpa comúnmente admitidos y, sin embargo, no se produciría la tipicidad culposa. Su enumeración no es sistemática, sino solamente ejemplificativa y, fundamentalmente, se trata de casos en los que la supuesta víctima asume el riesgo, a los delitos culposos de doble daño —como cuando el segundo so-

¹⁵⁰ MAURACII, 187.

¹⁵¹ WEBER, *Aufbau*, 5.

¹⁵² MUYARD DE VOUGLANS, op. cit., I, pp. 7-8.

breviene por "schock" emocional— y en los que el daño sobreviene como consecuencia de la conducta libremente elegida por la víctima. Todas estas limitaciones a la culpa¹⁵³ expuestas por Roxin estimamos que sirven para hacernos reflexionar, pero no son suficientes para demostrar que está insuficientemente caracterizada la culpa, al menos en sus líneas generales, sin perjuicio de que en general, y como aspecto de la tipicidad conglobante, entendamos que la tipicidad culposa no abarca los casos de riesgos asumidos libremente por la propia víctima, porque nadie tiene por qué pagar las temeridades ajenas, o que el distanciamiento del resultado puede dejar la conducta fuera del alcance de la norma.

¹⁵³ ROXIN, CLAUDIUS, *Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten*, en "Fest. f. Gallas", 241 y ss.; en *Problemas básicos*, trad. de DIEGO LUZÓN PEÑA, 181 y ss.; en sentido similar a Roxin se pronuncia, bajo algunos aspectos, MALAMUD GOTI, *La estructura*, cit., 87-8.

CAPÍTULO XXVI

EL "NULLUM CRIMEN SINE CULPA" Y LAS VIOLACIONES AL MISMO

I. — EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y EL "NULLUM CRIMEN SINE CULPA": 370. El principio de culpabilidad en la dogmática contemporánea. 371. El fundamento del "nullum crimen sine culpa". II. — LA NEGACIÓN DEL PRINCIPIO "NULLUM CRIMEN SINE CULPA" (EL "VERSARI IN RE ILLICITA"): 372. Su enunciado. 373. La responsabilidad objetiva. III. — LOS LLAMADOS "DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO": 374. Las figuras complejas y la preterintención. 375. ¿Hay delitos calificados por el resultado "stricto sensu" en el código penal argentino? 376. La llamada "prohibición de regreso". IV. — LOS SUPUESTOS DE INculpABILIDAD PROVOCADA: 377. La teoría del "versari". 378. La teoría de las "acciones liberae in causa". 379. Crítica de la teoría de las "acciones liberae in causa".

I. — EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y EL "NULLUM CRIMEN SINE CULPA"

370. El principio de culpabilidad en la dogmática contemporánea. Todo derecho penal primitivo es predominantemente objetivo, esto es, está inclinado a la sanción por la mera causación de un resultado, minimizando el aspecto subjetivo de la conducta típica que lo causa y, ocasionalmente, llegando hasta prescindir de la conducta misma. No obstante, a medida que el derecho penal avanza y su horizonte de proyección se va haciendo más cercano al que nos marca hoy nuestra cultura, se va dando mayor trascendencia al aspecto subjetivo de la conducta, enunciándose finalmente el principio de culpabilidad, que en su primitiva formulación podía sintetizarse como *nullum crimen, nulla poena, sine culpa*. Dicho en estos términos, el principio parecía sólo significar que no hay delito sin subjetividad.

Esta formulación original, dentro del marco de una dogmática que se rige por el criterio analítico "objetivo-subjetivo" resultaba coherente, porque, entendida la culpabilidad como una relación psicológica que puede asumir la forma de dolo o de culpa, al reque-

rirse que, al menos en el delito haya culpa, simultáneamente se estaba requiriendo la relación psicológica en que se hacía consistir la culpabilidad conforme a la teoría psicológica de la misma¹.

Cuando la dogmática avanza y la culpabilidad pasa a ser un concepto complejo, en el que la distinción entre ésta y el injusto ya no se hace por el criterio "objetivo-subjetivo", sino por el *Sollen* y el *Können* (el deber y el poder)², ya el requerimiento de la culpa como mínimo para que haya delito no significa el requerimiento de la culpabilidad, porque ésta pasa a ser reprochabilidad, es decir, reproche normativo y, conforme a ello, para que haya delito no basta como mínimo con la culpa, sino que también se requiere que esa culpa le sea reprochable al autor. Se perfilan así dos aspectos diferentes del principio de culpabilidad: el requerimiento de culpa como mínimo, y, además, el de reprochabilidad de la culpa.

Superada la etapa de la culpabilidad compleja (psicológica y normativa) y aceptada la teoría normativa pura de la culpabilidad, la exigencia de la culpa como mínimo de subjetividad, pasa de la culpabilidad a la tipicidad, toda vez que la culpa es conceptuada como forma de tipicidad o de estructura típica. Queda así claramente delineado que el primitivo principio de culpabilidad reconoce dos niveles en la dogmática contemporánea: uno en la *tipicidad* y otro en la *culpabilidad*.

α) A nivel de la *tipicidad* el principio significa que no hay conducta típica que no se subsuma bajo la forma de dolo o, al menos, bajo la de culpa. Cualquier conducta que no sea típicamente dolosa o culposa será atípica; sólo esas formas pueden tener las conductas de un injusto penal. Cualquier resultado causalmente ocasionado que no entre en la voluntad realizadora o que no pueda imputarse conforme a los requisitos de la tipicidad culposa, no puede ponerse a cargo del agente. Este primer nivel lo llamamos "nullum crimen sine culpa" y será del que nos ocuparemos en este lugar.

β) A nivel de la *culpabilidad*, el principio se expresa como "no hay pena sin reprochabilidad", esto es, que no puede haber pena si no le era exigible al autor otra conducta conforme a derecho. Este segundo nivel nos ocupará en su momento³ y allí veremos incluso su necesario fundamento antropológico. Este es el "princi-

¹ V. infra, § 448.

² V. WEBER, *Aufbau*, p. 11.

³ V. § 454.

pio de culpabilidad" propiamente dicho, cuyas importantísimas implicancias corresponden al análisis de ese carácter del delito.

371. El fundamento del "nullum crimen sine culpa". El *nullum crimen sine culpa* halla en nuestro sistema su fundamento en la CN, en el mismo precepto del art. 19 constitucional, al enunciar el principio de reserva. Conforme a ese enunciado, a un habitante de la Nación se le puede impedir una conducta, pero si se le prohíbe la causación de un resultado que no puede prever y que, al menos se funde en la violación de un deber de cuidado, nunca podrá saber cuándo una conducta está prohibida y, por ende, el principio de reserva legal, como fundamento imperioso de la seguridad jurídica, quedaría por entero desbaratado.

El fundamento constitucional del principio, en su más breve enunciado, radicaría en que nadie puede saber qué le es prohibido, cuando la prohibición emerge de la accidental producción de un resultado que le es imprevisible.

Aunque el *nullum crimen sine culpa* se deriva lógicamente del principio de legalidad, del cual el de reserva es, de algún modo, una variante enunciativa, su formulación teórica es históricamente anterior a la consagración de la garantía de legalidad. Así, la misma se deduce, por ejemplo, de la definición de crimen de Muyard de Vouglans: *factum jure prohibitum, quo quis dolo vel culpa facientis laeditur*^{3 bis}.

II. — LA NEGACIÓN DEL PRINCIPIO "NULLUM CRIMEN SINE CULPA" (EL "VERSARI IN RE ILLICITA")

372. Su enunciado. La más primitiva forma de desconocimiento del principio a nivel de la tipicidad es el *versanti in re illicita atiam casus imputatur*. El principio puede asumir varias formas, tal como "el que quiso la causa quiso el efecto" y otras variantes. Conforme a su pensamiento fundamental, en el llamado *versari in re illicita*, "es conceptualizado autor el que haciendo algo no permitido, por puro accidente causa un resultado antijurídico" y "este resultado no puede ser considerado como causado culposamente en el sentido del derecho actual"⁴. Para esta teoría, "el juicio de culpabilidad sobre homicidio involuntario depende en forma directa, respectivamente: en primer lugar, del carácter moral de la conducta causal, y, en

^{3 bis} MUYARD DE VOUGLANS, I, p. 2.

⁴ MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 356-7.

tanto que dicha valoración resulte favorable, secundariamente de que el autor haya puesto el cuidado debido”⁵.

Resulta hoy anacrónico discutir esta teoría, ya que hace siglos está enterrada. Sin embargo ha tenido un notable éxito como lo pone de manifiesto Löffler⁶, a quien oportunamente recuerda el P. Pereda en el más completo estudio del tema⁷, y a quien podemos parafrasear aún hoy, porque el principio se filtra, por una suerte de pensamiento mágico inconsciente, en alguno que otro criterio jurisprudencial y hasta doctrinario, cuando no en la misma ley —no es éste nuestro caso, afortunadamente—⁸.

En España se cuestiona seriamente el problema a causa de que el párrafo 3 del art. 1º del CP español dispone: “El que cometa voluntariamente un delito o falta, incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal causado fuese distinto del que se había propuesto ejecutar”⁹. Ante una disposición similar del CP Veracruzano, entendimos que no configuraba una consagración del *versari in re illicita*¹⁰.

⁵ KOLLMANN, HORST, *Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus Juris Canonici*, en ZStW, 1914 (35), pp. 46-106 (49). Sobre el concepto también ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren*, Aalen, 1965, y *Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Rechts des Mittelalters* en “Fest. für Binding”, 1911, 387 y ss.

⁶ LÖFFLER, ALEXANDER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig, 1895, p. 141.

⁷ PEREDA, JULIÁN, *El “versare in re illicita” en la doctrina y en el Código Penal*, Madrid, 1948.

⁸ Cfr. PEREDA, JULIÁN, *Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva*, en “Anuario de Derecho Penal”, Madrid, IX, 1956; pp. 213-227; HIPPEL, ROBERT VON, op. cit., II, 380-1; SOLER, II, 129; uno de los vestigios más elocuentes es la *strict liability* anglosajona, extendida a otras legislaciones. Contra ella, defendiendo el principio de culpabilidad, BANERJI, ERIC H., *Strict Responsibility*, en “Essays on the Indian Penal Code”, Bombay, 1962, p. 63; AGUDA, AKINOLA, *Principles of Criminal Liability in Nigerian Law*, Ibadan University Press, 1965, p. 117; ADENAES, JOHANNES, *The General Part of the Criminal Law of Norway*, London, 1965, p. 192; DE WET, J. C. - SWANEPOEL, H. L., *Die Suid-Afrikaanse Strafrecht*, Durban, 1966, pp. 95-7. El principio de culpabilidad fue sostenido en nuestra lengua por Lardizábal, afirmación sumamente avanzada en su época (LARDIZÁBAL Y URIBE, MANUEL DE, *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes penales de España, para facilitar su reforma*, Madrid, 1782). Sobre ello, RIVACOBIA, *Lardizábal, un penalista ilustrado*, Sta. Fe, 1964, p. 74; BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Lardizábal. El primer penalista de América Española*, México, 1957, 95.

⁹ V. CEREZO MIR, *El “versari in re illicita” en el código penal español*, en “Anuario”, Madrid, 1962, p. 55; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, 45 y ss.

¹⁰ ZAFFARONI, *Posible interpretación finalista del art. 6º del C.P. veracruzano*, en RJV, 1970; sobre el problema en el CP chileno, Rivacoba, en “Actas”, Valparaíso, 1975, p. 75.

373. **La responsabilidad objetiva.** El principio del *versari in re illicita* es una manifestación de la llamada "responsabilidad objetiva", es decir, de la responsabilidad que no tiene en cuenta la subjetividad de la conducta. La forma que la llamada "responsabilidad objetiva" asume en el campo penal es el principio del "versari". La misma es inadmisibile en cualquier rama del derecho en la actualidad, pero, más intolerable por sus consecuencias descabelladas resulta en nuestra disciplina.

Si bien nadie sostiene hoy la responsabilidad objetiva en nuestro campo, lo cierto es que el principio del "versari" se filtra frecuentemente en trabajos doctrinarios y en soluciones jurisprudenciales, siendo la última manifestación del mismo, aún no completamente erradicada.

Nos ocuparemos de las dos principales hipótesis en las que por aplicación del principio del "versari" se cae en responsabilidad objetiva dentro de nuestra ciencia. Adelantamos que, dado que el *nullum crimen sine culpa* tiene jerarquía constitucional en nuestro derecho, *rechazamos frontalmente todas estas tentativas de sumir a nuestro derecho penal en el objetivismo propio de legislaciones primitivas.*

Dos son las formas principales en que la responsabilidad objetiva, ataviada con las galas del *versari*, pretende penetrar en la doctrina y en la jurisprudencia: los llamados "*delitos calificados por el resultado*" y los *estados de inculpabilidad provocados por el propio agente*. Nos ocuparemos de ambas problemáticas a efectos de demostrar el pleno imperio del principio *nullum crimen sine culpa* en nuestra legislación vigente.

III. - LOS LLAMADOS "DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO"

374. **Las figuras complejas y la preterintención.** Hay figuras que abarcan una complejidad de conductas o que aportan una solución particular para casos que, de no existir la figura, serían resueltos por las reglas del concurso ideal (homicidio preterintencional, por ej.). Además hay otros que prevén un resultado que califica al delito, pero que por sí mismo su producción es atípica (el grave daño a los negocios del art. 142, inc. 3º).

No es posible ni correcto abarcar todas estas figuras complejas dentro del concepto de preterintencionalidad, habiendo en ello ge-

neral acuerdo en la doctrina¹¹. La preterintencionalidad es una de las estructuras de las figuras complejas, o sea, aquella en que se produce un resultado que va *más allá* de la intención, del dolo¹², no pudiendo considerarse tales a las combinaciones culposas (tipo culposo con otro también culposo), que no son más que supuestos de culpa.

Se pretende dividir a las figuras complejas en preterintencionales y calificadas por el resultado, o hacer de las segundas el género de las primeras¹³. La expresión "calificado por el resultado", en rigor, nada claro agrega, sino que es una expresión oscura, con lamentables ecos de responsabilidad objetiva, por lo que creemos mejor rechazarla. Tanto sirve para indicar la tipificación simultánea de una conducta dolosa y culposa (homicidio preterintencional), como las figuras culposas complejas (como el art. 189) y las figuras dolosas complejas (el art. 170, por ejemplo). En tal sentido podemos admitir que la denominación de "calificados por el resultado" es el género, pero de ella no vamos a obtener nada positivo, porque comprende a todas las figuras complejas. De allí que sea preferible considerar que hay *figuras simples* y *figuras complejas*, abarcando en esta última denominación los casos de preterintención, culpa compleja y doble resultado doloso.

Núñez¹⁴ entiende que hay "delitos de resultado preterintencional" entre los que cabe distinguir los calificados por el resultado y los preterintencionales. Creemos que esta clasificación es defectuosa, porque deja fuera los casos en que hay tipificación compleja de la culpa, salvo que se considere "calificados por el resultado" a todos los delitos culposos, lo que es una exageración conceptual.

Las figuras dolosas complejas presentan problemas cuyo análisis particularizado corresponde al estudio de la Parte Especial, al igual que las culposas complejas. Nuestro problema aquí es dejar aclarada la situación y estructura de las figuras complejas.

Las figuras preterintencionales son supuestos de tipificación simultánea, dolosa y culposa, de una misma conducta, sea que, de no hallarse así tipificada, el caso se resuelva por concurso ideal, o bien que, fuera de esta tipificación compleja, la conducta culposa sea atípica¹⁵.

Con ello queda en claro que la preterintencionalidad no es una forma autónoma de estructura típica, sino una *tipificación compleja*. Por supuesto que con esto rechazamos la consideración de un "dolo de

¹¹ Cfr. NÚÑEZ, II, p. 44; ODERIGO, MARIO A., *Delitos preterintencionales*, Bs. As., 1957, p. 40; FONTÁN BALESTRA, II, 285 y ss.

¹² Cfr. ODERIGO, op. cit.

¹³ ODERIGO, op. cit.

¹⁴ Op. et loc. cit.

¹⁵ Otra opinión, ODERIGO, op. cit.

preterintención" distinto del dolo¹⁶ y, más aún, la de una "tercera" forma de culpabilidad¹⁷.

Las teorías acerca de la preterintencionalidad, particularmente desarrolladas en Italia, creemos que han confundido el problema. Pannain afirma que no se trata de un delito doloso, ni de un delito culposo, ni tampoco de una forma de responsabilidad objetiva, precisamente por tratarse de una figura típica, expresa y claramente definida en la ley¹⁸. No obstante, no vemos con claridad en qué consiste semejante especificidad, puesto que no conocemos más que tres posibilidades lógicas para poner un resultado a cargo de alguien: por producción dolosa, culposa o por responsabilidad objetiva. Más coherente resulta Santoro, quien asegura que el resultado más grave se atribuye a título objetivo¹⁹, opinión en la que coinciden Pagliaro y Antolisei²⁰, limitando este último la responsabilidad por el mal mayor con la limitación de la causalidad. Ante la disposición del CP italiano, posiblemente pueda sostenerse una responsabilidad objetiva, pues contiene una definición de preterintención en su art. 43: "cuando de la acción u omisión deriva un resultado más grave que el requerido por el agente". Nuestro CP no contiene definición de preterintención, sino sólo la conceptualización de las figuras complejas.

No obstante, dentro de la misma doctrina italiana —y sin pretensiones de agotar aquí todos los matices teóricos que se han esgrimido—, De Marsico sostiene que se requiere que el resultado haya sido previsto, exponiendo de este modo una posición que casi parecería requerir dolo eventual a su respecto. "La voluntad no hace al núcleo —dice, no lo inviste, pero lo baña—. "Estamos en el mundo de las formaciones psíquicas —agrega—, y estas fórmulas reflejan otros tantos estados de la realidad"²¹. La oscuridad de esta opinión es evidente. Haciéndose eco de otras opiniones italianas, Chiossone en Venezuela sostiene que el delito preterintencional es doloso y que la preterintención opera como atenuante²². Es la posición diametralmente opuesta a las antiguas tesis italianas según las cuales se consideraba que el delito era doloso y que el resultado más grave es una agravante²³.

No obstante, dentro de la misma doctrina italiana se sostiene también la tesis que predomina en la Argentina, que se remonta a Carrara²⁴ y que es defendida en la dogmática italiana por Bettiol²⁵.

¹⁶ GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado*, II, 95 y ss.; I, 443.

¹⁷ BATTAGLINI, *Diritto Penale*, 244-5; CAMAÑO ROSA, ANTONIO, *Régimen de la culpabilidad. Sistema uruguayo*, en "Rev. de Derecho Penal", Bs. As., 1949, 183.

¹⁸ PANNAIN, 445.

¹⁹ SANTORO, 415.

²⁰ PAGLIARO, 327; ANTOLISEI, 305.

²¹ DE MARSICO, 309.

²² CHIOSSONE, 104.

²³ LANZA, VINCENZO, *Diritto Penale Italiano*, 1908, I, 124-5; IMPALLO-MENI, *Istituzioni di Diritto Penale*, 1921, p. 252.

²⁴ Programma, parág. 271.

²⁵ BETTIOL, 466; similar: SANTANIELLO, 149; FERRANDO MANTOVANI, 306;

Cuáles figuras son preterintencionales y cuáles no lo son es una determinación que debe hacerse conforme a un detenido análisis de las mismas, que no corresponde efectuar aquí, considerando el respetable número de disposiciones a analizar y la enorme disparidad de opiniones al respecto.

Para Soler son preterintencionales las figuras de los arts. 81 inc. 1° b, 85, 87, 106, 122, 124, 142 inc. 3°, 144, 186 inc. 5°, 189, 190, 191 (inc. 4°), 194, 196, 199, 200, 203, 204 y 219²⁶. Para Núñez no son preterintencionales el 106, 123, 124, 165 y 190²⁷, en tanto que para Jiménez de Asúa no lo son los arts. 189, 196 y 203²⁸.

El problema más grave que aquí se plantea no es la propia individualización de los delitos preterintencionales, como tampoco la general estructura de la figura compleja²⁹, a cuyo respecto suele haber hoy cierto pacífico acuerdo, sino, averiguar si hay figuras complejas en nuestra ley que constituyan una excepción al principio de culpabilidad.

La dogmática alemana entendió que una serie de disposiciones de su antiguo Código Penal eran una excepción al principio *nullum crimen sine culpa*, porque los resultados conforme a los cuales se agravaban los delitos no eran susceptibles de ser imputados a título de culpa, sino que constituían verdaderos casos de responsabilidad objetiva³⁰. Por ley del 4 de agosto de 1953 se reformó el § 56 del StGB, disponiendo que el resultado que aumenta la pena se le puede cargar al autor sólo cuando éste lo provocó al menos culposamente. De esta manera los *erfolgsqualifizierte Delikte* pasaron a ser culposos, al menos en parte, no sin que ello generara nuevos problemas³¹, al punto que Schweikert su-

en Colombia, REYES, ALFONSO, 222; en Brasil, MAGALHAES NORONHA, E., *Do crime culposo*, S. Paulo, 1974, p. 121; LUIZ DORIA FURQUEIM, *Aspectos da culpabilidade no novo código penal*, en "Justitia", Min. Púb. de S. Paulo, 1976 (94), pp. 45 y ss. (46); DAMÁSIO E. DE JESÚS, 296; en Perú, HURTADO POZO, 290.

²⁶ SOLER, II, 109.

²⁷ NÚÑEZ, II, 44.

²⁸ Op. et loc. cit.; otro enlistado diferente, ODERIGO, op. cit.

²⁹ La estructura general de la figura preterintencional se aproxima a la antigua *culpa dolo determinata* (v. FEUERBACH, op. cit., p. 60; sobre ello, RODRIGUEZ DEVESEA, 452).

³⁰ BELING, *Grandzüge des Strafrechts*, Tübingen, 1920, 53 y 58; MAYER, M. E., 1923, 121 y 142 y ss.; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1947, pp. 27, 40 y 98; WEBER, H. v., *Grundriss*, pp. 60, 72, 103; NIESE, WERNER, *Finalität*, 63 y ss.

³¹ Cfr. por ej., OEHLER, DIETRICH, *Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährdungsdelikt*, en ZStW, 69 (1957), 5093-521; SCHRÖDER, HORST, *Konkurrenzproblem bei den erfolgsqualifizierte Delikten*, en NJW, 1956/1737-1743; ULSSENHELMER, KLAUS, *Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte*,

girió una "particular responsabilidad para las conductas riesgosas"³² y que Baumann, después de recordar que la reforma fue demandada por von Liszt apenas sancionado el Código, en 1871, negó con curiosos argumentos sus beneficios³³. De cualquier manera, la disposición de 1953 solucionó sólo un aspecto del *nullum crimen sine culpa*: el que se refiere al papel del principio de culpabilidad en nivel de tipicidad. La exclusión definitiva de una "culpabilidad de riesgo" como la propugnada por Schweikert quedó consignada en el StGB vigente, por su § 15: "Únicamente es punible la actuación dolosa si la ley no conmina expresamente con pena el actuar culposo"³⁴.

Como vemos, los delitos calificados por el resultado *sensu stricto* son casos de responsabilidad objetiva cuyo origen puede encontrarse en esta antigua teoría. En ellos no hay culpa, toda vez que no hubo posibilidad de prever el resultado. Aceptar que en nuestra ley hay verdaderos delitos calificados por el resultado —como se encuentran en otros textos legales— implica, lisa y llanamente, aceptar que nuestro código no se atiene al principio *nullum crimen sine culpa* y, por ende, que la culpa no agota la imputación jurídica, sino que, a su lado, hay otra forma de imputación distinta, objetiva y primitiva, lo que nos obligaría a alterar el esquema analítico.

375. ¿Hay delitos calificados por el resultado "stricto sensu" en el código penal argentino? Nos vemos forzados a formular la distinción entre delitos calificados (o cualificados) por el resultado *stricto sensu* y *lato sensu*, porque no hay acuerdo sobre el empleo de la expresión y hay autores que consideran delitos calificados por el resultado a figuras complejas distintas de las preterintencionales, pero que son culposas. Con éstos nos separa una mera cuestión de nomenclatura sin mayor importancia, pero el problema aparece cuando en la doctrina nacional se acepta esta clase de delitos como forma de responsabilidad objetiva.

Soler niega que haya responsabilidad objetiva en nuestra ley, afirmando que "ninguna razón nos obliga a creer que aquí la ley establezca responsabilidad objetiva"³⁵, pero Fontán Balestra formula al respecto

en GA, 1966-257/278. Alcance limitado similar al germano tiene el art. 18 del Proyecto Soler (V. MARQUARDT-CABRAL, *Culpabilidad y responsabilidad penal*, en LL (104), 1961, 492).

³² SCHWEIKERT, HEINRICH, *Strafrechtliche Haftung für riskantes Verhalten?*, en ZStW, 1958 (70), 394-411.

³³ BAUMANN, *Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte*, en ZStW, 1958 (70), 227-244.

³⁴ Cfr. RUDOLPHI, 106.

³⁵ SOLER, II, 2, nota 4; en igual sentido, JIMÉNEZ DE ASÚA, *idem*.

un planteamiento diferente. En principio, adhiere al criterio clasificador de Oderigo, o sea que las figuras calificadas por el resultado, que "es la forma que requiere menos requisitos subjetivos", sería el género, y los delitos preterintencionales la especie. A continuación agrega: "Sin duda, una exposición dogmática no puede ignorar la existencia en la ley de figuras con responsabilidad objetiva; pero su estudio corresponde al capítulo de la responsabilidad y no al de la culpabilidad, ya que bien puede decirse que la responsabilidad objetiva, fundada en la *causación del resultado*, es la negación, o al menos, el desconocimiento de la culpabilidad; en tanto que aquí tratamos de dar la razón jurídica. sólo admisible en base a la culpabilidad, de la punición por resultado más grave en los delitos preterintencionales"³⁶. La contradicción que este párrafo encierra —y que Fontán Balestra comparte con la doctrina alemana anterior a la ley de 1953— es de toda evidencia: conforme al planteo de este autor la culpa pertenece a la culpabilidad; pues bien, si hay delitos sin dolo y sin culpa, luego, el delito no es una acción típica, antijurídica y culpable. Si al lado de la culpa hay ciertos casos de responsabilidad objetiva —siempre en el esquema causalista— debería decirse que el delito es una acción típica, antijurídica, a veces culpable y a veces imputable como responsabilidad objetiva. Dentro del esquema en que se maneja Fontán Balestra el concepto de culpabilidad no sería necesario para todos los delitos, y, en consecuencia, o hay otro más amplio o hay otro paralelo. Si, como el mismo autor dice, "la responsabilidad es el título por el cual se carga a la cuenta de un sujeto el delito y sus consecuencias", "pero la responsabilidad no ha sido sustentada siempre en la culpabilidad, no ha coincidido con ella en esencia y extensión"³⁷, y si ello es lo que sucede en nuestra ley, resulta claro que la culpabilidad no es una característica necesaria del delito.

Entendemos que en nuestra ley penal no hay ningún supuesto típico en que la producción del resultado no sea alcanzada al menos por la culpa. Repetimos que no es posible explicar de esta manera ningún tipo a la luz de lo dispuesto por el art. 19 CN, en la parte que dispone: "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". A un "habitante de la Nación" se le podrá prohibir una conducta, una acción, pero *prohibirle "una causación de resultado" que no puede prever y, por ende, nunca saber cuándo su conducta está prohibida, nos parece imposible de componer.*

Consecuentemente, existen en la ley argentina figuras complejas (una de cuyas especies son las preterintencionales), pero siempre los resultados deben ser imputables al autor, al menos dentro

³⁶ FONTÁN BALESTRA, II, 286.

³⁷ Idem, II, 191.

del marco de la tipicidad culposa de su conducta, *no existiendo delitos "calificados por el resultado" en sentido estricto.*

No podemos pasar por alto la observación de Soler respecto de las penas en estas figuras complejas. Tratándose de complejos de dolo y culpa, en la preterintención la pena no puede elevarse en forma desmesurada por el resultado culposo³⁸, porque en tal caso nos hallamos frente a una encrucijada difícil de resolver: o consideramos que la figura es compleja encerrando una tipicidad de dolo eventual, o bien consideramos que es inexplicable, por ser su desvalor irreductible a cualquier lógica, comparado con las otras desvaloraciones típicas, y, por ende, siendo esa ley un producto de la arbitrariedad, no resta más solución que tenerla como no derecho y resolver aplicando las reglas del concurso ideal.

376. La llamada "prohibición de regreso". Uno de los argumentos más asiduamente recurridos para negar que en las figuras complejas —y especialmente en la preterintención— se trata de una conducta doblemente típica, es decir, dolosa y culposa, es la llamada "prohibición de regreso", principio según el cual el dolo nunca puede generar culpa.

Esta teoría no sólo fue sostenida en los casos de concurso como el que nos ocupa en la preterintención, sino también —y fundamentalmente—, en los supuestos en que un sujeto favoreciese culposamente la conducta dolosa de otro, como cuando la amante proporciona veneno con que su amante mata a la mujer, debiendo sospechar el uso que podía darle³⁹. En estos casos se pretendía que la conducta dolosa cortaba la relevancia de la causalidad⁴⁰, posición que hoy es rechazada mayoritariamente por la doctrina⁴¹ y que sólo acepta una minoría⁴².

En la concreta problemática que nos ocupa no vemos qué argumentos de peso pueden oponerse a la simultánea tipicidad dolosa y culposa de una conducta. Creemos que es "perfectamente admisible formular el principio de que pesa sobre el autor doloso el

³⁸ SOLER, II, 121; ejemplifica con los arts. 204 y 205 del CP, antes de la reforma de la ley 17.567.

³⁹ Conforme el viejo Tribunal del Reich, citado por JESCHECK, 465.

⁴⁰ Así lo sostenía FRANK, *StGB Kommentar*, parág. 1 nota III, 2^a; MAYER, HELLMUTH, 1953, p. 138.

⁴¹ Así, JESCHECK, loc. cit.; MAURACH, 208; RUDOLPHI, 29; BAUMANN, 231; WELZEL, 44; WESSELS, 37; ROXIN, *Problemas básicos*, 184.

⁴² Por ej., OTTO, HARRO, *Kausaldiagnose und Erfolgzurechnung im Strafrecht*, en *Fest. f. Maurach*, 91 y ss. (96).

deber de cuidado en la intangibilidad de los bienes jurídicos que no constituyen el objeto de su acción”⁴³.

Lo único cierto a este respecto es que el dolo en cuanto a la producción de un determinado resultado consume la culpa respecto del mismo resultado: una conducta que comienza siendo culposa puede continuarse en forma dolosa y, en tal caso, la tipicidad dolosa consumirá a la culposa⁴⁴. No obstante que esto es indiscutible, para nada significa la consagración de la teoría de la llamada “prohibición de regreso”. Incluso esta aclaración tiene vigencia en el caso de una conducta continuada, pero no en el supuesto en que el curso causal puesto dolosamente en marcha produce el resultado en forma no abarcada por el dolo del agente, pero que puede calificarse de culposa por previsible y violatoria del deber de cuidado, como en el expuesto caso del enfermero con la “penicilina mágica”⁴⁵. Eximir de responsabilidad penal al enfermero en razón de la “prohibición de regreso” implicaría consagrar al dolo homicida como una eximente de pena.

IV. — LOS SUPUESTOS DE INCULPABILIDAD PROVOCADA

377. La teoría del “versari”. Una reacción primitiva frente a cualquier caso de inculpabilidad en que el estado o situación en que se halla el agente haya sido buscado, procurado o aceptado libremente por él, consiste en negar toda relevancia a esa inculpabilidad.

Parece sonar lógico que si inculpabilidad es la imposibilidad de reproche, ésta no sea relevante cuando la provoque el mismo agente, en razón de serle reprochable esa imposibilidad. No obstante, en este razonamiento hay una quiebra que se suele pasar por alto y que es la que franquea todas las entradas a la teoría del “versari” en este campo: lo que se puede reprochar al sujeto es la conducta de colocarse en inculpabilidad, pero no todas las acciones que realiza en ese estado. El error fundamental finca, pues, en confundir el contenido de la voluntad de colocarse en la situación de inculpabilidad con el de realización de una conducta típica⁴⁶.

⁴³ COUSIÑO MACIVER, 887; la concurrencia ideal de dolo y culpa se admite desde hace muchos años, p. ej., BAUER, ANTON, *Lehrbuch des Strafrechts*, Göttingen, 1833.

⁴⁴ Cfr. WELZEL, 226; COUSIÑO MACIVER, 876.

⁴⁵ V. supra, § 340.

⁴⁶ Con otra terminología, pero en el mismo sentido: TERÁN LOMAS, ROBERTO A. M., *El dolo de ebriedad y el dolo de delito*, en LL, 62-54.

Si bien está suficientemente claro que el dolo es el fin de realizar un tipo objetivo, y ese fin es nítidamente distinto del de colocarse en estado o situación de inculpabilidad, frecuentemente se considera que el estado de inculpabilidad es "causa" de la conducta típica y, como por aplicación del "versari", "quien quiso la causa quiso el efecto", basta este razonamiento para reprochar el resultado del injusto inculpable, lo que implica una violación flagrante del principio de culpabilidad, pues ni siquiera se pregunta si existió la mera posibilidad de previsión del resultado.

Este criterio se ha sostenido frecuentemente respecto a la embriaguez y a cualquier otra intoxicación aguda que provoque inimputabilidad. Así, hay general acuerdo en que la embriaguez completa, es decir, la que causa una perturbación de la consciencia de tal naturaleza que da lugar a inimputabilidad, si es accidental, o sea, si se llega a ella por efecto de una ingestión no deseada, sea porque se ignoraba la naturaleza del tóxico o porque no se podía prever el resultado —como en el caso del que se embriaga insensiblemente por aspiración de vapores alcohólicos—, exime de responsabilidad penal. Con algunas divergencias provenientes de la incomprensión de la naturaleza de las toxicofrenias, también se admite en general que el alcohólico crónico tampoco es responsable penalmente si en el momento del hecho se hallaba en una intoxicación aguda. Pero el problema se plantea respecto de la llamada "embriaguez completa voluntaria", entendiéndose por "voluntaria" la ingestión de alcohol libremente elegida por el agente.

En este último caso, el criterio que sigue el "versari" afirma rotundamente que el sujeto es responsable a título de dolo: "debe ser penado igual que el hombre sano de espíritu, porque conocía las consecuencias a que se exponía embriagándose: *quien quiso la causa quiso el efecto*"⁴⁷.

Pese al casi general repudio que en nuestra doctrina ha recibido este criterio, el mismo conserva aún cierta vigencia jurisprudencial⁴⁸.

Aunque tímidamente —y en ninguna obra de conjunto importante— se ha pretendido defender doctrinariamente entre nosotros la teoría del *versari in re illicita* (que por no ser ilícita la embriaguez en nuestro derecho sería un *versari in re* "inmoral"). Así Chichizola⁴⁹ sostiene que en estos supuestos hay siempre dolo eventual, lo que, por supuesto es inadmisibles, puesto que aplicando el mismo criterio a otros

⁴⁷ CONSTANT, JEAN, *Précis de Droit Pénal*, Liège, 1967 (subrayado en el original, p. 264).

⁴⁸ La clasificación de los criterios jurisprudenciales en RUBIANES, I, 142-5 y III, 36-7; jurisprudencia citada por TERRAGNI, MARCO ANTONIO, *Responsabilidad penal del ebrio*, Buenos Aires, 1976, pp. 33 y ss.; Cámara Penal de San Isidro, en LL, 10-I-73; votos en disidencia en el plenario "Segura" de la Cám. penal de la Cap., en JA, 8 y 9 oct. 1964.

⁴⁹ CHICHIZOLA, MARIO I., *Reflexiones sobre la reforma penal*, en LL, 104-892.

casos todas las culpas y aún las imposibilidades de prever el resultado serían supuestos de dolo (si la mera previsibilidad —ni siquiera previsión— basta para el dolo eventual, ¿qué es la culpa?). Por su parte, Blarduni⁵⁰ también sostuvo la responsabilidad dolosa del ebrio voluntario, aunque con argumentos diferentes, básicamente con argumentos egológicos⁵¹. La opinión nacional, en líneas generales no coincide con esta posición⁵², que es característica de legislaciones penales que reconocen ampliamente la responsabilidad objetiva⁵³, aunque en el fondo de los argumentos con que suele defenderse en el país el esquema del “*versari*”, vibran resonancias positivistas y peligrosistas, las que suelen alimentarse con mayores confusiones, provenientes de la doctrina italiana, cuyas conclusiones son inaplicables entre nosotros, por provenir de disposiciones expresas del código Rocco, que son por entero ajenas a nuestro texto.

Cabe consignar que al derecho canónico se remonta el criterio que sigue un vasto criticable sector de nuestra jurisprudencia. El *versari in re illicita*, no obstante tenía allí su aplicación porque el mero hecho de embriagarse era antijurídico y por aplicación del principio se consideraban punibles todas sus consecuencias,⁵⁴ pero entre nosotros no es delito la ebriedad, de modo que semejante criterio —por lo general fundado en inexplicables razones pseudocriminológicas (se pretende solucionar el problema del alcoholismo en cabeza de un ebrio⁵⁵)— resulta aquí mucho más curioso: hacemos una aplicación del *versari in re illicita* partiendo del “pecado de embriagarse”. ¡Una parte de la jurisprudencia argentina aplica el principio del *versari* más estrictamente que los canonistas del Medioevo! Pero la *actio libera in causa* como solución distinta y tentativamente más racional, no es un invento doctrinario de hoy, sino que se alzó por la doctrina italiana en *contra del versari in re illicita*. Farinaccio aceptaba que embriagarse constituía culpa (al igual que los canonistas y como pretende parte de nuestra jurisprudencia), pero haciendo recta aplicación de la sana razón de un derecho de pueblo civilizado, “hacia transitar paralelamente am-

⁵⁰ BLARDUNI, OSCAR C., *Embriaguez y responsabilidad penal*, en “Del nuevo pensamiento jurídico”, Buenos Aires, 1955.

⁵¹ V. nuestras observaciones al planteamiento en el cit. trabajo de “Criminalia”, 1965, 363 y ss.

⁵² V., por ejemplo, SOLER, loc. cit.; FONTÁN BALESTRA, II, 337 y ss.; NÚÑEZ, II, 40; del mismo, *Manual*, 212; TERÁN LOMAS, I, 464; FRÍAS CABALLERO, en LL, 134 (1969), 1187 y ss.; DE LA RÚA, JORGE, *Código Penal Argentino*, Bs. As., 1972, 366-8; TERRAGNI, op. cit.; KRAISELBURD, DAVID, *La ebriedad en el código penal argentino*, La Plata, 1960; el cit. plenario “Segura” de la Cám. de la Cap.; CUNEO LIBARONA, M., LL, 83-659; RAMOS MEJÍA, ENRIQUE, en JA-III-356; VERA BARROS, O., en JA, 1956, 266; FRÍAS CABALLERO, en “Hom. a Tulio Chiossone”, Caracas, 1980, 351 y ss.; CABALLERO, JOSÉ SEVERO, en LL, 14-VI-79.

⁵³ Así, en el derecho penal anglosajón e hindú (v. NELSON, REGINALD A., *The Indian Penal Code*, Allahabad, 1970, 355 y ss.

⁵⁴ Cfr. ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglosatoren*, p. 30.

⁵⁵ SOLER, II, 56.

bos puntos de vista, mostrando en su alcance la diferencia de ambos significados: Farinaccio decía: 1) Si el delito se comete en estado de ebriedad en que no hay dolo ni culpa, sólo se penará por la culpa leve que se comete embriagándose" (se entiende que se pena la conducta de embriagarse, porque eso era delito entonces, que hoy no lo es, pero no pena la culpa del delito que se comete en ese estado). 2) "Quien sabe que ebrio delinque y ofende a otros, y pese a ello no se abstiene y bebe immoderadamente, debe ser penado por la pena ordinaria" (es el dolo eventual), e igual solución daba al caso 3) en que "el autor se comporta en estado de ebriedad procurada a fin de cometer el delito y procurarse una excusa"⁵⁶.

Si bien la casi totalidad del planteo de la inculpabilidad provocada se realiza con motivo de la embriaguez —particularmente alcohólica— lo mismo vale para todos los supuestos que se suelen mencionar un poco más lejanamente, pero que también se pretenden regir por el principio del "versari". Tales son los casos del sujeto que con su conducta se coloca en un estado de necesidad inculicante, como quien cometiendo un robo es sorprendido por el propietario y se ve precisado a darle muerte, como único medio de salvar su vida, o del co-delincuente de la mujer adúltera que se ve obligado a dar muerte al marido también como único medio de salvar su propia vida ante la agresión de éste provocada por el descubrimiento del adulterio, o del que se coloca voluntariamente en una situación de peligro personal y en tal situación debe luego proceder análogamente. *El planteamiento de la inculpabilidad provocada es siempre el mismo, único y común, y la solución que se propugne debe ser válida para todos sus casos particulares.*

Ante las soluciones irracionales en que desembocaba el principio del "versari" en orden a la inculpabilidad provocada, se ensayó el camino señalado por Farinaccio, es decir, la *actio libera in causa*.

Cabe recordar que nuestra jurisprudencia se había orientado por la tesis del "versari" con irracionales argumentos peligrosistas^{56 bis}. No vale la pena ocuparse de esos argumentos, puesto que en el discurso entran en consideración componentes emocionales que resulta imposible tratar a nivel científico. Esta jurisprudencia, que ya se bate en retirada, es una prueba del límite de irracionalidad que puede alcanzar una tesis basada en la "sacralización" del objeto condenado, que recuerda lo que acontece en la

⁵⁶ ENGELMANN, op. cit., 31-2; la tradición española pareció inclinarse por considerarla atenuante (así GÓMEZ, ANTONIO, *Variarum Resolutionum Juris Civilis*, II, § 73).

^{56 bis} Sobre la evolución jurisprudencial y estado actual: CABALLERO, JOSÉ SEVERO, *Alcoholismo y derecho penal*, en LL, 14-VI-79; DONNA, EDGARDO A., *Responsabilidad penal y alcoholismo en la jurisprudencia argentina*, Mendoza, 1981.

actualidad con las drogas. Frente a esta perspectiva, no cabe duda que el movimiento que inicia el plenario "Segura" en la Capital —especialmente el voto de Jorge Frías Caballero—, representó un avance importantísimo, aunque no participemos parcialmente de la doctrina que consagra.

378. La teoría de las "acciones liberae in causa". Suele afirmarse que, como la acción que se realiza en estado de inculpabilidad no es libre en ese momento, pero es "libre en su causa", la culpabilidad se traslada a ese momento previo, es decir, a la conducta que se realiza para colocarse en el estado o situación de inculpabilidad.

Dentro de una estructura causalista del delito, en ese momento se puede hallar la intención de colocarse en inculpabilidad para realizar así una conducta típica (pre-ordenación) o bien la voluntad de alcanzar la inculpabilidad aún a costa de la realización en ella de la conducta típica. En ambos casos la teoría de la "actio libera in causa" postula la solución de la responsabilidad dolosa, por dolo directo en el primero y eventual en el segundo.

Siguiendo adelante con el razonamiento, se habla de una "actio libera in causa" culposa, en el caso en que en la realización de la conducta previa de colocarse en la inculpabilidad, el sujeto haya previsto y rechazado —o haya podido prever— la posibilidad de realización de la conducta típica.

Conforme a esta teoría —que en apariencia es altamente razonable— se trataría de una forma o modalidad de comisión de un delito con similitudes con la autoría mediata: aquí el propio sujeto se estaría usando como instrumento para la comisión del hecho.

Beling expresaba que la esencia de la acción mediata aclara la comprensión de la a.l.i.c.: "Aquí el propio cuerpo es el que desempeña el papel de instrumento. La primera acción (o sea, el procurarse tal estado) sería por ello típica (matar, etc.) y dándose las demás condiciones de punibilidad, particularmente el dolo o la imprudencia, es punible"⁵⁷. Ante la claridad aparentemente meridiana de esta teoría, resulta aceptada por un enorme sector doctrinario⁵⁸, sin que parezcan surgir inconvenientes, cualquiera sea la estructura del delito que se sos-

⁵⁷ BELING, *Esquema del Derecho Penal*, trad. de Sebastián Soler.

⁵⁸ Así, por ejemplo, WELZEL, 156; MEZGER-BLEI, 176; MAURACH, 440; MAYER, H., 1967, 113; SCHMIDHÄUSER, 299; STRATENWERTH, 166; JESCHECK, 360; BAUMANN, 370; BLEI, 171; RUDOLPHI, 163; BOCKELMANN, 118; SCHULTZ, I, 125; BETTIOL, 409; PANNAIN, 811; FRAGOSO, 220; RODRÍGUEZ DEVESA, 430; toda la doctrina argentina dominante; en Latinoamérica, uno de los trabajos más completos, NARCÉLIO DE QUEIRÓS, *Teoria da "actio libera in causa" e outras teses*, 2ª ed., Río de Janeiro, 1963.

tenga y, por ende, sea que el dolo se ubique en la tipicidad o en la culpabilidad. Lo cierto es que los sostenedores de ambas estructuras siguieron postulando la teoría de la a.l.i.c.

Con respecto al problema de la embriaguez en concreto, la misma fue receptada por la jurisprudencia plenaria de la Capital, que en 1964 sentó la siguiente doctrina: "Excepto en los casos de ebriedad patológica y de alcoholismo crónico en que la imputabilidad del agente puede estar excluida si se halla en alguna de las situaciones previstas en la última parte del inc. 1º párrafo 1º del art. 34 del código penal, el que delinque en estado de ebriedad completa y voluntaria es imputable por mandato de la citada norma que se inspira en el principio de las *actiones liberae in causa*. No obstante ello, y según las probanzas de cada caso, puede no ser culpable por el delito cometido en dicho estado, o serlo a título de dolo o de culpa, si las respectivas circunstancias psicológicas que integran una u otra forma de culpabilidad concurren en su conducta al tiempo que se embriagó"⁵⁹. Esta tesis fue recibida con general aceptación doctrinaria⁶⁰ y, sin duda, significó un sensible avance sobre la anterior tesis de la teoría que resolvía el problema por vía del "*versari in re illicita*"⁶¹.

Cabe consignar que esta teoría de la a.l.i.c. coincide con nuestros propios antecedentes legislativos, puesto que el código Tejedor, reproduciendo el art. 40 del código bávaro de 1813, disponía en su artículo 10 que "el que después de tomar la resolución ilícita de cometer un crimen se ponga intencionalmente con bebidas u otros medios en estado de enajenación mental, y cometa en tal estado el crimen proyectado, será castigado como autor voluntario de dicho crimen". El art. 81 del código de 1886 eximía de pena al que cometía el hecho en estado de "beodez completa e involuntaria", no diciendo nada respecto de la embriaguez voluntaria, pero, en general, nuestra doctrina acogía la teoría de la a.l.i.c.⁶², la que sólo se vio seriamente atacada con el advenimiento del positivismo⁶³.

379. Crítica de la teoría de las "actiones liberae in causa". No obstante la aparente coherencia de la teoría de la a.l.i.c., hay una falla de razonamiento que la hace caer por su base. Los defensores de esta teoría no tienen más remedio que reconocer que se produce

⁵⁹ Plenario "Segura", en JA, 8 y 9 oct. 1964; adhirió a esta tesis la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ("El Derecho", 2-VIII-1977).

⁶⁰ V. TERRAGNI, M. A., op. cit.

⁶¹ Por nuestra parte, sostuvimos esa solución en nuestro trabajo cit. en "Criminalia", México, junio de 1965; también lo hicimos en *La capacidad psíquica del delito*, México, 1970; y en *Teoría*.

⁶² Así, RIVAROLA, *Exposición y crítica*, I, 110-2; *Derecho Penal Argentino*, 395-400; JULIO HERRERA, *La reforma penal*, 383; MANUEL OBARRIO, *Curso*, 270-1; CARLOS MALAGARRUGA, *Apuntes*, 1914, p. 95; *Código*, I, 218; etc.; en particular, MOLINA, EMILIO, *La ebriedad ante el derecho penal* (tesis), Bs. As., 1897.

⁶³ Así GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado*, I, 300.

con ella un serio problema de tipicidad, cualquiera sea la teoría del delito que se maneje, porque, según la misma, “no es necesario que libre (es decir, en estado de imputabilidad) sea cumplida la acción ejecutiva del delito: basta (principio de la a.l.i.c.) que imputable (libre) y culpable haya sido la acción que fue causa de la acción ejecutiva”⁶⁴. Esto demuestra suficientemente que la teoría de las a.l.i.c. no sólo extiende la culpabilidad a una conducta anterior a la conducta típica, sino que *extiende la tipicidad misma a la conducta de procurarse la inculpabilidad*^{64 bis}.

De esto se percata suficientemente Baumann, quien aclara que para manejarse con esta teoría es necesario sostener un concepto “amplio” de tipo que, en el fondo, no es ningún concepto del tipo. “Puede trabajar libremente con la a.l.i.c. sólo quien aplica un concepto amplio de tipo (concepto del tipo causal y libre de valor)”. “De otro modo —agrega— se llega a notables dificultades tanto en el ámbito de la tipicidad como en el de la antijuridicidad. De esta forma, la tipicidad y la antijuridicidad de la autoingestión alcohólica sólo puede surgir de que esta ingestión haya sido causa de un homicidio doloso o de una lesión culposa”, y añade correctamente que la conducta de beber no puede considerarse en modo alguno como tentativa ni admitirse una participación punible en ella⁶⁵.

Para hacer efectiva una responsabilidad dolosa por vía de la teoría de la a.l.i.c. se emplea un concepto de tipo que sólo responde al concepto de tipo culposo en cuanto a la autoría, es decir, a la autoría entendida como causación de un resultado, pero lo cierto es que este concepto no puede extenderse al tipo doloso, ni siquiera en el más cerrado esquema causalista contemporáneo, porque, tal como lo reconoce uno de los últimos autores alemanes que aún se manejan con este esquema (y el último que lo sigue haciendo a nivel de obra general), este concepto no satisface los requerimientos que exigen del tipo doloso los dispositivos amplificadores de la tentativa y de la participación. Nadie puede sostener seriamente que quien se sienta en una taberna y comienza a beber, realiza con ello un “comienzo de ejecución de un homicidio”, por mucho que sea su ánimo de embriagarse para matar a otro, ni tampoco puede afirmarse que la conducta de yacer con una mujer casada sea el comienzo de ejecución de un homicidio, por mucho que sea el ánimo

⁶⁴ VANNINI, OTTORINO, *Manuale*, Firenze, 1954, p. 95.

^{64 bis} Con toda razón se ha observado que “crea el injusto” (Cfr. SANDRO, JORGE ALBERTO, *Inculpabilidad voluntaria y responsabilidad objetiva*, en DP, 1978, 71 y ss.).

⁶⁵ BAUMANN, 371.

del codelincuente de la adúltera de que el marido le sorprenda y le ponga en situación de tener que matarle para salvar su vida.

De no admitirse que la a.l.i.c. extiende la tipicidad a la conducta de procurarse la inculpabilidad, la teoría queda sin base, porque no hay dolo sin tipicidad objetiva dentro del planteo finalista, y no hay dolo sin tipicidad —a secas— dentro del planteo causalista. De no considerar típica objetivamente la conducta de colocarse en inculpabilidad, la intención de matar, hurtar, violar, etc. que acompaña a esa conducta no es más que un *elemento del ánimo* sin sustento típico alguno. La teoría de la a.l.i.c. no puede explicarse por ninguna de las teorías dominantes en el derecho penal, y sólo la podría explicar un concepto causal y valorativamente neutral del tipo⁶⁶, pero este concepto de tipo no hay quien lo sostenga en el campo del dolo, porque con él no hay modo de explicar la tentativa ni la participación.

La antigua afirmación, según la cual la a.l.i.c. no constituiría una "desviación de los principios generales de la imputabilidad", porque operaría de forma análoga al terrorista, cuyo "artefacto explosivo de tiempo estalló en el lugar querido cuando él se hallaba absolutamente borracho en una taberna"⁶⁷, no puede suscribirse, de no pretender confundir conceptos básicos. No es verdad que el sujeto que se ha colocado en inculpabilidad pueda asimilarse al que ha apretado un gatillo de un arma de fuego⁶⁸, porque quienes sostienen estas teorías "mecánicas" para justificar la a.l.i.c., olvidan que el sujeto inculpable *realiza efectivamente una conducta*, a diferencia del que se somete a una fuerza física irresistible o del que se coloca en situación de involuntabilidad. Los casos con que ejemplifican los autores que postulan esta explicación "mecánica" no son supuestos en que el sujeto se ha procurado la inculpabilidad, sino casos en los que se procura una ausencia de conducta y, allí, resulta verdadera la teoría del "instrumento", porque a partir de ese estado el agente opera ya como un factor mecánico. Habrá dificultades procesales probatorias, pero en caso de superarse, no nos cabe duda de que quien se procura una ausencia de conducta para realizar un tipo objetivo entra ya en el ámbito del acto ejecutivo o de tentativa. Si se logra probar que la nodriza que se acuesta al lado de la criatura padece convulsiones durante el sueño y

⁶⁶ Cfr. KOLZ, HARALD, *Die Problematik der actio libera in causa* (Diss.), Frankfurt, 1970, p. 119.

⁶⁷ MANZINI, II, 173; el mismo argumento en IMPALLOMENEI, *Istituzioni*, 1921, p. 294.

⁶⁸ Así lo pretende RODRÍGUEZ DE VESA, 431.

que se echa a dormir para matar por sofocación al infante, la conducta de echarse a dormir ya configura una conducta ejecutiva del art. 42 CP, y para nada juega aquí la teoría de la a.l.i.c., sino los principios generales de la tipicidad dolosa.

Cabe observar que quienes discurren con los argumentos mecánicos, aparte de confundir la inculpabilidad con la ausencia de conducta, y pretender aplicar a la inculpabilidad provocada los principios de la ausencia de conducta provocada con la pretensión de explicar así la a.l.i.c., incurrn en el error de apelar también a supuestos de tipicidad omisiva. En la estructura del tipo omisivo, la tipicidad objetiva de la conducta en la forma o grado de la tentativa surge ya cuando el sujeto se coloca en un estado o situación que le impide realizar la conducta debida. Llegado el momento de la realización de la conducta y no realizada la misma, tenemos la tipicidad omisiva consumada, pero cuando el sujeto se coloca en situación de no poder realizar la conducta debida, el colocarse en esta situación es usualmente un acto de tentativa al menos. Aquí para nada juega la a.l.i.c. para responsabilizar al sujeto a título de dolo, sino que hay directamente un acto de tentativa cuando quien, por ejemplo, requiere una cierta precisión de movimientos para la realización de la conducta debida, se procura un estado que le impide absolutamente la misma. El médico que se embriaga en medio de una intervención quirúrgica para no suturar la herida y hacer que el paciente muera desangrado, al momento de embriagarse incurre en una tentativa de homicidio. El guardavías que se coloca en un estado de embriaguez completa que le impide hacer el cambio, al colocarse en ese estado incurre en una tentativa, al igual que el encargado de la torre de control de un aeropuerto, etc.

La idea de que la teoría de la a.l.i.c. es insostenible porque el sujeto sobrio no puede saber lo que hará o sucederá en estado de incapacidad psíquica ya fue argumentada en el siglo pasado, especialmente por obra de los hegelianos, que se opusieron tenazmente a esta teoría⁶⁹, pero aún mucho antes, y con acierto. Kleinschrod observó agudamente que el mero propósito no es punible⁷⁰, es decir,

⁶⁹ BERNER, ALBERT FIEDRICH, Leipzig, 1895, p. 85; TEMME, J. D. H., *Lehrbuch des gemeinen Strafrechts*, Stuttgart, 1876, 77; del mismo, *Lehrbuch des Preussischen Strafrechts*, Berlin, 1853, p. 178; PESSINA, ENRICO, *Elementos de Derecho Penal*, trad. de Hilarión González del Castillo, Madrid, 1913, p. 391; en igual sentido crítico, BRUSA, EMILIO, *Saggio di una dottrina generale del reato*, Torino, 1884, § 174; BERTAVED, A., *Cours de Code Pénal et leçons de législation criminelle*, París, 1873, pp. 353 y ss.

⁷⁰ KLEINSCHROD, GALLUS ALOYS, *Systematische Entwicklung der Grund-*

lo que afirmamos hoy: el mero ánimo que acompaña la conducta de embriagarse o la de yacer con la adúltera, no es dolo.

Desde el momento en que el sujeto sobrio no puede saber qué hará ebrio, o que el injuriante no sabe qué hará el injuriado, no puede afirmarse que haya dominio del hecho y, por ende, faltará la tipicidad. Si el ebrio hace en estado de embriaguez lo que planeó sobrio, sólo puede ser ello el producto de una causalidad previsible, pero no de un efectivo dominio sobre ella. Tan evidente es ello que nadie duda que si el ebrio, en lugar de matar a su rival en amores, le abraza y le dice que se quede con la novia, o si el marido engañado felicita al amante y le cede a la esposa, a nadie se le ocurriría condenar la conducta del ebrio y del amante como tentativa de homicidio. ¿Qué razón habrá para condenarla como homicidio doloso consumado, si su rival toma asiento a un lado en la taberna, el borracho ni siquiera le reconoce a causa de su embriaguez, pero le mata porque le pisó un pie?

Es menester reconocer que el concepto de a.l.i.c. presenta "una notable fractura lógica", como lo afirma Nuvolone. "Es claro que si la capacidad faltase totalmente —dice— en el momento destinado a la ejecución del designio criminal, la realización del ilícito constituiría una mera eventualidad: en el sujeto no habría ninguna continuidad entre la deliberación y la ejecución, no pudiendo estar esta última sujeta a aquel mínimo de control de la voluntad que es necesario para que se pueda decir que la realización del hecho ilícito sea actuación del propósito anterior"⁷¹. En nuestro país, ha dicho con razón Kraiselburd, que "la ebriedad preordenada o premeditada no tiene sentido jurídico ni lógico. Nadie puede llevarse a un estado de locura para cometer hechos delictuosos ya previstos, desde que si le falta la razón, o si no puede dirigir sus acciones, mal habría de cumplir durante una psicosis lo que ha planeado en su estado de lucidez mental"⁷². La tesis correcta, con la bibliografía crítica contemporánea más importante, es sostenida actualmente en Latinoamérica por Cousiño MacIver⁷³.

La incoherencia básica de la teoría de la a.l.i.c. finca en que quiere reprochar un injusto típico con la culpabilidad de una conducta de colocarse en inculpabilidad y atribuir como dolo lo que no es más que un elemento del ánimo.

begriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts nach der Natur der Sache und der positiven Gesetzgebung, Erlangen, 1794, I, 237.

⁷¹ NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 254-5.

⁷² KRAISELBURD, op. cit., p. 192.

⁷³ COUSIÑO MACIVER, 524; entre nosotros por JORGE SANDRO, op. cit.

Refiriéndose a la forma en que Maurach explica la teoría, dice correctamente Horn: "Dejamos aquí dos trozos de acción (y también dos acciones) diferentes: el trozo de acción libre y el defectuoso. Y aquí parece concebir Maurach sólo el trozo de acción defectuosa como la acción típica y ubicar también sólo allí el fundamento jurídico de la punición. El autor sería sólo penado por la acción defectuosa (injusto) y la culpabilidad pertenecería a un capítulo temporal anterior: ¡la acción defectuosa es culpable para el autor en estado de defecto!"⁷⁴. Siguiendo a Krause⁷⁵ afirma también con razón, que la "*nuda cogitatio* del que planea un delito pero para realizarlo en estado de inimputabilidad, no se ajusta conforme al derecho vigente con el suceso injusto. Para la punibilidad por delito completo se requiere el comienzo de ejecución de la acción típica"⁷⁶.

Expresamente reconocen los partidarios de la teoría de la a.l.i.c. que la punición se funda en una culpabilidad que es anterior al momento de la realización de la conducta⁷⁷. Certeramente señala Spolansky que no pueden unirse arbitrariamente los datos necesarios para afirmar la existencia del delito, sino que "todos ellos deben ser reconducidos a un mismo tiempo: el de la ejecución del delito". Más adelante concluye con todo acierto que "si se sanciona al agente embriagado que no puede advertir el sentido de lo que hizo, ni tampoco controlar su conducta, con fundamento en el principio a.l.i.c., en realidad se lo sanciona por incapacitarse voluntariamente (por ej., embriagarse) y la ejecución del hecho considerado comúnmente como el único prohibido (el homicidio), es la condición necesaria que la ley requiere para castigar esa acción cuando aquél (el hecho) es por lo menos, previsible y reprochable"⁷⁸.

A esta incoherencia fundamental obedece que la a.l.i.c. dolosa, o sea, la pretensión de penar dolosamente la conducta del que se embriaga con la intención de realizar una conducta típica en tal estado, o bien viola el principio de legalidad, o bien viola el principio de culpabilidad⁷⁹.

Si por violatorio del principio de culpabilidad o del principio de legalidad, debemos descartar el empleo de la teoría de la a.l.i.c. para fundar la responsabilidad dolosa en caso de inculpabilidad procurada, réstanos preguntarnos si presenta alguna utilidad para

⁷⁴ HORN, ECKARD, *Actio libera in causa - eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?*, en Goldammer's Archiv, 1969, 294.

⁷⁵ KRAUSE, *Betrachtungen zur actio libera in causa*, en Fest. f. H. Mayer, 1966, 305 y ss.

⁷⁶ HORN, ECKHARD, 295.

⁷⁷ Así, FRIAS CABALLERO, JORGE, *Acerca de la responsabilidad del ebrio en el Código Penal Argentino*, en "Hom. Jim. de Asúa", 1964, 506.

⁷⁸ SPOLANSKY, NORBERTO, *El castigo del acto anterior al hecho prohibido*, en "Derecho, filosofía y lenguaje" (Hom. a Ambrosio L. Gioja), Bs. As., 1976, pp. 207 y ss.

⁷⁹ Cfr. HORN, op cit., p. 290.

fundar la tipicidad culposa de la conducta de procurarse la inculpabilidad. A poco que nos detengamos en los ejemplos que se pretenden son de a.l.i.c. culposa, veremos que la teoría no presenta utilidad alguna para solucionar los mismos, puesto que "se puede sin esa figura llegar a los mismos resultados por aplicación de la sistemática normal de la culpa"⁸⁰. En efecto: "la admisión de la teoría de la a.l.i.c. para resolver los hechos culposos es errada, ya que éstos son fácilmente explicables con la actual teoría de la culpa, sin acudir a ninguna ficción"⁸¹.

En síntesis: *la teoría de la a.l.i.c. no puede ser tomada en cuenta en la dogmática contemporánea, porque no puede fundar la responsabilidad dolosa en razón de que al hacerlo viola el principio de culpabilidad o el de legalidad, y porque tampoco sirve para fundamentar la tipicidad culposa, porque en tales supuestos ésta se hace efectiva conforme a los principios generales de la culpa, ni tampoco es útil a los efectos de la punición de los delitos en que el incapacitarse para cometerlos ya es un acto de tentativa, puesto que en ellos rigen las reglas generales de la tipicidad dolosa*^{81 bis}.

Las consecuencias prácticas de esta posición no son tan catastróficas desde el punto de vista político-criminal como pudiese pensarse en un primer y superficial punto de vista al respecto. Debe tenerse en cuenta que los verdaderos casos de inculpabilidad preordenada —no los de ausencia de conducta, que se resuelven por los principios generales de la tipicidad dolosa— son casos casi de laboratorio. En cuanto a los supuestos de dolo eventual que suelen mencionarse y que se pretenden resolver por vía de la a.l.i.c., en su mayor parte no necesitan de esta teoría, porque son ejemplos claros de situaciones en que el sujeto se coloca en estado de incapacidad o ausencia de conducta, o en los que, dada la estructura típica omisiva, se trata de verdaderas conductas típicas. Quizá en algún ejemplo aislado pueda llegarse a pensar en un supuesto de tipicidad activa dolosa, en que el sujeto se incapacite voluntariamente, pero eso sólo podrá ocurrir en casos tan extremos en que la intoxicación o incapacitación se realicen con un verdadero dominio del hecho que permita considerar típica la propia conducta de incapacitarse. Recordamos un caso jurisprudencial de Villa Mercedes en que un sujeto se embriagaba todos los fines de semana y cada vez que lo hacía, ya ebrio, hurtaba ropa tendida en los fondos de las casas, lo que se repitió en más de veinte ocasiones. No obstante, cabe reconocer que se trata

⁸⁰ HORN, loc. cit.

⁸¹ COUSIÑO MACIVER, 533; en igual sentido OTTO, HARRO, 195; también critica la teoría de la a.l.i.c. DAMÁSIO E. DE JESÚS, quien de *lege ferenda* propone el *Rauschdelikt* alemán (*Culpabilidad normativa e embriaguez no Código Penal de 1969*, en "Rev. de Direito Penal", 1976 (17/18), pp. 96-109.

^{81 bis} Cfr. SANDRO, JORGE ALBERTO, op. cit. en DP, p. 82.

de casos excepcionales en que la conducta se reduce hasta estar cerca del automatismo que la excluye, pero en modo alguno puede hacerse de eso la regla, como lo pretende el argumento "mecánico" de la teoría de la a.l.i.c. "preordenada".

En cuanto a otros supuestos de admisión de la posibilidad del resultado que deben resolverse por culpa, pero en que la pena del delito culposo parece poco aconsejable político-criminalmente, el código suele resolver expresamente el caso, como acontece con el art. 165, que creemos un claro ejemplo de esta hipótesis. Si bien la naturaleza del art. 165 es altamente discutible, creemos que abarca el caso en que el sujeto activo de un robo se ve obligado a matar ante la defensa del patrimonio ajeno, que hace que le reste la opción entre la vida propia y la ajena.

Para resolver el caso particular de la embriaguez, en la legislación comparada se han ensayado caminos diferentes del de la a.l.i.c. Uno de ellos es el de la tipificación de la conducta de embriagarse y cometer un delito en tal estado, es decir, el llamado "delito de embriaguez" o *Rauschdelikt*, del parágrafo 330a del código alemán. Se trata de un tipo que ha dado lugar a grandes dudas, pues mientras algunos consideran que la ebriedad funciona allí como condición objetiva de punibilidad⁸², otros lo tratan como delito de peligro concreto⁸³ y otros lo consideran "calificado por el resultado"⁸⁴. Pese a estas dificultades, el referido *Rauschdelikt* ha sido incorporado al código polaco⁸⁵.

⁸² BEMMANN, GÜNTER, *Welche Bedeutung hat das Erfordernis der Rauschtat im § 303a StGB?* en GA, 1961, 65-74; JESCHECK, 369; BRUNS, HANS-JÜRGEN, *Zur neuesten Rechtsprechung über die Strafbarkeit der Volltrunkenheit*, en JZ, 1958, 105-111; CRAMER, PETER, *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, Tübingen, 1962; LACKNER, KARL, *Vollrausch und Schuldprinzip*, en JuS 1968, 215-221; KAUFMANN, ARTHUR, *Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*, en JZ, 1963, 425-433; MAURACH, R., *Besonderer Teil*, Karlsruhe, 1964, pp. 484 y ss.

⁸³ WELZEL, 475; LANGE, RICHARD, *Die Behandlung der Volltrunkenheit in der Strafrechtsreform*, en JuS, 1957, 242-7.

⁸⁴ MAYER, HELLMUTH, *Die folgenschwere Unmäßigkeit (§ 330a StGB)*, en ZStW, 59 (1940), 283-335. Sobre el *Rauschdelikt* es interesante el trabajo de BRANDENBERGER, WERNER, *Bemerkungen zu der Verhütung einer Tat in selbstverschuldeter Zurechnungsunfähigkeit*, Bern, 1970.

⁸⁵ Art. 102,1 y 25,3 (*Der Polnische Strafkodex - Kodeks karny - Gesetz vom 19 April 1969*, trad. de Georg Geilke, Berlin, 1970). En el derecho español antiguo se penaba la embriaguez en sí misma, o sea que había una suerte de *Rauschdelikt* (V., BERNI, JOSÉ, *Apuntamientos sobre las leyes de Partida*, Valencia, 1759, III, p. 32; TAPIA, EUGENIO DE, *Febrero Novísimo*, París, 1850, IV, 542). Sobre la represión de la embriaguez por sí misma en Francia, LARQUIER, JEAN, en "Recueil Dalloz", 6, 1959, p. 31.

CAPÍTULO XXVII

LOS TIPOS OMISIVOS

I. — NATURALEZA DE LA OMISIÓN: 380. La omisión como estructura típica. 381. ¿Es posible una omisión pretípica? II. — LA ESTRUCTURA DEL TIPO OBJETIVO: 382. Situación objetiva, exteriorización y posibilidad física. 383. Equivalente típico de la causación. 384. El autor. 385. Las modalidades de la tipicidad activa en la estructura omisiva. III. — EL TIPO SUBJETIVO: 386. El conocimiento de la posición de garante. 387. Otros aspectos cognoscitivos del dolo en la omisión. 388. El aspecto conativo del dolo en la estructura omisiva. IV. — LAS OMISIONES CULPOSAS: 389. Las omisiones culposas.

I. — NATURALEZA DE LA OMISIÓN

380. La omisión como estructura típica. Al igual que hay una estructura típica dolosa y una estructura típica culposa, hay una estructura típica omisiva¹. En tanto que en el tipo activo doloso la tipicidad surge de la *identidad* de la conducta final realizada con la final descripta, en el tipo omisivo surge de la *diferencia* entre la conducta final realizada y la conducta final descripta². Se trata de dos diferentes técnicas legislativas para individualizar conductas prohibidas, pero tan final es la acción que está prohibida en la *estructura activa* como en la *estructura omisiva*.

La diferencia emerge de que la norma que se halla antepuesta a un tipo activo es una norma con *enunciado* prohibitivo y la de un tipo omisivo con *enunciado* imperativo.

La teoría del *aliud agere* (otro hacer) fue expuesta en el siglo pasado por Luden³. Algunos autores la objetaron en su tiempo, prin-

¹ Cfr. KAUFMANN, ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, 3-6; WELZEL, 211; BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Bs. As., 1970, 43 y ss.; FRAGOSO, 247; etc.

² BACIGALUPO, 22 y ss.

³ LUDEN, *Abhandlungen*, II, 1840.

principalmente Krug⁴. Con similar criterio se le observó que la otra conducta —el *aliud agere*— no causa el resultado⁵. Luego nos ocuparemos de la causalidad en la omisión y veremos que esta objeción carece de asidero. Lo cierto es que, contemporáneamente, la teoría vuelve a surgir en Alemania⁶. En Italia fue sustentada por Antolisei, quien afirmaba que “la omisión no es la simple negación de una acción. Ella comprende siempre una actividad, la que constituye el otro aspecto del comportamiento del hombre. Este comportamiento tiene dos lados: uno negativo, en cuanto falta la presencia de una determinada acción, y uno positivo, en cuanto a que en el lugar de esta acción se encuentra otra, es decir, una actividad inconciliable con la que quería ser desplegada”⁷. En trabajos posteriores, Antolisei negó esta posición, como resultado de su afiliación al idealismo, es decir, de su posición conforme a la cual la conducta se concibe sólo como realizadora del tipo y al derecho como creador de la acción. Desde ese punto de vista no puede menos que sostenerse que lo único que interesa es el momento negativo. Consecuente con esta posición, Antolisei escribió más tarde: “A nuestro modo de ver, la esencia, la verdadera esencia de la omisión, está propiamente en el *no haber actuado* de determinado modo, en el *no haber cumplido* una acción determinada. La conducta existente en el lugar de la que se esperaba no tiene nada que hacer con la omisión: es otra cosa y constituye un puro artificio querer hacer un todo unitario de dos entidades diversas”⁸.

Cabe consignar que la afirmación de que la norma antepuesta al tipo activo está *enunciada* prohibitivamente, en tanto que lo está preceptivamente la que se antepone al tipo omisivo, no implica que ellas puedan transvasarse⁹. Ello es inadmisibles, por la amplitud que la norma enunciada prohibitivamente cobra en su enunciado preceptivo, que, incuestionablemente, excede su alcance prohibitivo. La razón de la mayor amplitud del ámbito de lo prohibido en el enunciado preceptivo no es una cuestión que pueda explicarse por el mero empleo de la lógica, sino que responde a una limitación del lenguaje, pero que, de toda forma, es menester reconocer.

Lo que es posible hacer, sin riesgo de extender el contenido de

⁴ KRUG, *Commentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen, Abhandlungen*, 1855; del mismo, *Über Unterlassungsverbrechen*, en “*Hitzig's Annalen*”, 33.

⁵ Así, VON ROHLAND, *Die strafbare Unterlassung*, 1887.

⁶ Cfr. KAUFMANN, ARMIN, *op. et loc. cit.*

⁷ ANTOLISEI, FRANCESCO, *L'azione e l'evento nel reato*, Milano, 1928, p. 27.

⁸ ANTOLISEI, *Manuale*, 170.

⁹ Otra opinión, KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt der Lehre von Rechtsatzte*, Aalen, 160, p. 669; en contra y conforme al texto, KAUFMANN, *op. cit.*, p.; BAGICALUPO, p. 96.

lo prohibido, es reducir todos los enunciados preceptivos a prohibitivos: si se ordena una conducta, se prohíben las que son diferentes (la inversa es la inadmisibles). Esta posibilidad de reducción enunciativa es la que nos permite individualizar la materia de prohibición en los tipos omisivos.

La construcción de un injusto para la omisión se remonta a Schopenhauer. Para Schopenhauer la exigencia de la justicia es no lesionar a otro (de allí que el injusto sea la negación de algo negativo, al igual que para Hegel). Con esta concepción, se ve obligado a construir un injusto particular para la omisión: "Deber es una acción mediante cuya omisión se lesiona a otro, esto es, se comete un injusto. Manifiestamente, esto sólo es posible cuando el omitente se había comprometido a esta acción"¹⁰.

Esto implica que en el plano pretípico no existen omisiones penalmente relevantes, sino sólo acciones. Ello se debe a que la omisión no es el puro y simple "no hacer", omisión no es ausencia de conducta¹¹, *omisión es conducta*. ¿Cómo es posible que la omisión sea acción? La explicación es simple: *la omisión es una forma típica de prohibir acciones*.

La problemática de la acción se encuentra oscurecida por largos y penosos —cuando no contradictorios e incomprensibles— intentos de "omnicomprender" en un concepto unitario acción y omisión, para dar una base a la estructura analítica del delito. Estas tentativas —paradójicamente— han terminado por sacrificar a la conducta como base de la teoría del delito, dejando a la tipicidad en su lugar. Lo que en definitiva han pretendido es demostrar que la omisión es una acción, pero no en diferentes planos analíticos, sino en el plano óntico. Ante la imposibilidad lógica de coronar esta empresa se termina sacrificando el concepto que se quiso ampliar.

En lugar, nuestra construcción prescinde de tales explicaciones y sostenemos: α) que en el plano pretípico sólo existen acción o conducta (empleamos ambas expresiones como sinónimos, rechazando su uso en el sentido de que abarca las acciones y las omisiones); en tanto que β) en el *plano* típico existen dos estructuras al respecto: α') una que prohíbe las conductas que describe (acti-

¹⁰ Cfr. ENGISCH, *Auf der Suche*, cit., pp. 89-90.

¹¹ ANDROULAKIS, NIKOLAS K., *Studien zur Problematic der unechten Unterlassungsdelikte*, Berlin, 1963, p. 47.

va) y β') otra que prohíbe las conductas distintas de las que describe (omisiva)¹².

381. ¿Es posible una omisión pretípica? Como la omisión no es una mera “no acción”, sino un “no hacer algo” (no hay omisión de nada), siempre habrá que tener una instancia de comparación valorativa¹³. “El concepto de omisión es necesariamente normativo. En el plano óntico existen sólo acciones. La omisión presupone la existencia de una norma que imponga la acción omitida”¹⁴. Si pretendemos fundar la sistemática del delito sobre una base óntico-ontológica no valorativa, como es la conducta humana, el concepto de acción deberá estar en la base, pero no el de omisión. Sintéticamente: *la omisión requiere valoración y lo pretípico es aún avalorado, falta toda referencia al valor jurídico*.

Pese a ello, se ha pretendido lo contrario. Así Beling entendía que como la acción era una invasión muscular la omisión es una “distensión muscular”¹⁵. Es evidente que no hay ninguna distensión muscular cuando la madre, en lugar de amamantar al niño, practica gimnasia en la azotea de su casa. Radbruch¹⁶, por su parte, renunció a un criterio unitario de acción, porque llegó a negar la voluntariedad en la omisión. Algo parecido hizo Mayer, quien sustrajo a la omisión culposa el concepto de acción¹⁷. Con semejante carencia de base unitaria en la teoría general del delito, no fue difícil la desaparición de la acción como tal y su reemplazo por el tipo, lo que tuvo lugar años después con las variantes de Radbruch y Beling —acción realizadora del tipo— y se corona con la pretensión de Gallas¹⁸. Radbruch buscó apoyo en afirmaciones de Liszt, quien está fuera de duda que pretendió una base unitaria¹⁹. Maurach buscó luego la solución, resignándose a renunciar al concepto óntico-ontológico de acción²⁰, puesto que estima que en la omisión la acción es una “categoría jurídica”. Esta posición significa la renuncia a un concepto unitario de conducta válido para todos los tipos, y consiguientemente una dicotomización del derecho penal: las acciones serían óntica-

¹² V. WELZEL; KAUFMANN, p. 17; STRATENWERTH, 259; BACIGALUPO, 53 y ss.

¹³ Cfr. KAUFMANN, 17 y ss.

¹⁴ FRAGOSO, 248.

¹⁵ BELING, *D. L. vom Verbrechen*, p. 15.

¹⁶ RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, pp. 132-3.

¹⁷ MAYER, M. E., 1923, 109-110.

¹⁸ RADBRUCH. *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, en “Fest. für Frank”, I, 158-173; en “Anhang” a la reimpresión del *Handlungsbegriff*, Darmstadt, 1967, pp. 151-166; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand...*, cit.; del mismo, *Strafbare Unterlassen im Fall einer Selbsttötung*, en JZ, 1960-649.

¹⁹ LISZT, *Lehrbuch*, 1902, 105-6.

²⁰ MAURACH, 577 y ss.; igual posición COUSIÑO MACIVER, 476.

mente entendidas en los tipos activos y creadas por el derecho en los omisivos.

La pretensión de conciliar lo inconciliable no puede tener éxito. Si partimos de la existencia pretípica de la omisión —como se pretende— nos hallaremos necesitados de una ineludible referencia valorativa. Parecen no ver en ello ningún problema los partidarios de la desacreditada teoría de la “acción esperada”²¹. Para éstos hay omisión cuando el sujeto no realiza una “acción esperada”. Cabe preguntar *quién* espera, interrogante que se formuló hace muchos años²². Si son las pautas culturales, ello implica una total “*etización social*” del derecho penal, por lo que rechazamos esta respuesta. Si es el orden jurídico, *estamos confundiendo niveles de análisis*: el de la acción y el del tipo.

Los partidarios de esta teoría se cuidan de distinguir la acción “esperada” de la acción “debida”, porque la no realización de la acción “debida” sería la omisión antijurídica²³. Razón no les falta, pero el problema para su teoría radica en que la no realización de la acción esperada no es una omisión, sino una omisión típica.

La negación de la identidad de los conceptos óntico y jurídico-penal de conducta no soluciona el problema²⁴. Si la omisión integra pretípicamente el concepto de conducta (jurídico-penal), igualmente se necesitará acudir al tipo para determinarla y también allí resultará contradictorio pensar en una omisión pretípica.

El intento que por esta senda ensaya Maurach, también fracasa, hasta el punto que se ve precisado a acudir al concepto totalista, con una parcial renuncia —si es que cabe— a la estructura estratificada. De allí que Gallas apele a la solución heroica de eliminar la acción de la teoría del delito.

Tampoco representa solución alguna la ampliación del concepto de conducta humana hasta límites en los que ya caben otros hechos dentro de él, porque también ello implica destruir lo óntico para dar una base unitaria.

²¹ Así, MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 130 y ss.

²² MAYER, M. E., 1923, 108.

²³ MEZGER, op. cit., 132-3; JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 409-410; CASARVILLE, ESTEBAN, *La concausa*, en “Rev. Jurídica de Bs. As.”, I, III, 1967; nada nuevo agrega el razonamiento que de la teoría hace HARDWIG, *Vorsatz bei Unterlassungsdelikten*, en ZStW, 74 (1962), 27 y ss. Sobre ello, BACIGALUPO, p. 74.

²⁴ Así lo pretende ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, en ZStW, 1962, 515 y ss.

²⁵ MICHAELOWA, KLAUS, *Der Begriff der strafrechtlichen Handlung, Zugleich ein kritischer Versuch zur Systematik des Schuldstrafrechts*, Berlin, 1968, 85.

Esto último lo pretende Michaelowa²⁵, para quien conducta sería precisamente la respuesta del hombre al mundo exterior, pero la amplitud de este concepto es insostenible²⁶: expresamente dice Androulakis²⁷ que la actitud es la "respuesta a una situación dada" y no simplemente "la reacción del hombre sobre su mundo circundante", aunque luego resulta contradictorio el concepto de conducta que expone (comprensivo de "acción" y "omisión") y que sintetiza manifestando que "acción y omisión son las formas básicas de la conducta humana como actitud conducente para, o contra, la posibilidad actualizada de insertar energía en un marco situacional"²⁸. La contradicción radica precisamente en que pese a reconocer la *relatividad* de la omisión como concepto (necesitado de un *algo* que no se hace, *etwas nicht-tun*), le sigue faltando el "algo" en el manejo pretípico. Posteriormente, en base a la afirmación de la necesidad de este "algo", que es en general reconocido, cita a Welzel y Armin Kaufmann, quienes también lo reconocen²⁹, y luego argumenta contra estos autores que son contradictorios porque pretenden que en la omisión hay una "pura negación", enviando así el problema al "caos de la nada infinita"³⁰. Ésta es una observación ya formulada por Binding³¹ y no es más que una confusión de niveles o planos analíticos: la omisión no existe en el plano pretípico, pero existe un tipo omisivo, existe como construcción típica que capta la única posible realidad pretípica: una acción. De allí que podamos afirmar que pretípicamente la omisión es una acción: de no ser así nuestra afirmación sería demencial. Su concepto de que la omisión presenta como característica la *transitividad* (como consecuencia de que "omitir es un verbo transitivo") y *relatividad* (que obedece a la relativa *pasividad* o *negatividad*) es perfectamente válido, sólo que a nivel típico y no pretípico.

Entendemos que "pretender una unidad entre acción y omisión es pretender una unidad de acción y tipicidad. Tratar de dar a la omisión "en sí" un carácter ontológico de acción, es desconocer que la afirmación de la omisión de una acción determinada no tiene nada que ver con el plano ontológico sino con la *significación* de una acción realmente cumplida"^{31 bis}. Si bien es incuestionablemente importante el plano ontológico, no creemos que sea él el que en la problemática general de la omisión ofrezca las mayores dificultades, sino precisamente el injusto. El núcleo problemático, agudizado en los delitos impropios de omisión, se traslada con esta perspectiva al plano típico. Entendemos que el más grave problema de la omisión

²⁵ En contra y conforme al texto, BACIGALUPO, 65.

²⁷ ANDROULAKIS, *Studien*, 52.

²⁸ Op. cit., 271.

²⁹ Cfr. KAUFMANN, 49.

³⁰ ANDROULAKIS, 41.

³¹ BINDING, *Normen*, II, 102.

^{31 bis} BACIGALUPO, *Delitos...*, cit., 71.

es la omisión impropia, su fundamento y el límite de la materia de prohibición.

Es posible aún aducir que la conducta efectivamente realizada puede ser totalmente ajustada a derecho e inofensiva. Tal argumento es fácilmente rebatible: quienes pretípicamente admiten la existencia de una omisión lo hacen mediante la situación de la conducta humana en una constelación situacional, en que la omisión sería una de las formas reactivas³². Pues bien, el tipo tiene por función captar esa situación constelacional, precisarla y, en una situación constelacional determinada (no en cualquiera en que "se espera" una acción), desvalora la acción efectivamente realizada. Así podrá ser penalmente irrelevante la conducta de jugar con terrones de azúcar, pero no lo es si el que lo hace es el futuro heredero de la tía rica que está muriendo a un metro como consecuencia de una crisis hipoglucémica. Nadie puede decir que la pretendidamente ridiculizada conducta de la madre "de tejer calzeta"³³ es "inofensiva", cuando el niño está a su lado muriendo de sed. El tipo capta un marco situacional en el que desvalora lo único que puede desvalorarse: una acción. Por el contrario, los sostenedores de la realidad pretípica de la omisión pretenden un desvalor en un marco situacional pretípico, caminando por senderos que deben estar libres de valoración y que ellos colorean con exigencias de índole ignota.

La pretendida "inocencia" o "indiferencia" de la conducta distinta de la debida en la tipicidad omisiva es un argumento que se suele repetir como definitivo, cuando en realidad es por demás ingenuo y fue demolidamente respondido hace más de medio siglo por Delitala, acudiendo a una antigua distinción corriente entre los moralistas, entre los actos *in specie* e *in individuum*, que proviene de San Alfonso. Los actos son considerados *in specie*, cuando se los toma en forma genérica, esto es, atendiendo a su fin específico y prescindiendo de sus circunstancias concretas, y sólo así considerados puede decirse que hay actos jurídicamente indiferentes, pero no sucede lo mismo cuando se los considera en particular, puesto "que no hay actos jurídicamente indiferentes *in individuo*". También el acto de hacer medias —decía—, en general indiferente, puede en el caso particular, teniendo en cuenta todas las circunstancias concretas, ser un acto ilícito".

Con toda coherencia concluía Delitala afirmando que "la valoración de la licitud o de la ilicitud de una acción no debe nunca hacerse *in genere*, sino siempre *in individuo*, puesto que la consideración genérica es una consideración estadística y abstracta, en que cada acto singular

³² "En el marco de una relación social previa" dice ROXIN (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1973, p. 19).

³³ KAUC, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, 1855.

pierde la individualidad que le es propia, para devenir la expresión de un *genus* que, desde un cierto punto de vista, siempre es jurídicamente indiferente”^{33 bis}.

II. — LA ESTRUCTURA DEL TIPO OMISIVO OBJETIVO

382. **Situación objetiva, exteriorización y posibilidad física.** El tipo omisivo —al igual que el comisivo— presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo³⁴, ambos son características particulares, como vimos también que las presentan los tipos culposos, no pudiendo ser de otra manera, ya que se trata de estructuras típicas diferentes.

α) Lo primero que el tipo omisivo capta es una *situación objetiva*, que Welzel y Jescheck llaman “situación típica”³⁵. La situación típica en el art. 108 es encontrarse frente a una persona amenazada por un peligro cualquiera. En otras la situación típica debe ser la producción de una afectación del bien jurídico en la misma forma que para los delitos de acción. En este último caso se trata de los llamados delitos impropios de omisión, en que la omisión “equivale” a la acción.

β) Lo nuclear del tipo objetivo es la *exteriorización de una conducta distinta de la ordenada*. En todos los casos de omisión hay una conducta ordenada, con un fin (como que es conducta lo que se ordena). Lo que se requiere es que haya una conducta *que no se dirija* al fin ordenado (en tanto que en el tipo activo se prohíbe la que se dirige a dicho fin).

Es indiferente que el fin se logre o no. Si existe una conducta con el fin ordenado (la evitación de la producción de la afectación al bien jurídico) no habrá omisión dolosa, pudiendo haberla quizá culposa³⁶. En el aspecto objetivo lo que se requiere es la falta de exteriorización de la conducta final ordenada, que como única *realidad óptica aprehende la exteriorización de una acción con un fin distinto*.

Welzel denomina a este elemento en forma negativa, como la “no realización de una acción con tendencia a evitar el resultado”. Preferimos hacerlo en su aspecto positivo, porque lo que el tipo desvalora es una acción realizada en una constelación situacional obligante, y no una falta de acción, que es una construcción imaginaria.

^{33 bis} DELITALA, GIACOMO, *Il “fatto” nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, pp. 137-8.

³⁴ Cfr. STRATENWERTH, 270.

³⁵ WELZEL, 204; JESCHECK, 499.

³⁶ Cfr. WELZEL, 206; JESCHECK, 500; KAUFMANN, 109 y 133.

γ) La posibilidad física de realizar la acción ordenada. El sujeto activo debe tener la efectiva posibilidad física de realizar la conducta ordenada. De lo contrario su conducta distinta (*aliud agere*) será atípica.

Esta es una exigencia que el derecho no puede desconocer: no es posible que ordene lo físicamente imposible. De antiguo se conocía esta limitación: *Nihil peti potest ante id tempus, quo per rerum naturam persolvi potest; Ultra posse nemo obligatur*³⁷.

383. **Equivalente típico de la causación.** En los tipos omisivos no basta la posibilidad física de realización ordenada, sino que también se requiere la posibilidad de que la conducta ordenada interfiera la cadena causal, evitando el resultado³⁸. Esta posibilidad debe constituir una “probabilidad en límite con la seguridad”³⁹, lo que muchas veces no dejará de ser problemático.

Este requerimiento nos conduce a preguntarnos si hay “causalidad” en la omisión. Al tratar de la causalidad, hemos dicho ya que hay dos formas de entender la causalidad. La misma, como realidad del mundo físico, está dada en cualquier conducta humana, porque toda conducta, por mínimo que fuere, tiene un resultado y, por consiguiente, hay una causación de esos resultados. Pero la causalidad así entendida la dejamos librada a los estudiosos de la física, en tanto que retenemos para nosotros algo (con lo que ya tenemos bastante) que es la *relevancia típica de la causalidad*.

Nuestro problema no es saber cómo se da la causalidad en el mundo físico (eso lo explican las ciencias causales y como tal lo aceptamos, porque es la causalidad óptica, la única que existe). Nuestro interrogante es *qué* relevancia tiene *esa* causalidad en el plano valorativo (típico). No se trata de dos causalidades —una física y otra jurídica— ni de convertir a la causalidad en un proceso o relación lógicos, sino de la relevancia jurídica de la única causalidad que existe.

Planteados el problema en el ámbito de la omisión, cobra también aquí singular relieve el sentido que le damos a la expresión y que ya hemos visto. Para quienes no ven “a la causalidad mecánicamente, sino entendida como un concepto relacionante, ella se dará siempre que con la conducta adecuada a derecho, el resultado pro-

³⁷ *Digesto*, V. ENGISCH, *Auf der Suche*, 239.

³⁸ WELZEL, 212.

³⁹ WELZEL, loc. cit.; JESCHECK, 502; MAURACH, 503; STRATENWERTH, 282; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 24; BAUMANN, 248; MAURACH, 591; BLEI, 279.

ducido no se hubiese producido”⁴⁰. En lugar entendida la causalidad como categoría del ser⁴¹, es evidente que no hay nexo de causación entre la conducta prohibida (la efectivamente realizada) y el resultado lesivo⁴². Si suprimimos mentalmente esa conducta el resultado queda igual⁴³. Consecuentemente, *en la estructura típica omisiva con resultado material no es exigida la causación*. La verdad es que lo que falta en la estructura típica omisiva es el nexo de causación, que es reemplazado por el nexo de *evitación*, pero ambos se basan en la causalidad: uno se determina comprobando que con la *hipotética supresión de la conducta prohibida* desaparece el resultado (*causación*), en tanto que el otro se determina comprobando que *con la hipotética interposición de la conducta debida*, desaparece el resultado (*evitación*).

No obstante, el problema tiene aquí menos importancia práctica de la que pareciera, porque de cualquier modo el interrogante de la “relación conceptual” que los partidarios del concepto extra-ontológico de la causalidad plantean no es negado. Sea que se plantee el problema como “causalidad”, sea que se lo plantee como una hipótesis a que nos obliga el tipo omisivo, lo cierto es que no habrá conducta típica cuando imaginando la conducta debida en lugar de la realizada, igualmente se hubiera producido el resultado⁴⁴. Para los primeros (sea que conciban una causalidad jurídica o lógica) será esa causación. Para los segundos, esa será causalidad *potencial o hipotética*, esto es, una mera *posibilidad de causación*.

La discusión, prolongada durante más de un siglo, y aún en modo alguno concluida, sobre si la omisión es, al igual que la acción activa, causal para el resultado penalmente relevante, habrá de pasar sin significación práctica. Sin mirar atrás, si de una causalidad en la omisión se quiere hablar, queda como requisito decisivo la posibilidad de evitación del resultado, y en ello hay una causalidad *hipotética, no real*⁴⁵. En realidad, el problema finca en no reconocer que lo hipotético no es causalidad, sino la causación del resultado debido. Causalidad hay en

⁴⁰ WEBER, *Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff*, en “Fest. für K. Engisch, 1969, 328; en igual sentido ENCISCH, *Die finale Handlungsbegriff*, en “Fest. für Kohlrausch”, 1944, 163; WOLFF, E. A., *Kausalität von Tun und Unterlassen*, 1965, 33; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 111-2; MEZGER-BLEI, 71; SAUER, *Allg. Strafrechtslehre*, 1949, 70; etc.

⁴¹ WELZEL, 42.

⁴² MAURACH, 588 y ss.

⁴³ KAUFMANN, ARMIN, op. cit., 61.

⁴⁴ Cfr. STRATENWERTH, 282; KAUFMANN, 57.

⁴⁵ STRATENWERTH, loc. cit.; también KAUFMANN, loc. cit.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 50-1.

ambos procesos, pero el resultado prohibido no está unido a la conducta por un nexo de causación dentro de la estructura típica omisiva⁴⁶.

Las expresiones que se utilizan para designar a este juicio hipotético son dispares. En la doctrina austríaca se habló de "quasi causalidad"⁴⁷, aunque ahora Kienapfel se refiere directamente a la causalidad en la estructura omisiva⁴⁸. Soler entre nosotros se ha referido a una "inversión de la relación causal"⁴⁹. Stratenwerth habla de "causalidad hipotética" y Armin Kaufmann de "causalidad potencial". Welzel habla de una fórmula "causal eurística" y de una "posibilidad física de evitar el resultado"⁵⁰.

Creemos que bien puede hablarse de causalidad sin aditamentos en la estructura típica omisiva, sólo teniendo en cuenta que la relevancia típica de la misma se opera en la estructura típica omisiva por medio del juicio de evitación y no por el de causación—que no puede existir—, siendo las mismas y únicas leyes de la causalidad las que nos indican cuándo se da el nexo de evitación, del mismo modo que, haciendo uso de las mismas, establecemos la presencia del nexo de causación en la estructura típica activa.

El nexo de evitación funciona en la tipicidad omisiva como el *equivalente típico del nexo de causación*, siendo ambas formas típicas de relevar la causalidad física a efectos de individualizar la conducta prohibida.

De allí que, siguiendo también aquí la teoría de la equivalencia de las condiciones, pueda enunciarse la fórmula de la causalidad en la omisión del siguiente modo: "Una omisión es causal para el advenimiento de un resultado, cuando no se pueda concebir la acción ordenada sin que con probabilidad en límite con la seguridad, caiga el resultado en su forma concreta"⁵¹, o, más precisamente, de esta otra forma: "una acción es causal de un resultado, dentro de una estructura típica omisiva, cuando es distinta de la debida, no pudiendo concebirse esta última sin que, con un grado tal de probabilidad que linde con la seguridad, el resultado desaparezca".

⁴⁶ Esto ha llevado a algunos autores a pretender que el resultado está fuera de la tipicidad omisiva y es sólo una condición de la punibilidad; así lo entiende YAKATA MASUDA, cit. por SCHÖNKE, WOLFGANG, quien le replica con convincentes argumentos (*El resultado en los delitos cuasidolosos de omisión*, en NPP, 1974, 191-205).

⁴⁷ Así NOWAKOWSKI, FRIEDRICH, op. cit. p. 49; RITTLER, TH., op. cit., 111.

⁴⁸ KIENAPFEL, op. cit., p. 91.

⁴⁹ SOLER, I, 306.

⁵⁰ WELZEL, 212.

⁵¹ KIENAPFEL, op. cit., 91.

384. **El autor.** El autor en los tipos omisivos en que la estructura típica omisiva *no equivale* a una estructura típica activa (como en el caso del art. 108) no ofrece problema alguno: autor es el que se halla en esta situación típica. Nos encontramos con otros tipos en que hay una estructura omisiva *equivalente* a una estructura activa y en los que el autor debe reunir las mismas características típicas. Por último hay tipos omisivos que *no están escritos*, pero cuya existencia no pone en duda la doctrina ni la jurisprudencia (el caso del médico que no sutura la herida para que el paciente muera, la madre que no alimenta al niño para que muera, etc.). Estos tipos *equivalen* también a la estructura activa, pero en ellos el autor no puede ser el mismo que el de la estructura activa —por regla general— y *este es el problema más grave que a la dogmática plantea la omisión*. Aquí no está determinado legalmente el círculo de posibles autores. Veremos, pues, cómo se los determina.

a) *La clasificación de los tipos omisivos.* Conforme al criterio enunciado antes, hay tipos omisivos en que la estructura omisiva *no se equipara* con una estructura activa. Llamaremos a estos, *delitos propios de omisión* (el 108 por ejemplo). Son excepcionales en la ley.

Hay otros en que la estructura omisiva *equivale* a una estructura activa. Así por ejemplo en el art. 176, inc. 2º (no justificar la salida de bienes que corresponden a la masa de acreedores) se equipara a la sustracción de un bien de la masa de acreedores. En el art. 173, inc. 2º, se equipara la omisión de entrega o restitución a la apropiación. En el art. 143 también hay omisiones que se equiparan con acciones. Como consecuencia de que la estructura omisiva va aquí *equiparada* a una estructura activa, requiere una afectación del bien jurídico de la misma forma que en el caso de la estructura activa. A este segundo grupo adscribimos todos los tipos que dan base a los *delitos impropios de omisión*.

Estos tipos impropios de omisión no están todos escritos: los debe completar el juez individualizando las características de los autores conforme a los modelos legales (a los que se hallan escritos). Por ende *los tipos impropios de omisión no escritos, son tipos abiertos, al igual que los tipos culposos*⁵².

En estricto lenguaje, desde que se considera que la omisión impropia es una forma de omisión, es decir, una variable de tipificación de una

⁵² Cf. WELZEL, KAUFMANN, etc.

acción que viola una norma enunciada preceptivamente, y no como se entendía antes, o sea, una variable de la violación a una norma enunciada preceptivamente, resultará claro que corresponde hablar de *tipos propios e impropios de omisión* o de *delitos propios e impropios de omisión*, y rechazar por erróneas las denominaciones de “omisión propia e impropia” y, menor aún, la de “comisión por omisión” o “comisión mediante omisión”. De toda forma, dado que son denominaciones que se han generalizado, aunque trataremos de evitarlas, no creemos que sea necesario erradicarlas por equívocas, puesto que han pasado a ser los nombres de una problemática. También se los ha llamado “delitos de omisión simple y calificada” denominación que no adoptamos por equívoca ^{52 bis}.

Entre ambos tipos (propios e impropios de omisión) media una diferencia en cuanto al autor (considerando sólo los que están escritos): en los propios el autor puede ser cualquiera, no se requiere que se encuentre en ninguna relación especial respecto del bien jurídico penalmente tutelado. Permanece obligado por un general deber de ayuda o de solidaridad social. En lugar, en los tipos impropios de omisión, el autor se encuentra siempre en una relación *sui generis* respecto del bien. Aquí no está obligado a actuar cualquiera que se encuentre frente a una situación afectante de un bien jurídico, debe ser el comerciante (y además quebrado) quien debe justificar, el obligado por un contrato a devolver; el funcionario público, el que debe liberar, etc. *En los impropios delitos de omisión, pues, el autor se encuentra en posición jurídica de cuidador, vigilante, conservador, evitador de peligros para el bien jurídico, es decir, garantiza ese bien jurídico (su integridad). Vale decir que se halla respecto del bien jurídico en lo que la doctrina contemporánea llama la “posición de garante” (Garantenstellung).*

La *Garantenstellung* es una teoría que fue primitivamente elaborada por Nagler ⁵³, quien la consideró como un componente no escrito que se añade al tipo de comisión. Ello obedeció a que en la doctrina dominante se entendía que la omisión impropia era violatoria de una norma prohibitiva, habiendo sido el mérito de Kaufmann asentar lo contrario: *las omisiones siempre violan mandatos normativos*. Observa con razón Welzel que toda vez que se requiere este elemento, ya el tipo es otro: pasa a ser un tipo de mandato de garante ⁵⁴.

^{52 bis} Cfr. SCHMIDHÄUSER, 658; JESCHECK, 492.

⁵³ NAGLER, *Die Problematik der Begehung durch Unterlassung*, en “Gerichtssaal”, 111, 1.

⁵⁴ WELZEL, 211; en igual sentido, GRÜNWALD, *Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte*, en ZStW, 70-412; KAUFMANN, 251; BUSCH, *Zur gesetzlichen Begründung der Strafbarkeit unechten Unterlassen*, en “Fest. für v. Weber”, 1963, 192.

De la *posición de garante* se derivan los particulares deberes que el sujeto tiene de actuar (no un deber cualquiera, sino el *deber de garante*), y si ello es así en los tipos omisivos impropios escritos, lo mismo habrá de ser en los no escritos.

El criterio distintivo que adoptamos entre propios e impropios delitos de omisión es sostenido por Jescheck⁵⁵, Stratenwerth⁵⁶, Pfander⁵⁷, Schwarz⁵⁸, etc. Otra delimitación diferente suele hacerse con sentido positivista: los delitos propios de omisión se hallan expresamente previstos en la ley, en tanto que aquellos que no se hallan contemplados son los impropios⁵⁹. Otro criterio diferenciador señala que los delitos propios de omisión son sólo aquéllos en que se pena la mera omisión, sin requerir ningún resultado material, en tanto que los delitos impropios de omisión son los que exigen un resultado material⁶⁰. En el criterio que hemos elegido, los delitos impropios de omisión pueden o no requerir un resultado material: así, el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, que es un clarísimo ejemplo de omisión impropia, es una omisión pura, sin demanda de resultado alguno en especial⁶¹.

Cabe advertir que la circunstancia de que en los delitos impropios de omisión, la misma se *equipare de la acción* no implica que, como se ha pretendido⁶², en estos tipos, llamados "de omisión mediante omisión", la norma violada sea prohibitiva, y su estructura quiera asimilarse a la misma. En todos los delitos omisivos la norma violada es imperativa, y cualquier intento de extraer una omisión de una norma prohibitiva entendemos que está condenado al fracaso⁶³. Igualmente, entre los autores que comparten el criterio clasificador que elegimos, o sea el de la equiparación con la conducta que produce la afectación del bien jurídico en los tipos impropios de omisión, Jescheck entiende que todos los delitos impropios de omisión son delitos de resultado material, en tanto que los propios son de mera conducta. Tal criterio no lo creemos del todo acertado, porque lo decisivo no es la producción de un resultado material, sino la equiparación a la conducta que viola la norma prohibitiva (la conducta que viola la norma imperativa es equiparada a la que viola la prohibitiva, y por ende se requiere la misma afectación —puesta en peligro o lesión— del bien ju-

⁵⁵ JESCHECK, 491.

⁵⁶ STRATENWERTH, 270.

⁵⁷ PFANDER, HEINZ, *Die Rechtspflicht zum Handeln aus Vertrag beim unechten Unterlassungsdelikte*, Basel, 1967, 64 y ss.

⁵⁸ SCHWARZ, JOACHIM, *Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten*, Freiburg, 1967.

⁵⁹ KAUFMANN, 206 y ss.; WELZEL, 202; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 30.

⁶⁰ Así, BLEI, 273.

⁶¹ Cámara de la Cap., plenario "Aloise, M. A.", 1962. LL, 108-831.

⁶² BAUMANN, 226; HIPPEL, II, 153 y ss.; RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanka der Ingerenz*, Göttingen, 1966, 93-4; FONTÁN-BALESTRA, I, 455.

⁶³ SCHÜNEMANN, BERND, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1971, 44-5; KAUFMANN, 257 y ss.; etc.

ridico y, cuando se requiere, que la conducta vaya acompañada del mismo resultado material). En los delitos propios de omisión, tal equiparación no existe y esto nada tiene que ver con el resultado material, sino que, simplemente, no están equiparados: en la omisión de auxilio no se equipara la conducta del omitente a la del incapacitante. Hay una afectación del bien jurídico, pero en su forma y características no es igual a la que provoca la conducta abarcada por un tipo activo de lesiones, por ejemplo. Creemos que no se pueden asimilar los delitos impropios de omisión a los delitos de resultado⁶⁴, aunque puedan ser problemáticas las omisiones impropias de pura actividad⁶⁵.

El criterio que sostenemos respecto de los delitos impropios de omisión, es el de la moderna dogmática, "que no los considera más como una sub-especie o apéndice de los delitos de comisión, sino, conjuntamente con los delitos omisivos, como una categoría delictiva estructural independiente"⁶⁶, distinguiendo entre las omisiones, las "omisiones de cualquiera" y las "omisiones de los garantes"⁶⁷.

La delimitación de la posición de garante (o sea de la calidad de autor) en estos tipos, es el más arduo problema que la omisión presenta, porque ella está a veces —una pocas— legalmente fijada en el tipo, pero otras, son sólo tipos abiertos, para cuya definitiva conclusión debemos apelar a una norma general⁶⁸. En su aspecto estructural, esta es la única diferencia que existe entre los tipos omisivos propios e impropios: en los propios el autor está determinado, pero en los impropios, "el que" del tipo activo paralelo no puede admitirse, porque la misma ley no los indica en las posiciones de garante que ella construye, o sea, en los tipos impropios de omisión "escritos". Luego en los casos en que la "naturaleza de las cosas"⁶⁹ hace que éstos no puedan ser "escritos", para cerrarlos tendremos que acudir a los mismos criterios. En consecuencia, la posición de garante debe limitarse mediante un criterio general, lo que afecta en gran medida al principio de reserva⁷⁰

La posición de garante da lugar a que la violación del deber emergente de la misma haga que la conducta típica omisiva *equivalga* a la

⁶⁴ SCHÜNEMANN, 44.

⁶⁵ Cfr. STRATENWERTH, 283; sobre criterios para la individualización de tipos omisivos propios e impropios, MOHLER, MARKUS, *Der Versuch beim Unterlassungsdelikte*, Diss., Basel, 1971, 12 y ss.

⁶⁶ KIENAFFEL, DIETHELM, *Aktuelle Probleme der unechten Unterlassungsdelikte*, en "Strafrechtliche Probleme der Gegenwart", T. II, Viena, 1974, p. 79.

⁶⁷ *Ibidem*; también SCHMIDHAUSER, 523.

⁶⁸ Cfr. WELZEL, 209.

⁶⁹ Cfr. BACIGALUPO, 100.

⁷⁰ Cfr. WELZEL, loc. cit.

conducta típica activa, pero se sostiene que ello no sucede inexorablemente, sino que tanto la doctrina como las leyes más modernas, parecen dejar abierta la posibilidad de que esa equivalencia no se presente, pese a la posición de garante.

El parágrafo 13 del código alemán de 1975 dice: "Quien omite evitar un resultado perteneciente a un tipo legal, es punible conforme a esta ley sólo cuando ha debido responder jurídicamente para que el resultado no aconteciera y cuando la omisión corresponde a la realización del tipo legal mediante un hacer". El art. 2º del código penal austríaco, vigente también desde el 1º de enero de 1975, dice: "Conminando la ley con pena la producción de un resultado, también será punible quien omite impedirlo, si ello se le impone por el orden jurídico como consecuencia de una obligación y si la omisión del impedimento del resultado es equivalente a una realización del tipo legal mediante un hacer".

Conforme a ambos textos, daría la impresión de que, además de la posición de garante, se requiere la equivalencia con la tipicidad activa, como condición independiente, configuradora de un requerimiento que ha dado en llamarse "cláusula de equivalencia"⁷¹ o "cláusula de correspondencia"⁷², que implicaría un correctivo a la posición de garante, pese a que resulta bastante dudoso que se den casos en que, pese a la posición de garante del autor, la conducta no alcance un contenido de injusto equivalente o correspondiente al de la tipicidad activa. Se trataría de una suerte de "ventilete de seguridad"⁷³ que la ley deja abierto para la eventualidad excepcional en que, pese a la posición de garante, el contenido de injusto del acto no fuese equivalente al de la conducta que individualiza el tipo activo, es decir, en que la no evitación dé lugar a un contenido de injusto no comparable con el de la causación.

En realidad, la correspondencia o equivalencia, considerada como un correctivo de los restantes elementos de la tipicidad omisiva, operaría en forma independiente de éstos, es decir, como una suerte de imponderable. Esto plantea el siguiente problema: la equivalencia de la no evitación con la causación no derivaría de los elementos que se relevan como resultado del análisis de la tipicidad omisiva, sino que quedaría librada a la operatividad de un imponderable, lo que revelaría, en último análisis, una insuficiencia de toda la teoría de la omisión. En este sentido, lleva razón Kienapfel al afirmar que "la cláusula de equivalencia proyecta más problemas que los que soluciona".

Ante la ausencia de una previsión legal especial en nuestro derecho, la cuestión queda librada al campo doctrinario. Dentro del mismo, y ante la falta de casos concretos en que pueda afirmarse que la equivalencia no surge de la posición de garante, creemos que no se trata de conceptos independientes, sino que *la correspondencia o equivalencia con la tipicidad activa es, justamente, la consecuencia de que el autor se halla en la posición de garante, siendo el requerimiento de la primera, una garantía más acerca de la certeza de la comprobación de la segunda.*

⁷¹ KIENAPFEL, op. cit., 126.

⁷² BLEI, 291.

⁷³ KIENAPFEL, loc. cit.

Corresponde recordar que la idea de la posición de garante fue, de alguna manera, adelantada intuitivamente, mucho antes de su formulación dogmática expresa. Es interesante consignar que la mayor parte de las omisiones con que ejemplificaba Muyard de Vouglans eran casos de omisión impropia: el siervo que no defiende al amo, el soldado que deja matar al capitán, el hermano que no revela la emboscada que otro hermano le tiende al padre común, etc.⁷⁴ En el siglo pasado, uno de los autores que fue pionero en la introducción de la teoría penal alemana en Latinoamérica, Tobías Barreto, consideraba autores de homicidio a quien preparaba una botella con bebida para producirle vómitos a alguien y permitía que la ingiriese otro a quien sabía que podía causarle la muerte, y a quien hiere accidentalmente a alguien en una cacería y cuando reconoce en él a su enemigo lo abandona para que muera, viendo menos claro el caso de quien vive a la vera de un río en que hay un puente que amenaza ruina y no da aviso de ella al pasante que se accidenta ^{74 bis}.

b) *La constitucionalidad de los tipos omisivos impropios "no escritos"*. La indeterminación típica de la posición de garante en los tipos de omisión impropia "no escritos", provoca una serie de objeciones constitucionales contra ellos.

Jerome Hall rechaza la teoría de la omisión impropia ⁷⁵ y, en general, no se la menciona en el derecho penal anglosajón. No obstante, cabe observar que tales conductas también allí se penan, como acontece con el remanido ejemplo de la madre que deja morir de hambre al niño ⁷⁶ y la regla que se aplica surge de una teoría que, si bien no puede identificarse con la posición de garante, se aproxima a ella o, más bien, a la solución del código penal italiano. Dicha teoría fue enunciada por Macaulay en sus "Notas al Código Penal de la India" de 1837, en que trataba de limitar la teoría de Bentham sobre la punición de la omisión de auxilio, que Livingston había erigido en homicidio ⁷⁷. Según Macaulay, si un hombre deja morir de hambre a otro no comete homicidio en caso de estar obligado a evitarlo por un simple deber de humanidad, pero lo comete si la víctima tenía derecho a exigirle el alimento ante una corte

⁷⁴ MUYARD DE VOUGLANS, I, p. 4.

^{74 bis} BARRETO, TOBIAS, *Dos delitos por omissão*, en *Estudos de Direito*, publicação dirigida por Sylvio Romero, Río de Janeiro, 1892, pp. 180-261 (por nota del editor se indica que es uno de los escritos más antiguos del célebre jurista pernambucano).

⁷⁵ HALL, GEROME, p. 199.

⁷⁶ "Commonwelth V. Hall", Suprema Corte de Massachusetts, 1948, en PAULSEN y KADISCH, op. cit., 233; en cuanto al homicidio cometido por el marido que abandonó a la mujer ebria caída sobre la nieve, BASSIOUNI, p. 166.

⁷⁷ V. JEROME HALL, 191.

⁷⁸ Macaulay and other Indian Law Commissioners, *A penal Code prepared by the Indian Law Commissioners*, cit. por PAULSEN-KADISH, 227.

civil⁷⁸. Como vemos, el problema no se resuelve, porque el rechazo de la teoría no implica algo distinto de una mayor complicación. Cabe recordar que los tribunales norteamericanos de ocupación han resuelto casos de crímenes contra la humanidad, condenando a muerte a dos jefes de los servicios médicos de la *Wehrmacht* que no impidieron las experimentaciones *in anima nobili* y a un comandante del ejército japonés en Filipinas, por no impedir las atrocidades de sus subordinados⁷⁹, lo cual, a la luz de una teoría que pretenda que todas las omisiones son "propias", no puede explicarse satisfactoriamente.

La circunstancia de que esta característica del autor en algunos tipos omisivos impropios se encuentre "no escrita" no obedece a un defecto legal⁸⁰, en cuyo caso, y por mucho que en el remanido ejemplo de la madre que deja morir de inanición al niño nuestra sensibilidad humana se sienta afectada, ninguna solución habría para acercarnos a la punición de esa conducta como homicidio. Cualquier sentimiento humano acerca de la punibilidad de una conducta, por fuerte que sea y por mucho que sea evidente el defecto legal, no nos puede llevar a violar un principio constitucional fundamental⁸¹. El problema radica en saber si el legislador puede "cerrar" los tipos omisivos impropios. Con sólo imaginarnos la posibilidad veremos que es impracticable: "no es posible, en principio limitar concreta y agotadoramente, en tipos legales, la variedad enorme de autores posibles de omisión". Se trata pues de un problema dogmático que "no radica en las deficiencias de una ley determinada, sino en la naturaleza de la cosa"⁸². Es difícil resolver la dificultad por vía legislativa, puesto que todos los intentos de lograr la solución en una fórmula legal de la parte general de un código, no pasaron de ser una indicación general orientadora, una mera "frase programática", pero el problema queda planteado en los mismos términos⁸³. No obstante, queda claro que el legislador nos proporciona aquí también el criterio para cerrar los tipos, al igual que en la culpa. *Ello se desprende del principio por él seguido en los tipos de omisión impropia escritos*: el deber de actuar debe fundarse no sólo jurídicamente, sino también en una *particular in-*

⁷⁹ V. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, cit., I, 445-6.

⁸⁰ BACIGALUPO, loc. cit.

⁸¹ Cfr. STRATENWERTH, 272.

⁸² Cfr. WELZEL, 209; RUDOLPHI, op. cit., 85.

⁸³ Cfr. STRATENWERTH, loc. cit.; JESCHECK (495) niega incluso que sea practicable en el actual estado de la ciencia.

tensidad obligante, o sea que, *no cualquier deber jurídico de actuar genera la posición de garante*.

Consecuentemente, hay un criterio legal para cerrar los tipos, y aunque el principio de legalidad sufre un menoscabo por demás notorio, se argumenta que ello obedece a que es imposible legislar de otro modo: sería la naturaleza de la materia prohibida la que impide adoptar otra técnica legislativa. En cuanto a la materia prohibida en sí misma, no puede ser inconstitucional, porque no son los tipos activos que prevén idénticas lesiones de bienes jurídicos.

No obstante lo dicho, lo cierto es que este aspecto de la omisión necesita una más profunda investigación, pues hay objeciones constitucionales que no quedan del todo respondidas⁸⁴, llegándose a afirmar que se trata de casos de creación judicial de derecho⁸⁵.

En atención a estos problemas, recientemente se ha insistido en las serias dificultades que hay para legislar en materia de omisiones impropias, sosteniéndose que la solución no puede darse con reglas generales, sino que debe hacerse acuñando tipos en la parte especial. "Se afirma la imposibilidad de hacer esto —dice Schöne— como resultado del afán de lograr una legislación sin lagunas, sin embargo, corresponde a una defectuosa ubicación de la tarea"⁸⁶.

c) *Los límites de la posición de garante*. Hay una clasificación tradicional conforme a la cual se ha orientado en líneas generales la bibliografía nacional, que reconoce como fuente de la obligación de actuar la ley, el contrato y la conducta anterior o precedente del sujeto. A ello se ha agregado luego el ámbito de dominio y particulares relaciones sociales. De cualquier manera, tiene amplia razón Stratenwerth cuando dice que éstas no son más que "expresiones programáticas", porque con ello tenemos sólo una difusa indicación general cuya dificultad radica, precisamente, en determinarla. Si a cualquier persona, por el hecho de resultar obligada por alguna de estas fuentes, por demás difusas algunas de ellas, le fuere concedida la calidad de sujeto activo de un tipo omisivo, creemos que muy pocos dejarían de serlo. Por otra parte, el mero deber de actuar tiene su correspondiente sanción y el incumplimiento de un contrato

⁸⁴ Cfr. WELZEL, 211; MAYER, HELLMUTH, 1953, 111.

⁸⁵ Así, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1973, p. 19.

⁸⁶ SCHÖNE, WOLFGANG, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, Köln, 1974. Para una crítica de la fórmula legislativa del proyecto alemán de 1962, MEYER, RENÉ, *Die Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, Diss., Zürich, 1962.

no tiene la pena del homicidio. No es el mero deber de actuar, sino la particular posición en que se halla el sujeto activo respecto de un bien jurídico cuya protección o conservación garantiza⁸⁷, y estas supuestas fuentes del deber de actuar no pueden ser más que algunos modos por los que el sujeto se hace cargo, se coloca o es colocado, en la posición de garante: *por supuesto que el garante tiene el deber de actuar, pero no todo el que tiene el deber de actuar es garante*. El que está en la posición de garante tiene un particular deber de garantía, distinto en intensidad vinculatoria y naturaleza, del deber de actuar en general, *que hace a la autoría en la omisión propia*.

Identificar la posición de garante con el simple deber de actuar, implica extender los límites de la punibilidad en forma que se hace preferible la impunidad patrocinada por un sector de la teoría y jurisprudencia anglosajonas.

Veamos, pues, en qué medida —y conforme a qué fuentes tradicionales— el deber de actuar constituye un deber de garantía, es decir, se deriva de la posición de garante.

α) *El deber legal*. Será deber de garantía cuando:

α') El sujeto tenga el deber legal de cuidado de una persona, como es el padre para los hijos; pero no cuando se trate de un deber legal general como es el de ayuda.

En el famoso caso del jardinero despedido que ve ahogarse al niño y le deja, que de forma diferente resolvieron Soler y Jiménez de Asúa⁸⁸, toda vez que el jardinero estaba obligado como cualquier otro partícipe de la comunidad jurídica, no podrá ser más que autor de un delito de omisión propia. Lo mismo vale para el supuesto del que encuentra a su enemigo herido y no le presta asistencia.

β') Cuando el sujeto sea legalmente responsable de un determinado ámbito, o sector de la realidad.

El comerciante declarado en quiebra es directamente responsable de los bienes que se hallan en la masa, pero no está obligado a evitar cualquier daño con relevancia penal. Se pena la omisión de justificar la desaparición de bienes, pero ello no implica que el sujeto sea garante respecto de esos bienes más allá de esa obligación, sino que le está prohibido sustraerlos y, en caso de desaparición, le está ordenado explicarla (art. 176, inc. 2°), pero si su conducta no evita otros daños no configura con ello la posición de garante, aunque viole principios de ética comer-

⁸⁹ Cám. Crim. Cap., JA, 1967-VI-428.

⁸⁷ Cfr. BACIGALUPO, 111 y ss.

⁸⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, III, 424 nota 42; SOLER, I, 296, nota 12.

cial⁹⁰. En igual situación se hallará el médico de guardia respecto de la asistencia de un paciente, porque en tal supuesto está a su cargo un ámbito concreto, no bastando la obligación general que emerge del inc. 2º del art. 19 de la ley 17.132. No siendo el médico de guardia o encargado de la atención del paciente, entendemos que la obligación legal no hace más que agravar eventualmente el injusto a los efectos de la individualización de la pena, pero de cualquier modo será una omisión propia. La circunstancia de ser médico no puede poner a su cargo un ámbito que abarque la salud de toda la población.

γ) Si el sujeto activo tiene un especial poder respecto de la protección o vigilancia para los bienes jurídicos de terceros, como es el caso de los empleados de fuerzas de seguridad.

Stratenwerth incluye aquí el deber de vigilancia de los padres respecto de los hijos menores⁹⁰, el que si bien existe en cuanto a los daños a terceros, puede ser enfocado aquí desde el punto de vista de la fuente de peligro (“dominio material de vigilancia sobre personas menores”, le llama Schünemann⁹¹, que lo distingue del que hay sobre cosas).

En el caso del menor, está particularmente obligado el padre, pero no terceros. Así, el padre vé que el niño toma un arma, su posición de garante le obliga respecto de la seguridad de los terceros, mas no así un tercero, que en caso de no impedir el daño, se hallaría obligado por el general deber de ayuda que le hace incurrir en omisión propia.

δ) Cuando el deber legal emerge de una relación del sujeto con una “fuente de peligro”, como puede ser el que tienen un automóvil en cuanto a la seguridad del tránsito, o el que tiene una fiera respecto de su vigilancia (ejemplos de Stratenwerth⁹², o sea, lo que Schünemann llama “dominio material sobre cosas peligrosas”)⁹³.

β) *El contrato*, denominado también “aceptación” o “asunción voluntaria” o “libremente querida” (*freiwilligen Übernahme*)⁹⁴, es otra de las fuentes clásicas, pero al igual que en la anterior es menester detenemos a averiguar cuándo el contrato es generador de una obligación de intensidad tal que coloque al sujeto en el deber de garante. La equiparación civilista de la obligación legal y de la emergente de contrato aquí no juega, y aunque así fuere, no sería ella suficiente porque, como hemos visto, no toda obligación legal es constitutiva del deber de garantía.

⁹⁰ STRATENWERTH, loc. cit.

⁹¹ SCHÜNEMANN, op. cit., 323.

⁹² STRATENWERTH, loc. cit.

⁹³ SCHÜNEMANN, 359.

⁹⁴ Cfr. JESCHECK, 506; WELZEL, 214; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 40-1.

El contrato sólo puede implicar la posición de garante cuando hay un particular deber de cuidado, vigilancia o protección que emerge de la confianza depositada⁹⁵. Así será en el caso de la enfermera, en el del guía de montaña o en el del instructor de vuelo o de conducción, de natación, etc. Igualmente sucede en el caso de los encargados de establecimientos de educación y casas de salud. Naturalmente que, como lo observa Pfander, no puede estar en posición de garante quien es la única tabla de salvación para el peligro de un tercero, peligro al que ha sido ajeno y es anterior⁹⁶. En cuanto a la confianza, de la circunstancia de que sea ésta la que funde la posición de garante, y no el contrato en sí⁹⁷, no puede concluirse que debe ser tal que haya determinado al otro participante a prescindir de otras medidas de seguridad⁹⁸, porque la confianza mutua (*Vertrauen um Vertrauen*)⁹⁹, no tiene por qué estar dada de esta manera: "para la punibilidad del bañero que no salva a un ahogado no puede tomarse en cuenta si la víctima conocía la vigilancia y confiaba en ella"¹⁰⁰.

γ) *La conducta precedente*. La conducta precedente o el hacer anterior, esto es, la ingerencia, es la tercera de las fuentes clásicas del "deber de actuar" del siglo pasado¹⁰¹. "Hoy es generalmente reconocido el principio de que las conductas peligrosas pueden obligar, dentro de determinados límites, a apartar el peligro creado por uno mismo"¹⁰². No obstante, pese a su respetable historia, a que se asocian los nombres de Stübel, Luden, Krug, Glaser, Merkel y Binding¹⁰³ (no así el de Feuerbach, para quien las dos únicas fuen-

⁹⁵ STRATENWERTH, 274.

⁹⁶ PFANDER, HEINZ, op. cit., 139.

⁹⁷ Cfr. MAURACH, 514; JESCHECK, 506; WELZEL, 214.

⁹⁸ Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, loc. cit.; STREE, *Garantenstellung kraft Übernahme*, en "Fest. für H. Mayer", 1966, 145 y ss.

⁹⁹ HARTMANN, N., *Ethik*, 1949, 469-470; al respecto, PFANDER, 138 y ss.

¹⁰⁰ STRATENWERTH, 275.

¹⁰¹ Sobre su evolución, KRAUSE, DIETMAR, *Entwicklung und Wandel des Begriffs der "Rechtspflicht" bei den unechten Unterlassungsdelikten bis zur Rechtsprechung des Reichsgerichts*, Berlin, 1965, Diss.; PFLEIDERER, KLAUS, *Die Garantenstellung aus vorangegangenen Tun*, Berlin, 1968, 48 y ss.; WELP, op. cit., 25 y ss.

¹⁰² Cfr. STRATENWERTH, 276.

¹⁰³ LUDEN, HEINRICH, *Abhandlungen aus dem gemeinen Strafrecht*, Göttingen, 1840, II, 219-220; STÜBEL, CHRISTOPH, *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresden, 1828, 60-1; KRUG, AUGUST OTTO, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, Leipzig, 1961, 34-40; GLASER, JULIUS, *Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht*, Wien, 1858, 301 y ss.; MERKEL, op. cit., 111-2; BINDING, *Normen*, II, 552.

tes eran la ley y el contrato)¹⁰⁴, hasta hoy el principio de la inge-
rencia no ha logrado una formulación del todo satisfactoria.

En las cuestiones particulares es cuando el principio no se llega a formular acabadamente. Por ejemplo, se dice que el deber de apartar se reduce a peligros próximos¹⁰⁵, a lo que Stratenwerth observa que en el caso de un fabricante de automóviles con fallas que pongan en peligro la seguridad del tráfico, poco importa que la probabilidad sea del dos por ciento o del cincuenta por ciento. De cualquier modo, su conducta precedente le obliga como garante a corregir tales defectos¹⁰⁶.

Es seguro que el deber de actuar en razón de la conducta precedente no puede tener intensidad de deber de garantía cuando también la víctima podía y debía haber previsto el resultado. En general acepta que el deber de garantía puede fundarse en conducta precedente adecuada a derecho¹⁰⁷. Se plantea el problema acerca del deber de garantía del automovilista que, conduciendo correctamente, protagoniza un accidente y abandona a la víctima: si su conducta precedente de conducir le pone en posición de garante, nos hallaríamos con una omisión impropia¹⁰⁸. En nuestra ley positiva es claro que se trata de una omisión impropia, puesto que la conducta es típica del art. 106^{108 bis}.

Particularmente interesante resulta la delimitación de la posición de garante respecto de la evitación de conductas de terceros, ya sea en contra de sí mismos o de otros. ¿Qué conducta precedente puede dar lugar a esta posición? ¿Cuál es la que obliga al sujeto a impedir el hacer de un tercero? La respuesta es importante precizarla porque el problema se puede llevar a límites inaceptables. La jurisprudencia germana ha llegado a afirmarla en el caso de un individuo que había omitido impedir que su amante adúltera cometiese un falso testimonio. La conducta precedente sería la relación adulterina¹⁰⁹. Con razón comenta irónicamente Stratenwerth que "el deber de impedir el falso testimonio no depende de que la relación amorosa sea contraria al deber".

Del mismo modo, no puede ser obligado a evitar la comisión de un delito el que le presta un arma a un amigo de la infancia que le dice que va de caza. Lo mismo vale para el caso del suicidio. Sin embargo, quedaría su posición de garante si el prestatario es un incapaz.

δ) Resta uno de los cuatro grupos fundamentales de "fuentes del deber de actuar" tradicionales, que es el que más difícilmente

¹⁰⁴ Así, expresamente, en *Lehrbuch*, Giessen, 1805, 25.

¹⁰⁵ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 43.

¹⁰⁶ STRATENWERTH, 1ª ed., 1971, p. 266.

¹⁰⁷ MAURACH, 516; WELP, 262; BAUMANN, 237.

¹⁰⁸ Sobre este problema, WELZEL, *Zur Problematik der Unterlassungsdelikte*, en JZ, 1958-494; STRATENWERTH, 277.

^{108 bis} Sobre el problema en España, LUZÓN PEÑA, DIEGO, en "Rev. de Derecho de la circulación", 1980, pp. 386-88.

¹⁰⁹ Sobre ello, STRATENWERTH, pp. 267-268; en cuanto a la limitación del principio, WELZEL, 215; JESCHECK, 509; BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 216 y ss.

puede fundar el deber de garantía: el de las *relaciones en la sociedad o relaciones en la vida (Lebensbeziehung)*. En este grupo, si bien entran relaciones que dan lugar a la posición o deber de garantía, entendemos que ellas deben ser manejadas con cuidado. Nos inclinamos a pensar que las obligaciones que dan lugar al deber de garantía pueden darse en dos situaciones:

α') Cuando se trata de *relaciones de familia*, que son relevantes para el derecho civil, como la que existe entre cónyuges, pero que al mismo tiempo son prácticamente reales (una prolongada separación de hecho no daría lugar a ellas).

Es sabido que abstenerse de impedir un suicidio configura una omisión de auxilio (art. 108 CP), pero la no evitación del suicidio de un incapaz constituye un homicidio cuando existe un especial deber de cuidado por parte del autor, como consecuencia de su posición de garante¹¹⁰. Si bien el matrimonio es fuente de la posición de garante de los cónyuges, cabe preguntarse si esta posición de garante respecto del bien jurídico vida del otro cónyuge abarca el caso del suicidio, en forma tal que el no impedimento del mismo equivalga a la comisión del homicidio calificado del art. 80, inc. 1°. Frente a nuestra ley positiva y especialmente a las disposiciones de la ley de matrimonio civil, la solución, especialmente en el caso de no mediar una enfermedad previa, se presenta harto dudosa y, personalmente, creemos que debemos inclinarnos por la negativa. Cabe recordar con Dreher que en estos supuestos hay que distinguir claramente la cuestión ética de la jurídica¹¹¹.

β') Cuando se trata de otro tipo de relación, pero siempre que esté basada en el *principio de la confianza*.

En síntesis, creemos que este tipo de relaciones, para generar un deber de garantía, debe basarse efectivamente en el principio de la confianza. Esta es la única base firme que las puede limitar. Lo contrario o sea hablar de "relaciones sociales" o "relaciones de la vida", son "expresiones programáticas" como dice Stratenwerth, que desafortunadamente nos llevan a lo que queremos evitar: que la ética social pase íntegramente a ser fundamento del deber de garantía. Esto sería una calamidad. Por ello la doctrina se esfuerza en limitar el deber de garantía y suele perderse en un tremendo casuismo.

Se acepta como posición de garante la del matrimonio, pero se duda o se niega en cuanto al parentesco extramatrimonial; se las acepta de

¹¹⁰ Cfr. OTTO, HARRO, 170.

¹¹¹ DREHER, EDUARD, *Kann eine Ehegatte, der den Selbstmord des anderen zulässt, ein Tötungsdelikt begehen* en "Bemühungen um das Recht", München, 1972, pp. 175 y ss.

abuelos a nietos, pero se duda en cuanto al parentesco por afinidad; se las niega a las relaciones de amantes o de concubinato¹¹²; surgen problemas respecto de los que participan de la misma casa¹¹³; etc. No creemos que esto se pueda manejar así con el Código argentino. Si la ley penal argentina no se atiene al mero parentesco civil, sino que para el parentesco en línea recta se atiene al parentesco real, y si la culpabilidad para el encubrimiento también se basa en relaciones reales y no formales (art. 279), entendemos que la mejor limitación a estas relaciones siempre se hallará en el principio de confianza y no en fundamentos formales, en que se entra en distinciones de diversa índole y siempre cuestionables.

γ) *Estado actual del problema de la determinación de la posición de garante.* Es incuestionable que la posición de garante presenta grandes ventajas en comparación con las tradicionales "fuentes del deber de actuar", que provocaban una ampliación inadmisiblemente de la tipicidad omisiva.

No obstante, dista mucho de estar resuelto con esto el problema. Queda en claro que no cualquier omisión antijurídica es una violación al deber de garantía, pero con ello no resolvemos del todo la cuestión. Hay aún muchas dudas que esclarecer y límites que precisar.

La inseguridad se evidencia en la diversa metodología empleada en los últimos años para la determinación de la "equivalencia" de la omisión impropia con la acción. Esta "equivalencia" (*Gleichstellung*, el venir a ocupar el mismo lugar) es buscada de muchas maneras. El planteo simplista de que en los delitos de resultado éste se causa de cualquier manera y por cualquier medio, sea acción u omisión, no nos resuelve nada. En primer lugar, resulta estéril porque no hay nexo causal entre la acción prohibida en el tipo omisivo y el resultado. Pero, además, porque no se precisa el límite del deber de actuar. Si la "posición de garante" aún es doctrinariamente inestable, es innegable que tiene la ventaja de restringir la excesiva amplitud del mero "deber de actuar" que hacía abarcar a la tipicidad cualquier límite de antijuridicidad. Pfeleiderer ha partido de los supuestos en que estaba fuera de duda la punibilidad de la omisión y de allí ha desarrollado toda su construcción por analogía con estos supuestos¹¹⁴. Pfeleiderer lo desarrolla en cuanto a la conducta precedente y Schmidhäuser aplica el mismo método para toda la problemática de la equivalencia¹¹⁵.

Para el problema de la equivalencia, Welp ensaya un camino de comparación de la omisión con la acción, partiendo del análisis de la

¹¹² Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 38-9; JESCHECK, 506; MAURACH, 516; STRATENWERTH, 279; BLEI, HERMANN, *Garthenpflichtbegründung bei unechtem Unterlassen*, en "Fest. für H. Mayer", 1966, 119 y ss.

¹¹³ JESCHECK, 504; SCHÜNEMANN, 380 y ss.

¹¹⁴ PFLEIDERER, KLAUS, op. cit., especialmente, pp. 109 y ss.

¹¹⁵ SCHMIDHÄUSER, 534 y ss.

relación entre el autor y la víctima en la acción y en la omisión, en tanto que Wolff¹¹⁶ ya había usado la comparación, pero en base a la estructura causal. Welp encuentra una diferencia fundamental donde Wolff había hallado similitud, hallando la similitud, en lugar, en el dominio final del autor y en la particular dependencia de la víctima¹¹⁷. Por su parte Bärwinkel encuentra la similitud con un criterio al par normativo y sociológico, considerando como esencia del injusto la lesión de un bien común necesario desde un punto de vista ético social. Para este autor, el derecho penal tendría una naturaleza secundaria, conforme a la cual serían injustos penalmente relevantes sólo las lesiones de deberes ético-sociales que sean *incondicionalmente* necesarios para el bien común en el sentido que una realidad particular¹¹⁸.

En tanto que los métodos anteriores para determinar la equivalencia (y con ella la posición de garante) siguieron caminos ontológicos, hay también un serio intento de comparación fenomenológica llevado a cabo por Androulakis. Una omisión equivaldrá para este autor a una acción, cuando sea comparable a una acción plena de sentido, elegible y posible. Así, expresa en terminología cara a su punto de vista metodológico, que la característica común de toda omisión comparable ontológicamente (impropia) a una acción se encuentra en una proximidad de la omisión al peligro acontecido, la que se puede caracterizar más exactamente como una "ya-anterior-existencia-paralela" (*Schon-vorher-Da-meben-sein*). Esto significa muy aproximadamente, "ya-anterior-existencia" (*Schon-vorher-Da-sein*), es decir, "ya-anterior-existencia" para el portador de los bienes lesionados, para el dañado, pero también para el lesionado o para la fuente de peligro en la cosa salvada. Eso es sólo para afirmar la correspondencia (del omitente con su respectivo punto de relación) en la personificabilidad y concretización. "Ya-existencia-paralela", esto es, ser paralela al peligro, significa una más lejana concretización de la "ya-anterior-existencia" en vista a una "situación de peligro"¹¹⁹.

Vogt, por su parte, acude a una formulación de carácter sociológico, encontrando que en el marco del limitado orden social, tan importante puede ser para su funcionamiento comunitario, una omisión como una acción. Formula su análisis en base a los grupos sociales, como familia, matrimonio, etc. hasta llegar a la total vida comunitaria y a la totalidad de los peligros. No por ello deja de reconocer importancia al principio de la ingerencia, al que considera de la más alta significación. Se trata también de una equiparación que obedece a un análisis sociológico¹²⁰.

¹¹⁶ WOLFF, ERNST AMADEUS, *Kausalität von Tun und Unterlassen*, Heidelberg, 1965, 11 y ss

¹¹⁷ WELP: *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, 111 y 150.

¹¹⁸ BÄRWINKEL, RICHARD, *Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unsterlassungsdelikten*, Berlin, 1968, 95.

¹¹⁹ ANDROULAKIS, op. cit., 272, 206 y ss.

¹²⁰ VOGT, *Das Pflichtproblem bei der kommissiven Unterlassung*, en ZStW, 63 (1951), 381.

Rudolphi apela a un método combinado, haciendo depender la posición de garante en los casos de ingerencia, de una doble característica. Por una parte exige que *“la conducta anterior del omitente haya provocado un peligro concreto a un bien jurídico, o un estado de desprotección para determinados bienes jurídicos más valorados por el legislador”*, lo que puede tener lugar de cuatro maneras: 1) Por una exclusión repentina de una insistencia de protección sostenida, sea por el mismo portador del bien jurídico o por una parte garantizadora, como consecuencia de demostrar proteger su acción; 2) por el libramiento de fuerzas naturales peligrosas, sea contra el portador de los bienes o su parte garantizadora; 3) “por el aplauso del peligro que a un tercero provoca un hecho punible”; 4) “por el estado no plenamente responsable de su propio bien jurídico lesionado”. En segundo lugar, aclara que la *desprotección que perturba el orden social puede ser la consecuencia de una acción como de una omisión anterior*. “Estando llenados estos requisitos, obligan al omitente hasta el límite del valor normativamente determinado”¹²¹.

Henkel analiza la equivalencia partiendo del principio de que para su determinación es menester distinguir dos cuestiones, siendo la primera *quién es garante*, y la segunda, si su omisión del hecho puede ser tenida como injusto criminal (*Gleichstellungs- und Gleichwertigkeitsfrage*, si ocupa el mismo lugar y si tiene el mismo valor). Esta división del análisis del problema de la equivalencia de la acción con la omisión a través de las características del autor y del hecho, coincide con la división que siguen Kaufmann¹²², Welp¹²³, etc., en tanto que para la doctrina clásica el delito impropio de omisión se reconocía sólo por las exigencias de una determinada posición de garante¹²⁴.

Gelder y Böhm ensayan, a su vez, criterios de corte jurídico¹²⁵.

Por nuestra parte hemos seguido la metodología de Stratenwerth, que procede a plantear el problema de la equivalencia averiguando en primer término quién es el autor, para lo que se hace menester indagar la posición del autor¹²⁶, de que derivan deberes de actuar¹²⁷.

Conforme a ello, la equivalencia de la conducta depende de la posición de garante del autor, la que debe construirse de acuerdo con los modelos legales de posiciones de garante. Para los casos en que al legislador, por la naturaleza de la cosa, le es imposible individualizar típica-

¹²¹ RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, op. cit., 188-9.

¹²² KAUFMANN, ARMIN, *Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung*, en JuS, 1961-177.

¹²³ WELP, op. cit.

¹²⁴ HENKEL, *Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten*, en “Monatschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtreform”, 1961, 178 y ss.

¹²⁵ VAN GELDER, *Die Entwicklung der Lehre von der sog. Erfolgsabwendungspflicht aus vorausgegangenem Tun im Schriftum des 19. Jahrhunderts*, Marburg, 1967; BÖHM, ALEXANDER, *Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Frankfurt, 1957.

¹²⁶ Cfr. WELZEL, 206.

¹²⁷ Cfr. STRATENWERTH, 272 y ss.; WELZEL, 206-211.

mente al autor, nos da el modelo en las posiciones de garante que se hallan en los tipos omisivos impropios escritos.

Síntesis del planteamiento. A) La equivalencia (*Gleichstellung*) de la estructura típica omisiva (impropia) con la activa viene dada por las características del autor (*Tätervoraussetzungen*) y del hecho (*Tatvoraussetzungen*).

B) La característica del autor que siempre hallaremos en los tipos omisivos impropios es la posición de garante (*Garantenstellung*).

C) De la posición de garante se deriva un deber de garante (*Garantenpflicht*), que es un deber de actuar.

D) Todo deber de garante (*Garantenpflicht*) es un deber jurídico (*Rechtspflicht*), pero no todo deber jurídico es deber de garante: como la tipicidad es un límite de la antijuridicidad, no toda violación de deber (antijurídica) es violación de deber de garante (típica).

E) Como consecuencia no toda violación de deber jurídico (proveniente de ley, contrato, conducta anterior o confianza (antijurídica) es violación del deber de garantía, sino que sólo lo será en los casos en que el deber jurídico se derive de la posición de garante (típica).

F) El deber jurídico se deriva de la posición de garante cuando el autor está obligado por su situación (padre, comerciante, funcionario, tutor, quebrado, médico de guardia, etc.) a conservar, cuidar, vigilar o defender al bien jurídico de manera especial (a garantizarlo).

G) Estos deberes especiales (*Garantenpflicht* — deber de garante) se diferencian de los deberes que no emergen de ninguna posición de garante, sino de la simple calidad de integrantes de la población, de habitantes de la Nación, y que son el general deber de conducirse en forma que no lesione bienes jurídicos y el general deber de solidaridad social que impone ciertas conductas elementalmente humanitarias.

385. Las modalidades de la tipicidad activa en la estructura omisiva. Si bien la mayoría de los tipos omisivos impropios serán los de resultado, no nos animamos a afirmar que no los haya de pura actividad. Sólo un detenido análisis de la parte especial del código en este sentido —que no está hecho— nos podría hacer lle-

gar a esta conclusión. Es una hipótesis de trabajo que necesita transitarse y cuyo análisis escapa a los límites de una teoría general, establecer cómo y en qué forma, y aún si es posible, que haya delitos de omisión impropios de pura actividad, lo mismo en aquellos tipos en que además del resultado se quiere una cierta modalidad en la estructura típica activa paralela (el ensañamiento, por ejemplo)¹²⁸. El interrogante es cómo esas modalidades de la estructura típica activa pueden pasar a la estructura típica omisiva equivalente.

III. — EL TIPO SUBJETIVO

386. **El conocimiento de la posición de garante.** Es menester distinguir dolo y culpa en la estructura omisiva. Respecto del dolo, el principal interrogante es si el dolo en la omisión tiene las mismas características que en la estructura típica activa. Llegaremos a la respuesta luego del análisis que iniciamos con el conocimiento de la posición de garante.

Es discutida la posición que debe ocupar el conocimiento de la posición de garante. La discusión se origina en el lugar que se le asigne a los llamados "elementos de la autoría" en la estructura del delito omisivo. Para quienes afirman que son elementos de la antijuridicidad, su conocimiento no requiere ser abarcado por el dolo y el error a su respecto será un error de prohibición. Por nuestra parte, estamos de acuerdo en que *el error que recae sobre el deber mismo de actuar que emerge de la posición de garante, es un error de prohibición*, en lo que parece haber general acuerdo¹²⁹, llamándose usualmente "error de mandato". No obstante, creemos que se impone una distinción entre lo que es la situación o estado que funda la posición de garante —que para nosotros pertenece al tipo objetivo— y los deberes que incumben a la posición de garante, que es cuestión que hace a la prohibición. Conforme a ello, *las características que hacen a la posición de garante en particular, pertenecen al tipo objetivo, pero no así el deber de evitar el resultado, de ella emergente*¹³⁰. Así, una cosa es el conocimiento del carácter

¹²⁸ STRATENWERTH, 284.

¹²⁹ Cfr. WELZEL, 219; KAUFMANN, 306; STRATENWERTH, 285; GRÜNWARD, en ZStW, 70-416; MAURACH, 596; BUSCH: *Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum*, en "Fest. für Mezger", 179; BACIGALUPO, 103; ROMERO, GLADYS, *¿Constituye el deber de garantía en los delitos impropios de omisión, un elemento del tipo o de la antijuridicidad?*, en "Ponencias", Univ. de Belgrano, 1971, 43 y ss.

¹³⁰ Cfr. RUDOLPHI, 75; JESCHECK, 512; MAURACH, 614; BOCKELMANN, 137-8.

de padre, marido, hijo, empleado, funcionario, médico, bombero, policía, etc., y otra el conocimiento del deber de actuar que de esa posición se deriva y que resulta violado en la delincuencia omisiva.

Así las cosas, en el ámbito de lo subjetivo, el conocimiento del estado o situación que funda la posición de garante (el conocimiento de que se tiene efectivamente la condición o calidad de padre, marido, hijo, empleado, funcionario, médico, bombero, policía etc.), pertenecerá al tipo subjetivo, en tanto que el conocimiento (o más precisamente, la posibilidad exigible de conocimiento y comprensión) del deber que emerge de tal posición, será de exclusiva incumbencia de la culpabilidad, como parte fundamental de la misma (posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad).

En consecuencia, *el error que recaiga sobre la situación o el estado que funda la posición de garante, será un error de tipo* que eliminará la tipicidad dolosa de la conducta, sin perjuicio de que, en el supuesto de ser vencible, pueda dar lugar a la tipicidad culposa de la misma, a condición de que se den todos los requisitos de esta última. Por el contrario, *el error que recaiga sobre el deber que emerge de la posición de garante* (los deberes que incumben como padre, marido, hijo, funcionario, empleado, bombero, policía, etc.) *será un error de prohibición* (error de mandato) que, en el supuesto de ser invencible, eliminará la culpabilidad (reprochabilidad) de la conducta.

Con todo acierto dice Spolansky: "La norma que describe el deber 'complementa' el sentido y alcance de la prohibición, y un error acerca de aquélla (sobre la norma del deber) es un error de prohibición que debe ser tratado de acuerdo a los principios señalados al tratar el error. Si el sujeto que vende, silencia un gravamen y recibe el precio total y no sabe que él está obligado a decir las condiciones en que se encuentra el bien objeto de la venta, su error es de *prohibición*. En cambio, las circunstancias fundamentadoras del deber pertenecen al ámbito de la materia prohibida. En consecuencia, su desconocimiento afecta al conocimiento del tipo y como tal debe ser tratado; en conclusión, elimina el delo"¹³¹.

387. **Otros aspectos cognoscitivos del dolo en la omisión.** Como conocimiento de la objetividad típica— además de la posición.

¹³¹ SPOLANSKY, NORBERTO EDUARDO, *La estafa y el silencio (Su relevancia en el tráfico inmobiliario)*, Bs. As., 1969, p. 93.

de garante— el tipo subjetivo omisivo doloso requiere el efectivo conocimiento de la “situación típica” y en el caso de delito de resultado, la previsión del curso causal que en él desembocará.

Hasta aquí el dolo en la omisión, en su aspecto cognoscitivo no difiere del dolo en la estructura activa, pero hay un aspecto potencial, una posibilidad de conocimiento que se requiere en el tipo subjetivo omisivo, tanto doloso como culposo: debe serle posible al sujeto representarse la realización de la conducta debida, y cuando hay resultado típico relevante, la vía por la cual pueda evitarlo.

Aquí Welzel disiente con la teoría dominante que para el dolo exige la consciencia, aunque no sea actual, del llamado “poder de hecho”. En verdad creemos que tiene razón Welzel, porque puede que por lo obvio del querer del resultado él ni siquiera se imagine nunca la posibilidad de evitarlo.

388. El aspecto conativo del dolo en la estructura omisiva. La dificultad derivada del “querer” de la omisión (el llamado dolo de omitir) ha creado dificultades graves. El que frente a un accidente no se representa la posibilidad de actuar ayudando, no puede decirse que quiere omitir ¹³².

Frente a estas dificultades se han ensayado distintas soluciones al problema, siendo una de ellas la que sostiene que hay omisión dolosa cuando hay una *decisión* de permanecer inactivo ¹³³. La segunda solución radica en aceptar para la omisión el *concepto de dolo de acción* o una adaptación del mismo ¹³⁴, y la tercera, que sostiene que no hay un dolo propiamente dicho en la estructura omisiva ¹³⁵.

La primera solución la descartamos, porque es evidente que no se requiere una *decisión consciente de omitir*. La duda se nos crea entre la segunda y la tercera de las variantes planteadas. A efectos de disiparla distinguiremos entre la omisión sin resultado material y la que va acompañada de un resultado material determinado.

¹³² Cfr. STRATENWERTH, 286.

¹³³ Cfr. LAMPE, *Ingerenz oder dolus subsequens?*, en ZStW, 72 (1960), 93 y ss.; MAYER, H., 1953, 247.

¹³⁴ GRÜNWARD, *Der Vorsatz des Unterlassungsdelikt*, en “Fest. für H. Mayer”, 1966, 281 y ss.; HARDWIG, *Vorsatz bei Unterlassungsdelikten*, en ZStW, 74 (1962), 27; restringido en JESCHECK, 475.

¹³⁵ WELZEL, 204; KAUFMANN, 66 y J. KAUFMANN, ARMIN, *Unterlassung und Vorsatz*, en “Fest. für H. V. Weber”, 1963, 207 y ss.

En cuanto a la mera omisión de una actividad, volvemos al planteo de recordar que la esencia pretípica de la omisión es la conducta efectivamente realizada: ésta es precisamente la conducta final que el sujeto realiza y, en la situación típica, esa finalidad está prohibida, porque no es finalidad debida.

Pero esa finalidad también existe en la omisión culposa. ¿Cómo se distinguen ambas? Creemos que es necesaria la existencia de un conocimiento efectivo de la situación típica y una posibilidad de representación de la "vía de realización de la acción ordenada"¹³⁶, pero nos parece que no es suficiente. Welzel exige estos dos últimos requerimientos, pero no menciona la finalidad prohibida y efectiva, que por nuestra parte creemos necesaria.

Supongamos que un sujeto queda aprisionado debajo de un automóvil en un accidente, perfectamente consciente, en tanto que a dos metros su compañero se está desangrando. No puede prestarle ninguna ayuda, pero está consciente de la situación típica y tiene toda la capacidad para reconocer cómo puede efectuar la ayuda, sólo que le es imposible hacer realidad su "capacidad de planeamiento". Según la tesis de los dos elementos de Welzel, "el que no ha actuado tiene que poder tomar efectivamente la senda reconocible para llegar al fin fijado en el mandato"¹³⁷. Como aquí no la puede tomar, la omisión sería atípica. Resulta un tanto artificial un dolo en una omisión atípica cuyo aspecto cognoscitivo coincida plenamente con el tipo objetivo. Puede argumentarse que hay una fuerza física irresistible y, por tanto, una ausencia de conducta, pero la cosa sale peor, porque ausencia de conducta con dolo resulta un tanto más artificioso.

Al dolo, como lo plantean Welzel y Kaufmann en la omisión, le falta el aspecto conativo. Ello es producto de no continuar el razonamiento lógico que proviene de la base ontológica asida en la construcción típica. No se trata aquí de finalidad "potencial" ni de "conducta potencial", hay una conducta real y efectiva, a la que el legislador puede condicionar agregándole como requisito que vaya acompañado de otros elementos cognoscitivos, pero como tal existe y es lo que el tipo capta: el *agere aliud*¹³⁸. Esa acción realizada, con toda razón dice Bacigalupo, que tiene una estructura final.

Veamos ahora qué sucede en el supuesto en que la estructura omisiva individualice un resultado (delitos de omisión impropia sólo

¹³⁶ WELZEL, 205.

¹³⁷ Ibidem.

¹³⁸ Cfr. BACIGALUPO, 88 y ss.

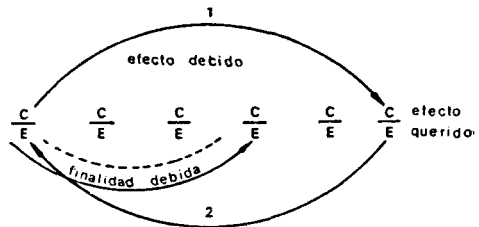
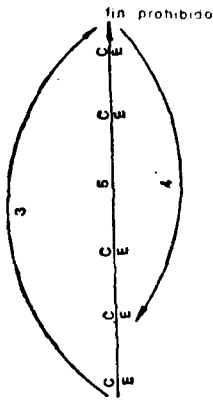
pueden ser). Aquí el principal argumento de Armin Kaufmann para negar el dolo es que no hay finalidad porque no hay causalidad, porque la causalidad en la omisión es meramente "potencial", y como la finalidad es la dirección de la causalidad no puede haberla ¹³⁹. Que la finalidad no es dirección de la causalidad es evidente, porque la finalidad se manifiesta en proponerse un fin, pero dejando esto de lado, toda vez que nos estamos refiriendo a tipos con resultado material, veamos cuál es el problema.

A nuestro entender el resultado se produce por una causa, de modo que lo que falta no es causalidad sino, la *causación* del resultado por la acción realizada. El tejer calcetines no mata. Ello es cierto, pero ya vimos que en los tipos omisivos no se requiere este nexos, sino un *equivalente típico*. Así como en los delitos de pura actividad el legislador se desinteresa por la precisión de la *causación* y del resultado material, en los tipos omisivos, el legislador también se desinteresa por la *causación* y el resultado de la acción realmente realizada y agrega al tipo un "equivalente".

Pero de toda forma hay una cadena causal, aunque no se origina en ninguna acción del sujeto activo, sino en otro hecho o acto que no viene al caso. Hay una causalidad física que provoca el resultado físico. Ella es parte de la llamada "situación típica", de modo que el dolo requiere que el sujeto activo la conozca, ya que pertenece al tipo objetivo. Con estos elementos, veamos si el tipo omisivo abarca o no una conducta final.

En conocimiento de la situación típica, el sujeto se propone como fin el efecto querido (1) y a partir de allí, retrocediendo desde el fin, selecciona los medios para que se produzca (2). Aquí es donde, conforme a su capacidad de previsión (general capacidad humana de previsión o especial conocimiento de la causalidad) se percata que dejando andar a la causalidad, el efecto se producirá. Para ello le es menester realizar una conducta que no sea la que interrumpa el curso de la causalidad (y que es la ordenada). Por ende debe realizar una conducta prohibida, que es tal porque tiene un fin distinto del ordenado (3), prevé la causalidad (4) —que a este efecto será generalmente indiferente— y la pone en marcha (5).

¹³⁹ KAUFMANN, 73-5.



El sujeto debe seguir los pasos 3, 4 y 5, para no realizar la conducta final debida y no interrumpir la causalidad, esto es, para que se produzca el resultado querido (que debía evitar).

A poco que analicemos veremos que cuando se quiere fundar la omisión en algo distinto del *aliud agere* lo que está faltando es la voluntad. Se construye algo que no puede ser dolo porque le falta el aspecto volitivo, y por ende, no sólo presenta dificultades sistemáticas generales, sino que es difícil de distinguir la omisión dolosa de la culposa. La famosa "voluntad de omitir", por mucho conocimiento de la situación típica que haya, en las estructuras típicas omisivas no se puede distinguir de la culpa. A la vuelta de su sueño de positivismo mecanicista, la dogmática jurídico-penal debe replantear el problema de la omisión sobre la base óptica del *aliud agere*. Entendemos que no admitir la finalidad en la omisión implica no extraer del planteamiento general la totalidad de las consecuencias.

El fin de que se produzca el resultado que se debía evitar no es una motivación que, como tal, debe ir a la culpabilidad: la madre no teje *porque* el niño se muere, sino *para* que el niño se muera. No hay ningún problema en admitir este elemento típico, porque el mismo Welzel habla de "fines intermedios"¹⁴⁰.

Bacigalupo, que enfoca el problema sobre la base del *aliud agere*, requiere en el dolo en la estructura omisiva, la "aprobación o ratificación del resultado eventual"¹⁴¹, lo que creemos que es cierto, pero como mínimo de dolo (dolo eventual), mas no cuando existe la finalidad directa de que el resultado se produzca. Cuando se realiza la conducta *para* que el resultado se produzca, habrá dolo directo; cuando se la lleva a cabo a costa de la producción del resultado, habrá dolo eventual. También en el dolo de la estructura omisiva será posible distinguir ambas formas de dolo.

En síntesis, creemos que el dolo en la estructura omisiva presenta particularidades, quizá haya que "adaptarlo" como dice Jescheck, pero de cualquier manera abarca una actividad final prohibida, dirigida a la realización del tipo objetivo.

Con todo acierto explica Rudolphi que el dolo de omisión exhibe una estructura distinta a la del dolo de acción, puesto que en el dolo de acción hay una voluntad activa dirigida a la producción típica del resultado injusto, en tanto que esa ingerencia activa de la voluntad falta por definición en toda omisión. De cualquier manera, destaca Rudolphi que ambos conceptos de dolo permanecen conectados, porque la unidad o ligazón tiene lugar en el ámbito de lo normativo y no en el del sustrato material subyacente: tienen en común "el punto de vista valorativo de que el contenido injusto de todo delito doloso yace en la decisión del autor para el advenimiento del injusto típico"¹⁴². Justamente, en esta observación finca el concepto común de dolo del que ambos se nutren, es decir, en la voluntad de realización del tipo objetivo que, necesariamente, deberá reunir requisitos distintos según se trate de una estructura típica activa u omisiva, es decir, según que la norma esté expresada prohibitivamente o preceptivamente, y, por consiguiente, según que con ello el legislador individualice lo prohibido describiéndolo (tipo activo) o por exclusión de lo debido descrito en el tipo (tipo omisivo). En este último caso no puede exigir un elemento que, por definición, no existe ónticamente (la causación del resultado por la conducta), pero que no puede exigir lo que no existe no significa que prohíba algo distinto de la conducta con voluntad realizadora de un tipo objetivo, sino que, en cada caso, la caracterizará conforme a los elementos del mundo real que son propios para una u otra forma de prohibir.

¹⁴⁰ Cfr. la crítica de CEREZO MIR en la traducción castellana de *Das neue Bild* . . . , p. 37 nota 7.

¹⁴¹ BACIGALUPO, 89.

¹⁴² RUDOLPHI, 74; en igual sentido STRATENWERTH, 286.

IV. — LAS OMISIONES CULPOSAS

389. **Las omisiones culposas.** Desde el desarrollo que hemos hecho al caracterizar al dolo en la estructura típica omisiva, no plantea ningún problema la individualización de la culpa en esas estructuras. Habrá aquí también culpa cuando se viole un deber de cuidado. Hay cuatro instancias en que puede surgir la culpa por falta al deber de cuidado: 1) En la apreciación de la situación típica (el que oye los gritos pidiendo socorro y faltando al deber de cuidado, cree superficialmente que es una broma); 2) Falta de cuidado al ejecutar el mandato (el que en la premura por apagar el fuego arroja gasolina en lugar de agua); 3) Falta de cuidado al apreciar la posibilidad física de ejecución (el que supone que no podrá salvar al niño porque con superficialidad juzga que el agua es profunda)¹⁴³; 4) Falta de cuidado en apreciar las circunstancias que fundan su posición de garante (el médico que por error vencible cree que no se halla de guardia esa noche).

El *aliud agere* ofrece la incuestionable ventaja de solucionar con naturalidad el problema de los llamados “delitos de olvido” o sea, las conductas típicas omisivas culposas con culpa inconsciente o sin representación, que había llevado a la dogmática por caminos tan erróneos que se llegó a sostener la existencia de delito sin voluntad. El sujeto que olvida cerrar la llave de gas al salir de paseo, realiza una conducta voluntaria final de salir a paseo, la que presenta incuestionablemente un descuido violatorio del deber en la apreciación de la situación típica.

“La omisión inconsciente tiene lugar cuando la acción realizada por el agente, esto es, una actividad final suya concretamente realizada, no es la conducta ordenada a ese agente por la norma. El agente, en virtud de la falta de cuidado exigido por la ley, no es que no haya querido, sino que ni siquiera previó la acción que debía realizar y la posibilidad de que, realizándola, impidiese la concreción del evento típico”¹⁴⁴.

En rigor de verdad, la teoría del *aliud agere* tal como la hemos expuesto, y particularmente la afirmación de que el dolo en la estructura típica omisiva no es sustancialmente diferente del dolo en la estructura activa, nos libera de otro problema que es un viejo

¹⁴³ WELZEL, 207, señala sólo las tres primeras.

¹⁴⁴ LUISI, LUIZ, op. cit., p. 111.

fantasma que proviene, en último análisis, de los viejos planteos sobre la dualidad de dolos ("natural" y "desvalorado"). Si se acepta que en la estructura omisiva no hay dolo, sino un equivalente o "cuasi-dolo", no se puede evitar la consecuencia de que en la omisión culposa también debería existir una suerte de "cuasi-culpa" y no una verdadera culpa o negligencia. En efecto: si se sostiene que en la omisión no hay causalidad y, por ende, tampoco dolo en sentido estricto, tampoco podría haber una planeación de la causalidad defectuosa respecto del deber de cuidado, sino un equivalente de la misma. Obviamente, esto recuerda, sin lugar a dudas la antigua *duplicación causalista del dolo* y la crítica —no sólo irónica— de que también sería menester hablar de una "culpa natural".

CAPÍTULO XXVIII

TIPICIDAD Y ATIPICIDAD CONGLOBANTES

I. — PROBLEMÁTICA GENERAL: 390. Planteamiento. 391. La teoría de la "imputación". II. — LA TENTATIVA DE SOLUCIÓN POR VÍA DEL REALISMO SOCIAL (LA TEORÍA DE LA "ADECUACIÓN SOCIAL DE LA CONDUCTA"): 392. Concepto y discusión doctrinaria. 393. Los casos de adecuación social. 394. Críticas de la teoría y posible aplicación de la firma en el derecho argentino. 395. El error sobre la adecuación social. III. — LA ATIPICIDAD CONGLOBANTE RESULTANTE DEL MANDATO DE LA CONDUCTA REALIZADA (CUMPLIMIENTO DE UN DEBER JURÍDICO): 396. Precisión de la diferencia entre atipicidad y justificación. 397. Crítica de la consideración del cumplimiento de un deber jurídico como causa de justificación. 398. La llamada "colisión de deberes". IV. — LA DISPOSICIÓN DEL BIEN JURÍDICO COMO CAUSA DE ATIPICIDAD CONGLOBANTE (LÍMITE DEL PODER REPRESIVO): 399. La aquiescencia: titularidad y disponibilidad. 400. El acuerdo y el consentimiento. 401. Requisitos de la aquiescencia en general. 402. Aquiescencia en delitos de peligro y culposos. 403. El consentimiento presunto. 404. La pretensión de tutelar bienes jurídicos contra la propia voluntad del titular. V. — LA ATIPICIDAD CONGLOBANTE FUNDADA EN EL FOMENTO DE LA CONDUCTA QUE OUEDA ABARCADA EN EL TIPO LEGAL: 405. Las lesiones en la práctica de los deportes. 406. Lesiones deportivas típicas y atípicas. 407. La intervención quirúrgica. 408. Discusión doctrinaria. 409. El resultado positivo y las reglas del arte médico. 410. Las intervenciones quirúrgicas sin fin terapéutico. 411. El deber de explicación del médico. 412. ¿Puede actuar el médico contra la voluntad del paciente? VI. — LA ATIPICIDAD CONGLOBANTE POR LA INSIGNIFICANCIA DE LA AFECTACIÓN: 413. La atipicidad conglobante por la insignificancia de la afectación. VII. — EL ERROR SOBRE LA TIPICIDAD CONGLOBANTE: 414. El error sobre la tipicidad conglobante.

I. — PROBLEMÁTICA GENERAL

390. Planteamiento. Nos hemos ocupado ya de la tipicidad conglobante¹, no obstante lo cual se impone volver sobre ella al plantear los principales supuestos en que se halla ausente, es decir, al tratar de su aspecto negativo.

¹ V. supra, § 309.

Al ocuparnos de la cuestión, explicamos que la tipicidad penal de una conducta se integra con la tipicidad legal y con la tipicidad conglobante de la misma. Habíamos afirmado que la tipicidad legal es la que surge a la luz de una mera consideración del tipo legal, que tiene origen en una norma prohibitiva, que halla expresión en él, como materialización de la voluntad del orden jurídico, que pretende tutelar con ello un bien jurídico. No obstante, la norma antepuesta al tipo que tomamos en consideración para determinar la tipicidad legal de una conducta, no se halla aislada, sino que forma parte de un universo de normas dispuestas conforme a un cierto orden, que es el *orden normativo*.

Pues bien: comprobada la tipicidad legal de una conducta, nos resta siempre un segundo paso, que viene ineludiblemente impuesto por la imperiosa necesidad de interpretar todo fenómeno dentro de un contexto². Este segundo paso *consiste en determinar si esa conducta está efectivamente prohibida conforme al alcance prohibitivo de la norma, no ya considerada en forma aislada, sino tomada en cuenta como una parte del orden normativo, es decir, conglobada en el universo de las normas prohibitivas, de que es parte*.

Para considerar este segundo paso, debemos tener en cuenta que el derecho penal es una parte del derecho en general, y que, como tal, procura la *seguridad jurídica*, o sea, la posibilitación de un ámbito de disponibilidad de ciertos entes para que el hombre pueda elegir y autorealizarse en coexistencia³. Además, cabe tener presente que el derecho penal también tiene —como todo el derecho— una *aspiración ética*, es decir que todo el orden jurídico aspira, en cierta medida, a que los sujetos a él sometidos asuman e internalicen los valores y consiguientes pautas de conducta que propugna.

La aspiración ética del derecho no podría cumplirse si el mismo normase conductas en forma contradictoria, porque nadie puede internalizar una conducta como prohibida y ordenada por la ley, por lo que, en principio, *quedarían fuera de la prohibición las conductas que se realizan en cumplimiento de deberes jurídicos*. Por

² No otro es el fundamento de la teoría de la comunicación en las ciencias humanas: "La imposibilidad de comprender las complejidades de las relaciones que existen entre un hecho y el contexto en que aquél tiene lugar, entre un organismo y su medio, o enfrenta al observador con algo 'misterioso' o lo lleva a atribuir a su objeto de estudio ciertas propiedades que quizás el objeto no posea" (WATZLAWICK, PAUL - BEAVIN, JANET HELMICK - JACKSON, DON D., *Teoría de la comunicación humana*, Bs. As., 1973, pp. 22-3).

³ V. § 9 y § 310.

otra parte, es indudable que el orden jurídico *fomenta la realización de una cantidad de actividades, las que en modo alguno puede estar prohibiendo*. Además, atendiendo al fin de seguridad jurídica que persigue el derecho y a que el derecho penal interviene con la pena sólo cuando la seguridad jurídica se ve afectada de forma que considera intolerable, cabe suponer que *las conductas que no afectan de manera intolerable a la seguridad jurídica, quedan fuera de la prohibición con relevancia penal que la tipicidad penal implica*. A todo ello se añade la obvia consideración de que *las conductas que tienen lugar al amparo de la seguridad jurídica que es provista por el derecho penal no pueden ser prohibidas con relevancia penal, quedando fuera del poder represivo del Estado, reservadas al ámbito de la disponibilidad personal*.

En estos supuestos, pese a que tengamos dada la tipicidad legal, la conducta no es penalmente típica, puesto que a luz de la consideración de la norma conglobada en el orden normativo, queda fuera del alcance prohibitivo de la misma.

Puede objetarse —no sin cierta apariencia de razonabilidad— que nuestra tesis, al dividir en dos pasos el análisis de la tipicidad penal, complica las cosas, que podrían ser resueltas en una sola instancia, o sea, en el marco de lo que hemos llamado “tipicidad legal”. El argumento se vería fortalecido por la observación de que la tipicidad legal abarcaría sólo una “apariencia de prohibición”, pues, en definitiva, el verdadero y único alcance de la prohibición estaría dado por la consideración conglobada de la norma y no por su consideración aislada, la que podría considerarse absurda o simplemente especulativa o experimental, de la misma manera en que no tiene sentido la consideración aislada de la célula de un organismo pluricelular y diferenciado.

Para rebatir estas posibles objeciones, se hace menester insistir en que toda la teoría del delito tiene un fin práctico —como la misma dogmática y el conocimiento jurídico que de ella deviene—, cual es el de procurar un camino metódico lógico para que frente a cada caso concreto podamos determinar si nos hallamos en presencia de un delito. Así las cosas, resultará que la tipicidad legal tendrá por objeto, dentro del marco de este sendero intelectual, la función de descartar de lo prohibido con relevancia penal las conductas que ni siquiera quedan abarcadas en la descripción típica, entendida conforme al alcance que a la misma le dé la mera consideración aislada de la norma en que se origina, sin que sea menester, puesto que consistiría en un inútil desgaste de esfuerzo

intelectual, penetrar en el terreno de una investigación más fina del alcance prohibitivo de la norma, como es la que implica su consideración conglobada en el orden normativo.

Queda así claro que la escisión de la tipicidad legal respecto de la conglobada, lejos de ser una complicación inútil, nos sirve para permitirnos, en múltiples casos, ahorrarnos una inútil investigación más refinada del alcance de la prohibición frente a la conducta concreta.

Por otra parte, la objeción de que la tipicidad legal daría por resultado sólo una prohibición aparente, también carecería de consistencia, porque la tipicidad legal no da por resultado más que una *presunción de prohibición*, toda vez que con ella la conducta habrá pasado el primer paso de la investigación tendiente a determinar su prohibición o a desvirtuarla.

Formuladas estas aclaraciones previas, que tienen por objeto prevenir acerca de posibles objeciones a nuestra tesis fundadas en puntos de vista metodológicos, queda por ver si es en realidad viable la tentativa de resolver toda la problemática que aquí se abarca sin apelar a una "sub-instancia" analítica, de la forma en que nosotros lo proponemos. En el campo doctrinario hay en la actualidad dos tentativas en este sentido, consistiendo una de ellas en un proceso de "espiritualización" o "desmaterialización" del tipo legal (la llamada "teoría de la imputación" de Roxin), en tanto que la otra es una apelación al realismo social (la teoría de la "adecuación social de la conducta" de Welzel).

391. La teoría de la "imputación". Ya nos hemos referido a este punto de vista, pero a los efectos de un cuestión diferente^{3 bis}; ahora volvemos a él con motivo de la problemática que nos ocupa. Prácticamente desde siempre se observó acertadamente que con la mera causación de un resultado no bastaba para considerar prohibida a la conducta del que lo causa. La circunstancia de que la causación o la evitación viese limitada su relevancia para la prohibición merced al aspecto subjetivo del tipo, no es suficiente para solucionar algunos problemas que se pretenden resolver en el marco de la tipicidad objetiva. Cuando se dice que el sujeto que desvía un ladrillo que cae hacia la cabeza de una persona, para hacer que le dé en el hombro y salvarle así la vida⁴ no puede realizar una conducta típica, se pretende resolver el problema negando la tipicidad objetiva de la con-

^{3 bis} V. supra, § 324.

⁴ Ejemplo ya citado de ROXIN, *Straf. Grundlagenprobleme*, 126.

ducta, puesto que, de no ser así, conforme al planteo que distingue entre un aspecto objetivo y otro subjetivo del tipo y nada más, no sería posible establecer ningún correctivo en el plano subjetivo, toda vez que la causalidad se dirige claramente por la voluntad de producción de la lesión en el hombro. Para evitar eso, dentro del planteo que sólo distingue el aspecto objetivo y el subjetivo, no queda otro remedio que escindir la imputación objetiva de la causalidad y afirmar que la imputación de la conducta como prohibida no se basa ya en la causación, sino en el "aumento del riesgo", que es un concepto mucho más abstracto y difícil de manejar.

La imputación objetiva, que sería el criterio conforme al cual se concluye en la tipicidad objetiva de la conducta, pasa a ser un criterio que se aparta de la base firme y material de la causalidad física como categoría del ser. Siendo ello así, al pasar al tipo subjetivo, habiendo renunciado ya al concepto de causalidad, el dolo no será el manejo de la causalidad hacia la producción del resultado, sino una finalidad que puede acercarse o alejarse del "ánimo", según voluntad del legislador y —lo que es más grave— también del intérprete. La definición del elemento conativo o voluntario del dolo como "la dirigibilidad del acontecer por parte del autor"⁵ resulta contradictoria dentro de este planteo. Si a ello le sumamos cierta tendencia que, malinterpretando la cuestión del desvalor de la conducta, llega hasta el extremo de sacar el resultado del tipo objetivo, el panorama que nos resta del tipo no puede ser más desolador.

El tipo, instrumento individualizador de conducta humana prohibida, privado de la causalidad —y para algunos también del resultado— queda con su objetividad tan maltrecha que no puede sustentar un concepto claro de dolo, sino que, más bien, da entrada a un "dolo" que, por volar con bastante independencia, resulta peligrosamente cercano a un "ánimo", hasta el punto de terminar requiriendo en él contenidos que siempre se admitieron como propios de la culpabilidad (como la "consciencia del injusto")⁶, puesto que se sostiene que el tipo, "nacido de consideraciones valorativas jurídicas y orientado a los contenidos sociales de significado determina qué conducta es final en sentido jurídico y qué circunstancias hay que incluir en el tipo subjetivo"⁷.

Si ese tipo así huérfano de objetividad e hipertrofiado de sub-

⁵ OTTO, HARRO, 92.

⁶ Idem, 103.

⁷ ROXIN, *Problemas básicos*, 114; *Straf. Grundlagenprobleme*, 107.

jetividad se acompaña con un concepto de conducta creado por él mismo y a su medida, *resultará un instrumento de la omnipotencia legislativa, sin atenuante alguno: el legislador creará la conducta que prohíba mediante una prohibición que no se fundará en la causalidad, que no requerirá el resultado y que individualizará su componente subjetivo según el sentido antinormativo que el autor haya dado a la conducta.*

La principal falla de este planteo, según nuestra opinión, finca en que ante la observación certera de que con la causación no basta para que la conducta quede abarcada en la prohibición, en lugar de pensar en la posibilidad de un ulterior correctivo, se afirma que el tipo (objetivo) no funda la imputación en la causalidad, lo que lleva a una completa "normativización" de los elementos que requiere el tipo para individualizar la prohibición.

Roxin no resuelve el problema de la tipicidad mediante un planteo normativo como consideración conglobada de la norma, porque parece no creer en este género de consideración, puesto que para él la tipicidad se resuelve en el *nullum crimen*, la antijuridicidad en conflictos de intereses y la culpabilidad en una cuestión de fines de la pena: "Si se consideran así las cosas, el postulado del *nullum crimen*, la ponderación reguladora de intereses sociales en situaciones conflictivas y las exigencias de la teoría de los fines de la pena sirven de base, desde el punto de vista político criminal, a nuestras conocidas categorías delictivas. Dos de ellas, las teorías del tipo y de la culpabilidad, hay que interpretarlas con principios exclusivamente jurídico-penales, mientras que el ámbito de la antijuridicidad se extiende a otros sectores del ordenamiento jurídico"⁸.

Frente a esta posición, creemos que en modo alguno puede establecerse el alcance de una tutela penal y de la consiguiente prohibición, únicamente con el código penal en la mano, ni tampoco nos parece que con el mero código penal pueda el juez percatarse de que no le es posible reprochar la acción del habitante común que no hizo lo que el orden jurídico sólo le exige a los hombres o a los paracaidistas o aviadores militares.

II. — LA TENTATIVA DE SOLUCIÓN POR VÍA DEL REALISMO SOCIAL (LA TEORÍA DE LA "ADECUACIÓN SOCIAL DE LA CONDUCTA")

392. **Concepto y discusión doctrinaria.** Habiéndose observado que con la mera tipicidad legal no es suficiente para afirmar la tipicidad penal de una conducta, antes de que un sector doctrinario

⁸ ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1973, p. 16.

intentara la “espiritualización” del tipo por vía idealista, con las peligrosas consecuencias que dejamos apuntadas, fue Welzel quien intentó salir del trance por vía realista, apelando al realismo social de tal modo, que resulta muy próximo a la vieja antijuridicidad material. Para ello elaboró la teoría de la adecuación social de la conducta, según la cual, cuando una conducta aparece como “socialmente adecuada” no puede configurar un injusto penal.

Después de vacilaciones, Welzel terminó por considerar a la adecuación social como causa de atipicidad, habiéndola ubicado antes entre las causas de justificación⁹.

El fundamento de la teoría radica en que los tipos señalan conductas que son socialmente relevantes “porque son inadecuadas para una vida social ordenada”. “En los tipos se expresan las naturalezas social y simultáneamente histórica del derecho penal; señalan las clases de conducta que se apartan seriamente de los órdenes históricos de la vida social”¹⁰.

Consecuente con esta postura, aquellas conductas que resultan adecuadas al orden social, no pueden ser típicas, porque carecen de la relevancia social que caracteriza a las conductas típicas. “Ciertas conductas humanas —se afirma— pese a su aparente contrariedad a los preceptos de una legislación penal positiva, deben juzgarse irrelevantes cuando se muestran cabalmente como socialmente adecuadas”¹¹.

Es incuestionable que esta teoría tiende un puente a la ética social, de dimensiones sumamente considerables.

Adelantamos desde ahora que, por nuestra parte, *sólo admitimos este género de puentes hacia los valores sociales cuando están expresa o tácitamente tendidos por la ley, pero no creemos que puedan ser arbitrariamente tendidos por la doctrina y la jurisprudencia*. En definitiva, todo el problema se vincula al concepto material de la antijuridicidad, del que nos ocuparemos oportunamente. La teoría de la adecuación no es más que una de sus consecuencias:

⁹ WELZEL, 55 y ss.; la posición última la había retomado en la edición castellana *Das neue Bild*, p. 53 (ver nota del traductor). Sobre la evolución de la concepción de Welzel, que en principio la consideró causa de atipicidad, luego como excluyente de la antijuridicidad, para retomar ahora a la primera ubicación, ver el análisis de BERNERT, GÜNTHER, *Zur Lehre von der “sozialen Adaequanz” und den “sozialadaequaten Handlungen”*. *Ein Beitrag zum Recht der unterlaubten Handlungen*, Marburg, 1966, pp. 18 y ss.

¹⁰ WELZEL, loc. cit.

¹¹ GREGORI, GIORGIO, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969, p. 17.

es la consecuencia del llamado concepto "material" de la antijuridicidad en el plano típico.

Consecuentes con este pensamiento creemos que la "adecuación social" será "adecuación jurídica" cuando así lo reconozca la ley penal. Tal es lo que sucede en los tipos abiertos culposos con suma frecuencia y en algunos conceptos de los tipos dolosos. De cualquier manera el criterio de la adecuación social, cuando deba ser aplicado por tácita remisión de la ley para determinar la atipicidad, debe funcionar en forma totalmente residual, o sea, aplicarse cuando ningún otro criterio resta para ser aplicado¹², salvo que la remisión se imponga expresamente por la ley.

La teoría manejada como a veces lo ha hecho Welzel, en la antijuridicidad¹³ no sirve para solucionar los problemas prácticos que los heterogéneos casos en ella comprendidos pueden abarcar. Se trata en general de casos en que puede resultar absurdo —por cierto que no en todos— someterlos al juicio de desvalor provisional de la tipicidad. Es éste un paso que bien puede ahorrarse en muchas conductas por su inutilidad. El sentido común parece indicarlo así en la mayoría de ellos, pero, de cualquier manera, no creemos que éste pueda ser un argumento válido en todos.

La distinción entre la adecuación social y las causas de justificación radica, según Welzel, en que en las primeras hay un normal ámbito de libertad social de acción, en tanto que en las segundas hay una libertad de naturaleza "especial" (las primeras no serían antinormativas, en tanto que las segundas lo serían, pese a no ser antijurídicas). Esto no es más que la diferencia común a todas las causas de atipicidad y de justificación.

La casuística que se maneja resulta harto anárquica, pues abarca supuestos de la más diversa naturaleza.

Se sostiene que no es acción típica de homicidio la conducta de engendrar aunque se realice con una mujer tuberculosa para producirle una agravación de la enfermedad y la muerte como consecuencia del embarazo¹⁴, porque se trata de una conducta socialmente adecuada¹⁵. Igualmente, será "socialmente adecuada" para Welzel la conducta del sobrino que aconseja al legendario tío rico que viaje en avión con la esperanza de que prematuramente muera en un accidente¹⁶. Son "socialmente adecuados" los negocios que están dentro de una "gestión ordenada", aunque pueda resultar perjuicio, al igual que algunas lesiones

¹² Sostuvimos el mismo criterio en: *La adecuación social de la conducta*, en RDP y C, Bs. As., 1971.

¹³ En la 4ª edición (1954).

¹⁴ MAYER, HELLMUTH, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936, p. 212.

¹⁵ WELZEL, 56.

¹⁶ *Ibidem*.

insignificantes, las privaciones de la libertad irrelevantes, el juego en pequeñas cantidades, la entrega de presentes de escaso valor a empleados públicos en fin de año, las conductas indecorosas o impertinentes, etc.

Welzel da aquí una especie de salto hacia las pautas de conducta sociales, más que a los "valores" como pueden ser entendidos en sentido ético. Por eso afirma que las conductas "socialmente adecuadas" no tienen por qué ser ejemplares. Ejemplifica con el supuesto de abandono del hogar conyugal, que no sería "instigación al suicidio", aunque se supiese que el otro cónyuge se suicidaría. Otro supuesto sería la conducta de servir bebidas alcohólicas a un individuo que va a conducir (el camarero en el bar, por ejemplo)¹⁷. Bettiol, por su parte, incluye aquí el tratamiento médico-quirúrgico¹⁸. Se agregan algunos comportamientos en el carnaval¹⁹, la retención de objetos perdidos de escaso valor, especialmente monedas²⁰, la interrupción del embarazo por indicación médica²¹, la exageración publicitaria²², el uso de uniformes e insignias en teatros²³, la huelga²⁴, la muerte del enemigo en la guerra²⁵, la participación en el tránsito motorizado²⁶, etc.

La doctrina italiana ha recogido la teoría de la adecuación social en casos análogos a los ya considerados por la doctrina alemana, y además en violencias deportivas, ocupación simbólica de tierras ocultas, apropiación de monedas dejadas por los turistas en las fuentes de alguna ciudad, determinadas formas de mendicidad y de comportamientos molestos, la llamada falsedad consentida, etc.²⁷ Así aceptan en Italia la teoría Bettiol, Fiore y Gregori²⁸, en tanto que Pannain se manifiesta contrario a ella. En España es generalmente rechazada²⁹.

¹⁷ WELZEL, 57.

¹⁸ BETTIOL, 315 y ss.; igual ENGISCH, *Der Artz im Strafrecht*, en "Monatsch. Krim. Biol.", 1939, 419; KLUG, *Sozialkongruenz und Sozialadaequanz im Strafrechtssystem*, en "Fest. für E. Schmidt", 1961, 249; GALLAS, op. cit., p. 21.

¹⁹ KLUG, op. cit., 264.

²⁰ HOPPE, GERHARD, *Die soziale Adäquanz im Strafrecht*, Göttingen, 1959, 123.

²¹ SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH, *Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre*, en ZStW, 1960, 383.

²² WELZEL, loc. cit.

²³ HOPPE, op. cit., 121.

²⁴ ENNECERUS, LUDWIG-NIPPERDEY, HANS KARL, *Bürgerlichen Rechts, Allg. Teil*, Tübingen, 1955, II, 917.

²⁵ WEBER, H. VON, *Negativen Tatbestandsmerkmale*, en "Fest. für Mezger", 1954, 187.

²⁶ WELZEL, 56.

²⁷ PANNAIN, REMO, op. cit., 48-9.

²⁸ BETTIOL, loc. cit.; FIORE, *L'azione socialmente adeguata nell Diritto Penale*, Napoli, 1967; GREGORI, GIORGIO, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969; en Latinoamérica, COUSTÑO MACIVER, II, 116; FRAGOSO, 199.

²⁹ En cuanto a la posición contraria en Italia, además de PANNAIN, NUVOLONE, PIETRO, *I limiti taciti della norma penale*, 72 y ss.; DELL'ANDRO, *L'autigiuridicità*, en "Enciclopedia del Diritto", Milano, 1959, II, 553; FROSINI, *L'esercizio di un diritto*, en "Nuovo Digesto Italiano", VI, 1960; PETROCELLI BACCIO, *Riesame degli elementi del reato*, en "Rivista Italiana", 1963-386. En

La difusión que la teoría ha tenido en Alemania ha sido grande y ha desatado una fuerte polémica doctrinaria con repercusiones en Italia. La teoría ha sido reconocida por Engisch³⁰, aunque no abarcando todos los casos que Welzel enumera. Mezger la admitió como “un medio de interpretación para los casos particulares³¹ y en el fondo, no es muy diferente el reconocimiento que de ella hace Lange³². Para Dahm, cuando las conductas se encuentran en el marco de lo normal, de lo adecuado al tráfico, no pueden ser antijurídicas, y los tipos abarcan conductas que por lo general son antijurídicas³³. Gallas, por su parte, elabora un concepto de “tipicidad material”, en íntima conexión con esta teoría, que en definitiva es hija de la antijuridicidad “material”. Con el concepto de tipicidad “material” excluye del ámbito de la tipicidad la intervención quirúrgica³⁴. Busse³⁵ y Niese³⁶ también la admitieron en parecidos términos a los de Welzel, aunque Niese concluyó que todos sus supuestos eran casos en que no había un verdadero daño para el bien público³⁷. Hueck³⁸ la plantea en general para la huelga y Stratenwerth la sostuvo como causa de exclusión de la antijuridicidad³⁹, aunque ahora la sostiene en el plano de la tipicidad, no sin advertir que sus límites con la justificación son difusos⁴⁰. Por su parte, Weber y Arthur Kaufmann⁴¹ la admitieron y con ella quisieron defender la teoría de los elementos negativos del tipo contra el mismo Welzel. Hirsch también la admite aunque formula observaciones a Welzel, particularmente en la consideración de los casos planteados⁴². Con singular prudencia también la admite Jescheck, advirtiendo que no será necesario valerse de la misma para delimitar el tipo, cuando son suficientes las reglas comunes de interpretación⁴³ y que “en casos particulares se tratará de verdaderas colisiones de intereses” que serán causas de justificación. El error sobre la adecuación social lo trata Hoppe, en los casos de guerra y los considera su-

España, DEL ROSAL, *op. cit.*; RODRÍGUEZ DEVESA, 480; Rodríguez Mourullo, 262; en Portugal, Cortecia, II, 10 y ss.

³⁰ ENGISCH, KARL, *Der finale Handlungslehre*, 161-8.

³¹ MEZGER, *Studienbuch*, 1954, 121.

³² LANGE, RICHARD, en ZStW, 63 (1951), 471.

³³ DAHM, GEORG, *Deutsches Recht*, Stuttgart, 1951, 627.

³⁴ GALLAS, WILHELM, *Zum gegenwärtigen...*, en ZStW, 1955, 67-15.

³⁵ BUSSE, HELMUT, *cit. por HOPPE*, p. 37.

³⁶ NIESE, WERNER, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, pp. 60 y ss.; del mismo, *Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht*, en JZ, 1956-460.

³⁷ NIESE, *Streik und Strafrecht*, Tübingen, 1954.

³⁸ HUECK, ALFRED, *Die Grenzen des rechtmässigen Streiks*, en “Fest. für W. Herschel”, 1955, Stuttgart, p. 36.

³⁹ STRATENWERTH, *Prinzipien der Rechtsfertigung*, en ZStW, 68 (1956), 41 y ss.

⁴⁰ STRATENWERTH, 117.

⁴¹ WEBER, *op. cit.* en “Fest. für Mezger”; KAUFMANN, ARTHUR, *Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, en JZ, 1954, 657.

⁴² HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, en ZStW, 74 (1962), 78.

⁴³ JESCHECK, 203.

puestos de error de prohibición⁴⁴, ya que considera como causa de justificación a la adecuación social. Mörder distingue entre adecuación de la conducta y del resultado, distinguiendo entre la irrelevancia de resultado en el ámbito de la tipicidad y la adecuación social, en el ámbito de la antijuridicidad⁴⁵. Kienappel plantea el problema con respecto a las lesiones físicas⁴⁶, donde afirma que no sólo hay una tipificación cuantitativa, sino también modal, con lo que remite la cuestión a un problema de derecho político más general.

La cuestión tiene también sus repercusiones procesales, porque significa una quiebra *in bonam partem* del principio de legalidad en beneficio de concepciones "materiales", lo que vincula a esta teoría con el principio de oportunidad procesal, sosteniéndose que corresponde que el ministerio público no ejerza la acción procesal en el supuesto de que una conducta aparezca como socialmente adecuada⁴⁷.

Resulta claro que: 1º) La teoría de la adecuación social de la conducta está íntimamente vinculada al problema de la antijuridicidad material y a toda la problemática de la relación con los valores en el campo jurídico, de modo tan inescindible que el propio Welzel ha dudado acerca de su naturaleza y la mayoría de los autores siguen aún dudando. La más correcta ubicación entendemos que es la que terminó asignándole Welzel y que coincide con la "tipicidad material" de Gallas (sería su aspecto negativo), que correspondería a un desarrollo de la teoría de la justificación "supralegal", llevada al plano de la tipicidad, o, mejor dicho, tanto esta teoría como la de la justificación "supralegal" serían hijas directas de la concepción material de la antijuridicidad. 2º) La casuística que se incluye en la llamada "adecuación social", se nos revela como un conjunto bastante anárquico de hipótesis, en el que sin lugar a dudas se incluyen casos de limitación a la relevancia típica de la causalidad, como también casos de atipicidad globante, supuestos de justificación y otros que bien pueden ser solucionados con las reglas comunes de interpretación⁴⁸.

393. Los casos de adecuación social. No podemos analizar toda la multiplicidad anárquica de circunstancias que se encierran en la problemática de la adecuación social de la conducta, ni negar

⁴⁴ HOPPE, op. cit., p. 124.

⁴⁵ MÖRDER, HEINZ, *Die soziale Adäquanz im Strafrecht*, Diss., Saarbrücker, 1960.

⁴⁶ KIENAPFEL, DIETHELM, *Körperliche Züchtigung und soziale Adäquanz im Strafrecht*, Karlsruhe, 1961.

⁴⁷ Cfr. PETERS, KARL, *Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip*, en "Fest. f. Welzel", Berlín, 1974, 415 y ss.; GREGORI, GIORGIO, op. cit., pp. 104-111.

⁴⁸ Cfr. JESCHECK, 203; KIENAPFEL, op. cit., p. 98; KLUG, op. cit., p. 262.

que los criterios “teleológicos” utilizados a veces no son más que criterios elaborados remitiendo a su mismo fundamento para interpretar restrictivamente la ley penal⁴⁹, pero es incuestionable, a nuestro juicio, que las lesiones deportivas son típicas conductas imprudentes justificadas y que las “lesiones” quirúrgicas son atípicas cuando se persigue una finalidad curativa. En cuanto a las lesiones, muchas veces la eficacia de la aquiescencia no depende de la adecuación social, sino de los principios constitucionales que hacen al ámbito de privacidad. En la acción de guerra creemos que hay atipicidad⁵⁰, por tratarse del cumplimiento de un deber jurídico. La privación de libertad que todos sufrimos al participar en el tránsito, al viajar en un avión, etc., no es típica, porque se trata de un acuerdo sobre un bien jurídico.

En cuanto a otros ejemplos que proporciona Welzel, la “adecuación social” viene a ser un criterio que limita la tipicidad porque resta típicamente irrelevante la causalidad⁵¹. El más interesante de estos supuestos es el del famoso tío rico, a quien el sobrino aconseja que viaje en avión con la esperanza de que muera y heredarlo y, en efecto, se produce un accidente y muere. Para Welzel la conducta es atípica porque es socialmente adecuado el transporte aéreo⁵². Engisch, en lugar, hace fincar la atipicidad en que no hay una conducta con un resultado inadecuado, por cuanto se trata de un “accidente”⁵³. Lange se basa en que el sobrino no tiene el “dominio de hecho”⁵⁴. Semejante parece ser el criterio de Dohna⁵⁵ y de Hellmuth Mayer⁵⁶ —este último en cuanto al embarazo de la tuberculosa—, pues Dohna argumenta que si el sobrino sabe de un atentado planeado contra el medio de transporte, habrá homicidio. Pregunta entonces, si de pronto el viajar en tranvía cambia su carácter. Welzel sostiene que “por supuesto, si el sobrino aprovecha un atentado de cuyo plan tiene accidental conocimiento, no será socialmente adecuada su conducta”⁵⁷. Cabe preguntarse por qué, porque la respuesta a Dohna no está dada con esto. El mismo Welzel nos da la respuesta cuando trata de la autoría y, en verdad, el fundamento de la tipicidad de la conducta que plantea el Graf zu Dohna se halla en la autoría concomitante⁵⁸. A *contrario sensu*, se deduciría que la razón por la que Welzel niega la tipicidad es que el sobrino no es autor, porque no tiene la “conducción del

⁴⁹ Cfr. WELZEL, 52 (1965), en respuesta a HIRSCH, op. cit.

⁵⁰ Cfr. NIETHAMMER, cit. por HOPPE.

⁵¹ Sobre algunos de ellos, nuestro trabajo cit. en RDP y C.

⁵² WELZEL, 56.

⁵³ ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff*, 165-8.

⁵⁴ LANGE, op. cit. en ZStW, 63 (1951), 471.

⁵⁵ DOHNA, op. cit.

⁵⁶ MAYER, HELLMUTH, 1953.

⁵⁷ WELZEL, loc. cit.

⁵⁸ WELZEL, 105-6.

acontecer causal". En definitiva, el mismo Welzel proporciona una respuesta prescindiendo de su teoría de la adecuación social. Aquí mediaría una delimitación mediante el concepto de "dominio del hecho" o de "posibilidad objetiva de perseguir un fin determinado"⁵⁹.

Roxin considera que en este supuesto hay una "traducción y no producción del riesgo jurídicamente relevante". Reconoce que es un supuesto de producción de riesgo, pero que no tiene relevancia jurídica⁶⁰, y refiere el límite de éste a la "perseguibilidad del fin".

Creemos que en el supuesto que plantea Welzel el problema no es tan complicado, porque el tío del ejemplo presta un acuerdo al viajero y asume el riesgo (por supuesto que el del viaje, no el de un atentado). No obstante, puede suceder que tal supuesto no se dé, como en el caso de incapacidad del viajero. No en todos los casos se podrá solucionar el problema con una referencia al dominio de la causalidad. Creemos que la solución no debe buscarse en la adecuación social de la conducta sino en la consideración social del medio empleado como *inadecuado* para producir el resultado, lo que siempre tendría necesariamente presente el legislador, y que daría por resultado que, prácticamente, no hubiese tipos de formulación absolutamente libre⁶¹. Esta limitación de los medios típicos por la inadecuación social de algunos, nos lleva a considerar a la inadecuación social como un general criterio de interpretación limitador de la prohibición, en lo que parecen coincidir Welzel y Roxin⁶², pero que en modo alguno autoriza a sostener que la causalidad y el dominio de la misma no tienen relevancia típica y a buscar la imputación con abandono de ellos.

394. *Críticas de la teoría y posible aplicación de la misma en el derecho argentino.* Pese a la resonancia que esta teoría tiene —y que no sólo se limita al ámbito del derecho penal⁶³— las críticas que se han levantado contra ella han sido también importantes. Las primeras críticas se debieron a Dohna, quien en general negaba la atipicidad fundada en la adecuación social⁶⁴. H. Mayer sostuvo que esta teoría afecta al principio de reserva y es una introducción del derecho consuetudinario⁶⁵. Más recientemente afirma que lo socialmente adecuado sólo el legislador

⁵⁹ OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin, 1959; como antecedente, HONIG, RICHARD, *Kausalität und objektive Zurechnung*, en "Fest. für Frank", 1930, I.

⁶⁰ ROXIN, *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht*, en "Fest. für Honig", Göttingen, 1970, pp. 73 y ss.

⁶¹ Cfr. supra, 324.

⁶² Cfr. WELZEL, 55; ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 23.

⁶³ Al respecto, ENNECCERUS - NIPPERDEY, op. cit., II, 917 y ss.; HUECK, ALFRED - NIPPERDEY, H. C., *Lehrbuch des Arbeitsrechts*, Berlin, 1955, I, 640; WIEACKER, FRANZ, *Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im Bürgerlichen Recht*, en J, 1957, 535; STOLL, HANS, *Zum Rechtsfertigungsgrund der verkehrsrichtigen Verhaltens*, en JZ, 1958-137; WUSSOW, WERNER, *Die Lehre von der Sozialadäquanz*, en NJW, 1958-891.

⁶⁴ DOHNA, comentario al *Grundriss de WELZEL*, en ZStW, 60 (1941), pp. 287 y ss.

⁶⁵ MAYER, H., 1953, 108.

lo determina⁶⁶. Maurach la rechaza por sus “fluidos límites” y Schönke-Schröder siguen similares argumentos, vinculándola con las causas “supralegales” de justificación⁶⁷.

En general, no nos cabe duda de que los límites de la “adecuación social” son en verdad difusos, como sus mismos partidarios reconocen⁶⁸. No es del todo cierto que esta teoría sea rechazada sólo invocando un sentido formal de la tipicidad, como resultado de un extremado positivismo jurídico⁶⁹, puesto que a algunos de sus contradictores no se los puede calificar de “positivistas”⁷⁰. Muchos casos en que se plantea pueden resolverse con criterios que son del todo independientes de ella (y así lo reconocen sus sostenedores)⁷¹.

No creemos en el fundamento que le encuentra Welzel y que le da una amplitud peligrosa. Afirmar como dogma que la tipicidad implica “relevancia social” es completamente inexacto o carente de fundamento científico. La “relevancia social” o el “desvalor social” de una conducta es independiente de la tipicidad. Mal que le pese a cualquier poder dominante, la valoración o desvaloración en la ética social no depende del acto por el que se desvalora “oficialmente” la conducta. La conducta típica es *para la ley* “socialmente inadecuada”, pero para la sociedad es muchas veces difícil decirlo y, en modo alguno, ello depende de la ley.

Esta posición puede parecer positivista, pero no lo es, porque creemos que puede estar tipificada una conducta sin relevancia social, pero sin que esta tipificación afecte la estructura lógica única que la invalidaría como derecho, esto es, que desconozca al hombre su carácter de *persona*⁷². Si bien este género de tipificaciones será indeseable, no por ello dejará de ser derecho y la conducta será típica aunque no tenga ninguna relevancia social.

En síntesis: a) La relevancia social de una conducta sólo la podemos tomar en cuenta para determinar la tipicidad de la misma, cuando el orden jurídico nos remite expresamente a ella (como los actos “obscenos” del art. 129, concepto que implica una expresa

⁶⁶ MAYER, H., 1967, 65.

⁶⁷ MAURACH, 286; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 10-11; también BERNERT, GÜNTHER, op. cit.

⁶⁸ WELZEL (p. 57) reconoce sus dificultades; también JESCHECK, loc. cit.

⁶⁹ BETTIOL, 317, nota 120.

⁷⁰ No pueden ser calificados de tales el Graf zu Dohna y Maurach.

⁷¹ Cfr. WELZEL, idem; JESCHECK, loc. cit.

⁷² Sobre esto WELZEL, *Macht und Recht*, en “Fest. für Hugelmann”, Aalen, 1959 (traducción castellana de A. Garzón Valdez en Welzel, *Más allá del Derecho natural y del Positivismo jurídico*, Córdoba, 1962, 64-5).

remisión a valores ético-sociales) o cuando lo hace tácitamente (los tipos culposos en los supuestos en que la violación de la reglamentación no necesariamente implica la violación del deber de cuidado)⁷³.

β) No obstante, también podremos tomarla en cuenta cuando el orden jurídico nada nos dice a su respecto, porque el principio general de que parte Welzel es aceptable *con vigencia residual*: siempre que el orden jurídico no otorgue especial relevancia jurídica a una conducta, cabe entender que su relevancia jurídica coincide con la relevancia ético-social de la misma. Así, no cabe duda de que el adulterio no es bien visto socialmente, pero ello no implica que esté ético-socialmente considerado como un delito en nuestros días. No obstante, nada nos autoriza a no considerarlo un injusto penal dentro de nuestro orden jurídico que lo tipifica como tal.

De cualquier forma, los casos de remisiones expresas o tácitas a las valoraciones ético-sociales son en general reglas de interpretación que corresponden a la tipicidad legal, para determinar el alcance del tipo objetivo. Por ende, los supuestos que incluimos en α serían en general problemas que corresponden a la tipicidad legal y las valoraciones ético-sociales serían criterios para determinar la tipicidad legal objetiva de una conducta.

Distinto es el alcance de los supuestos que incluimos en β, porque aquí hay un correctivo que tiene lugar recién cuando se plantea la consideración conglobada de la norma. Es en el marco de la tipicidad conglobante donde se halla la remisión a la ética social, que en tanto sea usada para restringir el ámbito de lo prohibido, no genera problemas para la seguridad jurídica⁷⁴. El conocido dicho de Goethe, *ubi homines sunt, modi sunt*, caracteriza la infinita variedad de valoraciones humanas⁷⁵ y con ello se afirma la necesidad en que se encuentra el orden jurídico de remitir a las pautas sociales de conducta, lo que le viene impuesto por la naturaleza de las cosas y, siempre que la remisión sea impuesta por la naturaleza de las cosas, el *nullum crimen sine lege* no estará violado.

De cualquier manera, esta segunda expresión de la teoría de

⁷³ Cfr. supra, § 362.

⁷⁴ Cfr. GALLAS, op cit. No obstante, cabe tener en cuenta que hay un gran peligro en la reversión del argumento. Así como GALLAS pretende limitar al tipo "formal" con un concepto de tipo "material", lo que en principio no es objetable, ROXIN toma la senda inadmisible de ampliar el concepto "formal" valido del "material" (*Täterschaft und Tatherrschaft*, 618).

⁷⁵ KIENAPFEL, DIETHELM, op. cit., p. 121.

la adecuación social de la conducta se vuelve muy dudosa en el marco de una consideración conglobada de la norma, porque casi no se nos ocurren casos en que la misma pueda hallar aplicación práctica. Si antes de buscar el fundamento de la atipicidad en el orden ético-social, el intérprete debe agotar la investigación de la adecuación jurídica de la conducta, al menos en la inmensa mayoría de los casos hallará la adecuación social como jurídicamente reconocida. Así será una acción *jurídicamente* adecuada el expendio de bebidas alcohólicas y, salvo casos extremos, no colocará en posición de garante al mozo del despacho respecto del parroquiano que luego causa un accidente de tránsito, desde que hay disposiciones administrativas que autorizan y gravan ese expendio, lo reglamentan, hay leyes laborales y sindicatos reconocidos de empleados, hay convenios colectivos de trabajo, etc. Igualmente, será jurídicamente adecuado el manejo de los negocios, aunque su resultado fuere catastrófico, cuando se haya mantenido dentro del marco de lo usual, adecuación que se deduce parcialmente de las mismas leyes mercantiles, que, por otro lado, también remiten expresamente a los usos y costumbres comerciales.

Respecto del bien jurídico integridad física o corporal, puede decirse que la adecuación social de ciertas conductas hace que la aquiescencia asuma la forma de acuerdo, es decir, de disposición del mismo por parte del titular, pero, en estos casos, creemos que tampoco es necesario apelar a la adecuación social para fundar la adecuación jurídica —o sea, su atipicidad penal—, porque la misma surge como resultado de la consideración conglobada de la norma. El corte de cabello y de barba constituyen lesión para la teoría germana dominante⁷⁶ —y no hay razón para que no lo sea entre nosotros—, en tanto que la opinión anterior se basaba en el requisito de “dolor” en la lesión⁷⁷. Suprimido este requisito (o admitido el “dolor psíquico”) la conducta de cortar cabello o barba será típica de lesión (§ 223 del C. alemán, similar al 89 argentino).

Bettiol afirma que plantear este supuesto como caso de adecuación social es “bizantinizar”⁷⁸, en lo que tiene razón en cuanto al código italiano respecta: éste sanciona la “lesión personal de que deriva una enfermedad (*malattia*) en el cuerpo o en la mente” (art. 582). Pero la redacción del código alemán es diferente: “quien con dolo maltrata físicamente a otro o le daña su salud” (§ 223). Esta última se asemeja a nuestra definición legal, que no requiere “enfermedad” sino que sólo requiere un daño “en el cuerpo” o “en la salud” (art. 89). No se nos es-

⁷⁶ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 1084; FRANK, *StGB*, 1931, 430; LISZT-SCHMIDT, 24ª ed., 1922, p. 323; MAURACH, *Bes. Teil*, 1969, 89.

⁷⁷ Así, BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Bes. Teil*, Leipzig, 1902, I, pp. 42-3.

⁷⁸ BETTIOL, 316. Así lo entendíamos en n. trabajo cit. en RDP y C.

capan las dificultades que apareja la consideración del corte de cabello o barba como lesión, pero *de lege lata* no creemos que corresponda otra solución.

De cualquier forma, queda claro que la conducta del peluquero que ejerce su oficio es jurídicamente adecuada por conglobantemente atípica, puesto que la consideración de la norma que prohíbe lesionar, conglobada en el orden normativo, donde hay otras normas que reglamentan las instalaciones de los locales de peluquería, establecen normas de higiene, pagos de impuestos, reconocen las respectivas asociaciones profesionales, fomentan el corte o cuidado del cabello como norma de higiene y lo imponen en los cuerpos militarizados, etc., dejan en claro que el ejercicio de la referida actividad queda fuera del alcance prohibitivo de la norma que permanece antepuesta al art. 89 del CP.

A la señalada limitación del ámbito de la teoría, cabe agregar el "principio de la insignificancia", que no se deduce de la misma, sino de la función que cumple todo el derecho y, por ende, el derecho penal como parte del mismo. Este principio le sustrae múltiples casos que se resolverían por vía de la teoría de la adecuación social, como el de los presentes de uso para los empleados públicos (la propina para el cartero en Navidad, por ejemplo).

En síntesis, resulta que empleando el concepto de tipicidad conglobante como correctivo del ámbito de la tipicidad legal, y considerando al principio de la insignificancia como parte de la misma, el ámbito de la teoría de la adecuación social de la conducta quedaría reducido a límites muy estrechos y, en cierta forma, creemos que casi resultaría innecesaria, aunque esta conclusión requeriría una investigación más profunda de la cuestión frente a las disposiciones del derecho positivo argentino⁷⁹.

395. El error sobre la adecuación social. El error acerca de las circunstancias que hacen que una conducta sea socialmente adecuada, al igual que sobre la adecuación social misma, fue considerado por los partidarios de esta teoría cuando ubicaron a la adecuación social entre las causas de justificación⁸⁰ y como error de tipo cuando la consideraron causa de atipicidad⁸¹.

Klug distingue entre "congruencia social" y "adecuación social". Por "congruencia social" (*Sozialkongruenz*) entiende la característica de una conducta que "la ética social ordena o que permite a causa de su irrelevancia social", en tanto que "socialmente adecuada es, por el contrario, una conducta que está permitida, pero no por su irrelevancia

⁷⁹ También RAMOS MEJÍA le reconoce un papel bastante secundario en nuestro derecho y, en cierto sentido, no autónomo (*El derecho penal y la acción socialmente adecuada*, en NPP, 1974, 181 y ss.).

⁸⁰ HOPPE GERHARD, op. cit., pp. 124-6.

⁸¹ NIESI, *Streik und Strafrecht*, Tübingen, 1954, 32.

ética, y que al mismo tiempo no está ordenada”⁸². A la primera la considera causa de atipicidad y a la adecuación social causa de justificación. Entre las primeras ubica al derecho de corrección física de los padres y entre las segundas a las lesiones deportivas. Conforme a esta doble ubicación, el error sobre *Sozialkongruenz* sería error de tipo y, sobre la adecuación social, error de prohibición⁸³. Welzel lo considera error de prohibición⁸⁴.

Si entendemos a la adecuación social como las necesarias remisiones tácitas o expresas que formula el legislador para precisar el alcance de la tipicidad objetiva, queda claro que el error a su respecto será un error de tipo. El que cree utilizar un medio de propaganda que en realidad resulta un engaño con entidad estafatoria, no tiene dolo de estafa; el que saluda con un gesto usual en su país y que aquí es injuria, cosa que ignora, no tiene dolo de injuria.

En lugar, en los casos en que la adecuación social se tradujese en un correctivo proveniente de la ética social al alcance mismo de la norma, se trataría de un error de prohibición. En este último supuesto —y admitiendo la posibilidad de que haya casos de esta naturaleza— la problemática del error a su respecto sería la misma que la del error sobre la tipicidad conglobante, es decir que, por ser errores sobre el alcance prohibitivo de la norma y no sobre elementos que están requeridos por el tipo objetivo, serían errores de prohibición⁸⁵.

III. — LA ATIPICIDAD CONGLOBANTE RESULTANTE DEL MANDATO DE LA CONDUCTA REALIZADA (CUMPLIMIENTO DE UN DEBER JURÍDICO),

396. Precisión de la diferencia entre atipicidad y justificación. Toda vez que por tradición se considera que el cumplimiento de un deber jurídico es una forma de justificación, se hace necesario insistir aquí en las diferencias que median entre la atipicidad y la justificación, para poder demostrar que su naturaleza es la de una causa de atipicidad conglobante.

Las relaciones entre la tipicidad y la antijuridicidad se reflejan necesariamente sobre sus respectivos aspectos negativos. Hemos visto que *tipicidad penal implica antinormatividad*, o sea, contrariedad con la norma prohibitiva, fundamento de la naturaleza indiciaria del tipo penal.

Cualquiera sea el enunciado de la norma antepuesta al tipo (enunciado prohibitivo o preceptivo), éste se traduce en una norma

⁸² KLUG, ULRICH, op. cit. en “Fest. für Eb. Schmidt”, 262.

⁸³ Ídem, 264-5.

⁸⁴ WELZEL, 168.

⁸⁵ Cfr. infra § 494.

prohibitiva. Los enunciados preceptivos no son más que formas particulares de normas prohibitivas (la inversa no es exacta)⁸⁶. La contrariedad con la norma prohibitiva es la *antinormatividad*⁸⁷. El juicio de tipicidad penal implica el juicio de *antinormatividad*, pero no el de *antijuridicidad*⁸⁸, que es el resultado del juego armónico y coherente de *normas prohibitivas y preceptos permisivos*⁸⁹.

Como consecuencia de este planteo positivo, surgen las siguientes consecuencias en el caso negativo:

1) Una conducta puede ser atípica y antijurídica: así, como es antijurídico y atípico el incumplimiento de un contrato, puede serlo la conducta que es atípica por un error de tipo y, por ende, dar lugar a acciones civiles, administrativas, etc.

2) Una conducta puede ser típica y justificada: un homicidio en legítima defensa, por ejemplo.

3) Una conducta puede no haber sido nunca antijurídica, por no haber sido nunca antinormativa.

4) Una conducta puede ser atípica y justificada. Como no toda la antinormatividad tiene relevancia penal, una conducta puede ser antinormativa y estar amparada por el ejercicio de un derecho.

Los supuestos 3 y 4, en general no interesan al derecho penal, salvo respecto del caso 4 para que no sea considerada "ilegítima" la agresión en la legítima defensa; y en el caso 3 el supuesto de cumplimiento de un deber jurídico.

397. Crítica de la consideración del cumplimiento de un deber jurídico como causa de justificación. Es ampliamente mayoritario el criterio según el cual el cumplimiento de un deber jurídico es causa de justificación⁹⁰.

El inc. 4º del art. 34 CP declara "no punible" al "que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de un derecho, autoridad o cargo".

⁸⁶ En contra, Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, p. 669.

⁸⁷ Cfr. WELZEL, 50.

⁸⁸ Cfr. WELZEL, 51; KAUFMANN, ARMIN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, Normologik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954, p. 248.

⁸⁹ Cfr. WELZEL, ídem.

⁹⁰ NÚÑEZ, I, 400; Manual, 193; SOLER, I, 317; FONTÁN BALESTRA, II, 101; ARGIBAY MOLINA y col., I, 247; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 285; GAITÁN MAHECHA, 129; MENDOZA, T., II, 69; PORTE PETIT, 496; VILLALOBOS, IGNACIO, op. cit., 343; BRUNO, AN BAL, *Direito Penal, Parte Geral*, Rio de Janeiro, 1967, II, p. 7; FRAGOSO, 201; MERLE, ROGER - VITU, ANDRÉ, *Traité de Droit Criminel, Problèmes généraux*, Paris, 1967, p. 297; Terán Lomas, I, 358.

Este inciso tiene origen en el Código penal español de 1870, que con un texto similar sigue vigente en España, y fue introducido en nuestra legislación penal en el Código de 1886, art. 81, inc. 7º (el código de Tejedor no contenía el cumplimiento de deber jurídico). Posteriormente estuvo incluido en el proyecto de Villegas, Ugarriza y García, como art. 93; en el de 1981, como art. 59, inc. 10; en el de 1906, como art. 41, inc. 5º; en el de 1917, con la numeración actual; en el de 1937, como art. 15, inc. 2º; en el de 1951, como art. 23; en el de 1953, como art. 26; en el de 1960, como art. 14; en el de 1974, como art. 6º, inc. 5º, y en el de 1979, como art. 11.

La doctrina española también considera al cumplimiento de un deber como causa de justificación⁹¹.

El inciso 4º del art. 34 se debe descomponer en tres partes⁹²:
 α) cumplimiento de un deber; β) ejercicio legítimo de un derecho; γ) ejercicio legítimo de autoridad o cargo. El segundo es un enunciado general de justificación, del que luego nos ocuparemos; de momento nos ocupan el primero y el tercero, en cuanto sea cumplimiento de deber jurídico.

La doctrina alemana parece considerar también el cumplimiento de un deber como causa de justificación.

Maurach destaca que, dada la estructura de las causas de justificación, que la conducta provenga del ejercicio de un derecho o del cumplimiento de un deber, no tiene ninguna relevancia⁹³. En igual sentido se pronuncia Jescheck⁹⁴.

La doctrina alemana se detiene a analizar el problema de la "colisión de deberes", que es un caso extremo de cumplimiento de un deber (que puede ser causa de inculpabilidad), y del que nos ocuparemos seguidamente. Dado el tratamiento que a la "colisión de deberes" dan, se deduce que su orientación se halla inclinada a considerar al cumplimiento de un deber jurídico como causa de justificación.

Conforme a este punto de vista, las conductas del soldado que mata en acto de guerra, la del verdugo, la del oficial de justicia que se apodera de un objeto embargado y la del agente de policía que detiene al autor de un delito, serían homicidios, hurto y pri-

⁹¹ Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, 1963, 387 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, 488 y ss.; DEL ROSAL, I, 798 y ss.; CUELLO CALÓN, EUGENIO, op. cit., 1968, 370 y ss.; CÓRDOBA - RODA - RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, 360 y ss.

⁹² Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, 488.

⁹³ MAURACH, 301.

⁹⁴ JESCHECK, 267.

vacación de libertad “justificados”. Por nuestra parte, nos parece que semejante afirmación es una exageración y que el *cumplimiento del deber jurídico es una circunstancia que excluye la tipicidad penal de la conducta*.

Fundamentamos nuestro aserto en el proceso gestatorio del tipo y en la relación en que se hallan la antinormatividad y la antijuridicidad. Hace ya mucho que Binding afirmaba que la antijuridicidad y la contrariedad al deber se equiparaban⁹⁵, y ello no puede ser sino el resultado de que la contrariedad al deber implica la violación de una prohibición o equivale a la misma. También Binding afirmaba la identidad del objeto del desvalor y del objeto de la norma, en tanto que cada norma nos exhibe un desvalor⁹⁶. Hasta hoy no pueden negarse estas afirmaciones y el contenido de desvalor de la conducta se deriva claramente de la contrariedad de esa conducta con la norma (la antinormatividad).

Hay una norma que da origen al tipo y que es contravenida por la conducta que se adecua al tipo. El tipo se gesta en base a esa norma. Por ende, existe una cantidad de normas jurídicas, algunas de las cuales dan origen al tipo, y éstas son sólo algunas de las normas jurídicas prohibitivas, porque el tipo no toma en cuenta las normas o preceptos permisivos. El precepto permisivo no entra en colisión con la norma, sino que la recorta, de tal manera que la conducta antinormativa no llega a ser antijurídica. Se trata de una armonía entre norma prohibitiva y precepto permisivo.

Pero las normas tampoco pueden entrar en conflicto entre sí. Todo conflicto de normas prohibitivas no es más que un conflicto “aparente”, que se resuelve en el campo de la “normatividad”.

En efecto, los “conflictos de normas” parecen dar la impresión de que pueden existir dos normas con sus correspondientes valoraciones contradictorias acerca de un mismo objeto (una misma conducta en una misma situación). Si esto puede o no suceder no lo podemos saber empíricamente, porque resolvemos los aparentes “conflictos de normas” partiendo de que esto es imposible, o sea, del principio de “impenetrabilidad normativa”. El principio de impenetrabilidad normativa funciona de la misma manera que el principio de impenetrabilidad físico, que, a poco que meditemos, veremos que tam-

⁹⁵ BINDING, *Normen*, II, 231.

⁹⁶ BINDING, *Normen*, I, 357. Sobre ello KAUFMANN, ARMIN, *Normen-theorie*, 74 y ss.

poco pasa de ser un principio lógico necesario y, en modo alguno, es el resultado de una comprobación física ⁹⁷.

Por otra parte, el orden jurídico no puede ser un montón de normas que se desconocen entre sí, porque es precisamente un "orden", y por ello es susceptible de una indagación científica y de una explicitación por vía analítica. De lo contrario sería el ejercicio de la arbitrariedad en la contradicción y su aspiración de orden "ético" quedaría destruida. Es de la naturaleza del fenómeno jurídico de donde surge la imposibilidad de aceptar semejante contradicción. Las normas se comportan armónicamente entre sí, y si así no fuera, lo que hubiese en nuestro campo de conocimiento no sería derecho, porque no sería susceptible de ser explicado y, por ende, internalizado o comprendido. El legislador no es un ciego en una pinacoteca, sino que construye los tipos a partir de normas que funcionan armónicamente en el campo de la "normatividad". Como lógica consecuencia de este funcionamiento armónico, es imposible concebir que una norma ordene lo que otra prohíbe o viceversa, vale decir, que algo esté a la vez prohibido y ordenado, que algo sea valorado y desvalorado.

La no contradicción de las normas es un presupuesto de validez de la ley, al igual que lo es la validez temporal, espacial o constitucional ⁹⁸.

Conforme a lo expuesto, concluimos en que hay dos clases de limitaciones a la antijuridicidad:

1º) La que deriva de la naturaleza del derecho como orden con aspiración ética, que se cumple por el necesario funcionamiento armónico de las normas prohibitivas, en el campo de la "normatividad".

2º) La que se deriva de los preceptos permisivos, en un terreno extraño al de la "normatividad" (justificación).

Las limitaciones de la primera categoría hacen que queden fuera de la antijuridicidad las conductas que tienen lugar en función del cumplimiento de un deber jurídico; pero no sólo quedan fuera de la antijuridicidad, sino que también quedan fuera de la antinormatividad y, por ende, tales conductas no pueden ser jamás típicas, ya que el legislador las dejó fuera de la norma prohibitiva que permanece antepuesta al tipo penal (de lo contrario se admitiría la contradicción normativa).

⁹⁷ Cfr. RUSSELL, BERTRAND, *Atomismo lógico*, en "El positivismo lógico", México, 1963, 43.

⁹⁸ Sobre condiciones de validez, KAUFMANN, ARMIN, *Normentheorie*, 97-8.

Consideramos, de este modo, que es inexacta la afirmación de que el cumplimiento de deber jurídico es causa de justificación, y la consiguiente de que es indiferente que la conducta conforme a derecho lo sea en virtud de un precepto permisivo o de una norma preceptiva enunciada.

Cabe destacar al respecto que la doctrina germana no siempre consideró que era indiferente el precepto permisivo y la norma preceptiva. Beling distinguía entre conductas justificadas e “irrelevantes”, pero era a otros efectos y, precisamente, la conducta debida resta mucho de ser “irrelevante”. Años después, Baumgarten también distinguió entre la acción ordenada, permitida, no prohibida, desaprobada y prohibida⁹⁹.

Entendemos que la solución que por esta vía proponemos tiene la ventaja de evitar el absurdo de considerar las conductas de los obligados como conductas típicas justificadas. No deja de ser inconcebible que la conducta del policía que detiene a un delincuente sea una privación de libertad justificada, o que el soldado mate justificadamente en el campo de batalla, o que el que cumple un mandato judicial cometa una violación justificada de domicilio.

Si las causas de justificación obedecieren al sistema “regla-excepción” quizá fuese correcto considerar el cumplimiento del deber jurídico entre ellas, pero, reemplazada dicha antinomia por la de “norma prohibitiva-precepto permisivo”, es imposible seguirle otorgando la misma consideración.

398. La llamada “colisión de deberes”. Se considera en general que la colisión de deberes es un supuesto de justificación (incluido el estado de necesidad justificante) sin perjuicio de que en el supuesto de colisión de deberes equivalentes, se trate de un caso de inculpabilidad (estado de necesidad inculpante)¹⁰⁰. Es decir que se afirma que el estado de necesidad inculpante se da cuando colisionan bienes o deberes, esto último en forma tal que el orden

⁹⁹ V. BELING, *D. L. vom Verbrechen*, 128, 168; BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, 1911, p. 30; también BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, 765; sobre los primeros, KERN, EDUARD, *Grade der Rechtswidrigkeit*, en ZStW, 64 (1952), 255-291 (256-8).

¹⁰⁰ JESCHECK, 406; MAURACH, 335; WELZEL, 91; GALLINO YANZI, *La antijuridicidad y el secreto profesional*, Bs. As., 1972, 62; sobre la distinción entre la colisión de deberes equivalentes y de distinto rango, v. WEBER, H., *Die Pflichtenkollision im Strafrecht*, en “Fest. für Kiesselbach”, 1947, 23; GALLAS, W., *Pflichtenkollision als Schuldausschlussgrund*, en “Fest. für Mezger”, 1954, 311.

jurídico no indique cuál es el deber preponderante ¹⁰¹, afirmándose que al hombre que se encuentra en semejante dilema no puede el orden jurídico formularle ningún reproche, sea cual haya sido su decisión ¹⁰².

Se suele definir a la colisión de deberes como la oportunidad en que "dos (o más) deberes se hallan encontrados en la situación concreta, de modo que no pueda satisfacerse ninguno de ellos sin la lesión del otro" ¹⁰³.

Jescheck dice que hay una colisión de deberes "cuando alguien puede cumplir un deber jurídico que le obliga sólo a costa de otro deber jurídico igualmente obligante, en que la lesión al deber que él debe violar configura una acción u omisión amenazada con pena" ¹⁰⁴. Conforme a esta definición critica a Mezger-Blei ¹⁰⁵, que limita la situación a los casos en que se infringe un deber para cumplir con otro, porque puede darse el caso en que alguien cumpla con un tipo penal por un hacer activo, para satisfacer un deber jurídico colisionante, habiendo allí una colisión de deberes. Ejemplifica en el caso del médico que lesiona el secreto profesional para evitar el peligro de una infección. Creemos que tiene razón Jescheck, porque no hay causa para reducir las hipótesis a los casos en que las normas están enunciadas preceptivamente. Lo que en definitiva se pretende, es que hay situaciones en que el sujeto se halla frente a dos posibilidades de conducta, pero cualquiera que elija será prohibida. Por nuestra parte, entendemos que esas situaciones no existen.

Múltiples distinciones se han formulado dentro de la colisión de deberes ¹⁰⁶, siendo significativa la crítica que Stratenwerth formula a la consideración de que hay conflictos aparentes y reales, concluyendo en que ambos deben ser resueltos por los mismos principios, ya que, "o bien un deber limita al otro o debe preferírsele" ¹⁰⁷. No obstante, Stratenwerth dirige sus esfuerzos a la colisión de deberes inculpante y deja por supuesto que el caso de sacrificio del bien menor es un supuesto de justificación.

Queda claro que la diferencia fundamental entre la colisión de deberes y el estado de necesidad justificante, radica en que en la

¹⁰¹ BOCKELMANN, 126; OTTO, HARRO, 139.

¹⁰² BOCKELMANN, 127; HEINRICH END intenta solucionar la colisión de deberes apelando al pensamiento de JASPERS (*Existentielle Handlungen im Strafrecht*, München, 1959).

¹⁰³ STRATENWERTH, 144.

¹⁰⁴ JESCHECK, loc. cit.

¹⁰⁵ MEZGER-BLEI, 140.

¹⁰⁶ Sobre ello, OTTO, HARRO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, Hamburg, 1965.

¹⁰⁷ STRATENWERTH, loc. cit.

primera el autor debe "lesionar" un deber de obrar o de omitir¹⁰⁸, en tanto que en el estado de necesidad común, si no actúa u omite, no lesiona ninguna norma. El pasar por alto esta circunstancia diferencial, sin percatarse de la misma, es lo que hace que se considere "colisión de deberes" al simple estado de necesidad, en el que nunca hay una "colisión de deberes", sino, a lo más, una aparente colisión entre un permiso y un deber. La "colisión de deberes", de existir, siempre será un problema normativo, es decir, de tipicidad penal y, concretamente, de tipicidad conglobante.

La colisión de deberes, tal como la plantea la doctrina germana, a poco andar se nos esfuma. No puede haber colisiones de deberes "de igual jerarquía": siempre un deber primará sobre el otro. La mayor o menor dificultad para desentrañar cuál es el deber que prima sólo puede tomarse en cuenta para los efectos del posible error de prohibición del agente, pero esta dificultad no puede implicar que se acepte que el orden jurídico ordene hacer lo que prohíbe hacer. Si hubiese un conflicto de normas de esa naturaleza, una de ellas no sería válida.

Kant dijo con toda claridad que no pueden colisionar dos deberes de esta forma, pues siempre subsiste el que obliga más fuertemente. Fue así que no concebía la colisión de deberes y obligaciones, no obstante lo cual advertía que dos principios podían oponerse, agregando que "la filosofía práctica no dice que la obligación más fuerte vence, sino que el principio de obligación más fuerte subsiste"¹⁰⁹. Con ello venía a afirmar, pues, que no es posible la "colisión de deberes", como no sea en el sentido de apariencia.

No obstante, del mismo Kant es de donde se pretenden extraer los argumentos en que se funda contemporáneamente la tesis que admite la "colisión de deberes" en sentido estricto. Kant no admitía la mediatización del hombre y, por consiguiente, no podía jamás considerar justificada la conducta del que mata para no morir. "La máxima del derecho de necesidad —escribió— es ésta: *la necesidad carece de ley*; y sin embargo, no puede haber necesidad que haga legal la injusticia"¹¹⁰.

Partiendo de esta premisa, es decir, de que el hombre debe ser tratado como un fin en sí mismo y nunca como un medio, se sostiene que en aquéllos casos en que colisionan vidas humanas, jamás

¹⁰⁸ Cfr. JESCHECK, 406; MAURACH, 335-6; JANSEN, *Pflichtenkollisionen im Strafrecht*, 1930, p. 10.

¹⁰⁹ KANT, *Principios metafísicos del derecho*, Bs. As., 1974, p. 33.

¹¹⁰ Idem, p. 45.

pueden ser considerados conforme al derecho. De este modo, se dice que cuando un padre se halla en un incendio y tiene la posibilidad de salvar sólo a uno de sus dos hijos, actúa sólo inculpablemente si hace esto. En el caso de los médicos que en la época nazi se vieron forzados a elegir de entre sus pacientes a un grupo que sería eliminado, porque de lo contrario hubiesen sido todos eliminados, también se consideró que era un caso de inculpabilidad¹¹¹.

Incluso en este último caso se dijo que no había tal inculpabilidad, sino sólo una causa que eliminaba únicamente la punibilidad del delito. Así lo entendió el tribunal de Colonia, que los declaró libres por una causa personal de exclusión de pena. El tribunal reconoció "que hay situaciones en que no hay lugar para una reacción criminal, aún cuando el autor haya actuado antijurídica y culpablemente. La situación conflictiva y la dificultad de la decisión correcta, podría ser de tal naturaleza, que no aparezca ya como justificado un castigo criminal". Peters ha defendido esta posición¹¹², fundándose en que la conducta de los médicos era contraria a la ética y, por consiguiente, culpable. Afirma que la exclusión de la culpabilidad no cabe cuando se trata de conductas contrarias a la ética, con lo que parece entrar en una confusión entre la ética y la culpabilidad penal¹¹³.

Se agregan otros ejemplos similares tales como el del escalador que ve a sus dos compañeros pendiendo de una cuerda a punto de cortarse y arroja un cuchillo al que está más arriba, que corta la cuerda por debajo de él, evitando que se corte por sobre sí, salvando así su vida a costa de la del otro¹¹⁴. También se menciona el ejemplo del capitán del buque que naufraga y sólo puede salvar a una parte de los pasajeros, pero debe dejar perecer al resto; o el del médico llamado por un paciente grave, que presta asistencia en el camino a un accidentado también grave, hallando muerto a su paciente al llegar a destino¹¹⁵.

En todo estos ejemplos, el peligro no lo introduce el que actúa, sino que el peligro ya existe y el que actúa no hace más que evitarlo respecto de algunos. Pero también hay casos que suelen plantearse como inculpabilidad, en que el sujeto desvía el peligro sobre terceros que no estaban en peligro. Tal es el caso del guarda-agujas

¹¹¹ WELZEL, 184.

¹¹² PETERS, KARL, *Zur Lehre von den persönlichen Strafausschlussgründe*, en JUR, 1949, pp. 496-500.

¹¹³ PETERS, KARL, *Die Tötung von Menschen in Notsituationen*, en JUR, 1950, pp. 742-746 (746).

¹¹⁴ WELZEL, 185.

¹¹⁵ GALLINO YANZI, CARLOS, op. cit., p. 108.

que, viendo avanzar un tren repleto de pasajeros a gran velocidad hacia un tren de carga detenido, desvía hacia una vía muerta el tren de pasajeros, donde causa la muerte de dos operarios que estaban allí trabajando.

Podemos agregar a este último ejemplo, el de un comandante militar que, previendo la acción enemiga sobre una población y no pudiendo impedirla, logra despistar al enemigo y hacer que su acción se dirija sobre una zona menos densamente poblada. Igualmente, creemos que la llamada "pena de muerte" no es una pena y que en nuestro sistema de derecho penal común y de derecho penal militar en tiempo de paz es inconstitucional, pero no podemos negar que puede ser necesaria en el derecho penal militar en tiempo de guerra o de necesidad terribleísima^{115 bis}, no quedándole en una eventualidad semejante al tribunal militar otra alternativa que imponerla para ejemplarizar y conseguir un principio de orden que de otro modo costaría incontables vidas humanas.

En todos estos casos se puede ver —con mayor o menos claridad, pero siempre presente— el deber jurídico por parte del que actúa. El padre cumple con su deber de salvar al hijo, los médicos con el de salvar al mayor número, el escalador con el de prestar auxilio, el capitán con el de salvar a los naufragos, el médico con el de asistir al accidentado, el guarda-agujas con el de evitar la catástrofe, el comandante militar con el de salvar la ciudad y el tribunal militar con el de evitar el tumulto asesino. En cualquiera de estos casos, si los autores no hubiesen procedido de esta manera, serían penados, porque habrían violado gravemente su deber jurídico. Sin embargo, se pretende que en todos ellos, cumpliendo con el deber, los autores han actuado antijurídicamente.

Así —y tomemos al azar el ejemplo del escalador— si no hubiese arrojado el cuchillo, permitiendo que mueran ambos compañeros, no dudaríamos en afirmar —según el punto de vista que se adopte— que hubiese incurrido en una omisión de auxilio o en un homicidio por omisión. Cuando lo hace, insistimos en que incurrió en el mismo injusto, sólo que no se lo podemos reprochar. Esta explicación es a todas luces insuficiente, porque no se puede explicar cómo el derecho puede consagrar como deber jurídico la comisión de un injusto, porque cualquiera de ambas conductas es un injusto.

^{115 bis} Sobre casuística y límites, Zaffaroni - Cavallero, *Derecho Penal Militar*, Bs. As., 1980, pp. 122 y ss.

El planteamiento que pretende que en la particular circunstancia del autor convergen dos normas igualmente obligatorias, pasa por alto que la circunstancia es *única, siendo lo único plural las normas*, y la conducta de un sujeto en *una* situación dada, no puede estar regulada por dos normas incompatibles, porque el derecho sería contradictorio.

Por otra parte, el fenómeno más grave que se pasa por alto es que todos los autores a que nos hemos referido, *han cumplido con el deber jurídico*, porque el deber jurídico sólo es tal en tanto exista la posibilidad física de cumplirlo: *ultra possee nemo obligatur*. Si el derecho no puede ordenar lo que es imposible hacer, o prohibir lo que es imposible evitar, no podemos tener duda respecto de que los autores de los ejemplos cumplieron con sus respectivos deberes.

La objeción que se alza contra esta argumentación es que en todos estos casos, los autores han usado a seres humanos como medios, y un hombre nunca puede ser tratado como un medio, ni siquiera para salvar la vida de otros hombres¹¹⁶. No obstante, si miramos un poco más a fondo la cuestión, no tardaremos en caer en la cuenta de que detrás de todo este argumento bastante confuso, lo que sucede es que, *si alguien ha usado al hombre como medio, fue el orden jurídico mismo*, que erigió en deber jurídico lo que luego pretende que es antijurídico por parte de quien lo cumple.

Se trata en todos estos supuestos de conductas ordenadas en situaciones extremas, en que no queda otra alternativa, dada la circunstancia límite que se ofrece. El orden jurídico se encuentra entre dos fuegos y ordena —erige— en deber jurídico una de las conductas. Lo hace en una situación de inexigibilidad, en un extremo en que no puede hacer otra cosa que crear ese deber jurídico. Pero esa situación de falta de alternativa en que se encuentra el legislador mismo, no la puede trasladar al obligado por él, sino que debe cargarla sobre sí y *admitir que en esos extremos está ordenando una conducta contraria a la ética, porque no le queda otra alternativa*, no pudiendo nadie reprochárselo por lo gravemente conflictivo e inevitable de la situación que regula.

Desde esta óptica el problema se verá más claro: *no es el obligado el que obra inculpablemente, sino el legislador al crear el deber jurídico*.

Si pensamos en lo absurdo que sería pretender amparar en la

¹¹⁶ Tal el argumento kantiano de WELZEL, p. 178.

legítima defensa de terceros, a quien diese muerte al comandante militar que trata de salvar la ciudad, al capitán que trata de salvar a los naufragos, al padre que trata de salvar al hijo, al guarda-agujas que trata de impedir la catástrofe, veremos claramente que todos ellos estaban actuando conforme a derecho, y no puede ser de otro modo, puesto que todos estaban cumpliendo sus deberes.

Por supuesto que no es análogo el caso del que trata de salvar su propia vida a costa de la ajena. En el supuesto del escalador, el que cumple con su deber es el que arroja el cuchillo, pero el que corta la cuerda para salvar su vida no lo hace en cumplimiento de ningún deber, como tampoco cumple ningún deber el naufrago que le arrebatara la tabla al otro naufrago en el famoso ejemplo de la "tabla de Carneades". Allí sí que a quien se le presenta la situación de inculpabilidad es al propio autor y nadie que no tenga un vínculo con él puede ayudarlo. Este es el verdadero estado de inculpabilidad para el sujeto, que si no actúa de ese modo, sufre las consecuencias materiales de su conducta, pero no hay sanción alguna, porque no le incumbe el deber de salvarse ni mucho menos.

Entendemos que no hay dudas de que los actos lícitos pueden ser obligatorios o facultativos¹¹⁷. Admitido esto dentro de una teoría verdaderamente trimembre del delito, la cuestión de la colisión de deberes sólo puede discutirse en el plano de la normatividad o antinormatividad, es decir, dentro de la tipicidad conglobante, so pena de poner en cuestión la racionalidad de todo el orden jurídico—que es de la esencia del derecho— o de la actividad legislativa del Estado, que es de la esencia del principio republicano de gobierno.

La cuestión que tratamos se vincula con una gran disputa escolástica. Cuando Santo Tomás explicaba las contradicciones en que el relato bíblico entraba frente a la ley divina, en los supuestos en que Dios aparece ordenando actos contrarios a su propia ley, acudió a lo que técnicamente llamaríamos hoy atipicidad, es decir, que sostuvo que la conducta ordenada quedaba fuera de la norma en razón de que cambiaba el fin de la misma, salvando desde este ángulo la racionalidad del relato bíblico¹¹⁸. Duns Escoto, por su parte, sostenía que se trataba de un orden particular que se apartaba de la Ley y que el fin de la conducta, por mucho que estuviese ordenada, para nada cambiaba. Creemos que en la disputa quizá tuviese razón Duns Escoto, porque los designios de Dios son inescrutables, pero en cuanto al derecho, que no es concebible con designios inescrutables, que no puede violar el principio de no contradicción,

¹¹⁷ BETTI, p. 13.

¹¹⁸ Cfr. WELZEL, *Naturrecht*, p. 62.

aparece como más correcta la solución de Santo Tomás, fundamentalmente porque Dios es omnipotente, pero el Estado no lo es. De cualquier manera, la solución del aquinatense es sólo parcialmente correcta, porque lleva razón en cuanto a que lo debido queda fuera de lo prohibido, pero no en cuanto a que ello obedece a que en lo prohibido cambia el fin de la acción, puesto que lo más que entra en juego es una ultra-finalidad, pero en modo alguno cambia el fin entendido como querer del resultado, es decir, como dolo.

No obstante, como Santo Tomás encuentra la salida por lo que hoy técnicamente llamamos atipicidad, es correcta su afirmación de que los actos moralmente buenos no siempre son obligatorios y, por ende, que considere a “los actos moralmente obligatorios como una subdivisión de los actos moralmente buenos”¹¹⁹. Por ello, dentro del mismo carril de pensamiento, Messner afirma que “objetivamente, es decir, en una realidad entendida en su totalidad, no existe conflicto de deberes, aún cuando el reconocimiento subjetivo de tal conflicto puede, a veces, constituir un grave problema de conciencia para el individuo”¹²⁰. Traducida la afirmación de Messner al plano jurídico-penal, la salvedad que hace implica la remisión —que nosotros también hacemos— del problema al error de prohibición en los casos en que el sujeto, en el aparente conflicto, optó por el deber que no era el preponderante.

Córdoba Roda trata de reducir el ámbito del cumplimiento del deber jurídico echando mano de la atipicidad de muchas conductas obligatorias con base en supuestas carencias del tipo subjetivo, es decir, usando un camino análogo al de Santo Tomás. En el caso del testigo que depone sobre hechos que afectan la honra de un tercero, entiende que “si las indicadas manifestaciones productoras de descrédito para una persona no responden a un propósito injurioso, debe descartarse la existencia misma de una acción típica, por ausencia del *animus injuriandi* del delito del art. 457”¹²¹. Dejando de lado la problemática cuestión del *animus injuriandi*, lo cierto es que en un mismo acto pueden concurrir dos o más intenciones: que un sujeto declare como testigo conforme a lo que sabe y le es preguntado y considere que tiene el deber de decir para esclarecer los hechos, no es incompatible con que sepa también que esa declaración desacredita a otro y sienta, al mismo tiempo, gusto en desacreditarlo. Quizá ni el mismo deponente pueda decir conscientemente para qué declaró, es decir, si para desacreditar o para cumplir con su deber de testigo, porque lo más probable es que racionalice su agresividad hacia el tercero tranquilizando su conciencia con el argumento de que lo hizo para el esclarecimiento de los hechos. En semejantes repliegues no puede entrar el derecho penal, al que le basta con que el sujeto haya querido prestar la declaración a que estaba obligado, por mucho que ese elemento subjetivo vaya unido a otro u otros. Esto en modo alguno significa que no sea posible injuriar a un tercero en una declaración testimonial, pero ello sucederá sólo cuando haya dejado de cumplir con el deber jurídico,

¹¹⁹ Cfr. COPLESTON, *El pensamiento de Santo Tomás*, p. 229.

¹²⁰ MESSNER, op. cit., 52-3.

¹²¹ CÓRDOBA RODA, en op. cit., I, 360.

fuera del ámbito del mismo, cuando el sujeto formula manifestaciones desacreditantes puramente valorativas, cuando las manifestaciones no tienen relación alguna con los hechos, cuando reproduce detalles repugnantes e inconducentes que no se le piden, cuando reproduce inconducentemente supuestos dichos desacreditantes de terceros, etc., es decir, cuando con ello deja de cumplir con su deber jurídico.

Mediante esta incompatibilización de fines, Córdoba Roda incurre en el mismo error de Santo Tomás, pretendiendo que el cumplimiento del deber jurídico, al menos en la injuria, cambia el objeto de la acción.

Más lejos aún que Córdoba Roda va Bockelmann, quien afirma que el cumplimiento de deber jurídico es siempre una causa de atipicidad por ausencia del dolo. Este autor afirma que el hecho doloso es jurídicamente defectuoso porque el autor sabe lo que hace y, pese a este saber, no se abstiene de la ejecución del hecho. Considera lógico, pues, que el saber del autor pierda su valor de disuación del hecho cuando una norma desvalore precisamente la no ejecución del mismo. Esa inversión de la valoración suprime el desvalor del resultado y en otros casos el desvalor de la acción (recordemos que Bockelmann se pliega aquí a la teoría de von Weber): no hay desvalor de la acción cuando la acción es la jurídicamente valorada. Ejemplifica con el caso del bombero que arroja a un niño desde varios pisos para evitar que muera abrasado por las llamas, o con el del soldado que mata en la guerra, que según este autor explica que no se pueda penar al soldado enemigo "sin esfuerzo del derecho internacional"¹²².

Bockelmann es quien con más rigor sigue el camino tomista en esta materia, y precisamente en sus argumentos se hace evidente que confunde dos niveles distintos: sostiene que porque se invierte la valoración, la conducta no es dolosa, cuando, lo que en realidad sucede, es que por invertirse la valoración, la conducta dolosa no es típica. El bombero que al arrojar al niño acepta la producción del resultado letal, está actuando con dolo eventual, pero ello no significa que su conducta esté prohibida, mas la no prohibición será una cuestión normativa, que nada tiene que ver con el dolo.

En cuanto a la acción de guerra, tampoco nos queda duda de que es dolosa. El soldado que dispara sobre el enemigo tiene voluntad de matar y dirige su conducta hacia ese resultado. La falta de tipicidad no puede devenir allí de la falta de dolo, porque nadie puede sostener serenamente que quien dispara sobre otro para matarle no actúe con dolo. No nos cabe duda de que se trata de una acción atípica, pero eso surgirá en la consideración de la norma que prohíbe matar conglobada con las restantes normas del universo (orden) normativo. Otros autores prefieren resolver el problema de la acción de guerra por la vía de la justificación. Schwenck sostiene que "es una acción de guerra justificada la que durante un conflicto armado de carácter internacional se realiza por un combatiente jurídicamente tal contra un combatiente perteneciente al enemigo o destinado de otro modo a la conducción de la guerra, por un medio autorizado por el derecho internacional público dentro del ámbito

¹²² V. BOCKELMANN, 55-56.

de guerra de las fuerzas participantes (sujetos de derecho internacional público), en tanto la acción no responda a perfidia o esté prohibida por el derecho internacional público desde el punto de vista del exceso”¹²³. No compartimos este criterio pues resulta absurdo pensar que el soldado tiene un “permiso” para matar, cuando, de no hacerlo, puede ser privado de su propia vida por incumplimiento de su deber.

La solución de Bockelmann, que prefiere buscar la atipicidad por el camino de la falta de dolo, oscurece el verdadero problema, que finca en que no hay bien jurídico penalmente tutelado que resulte afectado por la conducta. Cuando la ley ordena declarar la verdad, aunque perjudique la reputación de un tercero, la reputación de ese tercero, en el aspecto en que se ordena que la afecte, queda sin tutela penal respecto de la conducta debida del testigo. El que libró un cheque sin fondos, no podrá pagarlo si se le declara la cesación de pagos, porque hay un deber que prepondera sobre el otro y el patrimonio del tenedor, en este caso, queda sin tutela jurídico-penal¹²⁴.

Pietro Nuvolone lleva razón a este respecto, cuando expresa que “donde se trata del cumplimiento de un deber impuesto por una norma jurídica, se verifica la hipótesis de una ley extra-penal, que limita parcialmente el ámbito de una ley penal, con referencia a particulares casos concretos. Por ejemplo, el que arresta a una persona en flagrante delito no comete un secuestro de persona”¹²⁵.

En lo que respecta al “legítimo ejercicio de autoridad o cargo”, en tanto que de éste se derive un deber, la solución en cuanto al contenido del deber es la misma que hemos dado¹²⁶.

Aquí Maurach formula una distinción que no podemos menos que suscribir, pero que no hace tampoco más que confirmar nuestro aserto: expresa que un funcionario puede cometer un error de hecho y, no obstante, actuar conforme a derecho. Ejemplifica con el supuesto del funcionario que detiene a un sospechoso que resulta ser inocente. Su afirmación es correctísima, sólo que se trata de un error irrelevante porque, siempre que no haya exceso en las funciones y haya procedido como la ley le ordena, ha actuado atípicamente. No es deber de la policía detener “culpables”, sino “sospechosos” y, siendo en verdad sospechoso el sujeto, la conducta del policía será atípica. Quien tropieza con un cadáver en una calle oscura y le extrae el puñal que tiene clavado en la espalda, siendo sorprendido por la policía en ese momento, no tiene derecho a defender legítimamente su libertad (salvo huyendo). La ley procesal or-

¹²³ SCHWENCK, HANS-GÜNTER, *Die kriegerische Handlung und die Grenzen ihrer strafrechtlichen Rechtfertigung*, en “Fest. f. R. Lange”, Berlín, 1976, pp. 97 y ss.

¹²⁴ V. MUJICA NÚÑEZ, ALFREDO, *Giro doloso de cheque y cumplimiento de un deber*, en “Rev. de Cs. Jurídicas”, Valparaíso, dic. 1971, 169 y ss.

¹²⁵ NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del Diritto Penale*, Padova, 1975, p. 204.

¹²⁶ MAURACH, 477-8.

dena a los funcionarios policiales, precisamente, detener a personas "contra quienes haya indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad" (art. 4º del código procesal de la Capital).

Réstanos insistir en una aclaración que casi es obvia: la circunstancia de que afirmemos que la conducta es atípica no implica que sea "irrelevante" o "indiferente" (en el sentido de que hay conductas conforme a derecho, antijurídicas e indiferentes). Por el contrario, la conducta que se realiza en cumplimiento de un deber jurídico es *conforme a derecho*, precisamente porque es la que el derecho ordena.

Además, como hemos dicho, la afirmación de la atipicidad de la conducta conforme a un deber jurídico, no implica el desconocimiento de posibles dificultades para su individualización en particulares casos límites, sólo que estas dificultades no pueden alterar la naturaleza jurídica de la conducta, sino que cobrarán relevancia respecto del error.

IV. — LA DISPOSICIÓN DEL BIEN JURÍDICO COMO CAUSA DE ATIPICIDAD CONGLOBANTE (LÍMITE DEL PODER REPRESIVO)

399. La aquiescencia: titularidad y disponibilidad. Debe quedar claro que si el derecho penal garantiza la disponibilidad de ciertos entes (bienes jurídicos)¹²⁷, las conductas que son precisamente el ejercicio de la disposición que se garantiza, nunca pueden quedar abarcadas por la norma prohibitiva. Sería absurdo que el derecho pretendiese prohibir las conductas que prohíbe impedir.

Los problemas más arduos que surgen a este respecto tienen lugar cuando la conducta se funda en la *aquiescencia* prestada por la persona a quien, a la luz de la mera tipicidad legal, parecería ser el sujeto pasivo de la conducta. No será posible enunciar un principio simplista acerca de la aquiescencia, toda vez que ésta opera a veces como causa de atipicidad, otras como causa de justificación y, en otras, resulta irrelevante¹²⁸. Dada la dificultad para

¹²⁷ V. supra, § 10.

¹²⁸ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 397,8; WELZEL, 95; GÆRDS, FRIEDRICH, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht*, en CA, 1954, 262-9; entre nosotros: CABALLERO, JOSÉ SEVERO, *El consentimiento del ofendido (o del interesado) en el derecho penal argentino*, Córdoba, 1967. En sentido crítico, ROXIN, CLAUDIUS, *Offene Tatbestände*, 1959, 19 y ss. Únicamente como justificante lo considera ALFREDO ORGAZ (*Las causas de justificación*,

deslindar los tres supuestos, plantearemos aquí la totalidad del problema, para reconocer su diversa naturaleza ¹²⁹.

Hay bienes jurídicos cuyos titulares son personas aisladas, no pudiendo ser de otra manera (la vida, por ejemplo), en tanto que hay otros que eventualmente pueden tener una pluralidad de titulares (la propiedad, por ejemplo), y otros que necesariamente deben tener esta pluralidad (la administración pública, por ejemplo).

Si por bien jurídico entendemos la posibilidad de disposición que de un ente tiene una persona, y por posibilidad de disposición o disponibilidad, entendemos la posibilidad de usar, no será necesario que quien disponga sea siempre el titular único del bien. Así, cualquier habitante de la Nación puede disponer del Estado, en el sentido de usar la seguridad que le brinda para la realización de ciertas conductas. No obstante, la *aquiescencia que una persona puede prestar será irrelevante cuando implique un grado de disposición que impida la disposición de los demás titulares*. En ese límite, el sujeto carece de la disponibilidad del ente, es decir, en ese límite ya no hay bien jurídico, porque tratándose de bienes jurídicos con titulares múltiples, el mismo termina para cada uno cuando impide su conducta la disponibilidad del otro.

En los casos de bienes jurídicos con titular único (necesaria o eventualmente único), se hace más claro que el bien jurídico no es la propiedad, la honestidad, el honor, etc., sino "el derecho a disponer patrimonialmente", "el derecho a llevar una vida considerada honesta conforme a ciertas pautas", "el derecho de conservar el honor conforme a determinadas pautas", etc. Aquí la ley tutela los derechos individuales que emergen de las garantías individuales como tales. No hay ningún especial interés jurídico (ordinariamente) en que una mujer se abstenga de relaciones sexuales con un hombre, pero sí lo hay en que pueda hacerlo cuando a ella le plazca y no cuando no lo autorice. Cuando se dispone se ejerce un dere-

en LL, 1971, 141-997 y ss.), en tanto que otros le niegan eficacia justificante (HERRERA, MARCOS A., *El consentimiento en los delitos contra las personas*, en RDP y C, 1968-3, 38 y ss.; ARGIBAY MOLINA - MORAS MOM - DAMIANOVICH, *El consentimiento en la teoría jurídica del delito*, en RDP y C, 1971-1, 5 ss.).

¹²⁹ La mayoría de los autores tratan el tema en conjunto en la justificación, sin perjuicio de reconocer la naturaleza generadora de atipicidad del acuerdo y la justificante del consentimiento (así, JESCHECK, WELZEL, STRATENWERTH, MAURACH, MEZGER-BLEI). Reconociendo las mismas razones para tratarlo conjuntamente, creemos preferible hacerlo aquí, ya que es la primera oportunidad en que el problema se plantea en la teoría del delito.

cho subjetivo, siendo esa disposición la que muestra que no hay ningún bien jurídico afectado. Por ende, *la aquiescencia del titular es un supuesto de atipicidad de la conducta.*

La doctrina dominante entiende que el consentimiento es una renuncia a la protección jurídica¹³⁰, en tanto que hay autores que hacen depender la eficacia de una "valuación de bienes" (si el valor "libertad de disposición del individuo sobre sus bienes" es tan importante que con el consentimiento se anula el desvalor)¹³¹. Entendemos, conforme al desarrollo efectuado, que la aquiescencia como atipicidad no puede ser "renuncia" sino ejercicio del derecho que la ley protege, o sea, no es precisamente renuncia a la protección, sino actuación a su amparo¹³². Ambas posiciones no son excluyentes en el caso de la justificación¹³³, porque la valuación sería el límite a la eficacia justificante de la renuncia. De cualquier manera, el problema yace en su determinación¹³⁴.

No obstante, respecto de los bienes jurídicos de sujeto individual, es justo reconocer y aceptar que, en beneficio de la propia seguridad jurídica, cuando se trata de disposiciones que implican un impedimento grave para una disposición futura o de las que se deriva un serio peligro de que en el futuro la disponibilidad se vea en gran medida limitada o impedida, el derecho puede, dentro de ciertos límites, rodear de garantías los actos que impliquen semejante disposición, e incluso prohibir que a esta disposición pueda contribuir alguien diferente del propio titular.

Así, si tomamos por ejemplo la vida y la integridad física, veremos que su disponibilidad, entendida como posibilidad de uso, es obvia, aunque en ciertos límites aparece rodeada de elementales garantías. En algunos supuestos la aquiescencia del titular implica la atipicidad de la conducta del tercero que actúa dentro de los límites de la misma, como sucede en las lesiones leves (escoriaciones) que suelen producirse en el curso de un acto sexual. En este último caso, el criterio de la "adecuación social de la conducta" no es de utilidad, porque si las mismas escoriaciones consentidas se producen en el curso de un acto sexual anormal (masoquismo, por ejemplo), el acuerdo también sería eficaz, aunque la conducta sexual

¹³⁰ Así, WELZEL, 95; MAURACH, 283.

¹³¹ V. NOLL, PETER, *Übergesetzliche Rechtsfertigungsgründe im besondere die Einwilligung des Verletzten*, Basel, 1955, p. 74.

¹³² WELZEL otorga el carácter de "renuncia a la protección jurídica" sólo al consentimiento justificante (p. 95).

¹³³ Así, parece entenderlo MAURACH, 283.

¹³⁴ Sobre las teorías tradicionales fundamentadoras de la disponibilidad y la indisponibilidad, MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 213.

sádica o masoquista no puede ser considerada "socialmente adecuada". Los límites a la eficacia deben buscarse en el derecho político, en el límite a la actividad punitiva del Estado en virtud del ámbito de privacidad individual (art. 19, CN).

En otros casos, en los que el compromiso para el futuro puede tener una mayor implicancia, la aquiescencia implica solamente un permiso para el tercero que actúa dentro de sus límites, es decir, que es la que da el límite para el ejercicio de una conducta justificada del tercero. Se trata de un supuesto que corresponde a aquellos casos en que la garantía de los derechos del individuo hace que éstos se ejerzan en forma tal que la aquiescencia sea la condición para que un tercero opere amparado por un precepto permisivo. En tales casos *es la condición para que opere una causa de justificación*. Tal es la situación frente a las intervenciones quirúrgicas con finalidad estética, es decir, que no persiguen fines terapéuticos. En estos casos, la conducta del médico que interviene está justificada, sólo en la medida del consentimiento del paciente. La razón por la que la conducta del médico está sólo justificada, es porque si bien el ordenamiento jurídico no puede impedir que alguien afecte su integridad física con finalidad exclusivamente estética, lo cierto es que no favorece expresamente esas conductas, sino que sólo las permite.

Por último, hay un grado de disposición en el que no se tolera que la aquiescencia cobre relevancia alguna, debido a que la seguridad jurídica sufriría un menoscabo de tal entidad que hace intolerable las conductas a cuya aquiescencia se pretende. Fruto de esta imposibilidad de tolerar dichas conductas es la punición de la instigación y de la ayuda al suicidio.

Sintetizando: α) En casos de bienes jurídicos necesaria o eventualmente individuales, la disposición realizada por el propio titular siempre es atípica. β) En supuestos de bienes jurídicos necesaria o eventualmente colectivos, la disposición realizada por uno de los titulares es atípica cuando no impide la disposición de los otros. γ) Para los efectos que la aquiescencia del o de los titulares cobra respecto de terceros, hay casos en que surte el efecto de una causa de atipicidad de la conducta del tercero, pero en otros, en que puede comprometer seriamente el ejercicio futuro de la disponibilidad, sólo opera como límite para la causa de justificación que ampara la conducta del tercero y, por último, en otros —que ya son supuestos límites— no tiene relevancia alguna respecto de la conducta del tercero.

400. **El acuerdo y el consentimiento.** Hemos visto que la aquiescencia del supuesto sujeto pasivo de la conducta legalmente típica tiene por efecto, ora dar lugar a la atipicidad de la conducta del tercero que opera dentro de sus límites, ora dar lugar a la justificación de la misma. Lo primero sucede cuando la conducta es ejercicio de la disponibilidad tutelada por la norma; lo segundo cuando el ejercicio de esa disponibilidad se quiere que sólo se halle en manos del propio sujeto y de terceros sólo en la estricta medida del consentimiento del sujeto, revocable en cualquier momento, es decir, cuando no se tolera un compromiso para el futuro.

Hace excepción a esto el caso en que la aquiescencia es irrelevante, que es lo que sucede cuando el derecho, por resultarle francamente incomprensible la conducta del sujeto pasivo, debe optar por prohibir la de cualquier tercero que actúe con la aquiescencia de aquél (el caso de la ayuda al suicidio o del homicidio a ruego) ¹³⁵.

A efectos de diferenciar adecuadamente la aquiescencia generadora de atipicidad, de la que sólo pone un límite a la causa de justificación, llamaremos "acuerdo" a la primera y "consentimiento" a la segunda ¹³⁶.

En razón de que la naturaleza última del acuerdo es la de ejercicio de un derecho, de carácter subjetivo, sólo puede ser revocado conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que, en un buen número de casos, impiden que lo sea en cualquier momento. Así, no podrá revocarse el acuerdo que implica una donación, sino en las condiciones de la ley civil ¹³⁷. Por el contrario, el consentimiento es eminentemente revocable ¹³⁸.

De la diversa naturaleza del acuerdo y del consentimiento se derivan importantes consecuencias en el plano subjetivo: en tanto que el acuerdo, con su sola existencia ¹³⁹ y aunque no fuese conocido por el autor, deja atípica la conducta (porque elimina la afec-

¹³⁵ V. sobre el consentimiento en forma de eutanasia, CARRANCA y RIVAS, RAÚL, *El homicidio consentido o la exclusión del injusto y de la culpabilidad en el delito de homicidio*, en "Rev. Mexicana de Prevención y readaptación social", nº 18, julio-setiembre 1975, pp. 11 y ss.

¹³⁶ Cfr. JESCHECK, 298; traducimos por "aquiescencia", *Zustimmung*; por "acuerdo", *Einverständnis*; y por "consentimiento", *Einwilligung*. Algunos autores prefieren hablar de "consentimiento excluyente de la tipicidad" y "consentimiento justificante" (V. Stratenwerth, 124; Samson, en Rudolph, Horn, Samson, Schreiber, p. 248).

¹³⁷ V. HONIG, RICHARD, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919, p. 152.

¹³⁸ Cfr. WELZEL, 96.

¹³⁹ Cfr. WELZEL, 95; JESCHECK, 300; GEERDS, op. cit., 265.

tación al bien jurídico), el consentimiento, por su parte, requiere ser conocido por el autor ¹⁴⁰ (porque da lugar a una causa de justificación y su conocimiento forma parte del aspecto subjetivo del tipo permisivo).

A los efectos de la atipicidad conglobante —que es lo que aquí nos interesa— cabe destacar que *el acuerdo* no siempre elimina la tipicidad en función del correctivo que implica la consideración conglobada de la norma (atipicidad conglobante), sino que *el acuerdo puede ser una causa de atipicidad objetiva, en los casos en que la actuación contra la voluntad del sujeto pasivo es un requisito del tipo objetivo*, lo que tiene lugar particularmente en los casos en que el tipo contiene una expresa limitación de medios que son absolutamente incompatibles con el acuerdo del sujeto pasivo (violencia, intimidación, fraude, etc.). No obstante, *en los casos en que la falta de acuerdo no pertenece al tipo objetivo, como en las lesiones, por ejemplo, la atipicidad no será legal, sino conglobante*.

De cualquier modo, sea que el acuerdo elimine la tipicidad objetiva o la tipicidad conglobante, *la falta de conocimiento del mismo para nada afecta la atipicidad penal de la conducta*, puesto que esta surge del mero hecho de la existencia del acuerdo y *su ignorancia no es más que un caso de delito imaginario o de ausencia de tipo*, aunque se haya pretendido resolverlo como tentativa inidónea ¹⁴¹, en la línea de una concepción de tal tentativa que no compartimos.

La falsa suposición del acuerdo puede dar lugar a un error de tipo que elimina el dolo (en el caso en que la falta de acuerdo es un requisito del tipo objetivo) o a un error de prohibición (en el supuesto en que la falta de acuerdo determina una atipicidad conglobante).

Completamente distinto es el efecto que tiene el consentimiento, que *al operar como límite de una causa de justificación* tiene por resultado excluir la antijuridicidad, pero que para nada afecta la tipicidad de la conducta. *Su desconocimiento hará que la causa de justificación no opere*, porque faltará el elemento subjetivo de la

¹⁴⁰ Cfr. WELZEL, 97; STRATENWERTH, 125; NIESE, op. cit., 18; JESCHECK, 300; MAURACH, 287; MAYER, H., 167; MEZGER-BLEI, 123; SAUER, 1955, p. 136; GEERDS, FRIEDRICH, op. cit., 264; del mismo, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf*, en ZStW, 72 (1960) 42-92 (44); DREHER, en Schwarz-Dreher, StGB, 1966, 208; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, p. 403; en contra, FRANK, StGB, 1931, p. 150; v. HIPFEL, op. cit., II, 248; BINDING, Normen, II, 125; SCHÖNKE, ADOLF, StGB, 1952, p. 198; LISZT-SCHMIDT, 218.

¹⁴¹ Así, Jescheck, en la p. 247 de la 1ª edición (1969).

justificación o aspecto subjetivo del tipo permisivo, en tanto que *su falsa suposición siempre dará lugar a un error de prohibición*

En realidad, contemporáneamente no se discute la exigencia del conocimiento para la relevancia justificante de consentimiento, sino que hay dos criterios acerca de la punición: para uno, que es el que consideramos más correcto, el hecho queda enteramente antijurídico y en nada afecta la tipicidad¹⁴², en tanto que para otros debe penarse como tentativa¹⁴³.

401. **Requisitos de la equiescencia en general.** No hay aquiescencia cuando media *engaño o violencia*¹⁴⁴ ni cuando media *un error*. Un particular problema puede plantear el consentimiento prestado por error no provocado por el autor y cuya existencia ignora (o sea un error sobre la motivación del consentimiento). Entendemos que en tal caso no puede haber responsabilidad penal¹⁴⁵. Como un supuesto en que la aquiescencia se encuentra viciada por violencia o coacción debe resolverse el caso de la mujer que consiente ser lesionada por su empleador sádico para no perder el empleo, siempre que pueda afirmarse que llega a los límites de la inexigibilidad económica¹⁴⁶. Para que la aquiescencia sea efectiva es menester que quien la presta tenga la real disponibilidad del ente sobre el que el otro actúa, no bastando su aquiescencia cuando su poder de disposición es sólo parcial, respecto de la parte o forma de disposición que no le corresponde¹⁴⁷. Igualmente, debe tener capacidad para dar el consentimiento. Así un ebrio no puede consentir¹⁴⁸, al igual que quien no tiene discernimiento. En cuanto a este último requisito, cabe entender que se requiere un discerni-

¹⁴² Cfr. WELZEL, 97; STRATENWERTH, 129; MAURACH, 288; DREHER, op. cit.

¹⁴³ JESCHECK, 308; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 403; SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH, *Putative Rechtsfertigungsgründe und finale Handlungslehre*, en "Monatschrift für Deutsche Recht", 1951-196/200; LENCKNER, TH., *Die rechtfertigende Notstand*, Tübingen, 1965/192; NAGLER, JOHANNES, en "Leipziger Kommentar", 1944, I, 373; BAUMANN, 305-6.

¹⁴⁴ MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 211; MEZGER-BLEI, 122; MAURACH, 343; WELZEL, 96; JESCHECK, 307; SCHMIDT, EBERHARD, *Schlägertensur und Strafrecht*, en JZ, 1954, 369-375 (372).

¹⁴⁵ Cfr. JESCHECK, 307.

¹⁴⁶ Distinta es la solución al caso en Alemania, pero por expresa disposición legal. V. WELZEL, 97; SHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 492.

¹⁴⁷ Cfr. WELZEL, 96; SCHUKNECHT, HEINZ, *Einwilligung und Rechtswidrigkeit bei Verkehrsdelikten*, en DA, 1966-17/8.

¹⁴⁸ Cfr. WELZEL, *idem*; MEZGER-BLEI, 122.

miento real y no la capacidad civil. Así surge de nuestro código que otorga relevancia al consentimiento desde los doce años (límite de la violación impropia) y después de los quince para la realización ya atípica de actos sexuales¹⁴⁹. Si tal discernimiento falta, puede prestar aquiescencia válida el curador o tutor del incapaz, siempre que se halle en el marco de su deber de cuidado¹⁵⁰, pudiendo ser responsable por la omisión del mismo ya que respecto de ciertos bienes jurídicos se halla en posición de garante.

Hay un requisito que se encuentra en la ley alemana para las lesiones consentidas, y es que el hecho no sea "contrario a las buenas costumbres". El § 226 a) del CP alemán dice: "Quien practica una lesión corporal con consentimiento del lesionado, actuará antijurídicamente sólo cuando el hecho, pese al consentimiento, sea contrario a las buenas costumbres". Se ha extendido analógicamente este requisito a otros supuestos de consentimiento. En nuestro código no existe ninguna disposición semejante, y extender los efectos de la disposición sobre actos jurídicos civiles al campo penal carece de fundamento sólido. No obstante, alguna vez se ha invocado parecido criterio sin fundamento legal, pero no ha prosperado en la jurisprudencia nacional¹⁵¹.

Sobre este requerimiento se ha desarrollado una extensa bibliografía en Alemania¹⁵², negando un sector de la doctrina que pueda distinguirse entre la contrariedad de las buenas costumbres del consentimiento o del hecho¹⁵³. Entendemos que la admisión del mismo puede llevar a extremos absurdos: una intervención de cirugía plástica que tuviere por objeto mejorar el aspecto facial de una prostituta para que ejerza mejor su comercio, sería delito de lesiones. Dentro de la doctrina alemana misma se impone una gran restricción, ya que por considerar que el tratamiento terapéutico exitoso no es lesión, la contrariedad con las buenas costumbres en tal supuesto no excluye la eficacia del consentimiento¹⁵⁴. Para nosotros es un problema extraño¹⁵⁵.

¹⁴⁹ Similar criterio en WELZEL, loc. cit.

¹⁵⁰ Cfr. MAYER, H., 167; WELZEL, 96; LENCKNER, op. cit., en ZStW, 458; ENGISCH, KARL, *Ärtlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung*, en ZStW, 58 (1939), 1-52 (38); STRATENWERTH, 128.

¹⁵¹ Pareció sostenerlo un dictamen fiscal (JA, 20-XI-1970).

¹⁵² ROXIN, CLAUDIUS, *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbe gründete Merkmale im Strafrecht*, en JuS, 1964, 373; LENCKNER, TH., *Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "n.p.s.l."*, en JuS, 1968, 304; BREITHAUPT, WALTER, *Die guten Sitten*, en JZ, 1964, 283; HANACK, ERNST-WALTER, *Die Sterilisation aus sozialer Indikation*, en JZ, 1964, 393; KOHLHASS, MAX, *Die rechtfertigende Einwilligung bei Körperverletzungstatbeständen*, en NJW, 1963, 2348-52.

¹⁵³ Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 402; en contra, MEZGER-BLEI, 123.

¹⁵⁴ Cfr. MAURACH, 346; WELZEL, 69; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 402; MEZGER, BLEI, 124; BOCKELMANN, op. cit., p. 73.

¹⁵⁵ C. C. Cap., en JA, 20 nov., 1970.

Por último, cabe agregar que la aquiescencia debe ser prestada con anterioridad a la realización de la acción, porque la ratificación no puede restar la tipicidad o la antijuridicidad de una conducta *a posteriori* ¹⁵⁶.

402. Aquiescencia en delitos de peligro y culposos. No hay ningún problema en admitir su eficacia en los delitos culposos, referida ésta al riesgo que con la conducta se crea para los bienes jurídicos y que debe presuponer, por parte del que consiente, el conocimiento de tales riesgos ¹⁵⁷. Quien se aviene a cruzar un río peligroso a nado o a participar en una carrera o en una peligrosa gira en motocicleta, asume el peligro con su consentimiento y no puede responsabilizarse penalmente a su acompañante ¹⁵⁸. Por supuesto que esto se entenderá así siempre que el acompañante no haya aumentado el peligro en forma no consentida por el que consiente.

La doctrina y la jurisprudencia alemanas no son a este respecto uniformes ni pacíficas. Welzel entiende que Schröder se expresa con excesiva amplitud ¹⁵⁹. En cuanto a la jurisprudencia, se observa una vacilación grande ¹⁶⁰. Hartung plantea el problema del que consiente, con pleno conocimiento del estado de embriaguez del conductor, en viajar con él, preguntándose si el principio *volente non fit injuria* puede disminuir o eliminar la punibilidad. Llega a la conclusión de que "jugar con la vida" es "contrario a las buenas costumbres" y por ende no puede funcionar el consentimiento en las lesiones del § 226 α) *alemán* ¹⁶¹. A resultado contrario llega Schuknecht ¹⁶², para quien el caso se soluciona por el § 226 α) y no por el conocimiento que tuviere el acompañante, otorgándole así relevancia general al consentimiento en el supuesto de lesiones y negándosele en el de homicidio culposo, por no ser el que consiente "portador único del bien jurídico".

Entendemos que en nuestro derecho, en tanto que se trate de asumir un riesgo mediante la propia actividad (como es el caso del que se aviene a cruzar a nado un río peligroso) ninguna responsabi-

¹⁵⁶ Cfr. JESCHECK, 283.

¹⁵⁷ Cfr. WELZEL, 97.

¹⁵⁸ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 498.

¹⁵⁹ WELZEL, 98.

¹⁶⁰ Una síntesis en FLOEGEL-HARTUNG, *Strassenverkehrsrecht*, 1969, 885-6.

¹⁶¹ FLOEGEL, JOHANNES - HARTUNG, FRITZ, *Strassenverkehrsrecht*, 1966, pp. 1903-4. Sobre un caso de violación del deber general de cuidado para los otros participantes en el tráfico (§ 1 de la *Strassenverkehrsordnung*), Poppe, en "Monatschrift für D. R.", 1966-73/4.

¹⁶² SCHUKNECHT, HEINZ, *Einwilligung und Rechtswidrigkeit bei Verkehrsdelikten*, en DA, 1966-17. Sobre el problema en Francia, BRUNET, JEAN, en "Recueil Sirey", París, 1952-II-161.

lidad puede caberle al acompañante. Algo parecido se nos ocurre que debe suceder también en el caso de que se trate de la actividad de otro y aunque no sea un riesgo permitido. En el caso de ebriedad del conductor el lesionado *asume* el riesgo pese al conocimiento del mismo y cuando le era posible abstenerse de viajar o impedirle conducir al ebrio. Si de tres conductas jurídicas posibles, por las cuales respectivamente, se cubre de cualquier riesgo, se pone a resguardo y defiende legítimamente bienes jurídicos de terceros (incluso del ebrio) o asume el riesgo, elige la tercera, debe soportar sus consecuencias, puesto que el derecho no puede cargar a nadie con las consecuencias de la temeridad de otro. No puede ser la temeridad de un tercero lo que haga típica una conducta.

403. **El consentimiento presunto.** El problema del consentimiento presunto se plantea en el supuesto en que no hay un real consentimiento de la ofendida, pero se supone que de conocer las circunstancias lo hubiese prestado¹⁶³. Las soluciones que se han propuesto se polarizan en torno de dos grandes puntos de vista que se combinan en magnitud diversa, o sea, cargando el acento sobre uno o sobre el otro: α) lo principal es que se actúe en interés *material* del que sufriría una lesión; β) lo fundamental es que se actúe conforme a la voluntad presunta del sujeto. En el primer supuesto, la voluntad presunta serviría de límite a la actuación en interés material. En el segundo supuesto, el interés material sería el indicio de la voluntad presunta¹⁶⁴.

En rigor de verdad, debemos tomar en cuenta que en nuestra ley el problema debe resolverse como un supuesto de estado de necesidad justificante (art. 34, inc. 3º del CP.). En consecuencia, lo fundamental es que se cause un mal para evitar otro mayor e inminente. Es altamente probable que tratándose de evitar un mal mayor, el titular del bien hubiese actuado de la misma manera. No obstante, *esta presunción se destruye cuando hay indicios de voluntad en contrario del titular del bien jurídico en peligro.*

No obstante, no pueden trasladarse aquí con toda libertad los principios de la gestión de negocios civil, como se ha sugerido¹⁶⁵. Con justa razón niega esta posibilidad Jescheck, expresando que difícilmente un

¹⁶³ STRATENWERTH, 130.

¹⁶⁴ En la primera posición, NAGLER, op. cit., 339; WELZEL, 92; JESCHECK, 311; NOLL, op. cit., p. 137; en la segunda, MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 218; MEZGER-BLEI, 117; STRATENWERTH, 130.

¹⁶⁵ Así, v. HIPPEL, op. cit., II, 249.

banco se podrá amparar en la gestión de negocios frente a una imputación por el delito del § 266 alemán (173, inc. 7°), si contra la voluntad del titular de una cuenta cumplierse con el deber legal de proveerla de fondos¹⁶⁶, en tanto que Stratenwerth observa que se llegaría a una tutela inadmisibles, como sería la de practicar una transfusión por la fuerza a un "Testigo de Jehová" que se negare rotundamente a ello¹⁶⁷.

Aquí, en razón de que se trata de un estado de necesidad, el problema es de otra naturaleza y radica, invirtiendo los términos de la pregunta, en averiguar hasta qué punto el titular del bien jurídico puede oponerse a la actuación de un tercero "en su interés material".

En los casos que plantea Stratenwerth el problema es sencillo: el sujeto que penetra en la casa del vecino ausente para evitar un perjuicio como resultado de la rotura de una cañería, el que abre la carta del amigo ausente porque estima que es portadora de una noticia importante e impostergable, el médico que interviene a un paciente inconsciente, el que mata a un perro ajeno que ha sido arrollado por un automóvil. En los dos primeros supuestos la voluntad en contrario del titular deja antijurídica la conducta del que actúa. En el tercero no es concebible la voluntad en contrario, toda vez que el sujeto se halla inconsciente. En el cuarto, si se expresa la voluntad en contra del dueño, será cuestión de ponderación de bienes jurídicos (el sentimiento de piedad pública y el derecho de propiedad). El problema se plantea cuando se trata de bienes jurídicos en que la disponibilidad se rodea de ciertas condiciones, como es la vida. Nos ocuparemos de inmediato de algunas de estas implicancias.

404. La pretensión de tutelar bienes jurídicos contra la propia voluntad del titular. Resulta absurdo que si el derecho garantiza la disposición de un ente como bien jurídico, pretenda tutelar esos entes contra la voluntad misma de quien tenga la disposición. No obstante, frecuentemente se pretende seguir este criterio y hasta la misma ley lo recepta. Cabe observar que para pretender que un bien jurídico puede tutelarse contra la voluntad expresa de su titular y penar al titular por afectar su bien jurídico, se hace menester partir de un concepto de bien jurídico y de una concepción del Estado que nada tiene que ver con la que encuadra en el marco político que corresponde a un derecho penal como el nuestro, es decir, a un derecho penal liberal, entendida la expresión en el sentido que oportunamente le hemos asignado¹⁶⁸. Nuestro art. 19 constitucional es el límite infranqueable, más allá del cual el derecho argentino nada tiene que hacer respecto de los habitantes de la Nación.

¹⁶⁶ JESCHECK, 311.

¹⁶⁷ STRATENWERTH, 130.

¹⁶⁸ V. supra, § 185.

Adán Quiroga se expresaba con gran claridad a este respecto, sentando la tesis que fue siempre sostenida por nuestra sana doctrina. Del art. 19 constitucional deducía “que no hay delitos por violación de deberes contra nosotros mismos. No hacer uso de las facultades o hacer uso excesivo de ellas; no desarrollar nuestra inteligencia; no dar el destino de la libertad en las evoluciones o condiciones de nuestra existencia; destruir nuestro espíritu o nuestro cuerpo, todo ello es un crimen moral, o más bien dicho un pecado; pero estos actos no constituyen un delito, porque no salen de la esfera individual”¹⁶⁹.

Frecuentemente, hay en nuestro derecho penal positivo, penas para conductas que afectan bienes jurídicos propios, pero, a poco que reparemos en ellas, veremos que no se trata precisamente de penar la afectación de bienes propios, sino de conductas que mediante la afectación de bienes propios afectan bienes ajenos. Así el art. 177 CP pena al comerciante que causa su propia quiebra, pero por la lesión que sufre el patrimonio de sus acreedores; el art. 820 del código de justicia militar pena al que se mutila, pero porque es el medio para sustraerse al servicio y afectar de esta manera la seguridad del Estado que de él depende^{169 bis}.

En otros delitos, la apariencia de tutela de bienes más allá de la voluntad del titular es aún mayor. Así parece suceder con el art. 127 bis del CP, es decir, con el rufianismo, pues parecería que nada importa allí el acuerdo de la persona que ejerce la prostitución. Creemos que así entendido, este artículo es inconstitucional, porque nada impide —ni es posible constitucionalmente prohibir— que quien ejerce la prostitución mantenga a alguien “becado” en París, y que el beneficiario exija por correspondencia los sucesivos giros cuando se atrasan. Se nos ocurre que la única interpretación constitucional de esta disposición es la consideración de la misma como un delito de peligro abstracto contra la libertad sexual. Con este entendimiento queda a salvo su constitucionalidad y se precisa su alcance.

No obstante, hay un supuesto en que se pretende que la ley argentina pena al titular del bien jurídico por el uso que del mismo hace, que es el previsto en el art. 6º de la ley 20.771 último párrafo: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de cien a

¹⁶⁹ QUIROGA, ADÁN, *Derecho Penal Argentino, Delito y Pena, Estudio de la Parte General del Proyecto de Código Penal de los Dres. Villegas, Ugarriza y García*, Córdoba, 1886, p. 38.

^{169 bis} V. Zaffaroni-Cavallero, *Derecho Penal Militar*, Bs. As., 1980, pp. 368-9.

cien mil pesos, el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal". Ya nos hemos referido a este problema al tratar del tipo de autor, pero debemos volver sobre él con motivo del concepto jurídico, puesto que es definitorio para la concepción misma del derecho penal y hasta del orden jurídico en su totalidad.

Algunas legislaciones europeas excluyen expresamente la tenencia para propio consumo del ámbito de la punición (Alemania, Austria, Rusia, Rumania, etc.) y la convención de Ginebra del 26 de junio de 1936 no impone la obligación de penar la tenencia para consumo propio¹⁷⁰. alguna legislación la asimila al uso y la somete a una medida de seguridad curativa para caso de drogadicción (Chile, por ej.)¹⁷¹.

Obviamente, el abuso de drogas presupone su previa tenencia, al menos en la generalidad de los casos¹⁷², de modo que su tipificación importa la tipificación del consumo, pero con el agravante de que, mediante este sistema, "no se condena al traficante, aunque sea un toxicómano, sino al toxicómano aunque no sea traficante"¹⁷³, como también al que no es ni toxicómano ni traficante, como puede ser el estudiante que consigue una pastilla de anfetaminas porque quiere pasar una noche en vela preparando un examen o la dama entrada en carnes que quiere controlar su apetito. El fundamento de esta punición es que se presume—*juris et de jure*— que el consumidor esconde a un traficante o es un traficante en potencia¹⁷⁴, lo que, como ya vimos, es una forma de tipicidad de autor presunta^{174 bis}.

El criterio señalado es de neto corte peligrosista y autoritario, anti-liberal y extraño a nuestro sistema constitucional, propio de concepciones según las cuales los bienes jurídicos pertenecen al Estado, incluyendo la vida y la integridad física de sus habitantes. No obstante, fue consagrado en dos fallos plenarios de la Cámara de la Capital en tiempos en que la ley no resolvía expresamente la cuestión de la tenencia para con-

¹⁷⁰ PAGLIARO, ANTONIO, *A droga e o direito penal europeu*, en "MP", Órgano del Ministerio Público del Estado de Paraná, año 5, nº 6, 1976, pp. 27 y ss. (35).

¹⁷¹ V. art. 10 de la ley 17.934; RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL DE, *Delitos sobre estupefacientes*, Valparaíso, 1974.

¹⁷² Cfr. PAGLIARO, op. et loc. cit.

¹⁷³ FONTÁN BALESTRA, *Tres leyes penales federales*, Bs. As., 1975, p. 37.

¹⁷⁴ CÚNEO LIBARONA, MARIANO, *Toxicomanía*, en "Rev. del Col. de Abogados de La Plata", vol. VI, año 1964, p. 99.

^{174 bis} V. supra, § 289.

sumo propio¹⁷⁵. Con posterioridad, la ley 17.567 excluyó expresamente de la prohibición la tenencia para consumo propio, habiendo quedado redactado de la siguiente forma el art. 204 *ter* del código penal: “El que, sin estar autorizado, tuviere en su poder en cantidades que excedan las que corresponden a un uso personal, sustancias estupefacientes o materias primas destinadas a su preparación”. Esta disposición perdió vigencia con la ley 20.509 y, por ende, recuperó vigencia la punición de la mera tenencia para consumo propio conforme a la jurisprudencia plenaria de la Capital, hasta que la ley 20.771 tipificó ya expresamente esa conducta.

Moras Mom intenta probar, con un falso silogismo, que la disposición legal no es derecho penal de autor sino de acto, toda vez que no penaría al autor por sus características personales, sino el acto de “tener”. De allí pretende deducir que esa disposición no viola el art. 19 constitucional¹⁷⁶. Este razonamiento pasa por alto que conforme al art. 19 constitucional, no cualquier acto puede ser penado por la ley, sino sólo los que afectan un bien jurídico ajeno. En último análisis, este texto quizá ni siquiera haga derecho penal de autor, sino algo mucho peor: pena a cualquiera que realiza una conducta que conforme al art. 19 constitucional no puede prohibirse, porque si no puede prohibirse el mero consumo, menos aún puede prohibirse su presupuesto necesario.

La incriminación de cualquier tenencia es la incriminación de la autolesión, lo que está prohibido por exceder el marco del poder represivo del Estado Argentino. El peligro “abstracto” (“abstractísimo” en este caso) que implica el consumo de drogas no puede admitirse, porque nadie puede presumir —y menos *juris et de jure*— que todo consumidor, aún ocasional, sea un traficante. Si se pretende que el peligro deviene del estado mismo del sujeto, cabe observar que tan grave es la embriaguez alcohólica como la provocada por otros medios tóxicos, en cuanto al peligro para bienes jurídicos ajenos (conducción de vehículos, por ejemplo).

No obstante, indagando un poco más en las motivaciones de la punición indirecta de cualquier consumo —habitual o no— de estupefacientes, *resulta claro que se pretende punir una conducta porque no se adecúa a las pautas ético-sociales, pese a que no afecte bienes jurídicos ajenos*. En efecto: la intoxicación alcohólica suele ser de mayor gravedad que la producida por algunos estupefacientes (el coma alcohólico puede producir la muerte; en la toxicofrenia alcohólica hay dependencia física y su pronóstico es harto sombrío). El

¹⁷⁵ Causa “González, Antonio”, del 17 oct. 1930, “Fallos”, III, 21; JA, 34-599; en igual sentido en “Terán de Ibarra, Asunción”, el 12 de julio de 1966.

¹⁷⁶ MORAS MOM, JORGE R., *Toxicomanía y delito*, Bs. As., 1976, p. 107.

peligro de la embriaguez alcohólica, habitual o no, es igual o mayor que el del consumo de estupefacientes. Sin embargo, frente al alcohol, el Estado se limita a cobrar impuestos, haciendo del tóxico una fuente de ingresos.

Esta punición pasa por alto que las pautas sociales de conducta no son un bien jurídico sino en la medida en que con actos públicos contrarios a ellas se afecta el sentimiento que inspiran, bien jurídico que queda suficientemente protegido en el texto de la ley 20.771 con el apartado c), del art. 7º, que tipifica el uso público de estupefacientes. Llevar más allá la tutela a las pautas sociales implica penetrar el círculo íntimo y violar la garantía del art. 19º constitucional.

No dudamos en afirmar que el art. 6º de la ley 20.771 entendido en forma literal es inconstitucional. Eso no significa que sea directamente inconstitucional y que haya que tenerlo por no escrito, sino que debe interpretárselo con el alcance y el entendimiento de que es una disposición que encuadra en un orden jurídico que responde a una Constitución en la que se halla el art. 19. De allí que deba entenderse en otra forma que la literal, en el sentido de que es punible la tenencia de una cantidad de enervantes que exceda las necesidades de un consumo propio más o menos inmediato, pese a que la reserva se haya hecho para propio consumo. Esta interpretación es admisible, puesto que la tenencia de una cantidad que excede la necesidad de consumo más o menos inmediata siempre implica el peligro de una distribución, no sólo como venta o tráfico, particularmente tomando en cuenta las características de las personas consumidoras. El peligro próximo de distribución siempre existe cuando se tiene una cantidad que no se destina al consumo cercano, de modo que allí sí hay una afectación de bien jurídico —la salud ajena— por peligro.

Con este entendimiento el referido artículo puede encuadrarse en el texto constitucional, pero insistimos en que debe suscribirse la opinión de que “no se debe incriminar el uso (ni en ciertos casos el abuso) privado de drogas. Si sus usuarios cometen algún delito y resultan *probadamente* peligrosos, pueden ser sometidos a medidas penales posdelictivas. Pero, urge erradicar todas las medidas predelictivas¹⁷⁷, que en el caso que nos ocupa y en nuestro país, se traducen en la pena a algo que no puede ser delito por expresa disposición constitucional.

¹⁷⁷ BERÍSTAIN, ANTONIO, en “Gaceta Médica de Bilbao”, vol. 24, setiembre de 1974, nº 5, p. 433.

Es ilustrativa la historia del café: "En algunos países, las autoridades públicas temían por el bienestar de los ciudadanos, que se iban entregando a este humeante brebaje cada vez con mayor vehemencia. En Turquía se desencadenaron incluso pependencias entre los defensores y los adversarios del café. Se dice que en Estambul se arrancó la lengua a algunos de sus bebedores; a los más obstinados los cosieron dentro de sacos y los echaron al mar. Sólo con posterioridad descubrió el fisco en el café una productiva fuente de impuestos, y desde entonces ya no tenemos que arriesgar la cabeza y el cuello por nuestro cafecito diario"¹⁷⁸.

Por otra parte, aplicando en puridad los principios generales del derecho penal a la ley 20.771, al único que se puede penar por el art. 6º de dicha ley, entendido en forma literal, es al que tiene drogas para su consumo propio sin ser toxicofrénico. En efecto: el toxicofrénico no puede dejar de consumir el tóxico, dada su dependencia física o psíquica; por ende, no le es reprochable la conducta de tener tóxico para consumir, porque no se le puede exigir que deje de consumirlo. En caso de que fuese constitucional la prohibición del consumo propio, el toxicofrénico sería inculpable en el supuesto de tenencia, resultando culpable sólo el que tiene la droga para consumo propio sin ser toxicofrénico, lo que resulta más absurdo aún. No obstante, otra solución no cabe, salvo que se interprete a la ley 20.771 como un caso de violación del principio de culpabilidad, lo que la ley no dice, por lo que rige a su respecto el art. 4º del código penal.

V. — LA ATIPICIDAD CONGLOBANTE FUNDADA EN EL FOMENTO DE LA CONDUCTA QUE QUEDA ABARCADA EN EL TIPO LEGAL

405. **Las lesiones en la práctica de los deportes.** La actividad deportiva está claramente fomentada por el orden jurídico, lo que se deriva del nombre mismo de la ley 20.655 ("Ley de promoción de las actividades deportivas"), que reemplaza a la "Ley de fomento y desarrollo del deporte", de 1969.

En la práctica de buen número de deportes pueden resultar lesiones e incluso la muerte de alguno de los participantes, toda vez que se trata de actividades riesgosas para la integridad física. En uno de ellos —el boxeo— la misma actividad deportiva prevé como un efecto normal una lesión, es decir, un golpe que provoque

¹⁷⁸ LÖBSACK, THEO, *La manipulación del espíritu*, Barcelona, 1975, p. 127; también, CANTÚ, CÉSAR, *Historia Universal*, Bs. As., 1954, t. X, pp. 237 y ss.

una alteración en la salud que impida durante más de diez segundos incorporarse y continuar la competencia. De no mediar la legislación que fomenta el deporte, en el caso del boxeo nos hallaríamos con tipicidad dolosa de lesiones leves y, en todos los demás deportes más o menos violentos, con tipicidad culposa, puesto que importan una violación al deber de cuidado, lo que se hace evidente en los propios reglamentos, que prevén expresamente el supuesto de lesión y establecen precauciones para esa eventualidad en forma tal que sea posible asistir con premura y eficiencia al lesionado¹⁷⁹.

Para explicar la impunidad de las lesiones o de la muerte que resulta de una acción de práctica deportiva dentro del marco de la reglamentación del respectivo deporte, se han ensayado varios caminos, siendo indiscutible que todos ellos remitan a la aquiescencia prestada por el propio participante. El problema finca en determinar si esa aquiescencia es un acuerdo o un consentimiento, es decir, si el homicidio y las lesiones deportivas son atípicos o están justificados.

Para esclarecer el problema, debemos recordar que la atipicidad conglobante resulta exclusivamente de la consideración de las normas prohibitivas, basándose en este caso en que *una norma no puede prohibir una conducta que otra norma fomenta*¹⁸⁰, a diferencia de la justificación, que es precepto permisivo que surge cuando el orden jurídico se resigna a que en una situación conflictiva un sujeto realice una conducta abarcada por la norma prohibitiva, pero que el derecho no fomenta.

En el caso que nos ocupa, toda vez que la conducta deportiva enmarcada en los correspondientes reglamentos, es expresamente fomentada por el orden jurídico, no cabe duda de que la misma es conglobantemente atípica¹⁸¹, de modo que la aquiescencia asume

¹⁷⁹ V. art. 8º de las "Reglas Oficiales de Lucha" y regla 25ª de las oficiales del boxeo.

¹⁸⁰ V. ZAFFARONI, *Lesiones y homicidio en la práctica de los deportes*, ponencia presentada al Primer Congreso Internacional de Derecho del Deporte, México D.F., 1968, publicada en DPC, 33, julio-agosto 1969, p. 85.

¹⁸¹ Como atípicas las habíamos entendido en nuestra trabajo, cit., cambiando luego nuestra opinión en *Teoría*, p. 424, volviendo ahora a nuestra primitiva posición. Con la tesis del consentimiento: SCHÖNKE-SCHRÖDER; MEZGER, *Studienbuch*, II, 44; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Madrid, 1962, I, 689 y ss.; otra opinión, CUELLO CALÓN, EUGENIO, *Derecho Penal, Parte Esp.*, Barcelona, 1955, I, 510; CARRANCA Y TRUJILLO, *Derecho Penal Mexicano*, México, 1958, I, 254; HAEFTIGER, *Über die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht*, en "Sch. Zeitschrift", 67-100; MAHLING, *Die strafrechtliche Behandlung von Sportverletzungen*, Berlin, 1940. Sobre el tema también: LEVENE (h.), RICARDO, *El delito de homicidio*, Buenos

aquí la forma de *acuerdo*, es decir, la de disposición de un bien jurídico. El carácter de acuerdo que tiene en este caso la aquiescencia, se pone de manifiesto también en que el mismo puede consagrarse en un contrato, que quien presta el acuerdo no puede rescindir cuando quiera, sino que está jurídicamente obligado a cumplir. La aquiescencia no es aquí eminentemente revocable, como acontece con el consentimiento.

406. **Las lesiones deportivas típicas y atípicas.** Para esclarecer debidamente la solución a las distintas hipótesis de lesiones deportivas, es menester distinguir entre los deportes violentos en general y el boxeo en especial, toda vez que este último plantea una problemática que le es propia.

En los deportes violentos (con exclusión del boxeo), el acuerdo elimina la tipicidad conglobante respecto de las conductas legalmente típicas por culposas, que tienen lugar dentro de la práctica reglamentaria de los mismos. El fomento de la actividad que crea el peligro y la asunción del riesgo con el acuerdo, eliminan la tipicidad de la respectiva conducta.

Violado el reglamento la conducta será típica, pudiendo, según el caso, ser dolosa o culposa.

La violación del reglamento no debe ser confundida con la lesión en sí, pues puede haber una violación "dolosa" de las normas del juego, con un resultado culposo de lesión: la intención de violar el reglamento no es igual a la finalidad de lesionar. La conducta violatoria del reglamento es violatoria de un deber de cuidado en forma penalmente típica, pues el reglamento es el límite del riesgo que se asume con el consentimiento.

No obstante, la conducta típica puede estar justificada: piénsese que uno de los partícipes viole el reglamento, en forma tal que la conducta violatoria del otro aparezca como racionalmente necesaria para impedir o repeler la agresión que la violación del primero implica.

En la apreciación de la aplicación del reglamento debe actuar-

Aires, 1970, 83 y ss.; SISCO, LUIS P., *Delitos cometidos en el ejercicio del deporte*, Bs. As., 1963; CONTRERAS GÓMEZ, CARLOS A., *Delitos en el deporte*, en LL, 135 (1969), 1618 y ss.; sobre el problema en Suiza, BRUNNER, ALBERT, *Die Sportverletzung im schweizerischen Strafrecht*, Diss., Zürich, 1949; sostiene que no son antijurídicas por no contravenir las "normas de cultura", J. J. GONZÁLEZ BUSTAMANTE, *Los eventos deportivos y la concepción dogmática del delito*, en "Criminalia", 1957, 118; un enfoque positivista con interesantes referencias históricas, DEL VECCHIO, GIUSEPPE, *La criminalità negli "Sports"*, Torino, 1927.

se conforme a las reglas usuales del deporte y a los cuidados que habitualmente se deben tomar, para lo que es menester remitirse a los usos, porque no todas las lesiones surgen en pruebas oficiales. Todo depende de la naturaleza del deporte de que se trate, sin que tenga relevancia que la competencia sea o no profesional, sea o no "oficial". Lo decisivo para que el acuerdo tenga efecto es que a mayor riesgo deben tomarse mayores cuidados, conforme a lo acostumbrado. Naturalmente, cuando se trata de competencias sumamente riesgosas, que requieren una autorización especial (como las competencias automovilísticas), su realización sin todos los recaudos y autorización implica una imprudencia. No es determinante en este sentido que la competencia sea ilícita. No puede imputarse culpa al participante en una competencia automovilística que no ha sido autorizada porque faltaba pagar un impuesto, o al participante en un partido de fútbol callejero que prohíben los "edictos" policiales, por el mero hecho de la ilicitud formal. La esencia de la culpa no está en esto, sino en la violación del deber de cuidado, que en el primer caso se hallará en que no se han cumplido todos los dispositivos de protección y seguridad, y en el segundo en que no se tenga en cuenta el peligro del tránsito, pero si el accidente nada tiene que ver con este peligro, tampoco habrá culpa por ello.

El boxeo plantea un problema del todo diferente, pues se trata del único deporte en que hay una conducta legalmente típica de lesiones dolosas. Se trata de lesiones dolosas de carácter leve, que deben dejar en inferioridad física al otro contendiente por más de diez segundos, pero eso es suficiente para que cuando haya una violación del reglamento, resultando de la conducta violatoria del mismo una lesión grave o gravísima o la muerte, dicha lesión u homicidio deban considerarse preterintencionales y no culposos¹⁸².

407. **La intervención quirúrgica.** Una actividad que obviamente está fomentada por el orden jurídico —e incluso sostenida parcialmente por el Estado— es la *actividad quirúrgica que se practica con fin terapéutico*. El fomento de esa actividad, que surge claramente del orden normativo, la distingue en el plano normativo de la actividad quirúrgica sin finalidad terapéutica, principalmente la que persigue un objetivo estético, haciendo que la primera resulte conglobantemente atípica —por ser fomentada por el orden jurídico— en tanto que la segunda sólo es justificada, por estar meramente permitida.

¹⁸² Cfr. nuestro trabajo cit., p. 91.

tado positivo es atípica, en tanto que la que tiene resultado negativo es típica y justificada¹⁸⁵, β) otro que entiende que en cualquier caso, la presencia de la finalidad terapéutica o curativa resta la tipicidad de lesiones a la acción¹⁸⁶. Dentro de la primera corriente hay quienes fundamentan la justificación del resultado lesivo en el consentimiento¹⁸⁷ y quienes lo hacen en una "ausencia de responsabilidad por el hecho"¹⁸⁸.

La teoría que distingue entre resultado positivo (atipicidad) y resultado negativo (tipicidad justificada), muestra una contradicción insalvable: en el supuesto de resultado positivo la conducta sería atípica de lesiones consumadas, pero no vemos por qué se excluiría la tipicidad de la tentativa, porque la atipicidad se fundaría en la ausencia del resultado lesivo. También aquí debería funcionar la justificación, aunque tal solución sería inadmisibles: a poco que razonemos veremos que no es posible concebir que el médico haya tenido el "fin" de lesionar, pero cuando consigue el resultado que se propone (curar) *la conducta queda en tentativa porque no se produce el resultado que él no se propuso*.

¹⁸⁵ BOCKELMANN, PAUL, *Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten*, en JZ, 1962, 525-9; FRANK, StGB, 1931, 478; HARDWIG, WERNER, *Betrachtungen zur Frage des Heileingriffes*, en GA, 1965-161/173; MAYER, H., 1967, 86; del mismo, 1953, 170; MAURACH, *Bes. Teil*, 1969, 76-7; SCHAEFER, AUGUST, en "Leipziger Kommentar", 1958, pp. 258-9.

¹⁸⁶ SCHMIDT, EBERHARD, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig, 1939, 67 y ss.; WELZEL, 289; ENGISCH, op. cit. en ZStW, 58 (1939), 1 y ss.; del mismo, *Die rechtliche Beurteilung des ärztlichen Eingriffs unter besonderer Berücksichtigung des Suicidpatienten*, en "Heidelberg Jahrbücher", 1960, 47 y ss.; KOHLRAUSCH-LANGE, StGB, Berlin, 1956, p. 444; sobre la diversidad de motivos en que se funda la atipicidad, NIESE, W., *Ein Beitrag zur Lehre vom Ärztlicher Heileingriff*, en "Fest. für Eb. Schmidt", Göttingen, 1961, pp. 364-382; SCHRÖDER, HORST, *Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Recht und im Entwurf 1960*, en NJW, 1961-951. El § 161 del Proyecto Alemán de 1962 declara que no son típicas de lesiones las intervenciones quirúrgicas con fin terapéutico y conforme a las reglas del arte. En el sentido de la atipicidad se ha pronunciado la Cámara de la Cap. (JA, nov. 20, 1970), siendo particularmente meduloso al respecto el voto de Romero Victorica (especialmente en JA cit., p. 40). Contra este criterio jurisprudencial —que consagra la atipicidad por el fin terapéutico— se pronuncia el comentarista de esa sentencia, TERÁN LOMAS (*La extirpación de órganos sexuales ante el derecho penal: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad*, en JA cit., p. 12). Consideran que la conducta es típica, NÚÑEZ, I, 396; FONTÁN BALESTRA, *Manual*, 1949, 233; SOLER, I, 334 y ss.; igual CRISPIGNI, en "Revista di Diritto e Procedura Penale", 1914-I-452; PAGLIARO, 415; CRESPI, *La responsabilità penale per il trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955; FERNÁNDEZ DOBLADO, LUIS, en DPC, 1965, julio, pp. 49 y ss.; DEL ROSAL, I, 804-5; QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, 1962, I, 662 y ss. BETTIOL (p. 315) considera que la lesión quirúrgica con resultado positivo es atípica porque es una acción "socialmente adecuada", en lugar sólo admite como justificada la que tenga resultado negativo. Entre nosotros resulta claro que la mencionada sentencia de la Cámara de la Capital es más avanzada y acorde con la doctrina germana contemporánea, que nuestra doctrina dominante.

¹⁸⁷ Así FRANK, op. et loc. cit.

¹⁸⁸ Así MAURACH, op. et loc. cit.

Si el fin no se logra, es decir, si media un *resultado negativo*, tampoco habrá tipicidad penal, siempre que haya actuado conforme a las reglas del arte médico. De no haberse violado tales reglas, o de haberse violado sin resultado negativo, o de no ser la violación de esas reglas determinantes del resultado negativo, tampoco habrá tipicidad culposa.

En los supuestos en que el médico tenga el deber de requerir el acuerdo del paciente (veremos luego en cuáles no lo tiene), tratándose siempre de una intervención con fin terapéutico, cuando practique la intervención sin el acuerdo cometerá un delito contra la libertad individual (*siempre que se den los extremos de esta tipicidad*), pero esta tipicidad contra la libertad será totalmente independiente del resultado positivo o negativo de la intervención (en este último caso, si se han violado las reglas del arte, existirá un concurso ideal o real, según el caso). De toda forma, *la actividad médica y la finalidad terapéutica eliminan la tipicidad conglobante —y, por ende, la tipicidad penal— de la conducta.*

En cuanto a las intervenciones quirúrgicas que no tienen finalidad terapéutica, no puede afirmarse que el orden jurídico las fomenta, sino que sólo se limita a tolerarlas, estando justificadas para el médico por la circunstancia de “ejercer una actividad lícita”, la que se halla limitada por el consentimiento del paciente. En este género de intervenciones: a) Cuando no hay consentimiento, la acción típica de lesiones no estará justificada; b) Cuando, además de la falta de consentimiento, *se violen las reglas del arte* con resultados negativos más graves que los propuestos, las lesiones o muerte serán *preterintencionales*; c) *Cuando medie consentimiento* con resultado negativo por violación de las reglas del arte, se tratará de *lesiones culposas*, puesto que lo único justificado son las lesiones dolosas propias de la intervención.

408. **Discusión doctrinaria.** Hace ya tiempo que la doctrina ha dejado de sostener que invariablemente la intervención quirúrgica es una conducta típica de lesiones justificadas por el ejercicio de un derecho, por el consentimiento o por el estado de necesidad¹⁸⁴.

Actualmente hay dos criterios diversos al respecto: α) uno que entiende que la intervención quirúrgica que tiene fin terapéutico y resul-

¹⁸⁴ Así, por ej., EBERMAYER, LUDWIG, *Der Artz im Recht*, Leipzig, 1930, 117; BELING, D. L. *vom Verbrechen*, 152; en sentido opuesto, ya HESS, *Die Ehre und die Beleidigung des § 185 StGB*, Hamburg, 1891, p. 54. nota 4; STOOSS, KARL, *Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung*, Berlin, 1898; HAHN, GUSTAV, *Untersuchungen über die rechtliche Natur ärztlicher Eingriffe*, (Diss.), Breslau, 1928.

La tipicidad legal de lesiones está dada tanto en las lesiones que tienen propósito terapéutico como en las que no lo tienen. No puede negarse el dolo de lesiones en la lesión quirúrgica¹⁸³, porque tanto hay fin de amputar una pierna en el cirujano que lo hace para evitar que el paciente muera, como en la repugnante acción de los mendigos rusos del ejemplo de Löffler, que lo hacían para que los niños movieran a la piedad. Bien puede afirmarse que el fin de salvar la vida del paciente justifica la conducta del cirujano, pero eso sería tan absurdo como sostener que el oficial de justicia comete un hurto justificado o el policía una privación de libertad justificada. En estos últimos casos la incongruencia del planteamiento deviene de que esa posición implicaría afirmar que una norma prohíbe lo que otra norma ordena. En el caso del cirujano que actúa con fin terapéutico, la incongruencia surge de que una norma prohibiría lo que otra norma fomenta y, en ciertos casos, ordena. No tolera la lógica que, no obstante fomentar y hasta eventualmente ordenar la conducta, el mismo orden normativo la prohíba en forma tal que sea menester salir de él y apelar a un precepto permisivo para eliminar la contrariedad de la conducta con el derecho.

Sostener que en las intervenciones quirúrgicas con fin terapéutico no hay dolo, porque no puede existir el fin de afectar un bien jurídico cuando existe el de salvar el mismo bien jurídico, es argumento que bajo apariencia de coherencia, esconde un grave error de razonamiento: las conductas no se dirigen a afectar bienes jurídicos sino en la valoración jurídica que de la misma hace la ley o el juez; en la dirección de la causalidad que el agente imprime a la conducta, siempre se dirigen a la obtención de un resultado (“material”), es decir, a la mutación del mundo físico. El médico que amputa una mano quiere obtener el resultado de amputar una mano, al igual que lo quiere obtener el que lesiona. La diferencia está en que el médico lo hace porque así se lo indican las reglas de su arte para salvar una vida. De allí que, dado que su conducta persigue como “ultra-finalidad” salvar una vida o conservar o reparar la salud, o neutralizar el avance, subsanar o aliviar los efectos de un daño en la salud, y que eso lo hace conforme a las reglas del arte, la misma sea *fomentada* —y eventualmente ordenada— por el orden normativo y quede, en consecuencia, fuera de la prohibición típica, aún cuando no logre la finalidad terapéutica que se propuso.

¹⁸³ Sostuvimos otra opinión en *Teoría*, 410.

La otra posición pretende fundamentar la atipicidad en la ausencia de dolo. La tesis la defiende Welzel con un conocido ejemplo: "en una disputa entre A y B, A coge un cuchillo y le da un corte a B. El corte da casualmente en un absceso oculto de B; el pus sale y B, que se encontraba hasta entonces en un peligro grave, es salvado. (Para destacar aún más claramente el *tertium comparationis*, puede situarse la pelea en una clínica, entre dos enfermeros, llevándose a cabo el corte con un instrumento quirúrgico). El sentido social de la acción de A es completamente diferente del de una intervención quirúrgica, externamente igual, aún cuando objetivamente se produzca el mismo resultado —el restablecimiento de la salud de B—: a pesar del resultado curativo, objetivo, es una tentativa de lesiones"¹⁸⁹.

En realidad, lo que este ejemplo pone de manifiesto no es la falta de dolo, sino que en el caso de la intervención quirúrgica media una finalidad que va más allá del dolo de lesiones, o sea, que la diferencia entre el médico que interviene y el enfermero que da el corte finca en que el médico lo hace para curar, pero ambos quieren el corte, es decir, que en ambos hay "dolo de cortar".

Esta finalidad ultra-típica de curar es un requisito de la atipicidad conglobante, porque sin ella la conducta no está fomentada por el orden jurídico.

No debe creerse que este requisito de la atipicidad conglobante lleva a la punición del ánimo en el sentido de que el médico que interviene deseando la muerte de su paciente, porque es su mortal enemigo al que gustoso hubiese apuñalado, y que se solaza con la visión de su sangre y de su sufrimiento, actúa típicamente. Esto es totalmente erróneo, pues esos contenidos del ánimo son compatibles con el fin de curar, como contenido de la voluntad, y, en tanto el médico persiga su fin terapéutico conforme a las reglas de su arte, su conducta será atípica, porque los restantes contenidos emocionales y el mero deseo no se traducen en ninguna mutación física ni dirigen la causalidad.

Algo análogo sucede con la distinción entre el tocamiento típico del abuso deshonesto y el tocamiento del reconocimiento médico. Max Ernst Mayer¹⁹⁰ hacía depender su diferencia del sentimiento lascivo, pero ello no es cierto: no es la presencia o ausencia del sentimiento lascivo lo que distingue al abuso deshonesto del reconocimiento médico. Si el médico toca a la mujer para diagnosticarla —y eso está indicado por las reglas del arte médico— la circunstancia de que al hacerlo sienta el mayor de los placeres es totalmente irrelevante. Confundir esto significa hacer depender la tipicidad del plano emocional, que puede funcionar con total independencia de la voluntad y hasta de la actividad consciente. Estos estados anímicos de contenido emocional, que no se traducen en una voluntad realizadora, son extraños a la tipicidad y compatibles con una voluntad realizadora diferente y hasta contraria a ellos. De allí que lo único que importa para la atipicidad conglobante sea el *fin* terapéutico,

¹⁸⁹ WELZEL, *El nuevo sistema*, p. 39.

¹⁹⁰ MAYER, MAX ERNST, *Lehrbuch*, 1915, p. 185.

sin que para nada jueguen los contenidos emocionales o afectivos contrarios que lo acompañan.

La tentativa de distinguir la conducta quirúrgica atípica de la conducta típica de lesiones, fundándose únicamente en criterios objetivos, está destinada al fracaso. Para Eberhard Schmidt la diferencia entre la conducta del médico que interviene quirúrgicamente y la del sujeto que apuñala finca en el sentido objetivo, en el método completamente "anti-médico" de ejecución¹⁹¹. De este criterio objetivo deduce la atipicidad de la conducta médica respecto del delito de lesiones¹⁹². No creemos que esta explicación satisfaga en el ejemplo de Welzel. Incluso, podemos imaginar un médico criminal y torpe que le causa una hemorragia a un enfermo con dolo de homicidio o lesiones y con sus medios técnicos, pero ignorando que de esta manera actúa en la forma indicada conforme a las reglas del arte de curar, para alejar el inminente peligro de un accidente vascular. Aquí no hay ninguna objetividad social reconocible para negar la tipicidad de la tentativa.

No obstante que el criterio puramente objetivo es insostenible, y habiendo afirmado ya que la atipicidad conglobante requiere el fin ultratípico terapéutico, es decir, como una finalidad que exceda la mera realización del tipo objetivo de lesiones, debe quedar también aclarado que la atipicidad conglobante de la lesión quirúrgica presupone también requerimientos objetivos.

El principal requisito objetivo es que quien practica la intervención se halle habilitado para ello. El que no es médico y procede a intervenir quirúrgicamente en razón de un estado de necesidad, realiza una conducta típica de lesiones, que se halla justificada por la necesidad, en razón de lo cual está permitida, pero no realiza ninguna conducta fomentada por el orden normativo. Para quienes sostienen que en la intervención quirúrgica con fin terapéutico no hay dolo, la situación del que interviene en estado de necesidad también debería resolverse como atipicidad por ausencia de dolo y no como justificación¹⁹³.

En rigor, la posición que pretende la ausencia de dolo en la intervención quirúrgica con finalidad terapéutica, como resultado del fin terapéutico de la intervención, es una apelación al mismo argumento tomista respecto del deber jurídico¹⁹⁴, que pretende que por ser debida la acción, cambia su fin. Aquí, cambiaría el fin porque la acción está fomentada, lo que vimos que no es cierto, puesto que no cambia el fin, sino que al fin típico agrega una ultrafinalidad.

409. El resultado positivo y las reglas del arte médico. Conceptuar "resultado positivo" resulta necesario a los efectos de limitar la culpa cuando se han violado las reglas del arte (si no hay

¹⁹¹ SCHMIDT, EBERHARD, *Soziale Handlungslehre*, cit., p. 345.

¹⁹² Idem, 345-8.

¹⁹³ Sostuvimos esa tesis en *Teoría*, 410 y ss.

¹⁹⁴ V. supra, § 398.

resultado negativo no hay culpa). A tal efecto el concepto de "resultado negativo" se puede circunscribir a partir de su opuesto.

Cuando se requiera una intervención quirúrgica terapéutica se presupone que hay un daño en el cuerpo o en la salud, o por lo menos una amenaza de daño que la intervención tiende a neutralizar. Si se logra efectivamente dicha neutralización, aunque no se obtenga un restablecimiento total de la salud o de la integridad física, pero se obtiene su conservación o mejoría, puede considerarse que se trata de un resultado positivo. Consecuentemente, debe entenderse por resultado positivo la obtención del restablecimiento de la salud, de su conservación, de la permanencia del estado precario en que se halla, del alivio de las consecuencias de ese estado o de la neutralización o postergación de males mayores, *siempre que esto fuese lo que era dable esperar de las posibilidades brindadas por el conocimiento científico y los medios disponibles en la emergencia.*

Conforme a esto, también las operaciones mutilantes pueden tener resultado positivo¹⁹⁵. Cuando se debe amputar un órgano o un miembro es porque se halla dañado y es la intervención quirúrgica la que circunscribe el mal por el único procedimiento técnico que resta. Igualmente, cuando debe quitarse un órgano para que otro funcione adecuadamente, la intervención persigue el fin de evitar sus mayores consecuencias dañosas.

Algo análogo sucede con las intervenciones preventivas, pues en la medida en que tienen por finalidad y son adecuadas para lograr la conservación de la salud, no pueden ser lesivas del bien jurídico que quieren conservar. Tal es el caso de las vacunaciones y las tomas de muestras para diagnosticar (sangre, líquido céfalo-raquídeo, etc.)¹⁹⁶.

Si el médico ha obrado conforme a las reglas del arte médico, aunque la intervención haya tenido resultado negativo, su conducta será atípica. En lugar, cuando la conducta es violatoria de estas reglas, resultará violado un deber de cuidado y, por ende, su conducta será culposa de lesiones u homicidio, *pero sólo en caso de resultado negativo*. De allí que para la averiguación de la culpa típica en la lesión quirúrgica sea necesario referirse al concepto de "reglas del arte médico" —cuya violación implica inobservancia del deber de cuidado— pero, *en modo alguno esa violación es suficiente para configurar la tipicidad culposa de la conducta médica.*

¹⁹⁵ Cfr. HARDWIG, NIESE, SCHRÖDER, etc.

¹⁹⁶ Cfr. SCHAEFER, op. cit.; MEZGER-BLEI, *Bes. Teil*, 1966, p. 51.

Como en todo tipo culposo, en el de lesión es necesaria la producción de un resultado lesivo —que en este caso es el “resultado negativo”— y se requiere, además, que la hipotética aplicación de las reglas del arte médico excluya este resultado, hipótesis que *no es un problema de causalidad*, como ya hemos visto, sino una hipótesis que obliga a realizar el legislador en el tipo culposo para afirmar el carácter de “*determinante del resultado*” en la conducta. Por ende, la afirmación de que “la obligación asumida por el médico en la atención del enfermo es de medios y no de resultados”, reiterada en nuestra jurisprudencia¹⁹⁷, es certera, pero la mera desatención de los “medios” no es suficiente para configurar una conducta típica culposa, *de no mediar un “resultado negativo” del que la conducta haya sido determinante*.

Las reglas del arte médico se traducen en el adecuado e indicado procedimiento diagnóstico y en la aplicación de los procedimientos técnicos ordinarios con los cuidados que sean del caso. La oportunidad de la intervención como también el acierto del diagnóstico (los errores imputables de diagnóstico constituyen también violación de estas reglas) deben apreciarse *ex-ante*¹⁹⁸. En este aspecto es totalmente indispensable la cooperación de peritos con el órgano jurisdiccional, aunque esto no puede implicar una delegación de la jurisdicción.

La aplicación de procedimientos no suficientemente probados sin tomar las precauciones adecuadas constituye una violación a estas reglas, que no cubre el acuerdo del paciente ni justifica su consentimiento. El procedimiento sólo será adecuado a las reglas del arte médico cuando se ha tomado el máximo de precauciones o cuando ya no exista otro que permita neutralizar el peligro de muerte u otro daño, siempre que el producido no sea de otra naturaleza o más grave que el que se quería evitar.

La llamada “responsabilidad médica” no difiere de los principios generales de la “responsabilidad”²⁰⁰. En consecuencia, los principios de la tipicidad culposa abarcan los supuestos de lesiones culposas cometidas en el ejercicio de actividad médica violatoria de un deber de cuidado.

¹⁹⁷ Cám. 2ª C. C., La Plata, LL, 96-431; C. Nac. Civil, JA, 1964-V-61.

¹⁹⁸ Sobre error de diagnóstico, HIESTAND, H., *Rechtsfragen des Arztes, Übersicht über das schweizerische Arztrecht*, Zürich, 1936, p. 18.

¹⁹⁹ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 1087.

²⁰⁰ Cfr. BELBEY, JOSÉ, *Responsabilidad de los médicos*, en “Revista de Derecho Penal”, 1947, nº 4, p. 365.

El inc. 9º de la ley 17.132 establece un criterio acerca de la responsabilidad médica que es inadmisibles en materia penal: la responsabilidad del jefe por los actos de sus subordinados. No abrimos juicio sobre el valor civil o administrativo de dicho precepto, pero le negamos cualquier vigencia penal, *pues implicaría una violación de los preceptos de la culpa y un retroceso a la responsabilidad objetiva, o sea, una derogación del Código Penal*. Es hoy imposible que el cirujano-jefe controle lo que realiza el anestésista, salvo en lo que pueda observar en el curso de la intervención²⁰¹. La especialización y distribución de tareas requeridas en una intervención quirúrgica delicada no puede tolerar semejante principio.

Entendemos que a este respecto es de aplicación uno de los más fructíferos criterios que se han abierto paso en la doctrina y jurisprudencia alemanas para determinar la medida del deber de cuidado: el "principio de confianza" (*Vertrauensgrundsatz*). Conforme a este principio, en el campo médico, cuando el médico ha seleccionado a su equipo conforme a los requerimientos técnicos y reglamentarios (título o habilitación para la función que debe desempeñar en el equipo quirúrgico), el error que éstos puedan cometer en el curso de una intervención no le es imputable, pues el médico no tenía razón para retirarle su confianza²⁰².

410. **Las intervenciones quirúrgicas sin fin terapéutico.** a) Las *intervenciones cosméticas*, que persiguen una finalidad de mejoramiento estético, no pueden considerarse terapéuticas, toda vez que, aunque ocasionalmente persiguen y logran un mejoramiento de la salud psíquica del sujeto, esta consideración no puede generalizarse. Por lo general, serán *conductas típicas justificadas* por el ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4º del CP; art. 14 de la CN; ley 17.132), en la medida del consentimiento dado por el paciente²⁰³.

b) Estimamos que ello es así *aunque tengan por objeto la corrección de malformaciones congénitas*²⁰⁴, salvo que de la malformación se derive un peligro o daño para la salud. En lugar, creemos que quedan fuera del concepto de intervención cosmética las que *forman parte de la cura de una lesión deformante*, aunque fuere quirúrgica.

²⁰¹ Sobre negligencia en la aplicación de anestesia, COVA GARCÍA, LUIS, *La responsabilidad penal de los médicos*, en "Revista de Derecho y Legislación", Caracas, 38 (1949), 191.

²⁰² Cfr. ENGISCH, en "Langebecks Archiv"; LENCKNER, THEODOR, en "Fest. für Engisch", 490-508.

²⁰³ Cfr. ENGISCH, en "Heidelberg Jahrbücher"; MAURACH, *Bes. Teil*, p. 77; SCHAEFER, op. et loc. cit.

²⁰⁴ Otra opinión, SCHAEFER, ídem; MEZGER-BLEI, loc. cit.

c) En lo que respecta a las *intervenciones de cambio de sexo*, consistentes en ablación de genitales, cirugía plástica y tratamiento hormonal, antes de la sanción de la ley 17.132 eran intervenciones lícitas y *no cabe considerarlas carentes de fin terapéutico*, porque lo tienen, aunque su indicación sea discutida en el ámbito médico ²⁰⁵. A partir de la sanción de esa ley, dichas intervenciones requirieron una autorización judicial por expresa disposición legal. En qué casos corresponde concederla no lo dice la ley y consideramos que esta omisión no puede suplirse por vía de reglamentación, pues se trataría de una delegación de facultades legislativas, ya que el texto no señala criterio alguno. Debemos suponer que la autorización corresponde a los casos de hermafroditismo ²⁰⁶, pero también puede entenderse que la autorización obedece a rodear de mayores garantías al consentimiento del paciente. Este es un interrogante que no podemos responder, por defecto legal. De cualquier modo, este nuevo requisito legal es de un criticable casuismo, pues hay otras intervenciones de consecuencias gravísimas para las que no se exige semejante requisito previo. Este casuismo, que es muy común en la legislación penal de los últimos años, dentro de su absoluta carencia de técnica y del peligro que entraña (el *"legislador no actúa con prudencia y serenidad, sino con falta de información de la legislación comparada y bajo el impacto emocional del "caso sonado" más reciente*), resulta sin embargo preferible al establecimiento de fórmulas generales mal acuñadas, como la de la irrelevancia del consentimiento en las lesiones cuando es "contrario

²⁰⁵ Así lo declaró la Cámara de la Capital en el citado fallo (JA, 20 nov. 1970). Consideramos que en este aspecto el fallo del tribunal fue correcto, porque las intervenciones tuvieron finalidad terapéutica, aunque fuese discutible en grado sumo médicamente. Esta última cuestión es meramente médica y no debe resolverla la justicia, que debe limitarse a confirmar su vigencia en el campo científico y dejar que la disputa se resuelva entre los médicos. "Es necesario el principio de que cualquier terapia, en tanto tenga validez científica y sea ejercitada prácticamente, deba considerarse equivalente por el derecho. No pertenece a la competencia de los juristas y de la justicia decidirse por una escuela médica" (GRÜNWARD, GERALD, *Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht*, en "Arzt und Recht", editado por Hans Cöppinger, München, 1966, 129). El criterio de que el homosexual presenta un consentimiento viciado por un "defecto psíquico" (JA, 1966-abril, 546) es científicamente inadmisibles, pues remite a la tesis de la responsabilidad parcial de Mario Carrara (en sentido crítico, ZAFFARONI, *La capacidad psíquica de delito*, cit.). En Alemania estas operaciones se hallan expresamente autorizadas por ley de agosto de 1969. En Brasil se ha desarrollado una gran discusión al respecto, pero no están prohibidas (V. ANTONIO CHAVES, *Direitos da personalidade*, en "Justitia", Min. Páb. de S. Paulo, 1977 (98), pp. 63 y ss. (84-90).

²⁰⁶ LÓPEZ BOLADO, JORGE - VIDAL ALBARRACÍN, HÉCTOR, *Aspectos jurídicos de la homosexualidad y cambio quirúrgico de sexo*, en LL, marzo 11 de 1977.

a las buenas costumbres". del § 226 a) del StGB alemán, que no tiene vigencia alguna entre nosotros, pero que alguna vez se sostuvo aunque afortunadamente sin que hallara eco en nuestra jurisprudencia.

d) En lugar, no tienen finalidad terapéutica las tomas de muestras para practicar peritaciones médico-forenses (dosimasia alcohólica, por ejemplo) o las aplicaciones de alcohol que puedan hacerse para diagnosticar una embriaguez patológica. La aplicación de pentothal sin finalidad terapéutica es una lesión dolosa, porque la *absoluta irrelevancia procesal de la medida es independiente* de la eficacia de la causa de justificación que ampara al médico.

e) Los *trasplantes de tejidos* —sea sanguíneo o de otra naturaleza— también son lesiones típicas en lo que al dador respecta, esto es, en cuanto a la extracción, siendo sólo justificadas en la medida de su consentimiento²⁰⁷. Naturalmente que tales intervenciones se hallan justificadas por el consentimiento siempre que no causen cierta o probablemente la muerte del dador. Es del todo ajena a esto la extracción de un órgano de un cadáver.

El momento de la muerte se ha tornado problemático a partir de los trasplantes y, fundamentalmente, de los trasplantes de corazón, lo que ha dado lugar a una extensa bibliografía al respecto²⁰⁸.

La ley 21.541, del 2 de marzo de 1977, ha venido a complicar seriamente las cosas, porque el art. 21 indica que por muerte debe entenderse "el cese total e irreversible de las funciones cerebrales". Esto importaría que "exclusivamente a los fines de esta ley", el sujeto se con-

²⁰⁷ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, p. 1086.

²⁰⁸ En ella puede mencionarse: BAY-RÖMER, *Medizinische und rechtliche Aspekte von Organverpflanzungen*, Düsseldorf, 1970; SPANN-LIEBHARDT, *Rechtliche Probleme bei der Organtransplantation*, en "Münch. med. Wochenschrift", 1967; autores varios: *Was ist der Tod?*, 11 *Beiträge und eine Diskussion*, München, 1968; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1972, 1110-1; STRATENWERTH, *Zum juristischen Begriff des Todes*, en "Fest. für Engisch", 528 y ss.; BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, 1968, 128 y ss.; HEINITZ, *Rechtliche Fragen der Organtransplantation*, 1970; sobre trasplantes en general: NOVOA MONREAL, *Los problemas jurídico-sociales del trasplante de corazón*, en RJV, 1972, I, 82 y ss.; del mismo, *El trasplante de corazón*, Sgo. de Chile, 1969; VARELA, BERNARDO CARLOS, *Aspectos legales del trasplante de corazón*, en JA, doctrina, 1969, 10-3; SALMINI, CARLOS A. - SEGOVIA, ALBERTO L., *Aspectos médico-jurídicos de los trasplantes de órganos*, en RDP y C, 1968-4, pp 148-152; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Consideraciones jurídicas sobre los trasplantes de órganos*, en RDP y C, 1968-2, pp. 157 y ss.; TOZZINI, CARLOS A., *La ley italiana sobre extracción de órganos de un cadáver humano con fines de trasplante terapéutico*, en RDP y C, 1969, I, 116-7; PALACIOS MACEDO, XAVIER, *Los trasplantes de corazón y algunos aspectos médicos y legales en México*, en "Criminalia", 1969, feb. 28; TERÁN LOMAS, ROBERTO A. M., *Los trasplantes de órganos ante el derecho penal*, en JA, 27-VI-74.

sidera muerto aun cuando no haya cesado la actividad circulatoria espontánea, puesto que la función cerebral no abarca la del bulbo (de allí la diferencia entre muerte cerebral y muerte encefálica). Al respecto, dice Yungano con toda claridad: "Serio reparo merece la solución de este artículo. En primer término, del texto de la ley se desprende la posibilidad de dos tipos de muerte; una de ellas, a los fines de aquella, tendrá en consideración 'el cese total e irreversible de las funciones cerebrales'; sin embargo, no en el cerebro, sino en el bulbo, se encuentran los centros respiratorios y cardíaco. De este modo, fácil resulta concluir que un trazado electro-encéfalo-gráfico que no registra actividad cerebral no indica, necesariamente, la muerte de una persona, pues pueden mantenerse las funciones respiratorias y cardíacas; o sea que de acuerdo con el texto legal podría extraerse un órgano cuando todavía el corazón está latiendo, solución que no compartimos"^{208 bis}.

Samson plantea el caso del médico que detiene el reanimador artificial colocado al paciente. La tesis mayoritariamente sostenida es que ningún médico está obligado a medidas que prolonguen insignificamente la vida del paciente²⁰⁹, resultando así que, cuando el médico omite medidas a las que no está obligado, se excluye la responsabilidad penal. No obstante, Samson observa que la cuestión se complica, porque el médico que quita el reanimador, con su conducta *causa* la muerte del paciente²¹⁰. En nuestra ley el problema tendría otra solución: si entendemos que el art. 21 de la ley 21.541 considera que la muerte tiene lugar cuando se ha producido la muerte encefálica, lo que importa es el cese de la función circulatoria *espontánea*, y, si la circulación se detiene al quitar el reanimador, eso significaría que la espontaneidad de la circulación ya había cesado y, por ende, el sujeto ya estaba muerto.

Si bien la interpretación de la expresión "funciones cerebrales" como "funciones encefálicas" puede presentar dificultades por extensiva y hasta analógica, no queda otra solución que aceptar esta sinonimia, porque lo contrario implicaría admitir que la ley crea una causa de justificación para una conducta homicida, lo que también puede ser inconstitucional, por no garantizar suficientemente el derecho a la vida, argumento que empleó el Tribunal Constitucional Alemán para declarar la inconstitucionalidad de la ley que desincriminaba el aborto durante el primer tiempo del embarazo²¹¹.

De toda forma, creemos que este art. 21 de la desafortunada ley que comentamos nos lleva a un callejón sin salida: si lo entendemos en su sentido literal, es inconstitucional porque no garantiza suficientemente la vida, desde que crea un concepto de muerte

^{208 bis} YUNGAÑO, ARTURO RICARDO, *La Ley 21.541 de trasplantes de órganos humanos*, Buenos Aires, 1979, pp. 23-24; también VALERGA ARÁOZ, JORGE E., en LL, 20-XI-1980.

²⁰⁹ Cfr. BOCKELMANN, *Strafrecht des Arztes*, p. 114.

²¹⁰ SAMSON, ERICH, *Begehung und Unterlassung*, en "Fest. f. Welzel", Berlín, 1974, pp. 579 y ss.

²¹¹ V. Bundesverfassungsgericht, *Entscheidungen*, 1975, 573 y ss.

que sólo funciona en caso de extracción de órganos para injertos o trasplantes; pero si lo entendemos en sentido de asimilar “muerte cerebral” a “muerte encefálica”, la interpretación también puede ser considerada inconstitucional, porque sería extensiva en grado prohibido. En síntesis, si un médico quitase el corazón de un paciente con cese de función cerebral, pero cuya circulación fuese espontánea, pese a la certificación legal, es decir, si matase a un descerebrado, podría incluso pensarse en un error de prohibición generado por la misma ley²¹²; aunque tal error sería siempre vencible, puesto que se trata de una atrocidad cuyo contenido prohibido cualquier médico puede reconocer.

f) Las intervenciones quirúrgicas que no tienen finalidad terapéutica, pero que tienen lugar como parte de una actividad que queda fuera del límite represivo del Estado, son atípicas, por ser atípica la actividad de la que sólo configura un aspecto²¹³. Eso es lo que sucede cuando la intervención quirúrgica tiene lugar en el marco de una práctica religiosa reconocida por el Estado, puesto que forma parte del ejercicio de la libertad de cultos en la forma reglamentada por las leyes, ejercicio que es un bien jurídico tutelado y que en modo alguno puede ser prohibido por otras normas, pues, como ya lo señalamos, constituiría una contradicción del orden normativo. Tal es el caso de la circuncisión dentro del rito hebreo.

Bettioli considera que la circuncisión es atípica por ser “socialmente adecuada”, aunque sus argumentos coinciden plenamente con los que exponemos aquí toda vez que son tomados directamente del orden normativo: “Si tal religión está admitida —dice— y goza de la tutela jurídica, todos los ritos que ella implica no pueden considerarse como desviaciones de una normal regla de vida”²¹⁴.

g) El *aborto no punible* del art. 86, CP, lo practica el médico justificadamente, en ejercicio de un derecho profesional y en la medida del consentimiento de la mujer encinta o de su representante legal. Consecuentemente, *un error sobre el consentimiento sería un error de prohibición*. La conducta del médico aquí es típi-

²¹² Atinadas críticas a esta casi descabellada ley pueden verse en: TERÁN LOMAS, *La ley 21.541 sobre trasplantes*, en JA del 6-VII-1977; BERNARDO JORGE RODRÍGUEZ PALMA, STELLA MARIS MARTÍNEZ, LUIS FERNANDO NIÑO, *Ley 21.541: algunas consideraciones jurídico-penales*, en JA, agosto 11 de 1977. A decir verdad no es muy coherente la ideología que, por un lado pretende tutelar la salud contra la auto-lesión, como en el caso de los estupefacientes, y por otro permita homicidios dolosos de descerebrados.

²¹³ Es un supuesto de los que hemos considerado en el § 399.

²¹⁴ BETTIOLI, 284.

ca, sólo que justificada. No puede tratarse jamás de un acuerdo porque la vida del producto no pertenece a la madre o a su representante: en tanto que la conducta del médico está justificada, *la del que consiente es meramente inculpable* (se trata de un supuesto legal de *inexigibilidad*). El médico actúa justificadamente y no de manera atípica, aunque la intervención tenga propósito terapéutico respecto de la madre, pues no lo tiene respecto del producto. Es el mismo caso que en el trasplante: la intervención no tiene propósito terapéutico respecto del “dador”, aunque sí respecto del “receptor”.

411. **El deber de explicación del médico.** El principio general es que el médico debe actuar con el consentimiento expreso del paciente, aunque se deben reconocer numerosas excepciones. De todas formas cabe tener presente que el médico que realiza una intervención terapéutica sin consentimiento no comete un delito de lesiones dolosas. *La aquiescencia en la intervención terapéutica opera como acuerdo que resta atípica una eventual conducta contra la libertad personal; en lugar en la intervención sin fin terapéutico el consentimiento limita una causa de justificación que ampara la conducta del cirujano, típica de lesiones dolosas.*

En principio, para que el paciente pueda prestar un consentimiento válido, debe estar en situación de apreciar los alcances de la intervención, lo que por lo general exigirá una explicación de médico. El médico tiene, pues, *el deber de explicación* respecto de la intervención²¹⁵. Este caso, por supuesto, no se da cuando el paciente conoce ya los alcances de la intervención, sea porque se trata de una intervención sumamente común o porque tenga un conocimiento técnico. *Este deber de explicación se deriva de los principios generales de validez de la aquiescencia*²¹⁶.

Los límites del deber de explicación del médico constituyen un muy serio problema jurídico hartamente debatido y contradictoriamente resuelto²¹⁷. Sostiene una corriente que el médico no tiene por qué

²¹⁵ El documento redactado a este respecto por la 17ª asamblea de la Asociación Médica Mundial (Helsinki, 1964), a falta de regulación positiva se remite al Código Internacional de Ética médica (sobre esto, DE VICENTIS-ZANGANI, en “La Giustizia Penale”, Roma, 73, 1968, 321; ALTAVILLA, E., *La culpa*, Bogotá, 1956, 535 y ss.).

²¹⁶ Cfr. BOCKELMANN, *Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen des ärztlichen Aufklärungspflicht*, en NJW, 1961-945/951.

²¹⁷ Sobre ello BOCKELMANN, op. cit.; ENGISCH-HALLERMANN, *Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtliche und ärztlicher Licht*, 1970; WINKHAUS, DIETRICH, *Die Aufklärungspflicht bei ärztlichen Eingriffen als Zivilrechtliches Problem*, Diss., Münster, 1970.

explicar todos los riesgos de la intervención sino sólo sus consecuencias necesarias ²¹⁸, y tampoco éstas cuando perjudicarían la recuperación o el tratamiento ²¹⁹. Por otro lado, se sostiene que el deber de explicación requiere ser amplio ²²⁰.

El *Zivilsenat* del *Bundesgerichtshof* en 1959, consideró que había lesiones y que el consentimiento no era válido, en el caso de una mujer con cáncer de matriz que fue sometida a radioterapia, surgiendo luego una complicación infecciosa que se produce en un 5 ó 6/100 de los casos en razón de que el médico no había explicado estas posibles consecuencias. Dos años antes, en el caso de otra mujer que estaba afectada de un tumor de matriz y que durante la intervención se comprobó que era imposible desprenderlo, practicando el cirujano la extirpación total, se consideró que había lesiones culposas, en razón de que no se le había explicado esta posibilidad a la paciente ²²¹.

En los casos en que el cirujano debe tomar decisiones ya iniciada una intervención quirúrgica, Pagliaro funda la justificación en lo consuetudinario ²²².

Fijar reglas generales al respecto es particularmente difícil. Los intentos efectuados han sido criticados con bastante fundamento ²²³. Entendemos que frente a la disposición del inc. 8º del art. 19 de la ley 17.132, cuando el paciente se niegue a otorgar el acuerdo por escrito en caso de intervención mutilante, el médico debe explicarle ampliamente las consecuencias de su negativa. Por otra parte, ninguna duda cabe que en caso de intervenciones sin propósito curativo el deber de explicación del médico debe ser lo más amplio

²¹⁸ GRÜNWARD, GERALD, *Die Aufklärungspflicht des Arztes*, en *ZStW*, 73 (1961), pp. 5-44.

²¹⁹ V. GRÜNWARD, *op. cit.*, p. 23.

²²⁰ ROEMER, HANS, *Zur Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber Krebskranken*, en *JZ*, 1960, 137-9.

²²¹ GRÜNWARD, en "Artz und Recht", 125-6.

²²² PAGLIARO, 415. En algún caso se pretendió requerir la opinión de otro médico y, a título de curiosidad histórica, bueno es recordar que hasta se pretendió la amistad entre los médicos, para evitar perjuicios que de una diferencia de opinión podían derivarse a los pacientes (así, *DOMAT, Derecho Público escrito en francés por...*, Madrid, 1788, III, 259).

²²³ Fue propuesta la siguiente fórmula legal para el deber de explicación del médico: "El consentimiento es válido sólo cuando el autorizante —que no desista de él— sea explicado sobre la clase, gravedad y necesidad del tratamiento, como de todas las circunstancias que deban considerarse de significación para su decisión o que en una consideración razonable pudiesen desempeñar algún papel en su determinación". A esto se le ha objetado que "una completa explicación puede pesar gravemente en lo anímico del enfermo, lo que puede resultar perjudicial para el resultado del tratamiento" (GRÜNWARD, en "Artz und Recht", 150-7).

posible, no reduciéndose sólo a las secuelas normales de la intervención, sino también a todos los posibles riesgos.

En lo que se refiere a trasplantes, la amplitud del deber de explicación surge claramente del art. 11 de la ley 21.541: “Los jefes y sub-jefes de los equipos, como asimismo los profesionales a que se refiere el art. 3º, deberán informar de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural de cada paciente, acerca de los riesgos de la operación de ablación o implante, según sea el caso, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes. Luego de asegurarse que el dador y el receptor hayan comprendido el significado de la información suministrada, dejarán a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar”.

Dada la explicación, el consentimiento será válido aunque el paciente crea que es otro médico el que le intervendrá o si se manifiesta al personal auxiliar y por cualquier medio expresivo. Hacen excepción el caso en que el paciente haya otorgado su aquiescencia para que le intervenga sólo el médico elegido²²⁴ y el supuesto de intervención mutilante, en que se requiere la aquiescencia por escrito. Entendemos que en este último caso el deber de explicación debe tenerse por cumplimentado si el médico ha explicado los alcances de la mutilación, *aunque hubiese llamado el diagnóstico*, siempre que esta omisión obedezca a la evitación de perjuicios en la terapia.

412. ¿Puede actuar el médico contra la voluntad del paciente?
La ambiciosa ley 17.132²²⁵, en su ensayo casuístico o ilógico, en lugar de contener un enunciado general que remita a las normas de ética profesional y al respeto a la persona humana —al estilo de la Constitución de la República Italiana, por ejemplo²²⁶— contiene una absurda tabulación (art. 19, inc. 3º) que, prácticamente, parecería dejar la vida a disposición del paciente. Interpretada textualmente sanciona un derecho al suicidio que puede hacerse valer contra el médico. Expresa que el médico debe “respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internar-

²²⁴ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, p. 1087.

²²⁵ La legislación médica nacional se inicia en 1877. La Nación adoptó una ley de la provincia de Buenos Aires (2829), que fue reemplazada en 1944 por el decreto 6216 (ratificado por la ley 12.912), a su vez reemplazado por la ley 17.132 de enero de 1967.

²²⁶ El art. 32 párrafo 2º de la Constitución Italiana dice: “Nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario salvo por disposición de la ley. La ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana”.

se, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativa de suicidio o de delitos”.

En principio, no resulta nada clara la razón por la cual el médico puede obligar a un herido a tratarse cuando su lesión le haya sido provocada por un delincuente y le niega el mismo derecho en el caso de un infartado. Por otra parte, “lesionado grave” será el que tiene una lesión grave, y tal no es sólo la que pone en peligro la vida, sino cualquiera de las numeradas en el art. 90, CP. Por ende, un pianista a quien un asaltante le hubiese luxado un brazo, como está incapacitado para trabajar por más de treinta días, según la ley puede ser tratado por un médico haciendo caso omiso de su voluntad en contrario.

Por último, y aquí ya la conclusión raya en el ridículo, el estudiante de medicina, el enfermero y el “práctico” que encuentran a un infartado en la vía pública y le inoculan un activador cardíaco, tienen derecho a hacerlo en virtud del art. 34, inc. 3º, del CP, aunque el enfermo se niegue a gritos. Al médico, en lugar, precisamente por serlo, la ley no le autoriza a hacer lo propio.

Pese a todo, *se hace necesario interpretar esta ley de manera coherente con el CP y con la CN, para evitar tan inadmisibles consecuencias*. En principio, la salud es bien jurídico unisubjetivo e individual y, en consecuencia, aquel que no quiera someterse a un tratamiento no está obligado a hacerlo, pese a cualquier disposición administrativa en contrario²²⁷. Hace excepción naturalmente, el supuesto que la negativa genere un peligro inminente para la salud de sus semejantes.

Como la vida es un bien jurídico respecto del cual resultan incomprensibles ciertos límites de disposición, el que se niega a ser tratado hallándose en inminente peligro de muerte —que puede ser obviado (no postergado) por un tratamiento— puede ser tratado aún contra su voluntad. Es correcto limitar esta facultad, no sólo excluyendo las intervenciones “mutilantes” sino también las que generan cualquier otra incapacidad grave (como puede ser una intervención de neurocirugía, caso que la ley omite). Exceptuando estos supuestos extremos, cualquier habitante de la Nación puede salvar la vida de un semejante contra la voluntad de éste, y los médicos

²²⁷ Sobre este género de disposiciones, GÖBBELS, HANS, *Die Duldung ärztlicher Eingriffe als Pflicht*, Stuttgart, 1950; sobre el problema de la resistencia a la vacunación en los Estados Unidos, LEARS, KENNETH, en “Michigan Law Review”, Ann Arbor, Michigan, 44 (1946), 689. MANZINI (*Tratado*, III, 29-30) acepta el tratamiento compulsivo muy ampliamente.

son "habitantes de la Nación". Lo lamentable será que en este caso la conducta quede justificada por una disposición penal y no por el derecho que emerge el ejercicio profesional ²²⁸.

En cuanto a la facultad de tratar a un herido con lesión del art. 90 del CP contra su voluntad, es absolutamente inconstitucional ²²⁹.

Por supuesto que estos problemas se plantearán siempre que la voluntad del paciente excluya el consentimiento tácito ²³⁰, que la ley misma reconoce en casos de inconsciencia y alineación mental.

Ya hemos visto que, dada la atipicidad de lesiones de la intervención médico-quirúrgica terapéutica, el acuerdo, no hace más que restar tipicidad en lo que respecta a algún posible delito contra la libertad individual, en tanto que en las intervenciones no curativas el *consentimiento* hace funcionar la conducta médica como ejercicio de un derecho (causa de justificación), que elimina el desvalor (antijuridicidad) de la acción típica. Faltando la aquiescencia, en el primer supuesto *podrá* haber un delito contra la libertad, en tanto que en el segundo habrá lesiones dolosas antijurídicas.

α) Dado que en nuestro sistema falta un tipo de tratamiento médico arbitrario ²³¹, el médico que interviene sin acuerdo cometerá un delito contra la libertad si realmente priva al paciente de su libertad de desplazamiento o emplea los medios típicos de la coacción (el cloroformo y la anestesia general son medios violentos). Pero si en lugar induce en error al paciente y obtiene un acuerdo viciado, su conducta será atípica, o sea, penalmente irrelevante, sin perjuicio de que sea antijurídica (injusto civil o administrativo) ²³².

En el caso de conducta típica contra la libertad, ésta puede justificarse por vía del estado de necesidad, cuando se actuó para salvar la vida u otro daño muy grave en la salud. A este respecto, no cualquier perjuicio justifica la acción del médico, del mismo modo que nadie puede penetrar en la casa del vecino para repararle la cañería rota contra la voluntad de éste ²³³.

²²⁸ Cabe consignar que en este supuesto tampoco cometería el médico un injusto administrativo, porque su conducta sería adecuada a derecho.

²²⁹ *De lege ferenda* sería conveniente corregir el texto y, en lugar del vigente, establecer: "salvo los casos de inconsciencia, perturbación de la consciencia o inminente peligro de vida".

²³⁰ Cfr. ENGISCH-HALLERMANN, op. cit.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, loc. cit.

²³¹ El § 162 del Proyecto alemán de 1962 tipifica el tratamiento médico arbitrario.

²³² A ello obedece la tipificación del tratamiento médico arbitrario en todos los proyectos alemanes a partir del de 1919 (Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, p. 1086).

²³³ Cfr. STRATENWERTH, 130.

En el supuesto de error sobre el acuerdo del paciente, se tratará de un error de tipo que siempre restará atípica la conducta que afecte la libertad individual (porque aunque sea vencible, no existen los respectivos tipos culposos).

β) Cuando sin consentimiento se somete al paciente a una intervención no curativa, habrá un injusto doloso de lesiones²³⁴. En el caso de cambio de sexo sin autorización judicial, la conducta seguirá siendo antijurídica aunque mediare consentimiento, por expresa disposición legal.

En este caso el error sobre el consentimiento es un *error de prohibición*, porque afecta al conocimiento de los límites del ejercicio de un derecho. Consecuentemente, habrá siempre una conducta dolosa, que será *inculpable* sólo cuando el *error de prohibición sea invencible*. No obstante, si la intervención forma parte de un tratamiento más prolongado, que se haya llevado a cabo dentro del marco del ejercicio del derecho profesional, excediéndose luego los límites del consentimiento, el médico podrá ser penado conforme al art. 35 con la *pena correspondiente* a las lesiones culposas (las lesiones serán siempre dolosas, sólo que penadas con pena de culposas).

VI. — LA ATIPICIDAD CONGLOBANTE POR LA INSIGNIFICANCIA DE LA AFECTACIÓN

413. La atipicidad conglobante por la insignificancia de la afectación. Conforme con el *principio de la insignificancia*, son atípicas aquellas conductas que importan una afectación insignificante del bien jurídico. Este principio puede ser entendido como una apelación a la antijuridicidad material y, en realidad, ha surgido vinculado en cierta forma a la misma²³⁵.

Así como la teoría de la adecuación social de Welzel es una apelación a la antijuridicidad material, de la misma manera ha apelado a ella Roxin al anunciar su llamado "principio de insignificancia" (*Geringfügigkeitsprinzip*). Conforme a este principio se excluyen del ámbito de lo injusto los "daños de poca importancia: maltrato no es cualquier tipo de daño a la integridad corporal, sino sólo uno de relevancia; análogamente, en el sentido del código penal, es sólo la acción de una cierta

²³⁴ Cfr. SCHRAFL, CLAUDIA MARÍA, *Die strafrechtliche Problematik des kosmetischen Eingriffs*, Winterbur, 1958.

²³⁵ V. la crítica a la llamada "antijuridicidad material", *infra*, §§ 415, 416.

importancia; del mismo modo, también la amenaza debe ser sensible para pasar al umbral penal”²³⁶.

Roxin enunció este principio por primera vez en 1964, referido a la coacción, en los siguientes términos: “El viejo principio *minima non curat praetor* vale en la coacción en especial medida. Las influencias coercitivas sin duración, y las consecuencias que no son dignas de mención, no son socialmente dañosas en sentido material. Quien, por ejemplo, para jugarle una mala pasada a otro le mantiene cerrada la puerta delante de las narices un instante, actúa en forma formalmente inadmisibles. Pero aquí el perjuicio no pesa seriamente, debiéndose negar una perturbación de la vida común ordenada, de modo que excluya una coacción punible. Eso juega un papel importante, especialmente en fugaces ingerencias en el tráfico callejero. En el caso de la amenaza, este principio está ya contenido en la característica legalmente exigida de la ‘sensibilidad’ del mal”²³⁷.

El principio fue aceptado por otros autores, aunque algunos, como por ejemplo Busse, criticaron la formulación de Roxin por considerarla poco clara y falta de precisión²³⁸. También Tiedemann se ha referido a este principio llamándolo “principio de bagatela” (*Bagatellprinzip*), fundándolo en el principio de proporcionalidad que debe regir entre el delito y la gravedad de la intervención estatal por el delito. Afirma este autor que se trata de un principio que sólo es aplicable en los casos concretos y que existe la posibilidad de considerarlo como una cuestión de antijuridicidad material, y, por ende, excluyente de la tipicidad, o bien, como un caso que, aunque hay delito, se “prescinde de pena”²³⁹.

Creemos que un extremo formalismo y esquematismo razonable que pasa por sobre matices bien diferenciables, puede llevar a identificar el principio de insignificancia o de bagatela con una total concepción “material” del delito análoga a la contenida en los códigos socialistas, tal como lo pretende Zipf²⁴⁰. Los otros dos caminos que señala Zipf para resolver estos casos no son adecuados, puesto que la interpretación restrictiva de los tipos penales es insuficiente, y la solución procesal, conforme a la cual el fiscal pueda no instar la acción o el juez sobreseer (§ 153 de la Ordenanza Procesal Penal alemana) estará siempre necesitada de un criterio material, por lo que en definitiva también reconducirá a los mismos interrogantes, sólo que considerados como problema de punibilidad.

²³⁶ ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, p. 24.

²³⁷ ROXIN, CLAUS, *Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbe gründende Merkmale im Strafrecht*, en Jus, 1964, pp. 373 a 381 (376-7).

²³⁸ BUSSE, VOLKER, *Nötigung im Strassenverkehr*, Berlin, 1968, pp. 165-6; sobre el tema, BERZ, ULRICH, *Die Grenzen der Nötigung*, en JuS, 1969, pp. 367-371.

²³⁹ TIEDEMANN, KLAUS, *Die mutmassliche Einwilligung, insbesondere, bei Unterschlagung amtlicher Gelder*, en JuS, pp. 108-113.

²⁴⁰ ZIPF, HEIMZ, *Kriminalpolitik*, Karlsruhe, 1973, pp. 70-73.

En verdad, no es posible desvincular del todo el principio de insignificancia de ciertos contenidos de realismo jurídico, pero ello es resultado de que en cualquier límite de prohibición hay un cierto grado de contenido real, sin que ello signifique caer —sin límite alguno— en el concepto “material” de la antijuridicidad. El más elemental sentido común nos indica que la conducta de quien estaciona su vehículo tan junto al nuestro que nos impide la salida, o la del conductor de un vehículo de transporte colectivo que nos lleva cien metros más adelante, haciendo caso omiso a nuestro aviso de parar para apearnos, no configuran privaciones ilegítimas de libertad; que los presentes de uso, como las propinas a los servidores públicos con motivo de Navidad, no lesionan la imagen pública de la administración en forma que pueda considerarse típica del art. 259 del CP; que arrancar un cabello, por mucho que pueda ser considerado un “daño en el cuerpo”, no configura una conducta típica de lesiones; que pese a que una cerilla ajena es una cosa mueble totalmente ajena, la conducta de apoderarse de una cerilla de la caja que hallamos en el escritorio vecino para encender nuestro tabaco, tampoco configura la tipicidad del hurto; etc.

La insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, pero la misma sólo se puede establecer a través de la consideración conglobada de la norma: todo el orden normativo persigue una finalidad, tiene un sentido, que es el aseguramiento jurídico para posibilitar una co-existencia que evite la guerra civil (la guerra de todos contra todos). La insignificancia sólo puede surgir a la luz de la función general que da sentido al orden normativo y, por consecuencia, a la norma en particular, y que nos indica que esos supuestos están excluidos de su ámbito de prohibición, lo que es imposible de establecer a la simple luz de su consideración aislada.

La insignificancia también tiene otra aplicación, que es el supuesto de consunción, que oportunamente veremos²⁴¹ y que surge del mismo principio de la tipicidad conglobante.

Creemos que muchas veces la intuición acierta con caminos que luego la ciencia recorre con mayor dificultad. Rara vez esto tiene lugar, pero las consecuencias del principio de insignificancia o de bagatela fueron alcanzadas por vías intuitivas y aún no pueden ser totalmente admitidas cuando se pretende sostener puntos de vista científicos parcializados y sectarios. La experiencia judicial nos en-

²⁴¹ V. *infra*, § 581.

seña que cualquier juez medianamente razonable al que se le denuncie el hurto de una cerilla o la privación de libertad cometida mediante el transporte de los pasajeros una parada más adelante, pensará con método "tópico", es decir, partiendo de la premisa de que eso no puede ser penado como delito, tratará de hallar la forma de instrumentar la solución. En primer lugar, procurará excluirlo del tipo mediante una interpretación restrictiva (así, procurará demostrar que una cerilla no es una "cosa") y, fallando este camino, buscará algún pretexto procesal. Pues bien, parece ser que el camino "tópico" ha sido también el dogmático, lo que no resulta muy lógico, pero creemos que es explicable si tenemos en cuenta una larga tradición de positivismo jurídico, particularmente si se mantiene la idea de que esa posición es la única alternativa al positivismo sociológico peligrosista. En cierta medida, este es el "estado espiritual" de la jurisprudencia de la Capital, que en caso de apoderamiento de un formulario de cheque de una cuenta cerrada para cometer una falsificación, considera invariablemente que se trata de un concurso real de hurto con falsificación, asignando al formulario inútil —que es un mero trozo de papel— el carácter de "cosa", es decir, que ni siquiera se anima a acudir al recurso intuitivo y ha llegado a argumentar hasta con el valor de cambio del formulario en el mundo delincencial.

Pero, estimamos que la ciencia jurídica no se halla hoy entre el positivismo jurídico y el positivismo peligrosista, como creemos haberlo demostrado en el curso de esta obra. Tampoco creemos que sea un planteamiento "metajurídico" ni sociológico, preguntarse cuál es el objeto que persigue todo el derecho penal, puesto que preguntarse por los preceptos en particular y omitir la pregunta por el conjunto equivale a mirar los árboles y descuidar el bosque. Tampoco nos parece "metajurídico" comprobar que el mínimo de la pena del secuestro es un año de prisión y que es regla general un mínimo de equivalencia entre el injusto y la pena. Para nada estas preguntas caen en el justamente criticado argumento positivista de la "dañosidad social" ni en un planteo jusnaturalista que descarte las penas por "injustas" en el plano de un idealismo valorativo, sino que *se limitan al análisis de la función general del orden jurídico positivo y del derecho penal en particular y a la regla incuestionada de la proporcionalidad entre la cuantía del delito y de la pena o reacción penal.*

En base a estos elementos claramente jurídicos, cuya negación

sólo puede ser hecha por quien propugne una aplicación mecánica e irracional de la ley penal, podemos llegar a la admisión del principio de insignificancia, sin que ello afecte la seguridad jurídica, sino todo lo contrario o sea, derivándolo precisamente de la función de seguridad jurídica del derecho penal y de las reglas que sigue su especial modo de proveer a ella. Justamente, creemos que no puede llamarse “seguridad jurídica” a una aplicación mecánica y exegética de la ley penal, que en vez de ser republicana (esto es, racional), se convierte en irracional, renunciando a preguntarse por el “para qué” (el sentido) de la norma y del orden normativo, minimizando la función del bien jurídico y aproximándose peligrosamente al concepto de delito como pura lesión al deber, punto de vista desde el cual la “seguridad jurídica” desaparece como objetivo del derecho penal, siendo reemplazada por la voluntad omnimoda de un Estado napoleónico. Es así que el rechazo del principio de insignificancia o de bagatela en nombre de la “seguridad jurídica” es una falacia, porque, llamándola por su verdadera denominación, el rechazo se operaría en nombre de la realización incondicional de una voluntad irracional del Estado, que sería el único bien jurídico que ese derecho penal tutelaría.

VII. — EL ERROR SOBRE LA TIPICIDAD CONGLOBANTE

414. **El error sobre la tipicidad conglobante.** El error que recae sobre cualquiera de los supuestos que fundan la atipicidad conglobante, es decir, la falsa suposición de atipicidad conglobante, se traduce invariablemente en un error de prohibición, puesto que se trata de un error sobre la normatividad de la conducta. No es un error de tipo, sino un error de “tipificación”, que no recae sobre aspecto alguno del tipo legal objetivo, sino sobre el alcance prohibitivo de la norma.

Quien cree que está obligado jurídicamente a realizar una conducta legalmente típica, como quien cree que la conducta legalmente típica está fomentada por el orden jurídico, o quien cree que dispone de algo en forma que el orden jurídico le garantiza, o quien cree que el resultado que causa no importa más que una afectación insignificante, cuando en realidad la conducta no es debida, ni está fomentada, ni la forma de disposición está garantizada por el orden jurídico o la lesión que el resultado importa es considera-

ble, en cualquiera de estos supuestos el error será acerca del límite de la prohibición.

Se trata, por ende, de supuestos de "error directo de prohibición" que, por ser tales, no afectarán al dolo, sino a la culpabilidad, sólo en el caso de ser invencibles, tal como lo veremos en su oportunidad.

TÍTULO IV
LA ANTIJURIDICIDAD

CAPÍTULO XXIX: La antijuridicidad y la justificación.

CAPÍTULO XXX: Las causas de justificación en particular.

CAPÍTULO XXIX

LA ANTIJURIDICIDAD Y LA JUSTIFICACIÓN

I. — ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL: 415. Planteamiento. 416. Sus consecuencias. II. — ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA E INJUSTO PERSONAL: 417. El injusto personal. III. — LOS TIPOS PERMISIVOS EN GENERAL: 418. El tipo permisivo y la mecánica de averiguación de la antijuridicidad. 419. La estructura del tipo permisivo. 420. La congruencia en los tipos permisivos. 421. El fundamento genérico de los tipos permisivos. 422. Clasificación general de las causas de justificación.

I. — ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

415. **Planteamiento.** Hemos señalado al tipo como el ente que nos permite “ver-a-través-de-él” las desvaloraciones jurídicas que recaen sobre las acciones que pueden tener relevancia penal como delitos. Para formular una distinción adecuada entre el instrumento fijador que nos permite saber de qué debemos averiguar el desvalor y el desvalor mismo, nos hemos visto obligados a conceptuar ya a la antijuridicidad y a tratar varios aspectos de la misma. Ya sabemos, pues, que *la antijuridicidad es la característica de contrariedad al derecho presentada por una conducta*¹.

Sabemos también que para el concepto de delito no nos interesa cualquier conducta que sea antijurídica, sino sólo las que siendo penalmente típicas, también son antijurídicas. De la misma manera, hemos dicho que *una conducta típica y antijurídica es un injusto penal*: antijuridicidad es el juicio negativo de valor que recae sobre una conducta humana, en tanto que injusto es la conducta humana desvalorada².

Vimos también que la contrariedad de la conducta con el orden jurídico (con el derecho) no se establece con la mera antinormati-

¹ Cfr. JESCHECK, 185.

² Cfr. WELZEL, § 10.

vidad de la conducta (afirmada con la tipicidad conglobante y, por ende, con la tipicidad penal de la conducta), sino que la referida contrariedad (antijuridicidad) resulta de la antinormatividad (prohibición) y de la ausencia de preceptos permisivos (no permisión) llamados “causas de justificación”. Sabemos que, de esta forma, la tipicidad penal (antinormativa) no pasa de ser un indicio de la antijuridicidad. Toda vez que los preceptos permisivos capaces de destruir ese indicio (causas de justificación) no proceden sólo del campo penal, sino de cualquier parte del ordenamiento jurídico, la antijuridicidad es una característica del delito que no es exclusivamente penal, sino que está dada por la totalidad del orden jurídico.

Ahora bien: todo parecía permanecer claro dentro del marco del planteamiento positivista-jurídico de la antijuridicidad, cuando irrumpió una teoría que hasta hoy sigue en discusión —aunque frecuentemente con distintos nombres— y que pretende afirmar la existencia de dos “antijuridicidades”: una *formal* y otra *material*. La antijuridicidad “formal” sería el resultado de la contrariedad de la conducta con la norma positiva, en tanto que la antijuridicidad “material” revelaría la “anti-socialidad” de la conducta.

La antijuridicidad “material” surge como consecuencia de la lucha entre el positivismo jurídico y el positivismo sociológico. Frente al positivismo jurídico alzó von Liszt el concepto de antijuridicidad “material”, enarbolando así la bandera del positivismo sociológico. Decía que “formalmente antijurídica es la acción como contravención de una norma estatal, de un mandato o de una prohibición de orden jurídico”, en tanto que “materialmente antijurídica es la acción como conducta socialmente dañosa (antisocial o también asocial)”³.

Von Liszt explicaba esta duplicidad conceptual de la siguiente manera: “La acción antijurídica es la agresión a un interés vital protegido por las normas jurídicas, sea del individuo o de la totalidad; por lo tanto, es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Pero este principio requiere una explicación limitativa. Proteger intereses vitales es la más próxima tarea de las normas jurídicas. No obstante, por más cuidadosa que fuere la delimitación de los intereses vitales que con la protección jurídica se elevan a bienes jurídicos, no puede excluirse totalmente la lucha de intereses, la colisión de bienes jurídicos. El fin de la vida humana en común, cuyo logro y garantía configura la última y más alta tarea del orden jurídico, exige que se sacrifique el interés de menor valor en cualquiera de tales contradicciones, cuando sólo a este precio pueda ser conservado el interés de mayor valor. De allí resulta que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es sólo antijurídica cuando con-

³ LISZT, *Lehrbuch*, Berlin u. Leipzig, 1921, p. 139.

tradice los fines de la vida en común regulada por el orden jurídico; será materialmente adecuada a derecho, pese a su dirección contra intereses jurídicos, si — y en tanto — se corresponde con todos los fines del orden jurídico y con ello de la vida humana en común”⁴. De este modo, la antijuridicidad “material” no era para von Liszt algo creado por el legislador, sino algo que se le presentaba. El objetivismo valorativo del positivismo sociológico imponía esta solución, aunque Liszt no la llevaba hasta sus últimas consecuencias.

En efecto, daría la impresión que de esto extrajese Liszt consecuencias imprevisibles para la seguridad jurídica, pero, en realidad, no fue así, porque Liszt no aceptaba que en los casos de discrepancia el juez se alejase de la ley atendiendo exclusivamente a la antijuridicidad material. A este respecto decía: “Este contenido material (antisocial) del injusto es independiente de su correcta valoración por el legislador (es “metajurídico”). La norma jurídica lo encuentra antes, no lo crea. Las antijuridicidades formal y material pueden cubrirse, pero también puede caer una fuera de la otra. Esas contradicciones entre el contenido material de la acción y la valoración jurídico-positiva no son de presumirse, pero no están excluidas. Cuando se las halla, el juez está obligado por la ley; la corrección del derecho vigente se halla más allá de su tarea”⁵. Como se puede ver, en von Liszt el concepto hallaba su límite en la ley penal, lo que él llamaba “La Carta Magna del delincuente”.

El concepto “material” de antijuridicidad tiene su equivalente en el positivismo italiano con la idea de “daño público” manejada por Ferri⁶.

El cuidadoso respeto de Liszt por la ley penal, será superado con posterioridad, porque, necesariamente, semejante concepción de objetivismo valorativo no podía tolerar por mucho tiempo a la ley como valla, la que prestamente es motejada de prejuicio “burgués” o “liberal” en los autoritarismos. Es así que el concepto de antijuridicidad material se politizó y algunos años después de la muerte de Liszt se hacía un empleo de la misma que hubiese horrorizado a su autor. El nazismo afirmaba: “En lugar de la sociedad, debemos referirnos al pueblo y señalar a la antijuridicidad material como dañosidad para el pueblo. Se considerará toda tipicidad como dañosidad formal, pero en ella yace al mismo tiempo un indicio de la dañosidad popular”⁷.

Otra politización de la antijuridicidad material se opera en la Unión Soviética, donde se afirma que “a la inversa de la legislación penal burguesa, que se limita a afirmar que el hecho es delictivo porque está sancionado en la ley penal, la legislación soviética subraya que una acción se declara culpable siempre que constituya peligro para la sociedad socialista”. Por “peligrosidad social como característica del delito debe entenderse la particularidad que tiene la acción prohibida por la ley penal de causar un daño más grave a la sociedad socialista que el pro-

⁴ Ídem, p. 140.

⁵ Íbidem.

⁶ FERRI, *Principii*, 572 y ss.

⁷ SIEGERT, KARL, *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate*, Tübingen, 1934, p. 34.

ducido por la violación de la ley no penal, por medio de atentados contra los objetos que se indican en los arts. 1º y 7º del código penal de la RSFSR”⁸. El art. 1º del CP de la República Rusa dice: “El código penal de la RSFSR tiene como fin la defensa del régimen estatal y social soviético, de la propiedad socialista, de la persona y de los derechos de los ciudadanos, así como de todo el orden jurídico socialista, contra cualquier atentado delictivo. Para lograr este fin, el código penal de la RSFSR define qué acciones socialmente peligrosas deben reputarse delictivas y establece las penas que han de aplicarse a las personas que hayan delinquido”. El art. 7º dice, en la parte final, que “no es delito la acción u omisión que, si bien reviste formalmente las características de un hecho previsto por la parte especial del presente código, no ofrece peligro social, dada su escasa significación”.

Estos criterios de antijuridicidad material entendida como “peligrosidad social” politizada, se anexan a una sistemática napoleónica de las infracciones en la parte especial. Cabe advertir que la antijuridicidad material rebautizada por “peligrosidad social” de la acción —no del autor— fue enunciada por Rocco, y Antolisei, si bien rechaza las afirmaciones de Rocco en este sentido⁹, refiriéndose a las causas de justificación, afirma que “la razón sustancial por las que estas causas eliminan la antijuridicidad, no es difícil descubrirla en la *falta de daño social*”¹⁰. Antolisei ha sido el autor italiano más atentamente estudiado en la Unión Soviética durante la elaboración del código de 1960¹¹.

No obstante las opiniones de Rocco y Antolisei, dice ahora en Italia Nuvolone, con toda razón, que con “antijuridicidad material”, en último análisis, “o se quiere decir algo obvio y comúnmente aceptado, o se sobreentiende algo distinto, pero en este último caso estamos fuera del esquema constitucional penal de nuestro ordenamiento”¹².

El concepto pretendidamente “material de la antijuridicidad” es una apelación a una sociología valorativa —valga la contradicción— con mayores o menores exigencias de reconocimiento legal. Aparte de su politización por los regímenes nacionalsocialista y soviético, tiene consecuencias prácticas inmediatas que son inevitables, y que fueron las que posibilitaron su politización. Una de ellas es la *admisión de las causas supra-legales de justificación*, en tanto que la otra no es más que la consecuencia de que se deriva la primera, es decir, la *admisión de un injusto supralegal*.

Las causas supra-legales de justificación entraron al ruedo penal por una doble vía filosófica¹³, de la que no tenemos que extrañarnos:

⁸ ZDRAVOMÍŠLOV y otros, op. cit., p. 62.

⁹ ANTOLISEI, 150-2.

¹⁰ ANTOLISEI, 207.

¹¹ Cfr. NAPOLITANO, *Il nuovo codice penale sovietico*, p. 95, nota 3.

¹² NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 106.

¹³ Cfr. HEINITZ, ERNST, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, Breslau, 1926, p. 108.

por un lado, el fin reconocido por el Estado de von Liszt¹⁴, y por otro, el neo-kantismo, con la "esfera de libertad" de Max Ernst Mayer¹⁵, contribuyendo a las mismas, dentro de esta última corriente, el Graf zu Dohna¹⁶. La afirmación de que hay causas de justificación que no están en la ley, implica recurrir a la inconstitucional formación extra-legislativa del derecho¹⁷.

Admitida ya la formación extralegislativa del derecho, mediante la afirmación de que hay supuestos en que la antijuridicidad material no abarca lo formalmente antijurídico, de allí no hay más que un paso para revertir el argumento y sostener que hay un injusto "supra-legal", en los casos en que la antijuridicidad material abarca lo que no es formalmente antijurídico. Esta idea aparece con contenido jusnaturalista, en la post-guerra y como reacción contra el positivismo jurídico, que, pese a haber sido considerado durante el nacionalsocialismo como hijo e instrumento del liberalismo¹⁸, había sido la posición que posibilitó la introducción de las ideas más anti-liberales en el campo penal.

El siglo XX se inició bajo el signo de una lucha entre el concepto de antijuridicidad que buscaba su fundamento fuera de lo normativo y el concepto puramente normativo de la misma, es decir, entre el positivismo naturalista o sociológico y el positivismo jurídico de Beling¹⁹. En ayuda del positivismo sociológico acudió una impronta valorativa más o menos neo-kantiana y meta-jurídica, pretendiendo proporcionar un cambio de fundamento, esto es, una renovación argumental. Esta impronta no hacía más que asegurar los esquemas armados por el positivismo, sólo que, conforme a sus postulados, el derecho pasa a ser el ordenador de una realidad caótica²⁰. Lo dado es la "amorfa realidad natural"²¹, una realidad que necesita "formulaciones categoriales"²². El derecho todo lo puede, y en su omnipotencia también puede crear la conducta humana.

De todas formas, como el neo-kantismo no hacía más que apuntalar las estructuras teóricas del positivismo, para nada resolvería las contradicciones y los interrogantes fundamentales. Este estancamiento doctrinario fue denunciado, pero pese a las críticas²³ ya avanzaba por el camino del

¹⁴ LISZT, *Lehrbuch*, 1902, p. 55.

¹⁵ MAYER, M. E., 1915, 287 y ss.

¹⁶ DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeinen gültiges Merkmal im Tatbestand strafbares Handlügen*, 1905 (hay traducción de Faustino Ballvé, *La ilicitud como característica general en el contenido de las acciones punibles*, México, 1959).

¹⁷ Cfr. NUVOLONE, op. cit., p. 210; la elaboración de la justificación supralegal en Alemania es ponderada por PAULO JOSÉ DA COSTA JR., *Consideraciones acerca de la supralegalidad en el derecho penal*, en "Estudios Penales" (Hom. al R. P. Julián Pereda S. J.), Bilbao, 1965, pp. 213 y ss.

¹⁸ Así lo consideraba THIERFELDER, RUDOLF, *Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage*, Tübingen, 1934, pp. 24-5.

¹⁹ BELING, D. L. v. *Verbrechen*, 141 y ss.

²⁰ WELZEL, op. cit., p. 67.

²¹ GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926, 15.

²² MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, 1926, 41.

²³ En pleno apogeo de la "construcción teleológica de los conceptos", Welzel sostuvo que era una teoría "complementaria del positivismo" y que "en

irracionalismo la llamada "construcción teleológica de los conceptos", que valiéndose de la posición etiológica de Liszt —ya sin las ataduras que en este autor impedían las infaustas consecuencias últimas de esa posición— construyó el "tipo de autor". Valiéndose de las dificultades en que el estancamiento dogmático había caído para mantener la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, negó la distinción entre ambas características y así fue como negó toda la analítica del delito. De este modo la llamada "escuela de Kiel" pudo destruir la teoría del delito y hundir al concepto mismo en un mar de irracionalismo. Así culminaron las contradicciones insalvables del llamado "neoclacisismo": en tanto el neo-kantismo quiso apuntalar las estructuras positivistas, ofreció en bandeja de plata las fallas del sistema a los destructores con designio político.

Quizá estos antecedentes pasen ignorados para los críticos apresurados del finalismo, que cuando no tienen argumentos dogmáticos le imputan una filiación política. El desastre que implicó la escuela de Kiel tiene sólo en común con el finalismo que la primera aprovechó políticamente los errores doctrinarios que el segundo trata de superar científicamente y que fueron los que posibilitaron la destructiva crítica totalista y totalitaria.

Pasada la guerra, se operó una reacción contra el positivismo jurídico ante la necesidad de condenar las atrocidades cometidas dentro de la "legalidad nacionalsocialista". Esto llevó a admitir la supralegalidad del injusto y, aparecido así un hijo de la antijuridicidad material, no podía menos que reaparecer el otro, o mejor, su otra cara: las causas supralecales de justificación, particularmente, el estado de necesidad justificante supralegal, debido fundamentalmente a carencias del texto legal alemán, es decir, del StGB 1871²⁴.

La teoría de las causas supralecales de justificación fue admitida por la jurisprudencia alemana con una elaboración del Tribunal del Reich en 1927. Se trataba de un caso de aborto que el médico había practicado porque la paciente soltera sufría una perturbación nerviosa con inclinación marcada al suicidio, resultando el aborto el único medio para alejar

puntos fundamentales presenta deficiencias profundas que la hacen inútil para sus propios fines", que serían la superación del punto de partida de Liszt (Cfr. WELZEL, op. cit., 70-1). En 1941, el mismo autor se expresó en contra de cualquier concepto organicista (*Persönlichkeit und Schuld*, en ZStW, 60, p. 455). En parecido sentido crítico se expresó Weber formulando el siguiente interrogante: "¿Nos encontramos verdaderamente en situación tal que debemos descartar nuestras primitivas formas jurídicas y liberarnos del lastre exagerado de las formulaciones dogmáticas? ¿Debemos dejar librada la determinación a la consideración consciente del sentimiento jurídico, que nos revela posiciones diversas?" Respondía que "la consideración del derecho en una ley importa la decisión por esta senda, quedando de este modo afirmada la teoría dogmática en forma perentoria e inalterada" (*Aufbau*, p. 7). Recordemos que por razones políticas no se había designado a von Weber catedrático en Leipzig en 1934 (Cfr. BUSCH, RICHARD, *Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag*, en JZ, 1963, 378-9).

²⁴ V. HEINITZ, ERNST, *Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, en "Fest. f. Eb. Schmidt", 1961, 266 y ss.

ese desenlace. El StGB 1871 no conocía el estado de necesidad en la forma en que lo legisla nuestro CP y ahora el StGB vigente (§ 34), y tampoco cabía recurrir al estado de necesidad del código civil alemán, que sólo se refiere al daño a cosas”²⁵.

416. **Sus consecuencias.** Es evidente que la más elemental seguridad jurídica rechaza la introducción indiscriminada de cualquier criterio sociológico o pretendidamente sociológico, para crear o eliminar antijuridicidad. La “dañosidad” social y sus similares son difusas manifestaciones que están vacías de contenido firme. Por otra parte, si bien aquí estos criterios fueron utilizados para crear causas de justificación no expresamente previstas en la ley, no cabe duda que se puede revertir el argumento con consecuencias deplorables²⁶, porque cuando se habla de una “justificación suprallegal”, se está hablando de un “injusto suprallegal”. Tal fue el que se tomó en cuenta para juzgar las conductas que tuvieron lugar conforme a la legislación nacionalsocialista.

Radbruch juzga que son casos de inexigibilidad de otra conducta (inculpabilidad). Considera que la conducta de los jueces nacionalsocialistas era “violación de derecho” (§§ 336 y 344 del Código alemán, más o menos equivalentes a nuestro art. 269) y que eran inculpables puesto que de no proceder de ese modo corrían peligro de vida. Pero, antes se pregunta: “¿Podían tener dolo de prevaricato en la aplicación de la ley positiva, los jueces que estaban formados en el positivismo dominante y que no habían conocido otro derecho que el legal?”²⁷.

Que conforme a nuestro sistema jurídico la conducta de un juez que aplique una ley que viole derechos humanos —invocados por las partes o por él citados— es típica del art. 269, no nos cabe la menor duda, porque toda vez que la Nación adhirió a la convención que los consagra, son “ley suprema de la nación” (art. 31, C.N.). Conforme al derecho argentino, el problema estaría resuelto en el derecho positivo, *sin que sea menester acudir a ningún injusto suprallegal*.

Por cierto que en el derecho positivo hoy vigente no pueden plantearse los problemas que quisieron resolverse con el injusto suprallegal, y la celebración de una convención de Derechos Humanos, con su correspondiente ratificación, implica, por parte del derecho positivo, el reconocimiento de la estructura lógico-objetiva

²⁵ *Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, T. 61, Berlin u. Leipzig, 1928, pp. 242-258.

²⁶ Jescheck formula expresamente el reconocimiento del detrimento de la seguridad jurídica (p. 187). Una deplorable utilización de un concepto material en perjuicio de la seguridad jurídica en Roxin, op. cit., p. 618.

²⁷ RADBRUCH, en *Rechtsphilosophie* (apéndice), p. 356.

que como condición del derecho requiere Welzel: el respeto al hombre como *persona*, su consideración como fin en sí mismo y la negación del carácter jurídico de cualquier norma positiva que tome al hombre como medio, que lo “cosifique”. La solución que preocupaba a los juristas de post-guerra se halla hoy plasmada en el derecho positivo y, por ende, cualquier disposición en contrario será inconstitucional.

El supuesto —o al menos sus ribetes más dramáticos— de un “injusto supralegal” no se requiere. No se trata de la existencia de un injusto “supralegal”, sino de un requisito de validez de la norma: *la constitucionalidad*²⁸. A estas mismas características de validez de la norma pertenece el requisito de “no contradicción”, que no puede ser considerado “metalegal”, porque se deriva de la más primaria de las exigencias del fenómeno jurídico. Son estas “características” (*Voraussetzungen*) o “condiciones” (*Bedingungen*) de existencia de la norma: características de validez (*Gültigkeitsvoraussetzungen*)²⁹, cuyo tratamiento no corresponde a la teoría del delito sino a la de la ley en general.

Queda así demostrado que ninguna necesidad hay de un “injusto supralegal” en el sistema jurídico argentino para fundar la punibilidad de conductas atentatorias de los derechos humanos, y que la estructura lógica que exige Welzel se encuentra reconocida en nuestro derecho positivo por tratados internacionales y por la Constitución Nacional.

El problema que queda en pie es el interrogante acerca de la necesidad de acudir a un concepto material o “supralegal” para restringir la antijuridicidad, o sea, para encontrar “causas de justificación supralecales”. Analizaremos oportunamente los llamados supuestos de “justificación supralegal” y veremos que todos ellos pueden en nuestro derecho ser resueltos dentro del marco de derecho positivo vigente. Los preceptos permisivos son claramente deducibles del mismo orden jurídico y la enunciación genérica del inc. 4º del art. 34 (obrar en el legítimo ejercicio de un derecho) les otorga carta de ciudadanía penal^{29 bis}.

²⁸ V. KAUFMANN, ARMIN, *Normentheorie*, pp. 97 y ss.; NOWAKOWSKI, FRIEDRICH, *Zum Problemkreis der Geltungsbereiche*, en “*Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*”, VI, 1953, 10 y ss.

²⁹ V. KAUFMANN, ARMIN, *ibidem*.

^{29 bis} Cfr. TERÁN LOMAS, I, 349.

El estado de necesidad "supralegal" justificante de que se habla en Alemania³⁰, no es supralegal en la Argentina, sino que es el que consagra el inc. 3º del art. 34 del C.P. El caso de la mujer soltera que alteraba el estado civil de una criatura recién nacida para satisfacer su deseo maternal, que se pretendió un supuesto en que debía funcionar la justificación supralegal³¹, puede perfectamente solucionarse sin acudir a ninguna supralegalidad, considerando que el art. 139, inc. 2º es una forma calificada agravada del art. 138³².

En cuanto a la exigencia de afectación del bien jurídico, ya vimos que es un requisito típico, pero recordemos la advertencia que hicieramos: lo que la conducta típica afecta no sabemos si es un bien jurídico porque, en todo caso, es bien jurídico *sólo a la luz de las normas prohibitivas*, quedando en la sombra su naturaleza, que puede ser excluida por los preceptos permisivos.

Debido a que la existencia de una efectiva afectación del bien jurídico tutelado la constatamos recién al cerrar el juicio de anti-juridicidad, se ha llegado a llamar a la tipicidad "antijuridicidad formal" y "material" de la antijuridicidad propiamente tal³³. Esta es una denominación que no corresponde a la problemática que tradicionalmente se denota con ella, por lo que preferimos no usarla.

Al ocuparnos de la tipicidad v atipicidad conglobantes hemos visto que hay casos en los que el bien jurídico (provisorio, pues lo es únicamente a la luz de las normas prohibitivas) puede no estar afectado por la conducta, pero hay otros casos, en los que sin lugar a dudas el bien jurídico estará afectado v en forma jurídicamente relevante (típica), tanto legal como conglobantemente típica, y, por ende, también la conducta estará prohibida por la norma. Puede operar en esos supuestos un precepto permisivo (causa de justificación), que reste la relevancia jurídica a la conducta típica (el bien jurídico "provisorio" no es un bien jurídico "definitivo" porque no hay interés jurídico en su tutela). Estos preceptos permisivos configuran tipos, pero a la inversa que los "tipos de prohibición", éstos son "tipos de permisión"³⁴, o sea que encierran materia (conducta) *permitida*. En la delimitación de esta materia de permisión —al igual que en la de prohibición— el legislador debe someterse a la naturaleza de la materia permitida, y, por ende, también a veces se encontrará impotente para deslindar

³⁰ Así WELZEL, 90 y ss.; sobre la evolución conceptual, MAURACH, 222-3.

³¹ V. JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, 642.

³² Cfr. Cám. Crim. Cap., LL, 118-905.

³³ Así MAURACH, 292; GALLINO YANZI, op. cit.

³⁴ Cfr. JESCHECK, 259; WESSELS, 55.

con certeza sus límites. El estado de necesidad del inc. 3º del art. 34, CP, nos proporciona un ejemplo de imposibilidad legislativa de delimitación de permiso: la determinación del “mal menor” no siempre se puede hacer con claridad³⁵, y si bien hay criterios en el mismo Código Penal (y muchos más en el orden jurídico en general), no por ello cabe descartar la posibilidad de un raro caso en que para la determinación haya que acudir a pautas sociales de conducta no reflejadas en el orden jurídico, aunque, por supuesto, tampoco contrariadas por éste.

Así como la naturaleza de la materia de prohibición a la que el legislador se une con su voluntad de prohibir puede obligarle a que se remita a pautas sociales de conducta (que en la generalidad de los casos se reflejarán en el orden jurídico), puede igualmente obligarle la naturaleza de la materia de permisión. Queda claro que esto no implica que la antijuridicidad dependa de la “dañosidad social” ni de la lesión a las “normas de cultura”, ni de ningún otro vago concepto de las ciencias explicativas o de una metafísica concepción de la justicia: estamos “más allá del derecho natural y del positivismo jurídico” y también, por supuesto, más allá del positivismo filosófico.

En síntesis, afirmamos: 1º) No existen dos conceptos de antijuridicidad: la antijuridicidad siempre es material, en el sentido de que implica una efectiva afectación del bien jurídico, para cuya determinación a veces no tiene el legislador otro camino que remitirse a pautas sociales de conducta. La antijuridicidad siempre es formal, porque su fundamento (a veces no así su determinación) no puede partir más que del texto legal.

2º) Como lógica consecuencia, tampoco existe un “injusto legal” y un “injusto supralegal”, sino que todos son “injustos legales” (aunque a veces su determinación, en razón de que la ley está limitada por la naturaleza de las cosas, deba buscarse en criterios o datos extra-legales).

3º) De la inexistencia de un “injusto supralegal” se deriva la inexistencia de “causas supralegales de justificación”: que ocasionalmente para la determinación de los permisos (contenido del ejercicio de un derecho) la ley necesite remitirse a las pautas sociales no significa que éstas sean “causas supralegales” de justificación: siguen siendo legales por imperio de la remisión misma.

4º) Estas “necesidades” de remisión de la ley son estructuras

³⁵ Cfr. HERRERA, JULIO, *La reforma penal*, p. 446; PECO, JOSÉ, *La reforma penal argentina*, p. 38; FONTÁN BALESTRA, II, 174-5.

lógico-objetivas que vinculan al legislador con la naturaleza de la conducta que quiere prohibir o permitir, la que no le posibilita otro camino.

5º) La validez de las normas y de los preceptos dependerá de que llene todos los requisitos de validez la ley que los contiene: α) Que sea constitucional (además de espacio-temporalmente válida), lo que implica el reconocimiento de la estructura lógica que obliga al legislador a respetar la naturaleza de persona del ser humano; β) Que respete la naturaleza del orden jurídico, esto es, que no se halle en contradicción *irreductible* con otra norma o normas.

Entendemos que de este modo quedan superadas las consecuencias prácticas del viejo problema de la duplicidad de la antijuridicidad y al par se evita el riesgo de que se trate de introducir la ética social en el derecho. La llamada "etización del derecho penal", en la medida en que puede y debe admitirla un Estado de derecho, no puede ser más que el reconocimiento de las estructuras lógicas que vinculan al legislador con las pautas sociales, por un lado, y de la aspiración ética del derecho por otro. Esta última debe mantenerse en el nivel mínimo exigible, o sea con el respetuoso reconocimiento de la pluralidad de órdenes valorativos de nuestra sociedad³⁶.

II. — ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA E INJUSTO PERSONAL

417. **El injusto personal.** Se discute muy frecuentemente la naturaleza objetiva o subjetiva de la antijuridicidad y del injusto, pero lo que por "objetividad" o "subjetividad" se puede con ello connotar es por demás equívoco³⁷. A veces se quiere expresar la objetividad del injusto, otras la exclusión de las motivaciones del campo de la antijuridicidad, otras la innecesariedad de la imputabilidad del autor, etc.

Cuando Jhering funda el concepto civilista de antijuridicidad sobre base objetiva, el de culpabilidad lo funda subjetivamente, porque requiere la imputabilidad³⁸. Löffler enuncia una teoría tan objetiva que podía ser antijurídico el hecho no humano³⁹. A las concepciones que se suelen con-

³⁶ Cfr. MERGEN, ARMAND, *Die Indikationen*, en "Das deutsche Strafrechtsreform", 1966, München, 106.

³⁷ Sobre ello, WELZEL, 51; RODRÍGUEZ DEVESEA, 327; POLAINO NAVARRETE, op. cit., 41-2; bastante preciso, SCHURMANN PACHECO, RODOLFO, *Aspectos de la antijuridicidad en el campo del derecho penal*, en RDP y C, 1969-1, p. 44.

³⁸ JHERING, RUDOLF, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, en "Fest. für Birnbaum", Giessen, 1867.

³⁹ LÖFFLER, ALEXANDER, *Unrecht und Notwehr*, en ZStW, 21 (1901), pp. 527 y ss.

siderar “objetivas” (Beling, Köhler, von Bar) se oponen las “subjetivas”, entre las que se destaca la de Adolf Merkel⁴⁰. Entre ambas pueden ubicarse las teorías de los “imperativos”⁴¹, que en general buscan delimitar un círculo de autores a los que puedan ser éstos dirigidos. En rigor, estas teorías han perdido hoy mucha vigencia, y con ellas la discusión en general que, de preferencia, se centra ahora sobre la estructura del injusto.

Si bien nuestra doctrina pretende una antijuridicidad objetiva⁴², en rigor, quiere muchas veces con ello referirse a un injusto objetivo. De cualquier manera, un injusto objetivo es insostenible entre nosotros y, al ocuparnos de la legítima defensa de terceros, veremos que también lo es una antijuridicidad “objetiva” en el sentido de que prescinde de las circunstancias personales del autor^{42 bis}.

Uno de los sentidos de la expresión “antijuridicidad objetiva”, que debe descartarse de plano, es el que se funda en la distinción entre antijuridicidad objetiva (o mejor injusto) y culpabilidad subjetiva.

Aquí corresponde distinguir entre antijuridicidad “objetiva” e “injusto objetivo”. En cuanto al segundo, o sea al objeto del desvalor (con éste ya cargado), no tenemos duda que es de naturaleza mixta (objetivo-subjetivo), toda vez que es una conducta humana. En cuanto a la antijuridicidad (desvaloración que convierte a la conducta típica en injusto), *es menester precisar qué se entiende por antijuridicidad objetiva*.

Por nuestra parte entendemos que la antijuridicidad es “objetiva” en dos sentidos: α) En rigor, la antijuridicidad de una conducta concreta se determina conforme a un juicio fáctico y no valorativo:

⁴⁰ MERKEL, ADOLF, *Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrecht und seiner Rechtsfolgen*, en “Kriminalistische Abhandlungen”, Leipzig, 1867, I; del mismo, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, §§ 4 y 5; teorías subjetivas pueden considerarse también las de HERTZ, EDUARD, *Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts*, Hamburg, 1880, I; HOLD VON FERNECK, *Die Rechtswidrigkeit*, I, Jena, 1903; sobre ello, LAMPE, ERNS JOACHIM, *Das personale Unrecht*, Berlin, 1967. Concepciones subjetivas dominaron en la época pre-dogmática argentina (cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA y col., *Evolución*, pp. 87 y ss.). Contra el carácter objetivo de la antijuridicidad, SOMMARUGA, ALBERTO V., *La antijuridicidad elemento del delito*, en “Rev. de Derecho y Ciencias Políticas”, Lima, XV, 1951, 310.

⁴¹ THON, AUGUST, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, Weimar, 1878; también BIERLING, sobre ello LAMPE, E. J., op. cit., pp. 20 y ss.; POLAINO NAVARRETE, op. cit., pp. 51 y ss.

⁴² Así SOLER, I, 302; NÚÑEZ, I, 294-9; FONTÁN BALESTRA, II, 68-70; ARCIBAY MOLINA y col., I, 235; TERÁN LOMAS, en JA, 29 oct. 1971.

^{42 bis} Volveremos allí ampliamente sobre el tema (§ 431).

el juicio subjetivo (valorativo) viene hecho por la ley y el juez se limita a concretizarlo con la comprobación de la ausencia de justificación (tipo permisivo). El juzgador realiza un juicio objetivo (fáctico); el legislador realizó un juicio subjetivo (valorativo). β) La antijuridicidad es objetiva porque no toma en cuenta la posibilidad exigible al sujeto de realizar otra conducta motivándose en la norma, es decir, lo que pertenece a la culpabilidad. De allí que la afirmación de que la antijuridicidad es objetiva, sea falsa “si se quiere hacer referencia a su materialidad, y, en cambio, es verdadera, si se alude a su objeto de valoración con sus contenidos físicos y psíquicos”⁴³.

Cualquier otra consecuencia que quiera sacarse de la afirmación de la “objetividad” de la antijuridicidad la rechazamos por errónea, sea la pretensión de un injusto objetivo —que hoy ni el mismo causalismo puede sostener—, sea la afirmación de que la antijuridicidad es un juicio que recae sólo sobre el tipo objetivo⁴⁴ o cualquier otro regreso al criterio “objetivo-subjetivo”.

III. — LOS TIPOS PERMISIVOS EN GENERAL

418. El tipo permisivo y la mecánica de averiguación de la antijuridicidad. Frente a una conducta que se adecua a una estructura típica de prohibición, esto es, que contraviene una norma prohibitiva, la averiguación de la antijuridicidad se opera mediante la comprobación de que esa conducta no se adecua a ningún tipo permisivo (causa de justificación).

No hay tipos permisivos sin que se presuponga la existencia de un tipo prohibitivo, pues carece de sentido “permitir” lo que no está prohibido. Esta es una mecánica lógica que se completa tanto en los tipos abiertos como en los cerrados, sólo que en los primeros el juzgador deberá completar antes el tipo prohibitivo acudiendo al criterio general señalado en la ley⁴⁵. En este sentido, el tipo abierto

⁴³ COUSIÑO MACIVER, 425.

⁴⁴ Así, DOHNA, *Aufbau*, 1940, 20 y ss.

⁴⁵ Cfr. WELZEL, 82. Cabe consignar que en la doctrina polaca, Wolter construye una expresión que llama “contra-tipo” y que define de la siguiente manera: “Por contra-tipo entendemos sólo esos estados en que a pesar de que el hecho presente todas las características del tipo, se excluye la dañosidad subjetiva del hecho y, por ende, también su antijuridicidad” (WOLTER, WŁADYSLAW, *Wykład Prawa Karnego na podstawie Kodeks Karnego z. 1969*, I, Krakow, 1971, p. 156). Atinadamente decía ORTOLAN (*Resumé des éléments de*

no implica ninguna confusión entre antijuridicidad y tipicidad: el problema de la apertura “del tipo es algo que invariablemente debe resolverse en el terreno de la prohibición, antes de penetrar al campo de la antijuridicidad”⁴⁶.

Cabe consignar que empleamos la voz “tipo permisivo” (o “tipo de permiso” o “tipo de justificación”) con el único propósito de resaltar la estructura mixta de la justificante (objetiva o subjetiva). No implica este empleo la afirmación de que existan “tipos de injusto” opuestos a los “tipos de justificación”, sino que para nosotros una tipicidad de justificación presupone una tipicidad de prohibición: se le superpone para neutralizar su desvaloración provisional. Por ejemplo: la conducta homicida típicamente permitida presupone la tipicidad prohibitiva de la misma, en tal forma que, cuando la acción queda atípica del permiso (por incongruencia típica por ejemplo) la tipicidad prohibitiva se mantiene intacta. Esto es también consecuencia derivada de rechazar que, además de las acciones jurídicas y antijurídicas, haya un grupo de acciones “neutras”, como otrora se sostuvo⁴⁷.

Cabe aclarar que la expresión “tipo permisivo” también se emplea para dar un tratamiento diferencial a la justificación putativa, sin necesidad de caer en la teoría de los elementos negativos del tipo⁴⁸, criterio que tampoco aceptamos.

419. **La estructura del tipo permisivo.** En tanto se conciba la antijuridicidad como un desvalor que recae sobre un resultado (desvalor de un proceso causal) bastará con que el resultado que obtiene el que actúa no sea desvalorado, para que de este modo resulte justificada la conducta. En otros términos: *a una teoría objetiva del tipo prohibitivo corresponde una teoría objetiva del tipo permisivo; a una teoría en la que el tipo se estructura sobre la norma prohibitiva, captando sólo la objetividad de la “conducta” que la contra- viene, se agrega una teoría de la justificación que sólo capta la*

Droit Pénal, Paris, 1874, 57) que “justificar es, en propios términos, volver justo”. Con la teoría mixta o compleja del tipo prohibitivo no se compagina la valoración puramente objetiva de la justificación (así la entendía SILVELA, EUGENIO, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903, I, 133).

⁴⁶ Otra opinión, ROXIN, *Offene Tatbestände*, 1970, 86-91.

⁴⁷ Así, BINDING, *Handbuch*, 765; BELING, *D. L. v. Verbrechen*, 168; BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, 1911, p. 30; sobre ello, KERN, *Grade der Rechtswidrigkeit*, en *ZStW*, 64 (1962), 256 y ss.

⁴⁸ Así, JESCHECK, 372; WESSELS, 90.

*objetividad de la "conducta" que a ella se adecua*⁴⁹. En lugar, si se entiende que el desvalor recae sobre la acción —y también sobre un resultado, como resultado de la acción— el enfoque es diverso, y también en el tipo permisivo habrá un tipo subjetivo de permisión que debe cumplimentarse.

Suele ejemplificarse con el caso del que dispara sobre otro con dolo homicida sin saber que éste le está apuntando para matarle; el que interrumpe un embarazo sin conocer el peligro de vida de la mujer⁵⁰. Para la teoría objetiva serían conductas justificadas, en tanto que permanecerían antijurídicas para la teoría mixta.

El problema, como ya lo hemos apuntado, se vincula con la concepción del tipo y de la conducta. Una conducta requiere un tipo mixto de prohibición y un tipo permisivo mixto para la justificación: el desvalor recae sobre una conducta en sentido óntico-ontológico y el tipo de justificación también abarca una conducta en ese sentido.

Los partidarios del concepto complejo del tipo se han pronunciado unánimemente en forma coherente por el requerimiento de estos elementos subjetivos de la justificación⁵¹, en tanto que, dentro del causalismo, hay dos corrientes: α) los que lo niegan rotundamente, en franca minoría; β) los que lo aceptan sólo en casos particulares, como la legítima defensa, pero que se niegan a extenderlo a otros⁵².

Por otra parte, los autores no coinciden en cuanto a la solución del caso en que falten las características o elementos subjetivos, sosteniendo unos que debe ser penado como tentativa y otros como delito consumado. Para los partidarios de la concepción objetiva de la justificación, la primera solución se impone⁵³, con lo cual la diferencia práctica entre una y otra teoría termina en que para una es tentativa y para la otra es delito consumado⁵⁴. En lugar, entre los partidarios de la teoría mixta, las opiniones están divididas, porque hay quienes también desde este punto de vista sostienen que el hecho debe punirse como tentativa⁵⁵.

⁴⁹ Así: HIPPEL, op. cit., II, 210; NOWAKOWSKI, F., *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*, cit.; WEGNER, ARTHUR, *Strafrecht, Allg. Teil*, Göttingen, 1951, 121; MERLE, ROGER - VITU, ANDRÉ, *Traité de Droit Criminel. Problèmes généraux de la législation criminelle*, Paris, 1967, p. 297.

⁵⁰ Ejemplos de MAURACH, 301.

⁵¹ Cfr. WELZEL, 83-4; MAURACH, 301 y ss.; NIESE, 17; WEBER, *Grundriss*, 88; WESSELS, 55; SCHOCH, ADOLF, *Subjektive Elemente des Tatbestandes*, 1969, 32 y ss.; JESCHECK, 245-6; BOCKELMANN, 94; COUSIÑO MACIVER, LUIS, *Los integrantes subjetivos de la justificación*, en "Revista de Ciencias Penales", Sgo. de Chile, diciembre de 1974, pp. 26 y ss.; MAURACH-ZIPF, 368.

⁵² Así, BAUMANN, 291 y ss.

⁵³ Sobre ello WELZEL, op. cit.

⁵⁴ Cfr. JESCHECK, 263.

⁵⁵ Así JESCHECK, loc. cit.; WEBER en JZ, 1951, 261; SCHAFFSTEIN, en "Monatschrift für Deutsche Recht", 1951, 196 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 412.

En síntesis, las soluciones propuestas por la dogmática germana son dos: α) admitir un injusto personal; o β) sostener un injusto "objetivo". A su vez, los partidarios del injusto objetivo (y algunos de los otros) sostienen la punición de la conducta que no presenta los elementos subjetivos de justificación como tentativa, en tanto que el restó encuentra allí un delito consumado.

Desde nuestro punto de vista lo desvalorado es la conducta humana. A ella va siempre unido el resultado físico que a veces se toma en cuenta, pero que no puede desvalorarse como fenómeno físico, sino como "resultado de una conducta". El "resultado jurídico" (lesión o puesta en peligro), estará dado siempre que una conducta no opere encuadrada en un *tipo permisivo*, y éste tiene, al igual que el tipo prohibitivo, un aspecto objetivo y otros subjetivo.

Si el desvalor es de conducta (lo que no implica negar el desvalor del resultado, sino que, por el contrario, lo requiere necesariamente en forma tautológica), la conducta siempre es de un autor y la antijuridicidad será "la desaprobación de un hecho referida a un determinado autor". Lo injusto es siempre "injusto personal"⁵⁶. Nuestro texto es a este respecto significativo en el inciso primero del artículo 41 CP. Es incuestionable que el inc. 1º se refiere al injusto: *acción, medios y resultado* deben ser tenidos en cuenta para individualizar la sanción. La "naturaleza de la acción" no puede más que referirse a lo que su autor realiza (una acción) y a la intensidad con que ésta lesiona o afecta al orden jurídico⁵⁷. Así como expresamente se pena con mayor severidad al ascendiente violador que al tercero, en todos los casos tendrá que tomarse en cuenta la "naturaleza de la acción", lo que implica la admisión de un injusto personal. "Justificada" sólo puede ser la conducta de un autor en una situación determinada; "antijurídica" también, e incluso *más o menos antijurídica*, según la "naturaleza de la acción", lo que tiene que tomarse en cuenta para el *quantum* de la pena.

El terror que despierta la afirmación de un injusto personal en quienes sostienen que tal concepción corresponde a una manifestación de derecho penal autoritario, carece, en el actual estado de la dogmática, de todo fundamento. Ya hemos dicho que la escuela de Kiel se valió de los defectos de la estructura teórica del delito para combatir la concepción estratificada del mismo. Estos defectos de estructura fincaban

⁵⁶ Cfr. WELZEL, 62; JESCHECK, 264 y ss.; LAMPE, *Das personale Unrecht*, 1967.

⁵⁷ La expresión "naturaleza y calidad del acto" es también usada en el derecho anglosajón. Sobre su interpretación en Inglaterra y Australia, MORRIS-HOWARD, *Studies in Criminal Law*, Oxford, 1964.

preponderantemente en el criterio sistemático “objetivo-subjetivo”, el que fue abandonado sólo nominalmente por el neoclacisismo. Naturalmente que, conforme a ese criterio, la afirmación de un injusto personal implica una confusión de antijuridicidad y culpabilidad y con ello la quiebra de la teoría analítica. Pero si nos movemos con otro criterio sistemático bien distinto, que es el que se funda en la contrariedad al deber (*Sollen*) y en la posibilidad de actuar conforme a él (*Können*), no se opera ninguna confusión y ambos estratos analíticos permanecen perfectamente diferenciados.

“Injusto personal” no implica confundir antijuridicidad con culpabilidad: un sujeto actúa contra lo debido en una circunstancia dada, y la pregunta sobre su deber y su violación nada tiene que ver con la que interroga sobre la posibilidad que tuvo de hacer lo debido.

Afirmada ya nuestra posición en pro de una concepción personal del injusto, nos encontramos con que entre los partidarios de la misma hay dos criterios para penar la conducta que no se adecua al tipo permisivo por carecer de sus elementos subjetivos: el de la tentativa y el del hecho consumado.

La punición del delito en situación objetiva de justificación como tentativa implica una contradicción irreductible: la conducta, a nivel de la tipicidad, es consumativa y la “justificación del resultado” no puede volver sobre la tipicidad, que ya se ha afirmado. De este modo tendríamos una conducta consumativa, pero que sin embargo constituye tentativa. Sólo con la teoría de los elementos negativos del tipo se puede sostener esta solución coherentemente. Nuestro artículo 42 es suficientemente claro al respecto: quien “no lo consuma” es autor de tentativa. Habiendo rechazado la teoría de los elementos negativos por las razones que en su momento expusimos, es claro que quien mata a otro en legítima defensa consuma un homicidio en el nivel típico y en el plano de la antijuridicidad restan dos soluciones: o está justificado o no está justificado. No puede haber una “justificación del resultado” que no sea justificación de la conducta o, mejor dicho, los resultados nunca se pueden justificar sino como consecuencia ineludible de la justificación de la conducta. La única posibilidad de apelar a este recurso de la punición a título de tentativa es, fuera de la teoría de los elementos negativos del tipo, una aplicación analógica de la fórmula de la tentativa⁵⁸.

Aún dentro de la teoría de los elementos negativos del tipo

⁵⁸ Cfr. STRATENWERTH, 151.

cabe observar que tal punición es analógica: siempre se pretenderá que es típica de tentativa una conducta consumativa, confundiendo los planos del hecho (de lo fáctico) y de lo formal⁵⁹.

Consecuentemente, a base de preceptos permisivos se estructuran tipos permisivos de justificación (o de exclusión de la antijuridicidad) que describen o delimitan conductas que están permitidas y que no son contrarias al orden jurídico (antijurídicas). Esta captación de conducta permitida, o sea, esta delimitación de la materia permitida, se hace asimilándola tanto en su aspecto objetivo como en su aspecto subjetivo.

Además de los argumentos ya enunciados, la punición a título de tentativa —y con mucha más razón la pretensión de la absoluta objetividad de la justificación— se hace insostenible por la consecuencia absurda a que conduce: el azar puede determinar que una conducta delictiva más —y mucho más— grave sea penada a título de tentativa o impune y una más leve sea penada como delito consumado en cualquier caso. Como la legítima defensa —al igual que el estado de necesidad y cualquier causa de justificación— no requiere la obtención del resultado salvador del bien jurídico en conflicto, en el caso del que lesiona a otro sin saber que el otro está matando en ese momento a un tercero, porque lo hace, por ejemplo, a través de una ventana cuyo dintel le impide la visión, habría que averiguar si la lesión que quería causar era de entidad tal que hubiese impedido la continuación de la acción homicida y, conforme al criterio que criticamos, si era una lesión levisísima, que no lo hubiese impedido, no estaría justificada, en tanto que si fuese una lesión más grave, se hallaría justificada. Igualmente, si alguien arroja un líquido corrosivo sobre otro para arruinarle el traje, sin saber que le está apuntando con un arma de fuego desde el bolsillo, no actuará en legítima defensa, porque el daño no habría impedido la agresión, en tanto que si le arrojase vitriolo al rostro para dejarlo ciego, habría justificación. Estas consecuencias hablan por sí mismas de lo inaceptable de esta teoría.

420. **La congruencia en los tipos permisivos.** Sólo la congruencia concurrente de los elementos objetivos y subjetivos del respectivo tipo permisivo puede justificar una conducta⁶⁰. Las conductas justificadas son, por supuesto, conductas finales. Por ende, *el aspecto subjetivo del tipo permisivo se integra también con elementos cognoscitivos y conativos*. Su integración en cada caso depende del precepto permisivo de que se trate⁶¹. En la legítima defensa se

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ Cfr. WESSELS, 55.

⁶¹ Cfr. STRATENWERTH, 149.

deberá conocer la agresión y se deberá tener la finalidad de defenderse. Es al efecto indiferente que esta finalidad de defensa vaya acompañada por un "sentimiento" de odio, de venganza, etc., es decir, aunque la intención de defenderse, de salvar el bien mayor, etc., vaya acompañada de otras⁶². En el remanido ejemplo del maestro que castiga al niño para satisfacer los deseos de su perversa sexualidad sádica, pero que obtiene un propósito correctivo⁶³ lo que sucede es que falta la finalidad correctiva, pero si ella existiera, y, por supuesto, el castigo estuviese dentro de los límites pedagógicamente admitidos, la circunstancia de que a la vez el sujeto satisfaga su desviada sexualidad será indiferente: el tipo permisivo estaría completo. El particular que detiene a su vecino a quien sorprende en flagrante delito actúa justificadamente, aunque con ello satisfaga su deseo de venganza, o sus viejos rencores⁶⁴.

La finalidad justificante, que se asienta sobre el conocimiento del tipo (o situación) objetiva de permisión, funciona como un elemento subjetivo que excede al dolo del tipo subjetivo prohibitivo. En otras palabras: un sujeto mata *para defenderse*; desde el punto de vista de la tipicidad prohibitiva, este "para defenderse" es un elemento subjetivo que excede al dolo y que allí resulta indiferente (para el tipo prohibitivo de homicidio), pero que viene a ser captada como aspecto subjetivo del tipo permisivo.

Cabe consignar —muy claramente— que el tipo permisivo requiere que la conducta se dirija a defenderse, a evitar un mal mayor, etc., o sea, que la causalidad se dirija a ese objetivo, pero en modo alguno exige que el objetivo se logre. Aunque el actor fracase en su propósito, su acción igualmente estará justificada⁶⁵. Se sigue en esto el principio de que "la elección por el fin debido no es menos buena en el caso de que el acto externo no obtenga el fin que en el caso de que lo obtenga"⁶⁶.

La incongruencia que resta antijurídica a la conducta típica puede operar de dos maneras: α) puede darse la tipicidad permisiva objetiva y faltar el aspecto subjetivo de la permisión (conocimiento y finalidad), o bien β) puede faltar el aspecto objetivo y

⁶² BOCKELMANN, 95.

⁶³ STRATENWERTH, loc. cit.; BRUNS, H. J., *Zur strafrechtlichen Diskussion über das Züchtungsrecht des Lehres*, en JZ, 1957, 417; MAYER, H., 1953, 164; MAURACH, 303.

⁶⁴ V. sobre la admisión de la concurrencia de intenciones en un mismo acto, DUNS ESCOTO, op. cit., C. 18, 22 y 23.

⁶⁵ Cfr. WELZEL, 91-2.

⁶⁶ DUNS ESCOTO, Q. XVIII, 15.

darse el subjetivo (justificación putativa o errónea suposición de una situación de justificación). En ambos casos, la conducta será antijurídica y, por ende, *siempre que no se ofrece la congruencia típica en los casos de permisión, las conductas serán antijurídicas*.

Las situaciones de justificación putativa no son un supuesto de justificación, porque no existe el tipo objetivo permisivo (sino en la representación errónea del sujeto) y, por ende, afectan la valoración de la conducta con su error sobre "el valor" de ésta, con un "error de valoración" (*Wertungsirrtum*), o sea, un error de prohibición. Esta es la opinión más coherente con una estructura mixta del tipo⁶⁷. Otra opinión sostiene que la errónea suposición de una causa de justificación es un error de tipo⁶⁸.

Los argumentos para sostener este segundo criterio son varios. Van desde los que se fundan en la teoría de los elementos negativos del tipo⁶⁹ hasta los que sin hallarse en esa posición encuentran que la finalidad justificante elimina el dolo. Stratenwerth sostiene que el fin justificante hace perder el desvalor de la conducta, restando sólo un desvalor del resultado, lo que constituye, según este autor, el punto de partida hacia la posible tipicidad culposa⁷⁰. Engisch cree que la suposición de que la conducta está justificada paraliza el impulso que el dolo da al autor para reflexionar sobre la juridicidad de su conducta⁷¹. Jescheck lo maneja como error de prohibición privilegiado⁷². En cuanto a las consecuencias en caso de vencibilidad, (punición como delito culposo), Bacigalupo entiende que todos los casos del art. 35 son supuestos de vencible justificación putativa⁷³, con lo que viene a identificar el exceso con el error.

En rigor la única manera de punir como culposo un error de prohibición es acudir a una ficción de culpa⁷⁴, que es en definitiva lo que se

⁶⁷ Cfr. WELZEL, 168-170; MAURACH, 475 y ss.; BOCKELMANN, PAUL, en NJW, 1950, 830; HARTUNG, FRITZ, *Irrtum über "negative Tatbestände"*, en NJW, 1951, 209; HEITZER, *Ist der putative Rechtfertigungsgrund als Verbotssirrtum zu behandeln?*, en NJW, 1953, 210-1; KAUFFMANN, ARMIN, *Tatbestandsseinschränkung und Rechtfertigung*, en JZ, en 1955, 37; FUKUDA, TAIRA, *Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe*, en JZ, 1958, 143; HIRSCH, HANS-JOACHIM, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, 1960, 347.

⁶⁸ LANGE, RICHARD, *Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung*, en JZ, 1953, 9; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 322; SCHROEDER, HORST, *Die Irrtumsrechtsprechung des BGH*, en ZStW, 65 (1953), 178.

⁶⁹ KAUFFMANN, ARTHUR, op. cit. en JZ, 1954, 653; V. WEBER, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgrund*, en JZ, 1951, 260.

⁷⁰ STRATENWERTH, 153.

⁷¹ ENGISCH, KARL, *Tatbestandsirrtum und Verbotssirrtum bei Rechtfertigungsgründen*, en ZStW, 146-8.

⁷² JESCHECK, 372.

⁷³ BACIGALUPO, en "Relatos", cit.

⁷⁴ Cfr. WELZEL, en ZStW, 67 (1955), 215; HIRSCH, op. cit., 205; en contra JESCHECK, 372.

hace. Es incuestionable que el que mata en legítima defensa actúa con dolo: tiene voluntad final de matar. Considerar culposa la conducta es una ficción.

Bacigalupo no acude a esta ficción, sino que sostiene que las conductas del art. 35 son dolosas, sólo que penadas con la pena del delito culposo, en lo que lleva razón⁷⁵. Pero creemos que se equivoca en cuanto a restringir su ámbito al error que el texto legal no exige: exceso y error son cosas diferentes: *hay errores de prohibición vencibles que no son exceso y hay excesos que no son errores de prohibición vencibles*.

Para nosotros es incuestionable que el error sobre una causa de justificación, o sea, la incongruencia típica en la permisión que sólo resta subsistente al elemento subjetivo de la misma (sin sustento objetivo) es un error que no afecta al dolo sino a la culpabilidad y que se rige con los principios del error de prohibición, como corresponde a su naturaleza.

421. El fundamento genérico de los tipos permisivos. Tratar de hallar como fundamento común a todas las causas de justificación su consideración como situaciones "de excepción", nos reenvía a una distinción entre tipicidad y justificación (el sistema de la "regla-excepción")⁷⁶ que desconoce la sistemática más normativa de "norma prohibitiva-precepto permisivo"⁷⁷.

Hallar en la excepcionalidad el fundamento de la justificación es introducir un ingrediente sociológico en la construcción jurídica. Puede argüirse que no se introduce tal ingrediente sino que *el orden jurídico* presume la excepcionalidad. Pues bien, también en tal sentido cabría decir que la presume en los casos en que se encuentra excluida la culpabilidad y es evidente que la justificación y la inculpabilidad tienen fundamentos diferentes. A la luz de esto resulta que la excepcionalidad no caracteriza —al menos suficientemente— a las causas de justificación.

Al respecto hay que formular una distinción previa en la cuestión: ¿cuál es la naturaleza de las causas de justificación? y ¿cuál es el fundamento de ellas?

α) La naturaleza de los tipos permisivos es clara: si confieren permisos, están reconociendo o creando derechos. Un sujeto tiene derecho a realizar un tipo permisivo y si no lo realiza no sucede nada de relevancia jurídica. En síntesis, las causas de justificación son *ejercicios de derecho*. De allí que el ejercicio de un derecho del

⁷⁵ Cfr. Cám. 2ª Mercedes (San Luis), *in re* "Medina, Lisandro psa. lesiones", oct. 19 de 1969 (JA, 15-II-71, p. 4).

⁷⁶ Así DOWNA, *Aufbau*, 1941, p. 23; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 205.

⁷⁷ WELZEL, 80.

art. 34, inc. 4º sea la fórmula general de las causas de justificación: todos los demás son sólo casos particulares de justificación.

El cumplimiento de un deber jurídico vimos que no constituye una causa de justificación sino de atipicidad, aunque el error sobre su cumplimiento es un *error de prohibición*, porque opera con desconocimiento de la prohibición y no del tipo objetivo.

El argumento de que quien actúa en cumplimiento de un deber jurídico lo hace generalmente en función del ejercicio de un derecho de tercero, que puede ser el Estado mismo, nos parece que no tiene consistencia. La justificación del que se defiende legítimamente de un asaltante no implica ninguna contradicción normativa, pero pretender que el policía que le ayuda actúa justificadamente es pretender que dos normas prohibitivas se ignoran, o bien, construir la justificación como norma excepcional y no como norma permisiva.

Debe quedar claro que también son ejercicios de derecho las conductas que disponen de entes cuya disponibilidad garantiza el orden jurídico, pero en estos supuestos, hemos visto oportunamente que se trata de acciones que quedan fuera de la prohibición⁷⁸, de modo que no tendría sentido alguno que el código penal las estuviese enumerando como acciones no penadas, cuando es totalmente obvio que no pueden estar penadas, justamente porque todo el código pena las conductas que tratan de perturbar la realización de las mismas. Dada esta evidencia tan clara, la referencia del inc. 4º del art. 34 no puede ser más que a los casos en que las conductas están prohibidas, pero que, no obstante, resultan permitidas por un precepto permisivo, que es el caso de la justificación y que es el único caso problemático.

β) Una tentativa de unificar el fundamento de las causas de justificación es la conocida "teoría del fin" de Dohna⁷⁹, que desarrolla luego Eberhard Schmidt⁸⁰: *no es antijurídica la acción que constituye un medio adecuado para alcanzar el fin de la convivencia que el Estado regula*. En rigor hay aquí una remisión a todo el orden jurídico y una remisión a pautas sociales jurídicamente reconocidas.

Se le objeta a esta fórmula que su excesiva generalidad la hace estéril, lo que no nos parece del todo cierto. Creemos que con este fundamento general se puede solucionar el famoso caso del parálitico que tiene un arma al alcance de la mano y que es el único

⁷⁸ V. supra, § 396.

⁷⁹ DOHNA, *Aufbau*, 27-8.

⁸⁰ LISZT-SCHMIDT, 198.

medio de que dispone para defender la propiedad de la manzana que está a punto de tomar el niño. Su reconocimiento legal en el sistema argentino se opera con la expresión "racional" del art. 34, inc. 6º, b).

Problema distinto al del "fundamento" de la justificación es el de la fuente de la justificación⁸¹. "Fuente de la justificación", en principio, es sólo la ley. La necesidad no puede ser una "fuente" de la justificación, sino en tanto no sea reconocida por la ley como tal, en cuyo caso será la ley la fuente y la necesidad la razón de ser o el fundamento en ese caso⁸².

Si bien por cierto se puede admitir la teoría del fin como genérico fundamento, cada causa de justificación tiene el suyo y cualquier otra generalización que quiera ser más precisa corre el riesgo de pasar por alto estas particularidades⁸³.

422. Clasificación general de las causas de justificación. Hay causas de justificación: α) que se hallan en la parte general del CP (legítima defensa, estado de necesidad); β) otras que se hallan específicamente previstas en la parte especial del CP (justificaciones específicas), y δ) otras surgen del enunciado genérico de "ejercicio de un derecho", que remite a *cualquier rama del ordenamiento jurídico*. El análisis de este último supuesto en forma exhaustiva se hace prácticamente imposible, pues obliga a rastrear todo el orden jurídico en busca de disposiciones permisivas⁸⁴. El ejercicio de un derecho es lo que garantiza precisamente en nuestra legislación positiva la unidad de la antijuridicidad, conforme con doctrinaria predominante: como no hay una antijuridicidad penal, sino que la misma depende de todo el orden jurídico, las causas de justificación pueden provenir de cualquier sector del mismo⁸⁵.

En nuestra doctrina, Malamud Goti, como resultado de considerar que las causas de justificación emergen sólo de la necesidad y no conceden derechos, sino que las acciones que a su amparo se realizan son valorativamente neutras, afirma que las únicas causas de justificación son la legítima defensa y el estado de necesidad⁸⁶.

⁸¹ MAURACH, 302.

⁸² FONTÁN BALESTRA, II, 82.

⁸³ Así parece entenderlo MAURACH (p. 303), quien renuncia a una mayor generalización.

⁸⁴ V. los supuestos enunciados por FONTÁN BALESTRA, II, 107 y ss., y los enlistados germanos: WESSELS, por ej., enumera doce (p. 57); MEZGER-BLEI, diez (102 y ss.); etc.

⁸⁵ Cfr. BOCKELMANN, 90; SCHULTZ, I, 153; etc.

⁸⁶ MALAMUD GOTI, *Legítima defensa y estado de necesidad*, Bs. As., 1977, pp. 11 y 15.

CAPÍTULO XXX

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR

I. — LEGÍTIMA DEFENSA: 423. Naturaleza y fundamento. 424. La racionalidad de la defensa legítima. 425. Objetos legítimamente defendibles. 426. La agresión ilegítima. 427. La acción defensiva que afecta bienes de terceros. 428. Límite temporal de la acción de defensa. 429. La provocación suficiente. 430. Casos dudosos de necesidad racional del medio. 431. Defensa de terceros. 432. La defensa del Estado. 433. Casos legales especiales de legítima defensa. II. — EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE: 434. Concepto y fundamento. 435. Requisitos del estado de necesidad justificante. III. — EL EJERCICIO DE UN DERECHO: 436. El ejercicio de un derecho. IV. — LA TEORÍA DEL RIESGO PERMITIDO: 437. La teoría del riesgo permitido. V. — CAUSAS ESPECÍFICAS DE JUSTIFICACIÓN: 438. Causas específicas de justificación. VI. — CONCURRENCIA DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: 439. Concurrencia de causas de justificación. VII. — JUSTIFICACIÓN EN DELITOS CULPOSOS: 440. La antijuridicidad en los delitos culposos en general. 441. La legítima defensa. 442. Estado de necesidad justificante. 443. Consentimiento. VIII. — LA JUSTIFICACIÓN EN LOS DELITOS OMISIVOS: 444. La justificación en los delitos omisivos. IX. — DISMINUCIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD: 445. Disminución de la antijuridicidad.

I. — LEGÍTIMA DEFENSA

423. **Naturaleza y fundamento.** Si bien en otros tiempos se consideró que la legítima defensa fundaba la impunidad en la afirmación de que “la necesidad no conoce ley”¹, lo que no le hacía surtir otro efecto jurídico que la eliminación de la pena, y otros la consideraron mera causa de inimputabilidad², hoy nadie niega prác-

¹ Así KANT, *Die Metaphisik der Sitten*, en “Werke”, Darmstadt, 1968, VII, 343.

² Así PUFENDORF, *Le Droit de la nature et des Gens ou Systeme General des principes les plus importants de la Morale, de la Jurisprudence et de la Politique*, traducción de Jean Barbetrac, Amsterdam, 1706, I, p. 231 (Liv. II, cap. V, párr. 1 y 2; pp. 267 a 271 de la edición latina de Frankfurt, 1694).

ticamente, que se trata de una causa de justificación, es decir, que elimina la contrariedad de la conducta típica con el orden jurídico. Si bien esta naturaleza de causa de justificación está unánimemente aceptada, queda por ver cuál es su fundamento, lo que no resulta sencillo, particularmente si consideramos que de él se derivan consecuencias para su ámbito y condiciones.

En la legítima defensa pugnan siempre dos principios, o al menos así se lo pretende. Para unos, su fundamento es más bien social o colectivo, en cuyo caso la legítima defensa defendería primordialmente el derecho “objetivo”, en tanto que para otros su fundamento es individual, en cuyo caso la defensa primordial sería la de los derechos “subjetivos” injustamente agredidos. Para unos implica la defensa del derecho mismo, del orden jurídico en sí mismo, en tanto que para los otros es mera defensa de bienes jurídicos y no del derecho en el sentido de orden objetivo. Los que postulan su sentido social pueden llegar hasta el extremo de equiparar —o poco menos— la legítima defensa con la pena y, extremando las cosas, erigirla en un deber jurídico.

Hegel y los penalistas hegelianos tuvieron el mérito de hacer notar suficientemente que la legítima defensa es una causa de justificación³, pero su razonamiento dialéctico va a dar en una paridad con la pena, que para ellos hallaba su objeto en sí misma (teoría absoluta): la legítima defensa es la negación de la negación al derecho que implica la agresión injusta y, por ende, conforme al principio de que la negación de la negación es la afirmación, la legítima defensa se impone como afirmación del derecho. La legítima defensa sería así un sucedáneo de la pena⁴, que entra en juego cuando el orden jurídico no puede acudir en defensa de sí mismo⁵. Extremando el argumento, Manzini y Maggiore llegan a considerar que quien se defiende cumple prácticamente una función pública⁶ y, por esta vía, falta muy poco para sostener que la legítima defensa no es una facultad, sino un deber jurídico, lo que hace

³ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, en “Werke”, Berlin, 1833, VIII, pp. 170-1 (127); BERNER, A. F., *Die Nothwehrtheorie*, en “Archiv des Criminalrechts”, Halle, 1848, pp. 547-598; del mismo, *Lehrbuch*, 1898, 107 y ss.; LEVITA, CARL, *Das Recht der Nothwehr. Eine strafrechtliche Abhandlung*, Giessen, 1856, 11-2; HÄLSCHNER, HUGO, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, 1881, 473-485; KÖSTLIN, REINHOLDT, *System des deutschen Strafrechts*, Tübingen, 1855, 124 y ss.; ABEGG, JULIUS F. H., *Lehrbuch*, Neustadt, 1836. Sobre la teoría de la necesidad en Hegel, BOCKELMANN, PAUL, *Hegels Notstandslehre*, Berlin u. Leipzig, 1935.

⁴ GEYER, AUGUST, *Die Lehre von der Nothwehr, Eine strafrechtliche Abhandlung*, Jena, 1857, p. 13.

⁵ Cfr. BAUER, FRITZ, *Das Strafrecht und das heutige Bild vom Menschen*, en “Die deutsche Strafrechtsreform”, München, 1967, p. 12.

⁶ MAGGIORE, I, 403.

en nuestros días Bouzat, a partir de la consideración de que la legítima defensa no es un acto de necesidad, sino de justicia, con el que se presta un servicio a la comunidad⁷. Los prácticos sostuvieron una posición análoga, pero partiendo de que dejarse matar sin defenderse constituía un pecado mortal, pues implicaba abandonar el puesto dado por Dios en la tierra (Carpzovio, Alfonso de Madrigal Tostado de Rivera), en contra de Covarrubias, que afirmaba que puede ser un acto de gran perfección⁸, lo que traducía la antigua polémica medieval a su respecto, que se reflejaba en la consideración de la pena de muerte.

La naturaleza de ejercicio de un derecho que cabe reconocerle a la legítima defensa, pretendió atacarla Ferneck con el argumento de que el agresor no está obligado a soportar la defensa. Ello es un principio cierto, puesto que no procede antijurídicamente el agresor si huye, pero no resulta cierto en otro sentido: *el agresor no puede repeler jurídicamente la defensa*. Por otra parte, la defensa debe tener por fin evitar o paralizar la agresión, y a lo que está obligado el agresor es precisamente a ello. Que Binding haya acentuado en demasía su carácter de ejercicio de derecho, no significa que no lo tenga, pues *esa es la naturaleza última de cualquier causa de justificación*. Al respecto no hay que confundir “la necesidad de defender los derechos”, con el ejercicio del derecho de defensa de los derechos, que no hace más que resaltar un carácter común a todas las justificantes.

Por otra parte, al cargar el acento sobre la defensa del orden jurídico entendido como derecho en sentido objetivo, el ámbito de la legítima defensa se irá restringiendo, exigiendo cada vez más la equivalencia del mal que se causa con el que se evita, lo que acercará la defensa al estado de necesidad justificante, pasando por alto la relevancia jurídica de la antijuridicidad de la agresión.

La vertiente individualista, por su parte, tiene origen abiertamente contractualista, partiendo de que cuando el derecho no puede acudir en defensa de los “derechos naturales” del individuo, cesa el deber de obediencia que éste tiene para con el Estado, porque no pudiendo el Estado tutelar al individuo, tampoco puede exigirle obediencia⁹. Siendo ello así, para nada importará la magnitud del daño que se infiera en la defensa, que sólo estará limitada por la necesidad que —como recalca Kant— no conoce ley¹⁰. Binding

⁷ BOUZAT, PIERRE, en Bouzat-Pinatel, *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, Paris, 1970, T. I, p. 359.

⁸ V. PEREDA, JULIÁN, *Covarrubias penalista*, Bilbao, 1959, pp. 92-3.

⁹ Argumento de Hobbes, v. VERDROSS, op. cit., p. 184.

¹⁰ MEZGER, en la 2ª edición del *Lehrbuch* (München u. Leipzig, 1933), inicia el tratamiento del derecho de necesidad con las palabras “Not kennt kein Gebot” (La necesidad no conoce ley, p. 231), criterio que mantiene en la 3ª edición (1949) y que luego abandona. También Bettiol, en el estado de necesidad.

acentuó su carácter de derecho hasta considerarla un derecho subjetivo ¹¹.

Si bien hoy se hace radicar el fundamento de la legítima defensa en que el derecho no tiene por qué soportar lo injusto ¹², en el desarrollo y explicación de este principio siguen pugnando las dos tendencias a que nos hemos referido ¹³, que sólo tienen en común el reconocimiento del llamado "carácter subsidiario" de la legítima defensa, es decir, que la defensa sólo puede ser legítima cuando no es posible apelar a la defensa por los órganos o medios establecidos jurídicamente.

Jescheck considera que la legítima defensa tiene un fundamento complejo, que es necesario combinar en un único fundamento con gran prudencia ¹⁴. Como consecuencia de este fundamento complejo, se afirma que lo "social", lo "adecuado", lo "racional", sirve de límite a la necesidad de la defensa, derivándose de allí, por ejemplo, que el carácter de niño o enfermo mental del agresor debe ser tomado en cuenta para ponderar la racionalidad de la defensa ¹⁵.

Dada esta pugna entre la tendencia "social" y una tendencia "individual" que se pretenden enfrentar en la legítima defensa, se ha afirmado recientemente que la misma es un indicador de concepciones políticas ¹⁶. Los interrogantes que la cuestión plantea están fundamentalmente referidos a si la legítima defensa tiene como único límite la necesidad o si hay en ella una cierta ponderación de males, es decir, de los bienes jurídicos en conflicto, al igual que tiene lugar en la justificación por estado de necesidad.

Esta distinción es en el fondo falsa, como lo es cualquiera que pretende contraponer el hombre a la sociedad, lo que implica —entendidos correctamente los términos— pretender oponer existencia a co-existencia, lo que, en definitiva, viene a ser lo mismo, toda vez que no hay existencia que al mismo tiempo no sea co-existencia.

En verdad, el argumento objetivista, tanto como el subjetivista, no son nuevos, sino que tienen remoto origen, aunque su formulación haya

¹¹ BINDING, *Handbuch*, 732; BAUMGARTEN, *Notstand und Notwehr*, p. 102; OETKER, FRIEDRICH, *Notwehr und Notstand*, en "Fest. für Frank", 1930-I-375.
¹² WELZEL, 84; JESCHECK, 269; su enunciador fue BERNER, *Lehrbuch*, 1886, p. 102.

¹³ Cfr. MAYER, H., 1953, 201; LENCKNER, THEODOR, *Notwehr bei provozierten und verschuldeten Angriff*, en GA, 1961, 309; ROXIN, *Die provozierte Notwehrlage*, en ZStW, 75 (1963), 541; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 433-4.

¹⁴ JESCHECK, 270.

¹⁵ Cfr. VILLALOBOS, IGNACIO, op. cit., p. 385.

¹⁶ Así, SCHRÖDER, FRIEDRICH-CRUSTIAN, en "Fest. f. Maurach", 127 y ss.

sido distinta, como es lógico. En el fondo eran estos argumentos los que pugnaban detrás de las tesis de San Agustín y de Santo Tomás, cuando el primero afirmaba que la legítima defensa no podía justificar la muerte del agresor, en tanto que el segundo afirmaba lo contrario. San Agustín afirmaba que cuando el hombre actúa racionalmente supera el instinto de conservación animal, cayendo en la cuenta de que ni siquiera su vida la puede defender a costa de la vida ajena, puesto que se trata de cosas eminentemente perecederas y de bienes que se pueden perder contra la voluntad. Por ello, entendía que a este respecto la ley humana entraba en conflicto con la ley divina¹⁷. Santo Tomás, por el contrario, usaba la teoría del "voluntario indirecto", conforme a la cual el agredido no podía pretender matar intencionalmente al agresor, sino que debía buscar como fin la conservación de su propia vida, aunque para ello utilizase como medio la muerte de su agresor¹⁸. Resulta claro que en San Agustín se entendía la legítima defensa sólo como defensa de un orden divino de las cosas, en tanto que para Santo Tomás se trataba primordialmente de la defensa del propio bien, es decir, de la propia existencia.

La exposición más completa que conocemos sobre los distintos fundamentos dados a la legítima defensa la ha llevado a cabo en los últimos años Luzón Peña¹⁹.

424. La racionalidad de la defensa legítima. En el estado de necesidad justificante, el medio lesivo se emplea para evitar un mal mayor (art. 34, inc. 3º), en tanto que en la legítima defensa su empleo tiene lugar para evitar las dañosas consecuencias de una conducta antijurídica.

La legítima defensa tiene siempre carácter subsidiario, el que se deriva de la necesidad: cuando el orden jurídico no puede acudir de otro modo en defensa de los bienes agredidos, permite que esa defensa la lleve a cabo el titular o un tercero. *El orden jurídico no puede menos que deplorar esta circunstancia*, que en modo alguno fomenta, puesto que precisamente su objetivo es el aseguramiento de los bienes jurídicos (seguridad jurídica), que equivale a aseguramiento de la co-existencia, excluyendo la acción directa de sus titulares y reservándose para sí el ejercicio de la coerción. No obstante, dada la necesidad que surge de la imposibilidad de acudir de otro modo en defensa de los bienes jurídicos del agredido, no

¹⁷ VECILLA DE LAS HERAS, LUIS, *La Iglesia y la pena capital. Comentarios a un artículo del P. Messineo sobre la pena de muerte*, en "Rev. de Estudios Penitenciarios", Madrid, 1964 (20), p. 661.

¹⁸ Idem, p. 659.

¹⁹ LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *El doble fundamento de la legítima defensa*, en "Cuadernos de Política Criminal", Madrid, 1977, nº 3, pp. 101 y ss.; lo reproduce en su obra más extensa y magníficamente documentada, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, 1978.

puede menos que *tolerar* la acción defensiva de éste o de un tercero, dado que en definitiva debe reconocer que cuando el agredido defiende su derecho, defiende "simultáneamente los intereses generales y el orden objetivo"²⁰.

No obstante, el orden jurídico no puede tolerar que la legítima defensa se lleve hasta un grado en que la conducta defensiva resulte contraria a la seguridad jurídica, particularmente en su aspecto subjetivo. Cuando la acción defensiva causa una lesión al sentimiento de seguridad jurídica de mayor intensidad que el que causa la misma acción agresiva, cesa la legitimidad de la acción defensiva. De allí que, en cada caso límite, frente a la situación particular, deba preguntarse si la antijuridicidad de la agresión constituye un momento de tanta gravedad, que justifica la falta de relación con la lesión inferida al agresor²¹. Es aquí donde el principio de la ponderación de males funciona en la legítima defensa, es decir, como correctivo²².

En tanto que en el estado de necesidad el orden jurídico se resigna a que tenga lugar el "mal menor", y por ello el límite de lo injusto termina en cuanto se actúa para impedir el "mal mayor", en la legítima defensa se trata de evitar el resultado de la conducta desvalorada. De esta última circunstancia se deriva que aquí no será una simple ponderación de "males" la que nos indicará el límite, sino que en la legítima defensa el injusto comenzará cuando el empleo del medio necesario para evitar el resultado tenga por efecto la producción de un resultado lesivo que, por su inusitada desproporción respecto de la agresión, provoque más alarma social que la agresión misma.

Un orden jurídico no puede admitir un individualismo tal que lleve la defensa de los derechos hasta el extremo de hacer insostenible la convivencia humana, convirtiendo la vida social en una selva de fieras individualistas: tal extremo sería su propia negación. Por ello, no cualquier necesario empleo de un medio lesivo se halla dentro de los límites de la legítima defensa, sino sólo aquel que es "racional".

²⁰ MERKEL, RUDOLF, *Die Kollision rechtmässiger Interessen*, 1895, p. 66.

²¹ Cfr. STRATENWERTH, 139.

²² Cfr. JESCHECK, 279; en sentido análogo, FRAGOSO, 203; EDUARDO COBREIA (I, p. 59) parece no admitir ninguna restricción y no alcanzar el verdadero sentido de la "racionalidad"; en el polo opuesto, FERRANDO MANTOVANI (p. 240) se acerca casi al estado de necesidad, no admitiendo la muerte ni la lesión grave en defensa de bienes patrimoniales; mucho más cauto se muestra BETTIOL, 336.

Es así que el empleo de la escopeta por parte del parálítico que tiene sólo esta arma al alcance de su mano, no disponiendo de ningún otro recurso para impedir que un niño se apodere de una manzana, será antijurídico, pero no porque el bien jurídico vida sea de superior jerarquía al bien jurídico propiedad, sino porque el orden jurídico no puede tolerar que para evitar una lesión de tan pequeña magnitud se acuda a un medio que, aunque necesario, sea tan enormemente lesivo como un disparo mortal de arma de fuego. La conducta de disparar en tal caso es un medio necesario, aunque "irracionalmente" necesario.

Contra esta limitación al derecho de defensa se suele alzar el argumento individualista extremo que objeta que, de esta manera, el derecho consagra el deber de soportar la injusticia. El argumento es más efectista que real, puesto que debe quedar bien en claro que la regla general es la inversa y que sólo se trata de casos de excepción. Por otra parte, son supuestos extremos que deben reconocerse en cualquier ámbito del derecho y no únicamente en el derecho penal. Así, este principio limitativo debe ser reconocido también en el derecho internacional, pues de lo contrario sus conclusiones serían catastróficas. En este campo, con toda razón observó Pío XII en 1954 que "no basta tener que defenderse contra cualquier injusticia para utilizar el medio violento de la guerra. Cuando los daños que entraña no son comparables a la injusticia tolerada, puede haber obligación de sufrir la injusticia"^{22 bis}.

En Alemania, donde no existe este requisito legal, estos supuestos han sido considerados como casos de abuso del derecho de defensa²³, e igualmente lo serán cuando el agredido dispone de otro medio para evitar la agresión, aunque su empleo implique una insignificante lesión a sus derechos, como puede ser en el supuesto de que el sujeto sea agredido por un enfermo mental o por un niño y tenga la posibilidad de huir o de retirarse.

^{22 bis} Cit. por JIMÉNEZ ASEÑO, ENRIQUE, en "Rev. Española de Derecho Militar", 1960, p. 58.

²³ Cfr. HENKEL, HEINRICH, *Recht und Individualität*, Berlin, 1968, p. 67; SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH, *Notwehr und Güterabwägungsprinzip*, en "Monatschrift für Deutsches Recht", 1952 (132); HIMMLEREICH, KLAUS, *Erforderlichkeit der Abwehrhandlung; Gebotensein der Notwehrhandlung; Provokation und Rechtsmissbrauch; Notwehrexcess*, en GA, 1966-129; WELZEL, 86; KRATZCH, DIETRICH, *Grenzen der Strafbarkeit im Notwehrrecht*, Berlin, 1968.

La doctrina alemana tiende a considerar que en estos casos la huida no es deshonrosa y por ende el sujeto debe acudir a ella si le es posible²⁴ cosa que no puede exigírsele en otros.

En los restantes casos, suele reconocerse —lo que consideramos correcto— que la mera posibilidad de huida no excluye la legitimidad de la defensa²⁵. Cabe recordar a este respecto el sentido político de la solución que se otorgue a la exigencia frente a la posibilidad de huida. Si se entiende que los bienes jurídicos son públicos, en una concepción estatista furibunda, y que la defensa del derecho es únicamente cuestión del Estado, puesto que el derecho tiene por función principal hacer efectiva la voluntad estatal, no queda más alternativa que imponer el deber de huir cuando se pueda evitar la agresión por ese medio. Tal era la solución que daba Muyard de Vouglans, salvo para “los nobles o gentes de guerra, para quienes fuese afrentoso huir”^{25 bis}. La razón que le movía a la excepción era que la huida no daba lugar a vergüenza en la plebe, pero sí en las clases privilegiadas de la sociedad estratificada. Al advenir el igualitarismo liberal cesó esta diferencia y desde entonces se admite que nadie está obligado a huir ante la agresión injusta, aunque debemos cuidarnos de algunas interpretaciones referidas a la defensa del honor, que parecen recaer en los conceptos del antiguo régimen, que son inadmisibles en una sociedad democrática y en un Estado de derecho. Cabe recordar que la obligación que se impone al superior militar de repeler la agresión del inferior, no es por causa de honor, sino por necesidad de disciplina^{25 ter}.

Cabe insistir una vez más en que esta restricción o límite no significa la pretensión irracional de obligar a los hombres a soportar agresiones injustas, so pretexto de intereses superiores, sino de encontrar el límite propio de la defensa en función de las mismas necesidades impuestas por la co-existencia, lo que se da cuando el daño amenazado es incomparablemente inferior, rayando en lo absurdo y repugnante. No se trata de rechazar la legítima defensa contra los injustos menores, al modo del derecho penal soviético²⁶, porque hay defensas legítimas contra injustos menores que no repugnan a la co-existencia²⁷. Tampoco se trata de pretender que los bienes del agresor y del agredido pertenecen al Estado y que éste no puede tolerar su pérdida más allá de cierta medida, sino de reafir-

²⁴ Sobre ello, STRATENWERTH, 138; WELZEL, 86.

²⁵ Cfr. DIAZ, EMILIO, *El Código Penal para la República Argentina*, Bs. As., 1928, p. 79; RANIERI, SILVIO, *Manuale di Diritto Penale*, Padova, 1952, 5, 44; COUSIÑO MACÍVER, II, 215.

^{25 bis} MUYARD DE VOUGLANS, op. cit., I, p. 10.

^{25 ter} V. ZAFFARONI-CAVALLERO, *Derecho Penal Militar*, p. 362.

²⁶ Sobre ello, SCHRÖDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN, *Die Notwehr als Indikator politischer Grundausschauungen*, en “Fest. f. Maurach”, 1972, pp. 127 y ss. (144).

²⁷ Cfr. STRATENWERTH, 139.

mar, simplemente, que el derecho no puede tolerar actos que son aberrantes frente a los más elementales principios de la co-existencia humana.

En la doctrina argentina se ha entendido la *racionalidad* de la necesidad del medio, como la *proporcionalidad*²⁸, lo que resulta correcto, siempre que por “proporcionalidad” entendamos el requerimiento negativo de que *no falte la proporcionalidad de manera aberrante*. Igualmente, se ha entendido que por “medio” no debe connotarse un instrumento sino todo género “de acciones y omisiones que se emplean para la defensa”²⁹.

Tal apreciación resulta correcta, puesto que lo que la ley exige no es una “equiparación” ni “proporcionalidad” de instrumentos, sino una cierta proporción entre la conducta lesiva y la conducta defensiva en cuanto a su lesividad. Así, existirá esta proporción cuando el que es atacado a puñaladas se defiende con un arma de fuego, porque hay proporción lesiva, aunque objetivamente sea más dañoso un revólver que un cuchillo.

La legítima defensa aparece en el Digesto, en las Partidas y en las Recopilaciones, referida siempre a ciertos delitos en particular, especialmente los delitos contra la vida y la integridad corporal, como también los referidos a la defensa del domicilio. Así se la legisla en el código Napoleón y en el español de 1822. El código de Baviera fue el primero que la legisló en su parte general, aunque mucho antes había sentado el precedente al proyecto de Mello Freire, incluyéndolo como § 18 de su título segundo (“De las personas capaces de delinquir”): “Não commette delicto o que em sua justa e necessaria defesa ferir ou matar, nãa excedendo o modo”. El código de Brasil de 1830 siguió el mismo criterio. El modelo bávaro fue seguido fielmente por nuestro primer codificador, cuyos arts. 125 y siguientes reprodujo en los arts. 7º a 13º del título IIIº de su proyecto (arts. 152 y ss. del código Tejedor). Es interesante consignar varias circunstancias felices, que nos ahorraron complicaciones. En principio, Feuerbach, en el art. 127 de su código, decía que la defensa “exculpa” (*entschuldigt*) y Vatel tradujo mal la expresión, haciéndolo por “legítima” (*légitime*), traducción que pasó al art. 154 del código Tejedor, por lo que la legítima defensa siempre fue en nuestra codificación una causa de justificación y no una causa de inculpabilidad, como correspondía conforme a los criterios criticistas. También Vatel cometió otro error afortunado de traducción: en lugar de traducir literalmente *Notwehr* por “defensa necesaria”, lo hizo por “defensa legítima”, traducción libre tomada del código francés, que evitó que la terminología bávara y en general alemana, que suele acarrear serios problemas, pasara a nuestra Ley positiva.

²⁸ Cfr. DÍAZ, EMILIO C., p. 100; FONTÁN BALESTRA, II, 144-5.

²⁹ NÚÑEZ, I, 371; FONTÁN BALESTRA, II, 143.

Nuestra fórmula vigente tiene su origen en el código brasileño de 1830, cuyo art. 14 se ocupaba de los crímenes justificados. El § 2° la preveía “cuando fuera hecho en defensa de la propia persona o de sus derechos”, y el § 3°, “cuando fuera hecho en defensa de la familia del delincuente”. En ambos casos exigía los siguientes requisitos: “1°, certeza del mal que los delincuentes se propusieran evitar; 2°, falta absoluta de otro medio menos perjudicial; 3°, no haber habido por parte de ellos o de sus familias, provocación o delito que ocasionase el conflicto”. El § 4° se refería a la defensa de terceros, pero la limitaba a que el mal evitado “fuese mayor, o por lo menos igual al que se causó”. Esta fórmula fue tomada por el código español de 1848-1850 (incs. 4° y 5° del art. 8°), donde se la simplificó, se incluyó la “necesidad racional” y se agregó el requisito de que el defensor de la familia no hubiese participado en la provocación y que el defensor de un tercero no obre por venganza. La fórmula se mantuvo en la reforma de 1870. Los autores del proyecto argentino de 1871 tomaron la fórmula en la versión simplificada del código español de 1870 y sus pasos fueron seguidos por el primer código sancionado por el Congreso Nacional en 1886. En efecto: la compleja reglamentación del código Tejedor fue eliminada por el código de 1886, que adoptó una formulación similar a la actual en los incs. 8° a 11 de su art. 81, siguiendo al código español. Esta redacción fue mejorada en el proyecto de 1891, en que se le dio casi textualmente la redacción vigente (incs. 8° y 9° del art. 59). Así pasó al proyecto de 1906 (art. 41, incs. 7° y 8°) y con igual numeración al de 1916, llegando a la actual en el de 1917.

El proyecto de 1937 agregó la legítima defensa por parte de un representante de la autoridad contra la violencia que se le ejerciera (art. 15, inc. 6°). El proyecto de 1951 trató de simplificar la redacción (arts. 25 y 26) en forma que fue mantenida por el proyecto de 1953 (arts. 28 y 29), exigiéndose, en lugar de racionalidad, el “empleo de medios adecuados a las circunstancias”. El proyecto de 1960 requería “necesidad razonable de la acción tendiente a impedir la o repelerla” y suprimía la falta de provocación suficiente (art. 16). El proyecto de 1974 mantuvo la fórmula vigente, agregando que en caso de provocación el juez podrá atenuar la pena (art. 5°, incs. 7° y 8°). El proyecto de 1980 sigue el criterio del proyecto de 1960.

425. Objetos legítimamente defendibles. La legítima defensa se desarrolló legislativamente siguiendo al homicidio y a las lesiones³⁰, extendiéndose luego a otros bienes jurídicos, particularmente a la propiedad —en especial por efecto del triunfo del industrialismo—, por lo que pasa a la parte general de los códigos. En la actualidad es prácticamente unánime la opinión de que *todo bien jurídico es legítimamente defendible*³¹, bastando que sea *un bien que*

³⁰ Así, por ej., el CP francés, arts. 328 y 329.

³¹ Cfr. JESCHECK, 272; WELZEL, 84; NÚÑEZ, I, 351; SOLER, I, 359; FONTÁN BALESTRA, II, 131; MAYER, M. E., 1923, 278; en la literatura argentina antigua,

tutela el derecho, sin que sea necesario que lo tutele el derecho penal³².

La amplitud de los objetos surge en nuestro ordenamiento con toda claridad de la amplitud de los vocablos empleados en la ley: "defensa propia", "de sus derechos", "de la persona o de los derechos de otro" (art. 34, incs. 6º y 7º).

El problema no radica en limitar bienes jurídicos, sino en determinar en cada caso, conforme a la jerarquía del bien y a la intensidad de la lesión amenazada, si es jurídicamente tolerable el empleo del medio necesario³³. Incluso será defendible la tranquilidad nocturna contra el borracho perturbador, siempre que se use un medio racionalmente necesario, como puede ser un balde de agua³⁴.

En cuanto a la posibilidad de lesionar la vida para defender la propiedad, en Europa se discute si es posible a la luz del art. 2 IIa de la Convención Europea de Derechos Humanos, que dispone que la muerte intencional de una persona sólo se admita para evitar la violencia contra. Las opiniones se encuentran divididas. Si bien la mayoría de los autores sostiene que la Convención no es impedimento para aceptar la legítima defensa de la propiedad a costa de la vida, debido a que ésta rige sólo las relaciones del Estado con sus ciudadanos y no de éstos entre sí³⁵, hay otras que sustentan que también a éstas debe aplicarse la Convención³⁶.

426. La agresión ilegítima. La agresión ilegítima debe ser siempre una conducta humana agresiva y antijurídica. Este enunciado implica tres órdenes de requisitos: que trate de una *conducta*, que sea *agresiva* y que sea *antijurídica*.

en sentido contrario, HERRERA, JULIO, *La reforma penal*, 465-7; sobre la posibilidad de defender el derecho de preferencia en el estacionamiento de automóviles, BOCKELMANN, PAUL, nota en NJW, 1966, 745-7; BUSSE, VOLKER, *Nötigung im Strassenverkehr*, 1968, 123; MUÑOZ R.-GUERRA DE VILLALAZ, 251; BRITO ALVES, 532; COUSIÑO MACÍVER, II, 224.

³² STRATENWERTH, 135; WELZEL, 84.

³³ Cfr. FONTÁN BALESTRA, II, 132; WELZEL, 87; OETKER, op. cit., p. 360.

³⁴ STRATENWERTH, 139.

³⁵ WELZEL, 86; JESCHECK, 259; del mismo, *Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, en NJW, 1954-784; SCHWARZ-DREHER, 1970, 310; LENCKNER, THEODOR, "Gebotensein" und "Erforderlichkeit" der Notwehr, en GA, 1968, 5; BOCKELMANN, PAUL, *Menschenrechtskonvention und Notwehrrecht*, en "Fest. für Engisch", 1969, 465; MAURACH, 314; MEZGER-BLEI, 1970, 133.

³⁶ STRATENWERTH, 140; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1972, 467; BAUMANN, 310; WOESNER, HORST, *Die Menschenrechtskonvention in der deutsche Strafrechts-*

α) Conforme a ello, no hay agresión ilegítima cuando no hay *conducta*. Por consiguiente, no es admisible la legítima defensa contra animales³⁷ o cosas, como no sean los instrumentos usados por un ser humano³⁸ y siempre que pertenezcan a quien los emplea o a quien los facilita para la agresión, puesto que si son libres o pertenecen a un tercero ajeno a la misma, la cosa o el animal no pueden ser jurídicamente afectados, sino en la medida autorizada por el estado de necesidad justificante³⁹. Tampoco puede haber legítima defensa contra la amenaza proveniente de un involuntario o de quien se halla bajo el efecto de una fuerza física irresistible⁴⁰.

En lugar, puede haber legítima defensa contra las conductas de niños y de inimputables⁴¹, aunque dado el requisito de la racionalidad como limitativo de la necesidad descarnada, el ámbito del tipo permisivo se estrecha un tanto en esos casos.

Welzel afirma que en ciertos supuestos puede haber agresión sin que medie una conducta voluntaria, como en los casos de ataques espasmódicos⁴², en tanto que Bockelmann sostiene que no cabe la legítima defensa contra la amenaza de un epiléptico en crisis⁴³. Creemos que es correcta la posición de Bockelmann, pues sólo puede explicarse una legítima defensa en tales circunstancias, entendiéndose que la agresión proviene de la conducta anterior del sujeto que, reconociendo la inminencia de la crisis, se abstiene de colocarse en situación de evitar lesiones o peligro para terceros: el que reconociendo la proximidad de una crisis epiléptica permanece en posición tal que puede aplastar a un niño al caer, el que sigue conduciendo un vehículo, etc.

A este respecto cabe aclarar también, que estamos fuera del ámbito de la legítima defensa cuando la defensa no constituye una conducta, sino un movimiento involuntario reflejo o automático, como en el supuesto del que levanta las manos contra algo que le cae.

praxis, en NJW, 1961-1381; ECHTERHÖLTER, RUDOLF, *Die Europäische Menschenrechtskonvention in der juristischen Praxis*, en JZ, 1956-142.

³⁷ Cfr. JESCHECK, 271; WELZEL, 85; BAUMANN, 308. OTTO, HARRO, 121; BOCKELMANN, 91; SCHULTZ, I, 161; PANNAIN, 733; *Olshausen's Kommentar*, 1927, I, p. 276; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1972, p. 469; BLEI, 126; BRUNO, ANÍBAL, I, 276; FRAGOSO, 202; BRITO ALVES, 586; MONTOVANI, F., 235; BETTIOL, 333; COUSIÑO MACIVER, 199; admiten la defensa contra animales: JACUSCH, HEINRICH, en *Leipziger Kommentar*, 1957, I, 401; MAURACH, 308; PAGLIANO, 419; CORRÊIA, E., I, 40.

³⁸ Cfr. NÚÑEZ, I, 347; SOLER, I, 348; BOCKELMANN, 91; SCHULTZ, I, 162.

³⁹ Cfr. LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales*, 331-2.

⁴⁰ Cfr. MAYER, M. E., 1915, 278; FONTÁN BALESTRA, II, 136.

⁴¹ Cfr. BETTIOL, 334; JESCHECK, 277; NÚÑEZ, I, 346; SOLER, I, 348; otra opinión, SCHMIDHÄUSER, 270; del mismo en "Fest. f. Honig", pp. 193 y ss.; BERTEL, CHRISTIAN, *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, en ZStW (84), 1972, 1-36.

⁴² WELZEL, 85.

⁴³ BOCKELMANN, 93.

Por parte del sector doctrinario que afirma la posibilidad de una legítima defensa contra el ataque espontáneo de un animal, se suele emplear un argumento que sólo resulta efectista: se afirma que, conforme a nuestro punto de vista —que rechaza esa posibilidad—, se hallaría en una situación más privilegiada quien es agredido por un hombre que el que es atacado por un animal, desde que el primero no estaría limitado en su accionar justificado por la ponderación de males que exige el estado de necesidad justificante que ampara al segundo ⁴⁴. En principio, no creemos que el atacado por un mono se halle en peores condiciones que el agredido por un hombre, porque si bien el primero está limitado por la ponderación de males, no cabe duda que la vida de un hombre siempre valdrá más que la de un mono. Por otra parte, dice con toda razón Luzón Peña que “la diferencia de trato legal no es absurda ni contradictoria, sino todo lo contrario, pues mientras que el animal no agrede antijurídicamente ni se opone al orden jurídico, el hombre sí lo hace, provocando con ello la necesidad de defender el orden jurídico contra el injusto en el momento crucial en que éste puede prevalecer llegando hasta los últimos medios si es preciso, que es lo que fundamenta la no proporcionalidad de la legítima defensa” ⁴⁵.

β) La conducta debe ser también *agresiva*. La voz “agresión” parece indicar la necesidad de una dirección de la voluntad hacia la producción de una lesión ^{45 bis}. Veremos luego que la agresión ilegítima no necesariamente debe ser típica, de modo que no podemos decir que la conducta agresiva deba ser dolosa, puesto que no cabe hablar de dolo cuando no hay tipicidad. De allí que consideremos que lo correcto sea requerir meramente la *voluntad lesiva* y excluir del ámbito de la agresión las conductas que sólo son imprudentes ⁴⁶.

Es inadmisibles la legítima defensa contra la conducta meramente imprudente ⁴⁷, puesto que lo que cabe, tratándose de culpa inconsciente, es advertir al sujeto del peligro en que pone los bienes ajenos. Usualmente la defensa no será necesaria, pues bastará con la advertencia para evitar el resultado o alejar el peligro. No obstante, puede ser que el sujeto advierta su imprudencia inconsciente y pese a ello pretenda seguir adelante con su conducta, con-

⁴⁴ Así, JAGUSCH, *Leipziger Kommentar*, 1957, I, 401; FRANK, *StGB*, p. 371; entre nosotros, MALAMUD GOTI, *La estructura penal de la culpa*, Bs. As., 1976, p. 55.

⁴⁵ LUZÓN PENA, *Aspectos esenciales*, p. 327.

^{45 bis} Cfr. COROMINAS, *Diccionario crítico-etimológico*, 1976, I p. 56.

⁴⁶ Habíamos sostenido la tesis contraria. Las investigaciones de LUZÓN PENA en el sentido del texto las creemos ahora concluyentes.

⁴⁷ Sostienen la tesis contraria, entre otros: WELZEL, 84; JESCHECK, 271; cfr.: MAYER, HELLMUTH, 1967, 98; del mismo, *Lehrbuch*, 1953, p. 203; STRATENWERTH, 135; WEGNER, op. cit., p. 123; SCHAFFSTEIN, F., op. cit. en “MDR”, 1952, 136; MELO ALMADA, CÉLIO DE, *Legítima defesa*, São Paulo, 1975, p. 72.

fiando en que con su pericia o con su suerte evitará el resultado. En tal caso, la conducta sigue siendo imprudente, pero todo caso de culpa consciente en que el sujeto titular del bien jurídico conoce el peligro y el sujeto que actúa con imprudencia sabe de este conocimiento y también sabe que el titular no ha asumido el riesgo, es simultáneamente una conducta con voluntad lesiva dirigida contra la libertad del sujeto pasivo de la imprudencia. Así, quien conduce violando normas de tránsito peligrosamente sin percatarse de ello, pero es advertido por su acompañante y persiste en su forma de conducción, agrede la libertad del acompañante en forma intencional, puesto que éste no está obligado a soportar riesgos que no ha asumido y, por consiguiente, estará justificada por legítima defensa la conducta del mismo que amenaza con un arma al conductor para que detenga el vehículo y le permita apearse en caso de que éste no acceda a ello ante su simple pedido⁴⁸.

Parece que, sin embargo, puede haber una situación en la que el sujeto ya no pueda contener los acontecimientos que desencadenó por imprudencia inconsciente, y que podría dar lugar a una legítima defensa. Contra quien sin saber jinetear monta a caballo y se le desboca el animal, sin que lo pueda ya controlar, cabe preguntarse si hay lugar a legítima defensa, pues por más que le advierta del peligro el titular de los bienes, ya no puede hacer nada por evitarlo. Creemos que tampoco en este supuesto puede hablarse de una agresión, dado que no puede ser tal un curso causal que está fuera del control del sujeto⁴⁹. Por otra parte, parece lógico que aquí juegue el límite del estado de necesidad: no podría justificarse la conducta de quien para proteger su jardín del peligro de estropicio que el animal desbocado implica, dispárase sobre el caballo, con peligro para la vida del jinete.

Consecuentemente con lo dicho, no puede constituir una agresión la conducta del que actúa en error, sea éste vencible o invencible, pero que de cualquier manera excluya la dirección lesiva de la conducta⁵⁰.

Por supuesto que tampoco puede admitirse la legítima defensa contra quien actúa compelido por una fuerza desencadenada por un caso fortuito: a un automóvil se le quiebra la barra de dirección y

⁴⁸ Todo el planteo está muy bien desarrollado por LUZÓN PESA, op. cit., pp. 178-194.

⁴⁹ Idem, p. 187.

⁵⁰ Admiten que se trata de una agresión varios autores, como por ej., JESCHECK, 271; MAGGIORE, I, 408; ANTOLISEI, 228; PAGLIARO, 419; lo niega para el caso del error psíquicamente condicionado PANNAIN, 734.

asciende a la acera; un vehículo comienza a desplazarse solo por una pendiente y obliga a quien está en su paso a saltar bruscamente en forma de golpear a otro; etc. Todos estos supuestos podrán dar lugar a conductas defensivas por parte de quienes ven amenazados sus bienes jurídicos, pero en los límites de la necesidad justificante o inculpante, según las circunstancias.

También se suele admitir la posibilidad de una agresión mediante omisión, particularmente impropia⁵¹, lo que no quita la posibilidad de agredir mediante omisión propia.

Tal sería el caso del sujeto que no paga a su empleado, colocándolo en una situación de miseria, que le lleva a apoderarse de algo de su empleador para asistir a su hijo enfermo, puesto que la acción resarcitoria llegaría demasiado tarde, cuando el daño al sujeto y a su familia fuese irreversible. Igualmente, debe considerarse que hay una agresión cuando un sujeto que puede prestar un auxilio no lo presta, como el que hallando un herido en el camino se niega a transportarlo en su vehículo hasta donde se le pueda atender; la conducta del tercero o del propio herido, que amenaza con un arma al que se niega a la conducta debida, está justificada por la legítima defensa.

No compartimos el criterio de Luzón Peña, quien afirma que la omisión propia no afecta bienes jurídicos individuales, por lo que no puede considerarse una agresión ilegítima⁵². Si bien la omisión propia se funda en un deber general de solidaridad, no por ello tutela únicamente el sentido de solidaridad social, sino que éste resulta tutelado sólo secundariamente. La omisión de socorro pone en peligro la vida o la integridad física de las personas, al igual que la omisión de denunciar el plan de un homicidio. No nos cabe duda que puede actuar en legítima defensa quien es puesto en peligro con la omisión de auxilio o quien puede resultar víctima del homicidio cuya denuncia se omite.

γ) La agresión ilegítima es la agresión *antijurídica*⁵³, es decir, toda conducta que afecta bienes jurídicos sin derecho.

Luzón Peña sostiene que no es suficiente con la antijuridicidad para caracterizar a la agresión ilegítima, sino que debe agregarse que la **agresión debe afectar bienes jurídicos**, pues considera que la tentativa inidónea es un caso de acción antijurídica que no afecta bienes jurídicos, por lo que no admite que contra ella tenga lugar una legítima defensa⁵⁴. Veremos más adelante que, para nosotros, la tentativa inidónea afecta bienes jurídicos, sólo que en una forma distinta a las afectaciones co-

⁵¹ Así, HIPPEL, II, 204; WELZEL, 84; JESCHECK, loc. cit.; BRITO ALVES, 561; MANTOVANI, FERRANDO, 235; COUSIÑO MACIVER, II, 246.

⁵² LUZÓN PEÑA, op. cit., 160-161.

⁵³ Cfr. WELZEL, 84; STRATENWERTH, 136; JESCHECK, 271-2.

⁵⁴ LUZÓN PEÑA, op. cit., 140, 149.

munes por peligro o por lesión. Consiguientemente, admitimos la legítima defensa contra ella. Nadie tiene por qué seguir soportando que su empleada quiera matarlo con agua destilada y tiene derecho a hacer cesar esa conducta, aunque para ello, por supuesto, no le será necesario llegar a los mismos extremos que cuando la tentativa es idónea, ni tampoco sería racional la necesidad en caso de darse, pues nos hallaríamos ante una desmesurada diferencia entre el mal amenazado y el causado, que resultaría repugnante al orden jurídico.

Debido a que la acción agresiva debe ser antijurídica, resulta inadmisibles la legítima defensa contra cualquier conducta que sea conforme al deber jurídico o que tenga lugar dentro del ámbito de la juridicidad. Por ello, no cabe la legítima defensa contra el que actúa en legítima defensa⁵⁵, ni contra el que actúa en estado de necesidad justificante, en ejercicio de un derecho o en cumplimiento de un deber. En lugar, debe admitirse la legítima defensa contra cualquier conducta antijurídica aunque no sea típica, puesto que la antijuridicidad puede surgir de cualquier ámbito del ordenamiento jurídico⁵⁶.

Hay una corriente doctrinaria que sostiene que la agresión ilegítima no significa exactamente agresión antijurídica, sino que la ilegitimidad de la agresión debe ser valorada desde el punto de vista del sujeto pasivo de la misma, como un derecho a mantener un *statu quo*. Esta tesis la defiende entre nosotros Malamud Goti, quien la funda en el ya mencionado argumento de que el atacado por un mono estaría más limitado en su accionar que el atacado por un hombre, al igual que el que se defiende a la acción del que actúa en error invencible de tipo⁵⁷. Igualmente, argumenta que no puede tolerarse la conducta lesiva de alguien, aunque no lesione ningún deber de cuidado, como sucedería con una madre que “empuja de su bicicleta a quien está a punto de arrollar a uno de sus hijos, pues transita el lugar habiendo sido informado por el cuidador del parque de que en él no se encontraba persona alguna”⁵⁸.

La tesis se remonta a Binding, quien defendía la agresión antijurídica como la agresión que no tiene por qué soportar el sujeto pasivo. Ejemplificaba Binding con el caso del soldado, que podía defenderse legítimamente del soldado enemigo, aunque aquél actuase conforme a su derecho al atacarlo, o con la liberación violenta de un alemán reducido a esclavitud en un Estado esclavista⁵⁹.

⁵⁵ Cfr. JESCHECK, loc. cit.

⁵⁶ Cfr. FONTÁN BALESTRA, II, 138; SOLER, I, 348; JESCHECK, loc. cit.; BRITO ALVES, 562; COUSIÑO MACIVER, II, 252.

⁵⁷ MALAMUD GOTI, *La estructura penal de la culpa*, p. 55.

⁵⁸ Idem, p. 54; la tesis la expone más ampliamente en *Legítima defensa y estado de necesidad*, Bs. As., 1978, pp. 22-3.

⁵⁹ BINDING, *Handbuch*, 1885, p. 740, nota 31.

No podemos compartir esta subjetivación de la defensa, que lleva a considerar agresión a lo que no es conducta o que, siéndolo, no es contraria al derecho. Nos parece perfectamente razonable que quien se defiende de la acción atípica por error se vea más limitado que quien se defiende de una acción antijurídica intencional. También nos parece correcto que la madre que para salvar la integridad física de su hijo lesiona la de otro, actúe inculpablemente o en necesidad justificante, pero no en legítima defensa, cuando no media acción antijurídica del lesionado. Justamente, lo que caracteriza a la legítima defensa es que hay una acción antijurídica que permite una lesión más grave que la que puede causar la agresión. De lo contrario, caeríamos en la ponderación de males del estado de necesidad. Es lógico que cuando el *statu quo* se afecta porque lo lesionan acciones que no son antijurídicas, la posibilidad de actuar del titular sea más restringida que la del agredido antijurídicamente. La coexistencia impone esa solución: dar la misma facultad en ambos casos sería catastrófico.

Por otra parte, con toda razón responde Luzón Peña, recordando el argumento de Dohna, que afirmar que una agresión es ilegítima cuando quien la sufre no tiene la obligación de soportarla es caer en un círculo vicioso, puesto que no tiene la obligación de soportarla quien es ilegítimamente agredido⁶⁰, lo que resulta incuestionable si por obligación de soportarla entendemos la ilicitud del posible rechazo que hiciese, el decir, *excluyendo* de esa obligación la de no huir o, lo que es lo mismo, la de arrostrar todas las consecuencias, aunque existiese la posibilidad de evitarlas sin afectar al que se defiende.

Conforme a lo dicho hasta aquí, resulta perfectamente razonable que tampoco quepa posibilidad alguna de legítima defensa contra los actos legítimos de la autoridad pública, por más que fuesen materialmente injustos.

A este respecto, como consecuencia de la insistencia del aspecto sólo individual que fundamenta la legítima defensa, se ha pretendido que la antijuridicidad se determina desde el punto de vista del afectado⁶¹. Welzel pone eso en duda, con toda razón, pero afirma que la acción del funcionario será legítima "aun cuando en la realidad no se den los presupuestos necesarios para proceder contra el particular"⁶². No nos parece que deba ser tampoco el funcionario quien pueda determinar si su conducta es o no antijurídica. El funcionario es funcionario de la ley o de la Constitución, y siempre que actúe dentro del marco de sus facultades o en cumplimiento de sus deberes, su conducta no puede ser antijurídica, no pudiendo constituir una agresión ilegítima. Las afectaciones de derechos que eventualmente sufren los particulares se

⁶⁰ Cfr. LUZÓN PEÑA, op. cit., p. 206.

⁶¹ Así BINDING, *Handbuch*, 740; JACUSCH, en *Leipziger Kommentar*, I, 406; FRANK, *StGB*, 1920, 192.

⁶² WELZEL, 85.

encuentran dentro del marco de las restricciones al ejercicio de nuestros derechos que el orden jurídico establece y que emergen de las "leyes que reglamentan su ejercicio". Así, si un policía detiene a un sospechoso, su conducta no será antijurídica, a condición de que se trate de un sospechoso. Si no hay razón para considerarlo tal, su conducta será un ejercicio arbitrario de la función pública y, por ende, antijurídica. Que el sujeto sea o no culpable será otro problema que no compete al policía juzgar.

Fontán Balestra⁶³ y Jiménez de Asúa⁶⁴ distinguen entre acción ilegítima y acción injusta. Dice el primero que un error judicial contiene en sí una acción injusta y que, pese a ello, no da lugar a legítima defensa. Creemos que el error judicial, por ser precisamente un error, no puede ser considerado una agresión, dada la falta de voluntad dirigida a lesionar el bien jurídico. Por supuesto que la víctima de tal error puede defenderse legítimamente de quien induce en error al juez, pero contra éste y contra los agentes de la autoridad, sólo cabe el estado de necesidad.

427. La acción defensiva que afecta bienes de terceros. En principio, la conducta defensiva, para ser legítima, sólo puede dirigirse contra el agresor. En general, no tiene ese carácter cuando se dirige contra un tercero, como es el caso de la conducta defensiva que se dirige contra el tercero involuntario de quien se vale el agresor. Los terceros extraños a la agresión que sufran efectos de la conducta defensiva que no obedezcan a un estado de necesidad justificante del que se defiende respecto de los bienes de los terceros, podrán defenderse legítimamente de la conducta, por cuanto el autor actuará antijurídicamente (aunque en general inculpablemente) respecto de ellos⁶⁵.

La opinión contraria⁶⁶ carece de fundamento sólido porque pasa por alto que lo que en el estado de necesidad se hace necesario es evitar un "mal mayor", en tanto que en la legítima defensa es el empleo de un medio lesivo para evitar las consecuencias de una conducta antijurídica. *Quien no ha realizado ninguna conducta antijurídica no puede ser jurídicamente lesionado en razón de la que haya realizado un tercero, más allá de lo que al afectado le resulte necesario para evitar un mal mayor.* Es inconcebible que el orden jurídico le impida a un tercero defenderse legítimamente de una agresión porque otro la haya provocado, cualquiera sea la circunstancia.

⁶³ FONTÁN BALESTRA, II, 137.

⁶⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, 187 y ss.

⁶⁵ Cfr. WELZEL, 87.

⁶⁶ Así FRANK, op. cit., § 53, II; FONTÁN BALESTRA, II, 131.

Es claro que puede darse el caso en que la legítima defensa que se ejerza contra el agresor quede también justificada respecto de los daños que para un tercero puedan resultar, pero ello será cuando concorra con un estado de necesidad justificante. Cuando un sujeto se defiende legítimamente de una agresión que pone en peligro su vida o su salud, arrancando para ello un listón de una cerca⁶⁷, el daño en propiedad ajena que de ello resulte estará justificado conforme al art. 34, inc. 3º, pero no por legítima defensa. Distinto es el caso del que en la misma agresión se defiende legítimamente a balazos y un proyectil hiere a un tercero. Muy posiblemente se trate de un estado de necesidad exculpante pero es absurdo que sea conforme a derecho la conducta de herir o matar al tercero ajeno a la agresión⁶⁸.

428. Límite temporal de la acción de defensa. La situación de defensa se extiende desde que hay una amenaza inmediata al bien jurídico, correctamente apreciada por el agredido, hasta que ha cesado la actividad lesiva o la posibilidad de retrotraer o neutralizar sus efectos.

En el supuesto de que la conducta agresiva sea típica, no deben identificarse necesariamente estos momentos con la tentativa y la consumación, porque bien puede haber legítima defensa sin que haya acto de tentativa o después de la consumación⁶⁹. Puede afirmarse que defiende legítimamente su patrimonio el propietario de un automóvil que lo recupera por la fuerza de quien se lo hurtó dos días antes, si lo halla casualmente y no puede acudir a otro medio para recuperarlo. Ello obedece a que la legítima defensa no persigue evitar delitos sino proteger bienes, siendo obvio que la agresión subsiste cuando, a pesar de haber afectado ya intereses protegidos, una contra-acción puede aún neutralizar total o parcialmente los efectos de la conducta lesiva⁷⁰.

Por lo que se ha llamado “legítima defensa anticipada” nuestro texto es bastante claro al respecto: “necesidad racional del medio empleado para *impedirla* o *repelerla*” (art. 34, inc. 6º). *Sólo se puede impedir lo que no se ha producido*⁷¹. ¿Desde qué momento es ello posible? Desde que el agresor hace manifiesta su voluntad de agredir y, dado que dispone de los medios idóneos para ello, puede hacerlo en cualquier momento, provocando así un peligro inmediato

⁶⁷ Ejemplo de STRATENWERTH, loc. cit.

⁶⁸ V. las distintas hipótesis planteadas por FONTANA, RAÚL JOSÉ SILVANO, *Legítima defensa y lesión de bienes de terceros*, Bs. As., 1970.

⁶⁹ Cfr. WELZEL, 84; STRATENWERTH, 136; JESCHECK, 274.

⁷⁰ Cfr. JESCHECK, loc. cit.; BRITO ALVES, 566.

⁷¹ Cfr. RIVAROLA, RODOLFO, *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*, Bs. As., 1890, I, 131.

para los bienes jurídicos. Ese es el momento en que comienza el peligro y con él la situación de defensa.

El discutido caso de la cinta magnetofónica grabada subrepticamente con el propósito de extorsionar, no presenta ningún carácter de legítima defensa "anticipada" ni de la "situación parecida a la legítima defensa", al menos en la ley argentina⁷². Conforme a nuestro texto, si la futura víctima de la extorsión se apodera de la cinta o destruye el aparato cuando aún la extorsión no se ha intentado, se encuentra dentro de los límites de la legítima defensa.

Aunque la inminencia sea requerida por la jurisprudencia y por la doctrina nacionales, nuestro texto para nada emplea la voz "inminente"⁷³. Estimamos que es correcto exigirla si con este término se designa el requerimiento de un inmediato signo de peligro para el bien jurídico⁷⁴, adecuadamente comprendido por su titular. En lugar, no sería correcto identificar la inminencia con la inmediatez en el tiempo cronológico. El hombre halla su sentido en el tiempo y conforme a la comprensión del tiempo se comprende a sí y al mundo: cuando conforme a esta comprensión "temporaria" la agresión es inminente, no importa que no lo sea en sentido "temporal".

Así, si se admite la legítima defensa cuando un sujeto apunta con un arma, sin que importe si demorará dos segundos o una hora en disparar (y aún cuando hace el ademán de sacar el arma)⁷⁵, con igual razón se debe autorizar a un ciudadano a que prive a otro de un instrumento inequívocamente idóneo para la extorsión: su existencia se ve amenazada desde que éste dispone del medio, y por ello puede legítimamente privarle de él (el que vela una placa fotográfica dolosamente obtenida por ejemplo). En estos casos hay una correcta comprensión temporaria de la agresión como inminente.

429. **La provocación suficiente.** Una de las cuestiones más discutidas en torno de la legítima defensa es la que plantea el requerimiento negativo de falta de provocación suficiente por parte

⁷² Sobre ello, BAUMANN, 285; del mismo, § 53 *StGB als Mittel der Selbstjustiz gegen Erpressung*², en "Monatschrift für Deutsches Recht", 1965, 346-7; ARZT, GÜNTHER, *Notwehr gegen Erpressung*, en el mismo.

⁷³ Cfr. FONTÁN BALESTRA, II, 138.

⁷⁴ Cfr. JESCHECK, 274; en sentido análogo, BRITO ALVES, 567; COSTA E SILVA, *Comentarios*, S. Paulo, 1967, p. 133.

⁷⁵ Sobre esto, BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, FRANCISCO, *Sobre el ademán de sacar armas o instrumentos contundentes y la legítima defensa*, en LL, 1964.

del que se defiende, establecido en el apartado c), del inc. 6º, del art. 34, que ha sido interpretado con muy diversa extensión por la doctrina nacional.

No es lo mismo “provocación suficiente” que “agresión ilegítima”, aunque así se lo ha pretendido. Mediante esta identificación se quiso hallar el fundamento de la exclusión de la admisibilidad de la legítima defensa, pero si así fuere, la disposición saldría sobrando, o sea, sería una innecesaria repetición de conceptos⁷⁶. Si bien la repetición de conceptos puede obedecer a una mera explicación, en este caso no creemos que pueda entenderse de ese modo, pues, por ejemplo, en general se considera que una injuria es provocación suficiente —y también agresión ilegítima— pero no por eso hay invariablemente una legítima defensa del honor que ampare una acción típica de lesiones del injuriado, pues puede no ser el medio racionalmente necesario. Que la provocación de la situación de defensa sea antijurídica —y por definición debe serlo— no significa que la “agresión” sea siempre en tales casos una defensa legítima (ni que la verdadera agresión sea la provocación).

La doctrina nacional considera que en estos casos hay un “exceso en la causa”⁷⁷ y que, por ende, se trata de una defensa imperfecta que se halla establecida en el art. 35. Fundada en que la agresión es de cualquier modo antijurídica, entiende la doctrina que no puede dársele el mismo tratamiento que a los delitos dolosos y, por ende, los resuelve como delitos culposos conforme al art. 35⁷⁸. A este efecto, se realizan enormes esfuerzos por distinguir la “provocación suficiente” y la “provocación intencional”. Esta última es la que tiene lugar cuando la provocación tiene por objeto desencadenar la agresión⁷⁹. En este último supuesto se afirma que no hay legítima defensa porque no predominará lo justo sobre el injusto o porque no hay defensa sino sólo una apariencia⁸⁰. Estas consideraciones arrancan de los autores alemanes que, en su texto, no tienen el requisito negativo de la provocación suficiente: la doctrina alemana, con diferente fundamento, trata de limitar la defensa legítima, excluyendo de su ámbito la defensa intencionalmente provocada⁸¹.

En nuestro texto (y conforme a la doctrina dominante) esta distinción no puede obedecer más que a una cuestión de equidad (si se considera culposa la conducta del provocador, no puede considerarse culposa la del que provoca para que le agredan), porque no hay ninguna

⁷⁶ Así lo pretende SOLER, I, 353.

⁷⁷ Así SOLER, I, 356; FONTÁN BALESTRA, II, 152. En lugar, para los casos extremos, BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA (en “Enc. Jur. Omeba”, XVIII, 173) acude a la inculpabilidad supralegal; la teoría del exceso de la causa tiene su origen en CARRARA (*Programma*, § 297).

⁷⁸ Así FONTÁN BALESTRA, loc. cit.

⁷⁹ Así FONTÁN BALESTRA, II, 150; SOLER, I, 156; NÚÑEZ, *Manual*, 191.

⁸⁰ WELZEL, 88; JESCHECK, 278; BACIGALUPO, 74.

⁸¹ Así WELZEL, 88; STRATENWERTH, 139; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 234; etcétera.

base sería de razonamiento: *es evidente que la más suficiente de las provocaciones es aquella que, además de ser grave, es provocada de expreso para desencadenar una agresión.*

Esta interpretación pretende que en tanto que la provocación *no intencional* es un supuesto de exceso (art. 35), *la intencional* queda fuera de la legítima defensa: una queda con un pie dentro y la otra con ambos fuera. Presenta tres aspectos que le son criticables.

α) El art. 35 *no prevé conductas culposas ni convierte en dolosas las culpas*, sino que se trata sólo de una disminución de la pena conforme a la correspondiente disminución de la antijuridicidad. Así, se desprende de la letra de la ley: “con la pena” del delito culposo⁸².

β) Nunca puede haber un “exceso en la causa”, porque es un contrasentido. La ley requiere que se hayan excedido “los límites” y nadie puede exceder los límites de un ámbito dentro del que nunca ha estado. El exceso en las eximentes no puede confundirse con las eximentes “incompletas”, que es un sistema legislativo diferente. Si bien es cierto que ésta es la solución que se da al problema de la jurisprudencia española, en que la ley —al igual que la nuestra— requiere la falta de provocación, y que esta solución cuenta con apoyo doctrinario⁸³, no puede compararse el sistema de las eximentes incompletas como atenuantes del código español con nuestro art. 35. La sola lectura del texto español evidencia la diferencia: “Son circunstancias atenuantes: 1º) Las expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos” (art. 9º).

δ) Esta interpretación hace que el sujeto quede fuera de la defensa misma y, por ende, el tercero que le defiende actuará antijurídicamente. Ésta es una interpretación extensiva que no creemos que nuestro texto autorice: por mucho que la provocación sea intencional, la agresión será ilegítima (la sola intención del provocador no puede alterar la naturaleza antijurídica de la conducta agresiva). Habrá una defensa y esa defensa, en la circunstancia dada, será necesaria. *Lo único que la ley hace es quitarle a esa defensa necesaria el carácter de legítima, o sea que la desvalora.*

Para la ponderación de la suficiencia de la provocación, no es posible enunciar reglas generales, pues se requiere una valoración que depende de la constelación situacional compleja que el juzgador debe necesariamente tomar en cuenta⁸⁴. Por regla general, puede decirse que no constituyen provocación los actos usuales y norma-

⁸² Cfr. BACIGALUPO, en “Relatos”, cit.

⁸³ Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, I, 253; DÍAZ PALOS, *La legítima defensa*, Barcelona, 1971; RODRÍGUEZ DEVESA, 660; etc.

⁸⁴ Cfr. PACHECO, *El Código Penal...*, I, 155; NÚÑEZ, I, 364. El comportamiento del ofendido en el derecho penal plantea un problema tan complejo, que mereció una magnífica monografía de HÉCTOR NIEVES (*El comportamiento doloso del ofendido en la teoría general del hecho punible*, Valencia, Venezuela,

les de la vida, pero todo dependerá siempre de las circunstancias concretas.

La ley niega el permiso de defenderse legítimamente a quien ha provocado suficientemente la agresión. La provocación suficiente será siempre una conducta anterior a la agresión, desvalorada por el derecho, en tal forma que haga cesar el principio fundamentador de la legítima defensa. Es verdad que nadie está obligado a soportar lo injusto, pero ello será siempre a condición de que no haya dado lugar a lo injusto con su propia conducta, mostrándose inadecuado para la coexistencia. La coexistencia impone la evitación de situaciones conflictivas extremas, como son las que tienen lugar cuando aparece la situación de defensa legítima. Ello emerge del mero carácter permisivo que tiene la legítima defensa, es decir, de conducta justificada pero no atípica por fomentada (no conglobantemente atípica).

Si la conducta suficientemente provocadora es una conducta jurídicamente desvalorada por mostrarse contraria a principios elementales de coexistencia, de allí podemos deducir los caracteres que debe presentar para considerarse tal. Ante todo, la conducta debe ser *provocadora*, lo que significa que debe operar como motivo determinante para la conducta agresiva antijurídica. Si el agresor hubiese ignorado la conducta del agredido, no podrá hablarse de "provocación", puesto que no habrá sido ella la que habrá provocado la agresión.

No obstante, con el mero carácter de provocación no se excluye la justificación, sino que es menester que la misma sea "suficiente". La suficiencia dependerá de dos caracteres, uno positivo y otro negativo. El carácter positivo es la *previsibilidad* del desencadenamiento de la agresión, es decir, la posibilidad de prever que la conducta se convierta en motivadora de la agresión en forma determinante. Esta previsibilidad debe estar dada de forma tal que la más elemental prudencia aconseje la evitación de la conducta.

El carácter negativo de la suficiencia se deriva también de su propio fundamento: la suficiencia de la provocación es un criterio ético-jurídico que excluye del ámbito de la justificante la conducta que se muestra inadecuada para la coexistencia, en forma tal que hace cesar la equidad del principio de que a nadie se le puede

1967) y que en el campo explicativo quiso elevarse a una disciplina separada de la Criminología (así MENDELSONN, sobre ello, JIMÉNEZ DE ASÚA, en "Estudios de Derecho Penal y Criminología", Bs. As., 1931, pág. 22 y ss.).

obligar a soportar lo injusto. Consiguientemente, no deben computarse a los efectos de la suficiencia de la provocación, los caracteres personales del agresor que lo hacen poco apto para la coexistencia (iracundia, agresividad, matonismo, hábitos pendencieros, etc.). Naturalmente que estos caracteres negativos para la coexistencia que presente el agresor no deberán tomarse en cuenta cuando la provocación constituya una lesión del sentimiento de piedad, como por ejemplo el caso del que se dedica a molestar sistemáticamente a un pobre débil mental o a otro enfermo similar.

Fuera de este último supuesto, por ende, no habrá provocación suficiente, por mucho que la conducta sea provocativa, en las conductas de ir al domicilio conyugal, al domicilio o morada habitual, de pasar por la esquina por la que pasa una "patota", de entrar en una taberna, etc.

Sintéticamente, digamos que la provocación es la conducta anterior del que se defiende, que da motivo a la agresión, y que se desvalora jurídicamente como suficiente cuando hace previsible la agresión, sin que a este efecto puedan tomarse en cuenta las características personales del agresor contrarias a los principios elementales de coexistencia, salvo que la agresión que se funde en esas características sea desencadenada por una conducta lesiva al sentimiento de piedad.

El que provoca suficientemente "crea" la situación de defensa, pero cabe aclarar que "crear la situación de necesidad" no debe identificarse con cualquier "situarse" en la necesidad: crear la situación es crear el estado de cosas que lleva a la necesidad. No "crea" la situación de necesidad el que sin ser atacado ayuda a otro a defenderse (art. 34, inc. 7º, CP), pese a que voluntariamente se coloca en estado de necesidad de defensa.

Esta es la mejor prueba de la naturaleza personal del injusto en el derecho argentino: es antijurídica la conducta del que se coloca en una situación de necesidad de lesionar un bien jurídico, *pero no lo es la del que sin haber contribuido a provocar esa situación le ayuda a defenderse* (art. 34, inc. 6º).

En nuestro CP es muy claro que la conducta defensiva en la situación provocada es antijurídica, pero no sucedía lo mismo en el StGB 1871 ni en el vigente CP italiano, lo que permitió la elaboración de otros criterios de solución que son por entero ajenos a los que corresponden a nuestra ley. Es en razón de esta carencia de disposición legal que F. C. Schröder dice que el problema de la provocación es un

problema de “escala de la defensa”⁸⁵ y que Antolisei afirma que el amante de la mujer casada sorprendido en el adulterio puede defenderse legítimamente del marido⁸⁶, aunque confunde el argumento, porque lo funda en que la provocación del amante no elimina la antijuridicidad de la conducta del marido, con lo que parecería acercarse a la opinión de Soler, según la cual es provocación suficiente sólo la que constituye agresión antijurídica, en cuyo caso, la defensa pasa a ser la del otro. Justamente contra esto se expresa claramente Anibal Bruno, quien insiste en que “es necesario que la provocación no llegue al carácter de verdadera agresión”, porque en tal caso sería el otro el que estaría en situación de legítima defensa y la previsión saldría sobrando⁸⁷.

La conducta defensiva en una situación provocada es antijurídica y la lesión al bien jurídico que con ella se causa es incuestionablemente dolosa. No cabe duda que el que mata en legítima defensa quiere matar, y cuando falta la justificación el juicio de antijuridicidad recae sobre una conducta dolosa. Tampoco nos cabe duda de que si la defensa es racionalmente necesaria, *hay una necesidad de actuar de esa manera*, hay una situación de necesidad de defensa que, por mucho que sea “creada”, no por eso deja de ser tal.

Toda vez que la provocación suficiente excluye la tipicidad permisiva —sin que importe si es o no intencional— *habrá un injusto doloso perfecto*. El problema podrá trasladarse a la culpabilidad, porque puede haber una situación de inculpabilidad y, a nadie puede exigírsele, por ejemplo, que se deje matar. En tales casos nos hallaremos con un supuesto de inculpabilidad.

Es obvio que no todo sujeto que provoca la situación de justificación queda automáticamente incurso en una causa de inculpabilidad. Si bien no es cierta la tesis de Soler de que *toda* provocación suficiente es una agresión ilegítima que da lugar a que el otro actúe justificadamente, es verdad que hay casos en que ello puede suceder, que son los casos en que no se necesita acudir a este requisito negativo, porque simplemente los principios generales hacen típicamente permisiva la conducta de uno, excluyendo la posibilidad de legítima defensa del otro.

Pero incluso en los casos en que se debe acudir a este requisito negativo del tipo permisivo, cuando la conducta que la provocación motiva en el provocado constituye una agresión ilegítima (como en

⁸⁵ SCHRÖDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN, op. cit., p. 140.

⁸⁶ ANTOLISEI, 229; análoga solución postula ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *El amor, los celos y el delito en el nuevo Código Penal Colombiano*, Popayán, 1980, p. 55.

⁸⁷ BRUNO, ANÍBAL, *Direito Penal*, Río de Janeiro, 1967, I, 377.

el caso del marido que quiere matar al amante que sorprende en adulterio con su mujer), no siempre que el provocador se defiende quedará incurso en una causal de inculpabilidad, porque los requisitos de la inculpabilidad no son los mismos que los de la legítima defensa. Así, no actuará justificadamente el amante de la mujer, que pudiendo evitar la agresión con la huida, prefiere lesionar o matar al marido, sino que, además de actuar antijurídicamente (en razón de que la provocación excluye la tipicidad permisiva), actuará también culpablemente, puesto que le era posible y exigible otra conducta con la que eludir la agresión, que no fuese lesiva.

No obstante, puede darse la situación de inculpabilidad (en el caso del amante a quien no le resta otra alternativa que matar o morir), en cuyo caso operaría la última parte del inc. 2º del art. 34 CP.

Puesto que se trata de una situación o estado de inculpabilidad provocado por el mismo autor, nos hallamos nuevamente con la pretensión de resolverlo por vía de la teoría de la *actio libera in causa*. No es del caso repetir los argumentos que ya hemos desarrollado para rechazar esta teoría⁸⁸, que otrora defendimos, pero, cabe destacar que aquí también la provocación suficiente, es decir, la conducta de colocarse en estado de inculpabilidad, no es típica o por lo menos no es típica del delito que luego se realiza (el adulterio no es un acto típico de homicidio, la injuria no es típica de lesiones, etc.), con lo que la mencionada teoría también resulta aquí una forma de extender indebidamente la tipicidad, violando el principio de legalidad penal.

De cualquier manera, puesto que la conducta de provocar suficientemente es causa del resultado típico, eventualmente puede ser alcanzada por la tipicidad culposa, sin perjuicio de que si por sí misma es típica, pueda dar lugar a un concurso ideal (injurias y lesiones culposas, por ejemplo).

Por las razones que hemos expuesto al criticar la teoría de las *actiones liberae in causa*^{88 bis}, creemos que nunca podrá sostenerse la responsabilidad dolosa de la conducta del amante que se ve obligado a dar muerte al marido, aún cuando así lo haya planeado. Incluso en este supuesto creemos que únicamente puede haber una tipicidad culposa. Pessoa critica esta solución y afirma que ni siquiera puede sostenerse la existencia de la tipicidad culposa, basado en que en ese supuesto no sería la conducta provocadora la que "causa" la muerte del marido, sino la

⁸⁸ V. supra, § 379; es correcta la crítica que nos formula COUSIÑO MACÍVER a lo sostenido en *Teoría*, 480 (COUSIÑO MACÍVER, II, 298).

^{88 bis} V. supra, § 379.

acción de matar del amante, que, aunque coacta, es una acción final (dolosa)^{88ter}. Concluye, por esta vía, en que el amante es simplemente inculpable, puesto que la ley no exige la ajenidad en la situación de inculpabilidad, lo que es verdad en cuanto a la conducta dolosa de matar al marido. Lo que desconcierta a Pessoa —y en verdad creemos que nunca fue debidamente aclarado— es porqué, después de averiguar que la conducta dolosa de matar es inculpable, nos volvemos para atrás y nos vamos a estudiar la tipicidad culposa de una acción anterior. El planteo de Pessoa se refiere exclusivamente a la causalidad, donde la cuestión no merece objeción alguna, porque aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones, no puede quedar duda de que la conducta provocadora es causal, pero la verdadera cuestión que plantea creemos que es de tipicidad: ¿cómo se explica que habiendo una conducta dolosa que causó el resultado, podemos concluir en que el resultado es causado culposamente por una conducta anterior, por el mero hecho de que la conducta dolosa sea inculpable? Esta pregunta es la que parece quedar sin respuesta, y que también podría formularse de modo diferente: ¿Cómo es posible que si el amante hubiese tenido la posibilidad de huir, se considerase que responde por un homicidio doloso, y cuando no la ha tenido, debe responder por una conducta típica culposa anterior?

Creemos que la última formulación del interrogante nos acerca a la respuesta que pide Pessoa. Se trata de una cuestión de *concurso aparente de tipos penales* en el que funciona el principio de *subsidiaridad*, es decir, en que la punibilidad de la tipicidad dolosa posterior mantiene *interferida* la de la conducta culposa anterior, la que opera libremente cuando desaparece la interferencia de la punibilidad por delito doloso, la que en este caso desaparece en función de la inculpabilidad^{88quat}.

En el caso de que quien provoque suficientemente ignore por error invencible el carácter provocador de la conducta, como es el supuesto del gringo que ignora el contenido injurioso de sus palabras, pues un bromista le ha dicho que es una forma de saludo, no se tratará de un supuesto de error de prohibición, sino que no habrá provocación suficiente, porque ante la imprevisibilidad del resultado de su conducta, el derecho no la desvalorará excluyéndolo del permiso.

La asimilación del problema a lo que quiere resolverse con la teoría de la a.l.i.c. ha llevado a un confusión terminológica enorme. Por esta vía se habla de “provocación dolosa” y “culposa”, “intencional” y “no intencional”, que es una grave perturbación del análisis. Desde que la provocación no tiene por qué ser típica, no cabe calificarla de “dolosa” o “culposa”. En cuanto a la “intencionalidad” o “preordenación”, es verdad que puede ser manifiesta, como en el caso del desafío, pero también puede

^{88ter} PESSOA, NELSON, Legítima defensa imperfecta, en “Doctrina Penal”, 1980, pp. 78-79.

^{88quat} V. *infra*, § 581.

ser un mero contenido anímico no exteriorizado (el adúltero puede o no tener el ánimo de que el marido le agrede), pero en cualquier caso esas diferencias no pueden ser relevadas para determinar si hay o no provocación suficiente, porque nadie puede afirmar juiciosamente que no hay provocación suficiente cuando alguien injuria de la peor manera a otro, aunque no haya ninguna "intencionalidad" ni "preordenación".

Otra cuestión diferente es saber si una conducta culposa (o atípica por no dolosa) puede ser una "provocación suficiente". No nos parece que pueda excluirse de la "provocación suficiente" la conducta culposa de lesiones u homicidio, en el caso de desencadenar inmediatamente una agresión por parte del cónyuge de la víctima, por ejemplo. Tampoco faltará la provocación suficiente cuando se utilicen expresiones sumamente equívocas con un grado tal de imprudencia que ni siquiera se piense en su posible interpretación injuriosa. Piénsese que el efecto práctico más inmediato de la cuestión es saber si al agredido se le impone el deber de huir cuando tiene la posibilidad de hacerlo o si se le reconoce el derecho a reaccionar aunque tenga la posibilidad de huir y se verá que en tales ejemplos no es admisible esta última solución. Por otra parte, el antecedente legislativo confirma esta interpretación: que no haya habido "provocação ou delicto que ocasionasse o conflicto" (§ 3 del art. 14 del Código Criminal do Império do Brasil). Incluso semánticamente la provocación no requiere la intención de desencadenar la reacción, puesto que una de las acepciones de "provocar" es "mover" ("mover a risas", por ejemplo, lo que no necesariamente demanda la intención de hacer reír).

En Alemania se ha construido una discutida teoría de la *actio illicita in causa*, para fundar la punición de la llamada provocación intencional. En analogía con la a.i.c., Baumann dice que el provocador se coloca en situación de justificación comparable a la situación de inculpabilidad en que se coloca en la a.i.c. "Existiendo un cumplimiento antijurídico del tipo por una conducta anterior (que la justificación no cubre), podría ser penado por esta conducta anterior". La construcción de la *actio illicita in causa* es similar a la concepción dogmática en la *actio libera in causa* y de la autoría mediata⁸⁹. Esta construcción se usa en el derecho alemán para punir la provocación que allí se llama "intencional", distinguiéndola cuidadosamente de la simple "provocación culpable", que no excluye la justificación⁹⁰. El problema del derecho penal alemán es que la ley no menciona la provocación, que la doctrina dominante excluye de la legítima defensa, basada en el "abuso del derecho"⁹¹, en tanto que los autores antiguos no la excluían⁹².

⁸⁹ BAUMANN, 302; BLEI, 64.

⁹⁰ KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, Berlin, 1956, p. 188; en igual sentido FRAGOSO, 202; CORREIA, I, 41.

⁹¹ Así MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 234; MEZGER-BLEI, 127; MAURACH, 311; ROXIN, *Die provozierte Notwehrlage*, en *ZStW*, 75 (1963), 541-590.

⁹² Así, BINDING, *Normen*, II, 622; LISZT-SCHMIDT, 26. *Auflage*, 196; FRANK, *StGB*, 1931, parág. 53.

El argumento de la *actio illicita in causa*⁹³ ofrece algunas dificultades serias y dista de ser generalmente aceptado⁹⁴, pero particularmente no puede ser admitido en nuestro derecho, toda vez que por expresa disposición legal, mediando provocación suficiente, no hay *actio illicita in causa*, sino *actio illicita in actu*, ya que queda excluida de la legítima defensa.

Entre las críticas que se le formulan a esta teoría en la propia Alemania hallamos la de Roxin, quien observa que el provocador no tiene el dominio del hecho⁹⁵.

La sola mención de las dificultades que la falta de este requisito legal ha traído a la doctrina alemana sería argumento suficiente para mantenerlo incólume en nuestra legislación. Una prueba de ello son los juegos malabares de la referida doctrina de la *actio illicita in causa* y las disputas en torno del problema. Con buen criterio, pues, la mantiene el inc. 5º del art. 26 del reciente proyecto español^{95 bis}, siendo sumamente criticable la tendencia de nuestros proyectos que se inspiran en el de 1960, a suprimir este requisito. La consecuencia práctica más común de este recaudo legal es la exigencia de que quien ha dado lugar al conflicto con su torpeza o intención no quede amparado por una causa de justificación cuando tenga la posibilidad de impedir la agresión o de detenerla mediante la huida o retirada, lo que es de incuestionable valor social.

Creemos que la circunstancia de que la doctrina tradicional no encuentre salida a los problemas que le plantea el requisito de la falta de provocación suficiente, especialmente en el caso de la defensa de terceros, en modo alguno puede justificar que propugne su supresión por vía legislativa, corriendo el riesgo de introducir soluciones inadmisibles para la co-existencia y que repugnan al más elemental sentido de equidad. Piénsese en el ejemplo que más arriba mencionamos: un irresponsable arrolla y mata a la mujer que va junto a su marido; éste, descontrolado, emprende una agresión a puñetazos contra el autor del homicidio culposo, quien tiene la posibilidad de evitarlo huyendo. Con la solución legal que se propugna en esos proyectos parece que éste actuaría en legítima defensa si, en lugar de huir, evitase o detuviese la agresión mediante un puñetazo que le fractura el tabique nasal al marido. Nos parece que nunca puede llevarse la defensa de una tesis dogmática hasta el extremo de pretender corregir la ley consagrándola en ella con absoluto olvido de las consecuencias político-criminales de esta actitud.

430. Casos dudosos de necesidad racional del medio. Hemos visto que la defensa, para ser legítima, requiere ante todo, ser ne-

⁹³ Además de Baumann y Kohlrausch-Lange, se inclinan por él LENCKNER, *Notwehr bei provozierten und verschuldetem Angriff*, en GA, 1961, 299 y ss.; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 440-1; GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrechts*, 1932, 215; BERTEL, CHRISTIAN, *Notwehr gegen verschuldete Angriffe*, en ZStW, 84 (1972), pp. 1-36.

⁹⁴ Contra él, expresamente, ROXIN, op. cit., pp. 546-549.

⁹⁵ ROXIN, op. cit.

^{95 bis} V. Anuario de D. Penal y Cs. Penales, Madrid, enero-abril, 1980, p. 122.

cesaria, no siéndolo cuando el sujeto dispone de otra conducta menos lesiva o inócua y le es exigible la realización de la misma, en lugar de la conducta típica en cuestión. No actuará justificadamente quien pudiendo repeler una agresión a puñetazos responde con una ametralladora, o quien para defenderse de los puñetazos inciertos de un borracho le propina un golpe que le fractura varios huesos. En estos casos queda excluída la legitimidad de la defensa, porque la conducta realizada no era la necesaria para neutralizar la agresión: los golpes se pueden responder de la misma manera y al borracho basta con darle un empujón.

Estas observaciones son válidas tanto para la utilización de los medios defensivos consistentes en conductas, como para las conductas de disponer medios mecánicos, que ha preocupado mucho a la doctrina. "Medios mecánicos" son dispositivos físicos de defensa y su gama va desde los llamados *offendicula* (los vidrios puestos sobre los muros divisorios) hasta una bomba colocada para que estalle cuando alguien pretenda abrir una caja de caudales, o una máquina infernal que dispara un fusil a quemarropa cuando alguien abre la puerta de un gallinero⁹⁶, o el que electriza el cerco para evitar que le hurten flores.

La cuestión referida a los medios mecánicos debe resolverse apelando al mismo principio general que rige toda la cuestión: el medio menos lesivo de que se dispone es el necesario, no siéndolo los otros⁹⁷. Así, los *offendicula* serán necesarios para la defensa, puesto que no se dispone de otro medio menos lesivo; la bomba en la caja de seguridad no estará justificada, pues bien puede colocarse una alarma; la defensa de las gallinas y de las flores también puede hacerse por medios menos lesivos, por lo que no hay tampoco legítima defensa.

La necesidad de la defensa debe valorarse siempre *ex-ante* y no *ex-post*, es decir, desde el punto de vista del sujeto en el momento en que se defiende⁹⁸. Quien dispara sobre el que apunta se defiende legítimamente, aunque después se descubra que el agresor le apuntaba con un arma descargada.

El que yerra sobre la necesidad de la defensa en razón de un estado de perturbación del ánimo da lugar a un problema de culpabilidad y, en caso que el miedo haya provocado un verdadero

⁹⁶ Es el caso del "japonés de Rosario" de SOLER.

⁹⁷ Cfr. WELZEL, 86.

⁹⁸ Cfr. WELZEL, loc. cit.; JESCHECK, 275; etc.

trastorno mental transitorio, se tratará a una causal de inculpabilidad (inimputabilidad)⁹⁹.

431. **Defensa de terceros.** Hemos dicho que es suficiente argumento para mostrar la naturaleza personal del injusto en el derecho argentino, la defensa de terceros: *en tanto que, mediando provocación, es un injusto la defensa contra la agresión por parte del provocador, no lo es la del tercero que le defiende y que no ha participado en la agresión.*

La doctrina nacional reconoce unánimemente que “participar” significa “participar en el hecho” provocativo, que el mero conocimiento de la provocación no constituye participación¹⁰⁰, lo que es certerísimo. Se suele comentar esto como una particularidad de la defensa de terceros, pero sin detenerse en ello, no obstante ser importantísimo. Con los mismos medios racionalmente necesarios y en la misma situación de defensa, la misma conducta, si la realiza el que ha provocado la situación de defensa será antijurídica y si la realiza el que, con plena consciencia de la provocación del tercero, no ha participado en ella, es conforme a derecho.

A la luz de esta clara disposición de nuestro texto legal es conveniente volver sobre la teoría “objetiva” de la antijuridicidad, defendida por nuestra doctrina^{100 bis}.

Por injusto “objetivo” pueden entenderse muchos conceptos diferentes, algunos de los cuales son innegables porque no son más que aplicación del principio de reserva. No obstante, cuando se confunde esta “objetividad” (que no es más que el *nullum crimen sine lege*) con consecuencias sistemáticas que nada tienen que ver con ella, es cuando el injusto “objetivo” se hace intolerable. De allí que los ataques a la “objetividad” del injusto pueden tener dos sentidos: a) destrucción del principio de reserva (sentido político); y b) rechazo de consecuencias sistemáticas que no afectan el principio de reserva porque no se derivan de ella.

En tanto que con la expresión “injusto objetivo” quieran resaltarse sólo las implicancias del principio de reserva, disentimos en lo semántico, pero nada le objetamos a los argumentos de fondo. En tanto que se use la expresión en el segundo sentido, o sea, para afirmar que el injusto es “objetivo” y la culpabilidad “subjetiva”, la rechazamos de plano. Es menester formular estas aclaraciones porque siempre que se usa un concepto en forma equívoca, si no se precisa al criticarlo, resulta también equívoca la crítica. Debido a que esto no se precisa suficiente-

⁹⁹ Cfr. MENDOZA ARÉVALO, JOSÉ RAFAEL, *La legítima defensa en la jurisprudencia venezolana*, Caracas, 1975, p. 69.

¹⁰⁰ Cfr. SOLER, I, 359; NÚÑEZ, I, 389; FONTÁN BALESTRA, II, 154-5.

^{100 bis} V. *supra*, § 417.

mente, se han cambiado las líneas a lo largo de más de cuarenta años de un modo que, de no ser dramático, resultaría francamente cómico: *frecuentemente se lo ha atacado con la peor intención política, fundándose en argumentos extraídos de sus errores sistemáticos, y se han defendido sus errores sistemáticos con argumentos políticos.*

No es posible analizar aquí toda la literatura sobre injusto objetivo,¹⁰¹ pero nos detendremos en Mezger, en cuyos argumentos descansa en líneas generales la doctrina nacional¹⁰². En principio Mezger rechaza la diferencia entre injusto y antijuridicidad. Lleva razón en ello, porque por "injusto" no entiende lo mismo que entienden hoy Welzel y Maurach, sino que rechaza una categoría de acciones "neutras", sostenida por Binding y Beling, quienes en base a ella afirmaban que había causas que excluían la antijuridicidad y otras que excluían al injusto¹⁰³: *lo antijurídico y lo injusto eran, para estos autores, cosas diferentes.* El correcto rechazo de estas acciones "neutras" por parte de Mezger no significa que éste se confunda entre la conducta desvalorada y el desvalor de la conducta¹⁰⁴. Hoy *injusto* es la conducta típica y antijurídica; antijuridicidad es una característica de desvalor del injusto. Entendido el injusto de esta manera, para Mezger no era objetivo, puesto que pese a su dudosa ubicación ambulatoria, reconocía los elementos subjetivos del injusto¹⁰⁵. Luego *lo que está en juego aquí es averiguar si la antijuridicidad es objetiva*, y así se expresaba Mezger, quien titula su § 19: "*La esencia de la antijuridicidad objetiva*"¹⁰⁶. Dice Mezger que antijurídica es la conducta que contradice "las normas objetivas del derecho"¹⁰⁷. Aquí cabe aclarar que creemos que son tan objetivas las normas que rigen la antijuridicidad como las que rigen la culpabilidad, en el sentido de que están objetivadas en el orden jurídico y no son juicios subjetivos de valor del juez. Esto hace a la función garantizadora de la ley penal y no es ninguna característica de la antijuridicidad, sino de todo el derecho penal. Pero de inmediato aclara Mezger el sentido de su "objetividad". Aquí es donde el "neoclasicismo" se viste con el ropaje del neokantismo para encubrir al positivismo, al par que abre una puerta que nos conduce a los peligros de un reproche ilimitado de la personalidad del autor en la culpabilidad: "el derecho existe para garantizar una vida comunitaria *externamente* ordenada de los sometidos a él"¹⁰⁸. La voz "externamente" es claramente demosttra-

¹⁰¹ Sobre ello HEINITZ, ERNST, *Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, Breslau, 1926, 4 a 19; NAGLER, JOHANNES, op. cit. en "Fest. für Binding", II, 275 y ss. (particularmente pp. 331 a 343 y bibliog. allí indicada); bibliog. indicada por MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 163-4; HORN, HANS RUDOLF, *Untersuchungen des Rechtswidrigkeit*, Berlin, 1962.

¹⁰² Expresamente citado por SOLER, I, 303; FONTÁN BALESTRA, II, 68; NÚÑEZ, I, 297.

¹⁰³ Así BINDING, *Handbuch*, 158; BELING, *Grundzüge*, 14-5.

¹⁰⁴ MEZGER, *Lehrbuch*, 162-3.

¹⁰⁵ Op. cit., 168 y ss.

¹⁰⁶ Idem, 163.

¹⁰⁷ Idem, 163-4.

¹⁰⁸ Ibídem.

tiva de que aquí pesa una distinción entre ética y derecho fundada en que la ética se ocupa de lo "interno" y el derecho de lo "externo". Pero, si la antijuridicidad se ocupa de lo "objetivo" en este sentido, la culpabilidad se ocupará de lo "subjetivo", de lo "interno" y, por ende, será un juicio ético. ¿Dónde quedan los argumentos políticos de los defensores del injusto y de la antijuridicidad "objetivos"?

Por otra parte, la teoría de Mezger resulta contradictoria, porque de ser una convivencia "externa", *no se explica que admita luego, aunque restringidamente, los elementos subjetivos de la justificación, y tampoco los del tipo*¹⁰⁹. Mezger hace fincar la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad en "normas objetivas de valoración" y en normas "subjetivas de determinación", entre una norma "sin destinatario", un objetivo "debe" y un subjetivizado "tú debes". En verdad creemos que aquí lo que falla es que no puede ser éste el fundamento de la distinción, porque no hay nunca un general "debe", al par que lo hay siempre: ello obedece a que el "debe" y el "tú debes" pertenecen ambos a la antijuridicidad, sólo que en planos diferentes. Uno (el "debe") al *general y abstracto*, en tanto que en lo concreto, cuando juzgamos una acción, siempre tenemos en "tú debías", que es lo *particular y concreto*. Lo que se pasa por alto es que, además del "tú debías", tenemos en el caso concreto un "tú podías", *que es lo que hace a la esencia de la culpabilidad*.

Cabe preguntarse en qué queda la teoría del injusto "objetivo" como la entendía Mezger, o sea, en qué queda el general "debe" de la antijuridicidad frente al inc. 7º de nuestro art. 34, puesto que si lo injusto es el resultado, no puede explicarse que el mismo resultado, en la misma situación, resulte justificado para uno y no para otro. Más aún: si lo injusto es "objetivo" en el sentido de responder a un general "debe", todo el que participe en una conducta que viole ese "debe" general estaría actuando antijurídicamente. Por consiguiente, quien cooperase en la defensa de quien provocó suficientemente la agresión no podría actuar justificadamente y, creemos que resulta claro que quien coopera en la defensa de un tercero que provocó suficientemente la agresión, actúa justificadamente, siempre que no haya tomado parte en la provocación misma, lo que surge textualmente de nuestra ley.

Para salvar el escollo que importa esta conclusión para quienes entienden que el injusto es la causación de un resultado antijurídico (concepto y alcance último de la expresión "injusto objetivo"), cuya consecuencia ineludible sería que todo el que ponga una causa para ese resultado estaría actuando también antijurídicamente, no les restaría otra alternativa que desembocar en soluciones arbitrarias o com-

¹⁰⁹ MEZGER, 173.

plicadísimas frente a la clara disposición de nuestro texto legal. Una de ellas sería sostener que el tercero ajeno a la provocación puede “defender”, es decir, ser legítimamente “autor” de la defensa del tercero, pero que no puede cooperar legítimamente en la defensa que lleve a cabo el propio agredido, pero sería absurdo pretender que alguien pueda actuar legítimamente como “autor” de una defensa racionalmente necesaria y que actúe antijurídicamente cuando se limite a cooperar en una defensa racionalmente necesaria. Otra alternativa sería sostener que la participación configura una tipicidad independiente y no accesoria de un injusto principal, lo que presenta graves inconvenientes que en su momento veremos ^{109 bis} y que nadie sostiene en la doctrina nacional. Otras soluciones, más lejanas y descabelladas, serían sostener que la legítima defensa del provocador no es una causa de justificación, sino de inculpabilidad, o que no participar en la provocación significa no conocer la provocación y pretender resolver la cuestión como error de prohibición. En general, todas estas soluciones son violatorias del principio de legalidad o, al menos, gravemente extensivas de la punibilidad y su sólo enunciado nos demuestra que el inc. 7º del art. 34 CP coloca a los sostenedores del “injusto objetivo” en su callejón sin salida ^{109 ter}.

432. La defensa del Estado. Es incuestionable que es legítimamente defendible cualquier bien, pertenezca a una persona física como a una persona jurídica. El Estado es también una persona, por lo que nadie duda de la posibilidad de defender sus bienes jurídicos, al menos cuando de “bienes individuales” se trata ¹¹⁰. Quien impide que un sujeto se apodere de una ambulancia perteneciente al Estado actuará en legítima defensa si su conducta ha sido el medio racionalmente necesario para impedir el hurto ¹¹¹.

El problema más grave que a este respecto se plantea es cuando se trata de la defensa del Estado en sí mismo y del orden jurídico.

Para quienes entienden que la legítima defensa es primordialmente defensa del orden jurídico, es casi una consecuencia necesaria la admisión de la legítima defensa del orden jurídico por los par-

^{109 bis} V. *infra*, § 524.

^{109 ter} La doctrina nacional pretende suprimir la disposición *de lege ferenda*, pero no logra explicarla *de lege lata* (V. TERÁN LOMAS, I, 406).

¹¹⁰ Cfr. JESCHECK, 272; SAMSON en RUDOLPHI y otros, *StGB Kommentar*, p. 256.

¹¹¹ STRATENWERTH, 1ª ed., p. 130.

ticulares¹¹². Contra esta posición se sostiene que la defensa del orden público es tarea propia de los órganos del Estado y no puede ser ejercida por particulares¹¹³.

Por nuestra parte, entendemos que la legítima defensa tiene por objeto la defensa de bienes jurídicos, en que, planteada una situación de conflicto entre los bienes del agresor y del agredido, el orden jurídico se limita a dejar sin tutela jurídica los bienes del agresor en la medida en que lo requiere la salvación de los bienes del agredido, pero el orden jurídico en sí mismo, es decir, como orden en sí mismo, no puede ser defendido por los particulares. Así, no se puede tolerar una legítima defensa contra infracciones de tránsito, alegando que se actúa en defensa del orden jurídico¹¹⁴. Nadie podría alegar legítima defensa del orden jurídico si impide que otro atraviese la calzada amenazándolo con un arma, cuando el semáforo concede paso a los vehículos. No obstante, cuando la obstinada permanencia de un sujeto en la calzada ha causado tales dificultades al tránsito que es inminente la producción de un accidente, puede justificarse que un sujeto le fuerce a abandonarla, pero porque en este último supuesto lo que se defiende no es el orden jurídico en sí mismo, sino la vida y la integridad física, como también los bienes, de los terceros amenazados en forma inminente por el accidente.

Por otro lado, creemos que es necesario distinguir nítidamente la legítima defensa del Estado y la defensa del régimen o sistema político¹¹⁵. La legítima defensa de la existencia misma del Estado es perfectamente admisible, ante la inminente amenaza del mismo. Tal sucede cuando pelagra la existencia del Estado por una invasión, por ejemplo. Las mujeres que en las invasiones inglesas arrojaban agua y aceite hirviendo desde las azoteas, estaban defendiendo legítimamente al Estado, y esto es un ejercicio de derecho que no debe ser confundido con la obligación militar, que implica un cumplimiento de deber que deja atípica la conducta.

Binding sostenía que la defensa del Estado no era una legítima defensa penal, sino un ejercicio de derecho autónomo¹¹⁶, lo que no solu-

¹¹² Así, por ej., RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL DE, *Del fundamento de la defensa en la legítima defensa*, en "Hom. al R. P. Julián Pereda, S. J.", Bilbao, 1959, 249 y ss. (282); NOVOA MONREAL, I, 354.

¹¹³ SAMSON, loc. cit.

¹¹⁴ Cfr. JESCHECK, 272; STRATENWERTH, 135.

¹¹⁵ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, FRANCISCO, *Legítima defensa*, en "Enc. Jur. Omeba", XVIII, 133 y ss. (155).

¹¹⁶ BINDING, *Handbuch*, 736.

ciona el problema porque deja el límite de ese derecho sin resolver. Admitir la legítima defensa del orden jurídico implica admitir el caos, pues ello significa la inoperancia de los órganos estatales y la sustitución de los mismos por particulares. En Alemania se recuerdan los casos que tuvieron lugar en la República de Weimar, especialmente en Baviera, en que se realizaron “procesos” secretos para “perseguir al comunismo”, los que, naturalmente, eran casos de homicidios, conocidos como *Femmemordsfällen* (casos del tribunal secreto) o *die schwarze Hand* (“la mano negra”) ¹¹⁷. Son bastante desgraciados los ejemplos argentinos de “procesos” y homicidios cometidos por elementos subversivos de extrema ideología, “izquierdista” o “derechista”, alegando todos la defensa de la Nación o de su orden ¹¹⁸.

433. Casos legales especiales de legítima defensa. Nuestro texto contiene en su art. 34, inc. 6º dos supuestos particulares de legítima defensa que han dado lugar a interpretaciones diferentes: “Se entenderá que concurren estas circunstancias respecto de aquel que durante la noche rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor”. Igualmente respecto de aquel que encontrare a un extraño dentro de su hogar, siempre que haya resistencia. Entiende la doctrina hoy dominante ¹¹⁹ (a nuestro juicio con toda razón) que se trata de dos supuestos en que se opera una presunción *juris tantum*, o sea que, en lugar de probar que se actuó en legítima defensa, será menester probar lo contrario ¹²⁰.

Por lo demás, en ambos casos son de aplicación los principios generales de la legítima defensa: la expresión “cualquiera sea el daño ocasionado al agresor” no implica ningún privilegio, porque puede defenderse siempre legítimamente “cualquiera sea el daño ocasionado al agresor”, pero a condición de que sea racionalmente necesario, y no hay razón para suponer que aquí se haya suprimido este requisito ¹²¹.

Los antecedentes legislativos de esta disposición son muy claros en el sentido de que se trata de dos hipótesis presuncionales que admiten prueba en contrario, es decir, de simples casos en los que se invierte la

¹¹⁷ Un detenido relato en HANNOVER, HEINRICH UND ELISABETH, *Politische Justiz 1918-1933*, 1966, pp. 152-175.

¹¹⁸ Contra la defensa legítima del Estado, JIMÉNEZ DE ASÚA, *La legítima defensa del Estado*, en “Revista de Criminología y Ciencias penales”, Potosí, 1953; DÍAZ PALOS, FERNANDO, *La legítima defensa*, Barcelona, 1971.

¹¹⁹ Cfr. SOLER, I, 357-8; NÚÑEZ, I, 381-3; FONTÁN BALESTRA, II, 157.

¹²⁰ Cfr. MORENO (h.), RODOLFO, op. cit., II, 289, el proyecto de la comisión de 1891; otra opinión, HERRERA JULIO, *La reforma penal*, 468.

¹²¹ Otra opinión, SOLER, op. cit.

carga de la prueba, sin que para nada alteren los principios generales de la legítima defensa.

En efecto, en la legislación comparada hay dos sistemas para los códigos que mencionan estos supuestos particulares, consistiendo uno de ellos en *declararlos* comprendidos en la legítima defensa, con lo que vienen a crear una legítima defensa privilegiada (*sistema de la declaración*); el otro consiste en invertir la carga de la prueba, es decir, en establecer una presunción *juris tantum* (*sistema de la presunción*). El sistema de la declaración tiene su origen en el código Napoleón y el de la presunción en el código imperial del Brasil, de 1830.

El sistema de la declaración se remonta al libro IX, título XIV del Digesto. En la legislación española se halla consagrado en la Partida Séptima (Libro III, título VIII), que autorizaba la muerte del ladrón nocturno que se amparase con armas. Disposiciones análogas contenía el código español de 1822 (incs. 2^o y 3^o del art. 621), las que desaparecieron en los códigos posteriores.

Dentro de la codificación el sistema de la declaración fue adoptado primeramente por el código francés en su art. 329, seguido con variantes por el art. 129 del código de Baviera, que reprodujo Tejedor como art. 156, estableciendo que eran legítimas defensas las ejercidas: "2^o) Contra el individuo que tomado en flagrante delito de hurto resista con armas, o huya con lo robado en actitud amenazante, sin obedecer las intimaciones del robado o del agente público, y sin podersele aprehender de otro modo. 3^o) Contra los actos criminales de violencia que tengan por objeto el deterioro, o la destrucción de la propiedad mueble o inmueble, y que amenacen la vida del dueño presente. 4^o) Contra los que intenten penetrar por la fuerza, por efracción o de cualquier otro modo ilícito, en las propiedades raíces de otro con peligro de la vida de sus habitantes".

El inc. 11 del art. 81 del Código de 1886, eximía de pena a: "El que hiere o mata al que pretende penetrar en su domicilio por escalamiento, fractura o fuerza, o al que encontrase dentro de su hogar, siempre que haya resistencia". Seguía así, pues, dentro del sistema de la declaración.

El problema que había detrás de la introducción de esta disposición al tiempo de su introducción —y que ocupa seriamente a la doctrina de la época, es saber si era legítima la defensa de la propiedad a costa de la vida del agresor, cuestión vivamente discutida¹²².

Por ese tiempo, entendió Rivarola con muy buen criterio, que el código de 1886 incurría en un serio error, al pretender formular una declaración que introducía un régimen especial, en lugar de dejar la apreciación de la racionalidad al juicio de los tribunales. De allí que cuando poco después el propio Rivarola participó en la redacción del nuevo proyecto, impuso su criterio con la fórmula del segundo apartado del inciso 4^o del art. 10 del código chileno, que dice: "Se entenderá que concurren estas tres circunstancias respecto de aquél que, durante la noche, rechaza el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o

¹²² RIVAROLA, *Exposición y crítica*, I. 147 y ss.

entradas de una casa o de un departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño que ocasione al agresor". Textualmente pasó la disposición chilena a ser el 2º párrafo del inc. 8º del art. 59 del proyecto de 1891, explicando sus autores que "esta cláusula consagra una presunción de derecho que, como tal, cederá a la prueba contraria" ¹²³.

La disposición chilena tiene su origen en el art. 14 del código brasileño de 1830. No obstante, su gestación resulta extraña. En la sesión celebrada por la Comisión Redactora del código chileno el 14 de mayo de 1870, "a iniciación del señor Gandarillas, se acordó consignar en un nuevo inciso del número 4º de este artículo una disposición relativa al ladrón nocturno, en conformidad a lo prescrito en los artículos 412 y 417 del código belga, y cuya redacción se encargó al señor Renjifo" ¹²⁴. El texto presentado por Renjifo se aprobó en la siguiente sesión, del 17 de mayo de 1870 ¹²⁵.

Lo cierto es que el autor del proyecto parece haberse apartado notoriamente de sus instrucciones, pues en lugar de *declarar* comprendidos en la legítima defensa los complicados supuestos del rechazo de la invasión por la ley belga, simplificó la fórmula del art. 417 belga —siguiendo de cerca la simplificación brasileña—, pero, lo que es más importante, tomó del 2º párrafo del art. 4º del código brasileño el sistema de la *presunción*, es decir que, *cambió la declaración belga por la presunción brasileña*.

La simple comparación de ambos textos nos revela la verdad de nuestra afirmación. El art. 417 belga dice: "Se comprenden en el caso de legítima defensa los siguientes: Si el homicidio ha sido cometido, las heridas inferidas o las lesiones causadas rechazando durante la noche el escalamiento, el rompimiento de paredes o puertas de una casa o lugar habitado, o de sus dependencias, a no ser que el agente no haya podido creer que el que intentó el escalamiento o la fractura se propusiera cometer directamente un atentado contra las personas, ni como resultado de la resistencia que se le opusiera al realizar su intento. Si el hecho se ha cometido defendiéndose contra los autores de robo o de pillaje, ejecutado con violencia contra las personas" ¹²⁶. El segundo párrafo del inc. 4º del art. 14 del código imperial del Brasil decía: "Se presume hecho en defensa propia o de un tercero el mal causado en la repulsa de los que de noche entraren o intentaran entrar en las casas en que alguien habita o estuviese, o en los edificios o patios cerrados a ellas pertenecientes, no siendo casos en que la ley lo permite" ¹²⁷.

¹²³ Proyecto 1891, p. 64.

¹²⁴ RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL DE, *Código Penal de la República de Chile y actas de las sesiones de la Comisión Redactora, con un estudio preliminar por...*, Valparaíso, 1974, p. 255.

¹²⁵ Idem, p. 257.

¹²⁶ V. NYPELS, Bruselas, 1872, III, p. XXIX.

¹²⁷ V. JOSINO DO NASCIMENTO SILVA, *Código Criminal do Imperio do Brasil*, Rio do Janeiro, 1863, p. 19.

Volviendo a nuestra legislación, vemos que fue el proyecto de 1891 el que abandonó expresamente el sistema de la declaración y adoptó decidido partido por el de la presunción. El proyecto de 1906 siguió idéntico sistema, consagrando la segunda hipótesis presuncional que hay en el texto vigente (art. 41, inc. 7°). Esa redacción pasó en definitiva al código en 1921.

II. — EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

434. **Concepto y fundamento.** Para conceptuar en nuestro derecho al estado de necesidad justificante, debemos atenernos, ante todo, a la necesidad en general y luego a su función en consideración al papel que cumple en las eximentes.

Ya hemos analizado la función de la necesidad en la legítima defensa y sus límites, pero hemos dicho que cuando se da la provocación puede surgir una situación de necesidad exculpante. Nos referiremos a esta situación en la culpabilidad, pero necesitamos sintetizar aquí nuestro punto de vista, porque de lo contrario no podremos deslindar esta necesidad de la necesidad justificante del art. 34, inc. 3°.

Nuestra disposición legal se origina en el § 1 del código imperial del Brasil y es consagrada en el código de 1886. El art. 151 del código Tejedor, en su inc. 2°, había eximido de responsabilidad penal y civil al “que en la propiedad ajena causa un mal por evitar otro mayor, siempre que éste sea efectivo y no pueda emplear otro medio menos perjudicial”. La disposición provenía del código español y Tejedor ponía una nota de Pacheco, en que ejemplificaba con la avería. La redacción actual aparece en el art. 81, inc. 4° del código de 1886. El proyecto de 1891 mantuvo la redacción del código de 1886 (art. 59, inc. 11), que pasó al inc. 4° del art. 41 del proyecto de 1906, pasando inalterada por el de 1916 y tomando su numeración actual en el de 1917.

El proyecto de 1937 limitaba la ponderación de males al caso de la propiedad y excluía del supuesto al que estuviese obligado a soportar el riesgo (art. 15, inc. 3°). El proyecto de 1941 exigía la “racional proporcionalidad” (art. 27, inc. 1°), en lo que fue seguido por el proyecto de 1951, que requería la “racional proporcionalidad entre la conducta y el mal que se quisiera evitar” (art. 24). El proyecto de 1953 exigía que el “sacrificio del bien jurídico no pudiera razonablemente exigirse al agente”, que hubiera proporcionalidad y falta de provocación (art. 27). El proyecto de 1960 preceptuaba que el mal que se quisiera evitar fuese considerablemente mayor (art. 15). El inc. 5° del art. 5° del proyecto de 1974 mantenía el texto vigente. El proyecto de 1980 preceptúa: “No delinque el que causare un mal para evitar otro

que sea mayor e inminente, no evitable de otro modo, siempre que el necesitado no tuviere el deber jurídico de afrontar el riesgo" (art. 12).

El art. 34, inc. 3º regula legislativamente el estado de necesidad justificante, que se da cuando se opera la producción de un "mal menor" para evitar un "mal mayor". Cuando el sujeto se encuentre necesitado de actuar de modo lesivo, pero el mal que provoque *no sea menor* que el que evita, como en el caso de la *tabula unius capax*, habrá un estado de necesidad exculpante. Simplemente, la conducta será antijurídica, pero no habrá reproche de culpabilidad, pues al sujeto no se le podrá exigir otra conducta. De todas formas, el homicidio nunca podrá justificarse por estado de necesidad ¹²⁸.

Esto ha sido resuelto de diversa manera en la doctrina. La doctrina francesa sostiene claramente que cuando los bienes son de igual valor, sólo podrá acudir a la "contrainte morale" ¹²⁹. En Alemania, se consideró en una época que el estado de necesidad era exculpante. Luego, mediante el criterio del medio, se estimó que hay un estado de necesidad justificante y otro exculpante. El problema se deriva de que el § 54 del StGB Alemán de 1871 no establecía ningún criterio de delimitación, por lo cual la doctrina germana distingue un estado de necesidad que surge del C. Civil, y que se distingue en "agresivo" (§ 904) y defensivo (§ 228), un estado de necesidad "supralegal" justificante y el estado de necesidad exculpante del § 54, al que se agrega el estado de necesidad por coacción del § 52 ¹³⁰.

Hippel entendía que el estado de necesidad siempre es justificante ¹³¹, solución que ahora comparte en España Gimbernat Ordeig ¹³². Hellmuth Mayer y Arthur Kaufmann sostienen que está únicamente "no prohibido" el caso de colisión de bienes iguales, pero no afirman su justificación ¹³³, en tanto que Maurach, a causa de la escisión que hace en la culpabilidad, dice que no es inculpable propiamente dicho, sino que elimina la "responsabilidad" ¹³⁴. La actual regulación legal alemana recoge

¹²⁸ Cfr. BOCKELMANN, 100; SCHULTZ, I, 167.

¹²⁹ BOUZAT, PIERRE, en Bouzat-Pinatel, *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, Paris, 1970, T. I, p. 372.

¹³⁰ Ver al respecto el tratamiento del tema en WELZEL, STRATENWERTH, JESCHECK, etc. También en Turquía se ocupan especialmente de los estados de necesidad que se hallan fuera del CP, particularmente los del Código Civil (V., DÖNMEZER, SULHI-ERMAN, SAHIR, *Nazari ve tatbiki ceza Hukuku, umumi kisim*, Isatambul, 1965 (I), 1969 (II), II, 34-91).

¹³¹ HIPPEL, ROBERT VON, II, 1930, p. 234.

¹³² GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *El estado de necesidad*, en NPP, 1974, pp. 91-107.

¹³³ MAYER, HELLMUTH, 1967, pp. 133-134; KAUFMANN, ARTHUR, en "Fest. für Maurach", 1972, nota 8 p. 93.

¹³⁴ MAURACH, 399.

la tesis "diferenciada", regulando en el § 34 la necesidad justificante y en el § 35 la exculpante.

En nuestra ley el sistema es más simple: *el art. 34, inc. 3º establece el estado de necesidad justificante*. Las dificultades yacen en el estado de necesidad exculpante. Todos los autores resuelven el caso de la *tabula unius capax*, pero los criterios interpretativos son diversos.

a) Soler subjetiviza el estado de necesidad justificante en cuanto a la ponderación de males, hecha *ex-ante*, y entiende que se trata de un supuesto más de estado de necesidad¹³⁵, que por ende se resuelve en el marco del inc. 3º. Para ello distingue previamente entre acción "coacta" y acción necesaria. Entiende que la primera se halla en la segunda parte del inc. 2º, que en ella se agota por provenir únicamente de una fuerza humana. b) Núñez entiende que la "fuerza física irresistible" del inc. 2º puede ser *vis absoluta* o *vis compulsiva* y que la "amenaza" de su segunda parte puede provenir de actuar humano o de cualquier otro suceso natural, con lo cual queda aquí (en el inc. 2º) el supuesto que planteamos, entendido como caso de inculpabilidad¹³⁶. El planteo es seguido de cerca por Fontán Balestra¹³⁷. c) Jiménez de Asúa entiende que se trata de una causa *supralegal* de inculpabilidad: un particular caso de no exigibilidad de otra conducta, que plantea "supralegalmente"¹³⁸, en lo que es seguido por Frías Caballero¹³⁹.

Estamos aquí dando un bosquejo de lo que oportunamente desarrolaremos en la culpabilidad, de modo que nos limitaremos brevemente a fijar nuestra posición: α) creemos que la fuerza física irresistible del 34, inc. 2º sólo puede ser *vis absoluta* y que no puede estar allí la *vis compulsiva*¹⁴⁰; β) creemos que la 2ª parte del art. 34, inc. 2º no se limita a amenaza humana¹⁴¹, de modo que puede haber allí *vis compulsiva*, coacción estado de necesidad exculpante; δ) No vemos ningún obstáculo para que la coacción constituya un supuesto de necesidad justificante cuando el mal amenazado sea inferior al causado (con un concepto personal del injusto ello es perfectamente posible); γ) Rechazamos la inculpabilidad supralegal en nuestro texto, porque esa "supralegalidad" no es tal, dado que la necesidad exculpante está reconocida en el inc. 2º del art. 34.

¹³⁵ Así SOLER, I, 367-9.

¹³⁶ NÚÑEZ, II, 121-3.

¹³⁷ FONTÁN BALESTRA, II, 164-5 (no admite la fuerza física como *vis compulsiva*).

¹³⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, VI, 986.

¹³⁹ FRÍAS CABALLERO, JORGE, *Notas sobre la teoría normativa de la culpabilidad*, en LL, 65-845. Cabe observar que para apreciar la justicia de las consecuencias de los límites que se impongan a la necesidad justificante se ha sostenido que en ésta no cabe reparación del daño, al igual que en cualquier justificante (cfr. BERGEÉS CHUPANI, MANUEL D., *Jurisprudencia Dominicana*, Santo Domingo, 1963, p. 148), lo que no es exacto, puesto que la reparación civil se rige por otros principios y puede emerger de conductas lícitas.

¹⁴⁰ Cfr. FONTÁN BALESTRA, loc. cit.; SOLER, loc. cit.

¹⁴¹ Cfr. FONTÁN BALESTRA y NÚÑEZ; otra opinión, SOLER.

El estado de necesidad justificante (art. 34, inc. 3º) puede provenir de una conducta humana o de una fuerza de la naturaleza, al igual que el estado de necesidad exculpante (art. 34, inc. 2º última parte). La *coacción* constituye un estado de necesidad justificante cuando el mal que se evita es mayor que el que se causa: se amenaza de muerte a un sujeto para que cometa un delito contra la propiedad, por ejemplo. Ningún inconveniente vemos en ello, porque se puede penar perfectamente al coaccionante, ya que por "hecho" en el art. 45 debe entenderse la cumplimentación de un tipo objetivo. Igualmente no podrá ampararse el coaccionante en el estado de necesidad si ayuda al coaccionado, porque él es el que provoca la situación de necesidad. En cuanto al tercero que ayude al coaccionado, estará justificada su conducta si tiene por fin el evitar el mal mayor (la mujer que ayuda al marido a cometer el delito contra la propiedad para evitar que el coaccionante mate al marido), en tanto que no actuará justificadamente quien no persiga tal propósito (el cómplice del coaccionante). Esto no es más que una aplicación del injusto personal, que queda claro a la luz del inc. 7º del art. 3.

La posición contraria, que pretende encuadrar siempre la coacción en las meras causas de inculpabilidad, desconociendo su naturaleza justificante cuando el coacto actúa para evitar un mal mayor para él o para otro¹⁴², parte del concepto objetivo del injusto (en la parte que de erróneo tiene) y del prejuicio de que el desvalor es desvalor del resultado y no desvalor de la conducta. Para nosotros, en lugar, *la antijuridicidad de la conducta del que determina a otro a realizar un tipo objetivo es independiente del desvalor de la conducta del determinado.*

El tipo permisivo de estado de necesidad descansa sobre el fundamento de la necesidad de salvar el interés mayor sacrificando el menor. Aquí el orden jurídico, en razón de la cuantificación de la lesión, permite la lesión de menor cuantía, a diferencia de la legítima defensa, en que si bien hay un balanceamiento de intereses, en ésta se debe colocar en balanza también la antijuridicidad de la agresión, lo que complica en los casos particulares la solución. En el estado de necesidad, aunque no exento de dificultades, el criterio determinante de los límites es más objetivable.

435. Requisitos del estado de necesidad justificante. 1) *Elemento subjetivo.* El estado de necesidad requiere un elementos sub-

¹⁴² Así, SOLER, I, 362; FONTÁN BALESTRA, II, 166-7.

jetivo que radica en la finalidad de evitar un mal mayor¹⁴³. Al igual que en la legítima defensa, la circunstancia de que su conducta vaya acompañada de otros designios es irrelevante, si tiene el fin de salvar el mayor interés.

2) *Mal*. Por mal se debe entender la lesión de un bien jurídico, pudiendo actuar para salvar cualquier clase de ellos, siempre que se produzca la lesión menor, que es la única limitación legal¹⁴⁴. La situación de necesidad puede provenir de propias necesidades fisiológicas, como es el hambre¹⁴⁵ o la sed o la necesidad de movimiento o de reposo o de evacuación. A este respecto cabe consignar que cuando estas necesidades fisiológicas, particularmente las más urgentes, llegan a un extremo físicamente intolerable, no se tratará de un estado de necesidad si su cumplimiento no puede ser controlado por la voluntad del sujeto, sino de una ausencia de conducta.

El bien jurídico lesionado, necesariamente debe ser ajeno, pero el salvado puede ser propio o ajeno.

El hambre o la miseria pueden crear una situación de necesidad, pero no necesariamente lo son. El código se refiere a la misma como atenuante, o sea cuando no ha llegado a ser una situación de necesidad, en el art. 41¹⁴⁶. Si se dan las condiciones del art. 34, inc. 3º, será una justificante necesaria.

3) *Inminencia*. Cabe aquí repetir lo que hemos dicho respecto a la inminencia en la legítima defensa: si el ser humano comprende el mal como inminente, incuestionablemente será inminente cuando esta comprensión es correcta, o sea, cuando cualquiera en su lugar así lo comprendería, independientemente de cualquier criterio cronológico. Es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto que, además, así lo comprende.

4) *Inevitabilidad*. La inevitabilidad del mal por otro medio no lesivo o menos lesivo, se deriva del requisito de que sea una situación de necesidad, aunque no lo requiera la ley expresamente¹⁴⁷. Por supuesto que el mal no será necesario cuando no sea el medio adecuado para evitar el otro, esto es, cuando igualmente el otro se producirá.

¹⁴³ V. MAURACH, 305; WELZEL, 92; SAMSON, en RUDOLPHI y otros, *StGB Kommentar*, p. 305; NÚÑEZ, I, 331; FONTÁN BALESTRA, II, 173.

¹⁴⁴ Cfr. NÚÑEZ, I, 320; FONTÁN BALESTRA, II, 169; HERRERA, op. cit., 445.

¹⁴⁵ Sobre hurto famélico, anecdótico e ilustrativo, JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, 421 y ss.

¹⁴⁶ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, op. et loc. cit.; FONTÁN BALESTRA, II, 169; CHUCHIZOLA, MARIO I., *El estado de necesidad como eximente de responsabilidad penal*, en LL, 1962.

¹⁴⁷ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, 395.

A este respecto cabe advertir que no se requiere que se haya evitado efectivamente el mal mayor, pero es requisito que el mal causado sea normalmente un medio adecuado de evitarlo. Ello deberá valorarse en cada caso concreto.

5) *El mal menor*. La justificación cesa cuando se causa un mal que no es menor que el evitado. Para la determinación del mal menor debe seguirse un criterio que no puede atender sólo a la jerarquía de bienes jurídicos y del que debe *excluirse* la valoración subjetiva del peligro amenazado, aunque *no la consideración objetiva de las circunstancias personales*.

El principio de balanceamiento de bienes jurídicos para deslindar el estado de necesidad justificante del inculpante fue enunciado en Alemania y Mezger lo sintetiza del siguiente modo: "No actúa antijurídicamente el que lesiona o pone en peligro un bien jurídico si sólo con ello puede ser salvado otro bien de mayor valor"¹⁴⁸. El criterio podía buscarse libremente en el código alemán de 1871, pues éste no daba ninguno, y la valoración de bienes es uno de ellos. Tiene la ventaja de excluir la valoración subjetiva de los bienes jurídicos, criterio contrario al de Soler en la Argentina. No obstante, se hace evidente que la mera jerarquía de bienes jurídicos es estrecha y a veces no justifica: se nos ocurre incuestionable que no puede justificarse la conducta de un individuo que, acarreando una obra de arte de valor incalculable, permite que se destruya como único medio para evitar un ligero magullón bajo una uña, y ello, no obstante que el bien jurídico salud tiene mayor jerarquía que el bien jurídico propiedad. Incluso, descendiendo a la individualización de los bienes jurídicos por los tipos penales, también puede haber casos en que el criterio del balanceamiento por los bienes jurídicos así entendidos tampoco opere correctamente: en el mismo caso, si la obra no tiene valor artístico, los máximos de las penas de daños y lesiones leves son iguales. Por ello Gallas sostiene que no debe valorarse en abstracto, o sea, tomando en cuenta la mera jerarquía del bien jurídico, sino en concreto, atendiendo también a la intensidad del peligro¹⁴⁹.

Schafheutle sostuvo, en la discusión del proyecto alemán, que debían tomarse en cuenta: el valor abstracto del bien jurídico tutelado, el grado de peligro amenazado (no sólo su gravedad, sino también su proximidad), una justa apreciación de los intereses del afectado y, por último,

¹⁴⁸ Cfr. MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 239. Similar criterio postula LÓPEZ-REY Y ARROJO (*Estudio penal y criminológico del proyecto oficial de Código Penal de 1967 para Puerto Rico*, San Juan, 1969, p. 37). Algunas legislaciones lo consagran expresamente (V., PAVÓN, VASCONCELOS, FRANCISCO, *El estado de necesidad en la legislación punitiva del Estado de Michoacán*, en "Revista Michoacana de Derecho Penal", 4, 1966, pp. 1 y ss.).

¹⁴⁹ GALLAS, en "Fest. für Mezger", 311.

que la conducta del actor sea socio-éticamente adecuada¹⁵⁰. El art. 39 del Proyecto de 1962 se refiere concretamente al bien jurídico y al grado del peligro amenazado. Con más amplitud, el Proyecto Alternativo se refiere a "todas las circunstancias" (§ 15)¹⁵¹.

Es evidente que nuestro texto legal no se conforma con un criterio abstracto de ponderación de bienes como lo sostiene Mezger, sino que requiere una ponderación concreta de "males". Si bien jurídico es un interés tutelado por el derecho, "mal jurídico" es su afectación (lesión o peligro), pero no todas las lesiones son iguales, aún cuando se trate de conductas que llenen el mismo tipo legal.

En el código alemán vigente se toma en cuenta también la ponderación en concreto: "El que en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor u otro bien jurídico, no apartable de otra manera, comete un hecho para apartar el peligro de sí o de otro, no actúa antijurídicamente, si en el balanceamiento de los intereses en conflicto, especialmente de los respectivos bienes jurídicos y de los grados de peligro amenazados, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. No obstante, esto es válido sólo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para apartar el peligro" (§ 34). El último requisito es interpretado por Bockelmann en el sentido de que no sólo se refiere a la idoneidad, sino también a su admisibilidad ético-social¹⁵². Para Gallas tiene un ámbito menor de aplicación, refiriéndose sólo a la carencia de recurso procesal¹⁵³.

El art. 41, inc. 1º reconoce expresamente que hay "grados" de males, cuando se refiere a la "extensión del daño y del peligro causados". Esta disposición no puede referirse a las diferencias típicas, pues no tendría sentido, sino a la distinta intensidad de afectación que una misma conducta típica puede tener. De allí que no sea razonable aceptar en nuestra dogmática el criterio de balanceamiento de bienes en sentido "formal"¹⁵⁴.

Resulta cierto que la ley no puede establecer una escala absoluta al respecto¹⁵⁵, pero no creemos que la complejidad sea de entidad tal que impida enunciar algunos criterios generales, dejando en una total nebulosa la delimitación. Creemos que como criterios generales deben entenderse los siguientes:

α) *Jerarquía del bien jurídico*; β) *Intensidad de afectación (le-*

¹⁵⁰ V., HEINITZ, ERNST, *Die Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, en "Fest. für Eb. Schmidt", Göttingen, 1961, 281-2.

¹⁵¹ *Alternativ Entwurf eines StGB, Allg. Teil*, Tübingen, 1969, p. 52.

¹⁵² BOCKELMANN, 100; parecido criterio, MAURACH, 330.

¹⁵³ Sobre la cuestión, SAMSON, en RUDOLPHI y otros, *StGB, Kommentar*, 266.

¹⁵⁴ Así, MEZGER, op. et loc. cit.

¹⁵⁵ Cf. PECO, JOSÉ, *La reforma penal argentina*, p. 38; HERRERA, JULIO, op. cit., p. 446; FONTÁN BALESTRA, II, 175.

sión o peligro); γ) *Grado de proximidad del peligro del mal que se evita o quiere evitar*; δ) *Intensidad de afectación en consideración a las circunstancias personales de los respectivos titulares.*

En cuanto al último requisito, no debe entenderse que la apreciación de las circunstancias subjetivas sea lo mismo que la apreciación subjetiva. En realidad se ha malinterpretado a Soler cuando pretende introducir este criterio en los casos de “conflicto” entre bienes iguales. Soler no pretende que la valuación de males quede en manos del titular, sino que prácticamente lo que postula es tomar en consideración las circunstancias en que se halla el necesitado ¹⁵⁶. Eso mismo es lo que postulamos, sólo que también tomando en consideración las del que sufre la lesión. Así, no actuará justificadamente —aunque si inculpablemente— el rico ganadero que, para salvar diez animales, sacrifica la vaca de su vecino, siendo ésta el único bien que éste tiene en su patrimonio. Aquí hay colisión de bienes abstractamente de igual jerarquía. Concretamente se produce un daño menos extenso que el evitado, pero conforme a las circunstancias personales, uno de los titulares evita la pérdida de una pequeña parte de su contenido patrimonial a costa de dejar vacío el patrimonio magro de otro. ¿Cuál sería la consecuencia de no tomar en cuenta las circunstancias personales? Pues, en principio, que el vecino no podría defender legítimamente el único bien de que dispone y que quizá sea su único medio de vida. *No se trata de que la extensión del daño la mensure el sujeto, sino de que el juzgador tome en cuenta las circunstancias personales del sujeto para mensurar el daño.*

Cuando los “males” en conflicto son iguales, no hay otra solución que la inculpabilidad ¹⁵⁷.

Esta afirmación puede mover a error en la valoración de algunas situaciones, como son los supuestos en que en situaciones de necesidad terribilísima el propio derecho impone el deber de dar muerte a una persona, como acontece en los casos excepcionalmente previstos en el Código de Justicia Militar para evitar catástrofes incalculables. En estos casos, el jefe militar que procede de esa manera cumple con su deber jurídico, siendo atípica su conducta, y no justificada por estado de necesidad y menos aún inculpable. Si en tales supuestos hay una decisión antijurídica aunque inculpable del mismo Estado, es una cuestión diferente ^{157 bis}.

¹⁵⁶ Op. et loc. cit.

¹⁵⁷ Cfr. JESCHECK, 284.

^{157 bis} V. sobre esto lo que hemos dicho, *supra*, §§ 396-398 y ZAFFARONI-CAVALLERO, *Derecho Penal Militar*, pp. 136-143.

6) *La no participación del autor en la producción de la situación de necesidad.* Que el sujeto sea “extraño” a la situación de peligro lo exige expresamente la ley. Este requisito no puede ser entendido como que materialmente no haya causado la situación, porque equivaldría a consagrar la responsabilidad objetiva ¹⁵⁸.

Soler interpreta que la situación de necesidad no debe haberse creado por dolo o culpa ¹⁵⁹, en tanto que Núñez lo reduce al caso de intencionalidad ¹⁶⁰ y Fontán Balestra a la provocación dolosa ¹⁶¹, con lo que coincide Jiménez de Asúa ¹⁶². La doctrina alemana antigua lo limitaba a la provocación dolosa ¹⁶³, aunque no con unanimidad.

El problema de la participación del agente en la provocación de la situación de necesidad ha pretendido resolverse de la misma manera que la provocación suficiente en la legítima defensa, es decir, por aplicación de la teoría de la *actio libera in causa*. No repetiremos aquí las críticas que ya le formulamos a la misma ¹⁶⁴, limitándonos a insistir en que la conducta del que actúa en una necesidad provocada debe resolverse sin acudir a esa violación del principio de legalidad. Si la necesidad provocada configura una verdadera causa de inculpabilidad, sólo puede resolverse la cuestión por vía de la tipicidad culposa del acto que provoca la necesidad. En caso de que la necesidad provocada no configure una causa de inculpabilidad, nos hallaremos frente a un delito doloso.

Cabe tener presente que la situación de inculpabilidad podrá tomarse en cuenta sólo en los casos en que la necesidad justificante haya quedado excluida por la no ajenidad del sujeto a la provocación de la necesidad, pero cuando la conducta anterior le haya puesto en posición que le obliga a afrontar el riesgo, no sólo queda excluida la justificación sino también la inculpabilidad.

7) *Supuesto en que el agente está obligado a soportar el riesgo.* Tal situación se presenta cuando el actor se halla en *posición de garante* respecto del bien jurídico que afecta. En tal caso no puede hablarse de un estado de necesidad justificante, aunque, en situaciones muy extremas, quizá pueda resolverse el caso como inculpabilidad. Nuestra jurisprudencia ha entendido —con justo criterio—

¹⁵⁸ Cfr. FONTÁN BALESTRA, II, 176.

¹⁵⁹ SOLER, I, 364-5.

¹⁶⁰ NÚÑEZ, I, 334.

¹⁶¹ FONTÁN BALESTRA, II, 177.

¹⁶² JIMÉNEZ DE ASÚA, IV, 393.

¹⁶³ En parecido sentido la doctrina italiana, BETTIOL, 310.

¹⁶⁴ V. supra, § 379.

que quien se encuentra obligado a sufrir el daño no es “extraño” al mal amenazado. Por nuestra parte creemos que no cualquier “obligación” jurídica puede dar lugar a la exclusión de la justificante, sino sólo aquella que hace al sujeto “no extraño” respecto del mal que le amenaza, y ésta sólo puede ser una particular obligación jurídica que debe emerger de su posición garantizadora del bien jurídico que lesiona.

Naturalmente, quienes se hallan garantizando la evitación del mal, sólo serán autores de acciones antijurídicas, sin poder ampararse en el estado de necesidad, en la medida en que hayan asumido la posición de garante y hasta donde ésta les obligue. La “tripulación de un barco actuará lícitamente si arroja la carga al agua para salvar sus vidas o el barco; el bombero no debe renunciar a su vida para salvar los muebles”¹⁶⁵.

III. — EL EJERCICIO DE UN DERECHO

436. **El ejercicio de un derecho.** Ya hemos dicho que ésta no es propiamente una causa de justificación, sino el carácter genérico que todas ellas tienen.

El precepto penal tiene por objeto: α) Precisar que no son antijurídicas las conductas *típicas* que se realizan en ejercicio de un derecho conferido por cualquier precepto permisivo emergente de cualquier parte del orden jurídico; β) A través de esa precisión conceptual, recalcar suficientemente la vinculación que mediante la antijuridicidad conecta al derecho penal con la totalidad del orden jurídico como tal.

En general es cierto que ejercen derechos todos los que realizan alguna actividad que no está prohibida, conforme al principio de reserva legal consagrado constitucionalmente. No obstante, es evidente que cuando el código penal se refiere expresamente al “ejercicio de un derecho” no se está refiriendo a lo que es obvio y no puede ser problemático ni problematizado. La especial mención al que “obrar en el legítimo ejercicio de su derecho” que formula el inc. 4º, del art. 34, está claramente referida a los casos en que ese ejercicio surge de un precepto permisivo, que son los supuestos en que puede haber problemas y mediante cuya expresa mención el código penal consigna —sin dejar duda alguna— la conexión de las justificaciones con todas las ramas del orden jurídico.

¹⁶⁵ FONTÁN BALESTRA, II, 180.

Dada la naturaleza proteiforme de este enunciado es imposible agotarlo y, por ende, también será imposible señalar sus precisas fronteras, que en general serán las del derecho que se ejerza, y que pueden ir desde el ejercicio de un derecho de retención hasta la práctica de un deporte o la instalación de una fábrica peligrosa. Sus límites genéricos eventualmente se identifican con la teoría del "abuso del derecho", ampliamente trabajada en el derecho civil. Algunos casos particulares los hemos visto, particularmente cuando se complementan con el consentimiento del titular del bien jurídico ¹⁶⁶.

VI. — LA TEORÍA DEL RIESGO PERMITIDO

437. **La teoría del riesgo permitido.** Hay una cantidad de actividades que crean un riesgo y, extremando la observación, puede llegarse a la conclusión de que no hay actividad humana que no cree un peligro para los bienes jurídicos, y no solamente los ejemplos que se suelen poner en riesgos permitidos: empresas de transporte aéreo, fabricación de explosivos, circulación, explotación de canteras, etc.

La evidencia de que estas específicas actividades crean un incremento o aumento del riesgo ha llevado a pensar en una teoría del riesgo permitido que, naturalmente, nació en el campo de la culpabilidad, como no podía ser de otra manera. Si la culpabilidad abarcaba a la culpa como una de sus formas, la teoría debía entenderse primeramente como una limitación a la culpa o al ámbito de los delitos culposos.

Parece haberse mencionado por primera vez en el ámbito de la causalidad, como criterio limitador de la misma ¹⁶⁷, por von Bar ¹⁶⁸, pero inmediatamente la lleva von Hippel a la culpabilidad ¹⁶⁹. El proceso es

¹⁶⁶ Entre los derechos a que se hace referencia aquí, cabe mencionar el que tiene el particular para detener delincuentes. Es curioso apuntar que hay leyes que lo limitan temporalmente (así, a cuatro días, el CP de Ceilán; v. WIJETUNGE - DE SILVA, *A complete Digest of Case Law on the Criminal Procedure Code of Ceylon*, Colombo, 1965, p. 20). En cuanto al derecho de corrección, no le asiste al marido respecto de la mujer (cfr. Sup. Corte de Buenos Aires, 1956, v. RUBIANES, I, 117).

¹⁶⁷ Esa es la primera noticia que de la misma encuentra REHBERG, JÜRIG, *Zur Lehre vom "Erlauten Risiko"*, Zürich, 1962, Diss.

¹⁶⁸ VON BAR, LUDWIG, *Die Lehre vom Kausalzusammenhange im Rechte*, Leipzig, 1871, 11 y ss.

¹⁶⁹ HIPPEL, ROBERT v., op. cit., II, 361; antes, del mismo, *Vorsatz, Fahr-*

naturalmente explicable debido a la función "correctiva" que la culpabilidad tiene sobre la causalidad en el campo de las teorías causalistas. De allí que tuviese un amplio desarrollo en este sentido¹⁷⁰.

Otro criterio ha sido el de ubicar al riesgo permitido como causa de exclusión de injusto, donde algunos lo consideran causa de justificación¹⁷¹ y otros de atipicidad¹⁷². Aliado por Welzel y otros autores a la adecuación social de la conducta¹⁷³, sigue en esta línea los avatares de la ubicación de ésta, que se trasladó sucesivamente de la atipicidad a la justificación para regresar a la atipicidad. Maurach sostiene una posición peculiar, en la que deriva el problema fuera del injusto, considerando que cuando se ha puesto el cuidado debido en una actividad peligrosa en sí lícita, lo que habrá es una "causa personal de exclusión de la responsabilidad"¹⁷⁴, pero en modo alguno una causa de justificación. Con razón afirma Samson¹⁷⁵ que si bien hay unidad en cuanto a la necesidad de un correctivo semejante, se difiere tanto en la terminología como en su ubicación dentro de la estructura del delito, recordando que, además de las posturas señaladas, Kienapfel lo considera causa de inculpabilidad.

En realidad, el riesgo permitido no es ninguna cuestión unitaria, de lo que proviene su anárquico y asistemático tratamiento por la doctrina. Más que una específica causa de exclusión del delito, es una pluralidad de hipótesis en que no hay delito, sea porque falta

lässigkeit, Irrtum, en "Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrecht, Allg. Teil", Berlin, 1908, III, 567.

¹⁷⁰ Además de HIPPEL, lo tratan en la culpabilidad, FRANK, *StGB*, 1931, 194; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 349; LISZT-SCHMIDT, 275; MEZGER-BLEI, 209; MIRICKA, AUGUST, *Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzliche Regelung*, Leipzig, 1903, 140 y ss.; ROEDER, HERMANN, *Die Einhaltung des sozialadäquaten Risikos*, Berlin, 1969, 94.

¹⁷¹ El primero en considerarlo justificante fue DOHNA (*Zum neuesten Stand der Schuldlehre*, en *ZStW*, 32, 323 y ss. [327]), quien lo vinculó al fin reconocido por el Estado. Igual ubicación, BINDING, *Normen*, 357; ENGISCH, *Untersuchungen*, 266; MAYER, HELLMUTH, 1953, 149; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 165; RITTLER, TH., *Strafrecht*, 1954, 126 y ss.; NOWAKOWSKI, F., *Strafrecht*, 1955, 62 y ss.; BAUMANN, 298 (vinculándolo con el consentimiento); entre la justificación y la inculpabilidad lo sitúa o reparte EXNER, FRANZ, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig u. Wien, 1910, 191.

¹⁷² ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht*, en "Fest. zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages", Karlsruhe, 1960. I, 401 (cambiando su anterior posición); OHELER, D., *Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit*, en "Fest. für Eb. Schmidt", 1960, 232 y ss. (para quien es sólo una conducta causalmente típica).

¹⁷³ WELZEL, 132; WEBER, *Grundriss*, 1946, 82; NIESE, *Streich und Strafrecht*, Tübingen, 1954, p. 31; JESCHECK, 322 y ss.; STRATENWERTH, 116; KIENAPFEL, *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*, 1966; LENCKNER, TH., *Die rechtfertigende Notstand*, 1965.

¹⁷⁴ MAURACH, 548-551.

¹⁷⁵ SAMSON, en RUDOLPHI y otros, *StGB, Kommentar*, p. 124.

la tipicidad, porque falta la antijuridicidad o porque falta la culpabilidad. La pretensión de hacerlo materia de un tratamiento unitario está definitivamente condenada al fracaso.

Con toda razón ha puesto de manifiesto Preuss la falta de delimitación dogmática del concepto de riesgo permitido, lo que lo hace un concepto —si es que así puede llamársele— de muy escasa utilidad dogmática, dado que no puede referirse a ningún elemento del delito. Afirma que la negación del riesgo permitido como un carácter específico negativo del delito lleva a su concepción como concepto sintetizador, que más bien revela claramente la necesidad de profundizar los estratos estructurales a partir de problemas en particular, lo que motivó que Rehberg lo llamase un “paso transitorio”. “El repaso de las soluciones dogmáticas para los particulares casos de grupos de casos de riesgo permitido ha demostrado que no se justifica su reconocimiento como atipicidad, o causa de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad, puesto que se pueden resolver todos los casos ejemplificados con la ayuda de otros elementos del delito. Antes bien, el pensamiento del riesgo permitido conduce a la búsqueda de las soluciones dogmáticas de los mencionados casos”¹⁷⁶.

Es obvio que hay conductas que pese a aumentar los riesgos para los bienes jurídicos ajenos, permanecen atípicas, porque no contravienen ninguna norma, como es el caso del tránsito motorizado¹⁷⁷. Se trata de conductas que están fomentadas por el orden jurídico, configurando supuestos de atipicidad conglobante.

Una segunda posibilidad es el riesgo permitido como causa de justificación, que en nuestro sistema puede ser un estado de necesidad justificante o algún especial ejercicio de derecho¹⁷⁸. En este supuesto se incluyen aquellas conductas que afectan bienes jurídicos con intensidad menor a la de los intereses que cumplimentan, como sucede en el caso de las industrias que ocasionan inevitables molestias o peligros¹⁷⁹, en que sólo puede admitirse que media una causa de justificación, pero no puede considerarse que se trate de conductas fomentadas por el orden normativo, sino sólo permitidas por el orden jurídico.

Por último, en caso de peligro para las vidas humanas, que es el supuesto que hallamos cuando de industrias peligrosas para este

¹⁷⁶ PREUSS, WILHELM, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, Diss., 1974, pp. 226-7.

¹⁷⁷ Cfr. DOHMEN, HEINZ, *Für und wider den Rechtfertigungsgrund des verkehrrichtigen Verhaltens*, Köln, 1965 (Diss.).

¹⁷⁸ JESCHECK, 325.

¹⁷⁹ Cfr. JESCHECK, 324.

bien jurídico se trata, nos hallaremos con causas de inculpabilidad elaboradas en forma especial.

Siendo ello así, el riesgo permitido no es una unidad conceptual, lo que se pone de manifiesto en que, además, es incorrecto limitar el llamado riesgo permitido a conductas culposas, puesto que hay conductas que exceden la mera tipicidad culposa, es decir, la mera representación de la posibilidad del resultado, para entrar en el campo del dolo eventual con la aceptación de la posibilidad del mismo¹⁸⁰. Ello sucede frecuentemente y la prueba de la aceptación de la posibilidad del resultado surge incluso de las previsiones que toma quien debe responder civilmente por su producción, que contrata seguros para la eventualidad.

V. — CAUSAS ESPECÍFICAS DE JUSTIFICACIÓN

438. **Causas específicas de justificación.** Además del enunciado genérico que de las causas de justificación se formula en la parte general del CP, hay un buen número de aplicaciones que ofrece la parte especial y cuyo análisis a ésta corresponde.

“Justificaciones específicas” las llama Fontán Balestra¹⁸¹ y “especiales” las llama Terán Lomas¹⁸².

VI. — CONCURRENCIA DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

439. **Concurrencia de causas de justificación.** No es admisible la concurrencia “contraria” de causas de justificación, o sea, que a una conducta justificada se le oponga otra también justificada. Se trataría de un caso de aparente contradicción preceptiva o bien, uno de los preceptos no sería válido¹⁸³.

En lugar, es perfectamente posible que concurren en forma positiva dos causas de justificación, o sea que una acción sea típica de dos tipos permisivos (concurso de tipos permisivos). En este caso no cabe excluir a ninguno —aún cuando con uno basta para que la acción quede justificada— en razón de que no hay jerarquía entre las causas de justificación¹⁸⁴. No obstante, cabe advertir que

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ FONTÁN BALESTRA, II, 97-8.

¹⁸² TERÁN LOMAS, I, 375.

¹⁸³ V. *supra*, 398.

¹⁸⁴ BAUMANN, 349.

existe la posibilidad de que entre las mismas pueda darse una aplicación del principio de especialidad, por el que sean incompatibles las finalidades requeridas por los respectivos preceptos permisivos, es decir, incompatibilidad teleológica de los preceptos permisivos¹⁸⁵.

Igualmente, descartada una tipicidad permisiva, puede darse otra: frente a una ausencia de consentimiento, puede haber un estado de necesidad justificante; en un supuesto en que falte el fin de defensa, puede, sin embargo, estar presente el de evitar un mal mayor¹⁸⁶.

VII. -- JUSTIFICACION EN DELITOS CULPOSOS

440. La antijuridicidad en los delitos culposos en general. La tipicidad es tan indiciaria de la antijuridicidad en los delitos dolosos como culposos, pudiendo ser excluida la antijuridicidad por causas de justificación¹⁸⁷ que, entendemos, son las mismas que la pueden excluir del delito doloso¹⁸⁸.

Si bien las causas de justificación presentan particularidades en los delitos culposos¹⁸⁹, éstas no son diferencias fundamentales con las del delito doloso¹⁹⁰. El funcionamiento de la justificación presenta peculiaridades en los mismos delitos dolosos, que debe analizar la parte especial y que son eventualmente mayores que las que ofrece la tipicidad culposa.

En el elemento subjetivo de la justificación de la conducta típica culposa no puede tener cabida el querer del resultado¹⁹¹, pero ello no significa que baste aquí con el aspecto objetivo de la justificación¹⁹²: de cualquier manera se requiere el "querer del resultado socialmente valioso"¹⁹³.

Si un sujeto ataca a otro con un cuchillo y no puede consumar su agresión porque tropieza con un cable dejado negligentemente por un tercero, produciéndose una lesión, el tercero no puede ampararse en la

¹⁸⁵ Cfr. WARDA, GÜNTER, *Konkurrenz von Rechtsfertigungsgründen*, en "Fest. E. Maurach", 1972, pp. 143 y ss.

¹⁸⁶ BAUMANN, 349.

¹⁸⁷ Cfr. WELZEL, 137; WESSELS, 135; JESCHECK, 476.

¹⁸⁸ Cfr. STRATENWERTH, 304.

¹⁸⁹ Cfr. JESCHECK, loc. cit.

¹⁹⁰ Cfr. STRATENWERTH, loc. cit.

¹⁹¹ Cfr. STRATENWERTH, loc. cit.

¹⁹² Así lo pretende SCHMITT, R., *Subjektive Rechtsfertigungselemente bei Fahlässigkeitsdelikten?*, en JuS, 1963, 64 y ss. (68).

¹⁹³ Cfr. MAURACH, 469.

legítima defensa del agredido, porque su acción de dejar el cable no tiene finalidad de defensa ¹⁹⁴.

En general, la ponderación de “males” en las justificaciones de los delitos culposos tiene como necesario requerimiento que deba medirse la proximidad del peligro ¹⁹⁵.

441. **La legítima defensa.** De la voluntad de defensa quedará excluido, como es natural, el dolo de lesión, pudiendo ser justificada la acción que provoca el resultado lesivo no querido por el autor, pero que hubiese podido evitar con la aplicación del cuidado debido ¹⁹⁶.

En estos casos hay que manejar con cuidado la racionalidad de la acción defensiva. En el ejemplo de Jescheck, del que para asustar a los ladrones de fruta dispara, matando a uno, dudamos de que se trate de una acción racionalmente necesaria. Nos parece que sí lo es la del que dispara al aire aunque el susto del ladrón provoque su caída del árbol. ◦

442. **Estado de necesidad justificante.** Su mayor campo de aplicación se hallará en los delitos de tránsito: el médico que para llegar a atender a un enfermo grave corta una curva, por ejemplo, causando un accidente que lesiona a un tercero ¹⁹⁷. Aquí también será menester manejar con sumo cuidado la ponderación de los “males” en relación con la gravedad y proximidad del peligro.

443. **Consentimiento.** Ya vimos que el consentimiento no es una causa de justificación, pero puede ser un límite al ejercicio de un derecho por parte de un tercero, que opera en forma de límite al encuadre permisivo de la conducta del tercero, tal como sucede en las lesiones quirúrgicas sin fin terapéutico ¹⁹⁸, habiendo acuerdo en aceptarlo así en la doctrina dominante ¹⁹⁹.

¹⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁹⁵ STRATENWERTH, loc. cit.

¹⁹⁶ Cfr. JESCHECK, 477.

¹⁹⁷ V. JESCHECK, 478; MAURACH, trad. de CÓRDOBA RODA, II, 236.

¹⁹⁸ V. supra, § 410.

¹⁹⁹ Cfr. BAUMANN, 327; JESCHECK, 478; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 59 nota 167.

VII. — LA JUSTIFICACIÓN EN LOS DELITOS OMISIVOS

444. La justificación en los delitos omisivos. Las causas de justificación en delitos omisivos son aceptadas por la doctrina dominante²⁰⁰, no alejándose sustancialmente de la forma en que las mismas operan en los delitos activos²⁰¹.

Como ejemplos de legítima defensa en delitos omisivos, podemos mencionar la omisión del soldado que no defiende al camarada, porque éste le iba a agredir inmediatamente²⁰² o la del que encuentra a alguien caído en un pozo profundo que al acercarse le dispara, por lo que omite prestarle ayuda para salir del pozo.

IX. — DISMINUCIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

445. Disminución de la antijuridicidad. El art. 35 CP establece una disminución de pena para “el que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad”. La pena aplicable en tal caso, será la “fijada para el delito por culpa o imprudencia”.

Pocas disposiciones del código vigente —por no decir ninguna de ellas— han dado lugar a interpretaciones tan dispares como este artículo. Hay quienes entienden que las conductas que abarca el art. 35 son culposas²⁰³, en tanto que otros entienden que son dolosas²⁰⁴; hay quienes opinan que las conductas allí previstas registran una atenuación que se funda en un error de hecho vencible que las hace culposas²⁰⁵ o que registran un menor grado de culpabilidad en función del miedo o emoción²⁰⁶ o de un error vencible de prohibi-

²⁰⁰ Cfr. KAUFMANN, ARMIN, *Unterlassungsdelikte*, 206; WELZEL, 219; PORTE PETIT, CELESTINO, en RJV, 1962, nº 5, 461 y ss.; RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL DE, en op. cit. en “Hom. al R. P. Julián Pereda”, p. 252.

²⁰¹ Cfr. STRATENWERTH, 289; BACIGALUPO, 154; sobre la colisión de deberes que algunos autores plantean aquí (así WESSELS, 122), v. supra, § 398.

²⁰² Ejemplo de BOCKELMANN, 139.

²⁰³ Así SOLER, I, 375; NÚÑEZ, I, 429; FONTÁN BALESTRA, II, 185; PECO, JOSÉ, *Proyecto de Código Penal*, La Plata, 1942, p. 120; TERÁN LOMAS, I, 410; DE LA RÚA, p. 497; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, I, 225.

²⁰⁴ Así, BACIGALUPO, en NPP, 2, 56; ARGIBAY MOLINA, I, 254; Sup. Corte de la Prov. de Bs. As., cit. por DE LA RÚA, p. 495.

²⁰⁵ Así, FONTÁN BALESTRA, II, 185; SOLER, I, 375; DÍAZ, EMILIO C., en “Rev. de Derecho Penal”, Bs. As., 1929, 1, 25 y ss.

²⁰⁶ PECO, *La reforma penal*, cit., p. 356.

ción²⁰⁷, y quienes opinamos que se trata de un menor grado de injusto porque es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada²⁰⁸ y quienes sostienen que la atenuación responde tanto a un menor contenido injusto como a una simultánea reducción de la culpabilidad por error vencible o por imputabilidad disminuída (turbación)²⁰⁹. Suele distinguirse el *exceso en extensivo*, cuando la conducta continúa una vez cesada la situación objetiva de justificación, e *intensivo*, que es cuando la conducta lesiona más de lo racionalmente necesario²¹⁰, habiendo opiniones que afirman que el art. 35 abarca indiscriminadamente ambas hipótesis²¹¹ otras que entienden que sólo abarca el extensivo²¹² y otras que entienden que sólo abarca el intensivo²¹³. Por último, como la ley no aclara a qué supuestos del art. 34 se está refiriendo, hay opiniones dispares al respecto²¹⁴. Esta simple enumeración de las principales discrepancias pone de manifiesto que el art. 35 responde a una pésima técnica legislativa, que es la que da lugar a semejante desencuentro interpretativo, con el consiguiente desmedro de la seguridad jurídica.

Los antecedentes legislativos del art. 35 son bastante complicados. Los más remotos se hallan en los arts 157 y 158 del código Tejedor, que responden a los artículos 130 a 133 del código de Baviera.

El sistema de Feuerbach era el siguiente: en principio, preveía los "casos de límites sobrepasados", es decir, casos que caían fuera de los límites (*Wenn im Falle überschrittener Grenzen...*), que por cierto no es lo mismo que "el (autor) que hubiere excedido los límites"; para estos casos, en los supuestos en que mediase miedo, consideraba que había una imprudencia inculpable (art. 130). Luego, en caso que el exceso fuese *punible*, establecía que era el tribunal el que debía determinar si había dolo o culpa (art. 132). Por último, en los casos en que la acción continuaba después de terminada la agresión, consideraba que había un delito doloso, pues se trataba de una venganza, salvo que por otra causa la acción fuese inculpable (art. 133).

Vatel, al traducir el art. 132, no recoge la palabra "punible" del texto alemán, y sin esa palabra pasó Tejedor al castellano la versión

²⁰⁷ BACIGALUPO, en NNP, 2, 56; *Fundamentación del concepto de tipo penal en la dogmática argentina*, en "Actos", Univ. de Belgrano, 1971.

²⁰⁸ GIMÉNEZ, ARNALDO A., en JA, 18-VIII-1976.

²⁰⁹ SANDRO, JORGE, *Exceso en la justificación*, Relato, VIII Jornadas Nac. de D. Penal, Río Gallegos, 1980 (inédito).

²¹⁰ SCHÖNKE-SCHRÖDER, p. 469.

²¹¹ NÚÑEZ, I, 424.

²¹² SOLER, I, 386 (al menos, no admite el intensivo *ab initio*).

²¹³ Así parece entenderlo SANDRO, op, cit.

²¹⁴ V. la jurisprudencia cit. por DE LA RÚA.

francesa de Vatel, como tercer párrafo del art. 157 del código. Con esa redacción quedaba una gran duda acerca de si el art. 157 del Código Tejedor penaba como culposo el delito cometido con "exceso imprudente" o si la imprudencia de ese párrafo se refería a la que fundaba impunidad por miedo. El sistema de Tejedor podía ser interpretado, pues, como idéntico al de Feuerbach o como una alternativa, según la cual siempre que el caso cayese fuera de los límites habría, bien error determinante de impunidad o bien responsabilidad dolosa por el mayor daño.

De cualquier manera, lo que debe quedar claro es que ni una ni otra interpretación del sistema de Tejedor es capaz de clarificar la disposición vigente, puesto que ésta ha desbaratado el sistema de Feuerbach, que es el que alimenta la tesis según la cual el art. 35 presupone un error vencible.

No puede acudirirse para entender nuestro art. 35 al sistema de Feuerbach, porque hay dos diferencias fundamentales, que no es posible pasar por alto: a) El art. 130 del código bávaro preveía el supuesto en que *el caso sobrepasase*, es decir, cayese fuera de los límites, en tanto que el artículo 35 prevé el caso en que *el autor excede* los límites. Cuando es el "caso" lo que cae fuera de los límites no es necesario que haya habido legítima defensa en ningún momento, pero cuando se exige que el autor exceda los límites, se presupone que en algún momento estuvo sin excederlos, es decir, dentro de ellos. b) Por otra parte, el art. 35 suprimió toda referencia al miedo y a la imprudencia, lo que nos impide hacer una integración analógica de la fórmula en perjuicio del sujeto y de la legalidad penal.

El inc. 1º del art. 83 del código de 1886 consagró el sistema de las eximentes incompletas, provenientes de España, la que lo había tomado del art. 18 del código brasileño de 1830, pese a que pueda señalarse algún antecedente aislado en el derecho español anterior²¹⁵. La crítica de Herrera a la falta de previsión del exceso en los proyectos anteriores llevó a que en el proyecto de 1917 se tomase la fórmula del art. 50 del Código de Zanardelli, que decía: "Aquel que, cometiendo un hecho en las circunstancias previstas en el artículo precedente, ha excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, es castigado..."

Esta disposición nunca fue clara en la misma legislación italiana, donde no todos los autores coincidían acerca de qué supuestos del art. 49 abarcaba, puesto que Majno lo reducía a la legítima defensa²¹⁶, Impallomeni la extendía al deber jurídico²¹⁷ y Alimena entendía que se refería a todas las hipótesis²¹⁸, al mismo tiempo que afirmaba que se trataba de casos de culpa, en abierta oposición a Impallomeni, que afirmaba

²¹⁵ JESÚS LALINDE ABADÍA sostiene que hay casos aislados en las Partidas y en ordenanzas de Felipe V (*Iniciación histórica al Derecho Español*, Barcelona, 1970, p. 529).

²¹⁶ MAJNO, LUIGI, *Commento al Codice Penale Italiano*, Torino, 1924, I, p. 141.

²¹⁷ IMPALLOMENI, *Istituzioni*, Torino, 1921, pp. 328 y ss.

²¹⁸ ALIMENA, *Principii, Napoli*, 1910, I, 606.

que eran conductas dolosas. Como si esto fuese poco, en el código italiano la pena que se establecía era una reducción de la escala penal del delito doloso, en tanto que en nuestro código se apeló a la pena del delito culposo.

Creemos que, en verdad, no puede ignorarse esta circunstancia anecdótica o histórica, que si bien no resuelve las dificultades dogmáticas que este artículo plantea, al menos las explica, poniendo de manifiesto que toda la discusión generada al respecto no es gratuita. Creemos que este artículo es producto de un verdadero error legislativo, que ha llevado a nuestros legisladores a adoptar un texto cuyo alcance no era claro y, para colmo, a confundir más las cosas al adoptar la escala penal del delito culposo, en un código que no admite el *crimen culpae* ni la "culpa jurídica". Las consecuencias están a la vista, con una discusión que parece querer prolongarse al infinito y en la que, quizá, ninguna respuesta sea satisfactoria, particularmente desde un punto de vista político-criminal.

Por nuestra parte, pensamos que es *inadmisible agregar a la fórmula del art. 35 del CP requisitos que la misma no contiene*, puesto que resultaría violatorio del principio de legalidad. De allí que *no admitimos que el art. 35 presuponga error vencible u otra causa que disminuya la culpabilidad*, insistiendo en que no queda otro recurso que respetar la letra de la ley y resolver la cuestión como un problema de antijuridicidad de la conducta, lo que no excluye la posibilidad de que *eventualmente* se presenten atenuantes de la culpabilidad, sino sólo la de que ellos sean considerados como requisitos necesarios para la atenuación de la pena. Creemos, por consiguiente, que el único fundamento para que la conducta típica sea portadora de una menor carga de antijuridicidad es que *la conducta que se inicia y agota como antijurídica es más antijurídica que una conducta que tiene comienzo al amparo de una causa de justificación y se agota antijurídicamente*.

Por ende, entendemos que en nuestro texto para que la conducta merezca una consideración de injusto menor, conforme al art. 35, es necesario que la misma se inicie justificadamente; ello se debe a que nadie puede "exceder el límite" de un ámbito dentro del que nunca ha estado. Cuando en una defensa falta desde el comienzo la racionalidad del medio, por ejemplo, no puede haber exceso en la legítima defensa, porque no puede excederse de la legítima defensa quien no ha actuado nunca en legítima defensa.

Esto no significa excluir totalmente del ámbito del art. 35 el llamado exceso "intensivo", sino sólo cuando el mismo se opera *ab initio*. Habrá una disminución de la antijuridicidad cuando la conducta que comienza siendo justificada continúa fuera del permiso, como

cuando sigue la conducta que comenzó siendo defensiva, continuándose cuando ya ha cesado la agresión o su amenaza (exceso extensivo), y también la habrá cuando el agresor sigue agrediendo pero con un medio que es menos lesivo y quien se defiende lo sigue haciendo con el mismo medio que empleara antes (exceso intensivo). Al primer caso correspondería el siguiente ejemplo: quien es agredido a puñetazos se defiende del mismo modo, pero al quinto puñetazo cesa la agresión del otro, dando éste dos puñetazos más. Al segundo caso correspondería el siguiente ejemplo: el agresor tira el revólver con el cargador vacío y comienza a arrojar piedras, el que se defiende lo sigue haciendo a balazos. No excluimos, pues, el exceso intensivo, sino sólo el exceso intensivo *ab initio*, es decir, aquél que hace que la defensa nunca haya sido legítima, puesto que en este caso —como surge claramente de la letra de la ley— no se puede exceder su límite, porque nunca se estuvo dentro de sus límites.

Por supuesto que para que opere la reducción de la antijuridicidad de la conducta, debe tratarse de una misma conducta que se continúa y no de otra conducta diferente, como sucede en el caso en que quien a puñetazos detiene una agresión y una vez logrado emplea un arma de fuego contra quien fue su agresor, no se excede en la defensa, sino que se convierte en agresor por una conducta diferente.

Por supuesto que el argumento de mayor fuerza que opera en favor del error es que si el sujeto reconoce que ha cesado la agresión ya no está actuando con fin defensivo y, por ende, ha salido tanto objetiva como subjetivamente de la tipicidad permisiva justificante y no habría ningún motivo para disminuir la pena hasta el extremo de la del delito culposo, lo que frecuentemente puede traducirse en una impunidad por falta de pena legal. No cabe duda de que esta es la consideración que con mayor fuerza ha pesado en el ánimo de todos los intérpretes que exigen el error o cualquier otra causa de menor culpabilidad.

La objeción parece ser cierta en cuanto a que la estructura de la conducta justificada requiere el fin típico, pero también la ultra-finalidad de defensa, y cuando esta ultra-finalidad desaparece, parece desaparecer también la continuidad de la conducta como tal, puesto que el que sigue golpeando cuando sabe que la agresión ha cesado, ya no actúa "en defensa", argumentando que eso es actuar "por venganza"²¹⁹, "por resentimiento", pero no con finalidad de-

²¹⁹ Así, SANDRO, loc. cit.

fensiva, razón por la cual quedaría excluido el exceso "extensivo", salvo que mediase error.

No obstante, no nos parece del todo correcta la observación, porque pasa por alto una hipótesis, que es la más común en el caso de exceso "extensivo" y en la que no hay error ni se elimina la finalidad defensiva, aunque haya cesado la conducta agresiva, es decir, la situación objetiva de justificación. De los dos ejemplos que hemos dado, el del exceso "intensivo" que tiene lugar porque se continúa con la misma conducta, pese a haber variado la intensidad lesiva de la agresión antijurídica, es decir, el exceso "intensivo" que no se produce *ab initio*, no ofrece problema, puesto que, aunque la agresión pase a tener menos intensidad, de cualquier manera continúa y, por ende, no excluye la finalidad defensiva. El caso que plantea dudas es, indiscutiblemente, el del exceso "extensivo", es decir, cuando la defensa continúa pese a que haya cesado la agresión. Con él estamos en el ejemplo de los dos o tres puñetazos "de más" (por supuesto que no es el caso de quien la emprende a puntapiés contra el ex-agresor caído, dado que allí cambia la naturaleza de la conducta).

La experiencia común indica que los puñetazos subsiguientes pueden propinarse: a) por error invencible, porque se supone que el agresor continuará, en cuyo caso habrá un error de prohibición invencible que eliminará la culpabilidad y la pena y para nada juega el art. 35; b) también puede suceder que se trate de un error vencible de prohibición, cuando el sujeto tenga elementos suceptibles de indicarle razonablemente que el agresor cesará en su conducta y, no obstante, siga creyendo que no depone su actitud agresiva. En este caso nos hallaremos con un error vencible de prohibición; c) pero, por último —y esto es lo más corriente—, puede acontecer que el agredido reconozca que la agresión ha terminado, pero quiere asegurarse de que no se reiniciará, de que no es una mera pausa para volver al ataque, y aquí no está actuando un error, sino *agotando* la conducta defensiva más allá del cese de la agresión. Ese agotamiento de la defensa está prohibido, puesto que no lo ampara la justificación, que sólo cubre la acción defensiva en presencia de la agresión, corresponde a la misma conducta dolosa (quiere lesionar, no ya para hacer cesar la agresión, sino para asegurarse la cesación de la misma, es decir, para asegurar la eficacia de su defensa). En este agotamiento de la defensa no hay ningún error, ni vencible ni invencible y no está excluida la finalidad defensiva, pese a haber cesado la agresión.

Este entendimiento no lleva a conclusiones político-criminales absurdas, como sería el caso del que continúa disparando por la espalda contra el ex-agresor que arrojó el arma y huye o del que continúa golpeando al ex-agresor que está desvanecido contra un muro, porque en ninguno de esos casos puede decirse que continúa la finalidad defensiva. Al mismo tiempo excluye de su ámbito los casos del llamado "exceso intensivo" *ab initio*, es decir, en los que también es absurdo político-criminalmente admitir la atenuante o la impunidad cuando nunca se dieron los requisitos de la justificación.

Por último, cuando en los casos en que opera la disposición del art. 35 se presenta la hipótesis de un error vencible de prohibición, también se acudirá a la solución allí prevista, pero ello no sería en función del error vencible, sino del menor grado de antijuridicidad que en el caso se opera.

Núñez defiende la naturaleza culposa de las conductas previstas en el art. 35²²⁰, en tanto que Bacigalupo afirma que son dolosas²²¹. Si bien Bacigalupo entiende que las referidas conductas son dolosas, difiere de nuestro planteamiento porque las interpreta como casos de error vencible de prohibición, de lo que deduce analógicamente que los casos en que no haya exceso, pero que también sean vencibles de prohibición indirectos, deben resolverse de la misma manera. "En tanto la esencia de los supuestos de hecho que designamos como eximentes putativas es idéntica a la de los casos de exceso, será ineludible regirlos por el art. 35 CP"²²².

Dicha interpretación sería correcta si el art. 35 exigiese el error, pero para nada habla de error vencible. Además, este autor agrega que cuando no hay tipo culposo. "la atenuación deberá practicarla el juez, dentro de la escala penal del delito doloso, y teniendo en cuenta las proporciones que, en general, guarda el legislador dentro de estas escalas respecto de las más leves (culpa) y en especial las del art. 44 CP"²²³. *Creemos que cuando no hay tipo culposo, conforme al art. 35, no corresponde aplicar para alguna*²²⁴, *pues lo contrario es penar lo que la ley no pena.*

En síntesis, creemos que la interpretación de Bacigalupo es extensiva de punibilidad en cuanto requiere el error vencible en el art. 35 y en cuanto a que pretende penar acciones que no tienen pena establecida.

Si bien reconocemos que la interpretación analógica *in bonam par-*

²²⁰ NÚÑEZ, RICARDO C., *A la ley penal no hay que alterarla (acerca del art. 35 CP*, en JA, del 19 de diciembre de 1975).

²²¹ BACIGALUPO, op. cit. en NPP.

²²² BACIGALUPO, op. cit., p. 61.

²²³ *Idem*, 69.

²²⁴ Cfr. FONTÁN BALESTRA, loc. cit.

tem no tiene por qué estar vedada, lo cierto es que la que realiza Bacigalupo no es una interpretación analógica *in bonam partem*, pues puede serlo respecto de quien cae en error de prohibición indirecto, pero no en cuanto al que sin error cae en exceso, que es excluido por Bacigalupo del ámbito del art. 35, cuando ese artículo en ningún momento exige el error vencible. Esa interpretación es extensiva *in malam partem*, porque, al igual que nuestra doctrina tradicional, agrega al art. 35 un requisito que no contiene.

El error vencible de que habla Bacigalupo, en la doctrina unitaria del error es el llamado “exceso culposo”, es decir, la pretendida “culpa” en el excederse, no en la conducta que se realiza en exceso. Ante una disposición legal muy similar a la nuestra, la jurisprudencia de casación venezolana entendió que la ley no establece diferencia alguna entre el “exceso doloso” y el “exceso culposo”, es decir, que la ley no requiere el error vencible ²²⁵.

Nuestro esquema interpretativo del art. 35 CP fue objetado por Bacigalupo ²²⁶, a cuyos argumentos respondió Giménez, a nuestro juicio correctamente. En principio, Bacigalupo sostiene que no puede haber un menor grado de antijuridicidad, puesto que este no es un concepto que admite grados, sino un menor grado de injusto. Giménez sostiene que “si la antijuridicidad es la característica del injusto, de la cual depende su mayor o menor grado, será la intensidad de la relación —en que la antijuridicidad consiste— la que determinará el grado del injusto, o sea que tan graduable es la relación como la característica que de la relación le deviene a uno de sus términos” ²²⁷.

Bacigalupo sostiene que una conducta que comienza siendo justificada y termina siendo antijurídica es inconcebible, pues se trata de un puro “concepto de ficción”, destructivo de la unidad de la conducta, con graves consecuencias en materia de concurso ideal. Giménez responde que la cuestión de la unidad de la conducta debe ser resuelta a nivel de la tipicidad y, en caso de resultar luego que en la comprobación de la antijuridicidad la causa de justificación sólo la cubre parcialmente, no podría sostenerse por ello la existencia de dos conductas, porque eso destruiría la concepción estratificada del delito. Así, creemos que cinco puñetazos sucesivos e inmediatos son una sola conducta, y a nadie se le ocurriría sostener que son cinco lesiones en concurso real, dados con unidad resolutive. Si tres de ellos se han dado mientras el otro agrede al sujeto y dos cuando ya ha cesado la agresión, no hay por qué sostener que son dos conductas, cuando ya a nivel de la tipicidad hemos dicho que es una conducta ²²⁸, y cuando se mantiene la finalidad defensiva.

²²⁵ MENDOZA, A., JOSÉ RAFAEL, *Exceso en la defensa*, en “Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Santa María”, Caracas, 1973, nº 4, pp. 25 y ss.

²²⁶ BACIGALUPO, *Una sentencia trascendente sobre la cuestión del exceso (art. 35 CP) y la conciencia de la antijuridicidad*, en NPP, año IV, nº 5, 1975, pp. 47 y ss.

²²⁷ GIMÉNEZ, ARNOLDO ALBERTO, *En torno al artículo 35 del Código Penal*, en JA del 18 de agosto de 1976.

²²⁸ Cfr. GIMÉNEZ, ARNOLDO ALBERTO, op. cit.

Cabe aclarar que el planteamiento de Bacigalupo podría tener andamiaje en otro sistema legislativo, como es el de las eximentes incompletas, entendidas como causa de atenuación, tal como sucede en España, donde Cerezo Mir hizo una interpretación similar²²⁹ o como acontecía en el inc. 1º del art. 83 del código argentino de 1886, seguido por el art. 64 del proyecto de 1891 y postulado por Jofré para el homicidio en el proyecto de 1917²³⁰. No obstante, como ya vimos, éste no es el sistema de nuestro derecho positivo. El sistema del exceso del código de Baviera fue reemplazado en el código brasileño de 1830 por un sistema de eximente incompleta (párrafo 3º del art. 18), que fue el adoptado en España, simplificado por el código de 1848, al enunciar las eximentes incompletas en forma genérica, puesto que el código brasileño imperial se refería realmente a una "defensa incompleta". No obstante, esta evolución fue desechada desde que se derogó el código de 1886, que seguía, como dijimos, el modelo español.

Dice Giménez que "cabe reconocer que, de *lege ferenda*, el art. 35 puede dar lugar a objeciones, puesto que no cabe duda que la atenuación de la pena es excesiva, teniendo en cuenta que deja impunes las conductas por él abarcadas cuando no hay escala penal fijada cuando no hay tipo culposo"²³¹. No obstante, reconoce que estas objeciones no las podemos hacer valer dogmáticamente, sino tenerlas en cuenta para una futura reforma legislativa.

Conforme a su directo antecedente histórico, la disposición del art. 35 se referiría únicamente a los casos de obediencia debida, legítima defensa y estado de necesidad, que eran los contemplados en el art. 49 del *Código Zanardelli*, al que remitía el art. 50 del mismo texto. En nuestro código no hay ninguna aclaración al respecto, por lo que no sólo se ha planteado alguna duda acerca de la posibilidad de que abarca la coacción²³² y en tiempos de la sanción del código se sostuvo que abarcaba el exceso en cualquier supuesto de los incs. 2º a 7º del art. 34²³³. Creemos que estas opiniones son inadmisibles, puesto que siempre se tratará de un problema que debe resolverse en el plano del injusto. Creemos que su mayor campo será indudablemente el de la legítima defensa, siendo más raras las hipótesis en que pueda hablarse de exceso en el estado de necesidad, aunque no cabe descartarlo. En las restantes causas de justificación entendemos que debe manejarse con suma

²²⁹ CERESO MIR, *La conciencia de la antijuridicidad en el Código Penal Español*, en "Revista de Estudios Penitenciarios", Madrid, XX, 1964, pp. 449 y ss.

²³⁰ Proyecto de 1917, p. 274.

²³¹ GIMÉNEZ, ARNOLDO A., loc. cit.

²³² V. DE LA RÚA, 468.

²³³ JOFRE, TOMÁS, *El Código Penal de 1922*, Buenos Aires, 1922, p. 100.

prudencia. De cualquier modo, la pregunta a formularse en cada tipicidad permisiva será si la misma admite que la finalidad perseguida por la conducta justificada puede continuar hasta agotarse, una vez cesada la situación de justificación.

En cuanto al cumplimiento de un deber jurídico, entendemos que, por tratarse de una causa de atipicidad y no de justificación, en principio no es admisible. No cabe dudar mucho acerca de los desastrosos efectos que para la seguridad jurídica acarrearía la admisión lisa y llana del exceso "extensivo" e "intensivo" en este terreno, que algunos autores postulan. No obstante, es digna de meditarse la posibilidad de una antinormatividad menor (y de un injusto atenuado en consecuencia), particularmente en los casos en que el exceso tenga lugar en conductas defensivas que se realizan en cumplimiento de deberes jurídicos.

Cabe aclarar que hay otro supuesto de menor antijuridicidad o de injusto atenuado del que nos ocuparemos más detalladamente en oportunidad de considerar la inculpabilidad, por tratarse de una cuestión íntimamente conectada con esta problemática. Se trata del estado de necesidad exculpante, consagrado en el inc. 2º del art. 34. En el estado de necesidad exculpante, la conducta permanece siempre antijurídica, pero, dado que el autor actúa allí para salvar un bien jurídico, el contenido de injusto de esa conducta es siempre inferior al de los supuestos en que no se produce ese fenómeno.²³⁴

²³⁴ V. infra, § 509.

INDICE

SEGUNDA PARTE

TEORÍA DEL DELITO

TÍTULO PRIMERO

ESTRUCTURACIÓN

CAPÍTULO XIV

NECESIDAD Y CRITERIOS DE CONSTRUCCIÓN TEÓRICA

I - EL DELITO EN EL DERECHO POSITIVO

214. El delito en el derecho positivo 11

II - NECESIDAD DE UNA CONSTRUCCIÓN ESTRATIFICADA DE LA TEORÍA DEL DELITO

215. La doble tautología de cualquier definición formal del delito y la infecundidad de las teorías unitarias 14
216. Las pretendidas posiciones intermedias 18

III - POSIBLES CRITERIOS SISTEMÁTICOS

217. De la acción hacia su autor 19
218. ¿Se puede seguir el camino inverso? 19
219. ¿Lo objetivo-subjetivo es criterio útil? 21
220. Breve anticipación de las dificultades sistemáticas que apareja el criterio "objetivo-subjetivo" 25

IV - LOS ESTRATOS ANALÍTICOS

221. El sentido de la estratificación	26
222. Una distinción primaria	28
223. La tipicidad	29
224. La antijuridicidad	29
225. La culpabilidad	30

V - LAS ETAPAS DE LA EVOLUCIÓN TEÓRICA

226. El sistema de Liszt-Beling	31
227. Los llamados sistemas "neoclásicos"	32
228. La sistemática finalista	33
229. Las estructuras analíticas del delito y sus principales perspectivas filosóficas	34
230. Evolución teórica del delito en la dogmática nacional ..	39

VI - LAS ESTRUCTURAS DOGMÁTICAS DEL DELITO
Y LAS POSICIONES FILOSÓFICAS Y POLÍTICAS

231. Las estructuras dogmáticas del delito y las posiciones filosóficas y políticas	40
---	----

TÍTULO SEGUNDO

LA CONDUCTA

CAPÍTULO XV

UBICACIÓN Y ESTRUCTURA DE LA CONDUCTA

I - UBICACIÓN Y TERMINOLOGÍA

232. Conducta e injusto	43
233. Conducta, acción, acto, hecho, evento, resultado	50

II - LA CONDUCTA COMO OBJETO DE REGULACIÓN
JURÍDICA

234. Los hechos y la conducta	55
235. Las personas jurídicas	55

III - CONDUCTA IMPLICA VOLUNTAD

236. "Voluntad final" es una expresión tautológica	60
237. Conducta biocibernéticamente anticipada	64
238. Origen y evolución del finalismo	67
239. Voluntad y deseo	73
240. Voluntad y conocimiento	73

IV - ¿HAY ELEMENTOS DE LA CONDUCTA?

241. Lo óntico y lo analítico	75
242. Ubicación sistemática del resultado y del nexa causal ..	76
243. La tesis que ubica a la causalidad y al resultado en la conducta es errónea	78

CAPÍTULO XVI

LA CONDUCTA COMO CARÁCTER GENÉRICO
PARA TODAS LAS FORMAS DE TIPICIDAD

I - LOS TIPOS PENALES INDIVIDUALIZAN CONDUCTAS

244. Los tipos penales individualizan conductas	83
---	----

II - TIPOS DOLOSOS Y CULPOSOS

245. Finalidad y dolo	85
246. Finalidad y dolo eventual	87
247. La culpa	87

III - TIPOS ACTIVOS Y TIPOS OMISIVOS

248. La omisión a nivel pretípico no existe	90
249. La exteriorización de la omisión y el aliud agere (otro hacer	94
250. La causalidad en las omisiones	94

IV - SÍNTESIS

251. Síntesis	96
---------------------	----

CAPÍTULO XVII

LOS CONCEPTOS "IDEALISTAS DE ACCIÓN
Y SU CRÍTICAI - EL CONCEPTO IDEALISTA TRADICIONAL:
LA TEORÍA CAUSAL DE LA ACCIÓN

252. "Idealismo" y "realismo" en la teoría de la conducta ..	97
253. Las raíces filosóficas del concepto tradicional causalista	99
254. Algunos de los problemas que esta teoría plantea	104
255. La esencia de la pretensión: conducta es un concepto jurídico-penal	106
256. La difusión del causalismo	108

II - LOS CONCEPTOS "SOCIALES" DE ACCIÓN

257. Su origen	111
258. Diversidad de exposiciones de la teoría social	114
259. Finalismo y concepto social	118
260. ¿Es posible extraer alguna otra consecuencia del llamado "concepto social"?	120
261. Balance sobre su significación teórica y práctica	120

III - LAS TENTATIVAS CONTEMPORÁNEAS DE DESPLAZAR
CONDUCTA HUMANA DE SU POSICIÓN DE CARÁCTER
GENÉRICO DEL DELITO

262. La acción concebida como realización de tipo legal	121
263. La concepción de Hellmuth von Weber	123
264. El concepto teológico de Schmidhäuser	125
265. La crítica del concepto ontológico de conducta de Roxin	126
266. El desplazamiento de la conducta mediante la afirmación de acciones típicas no voluntarias	127
267. Valoración general de la pretensión de desplazar a la con- ducta de la base de la teoría del delito	130
268. El concepto de conducta y la política criminal	132

CAPÍTULO XVIII

AUSENCIA DE CONDUCTA

I - CONCEPTO Y ENUMERACIÓN

269. Concepto y enumeración	135
-----------------------------------	-----

II - FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE

270. Delimitación	136
271. Supuestos de fuerza física irresistible	138

III - INVOLUNTABILIDAD

272. Delimitación	140
273. La involuntabilidad en el código penal	143
274. La metamorfosis de la fórmula rusa en el código penal argentino	148
275. Estado de inconsciencia	149
276. Culminación de la metamorfosis de la fórmula rusa	151
277. Los supuestos de involuntabilidad en particular	154
278. El estado de involuntabilidad "imputable"	159

IV - LA IMPORTANCIA DE LA AUSENCIA DE CONDUCTA

279. La importancia de la ausencia de conducta	159
--	-----

V - SUPUESTOS QUE HAN SUSCITADO DUDAS
DOCTRINARIAS

280. La incapacidad para dirigir las acciones	161
281. La obediencia debida	162

TÍTULO TERCERO

TIPICIDAD

I - TIPICIDAD EN GENERAL

CAPÍTULO XIX

CONCEPTUACIÓN GENERAL DEL TIPO
PENAL

I - DEFINICIÓN

282. Definición	167
-----------------------	-----

II - DELIMITACIÓN

283. Tipo, tipicidad (adecuación típica) y juicio de tipicidad	171
284. Tipo sistemático (o fundamentador) y tipo-garantía ..	173
285. Otras "clases de tipos"	178

III - MODALIDADES TÉCNICO-LEGISLATIVAS
DE LOS TIPOS

286. Tipos legales y tipos judiciales	179
287. Tipos abiertos y tipos cerrados	181
288. Otros supuestos de apertura típica	183
289. El "tipo de autor" y el "tipo de acto"	184

IV - TIPICIDAD Y LEY PENAL EN BLANCO

290. Tipicidad y ley penal en blanco	189
--	-----

CAPÍTULO XX

DISTINTAS CONCEPCIONES DOCTRINARIAS
DEL TIPO PENAL SEGÚN SUS RELACIONES
CON LOS OTROS ESTRATOS ANALÍTICOS

I - EL TIPO PENAL ANTES DE 1906

291. El tipo penal antes de 1906	195
--	-----

II - POSIBLES VARIANTES TEÓRICAS. ENUNCIADO GENERAL

292. Posibles variantes teóricas. Enunciado general 198

III - TIPO OBJETIVO Y SUBJETIVO

293. Teoría objetiva del tipo 200
 294. Concepto mixto o complejo del tipo penal 202

IV - TIPO Y ANTIJURIDICIDAD

295. Concepción avalorada del tipo penal 206
 296. Implicación (teoría de los elementos negativos del tipo) 207
 297. Teoría de la “ratio essendi” (tipo de injusto) 210
 298. El carácter indiciario de la tipicidad 213

V - RELACIONES DEL TIPO CON LA CULPABILIDAD

299. La teoría del “Leitbild” o “figura rectora” 214
 300. La teoría del “tipo de delito” 215
 301. Crítica general a los conceptos de “tipo de culpabilidad” 217

CAPÍTULO XXI

TIPICIDAD Y ANTINORMATIVIDAD

I - INTERÉS, BIEN Y NORMA JURÍDICOS

302. Interés jurídico y bien jurídico 219
 303. Interés jurídico y norma jurídica 220

II - EL PAPEL DE LA LEY PENAL

304. Ley penal y antijuridicidad 221
 305. Conclusiones acerca de las relaciones de la tipicidad con la antijuridicidad 223
 306. La gestación del tipo 227

III - EL TIPO PENAL: TIPO LEGAL MÁS TIPO CONGLOBANTE

307. La incierta ubicación de la afectación del bien jurídico en la teoría de la tipicidad 229

308. La explicación del fenómeno a la luz de la función del orden jurídico 233
309. El tipo y la tipicidad conglobantes 235

IV - LOS BIENES JURÍDICOS

310. Los entes que son "objeto" de interés jurídico 238
311. El concepto de bien jurídico 240
312. ¿La moral como bien jurídico? 243
313. Tentativas de prescindir del concepto de bien jurídico .. 245
314. Evolución y distintos conceptos de bien jurídico 247
315. Funciones del concepto de bien jurídico 250

V - LA AFECTACIÓN DEL ENTE PRESUNTO OBJETO DE TUTELA JURÍDICO-PENAL (BIEN JURÍDICO)

316. Clasificación de los tipos penales en razón del bien jurídico afectado 251
317. Afectación del bien jurídico y resultado material 257
318. Tipos penales de daño y de peligro 258
319. Clasificación de los tipos penales por la intensidad de afectación al bien jurídico 260

II - LA TIPICIDAD LEGAL

CAPÍTULO XXII

ASPECTO OBJETIVO DEL TIPO DOLOSO

I - MANIFESTACIÓN TÍPICA DE LA VOLUNTAD

320. Manifestación típica de la voluntad 263

II - LA MUTACIÓN FÍSICA

321. El resultado material 265
322. La relación de causalidad 269
323. La causalidad: ¿forma categorial del pensamiento o categoría del ser? 275
324. Causalidad e imputación objetiva 277

III - LOS SUJETOS

325. Los sujetos 282

IV - ELEMENTOS NORMATIVOS DE LOS TIPOS
LEGALES

326. Elementos normativos de los tipos legales	284
--	-----

V - "EXCURSUS" SOBRE LA CLASIFICACIÓN DE LOS
TIPOS LEGALES

327. "Excursus" sobre la clasificación de los tipos legales ..	290
328. Cuadro de las clasificaciones secundarias de los tipos le- gales	290
329. Clasificación en razón de su formulación legal	292
330. Clasificación por la ejecución de la conducta	293

CAPÍTULO XXIII

TIPOS ACTIVOS: ASPECTO SUBJETIVO DE LOS
TIPOS DOLOSOS (EL DOLO)

I - CONCEPTO

331. Estructura general de los tipos dolosos	295
332. ¿Qué es el dolo?	297

II - EL ASPECTO COGNOSCITIVO DEL DOLO

333. Las formas de conocimiento	301
334. ¿Conocimiento actual o actualizable?	303
335. La naturaleza del conocimiento presupuesto en el dolo (efectivo) y en la culpabilidad ("consciencia de la an- tijuridicidad")	305
336. Dolo avalorado y dolo desvalorado	311
337. El conocimiento de los elementos normativos del tipo ..	314
338. El conocimiento de los elementos normativos y el error de derecho	315
339. El conocimiento de los "caracteres negativos" del tipo ..	324
340. La previsión de la causalidad y del resultado	325
341. Casos particulares de error de tipo sobre la causalidad y el resultado	327
342. Error sobre agravantes y atenuantes	333
343. Delimitación del error de tipo y el error de prohibición	337
344. El error de tipo por incapacidad psíquica	341
345. El error de tipo en el código penal argentino	341
346. Delimitación del error de tipo de otras clases de error ..	347

III - EL MOMENTO CONATIVO O VOLITIVO DEL DOLO

347. Clases de dolo según este momento	348
348. Dolo alternativo	355
349. El dolo de ímpetu	356
350. Otras "formas" de dolo	358

CAPÍTULO XXIV

TIPOS ACTIVOS: ASPECTO SUBJETIVO DE LOS
TIPOS DOLOSOS (ELEMENTOS SUBJETIVOS
DEL TIPO DISTINTOS DEL DOLO)

I - EVOLUCIÓN CONCEPTUAL

351. El concepto y su origen	361
352. Los negadores de su existencia	364
353. La doctrina nacional	365

II - UBICACIÓN SISTEMÁTICA

354. Ubicación sistemática	367
----------------------------------	-----

III - DIFICULTADES SISTEMÁTICAS PARA UNA
UBICACIÓN EN LA TEORÍA CAUSALISTA
DEL DELITO

355. Dificultades sistemáticas para una ubicación en la teoría causalista del delito	369
---	-----

IV - CLASIFICACIONES DE LOS TIPOS CON ELEMENTOS
SUBJETIVOS DEL DOLO

356. Clasificaciones de los tipos con elementos subjetivos dis- tintos del dolo	372
--	-----

V - LA DISTINCIÓN DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS
DEL TIPO RESPECTO DE LA CULPABILIDAD

357. La distinción de los elementos subjetivos del tipo respecto de la culpabilidad	380
--	-----

CAPÍTULO XXV

LOS TIPOS ACTIVOS: TIPOS CULPOSOS

I - ESTRUCTURACIÓN GENERAL DE LA CULPA

- 358. Panorama de su problemática 383
- 359. Los tipos culposos como tipos abiertos 388

II - LA FUNCIÓN DEL FIN EN LOS TIPOS CULPOSOS

- 360. La función del fin en los tipos culposos 389

III - LA FUNCIÓN DEL RESULTADO EN LOS TIPOS CULPOSOS

- 361. La función del resultado en los tipos culposos 393

IV - LA VIOLACIÓN DEL DEBER DE CUIDADO

- 362. Individualización del deber de cuidado 396
- 363. La relación de determinación del resultado por parte de la violación del deber de cuidado 404

V - EL TIPO SUBJETIVO

- 364. El tipo subjetivo 408

VI - SÍNTESIS DE LOS REQUERIMIENTOS DE LA TIPICIDAD CULPOSA

- 365. Síntesis de los requerimientos de la tipicidad culposa .. 414

VII - EXCURSUS COMPLEMENTARIO

- 366. ¿Es la culpa una omisión? 415
- 367. Dificultades que apareja la ubicación de la culpa en la culpabilidad 416
- 368. Algunas críticas al concepto finalista del tipo culposo .. 419
- 369. ¿Hay grados de culpa? 421

CAPÍTULO XXVI

EL "NULLUM CRIMEN SINE CULPA" Y
LAS VIOLACIONES AL MISMOI - EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y EL
"NULLUM CRIMEN SINE CULPA"

370. El principio de culpabilidad en la dogmática contemporánea 423
371. El fundamento del "nullum crimen sine culpa" 425

II - LA NEGACIÓN DEL PRINCIPIO "NULLUM CRIMEN
SINE CULPA" (EL "VERSARI IN RE ILLICITA")

372. Su enunciado 425
373. La responsabilidad objetiva 427

III - LOS LLAMADOS "DELITOS CALIFICADOS
POR EL RESULTADO"

374. Las figuras complejas y la preterintención 427
375. ¿Hay delitos calificados por el resultado "stricto sensu" en el CP argentino? 431
376. La llamada "prohibición de regreso" 433

IV - LOS SUPUESTOS DE INCULPABILIDAD
PROVOCADA

377. La teoría del "versari" 434
378. La teoría de las "actiones liberae in causa" 438
379. Crítica de la teoría de las "actiones liberae in causa" 439

CAPÍTULO XXVII

LOS TIPOS OMISIVOS

I - NATURALEZA DE LA OMISIÓN

380. La omisión como estructura típica? 447
381. ¿Es posible una omisión pretípica? 450

II - LA ESTRUCTURA DEL TIPO OMISIVO
OBJETIVO

382. Situación objetiva, exteriorización y posibilidad física ...	454
383. Equivalente típico de la causación	455
384. El autor	458
385. Las modalidades de la tipicidad activa en la estructura típica omisiva	474

III - EL TIPO SUBJETIVO

386. El conocimiento de la posición de garante	475
387. Otros aspectos cognoscitivos del dolo en la omisión	476
388. El aspecto conativo del dolo en la estructura omisiva ..	477

IV - LAS OMISIONES CULPOSAS

389. Las omisiones culposas	482
-----------------------------------	-----

III - LA TIPICIDAD CONGLOBANTE

CAPÍTULO XXVIII

TIPICIDAD Y ATIPICIDAD CONGLOBANTES

I - PROBLEMÁTICA GENERAL

390. Planteamiento	485
391. La teoría de la "imputación"	488

II - LA TENTATIVA DE SOLUCIÓN POR VÍA DEL
REALISMO SOCIAL (LA TEORÍA DE LA
"ADECUACIÓN SOCIAL DE LA
CONDUCTA")

392. Concepto y discusión doctrinaria	490
393. Los casos de adecuación social	495
394. Críticas de la teoría y aplicación de la misma en el de- recho argentino	497
395. El error sobre la adecuación social	501

III - LA ATIPICIDAD CONGLOBANTE RESULTANTE
DEL MANDATO DE LA CONDUCTA REALIZADA
(CUMPLIMIENTO DE UN DEBER JURÍDICO)

396. Precisión de la diferencia entre atipicidad y justificación 502
397. Crítica de la consideración del cumplimiento de un deber
jurídico como causa de justificación 503
398. La llamada "colisión de deberes" 507

IV - LA DISPOSICIÓN DEL BIEN JURÍDICO COMO CAUSA
DE ATIPICIDAD CONGLOBANTE (LÍMITE DEL
PODER REPRESIVO)

399. La aquiescencia: titularidad y disponibilidad 517
400. El acuerdo y el consentimiento 521
401. Requisitos de la aquiescencia en general 523
402. Aquiescencia en delitos de peligro y culposos 525
403. El consentimiento presunto 526
404. La pretensión de tutelar bienes jurídicos contra la propia
voluntad del titular 527

V - LA ATIPICIDAD CONGLOBANTE FUNDADA EN EL
FOMENTO DE LA CONDUCTA QUE QUEDA
ABARCADA EN EL TIPO LEGAL

405. Las lesiones en la práctica de los deportes 532
406. Lesiones deportivas típicas y atípicas 534
407. La intervención quirúrgica 535
408. Discusión doctrinaria 537
409. El resultado positivo y las reglas del arte médico 540
410. Las intervenciones quirúrgicas sin fin terapéutico 543
411. El deber de explicación del médico 548
412. ¿Puede actuar el médico contra la voluntad del paciente? 550

VI - LA ATIPICIDAD CONGLOBANTE POR LA
INSIGNIFICANCIA DE LA AFECTACIÓN

413. La atipicidad conglobante por la insignificancia de la
afectación 553

VII - EL ERROR SOBRE LA ATIPICIDAD CONGLOBANTE

414. El error sobre la tipicidad conglobante 557

TÍTULO CUARTO

LA ANTIJURIDICIDAD

CAPÍTULO XXIX

LA ANTIJURIDICIDAD Y LA JUSTIFICACIÓN

I - ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

415.	Planeamiento	561
416.	Sus consecuencias	567

II - ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA E INJUSTO PERSONAL

417.	El injusto personal	571
------	---------------------------	-----

III - LOS TIPOS PERMISIVOS EN GENERAL

418.	El tipo permisivo y la mecánica de averiguación de la anti- juridicidad	573
419.	La estructura del tipo permisivo	574
420.	La congruencia en los tipos permisivos	578
421.	El fundamento genérico de los tipos permisivos	581
422.	Clasificación general de las causas de justificación	583

CAPÍTULO XXX

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN EN PARTICULAR

I - LEGÍTIMA DEFENSA

423.	Naturaleza y fundamento	585
424.	La racionalidad de la defensa legítima	589
425.	Objetos legítimamente defendibles	594
426.	La agresión ilegítima	595
427.	La acción defensiva que afecta bienes de terceros	602

428. Límite temporal de la acción de defensa	603
429. La provocación suficiente	604
430. Casos dudosos de necesidad racional del medio	613
431. Defensa de terceros	615
432. La defensa del Estado	618
433. Casos legales especiales de legítima defensa	620

II - EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

434. Concepto y fundamento	623
435. Requisitos del estado de necesidad justificante	626

III - EL EJERCICIO DE UN DERECHO

436. El ejercicio de un derecho	632
---------------------------------------	-----

IV - LA TEORÍA DEL RIESGO PERMITIDO

437. La teoría del riesgo permitido	633
---	-----

V - CAUSAS ESPECÍFICAS DE JUSTIFICACIÓN

438. Causas específicas de justificación	636
--	-----

VI - CONCURRENCIA DE CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

439. Concurrencia de causas de justificación	636
--	-----

VII - JUSTIFICACIÓN EN DELITOS CULPOSOS

440. La antijuridicidad en los delitos culposos en general	637
441. La legítima defensa	638
442. Estado de necesidad justificante	638
443. Consentimiento	638

VIII - LA JUSTIFICACIÓN EN LOS DELITOS OMISIVOS

444. La justificación en los delitos omisivos	639
---	-----

IX - DISMINUCIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

445. Disminución de la antijuridicidad	639
--	-----

Se terminó de imprimir en
los Talleres Gráficos CYAN,
Potosí 4471, Buenos Aires. TEL. 982-4426
en el mes de agosto de 1996