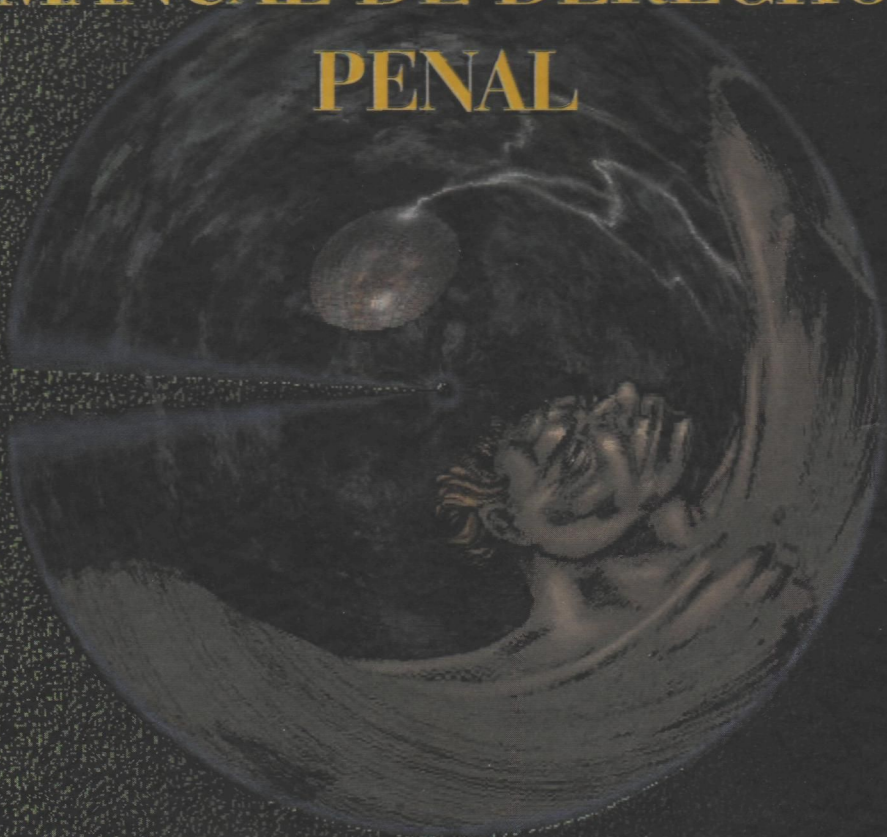


ENRIQUE BACIGALUPO

**MANUAL DE DERECHO
PENAL**



TEMIS

MANUAL
DE
DERECHO PENAL

ENRIQUE BACIGALUPO Z.

MANUAL DE DERECHO PENAL

Parte general

Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina,
Colombia, España, México y Venezuela

Tercera reimpresión



EDITORIAL TEMIS S. A.
Santa Fe de Bogotá - Colombia
1996

© Enrique Bacigalupo Z., 1996
© Editorial Temis S. A., 1996
Calle 13, núm. 6-53, Santa Fe Bogotá

ISBN 958-35-0002-X

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Editorial Nomos S. A.
Carrera 39B, núm. 17-98, Santa Fe de Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfico o tónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

A la memoria de mi madre

PRÓLOGO

El presente libro contiene una exposición de la parte general del derecho penal referida a la legislación vigente en cinco países hispanoparlantes. De esta manera se quiere continuar una tradición iniciada por D. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA en su monumental Tratado de Derecho Penal.

El Manual está dirigido tanto a los prácticos del derecho penal como a los teóricos y estudiantes. Pretende brindar una visión actual de los problemas fundamentales del derecho penal, pero, corresponde aclararlo, no es objetivo de este libro proporcionar una información acabada y completa sobre las opiniones de todos y cada uno de los autores que han estudiado el tema correspondiente. Por ello, las citas que se hacen de otras obras debe considerarse *ilustrativa*. En general se han citado solamente los autores que han dado origen a una posición teórica determinada o a los más representativos en su elaboración o formulación actual, o, en fin, a otros que brindan una información bibliográfica más extensa. En algunos capítulos se incorpora, excepcionalmente al final una bibliografía sobre la materia, con el fin de simplificar la exposición.

La obra ha sido escrita durante el tiempo de gestación de una reforma parcial y de otra general del derecho penal vigente en España, al que hemos prestado especial atención. La reforma introducida por la Ley Orgánica núm. 8/1983, de 25 de junio ha sido todavía contemplada. Sin embargo hemos optado no por incluir una parte referente a las consecuencias jurídicas del delito, pues es de presumir fundadamente, que en no mucho tiempo éstas sufrirán modificaciones de consideración. Por otra parte, en la dogmática moderna comienza a imponerse el punto de vista según el cual, la teoría de las consecuencias jurídicas del delito debe adquirir cierta autonomía docente y expositiva, dado el desarrollo y extensión que la misma ha adquirido. Esta circunstancia deberá tomarse en cuenta en las reformas de los planes de estudios de nuestras Facultades de Derecho, que deberán hacerse a la idea de que actualmente la parte general del derecho penal ya no puede explicarse en un solo curso, como es habitual.

Antes de concluir con estas palabras iniciales quiero agradecer aquí a mis amigos Gladys Romero y José Miguel Zugaldía Espinar que me han hecho el favor de leer los originales de este Manual así como formulado valiosas sugerencias.

En Madrid, junio de 1983.

Enrique Bacigalupo

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I

CUESTIONES BÁSICAS

	PÁG.
A. El derecho penal: concepto y función.....	1
1. El derecho penal en el orden social: Derecho penal y control social .	1
2. El derecho penal en el orden jurídico.....	3
B. Los conceptos fundamentales del derecho penal.....	6
1. Relación de los conceptos fundamentales con la opción derecho penal de hecho-derecho penal de autor.....	7
2. El delito.....	8
a) <i>El delito como hecho consistente en la violación de deberes ético-sociales</i>	8
b) <i>El delito como hecho socialmente dañoso.....</i>	9
c) <i>El delito como expresión de un sentimiento jurídico depravado (derecho penal de autor).....</i>	10
3. La pena.....	11
a) <i>Teorías absolutas.....</i>	12
b) <i>Teorías relativas.....</i>	13
c) <i>Teorías de la unión.....</i>	16
4. Las medidas de seguridad.....	17
C. El derecho penal, la criminología y la política criminal.....	19
1. La dogmática penal.....	19
2. El derecho penal y la criminología (derecho penal y conocimientos empíricos sobre la criminalidad y la criminalización).....	20
a) <i>El derecho penal y la criminología orientada al autor del delito ...</i>	20
b) <i>El derecho penal y la moderna sociología criminal.....</i>	21
3. La reforma del derecho penal y la política criminal. (Política criminal y dogmática penal).....	22
a) <i>Política criminal y dogmática penal en el marco del positivismo ..</i>	23
b) <i>Puntos de vista superadores del marco positivista.....</i>	24

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA LEY PENAL

A. La estructura de la ley penal.....	25
1. El derecho penal subjetivo (<i>ius puniendí</i>): Los principios legitimantes del derecho penal.....	25
2. El derecho penal objetivo: Las normas del derecho penal y la ley penal	26
a) <i>Las normas penales (problemática teórico-jurídico de la norma en el derecho penal).....</i>	27

	PAG.
b) <i>La ley penal</i>	29
aa) Los límites constitucionales del contenido de las leyes penales	29
bb) La función garantizadora de la ley penal.....	32
B. Esquema histórico de los fundamentos político-criminales de las legislaciones penales modernas.....	39
1. La tradición del Iluminismo: Las ideas de seguridad y humanidad ...	40
2. La influencia del Idealismo alemán: Moralidad y talión.....	41
3. La influencia del positivismo: Utilidad social y penalidad.....	43
4. Los recientes movimientos de reforma: Resocialización y dignidad de la persona.....	45
5. La reforma de la reforma: El temor a la liberalización del derecho penal	46
C. La validez de la ley penal.....	47
1. Validez especial de la ley penal.....	47
a) <i>La aplicación de la ley penal en el territorio del Estado</i>	48
aa) Concepto de "territorio".....	48
bb) Concepto de "lugar de comisión".....	48
b) <i>Principios que justifican la aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio del Estado</i>	51
aa) El principio real o de defensa.....	51
bb) Principio de la nacionalidad o de la personalidad.....	52
ce) Principio universal o del derecho mundial.....	54
dd) El principio del derecho penal por representación.....	54
ee) La aplicación del propio derecho penal a los delitos cometidos por funcionarios y empleados en el exterior.....	55
c) <i>La fundamentación de los principios del derecho penal internacional</i>	55
2. Validez temporal de la ley penal.....	56
a) <i>El principio fundamental: aplicación de la ley vigente en el momento de la comisión del delito</i>	56
aa) El momento de comisión del delito.....	57
bb) El fundamento de la exigencia de la ley previa.....	57
b) <i>Excepciones del principio fundamental</i>	57
aa) Retroactividad de la ley más favorable.....	57
bb) Excepciones a la retroactividad de la ley más favorable: ultraactividad de las leyes penales temporales y excepcionales.....	60
3. Validez de la ley penal.....	61
a) <i>Excepciones para los jefes de Estado</i>	62
aa) Inviolabilidad del Rey de España.....	62
bb) El presidente argentino y el presidente mexicano.....	62
b) <i>La indemnidad e inmunidad de los diputados y senadores</i>	62
aa) Los diputados y senadores en la Constitución española.....	62
bb) Los diputados y senadores en la Constitución argentina.....	63
ce) Los legisladores en Colombia, México y Venezuela.....	63
c) Privilegios acordados por el derecho internacional (diplomáticos y tropas extranjeras.....	64

CAPÍTULO III

LA TEORÍA DEL DELITO

A. I ntroducción.....	67
). <i>Concepto total y concepto analítico del delito</i>	68

	PAC.
a) <i>El concepto total del delito</i>	68
b) <i>El concepto analítico del delito</i>	69
c) <i>Confluencia de los distintos puntos de vista en la dogmática del delito actual</i>	70
2. Finalismo y causalismo en la teoría del delito.....	71
3. Las categorías fundamentales de la teoría del delito.....	73
4. Problemática del ilícito penal.....	73
a) <i>Las concepciones básicas de las diferentes teorías de la ilicitud penal</i>	73
b) <i>El concepto personal de lo ilícito</i>	74
c) <i>Disvalor de acción y disvalor del resultado en la teoría de lo ilícito penal</i>	75
d) <i>Las especies de lo ilícito penal: delitos dolosos y delitos culposos</i>	78
5. Los elementos de lo ilícito: Tipicidad y antijuricidad.....	79
a) <i>La tipicidad</i>	80
aa) El tipo penal (supuesto de hecho típico del delito general).....	80
bb) El tipo del delito doloso y et tipo del delito culposo.....	82
ce) El contenido genérico del tipo penal.....	83
dd) Las diferentes especies de tipos penales.....	85
ee) La subsunción.....	87
b) <i>La antijuricidad</i>	88
6. Problemática de la responsabilidad.....	89
B. El delito doloso de comisión.....	90
1. La tipicidad del delito doloso de comisión.....	90
a) <i>Los elementos del tipo doloso de comisión: tipo objetivo y tipo subjetivo</i>	90
b) <i>El tipo objetivo</i>	91
aa) El autor de la acción.....	91
bb) La acción.....	91
ce) La realización del tipo objetivo en los delitos de lesión.....	94
dd) La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto.....	101
ee) La realización del tipo en los delitos de pura actividad.....	102
c) <i>El tipo subjetivo</i>	103
aa) El dolo.....	103
bb) Los especiales elementos subjetivos de la autoría.....	114
ce) Elementos del ánimo.....	115
d) <i>Problemas especiales de la subsunción</i>	115
aa) La adecuación social.....	115
bb) Los tipos abiertos.....	116
2. La antijuricidad (justificación).....	117
a) <i>Los principios justificantes</i>	117
b) <i>Los elementos de la justificación</i>	120
c) <i>Los efectos de las causas de justificación y sus condiciones</i>	121
d) <i>Las causas de justificación en particular</i>	122
aa) Defensa necesaria.....	122
bb) Estado de necesidad.....	128
ce) El problema del consentimiento del ofendido.....	131
dd) El problema del consentimiento presunto.....	133
ee) El problema de la obediencia debida.....	134
e) <i>El elemento subjetivo de la justificación</i>	135
0 <i>El error sobre las circunstancias de una causa de justificación</i>	136
3. La atribuibilidad (responsabilidad por el hecho).....	138
a) <i>Justificación de la categoría dogmática de la atribuibilidad</i>	138
b) <i>El contenido de la categoría de la atribuibilidad</i>	140

	PÁG.
c) <i>Los efectos prácticos de la exclusión de la atribuibilidad</i>	141
d) <i>Los casos individuales de exclusión de la atribuibilidad</i>	141
aa) El estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía	142
bb) El miedo insuperable y la coacción o amenazas.....	143
e) <i>El error sobre las circunstancias objetivas de las causas que excluyen la atribuibilidad</i>	146
4. La culpabilidad (la responsabilidad).....	147
á) <i>Introducción</i>	147
b) <i>Culpabilidad por el hecho y culpabilidad de autor</i>	148
c) <i>Evolución conceptual de la culpabilidad</i>	149
d) <i>Concepto y elementos de la culpabilidad</i>	151
e) <i>Los elementos de la culpabilidad en particular</i>	153
aa) La posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del acto	153
bb) La capacidad de motivación en sentido estricto (la imputabilidad)	156
5. Preparación, tentativa y consumación del delito doloso.....	163
a) <i>Las etapas de realización del hecho punible doloso (iter criminis)</i> .	163
aa) <i>Ideación</i>	163
bb) <i>Preparación</i>	163
ce) <i>Ejecución</i>	163
dd) <i>Consumación</i>	164
b) <i>Concepto y elementos de la tentativa</i>	165
aa) El fundamento de la punibilidad de la tentativa.....	165
bb) Los elementos de la tentativa.....	167
c) <i>Particularidades de la tentativa en los casos de inidoneidad (el llamado delito imposible)</i>	170
aa) La tentativa inidónea en el sistema legal.....	170
bb) El autor inidóneo.....	171
ce) Inidoneidad de los medios y del objeto.....	172
d) <i>La teoría de la carencia de tipo</i>	172
e) <i>El desistimiento de la tentativa</i>	173
aa) <i>Fundamentos</i>	173
bb) <i>Concepto de desistimiento</i>	174
ce) <i>Tentativa acabada (delito frustrado) y tentativa inacabada (simple tentativa)</i>	175
dd) <i>Requisitos del desistimiento en la tentativa inacabada</i>	176
ee) <i>Requisitos del desistimiento en la tentativa acabada</i>	176
ff) <i>Efectos del desistimiento</i>	177
0 <i>El delito putativo y la tentativa</i>	177
6. Autoría y participación.....	177
a) <i>La autoría</i>	180
aa) La teoría formal-objetiva.....	180
bb) La teoría del dominio del hecho.....	182
ce) La teoría subjetiva.....	182
dd) La teoría de la consideración total (Ganzheitstheorie).....	184
ee) El concepto extensivo de autor.....	184
b) <i>Los casos de participación (dominio de la acción)</i>	186

	PAG.
bb) Elementos de la autoría mediata.....	191
ce) Los casos de autoría mediata.....	191
dd) Los delitos de propia mano.....	196
d) <i>Coautoría</i>	196
aa) Elementos y particularidades.....	197
bb) Coautoría sucesiva.....	199
e) <i>Participación en sentido estricto</i>	199
aa) Fundamento de la punibilidad del partícipe.....	199
bb) Accesoriedad de la participación.....	201
o) <i>La instigación o inducción</i>	207
g) <i>La complicidad o cooperación</i>	210
aa) Conceptos comunes.....	210
bb) El cómplice primario del Código Penal argentino (art. 45) y el cooperador necesario del Código Penal español (art. 14,3)	210
ce) El cómplice o cómplice secundario.....	211
C. El delito culposo de comisión.....	211
1. Introducción.....	211
2. La tipicidad del delito culposo de comisión.....	213
a) <i>La infracción del deber de cuidado</i>	213
b) <i>El riesgo permitido</i>	215
c) <i>La infracción del deber de cuidado en la dogmática española e iberoamericana</i>	216
d) <i>La imputación objetiva del resultado</i>	216
3. La antijuricidad del delito culposo.....	217
4. La atribuibilidad del delito culposo.....	219
5. Las especies de culpa.....	219
6. El tratamiento de los casos mixtos de dolo y culpa (el llamado delito preterintencional).....	220
a) <i>Delitos preterintencionales y delitos "calificados por el resultado"</i>	220
b) <i>La problemática en España</i>	221
D. El delito de omisión.....	223
1. La distinción entre acción y omisión.....	224
2. Las especies de la omisión: delitos propios e impropios de omisión ..	225
3. El delito de omisión "doloso" (cuasi-doloso).....	226
a) <i>La tipicidad objetiva del delito propio de omisión doloso</i>	226
aa) La situación generadora del deber.....	227
bb) La no realización de la acción que es objeto del deber.....	227
ce) Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción.....	227
dd) La imputación objetiva del resultado en los delitos de omisión tipificados que requieren la evitación de un resultado.....	228
b) <i>La tipicidad objetiva del delito impropio de omisión doloso</i>	228
aa) La situación generadora del deber, no-realización de la acción y capacidad de hecho de ejecutarla.....	228
bb) El resultado y la imputación objetiva.....	229
ce) La posición de garante.....	230
c) <i>El tipo subjetivo del delito doloso (cuasi-doloso) de omisión</i>	232
4. El delito de omisión culposo.....	233
5. La equivalencia de acción y omisión como presupuesto de la tipicidad en los delitos impropios de omisión.....	233
6. Antijuricidad, atribuibilidad y culpabilidad en los delitos de omisión	234

	PÁG.
7. Autoría, participación y tentativa.....	235
a) <i>Autoría y participación</i>	235
aa) La participación mediante un comportamiento omisivo en un delito de comisión.....	235
bb) La participación activa en un delito de omisión.....	236
b) <i>La tentativa de un delito de omisión</i>	237
8. La "omisión por comisión".....	237
E. Concurrencia de leyes penales y concurrencia de delitos.....	238
1. Introducción.....	238
2. El concurso (aparente) de leyes penales.....	239
a) <i>Especialidad</i>	240
b) <i>Subsidiaridad</i>	240
c) <i>Consunción</i>	241
d) <i>Los actos posteriores copenados</i>	242
3. El concurso de delitos.....	243
a) <i>Unidad de acción</i>	244
b) <i>El concurso ideal</i>	249
aa) Unidad de acción y pluralidad de encuadramientos típicos. . .	249
bb) La consecuencia jurídica del concurso ideal.....	250
c) <i>El concurso real</i>	250
4. Concurrencia y "delito complejo" en el Código Penal español	251
índices.....	253

CAPÍTULO 1

CUESTIONES BÁSICAS

A. El derecho penal: concepto y función

1. EL DERECHO PENAL EN EL ORDEN SOCIAL: DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL

El derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. En este sentido, el derecho penal comparte su tarea con la ética y la moral aunque —como veremos— no puede identificarse con estas. Exteriormente considerado, el derecho penal procura alcanzar sus fines declarando ciertos comportamientos como indeseables y amenazando su realización con sanciones de un rigor considerable: sus sanciones son las más rigurosas que se conocen en el sistema social y los comportamientos a los que estas se conectan son —en principio— los más intolerables para el sistema social.

En este sentido, el derecho penal es un *instrumento de control social* que opera junto a otros instrumentos de idéntica finalidad. Se diferencia de los otros instrumentos de control social que tienen por medio la *sanción* o el *castigo*, por la manera *formal* en que se lo aplica y por su tendencia a una fundamentación más *racional* de la misma. Otras sanciones (éticas, por ejemplo) se manifiestan de una manera casi informal y espontánea; las del derecho penal, por el contrario, se ajustan a un procedimiento determinado para su aplicación y están preestablecidas de un modo específico en lo referente a sus alcances, duración, derechos que afecta, etc.

En la terminología moderna, el derecho penal, junto con los otros instrumentos de control social mediante sanciones, forma parte del *control social primario*, por oposición al *control social secundario*, que trata de internalizar las normas y modelos de comportamiento social adecuados sin recurrir a la sanción ni al premio (por ejemplo, el sistema educativo).

Desde este punto de vista, el derecho penal se vincula con el control social respecto de *comportamientos desviados* para los cuales el Estado (único titular del ejercicio de esta forma de control en las sociedades modernas) amenaza sanciones concretas. El concepto de *comportamiento desviado* se encuentra, por lo tanto, estrechamente vinculado al de control social. Sin embargo,

los comportamientos desviados no siempre son materia del derecho penal, razón por la cual, su identificación con comportamiento *criminal* sería totalmente errónea. Las sociedades realizan, por medio de órganos con competencia para ello y mediante procedimientos formales, una *selección* de comportamientos desviados que serán objeto del derecho penal. Los *criterios de selección* de estos comportamientos son de difícil sistematización. En parte actúan en el momento en que los órganos del Estado determinan que ciertos comportamientos serán perseguidos con penas del derecho penal. Pero, además, inciden también en el momento en que los órganos del control social (policía, fiscales, jueces de instrucción, tribunales, etc.) aplican las normas legales que prescriben las sanciones para dichos comportamientos. Aquí no es posible una sistematización de estos criterios de selección, pues ello es materia de la sociología criminal. Basta con decir que su complejidad e identificación es sumamente difícil: frecuentemente operan en forma inconsciente en las decisiones de los órganos de control social.

El derecho penal, contemplado desde esta perspectiva, cumple —junto con otros ordenamientos normativos— con una *función reparadora del equilibrio de un sistema social*, de la que vamos a ocuparnos más adelante, perturbado por el delito.

Delito, por lo tanto, entendido en el sentido más general de la expresión, será una forma de comportamiento desviado que se considera grave dentro de un sistema social y que es calificado de tal por órganos legislativos con competencia para ello. Lo que caracteriza a todo comportamiento desviado y, por consiguiente, también al delito es su divergencia con los modelos aceptados de conducta, es decir, con los comportamientos que cumplen con las expectativas sociales institucionalizadas. Estas expectativas se expresan en *normas*, o sea, a través de la comunicación de deseos en la forma de *órdenes* o *imperativos*. Una norma, en este sentido, puede caracterizarse como una orden que pone de manifiesto un comportamiento que no debe realizarse o reclama la realización de un comportamiento necesario para la conservación de un cierto estado social. Ejemplo de la primera variante sería la norma que dice "no debes matar"; ejemplo de la segunda, la que impone el pago de impuestos: "paga al Estado determinada cantidad de dinero en concepto de impuestos".

De esta forma, se puede afirmar que el derecho penal procura mantener un determinado equilibrio del sistema social, amenazando y castigando. El castigo entra en consideración cada vez que la amenaza fracasa en su intención de motivar. Sería falso, sin embargo, creer que solo se cometen aquellos delitos que se castigan. En realidad, es preciso distinguir entre delitos cometidos y delitos sancionados. La suma de delitos cometidos y la de los delitos sancionados no coincide. La diferencia es conocida como *cifra negra* de la delincuencia, expresión con la que se quiere designar a los casos no descubiertos pero que se sabe, con un grado plausible de seguridad, que han sido cometidos. El problema de la cifra negra varía considerablemente de delito a delito. La cifra negra del hurto o del aborto es generalmente muy alta, mientras que

en otros delitos no lo es tanto. El tema se vincula en la actualidad con el problema sociológico-criminal de los mecanismos de selección, de los que hemos hablado con anterioridad. La interpretación del significado de este fenómeno de la cifra negra ofrece muy diversas alternativas en la actualidad, sobre todo en la medida en que se parte de la base que la cifra negra no es una resultante casual del fenómeno criminal, sino que tiene un significado más profundo e, inclusive, una función social específica.

En resumen, cabe señalar que el derecho penal forma parte del "aparato de imposición" (PARSONS) necesario para el mantenimiento de la estabilidad de una sociedad. Se trata de la última instancia de dicho aparato: la que "consiste en la utilización de fuerza física para impedir acciones perturbadoras" (PARSONS, 28).

Particularmente, se puede distinguir entre control social, que se logra mediante medios de educación, y *control del delito*, que se limita a la utilización de medios coactivos (penas y medidas de seguridad) para doblegar el delito.

Bibliografía: T. PARSONS, *Recht u. soziale Kontrolle*, en "Studien und Materialien zur Rechtssoziologie", ed. por Hirsch y Rehbinder, 1967, pp. 121 y ss.; G. KAISER, *Kriminologie*, 8ª ed. 1981; F. SACK, en *Kleines Kriminologisches Wörterbuch* (KAISER, SACK, SCHELLHOSS), pp. 262 y ss. 298 y ss.; H. POPITZ, *Ueber die Präventivwirkung des Nichtwissens*, Dunkelziffer, Norm und Strafe, 1968.

2. EL DERECHO PENAL EN EL ORDEN JURÍDICO

En una consideración puramente jurídica, el derecho penal se caracteriza por ser un *conjunto de normas y de reglas para la aplicación de las consecuencias jurídicas que amenazan la infracción de aquellas*.

Lo que diferencia sustancialmente al derecho penal de otras ramas del derecho es, ante todo, la especie de consecuencias jurídicas que le son propias: las penas criminales (de privación de la libertad, de multa o de privación de derechos determinados) y las medidas de seguridad (medidas destinadas a impedir la reincidencia sin consideración al grado de responsabilidad individual). Pero además, la gravedad de la infracción de las normas que constituyen el presupuesto de la aplicación de la pena.

Según el interés que guíe el estudio del derecho penal, el objeto de investigación estará constituido por una descripción del comportamiento de los órganos de control social frente a determinados hechos sociales (básicamente, la jurisprudencia de los tribunales en materia criminal) o por el conjunto de disposiciones legales que estos invocan en la fundamentación de sus decisiones (básicamente, el Código Penal). En general, ambos aspectos son parte del interés de los juristas del derecho penal. Actualmente se percibe un creciente interés por el estudio de la práctica del derecho penal, es decir, por la jurisprudencia de los tribunales.

Como parte del ordenamiento jurídico, el derecho penal está constituido por enunciados que contienen, ante todo, *normas* y la determinación de las

infracciones de estas, que constituyen delitos (por ejemplo, el artículo del Código Penal que define el homicidio). Pero además, también forman parte del derecho penal, *reglas* donde se establecen qué presupuestos condicionan la responsabilidad penal por los delitos (por ejemplo, las que establecen la responsabilidad de los partícipes). Finalmente, el derecho penal contiene también enunciados que describen las *consecuencias jurídicas* que se prevén para la infracción de las normas, es decir, para los delitos.

El derecho penal objeto de este libro es, básicamente, el legislado en el Código Penal. La tarea que aquí se persigue es la de elaborar los instrumentos conceptuales que permitan una *aplicación racional* del derecho penal a los casos que son juzgados en la práctica judicial. El punto de vista que define el interés que guía esta exposición se vincula, en consecuencia, con las tareas concretas del juez, el fiscal o el defensor, es decir, con la decisión respecto del derecho que se debe aplicar a un caso determinado en la forma procesal que a tal efecto se establece. Por ese motivo, el punto de partida es la ley penal y no la jurisprudencia de los tribunales. Pero se interpretaría falsamente nuestro criterio si se creyera que la jurisprudencia no debe ser objeto de consideración de parte del jurista del derecho penal. Sólo se afirma que la ley es el *punto de partida*; pero no es el único objeto de consideración.

La aplicación racional del derecho penal a la solución de casos requiere la respuesta a dos preguntas: 1) *si* el hecho cometido es delito y 2) *cuál* es la pena que corresponde aplicarle. Mientras la primera pregunta sólo se puede contestar con *si* o *no*, la segunda exige determinar la *cantidad* de una determinada especie de pena (confr. NAUCKE, pp. 13 y ss.). La respuesta a la primera cuestión está dada por la *teoría del delito* (ver § m). La respuesta a la segunda, constituye la *teoría de la individualización de la pena*.

La *función del derecho penal* consiste en la *protección de bienes jurídicos*. Se trata, por lo tanto, de la *prevención* de la lesión de bienes jurídicos. Este punto de vista puede ser concretado, en principio, de dos maneras diferentes. En primer lugar, se puede sostener que la protección de bienes jurídicos debe tomar en cuenta sólo aquellas acciones que representan por lo menos un peligro objetivo de lesión del bien, prescindiendo por lo tanto, al menos inicialmente, de la dirección de la voluntad del autor: mientras no haya una acción que represente un peligro para un bien jurídico, considerando este peligro objetivamente y sin tener en cuenta la tendencia interior del autor, no habrá intervención del derecho penal. La tarea del derecho penal para este criterio, comenzaría con el peligro *real* para el bien jurídico protegido.

En segundo lugar, la protección de bienes jurídicos puede comenzar ya donde se manifiesta una *acción disvaliosa*, aunque el bien jurídico mismo todavía no haya corrido un peligro concreto. En este caso la peligrosidad de la acción dependería de la dirección de la voluntad del autor a la lesión del bien jurídico y no de la proximidad real de la lesión del bien jurídico.

El primer punto de vista fue dominante desde VON LISZT (1881) hasta los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, durante los cuales fue perdiendo lentamente terreno. El segundo, fue representado por WELZEL: "La

tarea del derecho penal es la protección de bienes jurídicos mediante la protección de valores ético-sociales elementales de acción" (confr. *Lehrbuch*, p. 5). En la elaboración de la teoría del delito ambos puntos de partida han conducido a diversas configuraciones de los respectivos sistemas (confr. *supra* § ni, A, 1 y 2). El criterio que parte del peligro del bien jurídico realmente corrido o concretado en lesión, dio lugar a una teoría del delito propia del positivismo que encontró en la causación de un resultado (por ejemplo, lesiones corporales) un principio legitimante para remontarse a un juicio sobre la personalidad del autor (*derecho penal de autor*); VON LISZT: "Se pregunta ¿qué merece el hurto, la violación, el asesinato, el falso testimonio? en vez de preguntar ¿qué merece este ladrón, este asesino, este testigo falso, este violador?... No se castiga al concepto sino al autor" (*Strafr. Vort.u. Aufg.* i, p. 175). La otra teoría mantuvo como base un *derecho penal de acción*.

Sin embargo, la oposición de criterios que hemos analizado ha sido mitigada con frecuencia y en ocasiones se llegó a puntos de vista intermedios que combinaron aspectos de uno y otro. Precisamente la búsqueda de puntos intermedios y de síntesis de ambos extremos, caracteriza la tarea de la ciencia del derecho penal en la actualidad.

Mientras la *función preventiva* del derecho penal es prácticamente indiscutida en la teoría, no es tan pacífica la opinión que acepta para este una *función represiva*, entendiendo por tal "no la expresión del esfuerzo por realizar mediante la justicia penal mundana un ideal moral absoluto, sino el medio necesario para alcanzar la protección de la sociedad *de un modo justo*" (JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 3). Se trata, de todos modos, de una función de ratificación de determinados valores sociales o de ciertas normas de ética social.

La función preventiva del derecho penal es consustancial con las teorías de la pena que ven en esta un medio de prevención del delito (teorías relativas). Por el contrario, la función represiva o la finalidad de ratificación de normas de ética-social está ligada a las teorías que, de alguna manera, fundamentan la pena en la idea de justicia (teorías absolutas). La circunstancia de que hoy dominen entre nosotros las teorías llamadas de la unión, que articulan prevención y represión, determina por tanto que se reconozca al derecho penal funciones preventivas y represivas a la vez. En otras palabras: *la función del derecho penal depende de la concepción de la pena que se siga*.

No es un tema independiente que se pueda tratar idénticamente para todos los puntos de vista que informan el derecho penal. La decisión sobre cuál es "la función del derecho penal que debe prevalecer sobre la restante, es decir, la relación jerárquica que existe entre ambas funciones, se hace depender de puntos de vista más generales y se conecta con la concepción del Estado. Un Estado más liberal tenderá, quizá, a acentuar una función preventiva, ético-socialmente neutral o, por lo menos, más neutral. Un Estado menos liberal, por el contrario, daría preferencia a la ratificación de una ética-social. Esta relación de las teorías sobre la función del derecho penal y las concepciones del Estado, es la que domina en la actualidad. Hasta qué punto un acentuamiento de las funciones preventivas es garantía de un Estado más liberal es,

en nuestra opinión, dudoso: la pregunta no se puede contestar definitivamente mientras no se precise cuál es el contenido preventivo de un derecho penal concreto y cuál sería el contenido ético-social que quisiera dársele al derecho penal represivo concreto del que se habla. Frente a una ética-social muy tradicional, una selección más liberal de los bienes jurídicos a proteger dará como resultado un derecho penal más liberal (ejemplo de este último es la reforma más o menos reciente del derecho penal sexual). Pero de una selección de bienes jurídicos a proteger con la pena basada en una concepción menos liberal del Estado puede resultar también un derecho penal que acentuando el fundamento preventivo de la pena reduzca considerablemente la libertad.

Por lo general, se sostiene que la función preventiva y la función represiva del derecho penal se vinculan respectivamente con concepciones *racionales* e *irracionales*. Esta afirmación sólo es válida en la medida en que la función preventiva está siempre ligada a la obtención de una finalidad social útil concreta, mientras que la función represiva tiende primordialmente a satisfacer emocionalmente el deseo de castigo frente a ciertos comportamientos, con prescindencia de su utilidad.

Las reformas penales de los años 60 en Europa se han caracterizado por una neta preponderancia de las tendencias más racionales. Por el contrario, las reformas más recientes en América Latina no han problematizado la cuestión de la función del derecho penal en la sociedad, sino, buscado simplemente una mejor conformación técnico-jurídica de las leyes penales (por ejemplo el Código Penal de *Brasil* de 1969; Código Penal de *Bolivia*, de 1970; Código Penal de *Costa Rica* de 1970; Código Penal *Cubano* de 1979; Código Penal de *Colombia*, de 1980). Estas reformas han definido su tarea como jurídica y no como social. Sin embargo, es dudoso que tenga alguna utilidad una reforma meramente jurídica que, a la vez, no implique una reforma para el mejoramiento social. Esta es la razón por la que la trascendencia del Proyecto de Código Penal Tipo para América Latina es en verdad muy reducida y sólo puede tomarse en cuenta como un modelo para la *unificación* del derecho penal, pero no como un verdadero modelo de reforma. En todo caso, como modelo de unificación, no es recomendable.

B. Los conceptos fundamentales del derecho penal

Hemos definido la función del derecho penal como la protección de bienes jurídicos. Esta función no es, por supuesto, exclusiva del derecho penal, sino que este la comparte con todo el ordenamiento jurídico. Lo que diferencia al derecho penal de otros sectores del ordenamiento jurídico es que este dispone de los medios más poderosos del Estado para alcanzar su objetivo: la pena y las medidas de seguridad. Estas son, por lo tanto, la consecuencia jurídica de un tipo específico de ilicitudes que se denominan delitos en forma genérica. Es decir: el derecho penal se caracteriza porque conecta reacciones específicas a ilícitos específicos. Los conceptos fundamentales de este sector del ordena-

miento jurídico estarán constituidos por el *delito*, o sea, la especie de ilicitud a la que se conectan las reacciones, y la *pena* (y las *medidas de seguridad*), en otras palabras, la especie de consecuencias jurídicas que caracterizan al derecho penal.

1. RELACIÓN DE LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES CON LA OPCIÓN DERECHO PENAL DE HECHO—DERECHO PENAL DE AUTOR

Los conceptos fundamentales del derecho penal dependen básicamente de que este quiera referirse a *hechos*, descalificados de alguna manera, o bien a los *autores* de ciertos hechos. Según esta oposición es posible estructurar el derecho penal sobre el "principio del hecho" y sobre el "principio del autor" (confr. BOCKELMANN, *Studien zum Täterstrafrecht*, i, 1939, n-1940). En ambos casos, tanto el concepto de delito como el de pena sufrirán modificaciones paralelas. Sin embargo, no se trata de una oposición excluyente: en la historia del pensamiento penal se han dado diferentes intentos de síntesis que difieren entre sí por la intensidad relativa que se atribuye a cada principio en la elaboración del sistema penal.

En el *derecho penal de hecho*, este es contemplado en primer término: lo primario es la lesión del orden jurídico o del orden social; el autor, es decir, sus características personales, sólo entran en consideración en forma secundaria. Ello significa que las características personales del autor carecen por sí solas de entidad para dar por cumplidos los *presupuestos* para la aplicación de una pena. Por lo general, dichas características personales se toman en cuenta —si es que se las toma en cuenta— en el momento de la individualización de la pena aplicable por el hecho cometido.

En el *derecho penal de autor* el hecho tiene solamente una *función sintomática* (confr. O. TESSAR, *Die symptomatische Bedeutung des Verbrecherischen Verhalten*, 1904; también KOLLMANN, "Der symptomatische Verbrechenbegriff" en *ZStW*28, pp. 449 y ss.) y los tipos penales *legales* requieren ser complementados por un tipo *judicial* de autor (confr. *infra* 2. c).

El derecho vigente es claramente un derecho penal de hecho. Una excepción a esta afirmación está constituida en *España* por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (Ley 16/1970 de 4.8.1970), o en *Venezuela* por la Ley de Vagos y Maleantes (*Gaceta Oficial* núm. 25.129 de 16.8.1956). La ley española dice que sus normas no integran una ley penal "construida objetivamente sobre hechos y tipos de delito, sino sobre una serie de preceptos en función de determinadas categorías subjetivas de peligro" (Exposición de Motivos). La circunstancia de que la Constitución española en su art. 25.1 establezca que "nadie puede ser condenado o sancionado (sino) por *acciones* u *omisiones*" y que esta fórmula se refiere no sólo a las penas ("condenado") sino también a otras consecuencias jurídicas penales o equivalentes ("sancionado") que no sean penas, permite dudar fundadamente de la constitucionalidad

de una ley como la de "Peligrosidad y Rehabilitación Social". La compatibilidad, en consecuencia, de un derecho penal de autor en sentido estricto con las exigencias constitucionales, es dudosa.

2. EL DELITO

La definición del delito de un derecho penal de hecho podría encararse, en principio, desde dos puntos de vista. Si lo que interesa es saber lo que el derecho positivo considera delito (problema característico del juez), la definición podría lograrse recurriendo a la consecuencia jurídica del hecho concreto; en este sentido, será delito todo comportamiento cuya realización tiene prevista una pena en la ley. Por el contrario, si lo que interesa es saber si determinado hecho debe prohibirse bajo la amenaza de una pena (problema característico del legislador) esa definición no servirá, pues no podrá referirse a la pena, sino al contenido de la conducta (confr. STRATENWERTH, *Strafrecht* i núm. 49). Dicho de otra manera: la definición del delito dependerá, en principio, de si lo que quiere caracterizarse son los comportamientos *punibles* o los *merecedores de pena*. El primer concepto dio lugar a un llamado *concepto "formal"* del delito, mientras el segundo fue designado como *concepto "material"* del mismo. Sobre todo, bajo el imperio del positivismo legal ambos conceptos se mantuvieron estrictamente separados en razón de la particular distinción del positivismo de la aplicación del derecho y la creación del derecho, es decir, la dogmática jurídica y la política (confr. KELSEN, *Hauptprobleme*, pp. 84 y s).

Sin embargo, en la medida en que se impuso el método teleológico, la línea divisoria dejó de tener la significación atribuida y las cuestiones del comportamiento *punible* y del *merecedor de pena* se relacionaron estrechamente en el campo de la dogmática jurídica (o sea en el momento de la aplicación de la ley).

Por lo tanto, en la dogmática orientada por el método teleológico de interpretación de la ley, una caracterización de los hechos merecedores de pena resulta ser un presupuesto inevitable para la determinación de los hechos punibles.

a) *El delito como hecho consistente en la violación de deberes ético-sociales*

¿Qué determina que un hecho sea "merecedor de pena"? la respuesta a esta pregunta ocupa desde hace muy poco a la ciencia penal (confr. SCHMID-HÁUSER, *Strafrecht*, pp. 27 y ss.) y, en consecuencia, es muy poco lo que hoy es posible decir al respecto. Sin embargo, parece claro que una primera respuesta consiste en referir el hecho a un orden de valores diverso del jurídico, entendiendo, por ejemplo, que el orden estatal se compone de dos ordenamientos jurídicos: uno, el *social*, compuesto de las ideas morales generales de las que surgen las exigencias fundamentales de la vida social, y otro, el *estatal*,

que es su expresión (así SCHMIDHÄUSER, *loe. cit.* p. 8; también, aunque con otra formulación, WELZEL, *Lehrbuch*, p. 5: el delito sería una contradicción de "deberes ético-sociales elementales"). El delito, en el sentido de comportamiento "merecedor de pena" consistiría en la *infracción de ciertos deberes éticos*.

b) *El delito como hecho socialmente dañoso*

Para un derecho penal que deba respetar una estricta separación de derecho y moral —como *no* solamente el positivismo jurídico exige— este punto de vista no resulta ser el más adecuado. Por ese motivo, la orientación moderna cree resolver el problema definiendo al delito desde el punto de vista de su *donosidad social*. Los comportamientos merecedores de pena serían aquellos que produjeran daño social. Pero esta fórmula es excesivamente amplia. Tanto que ni siquiera es totalmente opuesta a la anterior, pues siempre cabría la posibilidad de considerar como socialmente dañoso a lo que represente una lesión de "valores ético-sociales elementales".

Sin embargo, la teoría en su afán de mantener una estricta separación de derecho y moral quiere referirse fundamentalmente a la *lesión de bienes jurídicos*. La lesión de un bien jurídico sería, entonces, contenido esencial de la infracción del orden jurídico que se caracteriza como delito. De ello se ha deducido que un principio fundamental del derecho penal es la exigencia de que todo delito constituye por lo menos la lesión de un bien jurídico. Pero el concepto de bien jurídico es particularmente discutido. En la medida en que bienes jurídicos sean todas aquellas situaciones o valores que el legislador quiera proteger, prácticamente *todo* delito, es decir, *toda* amenaza de pena referida a un comportamiento determinado, protegerá un bien jurídico que será lisa y llanamente la finalidad perseguida por el legislador (así HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten* (i), 1919). Bajo estas condiciones, el principio fundamental pierde evidentemente todo significado. El principio fundamental requiere, lo mismo que el concepto de delito que estamos tratando, una determinación del concepto de bien jurídico que no sea deducido del derecho positivo (confr. HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973). Dicho en otras palabras: la teoría del bien jurídico cumpliría una función "dogmática" (en la interpretación de la ley) y otra "crítica" (cuando trata de identificar el objeto de la lesión constitutiva de un delito). Sin embargo, esta aclaración no logra resolver todos los problemas aunque impide, al menos provisionalmente, el aumento de la confusión.

En este sentido, "bien jurídico" ha sido entendido como "el interés protegido jurídicamente" (VON LISZT, *Lehrbuch*, 23 ed., p. 4). "Todos los bienes jurídicos —agrega VON LISZT— son intereses vitales, intereses del individuo o de la comunidad: los intereses no los crea el ordenamiento jurídico sino la vida; pero la protección jurídica eleva el interés vital a bien jurídico" (*loe. cit.*).

En las consecuencias, de todos modos, el referir el daño social a la lesión del bien jurídico no logra grandes progresos en relación al problema de la

estricta separación del derecho penal y la moral. Pues la determinación de *qué intereses* merecen protección proviene de concepciones de la vida social cuyas vinculaciones con la ética o la moral son innegables. El propio VON LISZT lo reconocía: "La necesidad —decía (*loc. cit.*)— crea la protección y con el cambio de intereses cambia también el número y la especie de los bienes jurídicos. Por ello, las normas jurídicas están enraizadas, en última instancia, tanto en la sabiduría como en las concepciones religiosas, éticas y estéticas del pueblo del Estado; ellas encuentran aquí su sostén firme y apoyado en la tierra y reciben de allí el impulso para su desarrollo".

Toda selección y ordenación jerárquica de bienes jurídicos, por tanto, presupone una concepción social y consecuentemente también ética. La decisión del legislador de penalizar ciertos comportamientos lesivos de intereses sociales presupone que el mismo legislador considera positivamente esos intereses, es decir, los reputa merecedores de tutela y, además, les asigna un rango de importancia en el orden de intereses, rango del que deduce la legitimidad de protegerlos mediante una amenaza penal. "La respuesta de la pregunta referente a qué es lo que en una sociedad debe tenerse por socialmente dañoso no queda reservada, ciertamente, al puro arbitrio, pero la dañosidad social concreta de un fenómeno social sólo puede definirse en forma relativa, con referencia a decisiones estructurales previas" (AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 368).

La discusión relativa a la teoría del bien jurídico adquirió significación política inmediata cuando el punto de vista tradicional que, desde BINDING y VON LISZT, concebía el delito como lesión de un bien jurídico, fue considerado como "un producto característico de la ideología del Estado del liberalismo clásico" (SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, p. 9). La teoría del bien jurídico y la concepción del delito que en ella se apoyaba fue entonces atacada en nombre de la ideología anti-individualista del nacional-socialismo (confr. SCHAFFSTEIN-DAHM, "Liberales oder autoritäres Strafrecht?", 1933, pp. 24 y ss.; Gallas, "Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung", en *Festf. Gleispach*, 1936, pp. 50 y ss.; ERIK WOLF, *Vom Wesen des Täters*, 1932, pp. 34 y ss.). En la defensa de la concepción del delito como lesión de un bien jurídico se exageró, sin duda, el valor de esta teoría y su capacidad para preservar una sociedad liberal. Esto fue en verdad consecuencia de haberse soslayado lo referente a la selección y atribución del rango jerárquico de los bienes jurídicos, es decir, del proceso de criminalización de los comportamientos lesivos de aquellos.

c) *El delito como expresión de un sentimiento jurídico depravado*
(derecho penal de autor)

Tanto la concepción del delito como "infracción de deberes ético-sociales" como la que considera que el delito es una acción "socialmente dañosa", entendiendo por tales las que lesionan bienes jurídicos, son puntos de vista

que vinculan la definición del delito a la *comisión de un hecho* (y eventualmente a la omisión de un comportamiento). Frente a ellas se ha procurado desplazar el centro de gravedad de la definición desde el hecho al *autor* o, dicho de otra manera, a la *actitud del autor*. (confv. ERIK WOLF, *Vom Wesen des Täters*, 1932). Para este punto de vista, "según su esencia el autor es un miembro personal de la comunidad jurídica con un sentimiento jurídico depravado" (ERIK WOLF, *loe. cit.*, p. 16). Pero además, todo "hecho legalmente tipificado no puede comprobarse si no se lo complementa mediante una tipificación judicial del autor". Estos tipos *no* deben ser descripciones empíricas (biológicas, psicológicas o sociológicas) (*loe. cit.*, p. 26). Estos aspectos sólo deberían tomarse en cuenta en el momento de la individualización de la pena. Por una parte, la base irracional de este punto de vista y, por otro, su innegable cercanía con la ideología del nacionalsocialismo o con corrientes autoritarias afines, ha hecho caer esta tendencia en cierto descrédito científico. Fue abandonada en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, ciertas referencias a la actitud del autor se perciben todavía en la teoría de la culpabilidad, aunque no en todos los autores.

Como conclusión de esta exposición cabe ahora referirse a la elección de uno de los puntos de partida del derecho penal. Se trata de puntos de vista primeros que no es posible fundamentar sino en una decisión. Para una aclaración de este proceso de decisión cabe señalar que los puntos de vista del *derecho penal de hecho* —aquellos que ven en el delito la infracción de deberes ético-sociales representado por la lesión de un bien jurídico— *no garantizan*, pero permiten desarrollar los principios del derecho penal liberal. Por el contrario, el *derecho penal de autor*, sobre todo en la forma en que fue concebido por ERIK WOLF y otros autores, pone seriamente en peligro los principios del derecho penal liberal, cuando no los anula.

3. LA PENA

La materia del tema de las consecuencias jurídicas propias del derecho penal se puede caracterizar como la teorización en esta rama del derecho de los puntos de vista que consideran al derecho penal como un instrumento al servicio del valor *justicia* frente a los que lo entienden como un instrumento que debe servir prioritariamente al valor *utilidad*. La primera concepción guarda una mayor relación con la moral, mientras que la restante se vincula más con la política social.

El enfrentamiento radical de estos puntos de vista, dio lugar a partir del último cuarto del siglo pasado, a la llamada "lucha de escuelas", que no es en verdad otra cosa que una disputa en torno a los principios legitimantes del derecho penal. Mientras la llamada Escuela Clásica mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las "teorías" absolutas de la pena, la

Escuela Positiva proponía como único criterio el de la utilidad expresándolo por medio de las "teorías" relativas modernas de la pena.

Esta oposición de fundamentos legitimantes vincula la cuestión de la pena con la concepción del Estado y con los poderes penales de este. En general, se puede decir que la Escuela Clásica concebía los poderes penales del Estado de una manera más estrecha que la Escuela Positiva. La idea de "defensa social" permitía a esta última justificar la intervención del Estado con el poder penal allí donde los clásicos carecían de la posibilidad de hacerlo.

En la actualidad y en lo que va del presente siglo la historia del derecho penal se expresa en el intento de sintetizar los dos puntos de vista opuestos. El criterio utilitario es aceptado en lo que mitiga el rigor del principio de la justicia (por ejemplo, en la condena condicional y en la libertad condicional), y sólo en parte en lo que resulta ser más riguroso que este (por ejemplo, mientras se admite con diferente intensidad, según los ordenamientos jurídicos, la agravación de penas para el reincidente y habitual, no se da cabida, en general, a la sentencia indeterminada).

"Desde hace más de dos mil años se ha intentado responder a la pregunta por la naturaleza de la pena con un gran número de puntos de vista, razón por la cual apenas resulta pensable que puedan existir nuevas respuestas" (HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, AT, 1967, p. 24). Estas respuestas han sido formuladas como *teorías de la pena*. Sin embargo, cabe señalar que las "teorías" de la pena sólo son tales, en la medida en que la expresión teoría se tome en sentido amplio. En realidad, no se trata de teorías, sino de *principios* o *axiomas legitimantes*, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término. Por tanto, las "teorías" de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el "ser" de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino a otra pregunta: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?

a) *Teorías absolutas*

Una primera respuesta corresponde a las llamadas "*teorías absolutas*". La pena será *legítima*, según ellas, si es la retribución de una lesión cometida culpablemente. La lesión del orden jurídico cometida libremente importa un abuso de la libertad que es reprochable y, por lo tanto, culpable. El *fundamento* de la pena será exclusivamente la *justicia* o la *necesidad moral* (confr. HELLMUTH MAYER, *loc. cit.* p. 26). Las teorías absolutas, en consecuencia, legitiman la pena si esta *es justa*. La *pena necesaria*, para estas teorías, será aquella que produzca al autor un mal (una disminución de sus derechos) que compense el mal que él ha causado libremente.

La *utilidad* de la pena queda totalmente fuera del fundamento jurídico de la misma. Sólo es legítima la pena justa, aunque- no sea útil. Así como una pena útil, pero no justa, carecerá de legitimidad.

Los representantes más caracterizados de esta concepción son KANT (*Methaphysik der Sitten*, 1797, 11ª parte, I.E.) y HEGEL (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, §§ 90 y ss.).

Contra las teorías absolutas (o de la retribución) se argumenta básicamente que: a) carecen de un fundamento empírico y b) que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena *se suma* al mal del delito.

En favor de las teorías absolutas se puede sostener que impiden la utilización del condenado para fines preventivos generales, es decir, para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de penas al que ha cometido un delito (lo que no necesita guardar relación con la gravedad del mismo) y que, por tanto, pueden estar condicionadas por la tendencia general a delinquir a la que el autor del delito es ajeno. En otras palabras, impide sacrificar al individuo en favor de la generalidad.

b) *Teorías relativas*

Las "*teorías relativas*" procuran legitimar la pena mediante la obtención de o la tendencia a obtener un determinado fin. Su criterio legitimante es la *utilidad* de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una "*teoría*" *preventivo-general* de la pena. Si por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos ante una "*teoría*" *preventivo-especial o individual* de la pena.

La *prevención general* no es cuestionada, bajo ciertas circunstancias, en el momento de la amenaza de la pena: por ejemplo, cuando el Código Penal español en su art. 407 amenaza con privación de libertad al que matare a otro. El problema es diferente en el momento de la individualización de la pena: cuando debe fijarse la pena merecida por el autor dentro del máximo y del mínimo; en este caso, las consideraciones preventivo-generales que conduzcan a una pena superior a la que corresponda por la gravedad del hecho carecen de legitimidad según la opinión más acorde con los principios constitucionales (confr. HASSEMER, en HASSEMER, LÜDERSSSEN, NAUCKE, *Hauptprobleme der General-právention*, 1979, pp. 29 y ss.). Por otra parte, la existencia empírica de un efecto preventivo-general de las penas ejecutadas no ha sido hasta ahora comprobada convincentemente y, además, es difícil que pueda serlo en algún momento.

El representante más caracterizado de las "*teorías*" preventivo-generales es FEUERBACH, quien sostuvo que era "una preocupación del Estado que se hace necesaria por el fin de la sociedad que aquel que tenga tendencias antijurídicas, sea impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias" (*Revisión der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1979, i, p. 43). La amenaza de la pena tendría precisamente esta

función de disuadir. Pero ello permite —como se ha objetado— elevar las penas indefinidamente, pues cuanto más grave sea el mal amenazado, más grave sería el efecto intimidante. Por este motivo, la prevención general requiere, en todo caso, límites que no se pueden extraer de su propia lógica y que deben ser, por decirlo así, *externos* (por ejemplo, la culpabilidad del autor).

La *prevención especial* ha sido sostenida en diferentes momentos de la historia del derecho penal. Su fundamento es siempre el mismo: la comisión de un delito contiene la amenaza de futuras lesiones del orden jurídico; por lo tanto, la pena debe servir para evitar esos futuros delitos, ya que el que se cometió no puede desaparecer del mundo. Los autores más antiguos (por ejemplo, GROLMAN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 1798) sostuvieron que el *mal* de la pena debía actuar sobre el autor para que su impulso delictivo se convirtiera en lo contrario, la inhibición del impulso (*loe. cit.*, § 15).

La fisonomía de esta "teoría" cambió cuando el positivismo hizo de ella su teoría de la pena. Con sus nuevas características la "teoría" preventivo-especial se convirtió en el siglo xx en el punto de partida de lo que se puede llamar el derecho penal moderno, pues sobre su base se orientaron las reformas legislativas de los códigos penales del siglo xix.

La moderna "teoría" de la prevención especial se caracteriza por el desplazamiento del acento del derecho penal desde el hecho cometido al autor mismo: "El punto de vista dominante —decía VON LISZT en su famoso *Programa de Marburgo* en 1882— determina la pena en relación a un hecho que parece no haber sido cometido por ningún autor..." "No es el concepto sino el autor lo que debe sancionarse" (*Straf. Vortr.u.Aufs.*, i, 1905, p. 175). Esta, agregaba VON LISZT, era la manera de concebir correctamente la pena retributiva: "Represión y prevención no constituyen oposición alguna" (*loe. cit.*, p. 175).

La pena en consecuencia, "es prevención mediante represión" (VON LISZT, *loe. cit.*, p. 176). Pero la manera de llevar a cabo este programa requiere que la finalidad preventivo-especial de la pena se investigue en función de las distintas categorías de delincuentes y no, como hasta entonces de manera uniforme para cualquier autor. Para ello la ciencia del derecho penal debía atender a los resultados de las investigaciones antropológicas y sociológicas referentes a los delincuentes. Si se parte de la base que la protección de bienes jurídicos mediante la pena requiere de estas tres finalidades diversas: *corrección, intimidación e inocuización* (VON LISZT, *loe. cit.*, p. 164), cabría poner en relación estos fines con las tres diferentes *categorías de delincuentes* que proporciona la antropología criminal, sobre todo, a través de las investigaciones de LOMBROSO (*L'Uomo delinquente*, 1876) y FERRI ("Studi critici sull'Uomo delinquente di Lombroso" en *Rev. Europea* (De Gubernatis) 1878, p. 283) El resultado de esta combinación de los fines de la pena con la clasificación de los delincuentes en diversas categorías empíricamente formuladas fue e siguiente:

La pena debía servir para:

- a) *corrección* del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección
- b) *intimidación* del delincuente que *no* requiere corrección;

c) *inocuidación* del delincuente que carece de capacidad de corrección (confr. VON LISZT, *loe. cit.*, p. 166).

Por delincuentes que carecen de capacidad de corrección entendió VON LISZT a los *habituales* (*loe. cit.*, pp. 166 y ss.). Los delincuentes que requieren corrección y que son susceptibles de ella son los "*principiantes de la carrera delictiva*" (VON LISZT, *loe. cit.*, p. 171). Los que no requieran corrección son los delincuentes *ocasionales* (VON LISZT, p. 172).

Bajo el influjo del positivismo las clasificaciones de delincuentes respecto de los que se hacía necesario determinar las diversas finalidades preventivo individuales de la pena no fue uniforme ni mucho menos. FÍRRI —sin duda el que vislumbró antes que ninguno la posibilidad, luego teorizada por VON LISZT— proponía en 1878 una clasificación diversa de la defendida por este. Para FÍRRI la clasificación de VON LISZT se habría basado sólo en un criterio *descriptivo* (básicamente de la "corregibilidad" del delincuente) (confr. *Principia di Diritto Criminale*, 1928, p. 264), mientras lo verdaderamente importante era una clasificación apoyada en el criterio *genético*. Desde este punto de vista los delincuentes debían clasificarse en:

- a) Delincuentes natos o instintivos o por tendencia congénita;
- b) Delincuentes locos;
- c) Delincuentes habituales;
- d) Delincuentes ocasionales;
- e) Delincuentes pasionales.

No es posible afirmar que entre la clasificación de FERRI y la de VON LISZT existan diferencias sustanciales y que estas sean consecuencia de la aplicación del "criterio genético" propuesto por el primero. En general, hay una amplia coincidencia.

A partir de la década del 60 la prevención especial experimentó una nueva transformación de su fisonomía. Las clasificaciones de delincuentes que habían guiado la definición de los fines preventivo-individuales de la pena fueron abandonadas y dieron paso a conocimientos pedagógico-sociales mucho más evolucionados. En primer lugar, el fin de la pena se definió de una manera uniforme a través del concepto *de resocialización*. Se procuró dar cabida, en segundo lugar, a las consideraciones que ponen de manifiesto la *co-responsabilidad de la sociedad* en el delito, abandonando el causalismo antropológico y biológico de la época anterior, cuyo déficit de verificación empírica lo hacía científicamente insostenible. En tercer lugar, se subrayó la *importancia de la ejecución penal basada en la idea de tratamiento*.

Los tres criterios orientadores de la más moderna concepción de la prevención especial están actualmente sometidos a fuertes discusiones que provienen tanto del pensamiento más conservador como del más radical. Quienes parten de la co-responsabilidad social en el fenómeno de la delincuencia niegan el derecho de la sociedad a "resocializar" al autor y proponen la "resocialización de la sociedad". Quienes, por el contrario, representan puntos de vista conservadores subrayan el fracaso de la idea de tratamiento y postulan —generalmente con una retórica profundamente individualista— un retorno a las ideas penales clásicas de las teorías absolutas de la pena. De todos modos, es de señalar

la frecuencia con que el argumento del fracaso del **tratamiento es utilizado** también para atacar la idea de resocialización-.

c) *Teorías de la unión*

Un tercer grupo de teorías está compuesto por las llamadas "*teorías de la unión*". Estas tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una teoría unificadora. Por lo tanto, se trata de teorías que procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. Dicho en otras palabras, la pena será legítima para estas teorías, en la medida en que sea a la vez *justa y útil*. Los valores justicia y utilidad que en las teorías absolutas resultan excluyentes y en las relativas son contempladas sólo a través de la preponderancia de la utilidad (social), resultan unidos en las "teorías" que estamos tratando.

Las "teorías" de la unión deben admitir que el fin represivo y el preventivo de la pena pueden no coincidir e inclusive ser antinómicos. La pena justa con respecto al hecho cometido puede ser insuficiente con referencia al autor del mismo y las necesidades preventivas que este plantea a la sociedad. Este conflicto de fines y de criterios legitimantes debe resolverse, como es lógico, optando por uno de ellos al que se otorga preponderancia sobre el otro.

Esto permite configurar dos orientaciones diversas de las "teorías" de la unión.

La primera de ellas da *preponderancia a la justicia* sobre la utilidad, es decir, a la represión sobre la prevención. De acuerdo con esto, la utilidad de la pena puede contemplarse legítimamente siempre y cuando no se requiera ni exceder ni atenuar la pena justa (confr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, A. T., p. 63).

La segunda orientación de las "teorías" de la unión distribuye en momentos distintos la incidencia legitimante de la utilidad y la justicia. La utilidad es el fundamento de la pena y, por lo tanto, sólo es legítima la pena que opere preventivamente. Pero la utilidad está sujeta a un límite: por consiguiente, sólo es legítima mientras no supere el límite de la pena justa. En la práctica esto significa que la pena legítima será siempre la pena necesaria según un criterio de utilidad y que la utilidad dejará de ser legitimante cuando la pena necesaria para la prevención supere el límite de la pena justa (confr. ROXIN, *Grundlagenprobleme*, pp. 1 y ss.).

La segunda orientación tiene mejores perspectivas desde el punto de vista de la política social y, por tanto, es preferible.

Una decisión en favor de una de las teorías o variantes de las teorías que hemos presentado *no es posible*, pues —como lo hace notar NAUCKE, *Einführung*, p. 55— los argumentos contradictorios "proviene de campos que no resultan comparables". En la actualidad, los juristas del derecho penal, tanto en la teoría como en la práctica, sólo pueden trabajar con una serie de criterios justificantes o legitimantes de la pena en distintos momentos de su dinámica: el momento de la *amenaza*, de la *aplicación* y de la *ejecución*.

En este sentido, ROXIN ha propuesto una concepción "dialéctica" de la pena, "en la medida en que acentúa la oposición de los diferentes puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis" (*Grundlagenprobleme*, p. 28). La forma de alcanzar esa síntesis consiste, según ROXIN, en que en el momento de la amenaza, el fin de la pena es la prevención general (*loc. cit.*, p. 16); en el de la determinación de la pena, los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad; y en el momento de la ejecución, adquieren preponderancia los fines resocializadores (prevención especial).

4. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Desde que CARL STOOSS propuso en 1894 en el Anteproyecto de Código Penal suizo un sistema doble de consecuencias jurídicas del delito, unas condicionadas por la culpabilidad del autor y otras que no presuponen dicha culpabilidad, se habla de sistema "dualista" o de "doble vía", queriéndose subrayar con esto que, junto a las penas, el sistema prevé también *medidas de seguridad y corrección*. Tal sistema se denomina *dualista* por oposición al monista que sólo prevé penas o medidas.

La existencia de un sistema dualista es sólo comprensible en una perspectiva histórica que presupone una ampliación del derecho penal moderno frente al que podemos llamar clásico. El derecho penal clásico sólo admitía la legitimación de la pena en la medida en que el autor hubiera actuado *culpablemente*, es decir, de tal manera que el ejercicio impropio de la libertad por parte del autor del delito fundamentara él reproche expresado en la pena. La extensión del poder penal del Estado a otras situaciones que se caracterizaban precisamente por *no ser reprochables* al autor y que procuran simplemente "ya sea la adaptación del individuo a la sociedad o la exclusión de la misma de los que no son susceptibles de tal adaptación" (VON LISZT, *Lehrbuch*, 23 ed., p. 246) no podía tener idéntico fundamento que la pena. Mientras la pena encontraba su fundamento en la culpabilidad, las medidas lo tenían en la peligrosidad del autor. Dicho en otras palabras: para un derecho penal fundado en la idea de las "teorías" absolutas de la pena, la "otra vía" sólo era posible en tanto se reconociera que junto al principio legitimante de la *justicia* era posible admitir otras intervenciones del Estado basadas en la utilidad.

La fundamentación de un sistema dualista no es obvia ni mucho menos. Una estricta separación entre penas y medidas sólo es posible en tanto la pena se entienda desde el punto de vista de las teorías absolutas. Por el contrario, la fundamentación se torna especialmente discutida cuando la pena se concibe según las "teorías" de la unión.

En efecto, las "teorías" relativas de la prevención especial a partir de VON LISZT carecían de la posibilidad conceptual de distinción porque pena y medida tenían el mismo fin: incidir sobre el autor para evitar la reincidencia. Desde este punto de vista es comprensible que VON LISZT afirmara que "si

la medida de seguridad se conecta a la comisión de una acción punible, es posible que asuma en ella la esencia de la pena (un mal vinculado a un juicio de disvalor), y esto inclusive desde el punto de vista de la teoría de la retribución. En tanto esta teoría admite, aunque sólo sea secundariamente, la persecución de la corrección y la seguridad, cabe afirmar que la pena penetra en el terreno de la medida de seguridad", (*loe. cit.*, p. 247). Este mismo pasaje de VON LISZT explica por qué motivo las "teorías" de la unión encuentran dificultades conceptuales en fundamentar una distinción entre penas y medidas. En la teoría moderna las "teorías" de la unión sólo pueden diferenciar ambos conceptos mediante el criterio limitador a que responden pena y medida de seguridad: "Llamamos pena a la sanción que reprime comportamientos socialmente insoportables en tanto está limitada por el principio de culpabilidad, y medida en tanto está limitada por el principio de proporcionalidad" (confr. ROXIN, *Grundlagenprobleme*, p. 57).

El criterio limitador de la gravedad de la intervención del Estado en la forma de pena o medida deja de cumplir su muy precaria función si esta limitación se concibe de una manera unitaria en base al principio de proporcionalidad (confr. HASSEMER-ELLSCHIED, en "Seminar Abweichendes Verhalten", II, pp. 266 y ss.). Si no hay diferencia en la limitación ni en el fundamento es evidente que no caben formas posibles de distinción.

Desde otro punto de vista, la distinción parece altamente dificultosa si se sostiene, como WELZEL (*Lehrbuch*, p. 245), que el criterio utilitarista no es suficiente para fundamentar las medidas de seguridad y "siempre habrá que investigar su admisibilidad moral frente al individuo". Sin embargo WELZEL pretende que este fundamento moral sea lo que legitima al Estado en la aplicación de la medida sin que implique, como presupuesto, la reprochabilidad del autor: "Toda libertad *externa* o social se justifica en última instancia a partir de la libertad *interior* o moralmente obligada. El que no es capaz de autodeterminación por carecer de libertad (como el enfermo mental) o no es suficientemente capaz como consecuencia de sus malas aptitudes, taras o hábitos, no puede pretender una total libertad social" (*loe. cit.*, p. 245). La argumentación de WELZEL deja de todos modos muy poco margen para una distinción satisfactoria, pues también las medidas operarían aquí represivamente (confr. MARQUARDT, *Dogmatische und Kriminologische Aspekte des Vikarierens von Strafe und Massregel*", 1972, p. 31).

La distinción entre penas y medidas y, por lo tanto, la base del sistema dualista tiende a perder sostén legal en las legislaciones modernas por la aceptación cada vez más difundida del llamado *principio vicarial*, según el cual el tiempo de cumplimiento de una medida de seguridad privativa de la libertad es compatible como cumplimiento de la pena privativa de la libertad (Proyecto argentino 1974/75; Proyecto español 1980; confr. BACIGALUPO, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 2, 1977, p. 18 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, p. 28 y ss.).

En razón de las dificultades teóricas y de las tendencias legislativas apuntadas resulta en la actualidad sumamente problemático el futuro del sistema

dualista o de "doble vía". Sin embargo, no parece que el sistema monista vaya a imponerse en forma inmediata.

En la teoría española cabe destacar el intento de ANTÓN ONECA que propuso la creación de una "tercera vía". Entre la pena retributiva y orientada principalmente a la prevención general —dice ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, 1944, p. 115— y la medida de prevención individual para los irresponsables, quedaría la zona cubierta por las sanciones destinadas a aquellos imputables en quienes se ha descubierto una peligrosidad grave, desproporcionada con la levedad del delito, y que no sería eficazmente combatida con una pena a este proporcionada". El punto de vista de ANTÓN ONECA no permite, en realidad, superar los problemas teóricos ya señalados, pero preanunció hace casi medio siglo la configuración que hoy presenta el derecho penal y que es, precisamente, el que ha minado la consistencia del principio de doble vía.

C. El derecho penal, la criminología y la política criminal

En principio, se puede afirmar que el delito y las instituciones vinculadas a su control son objeto de consideración por parte del derecho, de la criminología y de la política criminal. Las relaciones de los diversos modos de tratamiento han dado lugar a entendimientos que no siempre son coincidentes. Es conveniente un análisis separado de las cuestiones que plantean la criminología y la política criminal en su relación con la dogmática penal.

1. LA DOGMÁTICA PENAL

La presente exposición del derecho penal es una exposición dogmática. Con esto se quiere decir, ante todo, que se tratará en ella de los conceptos y del sistema de los mismos mediante los cuales los juristas del derecho penal, aplican el derecho penal a los casos que lo requieren. Los conceptos de la dogmática tienen, por lo tanto, una finalidad práctica.

La dogmática procura una aplicación altamente objetiva del derecho vigente. Sin embargo, no puede lograr una objetividad total: la exclusión absoluta de puntos de vista del intérprete no es posible. Toda aplicación del derecho requiere fijar puntos de partida que condicionan el proceso interpretativo posterior. Ejemplo de ello es ya la primera cuestión que debe resolver un dogmático: ¿se debe investigar la voluntad del legislador o la "voluntad" de la ley?, ¿debe preferirse una interpretación amplia o restrictiva? (confr. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1960, pp. 237 y ss., 259 y ss.; ADO-MEIT, *Rechtstheorie für Studenten*, 2* ed., 1981, p. 16; BACIGALUPO, "I dogmi della dogmática pénale", en *Dei delitti e delle pene*, n. 1983).

El **interés del** conocimiento dogmático se vincula a la **tarea de la aplicación del** derecho penal a los casos que juzgan o deben juzgar los tribunales. Por ello, con la

ayuda de los instrumentos conceptuales de la dogmática, el jurista del derecho penal debe poder contestar de una manera *técnicamente aceptable*: 1) *si* el autor de un hecho es punible y, 2) *cómo* debe ser punible (confr. NAUCKE, *Einführung*, pp. 18 y ss.; ADOMEIT, *loc. cit.*, pp. 80 y ss.).

Dado que la dogmática penal debe permitir contestar si un hecho es o no delito, es preciso analizar sus relaciones con otros conocimientos que se ocupan del delito. Así, cabe buscar los límites de la dogmática en dos sentidos: respecto de la criminología y de la política criminal. Estos límites no han sido constantes en la historia científica del derecho penal como se verá a continuación. La cuestión de los límites tiene importancia pues determina cuáles son los conocimientos o consideraciones que es legítimo utilizar en la respuesta a las preguntas sobre el *si* y el *cómo* de la punibilidad. Por ejemplo: la comprobación de que el autor de un hecho reúne características personales que corresponderían al tipo genérico de "hombre delincuente" tuvo en otra época el carácter de un conocimiento científico; sin embargo, *sólo* a partir de ella no puede responderse la pregunta por el *si* y el *cómo* de la punibilidad, pues se trata de un conocimiento que carece de legitimación a estos fines.

2. EL DERECHO PENAL Y LA CRIMINOLOGÍA (DERECHO PENAL Y CONOCIMIENTOS EMPÍRICOS SOBRE LA CRIMINALIDAD Y LA CRIMINALIZACIÓN)

La problemática de las relaciones entre el derecho penal y la criminología requieren un tratamiento diverso según el punto de vista criminológico de que se parta.

a) *El derecho penal y la criminología orientada al autor del delito*

La criminología tradicional es una ciencia que procura una explicación causal del delito como la obra de un autor determinado. Por supuesto hay diferencias de matices en el tratamiento y soluciones propuestas, pero a todas ellas es común el punto de vista que se acaba de reseñar (confr. H. MANNHEIM, *Pioneers in Criminology*, Londres, 1960).

La creencia en la posibilidad empírica de explicar las causas del delito sea por la configuración antropológica o biológica del autor o por el medio social en que vivía, generó un cambio en la concepción teórica fundamental del derecho penal de fines del siglo pasado: la pena no debía dirigirse a reprimir justamente un *hecho* sino a impedir que su *autor* reincidiera en el delito. Desde este punto de vista, el derecho penal podía aprovechar los resultados de las investigaciones criminológicas para, mediante sus instrumentos (la pena y las medidas), remover las causas que habían llevado al delincuente al delito, es decir, obrando sobre su peculiar personalidad para que no reincida.

La coincidencia del interés del derecho penal orientado a la prevención especial (confr. *supra* B, 3, b) y la criminología preocupada por la explicación causal del delito, resultaba evidente. ¿Qué conclusiones debían extraerse de esta situación con respecto a las relaciones de ambas ciencias?

En la época del positivismo se dieron dos respuestas a esta pregunta.

Para unos autores la articulación del derecho penal y la criminología en lo que se llamó la "*gesamte Strafrechtswissenschaft*" (ciencia total del derecho penal), según la denominación que le dio VON LISZT, no debía modificar la tradicional separación de la explicación jurídica del derecho y la empírico-causal de la criminología (confr. VON LISZT, *Strafrechtl. Aufs. u. Vorträge*, II, p. 78). La justificación de una ciencia total del derecho penal residiría en la considerable modificación de la función del jurista del derecho penal, que no se agotaría en la dogmática clásica, es decir, en la elaboración sistemática de los conceptos que sirven a la aplicación del derecho, sino que debería asumir también el papel de impulsor y proyectista de la reforma del derecho penal (confr. BACIGALUPO, en *Nuevo Foro Penal* (Colombia), 1982, pp. 396 y ss. (399)). No se trata, por lo tanto, de una integración metodológica, sino de una simple reunión funcional vinculada con el rol social asignado al jurista del derecho penal.

Esto no significa que los conceptos jurídico-penales no hayan sufrido considerables cambios. Pero estos cambios no son el producto de las investigaciones criminológicas, sino de la vinculación de los conceptos con los puntos de vista de la prevención especial (confr. BACIGALUPO, *loe. cit.*, pp. 400 y ss.).

Frente a esta forma de "integración", ENRICO FERRI propuso una concepción de la misma totalmente opuesta (confr. FERRI, *Sociología Criminale*, 3^a ed., 1892). En este sentido sostenía FERRI (*loe. cit.*, p. 771) que "cuando se admite, como no puede ser de otra manera, que los fenómenos jurídicos no son sino fenómenos sociales, porque derecho y sociedad son términos inseparables y equivalentes, se hace evidente de inmediato la artificialidad de aquella separación entre una ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y otra que lo estudie como fenómeno social"... por lo que "es absurda la pretensión de separar el estudio del aspecto material y social del aspecto jurídico". Por eso FERRI entendió que el derecho penal se puede estudiar "con el método inductivo, de observación de los hechos" (*Principii di Diritto Criminale*, 1928, p. 75). Una verificación de esta idea metodológica en los trabajos jurídicos de FERRI da lugar a sospechar muy fundadamente que este utilizó falsamente la noción de método inductivo (confr. BACIGALUPO, *loe. cit.*, p. 402). Los *principios* de la construcción de los conceptos jurídicos de FERRI son, como ya se vio en referencia a VON LISZT, consecuencia de su orientación preventivo especial, que no se puede obtener únicamente de la observación de los hechos y de la comprobación de su repetición.

b) *El derecho penal y la moderna sociología criminal*

En la actualidad, la criminología atraviesa una transformación significativa. La criminología "nueva", "crítica" o "radical" ha abandonado el punto

de partida causal-explicativo y ha puesto en el centro de su atención la "reacción social y jurídico-penal contra el hecho". El objeto primario de la investigación criminológica no es, por lo tanto, el comportamiento del autor sino el de los órganos de control social. Sus teorías no son teorías de la criminalidad, sino de la criminalización (confr. FRITZ SACK, en *Handbuch der empirischen Forschung*, ed. por Rene König, 1969, pp. 961 y ss.; LOLA ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de la reacción social*, Maracaibo, 1977). En el marco del positivismo de VON LISZT y FERRI, derecho penal y criminología eran disciplinas que tenían un mismo interés de conocimiento. En la actualidad, los conceptos de la dogmática penal son parte del objeto de estudio constituido por la reacción social al delito. Una concepción de la integración a nivel metodológico carece, por lo tanto, de sentido: una dogmática penal orientada a la prevención especial y que, en consecuencia, da mayor relevancia al autor que al hecho, podía plantearse la absorción de los conocimientos de una criminología cuyo objeto de estudio es el autor. Pero esto ya no es posible cuando el autor deja de ser objeto de la criminología en el sentido de la criminología clásica.

Las relaciones entre derecho penal y criminología ya no pueden entenderse según los modelos que proponían VON LISZT y FERRI. Si en consecuencia se renuncia a la idea de integración o unidad propia del positivismo, parece necesario partir del *distinto* interés que orienta ambos conocimientos. La dogmática penal o, simplemente, el derecho penal dirigen su interés a la *aplicación del derecho* garantizando ciertos principios que dan legitimidad a la misma y para ello elabora los conceptos que son necesarios para cumplir esa función: el derecho o la dogmática penal son un intento de racionalizar, en función de ciertos principios, la reacción social formal al delito. Por lo tanto, las relaciones entre la nueva criminología y el derecho penal sólo pueden ser fragmentarias (confr. BACIGALUPO, *loc. cit.*, p. 408). Fundamentalmente, el estudio sociológico de la aplicación del derecho penal puede servir para poner de manifiesto las desviaciones de la práctica de la aplicación del derecho penal respecto de los principios legitimantes de esta. En realidad, más que incorporar a la dogmática la crítica del *derecho vigente* (así BARATTA, en *La Questione Criminale*, V/2, p. 172 y en *ZStW* 92 (1980), pp. 107 y ss.) y la proyección del derecho futuro, se trata de la crítica de los conceptos dogmáticos en base a los que *se aplica el derecho vigente*: este sería el punto de confluencia de dogmática penal y criminología. La transformación del derecho penal vigente no es objetivo de la dogmática penal y, en consecuencia, no tiene cabida en la discusión de las relaciones entre derecho penal y criminología.

3. LA REFORMA DEL DERECHO PENAL Y LA POLÍTICA CRIMINAL. (POLÍTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA PENAL)

La importancia dada a fines del siglo pasado a los resultados provenientes de las investigaciones sociológicas y antropológicas por la Escuela Positiva

(FERRI, GARÓFALO en Italia), la Escuela Sociológica o Moderna (VON LISZT en Alemania) y, aunque sólo en parte, por la Escuela Correccionalista (DORADO MONTERO, JIMÉNEZ DE ASÚA, BERNALDO DE QUIROS) convirtió a la *reforma del derecho penal* en una ocupación legítima de los juristas del derecho penal. De esta manera, la ciencia del derecho penal en la concepción de los positivistas asumía una nueva tarea, lo que, expresado en lenguaje metodológico quiere decir que ampliaba su objeto. La política criminal que debía inspirar la reforma adquiriría, por lo tanto, carácter de ciencia autónoma dentro de la ciencia total del derecho penal: "La ciencia del derecho penal debe ser —decía VON LISZT, *Straf. Vortr. u. Aufs.* II, p. 293— la *maestra del legislador penal*, su consejera cuidadosa y conductora en la lucha contra el delito".

Sin embargo, a pesar de la orientación de la política criminal a la *reforma* del derecho vigente, se vio que era posible plantear también la cuestión de las posibilidades de incidir en la *aplicación* del derecho penal vigente a través de una concepción de la política criminal. En gran medida esto despertó el temor de los puntos de vista más conservadores por la eventual desaparición del derecho penal (confr. K. BIRKMEYER, *Was lässt Von Liszt vom Strafrecht übrig?*, Munich, 1907): "¿Qué queda del derecho penal?" fue la pregunta dirigida insistentemente y con preocupación a VON LISZT (confr. sus respuestas en *Straf. Vortr. u. Aufs.* n, pp. 25 y ss.; 75 y ss.) acompañada en oportunidades, de "una advertencia respecto de la dirección moderna del derecho", como se puede ver en el subtítulo del opúsculo citado de BIRKMEYER.

La cuestión planteada de las relaciones entre aplicación del derecho penal vigente y los postulados de la política criminal se expresa, en otras palabras, en el conjunto de problemas que también se conoce bajo la rúbrica de "relaciones entre dogmática penal y política criminal" (confr. BACIGALUPO, en *Revue Internationale de Droit Penal*, AIDP, 1978-1, pp. 15 y ss.). El tema ha merecido diversas soluciones que se analizan a continuación.

a) *Política criminal y dogmática penal en el marco del positivismo*

Para VON LISZT la política criminal era "la idea fundamental de los principios sobre la lucha contra el delito en la persona del delincuente llevada a cabo mediante la pena y medidas análogas" (*Straf. Vortr. u. Aufs.* II, p. 68).

De esta manera, surgió la problemática de las relaciones de la aplicación del derecho penal *vigente* con los postulados político-criminales (dirigidos a su reforma), lo que dio lugar a una cuestión que se intentó resolver dentro del marco de la estricta separación de política y derecho que en su tiempo ya proclamaba la teoría jurídica. La política criminal se debía apoyar necesariamente —tal como lo concebía VON LISZT— en las ciencias del *ser*, es decir, de la "realidad"; por el contrario, la ciencia del *derecho* penal se debía ocupar de cuestiones del *deber-ser*; si la diferencia básica de ambas formas de pensamiento hace aparecer "al ser y al deber-ser como dos mundos separados" (KELSEN, *Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*,

Tübingen, 1911, p. 6) una introducción de la política criminal en la ciencia del *derecho* penal era totalmente impropia. Los que se mantuvieron firmemente en este punto de vista se redujeron a un formalismo cuyos fundamentos son más que dudosos (confr. Rocco, *Opere* III, pp. 263 y ss. especialmente pp. 273-274).

Por el contrario, VON LISZT distinguió —a los fines **que** aquí nos importan, es decir, con relación a las vinculaciones entre la política criminal y la *aplicación* del derecho penal— dos momentos diferentes: según se trate de la realización del principio "*nullum crimen sine lege*" o de su otro aspecto: "*nulla poena sine lege*". El primero se refería a la comprobación de la comisión de un hecho coincidente con el presupuesto de hecho de un delito descrito en la ley: "un acto *judicial* exclusivamente resultante de la aplicación de principios jurídicos" (*loe. cit.*, p. 69). Aquí "la política criminal no tiene nada que hacer" (*ibídem*). El segundo aspecto de la máxima fundamental, sin embargo, se refería a la determinación de la pena dentro de los marcos legales y a la selección (cuando ello está previsto en la ley) de la especie de pena aplicable. Para los partidarios de la "pena finalista" (*Zweckstrafe*) la *decisión* judicial en este sentido se apoyaría en "consideraciones político-criminales" (*loe. cit.*, p. 70) (lo que en verdad en el lenguaje de VON LISZT quería decir *preventivo-especiales*). De esta manera se establecía una relación, al menos *parcial*, entre la aplicación del derecho penal y la política criminal.

b) *Puntos de vista superadores del marco positivista*

En la actualidad la aplicación del derecho penal, o sea la perspectiva en la que trabaja la dogmática penal, tiende a romper el aislamiento de la ciencia jurídica respecto de lo político y lo social (confr. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, pp. 7 y ss.; MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, 1976, pp. 299 y ss.). Ello es posible en la medida en que se reconoce que los puntos de partida para el conocimiento del derecho penal vigente requieren decisiones y se procura racionalizarlos en la medida de lo posible (confr. BACIGALUPO, "I dogmi della dogmática pénale", *Dei Delitti e delle Pene*, 2, 1983; también *Injusto y punibilidad*, 1983, p. 13/86).

Los postulados de la política criminal sirven entonces de criterios de decisión respecto de los sistemas dogmáticos para la aplicación del derecho penal. Los problemas teóricos implicados en la nueva delimitación de lo jurídico no han sido todavía agotados ni mucho menos. De todos modos es posible afirmar que los puntos de vista político-criminales impregnan fuertemente la construcción del sistema de conceptos de la dogmática penal y que, por lo tanto, cada programa de política criminal tiene su sistema dogmático que funciona como instrumento adecuado para su realización. La idea de VON LISZT, según la cual el sistema de conceptos de la dogmática no debía ser afectado por la política criminal parte de la base falsa de que los sistemas tradicionales no contenían *implícitamente* decisiones político-criminales (confr. BACIGALUPO, en *Revue Internationale de Droit Penal*, *cit.*).

CAPÍTULO II

TEORÍA DE LA LEY PENAL

A. La estructura de la ley penal

1. EL DERECHO PENAL SUBJETIVO (IUS PUNIENDI): LOS PRINCIPIOS LEGITIMANTES DEL DERECHO PENAL

Derecho penal subjetivo es la expresión con que se designa el *derecho subjetivo de penar* correspondiente al Estado. El derecho penal subjetivo se opone, de esta manera, al derecho penal objetivo, es decir, al constituido por las manifestaciones concretas de aquel contenidas en las leyes penales.

El concepto de derecho penal subjetivo está sujeto, por lo tanto, a todas las objeciones teóricas que se han hecho a la teoría del derecho subjetivo. Sin embargo, el concepto de derecho penal subjetivo tiene un sentido correcto si se lo considera como el *conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de penas por parte del Estado*. Estas condiciones tienen carácter constitucional y, por lo tanto, el mayor rango normativo imaginable dentro del orden jurídico estatal.

Desde este punto de vista la problemática del derecho penal subjetivo es indudablemente una *cuestión previa* a la sanción del derecho penal concreto de un Estado. La definición de las circunstancias y condiciones que legitiman el ejercicio del poder punitivo de parte del Estado no se deduce de las leyes penales sino que determina en forma previa los límites de las mismas.

Sin embargo, hay puntos de vista que entendieron el derecho penal subjetivo no como las condiciones constitucionales que regulan la creación y aplicación del derecho penal sino como el derecho emergente de las leyes penales: "Derecho subjetivo de punir (*ius puniendi*) es la facultad del Estado de actuar de conformidad con las normas de derecho (derecho penal en sentido objetivo) que garantizan el alcance de su fin punitivo y la pretensión de que otros (reos) actúen de acuerdo con lo que la misma norma los obliga por fuerza" (ARTURO ROCCO, *Opere*, ni, p. 132). Implícitamente adoptan este criterio los autores que tratan al delito como el fundamento del derecho penal subjetivo (confr. BINDING, *Grundriss*, pp. 85 y ss.). Es evidente que de esta manera el derecho penal subjetivo y el derecho penal objetivo coinciden y bajo tales presupuestos desaparece la necesidad de la distinción. Pero además, una con-

cepción de esta naturaleza elimina la reflexión sobre cualquier límite racional al poder sancionador del Estado lo que sin ninguna duda es contrario a los principios de derecho penal moderno. Si se sigue el punto de vista de Rocco, el único límite del poder sancionador del Estado es su propia autoridad y, por lo tanto, su propia voluntad.

La tradición del derecho penal liberal desde BECCARÍA hasta nuestros días es completamente contraria a esa posición. La Constitución española de 1978 se inserta en esta tradición al exigir que el derecho penal del Estado cumpla con diversas condiciones para ser legítimo. Básicamente el derecho penal del Estado está condicionado en España por los siguientes elementos:

- a) el respeto de la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad (Const., art. 10).
- b) el respeto de la proporcionalidad de las penas (art. 15).
- c) las penas no pueden ser inhumanas ni degradantes (art. 15) y está prohibida la pena de muerte.
- d) el derecho penal no debe ser moralizador ni utilizarse para imponer una determinada ideología (art. 16).
- e) las penas no pueden alcanzar sino al culpable por su propia acción (art. 17. 1).

Estos principios se deducen de las garantías que establecen las disposiciones que acaban de mencionarse y además del concepto de "*Estado social y democrático de derecho*" que se define en el art. 1. 1. de la Constitución. En tanto el Estado social y democrático de derecho se apoya en los valores de *libertad, justicia, igualdad y pluralismo* su derecho penal debe respetar en concreto dichos valores superiores.

La idea de Estado social y democrático de derecho no depende de que la Constitución haga una declaración expresa en su favor; constituye la base sobre la que se asienta la mayor parte de los órdenes jurídicos europeos y americanos.

La cuestión de los principios legitimantes del poder sancionador del Estado es, por lo tanto, un problema constitucional, así como un problema jurídico penal. En ambos casos forma parte del objeto de la ciencia del derecho y, más concretamente, de la ciencia del derecho penal.

Bibliografía: ARTURO Rocco, *Opere Giuridiche*, Volume Terzo, Scritti giuridici varii, Roma, 1933, pp. 132 y ss.; BINDING, *Grundriss de Deutschen Strafrechts*, AT, 8ª ed., Leipzig, 1913, pp. 95 y ss; ELÍAS DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, T ed., 1979.

2. EL DERECHO PENAL OBJETIVO: LAS NORMAS DEL DERECHO PENAL Y LA LEY PENAL

El derecho penal objetivo sería la manifestación concreta del derecho penal subjetivo, del derecho de sancionar del Estado, contenido en las leyes

penales. El derecho penal objetivo expresa el uso concreto del poder sancionador que hace el Estado dentro del marco que le fija la Constitución del Estado, es decir, conforme con los principios legitimantes del derecho penal.

De acuerdo con el punto de vista que se sostuvo al definir el derecho penal subjetivo, resultaría insuficiente una afirmación según la cual "la ley penal hace surgir del delito un derecho penal subjetivo" (BINDING, *Normen*, i, p. 24): La ley solo tiene esta fuerza en la medida en que, a su vez, cumple con los principios legitimantes del derecho penal.

a) *Las normas penales (problemática teórico-jurídica de la norma en el derecho penal)*

Las *leyes penales*, según se ha entendido tradicionalmente, contienen dos partes: el precepto y la sanción. El *precepto* prohíbe o manda algún comportamiento y la *sanción* se prevé para el incumplimiento del mismo.

Ley penal y norma, en principio, no se identifican. El comportamiento delictivo no contraviene la ley penal, sino la norma, es decir, la *orden* que el legislador dirige al subdito de derecho. "La pena puede dictarse sólo porque la acción descrita en la ley y la cometida por el ladrón se superponen conceptualmente. Nada más lejano que afirmar que el delincuente contraviene la ley penal según la cual se lo sanciona; por el contrario, para que se lo pueda sancionar, el delincuente siempre tendrá que haber obrado en consonancia, de acuerdo, con la primera parte de esta ley" (BINDING, *Normen*, i, p. 4). De acuerdo con esto, mientras la norma que prohíbe el hurto dice: "¡no debes apoderarte de cosas muebles ajenas!", la ley penal reza, por ejemplo, "el que se apodere de una cosa mueble ajena será sancionado de tal forma" (confr. C. P. español, art. 514; C. P. colombiano, art. 349; C. P. venezolano, art. 453; C. P. argentino art. 162; C. P. mexicano, art. 367).

Esta teoría concibe la norma jurídica como un *imperativo* o, como se dijo, como una orden. La orden como tal, y por lo tanto la norma, resulta ser conceptualmente independiente de la amenaza de la sanción. La sanción, por lo tanto *no* es un elemento de la norma. Las normas *prohiben* o *mandan* acciones. Esta función la cumplen las normas con total independencia de la amenaza y consiste en *motivar* a los *destinatarios* de ellas. En el marco de esta concepción de la norma jurídica el problema del destinatario de la norma tiene, por lo tanto, una importancia esencial (confr. ARMINKAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 121 y ss.). El objeto de la norma solo puede ser una acción humana.

Frente a este punto de vista, cuya vinculación con la concepción retributiva de la pena es evidente, se desarrolló otro que trató de responder más a la orientación de una teoría de la unión (ver *supra* i, B, 3) de la pena. En este sentido, "La función del derecho es garantizar una convivencia exteriormente ordenada"; las normas del derecho, por lo tanto, son "normas objetivas de valoración", es decir, "juicios sobre determinados sucesos y estados desde

el punto de vista del derecho". "El objeto de estas valoraciones jurídicas puede ser tanto el comportamiento de un capaz de acción como el de un incapaz de acción, tanto personas capaces de culpabilidad como incapaces de culpabilidad"... "sucesos y estados del mundo circundante que no provienen de seres vivos, aunque naturalmente relacionados siempre con la vida en común. Especialmente se dan estados jurídicos y antijurídicos" (MEZGER, *Lehrbuch*, p. 164). Esta teoría de la norma jurídica está más cerca de la que concibe a la norma como un juicio hipotético (si a—*b) que fue postulada por KELSEN. La diferencia sustancial entre ambas concepciones ha sido puesta de manifiesto con singular claridad por el mismo KELSEN (*Hauptprobleme*, p. 210): "El carácter psicológico del imperativo —a diferencia del juicio— consiste en que el imperativo es la expresión *directa* de una *voluntad* dirigida al comportamiento de otro, mientras que el juicio constituye una función del *intelecto*". La teoría de la norma como juicio hipotético permite introducir como elemento de la norma a la amenaza o sea a la consecuencia jurídica y elimina —en principio— la problemática del destinatario de la norma. A su vez la teoría de la "norma objetiva de valorización" mantiene la diferencia entre norma y consecuencia jurídica, pero elimina radicalmente el problema del destinatario de las normas: esta cuestión solo puede plantearse en el ámbito de la culpabilidad y no en el de la infracción de la norma (conf. *infra*). La distinción entre ley penal y norma carece de sentido en este marco.

Gran parte de los problemas que se discuten en la actualidad en la teoría del delito dependen de la estructura teórica de la norma jurídica de la que se parte. Así, por ejemplo, la cuestión de si el resultado forma o no parte del supuesto de hecho (tipo penal) de los delitos dolosos, la de la estructura y contenido de lo injusto o ilícito penal. Ambas cuestiones se vinculan con el problema del objeto de la norma como veremos más adelante.

¿Cómo decidirse por uno u otro punto de vista? Ante todo cabe señalar que ambas concepciones de la norma jurídica son suficientemente consistentes como para dar base a una teoría jurídica del derecho penal. La cuestión de la elección de una u otra teoría depende de la orientación que se adopte en materia de teoría de la pena. Una concepción de la pena basada preferentemente en la prevención especial deberá buscar un marco teórico-jurídico en el que puedan surgir los elementos de la personalidad del autor dentro de los elementos del delito: ello no puede ocurrir dentro de la teoría de los imperativos. Por el contrario, una concepción orientada hacia la retribución preferirá una teoría como la de los imperativos, basada como esta concepción de la pena, en la libre decisión del autor.

Bibliografía: MEZGER, *Gerichtssaal*, t. 89, pp. 240 y ss; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906 (pp. 170-178); WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4º ed. Göttingen, 1961 (Hay traducción española: *El nuevo sistema del derecho penal*, por JOSÉ CEREZO MIR, Barcelona, 1964).

b) *La ley penal*

El derecho penal ocupa una posición de segundo rango en el ordenamiento jurídico, igual que el civil, administrativo, etc. Por encima de él, está el derecho constitucional que establece las condiciones bajo las cuales el Estado debe ejercer el poder sancionador. Estas limitaciones son de dos clases: *formales*, es decir, referidas a los aspectos exteriores y *materiales*, referidas a su contenido. Estas últimas han sido ya enumeradas al referirnos al derecho penal subjetivo (vid. *supra* § 2, A, 1); aquí sólo serán objeto de un tratamiento más pormenorizado.

aa) *Los límites constitucionales del contenido de las leyes penales.* Las leyes penales son, ante todo, la expresión de una determinada concepción del Estado y de la sociedad. Por este motivo la idea del Estado cumple una función decisiva en su configuración. La idea del *Estado democrático de derecho* genera, en consecuencia, una determinada posición y ciertos límites para el derecho penal que no pertenecen a otras concepciones del Estado como, por ejemplo, el "derecho penal terrorista del fascismo" (confr. RADBRUCH *Rechtsphilosophie*, 6 ed. a cargo de ERICK WOLF, 1963, p. 267). Estos límites no se refieren exclusivamente a las normas que regulan el procedimiento para la creación y sanción de leyes, sino que, las constituciones más modernas las reflejan en prescripciones concretas que afectan al contenido del derecho penal. La concreción de las pautas constitucionales en decisiones específicas del ámbito del derecho penal es, sin embargo, difícil (confr. NAUCKE, *Einführung*, pp. 94 y ss.).

La exigencia de respeto de la *dignidad de la persona humana* es consustancial con la idea del Estado democrático de derecho y de ella surgen los primeros límites para el derecho penal. De este presupuesto se derivan las consecuencias que trataremos a continuación.

Concretamente en el derecho penal el tratamiento respetuoso de la persona humana implica la exclusión de toda degradación de la persona a *objeto* del poder estatal. Particularmente resultará lesiva de esta exigencia cualquier utilización del autor del delito para fines de intimidación general: por ejemplo, no es legítimo aplicar al que ha delinquido penas inhumanas (así, Constitución española, art. 15) para contener la tendencia delictiva general. La dignidad de la persona excluye asimismo la utilización de penas que merezcan la calificación de *torturas* o que impliquen una lesión del mínimo respeto que no puede afectarse ni siquiera en aquellos que han cometido un delito. La determinación del significado de esta premisa solo puede llevarse a cabo con referencia a casos concretos y no es posible en una fórmula abstracta: por ejemplo, una pena que implique el sometimiento del autor del delito a la esclavitud o a formas de dominación similares es contraria al respeto de la persona humana. En este sentido, la pena de muerte representa en el estado actual de la conciencia occidental una verdadera forma de tortura, aun cuando se la aplique por medios no dolorosos, o menos dolorosos que la silla eléctrica, la guillotina

o el fusilamiento. La Constitución española la excluye en forma expresa del catálogo de penas que se permite al derecho penal.

Especial consideración merece dentro de esta problemática la *pena de privación de libertad perpetua*. La tendencia más reciente solo admite su compatibilidad con las exigencias constitucionales siempre y cuando sea posible, por lo menos, la posibilidad de una suspensión de la ejecución de la pena una vez cumplido un determinado tiempo de privación de libertad. Sin embargo, admitido que la pena de privación de libertad perpetua, como la muerte, carecen de un efecto preventivo más intenso que pueda probarse empíricamente (confr. JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 617) y que, por el contrario, sus efectos sobre la personalidad del condenado son verdaderamente perturbadores, hay serias razones para poner en duda su constitucionalidad.

Lo mismo ocurre con las penas que implican *trabajos forzados* (confr. Código Penal de Venezuela, art. 12, 2º párrafo). Con evidente acierto ha establecido la Constitución española que las penas privativas de libertad "no podrán consistir en trabajos forzados" (art. 25.2). Penas que importen tales modalidades de ejecución son incompatibles con la idea del Estado democrático de derecho, por lesionar la dignidad de la persona humana.

Resumiendo, es posible afirmar que en el Estado democrático de derecho la comisión de un delito no determina la pérdida de la dignidad de la persona y, por lo tanto, la reacción del derecho penal debe partir de este axioma.

Por estas razones, las penas tampoco pueden ser *inhumanas ni degradantes* (Constitución española, art. 15). Básicamente son inhumanas las penas que no guardan *proporcionalidad* con la gravedad del hecho cometido y con la responsabilidad del autor. La desproporcionalidad, de todos modos, sólo quita legitimidad constitucional a la pena cuando sea una desproporcionalidad en perjuicio del autor. La que beneficia al autor no está afectada en su constitucionalidad. La cuestión depende, naturalmente, de la concepción de la pena de la que se haya partido. Si se adopta una concepción *preventivo-especial* de la pena, esta deberá proporcionarse con la tendencia del autor a la reincidencia. Esto es lo que quieren decir las disposiciones legales que requieren adecuar la pena a la *personalidad* del autor (ejemplo: art. 61, regla 4ª del Código Penal español; art. 45 del Código Penal colombiano), o a la "*peligrosidad*" del mismo (Código Penal argentino, art. 41), o a las "*peculiaridades del delincuente*" (Código Penal mexicano, art. 51).

Si, por el contrario, se adopta un punto de vista *retribucionista*, la proporcionalidad deberá dirigirse a la mayor o menor *reprochabilidad* del autor por el hecho concreto.

En ambos casos la importancia de la lesión del orden jurídico (fundamentalmente la *jerarquía del bien jurídico lesionado*) es codeterminante de la gravedad del hecho. Por lo tanto, hechos que afectan bienes jurídicos de poco valor o que importan lesiones de poca significación no podrán ser reprimidos con penas que se puedan considerar desproporcionadas, cualquiera que sea la tendencia personal del autor a la reincidencia o el grado de su reprochabili-

dad. Resulta, por lo tanto, de dudosa compatibilidad con la idea del Estado democrático de derecho la *reclusión por tiempo indeterminado* (Código Penal argentino, art. 54).

Las penas del derecho penal son *degradantes* cuando por su contenido o por su forma de ejecución implican alguna forma de lesión de la dignidad de la persona. Fundamentalmente se convertirá en degradante la pena privativa de libertad ejecutada en condiciones que impidan la autorreflexión y el recogimiento en un mínimo de intimidad. La superpoblación de los establecimientos penales, que es característica de nuestro tiempo, priva, por lo general, de legitimidad constitucional a la pena privativa de libertad.

Por otra parte, el derecho penal del Estado democrático de derecho *no debe ser moralizador ni utilizado para imponer una determinada ideología*. Esto quiere decir que *no es suficiente* la lesión de normas morales ni las inconsecuencias ideológicas para justificar la punibilidad de un comportamiento por parte del Estado. Se requiere además que haya un daño social, es decir, una repercusión dañosa en la esfera de intereses de otros sujetos o de la sociedad misma. Esto es una consecuencia, ante todo, de la jerarquía fundamental otorgada al *pluralismo político*, es decir, ideológico (Constitución española, art. 1.º) que ratifica el art. 16 especificando que se trata de libertad en lo ideológico, lo religioso y en lo referente al culto. Asimismo, los hechos que no trascienden de la esfera de la *intimidad personal*, que protege el art. 18 de la Constitución española no pueden ser objeto de sanción penal. El desarrollo de esta garantía ha permitido, en cierto sentido, la reforma reciente del derecho penal sexual, del que se tienden a excluir acciones tales como la homosexualidad simple, siempre y cuando no afecten los intereses de otros.

Por último, las penas no pueden alcanzar sino al culpable *por su propia acción* (art. 17.1.). La protección brindada por el art. 17 de la Constitución española a la libertad y a la seguridad excluye *toda* responsabilidad penal por las acciones de otros y toda responsabilidad por hechos cometidos sin los presupuestos subjetivos que fundamentan la responsabilidad penal. Este punto de vista permite excluir, ante todo, la aplicación del principio del *versare in re illicita* y, en consecuencia, toda forma de responsabilidad basada en la mera causalidad material exclusivamente (la llamada responsabilidad objetiva o responsabilidad por el mero resultado).

La cuestión de cuáles son los elementos que permiten definir la responsabilidad penal individual es una cuestión que depende de diversos factores que se vinculan con el grado de intensidad que se atribuye a los distintos fines de la pena. Aquí es posible disentir, por ejemplo, sobre si la culpa inconsciente debe o no ser merecedora de pena; si la conciencia *potencial* de antijuridicidad es suficiente para determinar la responsabilidad penal; si debe requerirse o no el conocimiento (potencial) de la punibilidad, etc. Fundamentalmente cabe cuestionar en virtud de esta garantía constitucional la legitimidad de la aplicación de medidas de idénticas consecuencias materiales que las penas del derecho penal a determinados estados (llamados peligrosos) o tendencias internas del autor (peligrosidad), es decir, la constitucionalidad de las leyes de peligrosidad social o de rehabilitación social o de vagos y maleantes, etc. (por ejemplo,

en España, ley 16 del 4 de agosto de 1970; en Venezuela, *Gaceta Oficial* núm. 25.129 del 16 de agosto de 1956).

Todos estos principios son difíciles de concretar en los casos individuales. Debe advertirse sobre todo intento de proceder con un método que se agote en la deducción lógica. Se trata, por el contrario, como lo señala TOPITSCH (p. 92) "de un proceso social de diferentes niveles y complejidad", (confr. también MIR PUIG, *Introducción*, pp 124 y ss).

No es fácil establecer qué rango le corresponde al '*principio de intervención mínima*' dentro del ordenamiento jurídico español. Las definiciones de su contenido suelen diferir unas de otras (confr. MIR PUIG, *loc. cit.*, pp 126 y ss.; JOSÉ A. SAINZ CANTERO, *Lecciones*, p. 36; QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, p. 48; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte General, i, pp. 52 y ss.). Por lo general se lo expresa en el sentido de considerar al hecho penal como la *ultima ratio* de la política social y limitando el derecho penal a la protección de bienes jurídicos. En parte es un principio de la política criminal referido a su eficacia, pero en parte tiene que ver también con la extensión atribuida al derecho penal en el Estado. Visto desde este último aspecto cabría pensar en la existencia de ciertos límites suficientemente objetivos que el derecho penal no podría superar en el Estado democrático de derecho. Sin embargo, es difícil imaginar límites diversos de los que ya hemos tratado al analizar las otras garantías constitucionales. Por este motivo es posible que el principio de intervención mínima no tenga una autonomía como para ocupar un lugar independiente entre los principios del derecho penal.

Bibliografía: TOPITSCH, "Die Menschenrechte als Problem der Ideologiekritik" en *Juristenzeitung*, 1963, pp. 1-7 y en *Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft*, 3ª ed., Neuwied-Berlin, 1971.

bb) *La función garantizadora de la ley penal.* La ley penal tiene una función decisiva en la garantía de la libertad. Esa función suele expresarse en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Esto quiere decir que sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal. La jerarquía constitucional de este precepto es hoy en día indiscutida (Constitución española, art. 25, 1). No sólo se aplica a las sanciones propiamente penales, sino a toda sanción (inclusive las administrativas y disciplinarias) que pueda aplicarse por una lesión del ordenamiento jurídico (Constitución española, art. 9, 3).

En sus primeras formulaciones este principio estuvo vinculado a la teoría de la pena como coacción psicológica (prevención general) representada por FEUERBACH: la ley penal debía preceder a la acción delictiva porque de esta manera podía la pena cumplir su función preventiva, es decir, inhibidora del impulso delictivo. "Por lo tanto, decía FEUERBACH, las transgresiones se impiden, si cada ciudadano sabe con certeza que la transgresión será seguida de un mal mayor que aquel que correspondería a la no satisfacción de la necesidad mediante la acción" (delictiva) (*Revisión der Grundsätze und*

Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, i, Erfurt, 1799, pp. 45 y ss.). De allí se deduce que "la conexión del mal con el delito tiene que ser amenazada en una ley" (*loc. cit.*, p. 49). "El fin de la ley y de la amenaza contenida en ella es, por tanto, la intimidación dirigida al hecho condicionado por la pena" (*ib. idem.*, p. 49).

Previamente, sin embargo, BECCARÍA había fundamentado el derecho de sancionar en el contrato social y de ello deducía: "La prima conseguenza di questi principii, é che le solé leggi possono decretare la pena su i delitti, e questa autoritá non puo risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la societá unita per un contrato sociale" (*Dei delitti e delle pene*, 1764, ni, cit. según la edición de 1973 preparada al cuidado de GIAN DOMENICO PISAPIA, p. 15).

De esta manera el principio *nulla poena sine lege* o principio de legalidad adquirió carácter fundamental en el derecho penal como principio constitucional y como principio propiamente penal, independiente de cualquier teoría de la pena.

La consecuencia práctica de este principio es la siguiente: ninguna sentencia condenatoria puede dictarse aplicando una pena que no esté fundada en una ley previa, es decir, una ley en la que el hecho imputado al autor sea amenazado con pena. En otras palabras, el razonamiento judicial debe comenzar con la ley, pues sólo de esa manera la condena podrá fundarse en la ley penal.

El principio tiene, entonces, dos partes, como hemos visto: "*nullum crimen sine lege*" y "*nulla poena sine lege*". Tanto el *delito* como la *pena* deben estar determinados en la ley previa.

El Código Penal español recoge ambas fases del principio de legalidad en el art. 2 (*nullum crimen sine lege*) y en el art. 23 (*nulla poena sine lege*) (confr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, pp. 56 y ss.). El art. 2º limita el poder penal del Estado frente a hechos que "no se hallen penados por la ley". El art. 23 prohíbe castigar delitos o faltas "con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración".

Qué debe entenderse por *fundar* una condena en una ley previa no es en absoluto un problema resuelto. En primer lugar, el grado de vinculación de un fundamento de la condena con la ley previa puede ser de muy *diversos grados*: puede ser más o menos estrecha. Así, por ejemplo, cuando a principios de siglo comenzó a utilizarse la energía eléctrica se registraron casos de utilización fraudulenta del fluido eléctrico modificando los aparatos contadores instalados en cada casa para determinar el consumo del usuario. Hubo países —por ejemplo, Alemania, confr. NAUCKE, *Einführung*, pp. 74 y ss.— en los que los tribunales entendieron que la electricidad no era una "cosa mueble" y que apoderarse de ella, por lo tanto, no constituía hurto (Código Penal argentino, art. 162; Código Penal colombiano, art. 349; Código Penal español, art. 514; Código Penal mexicano, art. 367; Código Penal venezolano, art. 453).

Mientras en España se prefirió incorporar disposiciones especiales (arts. 536 y ss.) para dicho caso y otros similares en Alemania —a pesar de haberse introducido también una disposición semejante, § 248 c del Código Penal

alemán— la opinión hoy dominante no comparte ya el criterio jurisprudencial absolutorio del Tribunal del Imperio (confr. RG 29, p. 111) y se piensa que en verdad el párrafo referente al hurto podría permitir alcanzar una condena sin infringir el principio de legalidad (ver NAUCKE, *loc. cit.*). Por lo tanto, cabe distinguir entre aplicaciones más o menos estrictas de la ley. Establecer cuál es el grado que constituye el límite mínimo de vinculación con el texto de la ley en su aplicación, es una cuestión *valorativa*. En principio solo será posible en una consideración de cada caso individualmente.

1. La determinación legal de la punibilidad. El principio de legalidad impone sus exigencias no sólo al juez que aplica la ley, sino también al Parlamento que la dicta. En otras palabras: del principio de legalidad surgen consecuencias para el *dictado de la ley* y para su *aplicación*. Las exigencias referentes al Parlamento tienen por objeto reducir al máximo razonable la posibilidad de *decisión personal* de los tribunales en la configuración concreta del hecho que se prohíbe. El cumplimiento de estas exigencias por parte de la ley dictada por el Parlamento son presupuesto de la eficacia de la función garantizadora de la ley penal. En este sentido, la ley dictada por el Parlamento solo cumplirá con el principio de legalidad si contiene una descripción de las prohibiciones y de las sanciones previstas para su violación que pueda considerarse *exhaustiva*. En principio serán exhaustivas aquellas disposiciones que contengan *todos los presupuestos que condicionan la pena* y determinada *la especie de pena* y *su duración* mínima y máxima.

La cuestión de cuándo un precepto contiene todos los presupuestos que condicionan la pena puede ser contestada desde dos puntos de vista distintos: según que se piense que se trata de una enumeración *expresa* de los elementos o bien que se admita que puede ser implícito. En este último caso estaría cumplida la exigencia del principio de legalidad siempre que la ley brindara los elementos que permitan deducir el elemento de la infracción de que se trate. Así, por ejemplo, está implícito en las leyes penales cuáles son los elementos del dolo y cuáles los conocimientos que debe haber tenido del autor. Bajo estas condiciones la opinión dominante tiene por cumplida las exigencias del principio de legalidad cuando algunos elementos de la descripción de la infracción se dan *solo implícitamente* en el texto.

Asimismo se tienen por cumplidas las exigencias de *exhaustividad* del principio de legalidad aunque el legislador utilice *elementos normativos*, es decir, elementos que requieren valoraciones judiciales. Por ejemplo: "obsceno" en el art. 128 del Código Penal argentino; "pudor o buenas costumbres" en el art. 431 del Código Penal español; un significativo esfuerzo por reducir al máximo estos elementos en los delitos sexuales puede verse en el Código Penal colombiano (arts. 298 a 306); "libidinoso" en el art. 386 del Código Penal venezolano; "pudor" en el art. 261 Código Penal mexicano.

Se piensa que estos elementos, a diferencia de los *descriptivos* (ver *infra*, III, 5, a, ee.) otorgan una mayor libertad al juez, "pues requieren de una valoración para disponer de contenido aplicable" (confr. JESCHECK, *Lehrbuch*,

p. 102), pero que el legislador espera que el juez no aplique sus valores personales, sino los generales morales de la sociedad. La cuestión es discutible. En realidad, la distinción entre elementos normativos y descriptivos debería reemplazarse por una en la que se reconociera que también los elementos descriptivos requieren valoraciones para su comprensión y que, por lo tanto, la diferencia no es tan considerable como se pensó.

La teoría admite también como compatible con el principio de legalidad un cierto *grado de generalización* del texto legal. No es necesario para dar cumplimiento a la exigencia de determinación legal que la ley se mantenga en un *casuismo* estricto. Sin embargo, el grado de generalización admisible reconoce límites: a partir del momento en que la disposición legal se convierte en una *cláusula general*. La generalización se torna, por tanto, inadmisibile cuando ya no permite al ciudadano conocer qué está prohibido y que está permitido. Tal es el caso de una disposición que dijera: "El que culpablemente infringe los principios del orden social democrático o socialista o comunista será sancionado" (confr. WELZEL, *Das neue Bild*, p. 15). De esta manera, "ni el ciudadano puede saber lo que debe hacer u omitir, ni el juez puede reconocer lo que debe sancionar" (ib; idem).

2. La prohibición de la analogía. La teoría y la práctica admiten en forma generalmente unánime que una consecuencia fundamental del principio de legalidad es la prohibición de la analogía (en México su prohibición se expresa en el art. 14 de la Constitución). La analogía suele distinguirse de la *interpretación extensiva*: mientras esta importa la aplicación más amplia de la ley hasta donde lo consiente el sentido literal de la misma, se entiende por *analogía* la aplicación de la ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto (confr. Código Penal colombiano, art. 7; Código Penal español, art. 2, 1).

Un amplio consenso científico estima que la prohibición de la analogía *sólo* rige cuando se trate de la llamada analogía *in malam partem*, es decir, lo que resulte extensiva de la punibilidad. La analogía *in bonam partem*, por el contrario, estaría legitimada en la interpretación de la ley penal. Por tanto, una interpretación que extendiera analógicamente las circunstancias atenuantes o excluyentes de la responsabilidad sería inobjetable. La teoría que considera que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es una especie de error que contiene elementos de error de tipo y el error de prohibición sin ser totalmente lo uno o lo otro propone actualmente la aplicación analógica de las reglas del error de tipo (que son más benignas) al caso antes mencionado, y ello es compatible con la prohibición de la analogía *sólo in malam partem* (confr. SIRATENWERTH, *Strafrecht*, I, núms. 496 y ss.). La cuestión es discutida en la doctrina española donde CUELLO CALÓN y QUINTANO RIPOILLÉS no reconocen la analogía *in bonam partem* (confr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, t. I, pp. 5(i y ss.)).

Por otra parte, es discutido el verdadero significado que se debe dar a la prohibición de la analogía. Se podría entender que, en realidad, la prohibición de la analogía impide un tratamiento igualitario de casos que presentan

idéntico merecimiento de pena (así EXNER, *Gerechtigkeit und Richteramt*, 1922, pp. 39 y ss.; SAX, *Die strafrechtliche Analogieverbot*, 1953). A esto se ha respondido que el legislador sólo quiere un tratamiento igualitario de las acciones que él declara punibles (en este sentido EBERHARD SCHMIDT, en LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 110). Esta última opinión es la que se ha impuesto.

Pero, aun cuando se mantenga el principio de la prohibición de la analogía, hay diversidad de pareceres respecto de la distinción entre interpretación admitida y analogía prohibida. Dándose primacía a la *interpretación teleológica* se ha afirmado que la analogía puede tener significación en forma *indirecta* en la fundamentación de la punibilidad (confr. MEZGER, *Lehrbuch*, p. 84). Sin embargo, esta interpretación analógica tolerada tendría sus límites en el "*sentido literal posible del texto*".

La fórmula del "sentido literal posible del texto" no resuelve, de todas maneras, satisfactoriamente el problema. Así partiendo de que toda interpretación *requiere* analogía se sostiene que "la analogía no es sino un procedimiento habitual de discusión de la lógica jurídica, que es utilizada en el derecho penal de la misma manera que en todo el derecho y no sólo *in bonam partem*" (JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 106). De aquí que la prohibición de la analogía deba entenderse como la exclusión de la analogía "con el fin de creación de nuevo derecho" (JESCHECK, *loc. cit.*), con lo que la reducción del significado de la prohibición de la analogía es indudable.

Otros autores señalan la impotencia de la fórmula para limitar la discrecionalidad judicial (SCHMIDHÁUSER: "los ejemplos nos muestran que la jurisprudencia, también aquí, hace posible lo imposible", *Lehrbuch*, p. 112) y piensan que la prohibición de la analogía que no es una garantía segura para el subdito de derecho (ib. idem). Por lo tanto, la cuestión de la analogía no podría sino depender de la propia opinión del intérprete sobre el texto: "Donde el intérprete piensa que ya no se trata de la interpretación de la ley sino de la analogía, tendrá que admitir la existencia de una laguna en la ley y, en consecuencia, la sanción del autor es inadmisibles. Allí donde el intérprete, por el contrario, opina, según su consciente convicción, que la vinculación a la ley hace esta interpretación necesaria, entonces la proposición jurídica así entendida tendrá la consecuencia de que él (como juez) deberá sancionar al autor" (SCHMIDHÁUSER, p. 112).

Los puntos de vista de JESCHECK y SCHMIDHÁUSER son evidentemente realistas, en cuanto a las dificultades que la prohibición de la analogía tiene para su realización práctica. Sin embargo, son criticables en tanto eliminan toda posibilidad de control de la interpretación de la ley por parte de los tribunales. Es preferible, por consiguiente, el punto de vista de STRATENWERTH (*Strafrecht*, i, núm. 100) según el cual "sólo una precisa descripción de la idea fundamental de la ley, orientada al correspondiente hecho tipificado en su ilicitud y culpabilidad, puede definir los límites de la interpretación admisible. En este sentido, el texto legal constituye el punto de partida pero no una medida fija". Este criterio describe cómo podría precisarse el contenido de la ley

para limitar su aplicación a los casos que esta "debe" sancionar y no a otros. Sus posibilidades de concreción son indudablemente reducidas.

El Código Penal español contiene en su art. 2º una disposición cuya aplicación se podría vincular a la prohibición de la analogía. En su primer apartado dice este artículo que "En el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él...". El Tribunal Supremo ha entendido en ocasiones que esta disposición determina que "en materia de derecho penal, por su carácter represivo, toda interpretación extensiva es arbitraria" (sents. 5.4.1946; 22.6.1934; 4.6.1945; 6.3.1965; 15.3.1965; 22.2.1966; confr. CÓRDOBA RODA en *Comentarios*, art. 2º).

Desde nuestro punto de vista, el Código no se refiere en su art. 2.1 a la interpretación extensiva sino, en todo caso, a la analógica. Debe reconocerse, sin embargo, que esta disposición no es suficientemente clara y al no referirse a la similitud (analogía) de los "hechos dignos de represión" con los contenidos en el Código, podría entenderse también como referida a una situación ajena al problema de la prohibición de la analogía. De todos modos, aunque se la refiera a la prohibición de la analogía no aportaría nada a la solución del problema teórico de base, es decir a una caracterización segura de los límites de la interpretación aceptable en el derecho penal. Lo mismo cabe decir del art. 7º del Código Penal colombiano.

3. La exclusión del derecho consuetudinario: la ley como única fuente del derecho penal. Un segundo aspecto contenido en el principio de legalidad es la *prohibición de fundamentar la punibilidad* en el derecho consuetudinario. Esto puede expresarse de otra manera sosteniendo que la *ley formal* es la única fuente del derecho penal. Así se entiende el sentido de los arts. 9.3 y 25.2 de la Constitución española. Las ambigüedades que podrían surgir del texto de las disposiciones citadas se despejan con el art. 53.1, que establece que los derechos y libertades que consagra el capítulo segundo del título i (derechos fundamentales) sólo podrán regularse por ley, y el art. 82.1 que determina la indelegabilidad de la potestad legislativa sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas. Sobre España, ver COBO DEL ROSAL-BOIX REIG, en *Comentarios a la legislación penal*, Dirigida por COBO DEL ROSAL, t. i, pp. 151 y ss. y RODRÍGUEZ RAMOS, en el mismo lugar, pp. 299 y ss.

La exigencia de una ley formal es también unánimemente reconocida en Iberoamérica:

—En *Argentina*: art. 18 de la Constitución (confr. ALBERTO CAMPOS, *Derecho penal*, 1980, p. 37; RICARDO C. NÚÑEZ, *Manual de derecho penal*, 3ª ed., 1977, p. 79; ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, i, 1980, pp. 131 y ss.

—En *Colombia*: arts. 26 y 27 de la Constitución; art. 1º del Código Penal (confr. Luis CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, i, 1981, p. 64; FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Parte general, 1981, p. 39; ALFONSO REYES E., *Derecho penal*, Parte general, 8ª ed., 1981, p. 84).

—En *Brasil*: confr. H. C. FRAGOSO, *Licoes de Déreito Penal*, PG., 1976, p. 86.

La exclusión del derecho consuetudinario rige —como la prohibición de la analogía— en la fundamentación de la punibilidad. Su aplicación *in bonam partem* es reconocida, en principio, como legítima (confr. HIRSCH, en *Leipziger Kommentar*, 9^a ed., § 51, nota previa núm. 28).

La cuestión del derecho consuetudinario es discutida, sin embargo, en cuanto a su extensión. Hay una tendencia a limitar esta exclusión sólo a los tipos de la parte especial, pero a admitir el derecho consuetudinario en toda su extensión (inclusive *in malampartem*) en la parte general (confr. WELZEL, *Lehrbuch*, p. 23; SCHÖNKE-SCHRÖDER-ESER, *SÍGB*, 18^a ed., 1976, núm. 26). En este sentido, la extensión de una eximente legal (su caracterización como causa de justificación, como causa de inculpabilidad o como excusa absoluta) podría fundamentarse suficientemente en el uso reiterado y constante que de ella haya hecho la jurisprudencia.

En verdad, la parte general del derecho penal, tal como actualmente se la conoce, se ha desarrollado como una verdadera creación del derecho judicial (confr. STRATENWERTH, *Strafrecht*, i, núms. 95 y ss.) y ello permite afirmar que las "contribuciones de la jurisprudencia y la ciencia al estado de validez fáctica del derecho tienen poca calidad desde el punto de vista de su validez, pues la jurisprudencia puede abandonarlas en cualquier momento" (SCHREIBER, en *SK StGB*, 2^a ed., 1977, § 1, núm. 20).

La cuestión debe responderse negativamente en relación a la parte especial, es decir, a la creación consuetudinaria de tipos penales no contenidos en la ley formal.

Con respecto a la parte general *no cabe* admitir el derecho consuetudinario *in malam partem* (así también SCHREIBER, *loc. cit.*) pero, en principio, será admisible *in bonam partem*.

4. La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal. La tercera prohibición contenida en el principio de legalidad se refiere a la *retroactividad de la ley penal*. El principio de legalidad prohíbe una aplicación retroactiva de la ley penal.

En la teoría y la práctica esta consecuencia del principio de legalidad conduce al problema de los límites de la ley penal. Concretamente se discute si las disposiciones referentes a la prescripción están amparadas por la prohibición de aplicación retroactiva o si quedan fuera de esta. La circunstancia de que las reglas referentes a la prescripción estén incorporadas al texto del Código Penal (por ejemplo: Código Penal de Colombia, arts. 79 y ss.; Código Penal argentino, arts. 5^o y ss.; Código Penal de Venezuela, arts. 108 y ss.; Código Penal mexicano, arts. 100 y ss.; Código Penal español, arts. 113 y ss.) no brinda un criterio adecuado de distinción. La inclusión de una disposición en el Código Penal no determina su naturaleza ni es suficiente indicio para establecer la voluntad del legislador.

En principio, la prohibición de irretroactividad de la ley sólo requiere la *existencia de una ley previa* (Código Penal español, art. 23; Código Penal colombiano, art. 1º; Código Penal venezolano, art. 1º; Constitución argentina, art. 18). De allí no se deduce indubitablemente si la garantía se refiere a la *punibilidad* o incluye también a la *perseguibilidad*. La respuesta depende de la naturaleza jurídica que se otorgue a la prescripción. Los que la conciben como una institución del derecho penal material (confr. LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, pp. 451/452) se inclinarán necesariamente por la vigencia de la garantía respecto de la prescripción y por consiguiente considerarán lesiva del principio de legalidad la aplicación a un hecho de la extensión de los plazos de la prescripción dispuestos en una ley posterior al mismo. Distinto será el parecer de quienes consideran a las reglas referentes a la prescripción como ajenas al derecho penal material: pueden admitir la aplicación retroactiva de nuevos plazos de prescripción. La cuestión es muy debatida en la teoría.

Problemática es, asimismo, la extensión de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal a los *cambios jurisprudenciales* manteniéndose vigente el mismo texto legal. Por ejemplo: la jurisprudencia que estima que ciertas acciones no constituyen hurto es modificada declarando que esos mismos hechos son típicos y, por lo tanto, constitutivos de delito. El punto de vista tradicional *no* consideró aplicable la garantía a estos supuestos. En la actualidad se abre paso otra opinión que estima la existencia de lesión de la prohibición de aplicación retroactiva cuando se produce un cambio de interpretación jurisprudencial que resulta más estricto que la interpretación anterior (confr. SCHREIBER, *SK StGB*, § 1, núm. 6; STRATENWERTH, *Strafrecht*, i, núm. 97; en contra, SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege?*, 1978, p. 27).

La prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal alcanza no sólo a las penas, sino también a las medidas de seguridad en toda su extensión. La cuestión es sumamente clara en la Constitución española, que en su art. 25.1 se refiere a que "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito". Al distinguirse entre "*condenar*" y "*sancionar*" en este artículo y reiterar en el art. 9.3 que "la Constitución garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales" queda despejada toda duda respecto a la ley que debe regir en materia de medidas de seguridad. Esto no hace sino ratificar, dándole jerarquía constitucional, el principio ya establecido en la segunda Disposición Adicional de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, según la cual rigen respecto de las medidas de seguridad los arts. 23 y 24 del Código Penal, es decir, la exigencia de ley anterior y la retroactividad de las disposiciones más favorables al autor.

B. Esquema histórico de los fundamentos político-criminales de las legislaciones penales modernas

El estudio de la historia del derecho penal no debe limitarse, como es habitual, a exponer una nueva descripción *externa* sucesiva de las leyes que han

regido en la que hemos llamado época moderna. Los puntos de vista de la ciencia que se ha elaborado sobre los derechos positivos deben tomarse también en consideración, porque han sido configurados de la práctica social del derecho penal vigente. Con esto no se quiere decir que la historia del derecho penal se deba reducir a una "historia de las *ideas* penales": ello sería un enfoque igualmente falso y unilateral de la cuestión en estudio. Lo que aquí se propone es una historia que trate a la vez de la historia de las leyes y de las ideas que sirvieron para su creación y aplicación. Las ideas que fueron la base de la creación de la ley penal y aquellas que sirvieron de base a la aplicación de la misma suelen no ser idénticas, sobre todo, cuando se trata de leyes que han tenido una muy larga duración; por ejemplo: el Código Penal español de 1848/50, el Código Penal austríaco de 1803 y el Código Penal alemán de 1871 en Europa; el Código Penal boliviano de 1834 y el argentino de 1921 en América Latina. Estos códigos fueron inspirados por ideas que a lo largo de su aplicación fueron reemplazadas por otras que, a su vez, configuraron una práctica del derecho penal de características diversas en sus distintas épocas de vigencia.

Tampoco se quiere presentar aquí la situación actual del derecho penal como un momento dominado por la "*lucha de escuelas*". Esa situación no existe desde la terminación de la Primera Guerra Mundial y la llamada "lucha de escuelas" no fue sino una polémica sobre los principios legitimantes de la pena. Su exposición, por lo tanto, se confunde con la explicación de las "teorías" de la pena (confr. *supra*, § i, B, 3).

La legislación penal de nuestros días corresponde a la idea legislativa que inspiró la codificación del derecho penal con posterioridad a la Revolución Francesa de 1789. Concretamente se puede decir que el derecho penal moderno está edificado sobre la herencia del Iluminismo o la Ilustración y se presenta en la actualidad como la condensación de diferentes corrientes intelectuales de signos opuestos que se han ido superponiendo a lo largo de su desarrollo.

1. LA TRADICIÓN DEL ILUMINISMO: LAS IDEAS DE SEGURIDAD Y DE HUMANIDAD

Las codificaciones penales del siglo xix siguieron básicamente el modelo del Code Penal francés de 1810 que marca (simbólicamente) el momento de la superación de la tradición penal medioeval representada en España por la Novísima Recopilación, los Fueros y las Partidas.

Los soportes ideológicos del derecho penal codificado desde principios del siglo xix constituyen una redefinición de las relaciones entre los individuos y el Estado. Se puede afirmar que la base del sistema legal está dada por: 1º) el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*; 2º) la fundamentación racional de la *pena*, de donde se dedujo la necesidad de proporcionalidad de la misma con la gravedad del hecho cometido; 3º) la concepción del *delito*

como algo diverso del pecado y, consecuentemente, un tratamiento diverso de los delitos contra la religión y contra la moral y las buenas costumbres; 4º) la humanización de las penas bajo la preponderancia de la pena privativa de la libertad (confr. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrechts*, i, pp. 286 y ss.).

Los autores que formularon los principios fundamentales del derecho penal moderno son BECCARÍA, *Dei delitti e del/e pene*, 1764; PAUL ANSELM VON FEUERBACH, *Revisión der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799 y, en España, MANUEL DE LARDIZABAL, *Discurso sobre las penas*, 1782.

Todos estos autores tienen una preocupación común por la superación de la arbitrariedad reinante en la práctica penal y por la crueldad de las penas que se aplicaban (aunque muchas penas crueles ya habían caído en desuso). En la legislación española la idea de seguridad se manifiesta sobre todo en la minuciosa regulación de la individualización de la pena con miras a una reducción del arbitrio judicial al máximo posible, que puede verse tanto en el Código español de 1822 como en el de 1848 y que ha llegado hasta nuestros días.

La realización técnico legislativa de la idea de seguridad se concretó mediante la preponderancia de los aspectos *exteriores* del hecho (por ejemplo, condicionar las penas al tiempo de duración de las lesiones o del valor en dinero de las cosas hurtadas o robadas en la legislación española) y a la máxima *reducción del arbitrio judicial* en las penas (caso extremo: el Código francés de 1791 que contenía penas fijas; estas penas se mantienen a veces hasta nuestros días, por lo menos para algunos delitos: art. 80 del Código Penal argentino de 1921 respecto del asesinato). La idea de humanización no pudo impedir, de todos modos, que se mantenga la pena de muerte que el Código Penal francés de 1810 previa frecuentemente. Pero, por lo demás, la pena privativa de libertad, configurada como *reclusión* o como *prisión* fue el núcleo central del sistema penal de aquellos tiempos. Los efectos infamantes de la reclusión y el grado extremo de aislamiento que solía implicar dejaba también mucho que desear respecto de la humanización del derecho penal, aunque constituía un progreso en relación con el derecho penal anterior.

2. LA INFLUENCIA DEL IDEALISMO ALEMÁN: MORALIDAD Y TALIÓN

Sobre la base de la tradición iluminista se asienta a mediados del siglo xix la influencia del idealismo alemán. El punto de vista central de esta corriente es la teoría retributiva de la pena que, apoyada en la idea del talión, procura establecer la *medida justa* de la pena y con ello el límite de la legitimidad de la misma (confr. KANT, *Metaphysik der Sitten*, 1797, IIª parte, i, E). La pena debía despojarse, por lo tanto, de toda finalidad preventiva o correccional (confr. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 82 y ss.). Moralidad y penalidad limitada por la idea del talión constituyen los elementos fundamentales de la influencia del idealismo alemán. La circunstan-

cia de que la ley penal según KANT (*loe. cit.*) sea un imperativo *categorico* y que esta sea la forma correspondiente a la moral (confr. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*", 1785, cit., según Reclam-Universal-Bibliothek núm. 4507 (2), p. 62) suponía una fundamentación también moral del derecho penal. También HEGEL trató al delito dentro del "sistema de la moral" (confr. HEGEL, *System der Sittlichkeit*, ed. George Lasson, pp. 38 y ss.).

Sin embargo, no todos los idealistas alemanes profesaron una concepción retributiva o absoluta de la pena. J. G. FICHTE, por ejemplo, tendía a la prevención general (confr. *Das System der Rechtslehre*, 1812, publicado en 1834, citado según *Ausgewählte politische Schriften*, ed. f. BATSCHA y SAA-GE, 1977, pp. 320 y ss.). Esta línea de pensamiento se percibe más tarde en KRAUSE, AHRENS y RÓDER, cuya influencia en España a través de los krausistas fue de singular importancia (confr. BACIGALUPO, *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*, ed. por Lüttger, 1978, pp. 115 y ss.). KARL CHRISTIAN FRIEDRICH KRAUSE (*Das System der Rechtsphilosophie*", ed. por RÓDER, 1874) concibió la pena como un medio educativo y, por lo tanto, sostuvo que no había derecho de aplicar un mal sólo para producir un dolor; el valor del individuo era el punto de partida de esta concepción. También AHRENS (*Naturrecht oder Rechtsphilosophie*, 6ª ed., 1871, n, pp. 448 y ss.) siguió este punto de vista, que RÓDER (*Zur Rechtsbegründung der Besserungsstrafe*, 1846) desarrolló en lo que puede llamarse la "función tutelar de la pena". De aquí surgen los principios que configuraron más tarde en España la *Escuela Correccionalista*, cuyo principal representante fue PEDRO DORADO MONTERO (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, i, núm. 298; *Tratado*, u, núm. 542).

De todos modos, la base ética del derecho penal y el significado correspondiente de la libertad de voluntad fueron tan subrayados por el Idealismo alemán que la *idea de culpabilidad* —poco grata a los iluministas— adquirió un papel relevante entre los presupuestos de la pena y en la determinación judicial de la misma que hasta hoy no ha perdido.

Aunque esta evolución haya sido obra de los juristas que aplicaban el derecho penal y encuentre relativamente pocos puntos de apoyo positivos, su fuerza no puede desconocerse pues se ha hecho patente como si perteneciera al derecho escrito.

La significación práctica de la idea de culpabilidad se manifestó ante todo en la importancia que adquirió en la imputación de un hecho punible el elemento *interno* del comportamiento. El Código Penal español de 1848 lo presumía (art. 1º), hasta la Reforma de 1983, inviniendo de esa manera la carga de la prueba en contra del acusado. Otros códigos (por ejemplo, el alemán de 1871, § 59) lo regularon indirectamente a través de disposiciones referentes al error sobre los elementos del tipo o supuesto de hecho. Este elemento interno se extendió en la teoría, aunque no siempre, del mero conocimiento de los *hechos* a la exigencia del conocimiento del *derecho* (confr. BINDING, *Normen*, ni, p. 147). En la práctica de los tribunales hubo, sin embargo,

una considerable resistencia a aceptar que el conocimiento del derecho —al que las leyes penales no se referían expresamente— pudiera condicionar la imputación (subjetiva) del hecho cometido.

En lo que se refiere a determinación de la pena, la correspondencia de esta con la gravedad de la culpabilidad dentro del marco penal establecido por la ley, quedó librada a la intuición judicial. Los Códigos establecieron pocas (por ejemplo, el Código Penal austríaco, 1803/1852, § 32) o ninguna pauta (así, por ejemplo, el Código alemán de 1871) al respecto. La cuestión de la medida de la pena adecuada a la culpabilidad no sufría, en principio, limitaciones de importancia cuando se exigía —como lo hacía el Código austríaco— una consideración de la personalidad del autor, dado que el fundamento ético del derecho penal podía concebirse en relación a la reprochabilidad del *hecho* cometido —como pensaba KANT— o en relación al *carácter reprochable* del autor —como lo entendía la ética de SCHOPENHAUER (confr. *Ueber die Grundlagen der Moral*, 1840). En todo caso, al entenderse la determinación de la pena como un acto de intuición judicial se creyó que la decisión sobre la pena no contenía una "infracción de ley" (arts. 847 y ss. LEC) que pudiera fundamentar un recurso de casación.

3. LA INFLUENCIA DEL POSITIVISMO: UTILIDAD SOCIAL Y PENALIDAD

Desde mediados del siglo xix las concepciones del Idealismo alemán, que se conoció como el conjunto de ideas penales de la *Escuela Clásica*, fueron cuestionadas por una de las más influyentes corrientes del pensamiento moderno: el positivismo. Los positivistas pusieron en duda ante todo el punto de partida del Idealismo: la libertad de voluntad. Consecuencia de este cuestionamiento es la nueva fundamentación de la pena sobre bases *deterministas* y la propuesta de la *reforma del derecho penal vigente*.

El *programa de reforma* del derecho penal vigente fue concebido como un programa internacional auspiciado por la *Asociación Internacional de Criminalistas*, que elaboró un catálogo de reformas que daba contenido a las reformas nacionales. Estas modificaciones no tenían la pretensión de cambiar la estructura del derecho penal vigente, sino que, por el contrario, reforzaron el significado de este como "*Carta Magna del Delincuente*", o sea, subrayaron la importancia del principio de legalidad.

Las transformaciones que se impulsaban intentaron dar a la pena una función "finalista" (VON LISZT), es decir, "*utilitaria*", por oposición a la concepción dominante de los "clásicos". Con ello quería señalarse que la pena debía proporcionarse no *únicamente* a la gravedad del delito (del hecho) sino a la *peligrosidad del autor*. De esta manera podían fundamentarse por lo menos tres instituciones que eran desconocidas en el siglo xix: la *condena condicional* para las penas cortas privativas de libertad de delinquentes primarios; la *libertad condicional* que autorizaba la suspensión del cumplimiento de

la pena privativa de la libertad cuando, luego de la ejecución de un mínimo por lo general de dos tercios, el autor demostrara que se había alcanzado el fin perseguido por la ejecución; la *reclusión indeterminada* para los multi-reincidentes y (cuando esto no estaba ya previsto en el derecho vigente) el *aumento de pena al reincidente*. Como se vio (confr. *supra*, § B, 3, b) estas instituciones estaban referidas a las especies de delincuentes.

La condena condicional y la libertad condicional fueron absorbidas por los derechos positivos prácticamente en forma unánime a lo largo de la primera mitad de este siglo (en *España* desde la ley del 17.3.1908 sobre condena condicional; en *Argentina* desde la sanción del Código vigente (1921), arts. 13 y 26; como antecedente de la libertad condicional en *España* suele invocarse el Código español de 1822, confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Códigos Penales Iberoamericanos*, i, p. 387). Lo mismo ocurrió en algunas legislaciones con la reclusión indeterminada para los multireincidentes (Código argentino, art. 52) y con la agravación **de la pena para** los reincidentes. Cabe hacer notar que fuera de la libertad condicional y de la condena condicional, los derechos penales de procedencia española no tenía grandes dificultades teóricas para admitir el resto del programa de reformas, ya que muchas estaban aceptadas en los Códigos más antiguos (internación de inimputables; aumento de pena por la reincidencia).

De este programa de reformas quedaron sin aceptación las *penas determinadas a posteriori* o *penas indeterminadas* (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La sentencia indeterminada*, 1913, 2ª ed., 1947) que se consideraron, en general, contrarias al principio de **legalidad**.

En su realización práctica el programa de reformas del positivismo siguió un camino intermedio legislando, mediante un *sistema dualista* o de "*doble vía*" (confr. *supra*, § i, B, 4), junto a las penas las *medidas de seguridad* (sobre todo las destinadas a los inimputables).

En *España* y en *Venezuela* se interpretó el sistema de doble vía en un sentido muy amplio. Junto al Código Penal, dirigido a la peligrosidad revelada por el delito, se sancionaron "Códigos preventivos" (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, II, núms. 565, 566) con la finalidad de *prevenir* la comisión de delitos por sujetos considerados peligrosos ("Ley de Vagos y Maleantes" del 4.8.1933 remplazada por la ley 16/1970 de 4.8. sobre "Peligrosidad y Rehabilitación Social"). La constitucionalidad de este *puro derecho penal de autor* ofrece serios reparos (confr. *supra*, § 1, B, 4).

Las **concepciones penales del positivismo no sólo se concretaron en reformas** del derecho penal vigente, sino que influyeron considerablemente en la práctica. La legislación vigente pudo ser interpretada desde el punto de vista de las concepciones preventivo-especiales. Ello introdujo los problemas **del** tipo de autor y de su peligrosidad dentro del concepto de culpabilidad y correlativamente en la individualización judicial de la pena.

4. LOS RECIENTES MOVIMIENTOS DE REFORMA: RESOCIALIZACIÓN Y DIGNIDAD DE LA PERSONA

Los movimientos de reforma modernos comienzan en la década del 60 y se desarrollan en ella. Su punto de partida es una crítica de la política criminal del positivismo, muchas de cuyas propuestas se juzgaron contrarias a la dignidad humana. Este valor permitió dar nuevamente significación a la idea de culpabilidad, que pasó a constituirse en el límite de la intervención penal del Estado (sea que se considere a la culpabilidad fundamento o sólo un límite exterior de prevención). Los habituales y reincidentes deberían tratarse mediante medidas de seguridad consistentes en un verdadero tratamiento. La idea de los *institutos de terapia social* concretó la concepción de una idea preventivo-especial en la que la base de la ejecución penal debe ser el tratamiento. El acento de la reforma penal se puso en el *fin resocializador de la pena*.

Este programa de reformas se concretó en el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán (1966) y fue inspirador de la reforma penal alemana de 1969 que entró en vigencia el 1.1.1975. En la misma fecha entró en vigencia el nuevo Código Penal austríaco. Ambos códigos son sin duda más conservadores que el Proyecto Alternativo.

En América Latina el *Proyecto de Código Penal Tipo* constituye, por el contrario, un modelo anticuado. Comenzó a redactarse en noviembre de 1963 con las buenas intenciones que se expresan en la *Declaración de principios fundamentales* y se publicó su parte general en 1971. No es un modelo de reformas, pues, en realidad, deja inalterado el sistema penal. En todo caso pretende tener una mejor calidad técnica en los conceptos jurídicos que define, cosa que casi nunca logra.

En parte las tendencias modernas han penetrado en el Proyecto argentino de 1974/75, aunque con notable inconsecuencia.

Las nuevas legislaciones latinoamericanas (Colombia, Costa Rica, Bolivia, El Salvador) no introducen una verdadera reforma penal, sino que, como el Código Penal Tipo, codifican una serie de conceptos elaborados sobre las leyes anteriores y que no siempre son teóricamente correctos.

Las reformas legislativas de los años 60 y comienzos del 70 se han caracterizado por una considerable *liberalización* que se manifestó en el ámbito de los delitos sexuales (por ejemplo, la despenalización de la homosexualidad en Alemania, la reforma del derecho vigente en España) y en las diversas tendencias a elastizar la legislación penal sobre el aborto.

Asimismo, se ha puesto de manifiesto una fuerte tendencia *racionalizadora* del fenómeno penal que en primer lugar reserva el derecho penal a los casos en que el conflicto social no tiene posibilidades de ser resuelto por otros medios de política social (el derecho penal como *ultima ratio* de la política social). Dentro de este marco, se inserta también la *despenalización* de hechos de poca trascendencia social (como los hurtos en supermercados) para remplazar la represión penal por formas más eficaces, menos costosas y de menos consecuencias desocializadoras que las del derecho penal.

Paralelamente se observa un proceso de *penalización* de ciertas formas de comportamientos socialmente muy dañosos que hasta ahora habían permanecido fuera del derecho penal, como la *delincuencia económica*. De esta manera, la legislación penal tiende —aunque no siempre lo logre— a una mejor realización de la garantía constitucional de la *igualdad ante la ley*.

En materia de penas cabe señalar en esta época la unificación de las penas privativas de la libertad en una única especie despojada de los elementos desocializadores de la pena de reclusión (sobre todo la inhabilitación subsiguiente a la ejecución de la privación de la libertad). Al mismo tiempo se observa una tendencia a incrementar los sustitutivos de la pena privativa de la libertad mediante una extensión de la condena condicional y nuevas formas de impedir la ejecución como la "advertencia con reserva de pena", el "arresto de fin de semana" o el "servicio comunitario" (*community service*). Todo ello se complementa con una reducción del tiempo de ejecución para la obtención de la libertad condicional.

La tendencia a sustituir la pena privativa de la libertad ha sido compensada con un significativo incremento de la pena de multa (para su incremento en la práctica alemana por ejemplo, confr. JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 26 y ss.), que en gran número de delitos se presenta como una *pena alternativa* a la privativa de la libertad.

5. LA REFORMA DE LA REFORMA: EL TEMOR A LA LIBERALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL

Desde la segunda mitad de los años 70 se percibe una tendencia a limitar los efectos de la liberalización del derecho penal que se propuso a mediados de la década anterior. El temor al delito y el sentimiento de seguridad se convirtieron en un tema político general explotado sobre todo por los movimientos conservadores y el llamado movimiento por "la ley y el orden". Ciertas circunstancias objetivas, como la desocupación laboral y el terrorismo, sirven de base para el desarrollo de esta tendencia reciente y actual.

Se trata de una situación que se manifiesta no tanto en una reforma del derecho penal material como en el campo del proceso penal, donde se sostienen principios tales como "la igualdad de armas" entre las partes del proceso (que en verdad no significa sino una desigualdad favorable a los órganos de persecución penal) y una fuerte reducción de los derechos de la defensa.

Cabe señalar también que la corriente de reformas fundada en la ideología de la resocialización ha sido también atacada desde otros puntos de vista por quienes sostienen que no es legítima la resocialización o que es imposible mediante la ejecución penal. Este ataque tiene un signo político totalmente diverso al anterior. Su debilidad reside en que subestima las posibilidades de una *reforma social* y sobrestima las perspectivas de las *revoluciones sociales*.

La liberalización del derecho penal de los años 60 ha sido atacada tanto en los países occidentales como en los pertenecientes al bloque del Pacto de Varsovia. Estos mantienen la pena de muerte y severas penas privativas de la libertad. Entre los países de habla castellana puede servir de ejemplo el Código Penal cubano de 1979 que sanciona los actos preparatorios del delito (art. 12), mantiene la pena de muerte (art. 28) y sujeta la individualización de la pena a la prevención general (art. 47.1.) junto con otras disposiciones que conservan inspiración liberal.

C. La validez de la ley penal

1. VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL

La ley penal importa un ejercicio de la soberanía del Estado, lo mismo que el resto de la legislación estatal. En consecuencia, su validez aparece limitada en el espacio por la extensión dentro de la cual se reconoce en la comunidad internacional el ejercicio de la soberanía.

Las reglas del derecho penal del Estado que establecen el ámbito en el que las propias leyes penales son aplicables con exclusión de las de otros Estados son propiamente reglas del derecho interno del Estado. Sin embargo han sido designadas con frecuencia como "*derecho penal internacional*" (confr., por ejemplo, LISZTSCHMIDT, *Lehrbuch*, p. 121; MEZGER, *Lehrbuch*, p. 57; QUINTANO R., *Tratado de derecho penal internacional e internacional penal*, 1957).

Estas reglas se refieren a la aplicación del derecho penal del Estado en casos en los que, por el lugar de comisión o por la nacionalidad o estatuto personal del autor o de la víctima, cabría la posibilidad de aplicar el derecho penal de otro Estado. En este sentido pueden ser consideradas normas para resolver la colisión de diversos derechos penales aplicables a un caso, aunque ambas caracterizaciones se han calificado frecuentemente como excluyentes: o es derecho de aplicación o es derecho de colisión (confr. JESCHECK, en STRUPP-SCHLOHNER, *Wörterbuch des Völkerrechts*, ni, pp. 396 y ss.).

En tanto expresión de la soberanía, las reglas que establecen la extensión del propio derecho penal no pueden conceder al Estado un derecho a intervenir dentro del ámbito propio de la soberanía de otro Estado. De allí que cuando el autor del delito se encuentre físicamente bajo la autoridad de otro Estado, se requiera un procedimiento especial para poder aplicarle la propia ley y juzgarlo ante los propios tribunales (extradición).

La validez espacial de la ley se determina de acuerdo con una serie de principios que, en distinta medida, conforman el sistema del derecho penal internacional de cada legislación. En la actualidad existe a este respecto un extendido consenso legislativo.

a) *La aplicación de la ley penal en el territorio del Estado*

Principio territorial. La ley penal es aplicable a los hechos punibles cometidos dentro del *territorio del Estado*, sin consideración de la nacionalidad del autor.

Este principio es el básico de las legislaciones vigentes (Código Penal argentino, art. 1; Código Penal colombiano, art. 13; Código Civil español, art. 8º y art. 333 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; Código Penal mexicano, art. Iº; Código Penal venezolano, art. 3º).

Dos problemas deben solucionarse para llevar a la práctica este principio: establecer qué debe entenderse por "*territorio del Estado*" y definir qué debe entenderse por "*lugar de comisión*".

aa) *Concepto de "territorio"*: El concepto de territorio al que aquí nos referimos viene definido por el derecho internacional. El derecho penal no introduce a este concepto ninguna particularidad. (En detalle sobre Argentina y España, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. n, 3ª ed., 1964, pp. 771 y ss.).

Este concepto de territorio suele complementarse mediante la teoría del *territorio flotante* o *principio de la bandera*, según el cual la ley del Estado es aplicable también a los hechos cometidos en buques o aeronaves que lleven su bandera. La circunstancia de que normalmente los buques o aeronaves sólo sean portadores de una bandera elimina todo posible conflicto (para las aeronaves lo dispone así la Convención de Chicago de 1944). En caso de conflicto entre el principio territorial y el de la bandera se otorga primacía al de la bandera (por ejemplo: cuando un delito se comete a bordo de una aeronave dentro del territorio de otro Estado distinto del de su bandera, debe prevalecer la jurisdicción del Estado de la bandera). Este criterio está establecido positivamente en el Convenio de Tokio de 1963 (art. 3, m). Expresamente aceptan este punto de vista: Código Penal colombiano, art. 14; Código Penal mexicano, art. 5º, n y IV; indirectamente Código Penal venezolano, art. 4º, núm. 16).

bb) *Concepto de "lugar de comisión"*. Dado que el delito tiene diversos elementos que pueden separarse conceptualmente, la definición del *lugar de comisión del delito* puede, en principio, vincularse a uno de esos elementos. Así surgieron las teorías de la *acción* y la del *resultado*.

1. Los defensores de la *teoría de la acción* consideran que la cuestión se vincula con la del *tiempo* de comisión y que ambas reclaman una respuesta unitaria (confr. FRANK, *StGB*, § 3, iv; VONLISZT, *Lehrbuch*, 23ª ed., 1921, p. 137). De acuerdo con esta teoría la cuestión debe resolverse afirmando que el lugar de comisión es el de la *actuación de la voluntad*. De esta manera, en los llamados *delitos a distancia*, es decir, en aquellos en los que la actuación de voluntad tiene lugar en una jurisdicción y el resultado en otra, debe aplicarse la ley del Estado donde tuvo lugar la actuación de voluntad. Por ejemplo: alguien dispara desde el Estado A sobre otro que está más allá de la frontera,

en territorio del Estado B, y que resulta muerto; la ley aplicable sería la del Estado "A".

Los fundamentos de esta teoría son los siguientes: En primer lugar, tomar en cuenta el resultado no permite una solución uniforme porque hay delitos sin resultado (delitos de pura actividad). En segundo lugar, una teoría basada en el resultado determinaría soluciones insatisfactorias cuando, por ejemplo, el autor realiza la acción en un estado de incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad) y el resultado se produce cuando ya ha recuperado la normalidad. (Confr. FRANK, *loe. cit.*). En este caso habría que sancionar, lo que se considera una solución inadecuada. Otros ejemplos aluden a los cambios legislativos que podrían haber tenido lugar en el tiempo que va, por ejemplo, desde el envío de una carta injuriosa hasta su recepción por el destinatario (confr. VON LISZT, *loe. cit.*, p. 138); en tercer lugar, se alude a las dificultades para determinar el lugar del resultado (confr. FRANK, *loe. cit.*). La teoría de la acción fue recomendada todavía en 1932 por la 4ª Sección del Congreso Internacional de Derecho Comparado (La Haya) (Confr. OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 1973, p. 206; JIMÉNEZ DE ASÚA, *loe. cit.*, p. 844).

2. El punto de vista contrario fue defendido por el propio VON LISZT en las primeras ediciones de su libro (confr. *Das Reichsstrafrecht*, 1881, p. 74). Teóricamente se afirma que "las fuerzas naturales que operan según la ley de causalidad, son la herramienta en la mano del hombre, el medio para realizar su objetivo. El hombre *obra* mientras estas fuerzas operan; *ha obrado* tan pronto como estas han alcanzado su meta" (*loe. cit.*, p. 73). El lugar de comisión debe ser, por lo tanto, aquel en que "la serie causal en curso alcanza el *objeto amenazado*" (*loe. cit.*, p. 74). Por otra parte, se agrega, el Estado donde se produce el resultado debe poder sancionar la perturbación del orden que ha sufrido (confr. OEHLER, *loe. cit.*, p. 207). En realidad esta teoría difícilmente puede superar las objeciones que se le hicieron desde el punto de vista contrario.

3. En la actualidad puede considerarse dominante la *teoría de la ubicuidad* (Confr. OEHLER, *loe. cit.*, p. 208; JIMÉNEZ DE ASÚA, *loe. cit.*, p. 829). Según ella el delito debe reputarse cometido tanto donde se produce el resultado como allí donde se ha ejecutado la acción. Precursor de esta teoría ha sido sobre todo BINDING (*Handbuch des Strafrechts*, i, 1885, pp. 414-423; *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, AT, 8ª ed., 1913, p. 82). El fundamento teórico de la teoría de la ubicuidad reside en la unidad que constituyan, típicamente considerados, la acción y el resultado, lo que impediría su separación y consideración aislada.

4. La cuestión del lugar de comisión del delito da lugar a problemas diversos según el orden jurídico nacional en el cual se la analice.

—Colombia adoptó en su art. 13, 2º párrafo el principio o teoría de la *ubicuidad* (confr. ROMERO SOTO, *Derecho penal*, i, 1969, p. 220; ALFONSO REYES, *Derecho penal*, 8ª ed., 1981, p. 115; ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*,

Parte general, 1981, pp. 59/60; Luis CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, i, 1981, p. 88).

—*España*. El art. 355 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los jueces españoles "el conocimiento de los delitos comenzados a cometer en España y consumados o frustrados en países extranjeros... en el caso de que los actos perpetrados en España constituyan por sí delitos y sólo respecto a estos". JAMES GOLDSCHMIDT, (*Metodología jurídico-penal*, Madrid, 1935, p. 17) entiende que esta disposición consagra la teoría del resultado. Conforme a esto la opinión mayoritaria estima que rige la teoría del resultado (confr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte general, p. 159; GIMBERNAT, *Introducción*, p. 27; CERESO, *Curso*, pp. 229 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, I, p. 192). Sin embargo, la teoría del resultado conduce a soluciones sumamente insatisfactorias en la práctica: si alguien hiere en España a otro que es trasladado a Francia, donde muere, los tribunales españoles sólo podrían juzgarle por el homicidio frustrado, que es hasta donde el hecho se realizó en España (confr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *loc. cit.*).

Excepcionalmente JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado*, n, p. 845) piensa que tal interpretación es incorrecta y que el art. 335 de la Ley de Organización del Poder Judicial debe entenderse según la teoría de la acción, corrigiéndose de esta manera el texto mediante una interpretación teleológica, aunque reconoce la debilidad de esta solución. También excepcionalmente RODRÍGUEZ DEVESA estima aplicable la teoría de la ubicuidad (*Derecho penal*, p. 384, lo mismo que GIMBERNAT, *Introducción*, p. 27). La fórmula de la Ley de Organización del Poder Judicial (art. 335) fue adoptada en el Código de Derecho Internacional Privado de Bustamante, art. 302).

El art. 14 de la L.E.C. hace referencia al lugar donde el delito se haya cometido. Esta fórmula ha sido frecuentemente interpretada como expresión de la teoría del resultado. Sin embargo, el art. 14 no dice nada respecto a dónde debe entenderse cometido el delito. Deja la cuestión abierta a la respuesta que se dé sobre la teoría del resultado, de la acción o de la ubicuidad.

—*Argentina*. La jurisprudencia de la Corte Suprema se inclina decididamente por la *teoría de la ubicuidad*. En Argentina tiene especial interés la fórmula que contiene el art. 1º del Código Penal cuando agrega que la ley argentina se aplica no sólo a los delitos cometidos en el territorio, sino también a aquellas "cuyos efectos deban producirse" en el territorio argentino. Por una parte se ha entendido que "efectos del delito" no son otros que su resultado y, por lo tanto, el texto reflejaría la adopción de la *teoría de la ubicuidad* (así JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, n, p. 833). La expresión "efectos del delito" fue entendida también —aunque no se lo dijo expresamente— en el sentido de "estrépito social causado por el delito" con lo que, en la práctica, se fundamentaba la punibilidad del delito de bigamia cometido fuera del territorio nacional (especialmente en el Uruguay). Esta interpretación fue objetada desde el punto de vista del principio real o de defensa, por un lado; por otro lado, fue directamente rechazada por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal

y Correccional de la Capital (confr. *La Ley*, 7.5.1943) que se mantuvo en la equivalencia de "efectos" y "resultado".

—*México*. El Código Federal mexicano utiliza la misma expresión en su art. 2º, i del Código Penal. En la redacción específica que allí adopta parece referirse a la teoría de la *ubicuidad con amplia concepción*, pues alcanza para justificar la intervención de los tribunales mexicanos la sola intención del autor de que los efectos tengan lugar en el territorio mexicano ("...cuando se produzcan o *se pretenda* que tengan efectos en el territorio de la República"). (Otro punto de vista, OEHLER, *Internationales Strafrecht*, p. 229). En la teoría mexicana predomina la interpretación en función de la teoría del resultado (confr. PORTE PETIT, *Programa de la parte general del derecho penal*, 1958, pp. 230 y ss.).

—*Venezuela*. El Código venezolano deja la cuestión abierta y puede interpretárselo, por lo tanto, desde el punto de vista de la *teoría de la ubicuidad*.

—*Costa Rica*. El Código de 1970 recoge implícitamente la *teoría de la ubicuidad* en su art. 6º.

b) *Principios que justifican la aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio del Estado*

La pretensión del estado de aplicar las propias leyes no termina en los límites de su territorio. En las legislaciones vigentes y en la teoría se encuentran con frecuencia extensiones del ámbito de aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio. Dichas extensiones se justifican sobre la base de principios diversos del principio territorial.

aa) *El principio real o de defensa*. Este principio afirma la aplicación de la ley del Estado a hechos cometidos fuera del territorio nacional pero que se dirigen a bienes jurídicos que se encuentran en él. Básicamente se considera que este principio se refiere a la protección de bienes jurídicos del propio Estado y que afectan a su integridad como tal (orden público, traición a la patria, moneda y documentos nacionales, etc.).

Si, por el contrario, el hecho cometido en el extranjero, es decir, *fuera* del territorio del Estado, se dirige contra bienes jurídicos individuales que merecen la protección del derecho penal nacional, la extensión de la aplicación de este se justifica sobre la base del *principio de la nacionalidad* (Principio *pasivo* de la nacionalidad) (ver *infra*, 2).

El principio real o de defensa está recogido en *España* en el art. 336 de la LOPJ (que se refiere al Código de 1870) y rige con relación a los delitos contra la seguridad del Estado, de lesa majestad, de rebelión, de falsificación de firma de ministros, falsificación de otros sellos públicos, falsificaciones que perjudiquen directamente al crédito o intereses del Estado, la introducción o expendición de lo falsificado, la falsificación de billetes de banco con emisión autorizada por ley y su introducción o expendición y los cometidos en el

extranjero por empleados públicos residentes en el extranjero en cumplimiento de sus funciones.

El *Código Penal colombiano* recurre al principio real o de defensa en el art. 15, num. 1º y 5º primera parte ("delito en perjuicio del Estado") que declara aplicable la ley penal colombiana "a la persona que cometa en el extranjero delito contra la existencia y la seguridad del Estado, el régimen constitucional, el orden económico social, la salud pública, la administración pública o falsifique moneda nacional, documento de crédito público, papel sellado o estampilla oficial, aun cuando hubiere sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana". Evidentemente los num. 1º y 5º del art. 15 contienen disposiciones contradictorias pues mientras el num. 1º no toma en cuenta para nada entre las condiciones de procedibilidad el mínimo de la pena, este aparece expresamente en el num. 5º. La contradicción podría superarse, sin embargo, reservando el num. 5º del art. 15 a los delitos contra el Estado *no* enumerados en el num. 1º del mismo artículo. Es posible que —dada la amplia enumeración del num. 1º— el art. 15, num. 5º, de esta manera, pierda significación práctica. La contradicción proviene de que el legislador ha identificado, a mi juicio erróneamente, el principio real o de defensa y el principio pasivo de la personalidad en el num. 5º. Se trata de una falta menor en uno de los Códigos iberoamericanos que mejor estructura el problema de la ley penal en el espacio.

En *Argentina* suele apoyarse el principio real o de defensa en la ya comentada expresión "*efectos del delito*" que contiene el art. 1º del Código Penal. Como vimos, entendiendo desde cualquier punto de vista esta fórmula, sólo puede referírsela a la teoría de la ubicuidad y, por lo tanto, no cabe sino interpretarla en el contexto del principio territorial. (Otro punto de vista NuÑEZ, *Manual*, pp. 102 y ss.).

bb) *Principio de la nacionalidad o de la personalidad*. Es el principio que justifica la aplicación de la ley penal a hechos cometidos fuera del territorio del Estado en función de la nacionalidad del *autor* (principio de la nacionalidad *activo*) o del titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por el delito (principio de la nacionalidad *pasivo*). La idea fundamental del principio en su aspecto activo es la obediencia exigida al subdito de un Estado respecto de la legislación de este, cualquiera sea el lugar en que se encuentre. Por lo general, el principio de la nacionalidad o personalidad tiene en la actualidad una vigencia muy reducida.

En *España* el principio personal o de la nacionalidad está consagrado en los arts. 339 y 340 de la Ley de Organización del Poder Judicial. En ellos se establece la aplicación de la ley española a los españoles que hayan cometido un delito fuera del territorio español contra otro español o contra un extranjero. *España* renuncia, de esta manera, a la aplicación de la ley penal española a los extranjeros que delincan contra españoles.

Si el delito ha sido cometido en el extranjero por un *español contra otro español* el proceso penal dependerá de: a) *querrela* del ofendido o del legitimado

para interponerla; b) *presencia* del delincuente en territorio español; c) *que no se haya juzgado* al autor en el extranjero, sea que haya sido absuelto, indultado o penado y, en este supuesto, que no haya cumplido la pena (LOPJ, art. 339).

Extremadamente dudosa es la interpretación realizada por el Tribunal Supremo del art. 339, en relación con el delito de aborto cometido por españoles fuera del territorio español. Según el Tribunal Supremo español (S. 22.12.81) este artículo fundamentaría la aplicación de la ley española porque el delito de aborto se habría cometido fuera del territorio "en fraude de la ley española" (Código Civil, art. 6.4). Con esta argumentación, sin embargo, lo que en verdad se hace es transformar el principio territorial en principio personal, ya que la interpretación del art. 6.4 del Código Civil dependería (suponiendo que fuera aplicable al ámbito penal) del principio aplicable y rigiendo el principio territorial no habría fraude a un deber que la ley no impone (!).

Si el delito se ha cometido en el extranjero por un *español contra un extranjero* se requerirá además: a) que el delito merezca una pena no inferior a prisión menor y b) que el hecho sea delito en el lugar de comisión (LOPJ, art. 340).

Un criterio similar es seguido por el art. 4º del *Código Penal mexicano*. A diferencia de la Ley de Organización del Poder Judicial española, los requisitos para juzgar al nacional que cometió un delito en el extranjero contra otro nacional o contra un extranjero no difieren. Se requiere la *presencia* del acusado en el territorio, que *no haya sido juzgado* en el país donde cometió el delito y *que el hecho sea delito* tanto en México como en el país donde se lo cometió (Código Penal mexicano, art. 4º).

El *Código Penal venezolano* hace referencia al principio personal o de la nacionalidad en el art. 4º, num. 1º (dudoso), 4º y 10º. (En el texto del art. 4º no faltan supuestos en los que es dudoso saber qué principio los fundamenta).

El *Código Penal colombiano* también aplica el principio personal o de la nacionalidad *activo* en su art. 15, num. 4º. El procedimiento depende en estos casos de la presencia del autor en territorio colombiano, de que el autor no haya sido juzgado en el extranjero y de que el delito tenga en Colombia pena privativa de libertad de un mínimo no inferior a dos años. Si la pena es inferior a dos años se requiere también querrela del ofendido o de quien esté legitimado a interponerla o "petición del procurador general de la Nación".

El principio *pasivo* de la nacionalidad o personalidad ha sido consagrado en el art. 15, num. 5º del Código Penal, que en su segunda parte determina la aplicación de la ley colombiana al extranjero que haya cometido en el exterior delito en perjuicio de un nacional colombiano. Condiciones del proceso son la presencia en territorio colombiano del autor, que el delito esté reprimido en la ley colombiana con pena privativa de la libertad con mínimo no inferior a dos años y que el hecho no haya sido juzgado en el extranjero. (Sobre las relaciones entre el primer supuesto del num. 5º del art. 15 y el num. 1º del mismo artículo, ver *supra* aa).

ce) *Principio universal o del derecho mundial*. Este principio fundamenta la aplicación del derecho de cualquier Estado independientemente del lugar de comisión y de la nacionalidad del autor. Sin embargo, en el derecho internacional no se lo reconoce con esta extensión. La aplicación de la propia ley a hechos cometidos por extranjeros fuera del propio territorio depende de que los hechos que entran en consideración afecten "bienes culturales supranacionales cuya protección interesa a todos los Estados en común" (JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 135) o "cuyos autores sean peligrosos para todos los Estados civilizados, sea por la finalidad perseguida como por la forma de ejecución" (OEHLER, *Internationales Strafrecht*, p. 147). Ambas caracterizaciones difieren en que la primera pone el acento en el bien jurídico protegido, mientras la segunda lo hace en la peligrosidad del autor. Se trata de dos concepciones distintas del derecho penal: una que protege bienes jurídicos amenazando con la sanción penal y otra que los protege sancionando a los autores peligrosos. Ambos puntos de vista fundamentan este principio de la solidaridad de los Estados en la lucha contra el delito. Este principio se encuentra en algunas convenciones internacionales en las que los Estados que las suscriben se reconocen recíprocamente el derecho de aplicar su derecho penal, aunque no suele imponerse obligatoriamente a los Estados el uso de esa facultad (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, n, núm. 796).

Este principio encuentra en la práctica dificultades en lo referente al límite de no intervención de un Estado en las cuestiones interiores de otro. La declaración de un Estado en forma unilateral de aplicar su derecho penal sobre la base del principio universal se considera como "jurídicamente infundada" (OEHLER, *Internationales Strafrecht*, p. 147; también COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, p. 196).

El Código Penal venezolano adopta el principio universal en el art. 4, num. 9°.

Por su parte se estima que el Código Penal español hace uso del principio universal en los arts. 288, 448 y 452 bis a), 1° (confr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, p. 166; CEREZO MIR, *Curso*, p. 206; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, p. 196).

Entre las convenciones internacionales más recientes que adoptan el principio universal cabe mencionar la de La Haya del 16.12.1970 (art. 4°, 2) sobre apoderamiento ilícito de aeronaves (rige en España desde 1972) y la de Montreal del 23.11.1971 (art. 5°, 2) de represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (confr. CEREZO MIR, *Curso*, p. 207).

dd) *El principio del derecho penal por representación*. Se trata de un principio que tiene carácter subsidiario: interviene cuando, cualquiera que sea la razón, no tiene lugar la extradición y autoriza que el Estado que tiene al autor en su poder lo juzgue aplicándole su ley penal. En este sentido es frecuente la aplicación del principio del derecho penal por representación cuando un Estado deniega la extradición de un nacional reclamado por otro Estado competente en razón del principio territorial. Este es el sentido con

que se lo encuentra en la ley *argentina* núm. 1612, art. 5°. Pero también se lo encuentra —aunque referido sólo a extranjeros— en el art. 15, num. 6° del Código Penal *colombiano*. El principio rige también en *España* (RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, p. 180; CEREZO MIR, *Curso*, p. 221; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 969). También *Venezuela*, (Código Penal, art. 4°, num. 6°) recoge este principio.

Con respecto a su fundamento hay discrepancias, aunque predomina el criterio según el cual el derecho penal por representación se funda en la solidaridad interestatal (confr. OEHLER, *Internationales Strafrecht*, p. 145; NÚÑEZ, *Manual*, p. 104; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, n, p. 761). Esta solidaridad se da por supuesta aunque el Estado que debería reclamar al autor del delito no lo haga por carecer de interés en aplicar su propio derecho penal.

Asimismo se estima que su realización práctica requiere reducir su aplicación a los bienes jurídicos más importantes (confr. OEHLER, *loe. cit.*, p. 146).

ee) *La aplicación del propio derecho penal a los delitos cometidos por funcionarios y empleados en el exterior*. Es frecuente que los derechos penales de la familia hispanoparlante contengan disposiciones referentes a los delitos cometidos por funcionarios y empleados del Estado en el exterior (Código Penal *argentino*, art. 1, 2°; Código Penal *colombiano*, art. 15, nums. 2° y 3°; *España*: LOPJ, art. 336, 4°; Código Penal *venezolano*, art. 4, nums. 6° y 7°; aunque el num. 6° —como vimos— se acerca más al derecho penal por representación; es dudoso que el art. 5°, V del Código Penal *mexicano* se refiera a este supuesto como lo sostiene OEHLER, *Internationales Strafrecht*, p. 391).

La fundamentación de esta extensión de la ley penal se ha deducido, en ocasiones, en el principio real o de defensa o en el principio activo de la personalidad o nacionalidad. Otros autores han preferido fundar esta extensión en la lesión del deber especial del cargo por parte del funcionario (OEHLER, *Internationales Strafrecht*, p. 394). Este último punto de vista parece preferible.

c) *La fundamentación de los principios del derecho penal internacional*

Tradicionalmente los principios del derecho penal internacional han sido expuestos como principios de la misma especie. Su estructuración, sin embargo, no deja de ofrecer dificultades. En principio se ha reconocido desde hace ya mucho tiempo una cierta especialidad en el principio del derecho penal por representación.

La cuestión se presenta fundamentalmente para quienes parten de la teoría de los imperativos, pues para esta teoría sólo es legítima la aplicación de una pena al que ha violado un deber impuesto por una norma. Es decir: la aplicación de la ley penal presupone ya una determinada relación entre el Estado y el autor. Esta relación se puede encontrar, como es lógico, como presupuesto del principio territorial, del personal o de la nacionalidad e inclusive

del principio real o de defensa. Pero esa relación no se encuentra ni en el principio pasivo de la nacionalidad o personalidad, ni en el del derecho mundial o universal, ni en el del derecho penal por representación. Mientras estos dos últimos suelen fundamentarse en la solidaridad interestatal, el principio pasivo de la nacionalidad tampoco encuentra fundamento en esta.

Por este motivo se sostiene que debería considerarse a estos tres principios "como competencias para juzgar. Son subsidiarios del ejercicio de la autoridad penal del Estado del lugar del hecho o de la nacionalidad y, por lo tanto, de la extradición" (HANS SCHULTZ, en *Fest. für H.v.Weber*, 1963, pp. 305 y ss., 312). En consecuencia, deberían ser complementados por una norma que estableciera el derecho aplicable al caso que se juzga, lo que acercaría el derecho penal internacional al derecho internacional privado.

Por el contrario, hay quienes piensan que los principios del derecho penal internacional se fundamentan en dos fenómenos jurídicos: la autoprotección del Estado (principio real o de defensa y principio pasivo de la nacionalidad) y la solidaridad entre los Estados (principio de la distribución de competencias, principio activo de la nacionalidad o personalidad, principio del derecho penal por representación, principio de la jurisdicción mundial, principio de la protección de bienes comunitarios) (Confr. OEHLER, *Internationales Strafrecht*, p. 133).

Una decisión referente a estas dos diferentes posiciones depende en gran medida de la teoría de la norma que se tenga por fundamento (ver *supra*, A, 2, a).

2. VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PENAL

a) *El principio fundamental: aplicación de la ley vigente en el momento de la comisión del delito*

La ley aplicable al delito desde el punto de vista temporal es la ley vigente en el momento de comisión del hecho punible. Se trata de una regla que se deriva del principio de legalidad que, como vimos, prohíbe la aplicación retroactiva de la ley. Es decir, las leyes penales sólo alcanzan a los hechos cometidos después de su puesta en vigor. Es un principio sobre el que existe el más completo acuerdo en las legislaciones modernas. Por este motivo, las diferentes leyes penales establecen el requisito de una *ley previa* como justificante de la reacción penal. (Constitución argentina, art. 18; Código Penal colombiano, art. 1º; Constitución española, arts. 9º.3 y 25.1 y Código Penal español, art. 23; Constitución mexicana, art. 14; Código Penal venezolano, art. 1º; estas disposiciones no tienen siempre la claridad deseada). Al derivarse del principio de legalidad la exigencia de la ley previa que incrimine, el hecho tiene, obviamente, *jerarquía constitucional*.

La exigencia de la *ley previa* se refiere tanto a la tipificación del hecho punible como a la amenaza de pena, a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias del delito. Por el contrario, la opinión dominante entiende

que las disposiciones de carácter procesal pueden aplicarse a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

aa) *El momento de comisión del delito.* Así como el principio territorial requería determinar el *lugar* de comisión, la exigencia de la ley previa sólo puede llevarse a la práctica estableciendo el *tiempo de comisión* del delito. La doctrina dominante entiende que el delito se comete en el *momento de ejecución de la acción* o en el *momento en que debía realizarse la acción omitida o en el del resultado no impedido* (confr. JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 109; SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, p. 130; SCHREIBER, *SK StGB*, § 2.2; NÚÑEZ, *Manual*, p. 109; otro punto de vista, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, p. 125). A diferencia de los otros Códigos que estamos tratando, el Código Penal de Colombia establece en su art. 20 que "el hecho punible se considera realizado en el momento de la acción... o en el momento en que debió tener lugar la acción omitida".

De este criterio general se deducen distintas consecuencias según la estructura del delito concreto:

—El *autor mediato* realiza la acción en el momento en que comienza la utilización del instrumento;

—El *coautor* y el *cómplice* en el momento de hacer su primer aporte al hecho punible;

—En los *delitos continuados* la acción se realiza desde el primero hasta el último hecho;

—En los *delitos permanentes* desde el momento en que se crea el estado típico constitutivo del delito (confr. sobre todos estos aspectos CASABÓ RUIZ, *Comentarios*, n, pp. 41 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 109; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, pp. 126 y ss.).

bb) *El fundamento de la exigencia de la ley previa.* La exigencia de la ley previa a la comisión del hecho tiene un fundamento *penal*: la ley penal quiere prevenir la comisión de hechos punibles imponiendo deberes y amenazando su incumplimiento con la aplicación de una pena. Por lo tanto, la ley quiere, ante todo, *motivar* al autor y esto sólo podría hacerlo una ley preexistente a la decisión del autor.

Pero a la vez el principio de la ley previa, es decir, de la irretroactividad de la ley penal, tiene un fundamento *constitucional*: la seguridad jurídica (Constitución española, art. 93) y, por lo tanto, la libertad (Constitución española, art. 17.1), requiere la posibilidad de conocer qué acciones están prohibidas y cuáles permitidas y esto sólo es posible con respecto a las leyes vigentes en el momento de decidir la acción.

b) *Excepciones del principio fundamental*

aa) *Retroactividad de la ley más favorable.* Una larga tradición determina que el principio de irretroactividad de la ley sufra una excepción respecto

de las leyes penales posteriores al momento de la comisión del delito pero *más favorables* al acusado. Se trata de una excepción con un fundamento *político-social*, dado que carece de sentido dictar o mantener la ejecución de penas por hechos que ya no se consideran delitos o cuando la gravedad de las penas aparece como desproporcionada. Desde otro punto de vista es una consecuencia del hecho de que las garantías constitucionales, es decir, la prohibición de la retroactividad de la ley penal, sólo se instituyen para proteger al acusado frente al endurecimiento de las penas, pero no para impedir que se beneficie con una mera situación legal más favorable.

Desde otro punto de vista se ha cuestionado la constitucionalidad de la retroactividad de la ley más favorable (ver sobre la discusión CASABÓ, *Comentarios*, n, p. 46 con indicaciones bibliográficas). Esta tesis hace una simple aplicación formal de las consecuencias de la jerarquía normativa: la Constitución está por encima del Código Penal y por lo tanto toda contradicción con ella es ilegítima. Pero entre la Constitución y el Código Penal esa relación sólo rige cuando se trata de reducir las garantías que la Constitución contiene y no cuando se trata de ampliarlas. Las garantías constitucionales del derecho penal no son una fuente de potestades del Estado sino una limitación de las mismas.

La retroactividad de la ley más favorable está ordenada en el art. 2° del Código Penal *argentino*, en el art. 6° del Código Penal *colombiano*, en el art. 24 del Código Penal *español* y en el art. 2° del Código Penal *venezolano*, entre otros.

1. La determinación de la ley más favorable requiere una *comparación concreta* de las dos situaciones legales surgidas de la reforma legal posterior a la comisión del hecho: debe compararse la aplicación al caso de la situación legal vigente en el momento de comisión con la que resultaría existente como consecuencia de la reforma. En todo caso esta comparación es *concreta* porque debe *referirse al caso* que se juzga. En esta comparación deben tomarse en cuenta, en primer lugar, las penas principales, y luego la ley en su totalidad (penas y consecuencias accesorias y modificaciones del tipo penal y las reglas de la parte general referentes, por ejemplo, a la capacidad de culpabilidad, a las causas de justificación, las de inculpabilidad, etc.).

La comparación referida a las *penas principales* no es problemática cuando se trata de penas de la misma especie (por ejemplo, privación de libertad). La ley más favorable será la que permita una *pena mínima menor*.

Por el contrario, esta comparación no siempre es fácil cuando las penas son de distinta especie (por ejemplo, privación de libertad y multa o multa e inhabilitación). Esta situación se presenta también para las legislaciones que distinguen dentro de un género común distintas especies de pena (por ejemplo, reclusión y prisión, Código Penal argentino, art. 5). En estos casos habrá que considerar no sólo el máximo y el mínimo, sino también los elementos diferenciales de ambas penas y deducir de ellos cuál es más favorable al acusado o condenado.

En general se considera que la pena privativa de libertad es más grave que las otras especies de pena. (Confr. ESER en SCHÓNKE-SCHRÓDER, *StGB*, § 2, núm. 29; SCHREIBER en *SK StGB*, § 2, núm. 10). Sin embargo, es dudoso que una determinación en *abstracto* sea la correcta: ¿la privación de dos meses de libertad es más grave que cinco años de inhabilitación para desempeñar un cargo público? Por eso parece razonable el criterio seguido por la legislación española en 1928 y luego en 1944 (Código de 1928, art. 8º y art. 4º del decreto de 23.12.1944) al establecer que "en caso de tratarse de penas de distinta naturaleza deberá oírse al reo" (Confr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, p. 140; CEREZO MIR, *Curso*, p. 183).

La opinión dominante recurre a la comparación de las *penas accesorias* cuando no es posible lograr una determinación de la ley más favorable comparando las penas principales. Si la comparación de las penas principales permite establecer cuál es más favorable no debe entrarse a considerar las penas accesorias.

2. Leyes intermedias más favorables. A los efectos de considerar qué ley es más favorable debe tenerse en cuenta también la *ley intermedia*. Se denomina ley intermedia la que entra en vigor *después* de la comisión del hecho pero es modificada nuevamente antes de la sentencia definitiva de última instancia, por otra ley más rigurosa.

Si la ley intermedia resultara más favorable que la vigente en el momento de la comisión del delito habrá que aplicarla aunque haya dejado de regir en el momento de la sentencia definitiva, porque así lo establece el principio de retroactividad de la ley más favorable (doctrina dominante). Ejemplo: en el momento de cometerse el hurto el Código Penal prevé para el delito privación de libertad de hasta dos años; durante el proceso, una ley "X" modifica el Código y establece para el hurto la misma pena privativa de libertad, pero como *pena alternativa* pena de multa; antes de dictarse la sentencia definitiva, la ley "X" es derogada y rige nuevamente el Código Penal en su redacción originaria, es decir, que sanciona al hurto sólo con pena privativa de libertad. El tribunal debe aplicar la ley que prevé la alternativa de la pena de multa. La cuestión puede presentarse inclusive una vez dictada la sentencia definitiva y durante el tiempo de ejecución (Código Penal *español*, art. 24; Código Penal *argentino*, art. 2, n; Código Penal *colombiano*, art. 6º; Código Penal *venezolano*, art. 2º). El texto del art. 24 del Código Penal español no impide que se tome en consideración la ley penal intermedia, pues no impone que *sólo* pueda considerarse la ley del momento del juicio (otra opinión CEREZO MIR, p. 184). Sin embargo, la doctrina define, en ocasiones (confr. CEREZO MIR, *Curso*, p. 184; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, p. 136; CASABÓ, *Comentarios*, art. 24, p. 53), la ley intermedia de una manera más restringida, pues sólo considera intermedia la que rige entre el momento de comisión y el del juicio (no de la sentencia definitiva) (como aquí, sin embargo, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, t. n, p. 651; también el Tribunal Supremo en sentencias del 5.7.1935; 7. y 30.10.1946; 30.5.1970, confr. CASABÓ, *loe. cit.*).

3. Vigencia de la ley más favorable. El art. 2º.1 del Código Civil español dispone que "las leyes entran en vigor a los veinte días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa". El art. 24 del Código Penal, por su parte, establece que las leyes penales más favorables tienen efecto retroactivo "aunque al *publicarse* hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo condena". De la comparación de ambas disposiciones se deduce que el legislador, al introducir la reforma del art. 2º. 1 del Código Civil *no quiso* a la vez modificar el Código Penal y por lo tanto nada dijo respecto al art. 24 de este. En consecuencia, la ley penal más favorable puede aplicarse *aunque no haya entrado en vigor* según el art. 2.1. del Código Civil. (Otro punto de vista, Tribunal Supremo sentencias del 20.1.1966, 4.2.1966, 17.2.1966; CASABÓ, *Comentarios*, n, art. 24, pp. 47 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, p. 139). Esta interpretación no importa una "intromisión del poder judicial en las facultades del legislativo" (confr. CASABÓ, *loc. cit.*) porque en la medida en que el legislador *no modificó* el texto del Código Penal *expresamente*, nada autoriza a suponer que lo *modificó tácitamente*. Lo que importa es el fundamento de la retroactividad de la ley más favorable: si lo decisivo es la adecuación de las sentencias penales a las nuevas valoraciones sociales expresadas por el legislador, será suficiente con la publicación de la ley más favorable para que corresponda su aplicación.

bb) *Excepciones a la retroactividad de la ley más favorable: Ultraactividad de las leyes penales temporales y excepcionales.* Se denominan *leyes penales temporales* a aquellas que tienen prefijado en su texto el tiempo de su vigencia. Por ejemplo: una ley dictada para lograr un ahorro de energía prohíbe bajo pena, circular con automóviles determinados días a la semana durante un año a partir de su entrada en vigor. Estas leyes se designan también como *leyes temporales en sentido estricto*. La limitación temporal puede indicarse estableciendo el tiempo calendario de vigencia o señalando el suceso que determinará la pérdida de vigor (SCHREIBER, *SK StGB*, § 2, núm. 11; ESER, en SCHÓNKE-SCHRODER, *StGB*, § 2, núm. 35; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, n, p. 641; CASABÓ, *Comentarios*, n, p. 54; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, p. 137; CEREZO MIR, *Curso*, p. 226).

Asimismo se denominan *leyes penales excepcionales* a las que en forma *no expresa* hacen depender su vigencia de situaciones que por su naturaleza son temporales o transitorias. Estas leyes se denominan también *leyes penales temporales en sentido amplio*.

La circunstancia de que estas leyes son dictadas por lo general para reforzar, en circunstancias de excepción, la protección de ciertos bienes jurídicos y, por lo tanto, contengan agravaciones de las penas o incriminaciones excepcionales, determina que se plantee la cuestión de la aplicación del principio de la retroactividad de la ley más favorable. En efecto, en la medida en que estas leyes cederán a plazo fijo, el paso a otras por regla más favorables, su autoridad, es decir, su capacidad intimidatoria se vería anulada o seriamente

afectada. En este sentido quienes excluyen la aplicación del principio de la retroactividad de la ley más favorable hablan de *ultraactividad de las leyes temporales*.

En la teoría *española* se sostiene por la mayoría que el art. 24 del Código Penal no contiene excepciones y que, por lo tanto, la retroactividad de la ley más favorable se aplica también en el caso de las leyes temporales en sentido estricto o amplio (CASABÓ, *Comentarios*, n, art. 24, p. 55; FERRER SAMA, *Comentarios*, n, pp. 169 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, pp. 646 y ss.). También se afirma que el art. 24 se aplica sin restricciones a las leyes temporales en sentido amplio, pero no a las leyes temporales en sentido estricto. (RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, p. 137).

En la teoría *argentina* se dan iguales discrepancias (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, n, pp. 649 y ss.; NÚÑEZ, *Manual*, p. 112).

La interpretación que no admite excepciones al principio del art. 24 del Código Penal español o art. 2º del Código Penal argentino parte de una consideración *gramatical* del mismo. La otra, por el contrario, toma como punto de partida el método ideológico (confr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, p. 137). Ambos métodos interpretativos son aceptados por la ciencia jurídica actual y desde este punto de vista también ambos resultados de la interpretación son "posibles". Por lo tanto, la cuestión se resolverá adoptando alguno de los dos criterios en función de una ponderación de sus resultados. Desde este punto de vista debe darse preferencia al criterio que *excluye* la aplicación del art. 24 del Código Penal español y art. 2º del Código Penal argentino a las leyes temporales, pues permite llevar a cabo la finalidad perseguida por la ley penal temporal. Por este mismo fundamento *no* es recomendable distinguir entre leyes penales temporales y leyes penales excepcionales, pues ambas plantean idéntico problema para la realización de la ley penal excepcional.

Por lo tanto, la ultraactividad de las leyes penales temporales, es una *excepción* del principio de la retroactividad de la ley más favorable, el que, a su vez, es una excepción del principio de la irretroactividad de las leyes penales.

3. VALIDEZ PERSONAL DE LA LEY PENAL

La ley penal se aplica en principio a todos por igual. Esto es una consecuencia de la *garantía de igualdad*, cuyo rango constitucional es, por lo general, expreso (Constitución argentina, art. 16; Constitución española, art. 14). Sin embargo, hay excepciones de carácter personal, que determinan un límite de la vigencia de la ley penal respecto de ciertas personas (otro parecer, MUÑOZ CONDE, *Adiciones*, p. 252). Estos límites están fijados por el derecho constitucional o por el derecho internacional (en contra de esta distinción del origen de los fundamentos JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, n, p. 1294).

a) *Excepciones para los jefes de Estado*

aa) *Inviolabilidad del Rey de España*. De acuerdo con el art. 56.3. de la Constitución española, la persona del Rey, que es el jefe del Estado es "inviolable y no está sujeta a responsabilidad". Desde el punto de vista penal se discute sobre el significado de esta exclusión de la responsabilidad. Una parte de las opiniones considera que esta disposición solo puede significar un *impedimento procesal*, que revive la responsabilidad en el momento en que el Monarca deja de ostentar la corona (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, pp. 1300 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 147). Por el contrario, otro punto de vista estima que se trata de "causas de exclusión de la pena", es decir, que tienen naturaleza *material* y que por lo tanto excluyen la punibilidad de los hechos "punibles" que podría haber cometido el Monarca (MUÑOZ CONDE, *Adiciones*, p. 252). Es preferible el criterio que entiende que solo significa que el Rey no puede ser juzgado dejando intacto el derecho penal material, pero las diferencias prácticas entre ambas posiciones son insignificantes. (Confr. también RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios a la legislación penal*, ed. por COBO DEL ROSAL, I, 1982, pp. 281 y ss.).

bb) *El presidente argentino y el presidente mexicano*. El presidente argentino no goza de impunidad penal alguna. Sólo su sometimiento a los tribunales está condicionado por un juicio político ante el Senado (Constitución argentina, art. 45). Es claro que estas disposiciones de naturaleza procesal sólo se refieren al presidente constitucional, es decir, el designado en la forma prevista en la Constitución.

El presidente de México, "durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común" (Constitución mexicana, art. 108, m). También se trata de un impedimento procesal.

b) *La indemnidad e inmunidad de los diputados y senadores*

aa) *Los diputados y senadores en la Constitución española*. El art. 71.1 de la Constitución española declara que los "diputados y senadores gozarán de *inviolabilidad* por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones". Se trata de exclusión de toda responsabilidad por los hechos punibles que hubieran podido cometer con dichas manifestaciones. No solamente entran en consideración las vertidas en el pleno de la Cámara, sino también las que impliquen ejercicio de funciones (en Comisiones, etc.). El efecto de esta inviolabilidad es permanente, o sea que se mantiene una vez terminado el mandato.

La opinión dominante entiende que los efectos de la inviolabilidad no se extienden a los partícipes, ya sea que se piense que es una "causa temporal de exclusión de la pena" (JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 147) o bien que se la califique como "causa de justificación" (MUÑOZ CONDE, *Notas*, i, p. 252) a la que sin embargo no se le reconocen efectos respecto de los partícipes. Bajo estas condiciones tienen también muy poca importancia el rótulo con

que se designa la exención penal prevista en el art. 71.1. de la Constitución: una causa de justificación que carece de efectos respecto de los partícipes no se diferencia en la práctica de una causa personal de exclusión de la pena. En todo caso es preferible considerar aquí el *ejercicio de un derecho* (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 1316).

El art. 71.2 de la Constitución declara que los diputados y senadores gozarán de *inmunidad* "y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito". Se trata de un *impedimento procesal* que se completa con la declaración de que diputados y senadores "no podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva".

Las prerrogativas frente a la ley penal de los miembros de las Comunidades Autónomas deberán regularse en los respectivos Estatutos (Constitución española, arts. 147 y 148.1.).

bb) *Los diputados y senadores en la Constitución argentina.* En la Constitución argentina el art. 60 dispone que "ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador".

En la teoría se han registrado las mismas discrepancias respecto a la naturaleza de esta exención que ya hemos apuntado al referirnos a España (confr. NÚÑEZ, *Manual*, p. 114, en favor de una causa personal de exclusión de la pena; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, n, pp. 1325 y ss. por una causa de justificación).

La Corte Suprema ha entendido que esta inmunidad no rige respecto del art. 29 de la Constitución (Fallos: 234; 250, sentencia del 6.4.1956) que establece que "el Congreso no puede conceder al ejecutivo nacional, ni las legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria".

Por su parte el art. 61 contiene un *privilegio procesal* (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, n, p. 1330) que excluye el arresto de diputados y senadores mientras dure su mandato, excepción hecha del caso de delito sorprendido *in flagranti*. A su vez el art. 62 prevé que los diputados y senadores contra los que se promueva querrela no podrán ser procesados si previamente la respectiva Cámara no los suspende en sus funciones por dos tercios de los votos.

ce) *Los legisladores en Colombia, México y Venezuela.* En Colombia, "Ningún miembro del Congreso podrá ser aprehendido ni llamado a juicio criminal sin permiso de la cámara a que pertenezca, durante el período de sesiones, cuarenta días antes y veinte después de estas. En caso de flagrante delito, podrá ser detenido el delincuente y será puesto inmediatamente a disposición de la cámara respectiva" (Constitución Política, art. 107).

—En *México* el art. 61 de la Constitución establece la inviolabilidad de diputados y senadores por las opiniones que manifiesten en el desempeño de sus cargos. Los arts. 108 y 109 establecen la responsabilidad "por delitos comunes que cometan durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurran en el ejercicio de ese mismo cargo" y el procedimiento parlamentario-judicial para hacer efectiva esa responsabilidad.

En *Venezuela*, el art. 143 de la Constitución establece:

"Los senadores y diputados gozarán de inmunidad desde la fecha de su proclamación hasta veinte días después de concluido su mandato o de la renuncia del mismo, y, en consecuencia, no podrán ser arrestados, detenidos, confinados, ni sometidos a juicio penal a registro personal o domiciliario, ni coartados en el ejercicio de sus funciones.

"En caso de delito flagrante de carácter grave cometido por un senador o diputado, la autoridad competente lo pondrá bajo custodia en su residencia y comunicará inmediatamente el hecho a la cámara respectiva o a la comisión delegada con una información debidamente circunstanciada. Esta medida cesará si dentro del término de noventa y seis horas la cámara respectiva o la comisión delegada no autoriza que continúe en ese estado mientras se decida sobre el allanamiento".

c) *Privilegios acordados por el derecho internacional (diplomáticos y tropas extranjeras)*

Estas inmunidades frente a la ley penal corresponden a los jefes de Estado extranjeros y a los embajadores y agentes diplomáticos así como a tropas estacionadas en el territorio nacional.

El art. 334 de la LOPJ establece que "Los príncipes de las familias reinantes, los presidentes o jefes de otros Estados... cuando delinquieren serán puestos a disposición de sus gobiernos respectivos". Idéntico criterio adopta con respecto a "los ministros plenipotenciarios y los ministros residentes, los encargados de negocios y los extranjeros empleados de planta en las legaciones".

En la *Argentina* los textos no son totalmente claros. El Tratado de Montevideo de 1889 ratificado por este país, se remite a los principios del derecho internacional (art. 7º) y el Código de Procedimientos en lo Criminal Federal en su art. 21 atribuye jurisdicción originaria a la Suprema Corte para que entienda en causas seguidas a embajadores, ministros o agentes diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia o servidumbre, pero remite en lo que respecta a la actuación de la Corte también al derecho internacional. La Corte ha entendido que no es competente para juzgar (Fallos 125: 98) salvo que el Estado representado o el diplomático renuncien a sus prerrogativas (*Fallos*: 107:395; 151:285 y otros).

En Iberoamérica los países que han adoptado el *Código de Bustamante* reconocen estos privilegios en función del art. 298 del mismo (Confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, n. p. 1354).

En *España* la opinión dominante (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, II, p. 1354) es contraria a extender estos privilegios a los cónsules y vicecónsules. Recientemente se defiende también el punto de vista contrario, apo-

yado en una interpretación "teleológica" del art. 334 de la LOPJ (MUÑOZ CONDE, *Adiciones*, p. 253).

En *Argentina* los cónsules extranjeros son juzgados por la Suprema Corte de Justicia en jurisdicción ordinaria (arts. 95 y 96 de la Constitución).

Las *tropas extranjeras* gozan de privilegio cuando pasan con consentimiento del Estado, mientras que cuando están ocupando territorio enemigo se aplican las leyes de guerra (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, n, p. 1355; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, p. 630).

Con respecto a las infracciones de las Convenciones de Ginebra de 1949 referentes al tratamiento de heridos y enfermos en conflictos armados en campaña y en el mar, de los prisioneros de guerra y a la protección de personas civiles, se establece que "cada parte contratante tendrá la obligación de investigar a las personas prevenidas por la comisión o por haber ordenado cometer una u otra de las infracciones graves y deberá remitirlas a sus propios tribunales, cualquiera que sea su nacionalidad" (art. 50 de la Convención sobre heridos y enfermos).

En *España* el juzgamiento de los delitos cometidos por personal de las Fuerzas Armadas de los EE. UU. estacionadas aquí corresponde a los tribunales norteamericanos (Convenio de 26.9.1953) (Sobre su aplicación práctica ver RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, p. 223, nota 32; MUÑOZ CONDE, *Adiciones*, pp. 253 y ss.).

CAPÍTULO III

LA TEORÍA DEL DELITO

A. Introducción

La teoría del delito es un *instrumento conceptual* para determinar si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley.

La ciencia del derecho penal es una ciencia práctica y la teoría del delito tiene también una *finalidad práctica*. Su objeto es, en este sentido, establecer un orden racional y, por lo tanto fundamentado, de los problemas y soluciones que se presentan en la aplicación de la ley penal a un caso dado. La teoría jurídica del delito es, en consecuencia, una propuesta, apoyada en un método científicamente aceptado, de cómo fundamentar las resoluciones de los tribunales en materia de aplicación de la ley penal.

El carácter práctico de la teoría del delito se manifiesta además en los siguientes puntos:

1. Las soluciones que proponga en el marco de sus teorías parciales (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc.) deben ser *practicables*, es decir, referirse a circunstancias del hecho que sean determinables y comprobables de acuerdo con las reglas del derecho procesal penal.

2. La mera posibilidad de establecer distinciones conceptuales lógicas (por ejemplo: la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad en función de un criterio determinado) no es todavía fundamento suficiente para aceptar una teoría; se requiere además una fundamentación de su *racionalidad político-criminal* (ejemplo: la distinción de las agravantes y atenuantes en genéricas —arts. 9 y 10 del Código Penal español— y específicos —por ejemplo la atenuación por causa de honor en el infanticidio, art. 410 del Código Penal español— es lógicamente posible, pero sólo sería significativa si de esa manera se pudiera justificar el tratamiento de unas y otras con base en reglas distintas, ya sea respecto del error o de la participación y esto tuviera un sentido político-criminal plausible).

La teoría del delito se estructura como un método de análisis de distintos niveles. Cada uno de estos niveles presupone el anterior y todos tienen la finalidad de ir descartando las causas que impedirían la aplicación de una pena y comprobando (positivamente) si se dan las que condicionan esa aplicación. Gráficamente podría decirse que se trata de una serie de filtros cuyos

orificios son más estrechos en cada nivel. Sólo tiene sentido preguntarse por la adecuación típica de un hecho que reúna los requisitos de una acción. De igual modo sólo cabe preguntarse por la culpabilidad si previamente se ha comprobado la existencia de una acción típica y antijurídica.

La teoría del delito se estructura, además, en un *sistema de conceptos*, es decir, que las relaciones entre unos y otros conceptos responden a unas ideas generales ordenadoras. La importancia del sistema de la teoría del delito, en su concepción clásica, consiste en que este permite *inferir* consecuencias lógicas que no estarían expresas en la ley y posibilita un tratamiento igual de cuestiones iguales, y desigual de las desiguales. En este sentido, la teoría del delito presupone que el legislador ha adoptado sus decisiones de una manera razonable a partir de un punto de partida conocido y cognoscible. La lógica del sistema derivado de este punto de partida del legislador garantizaría, en consecuencia, una aplicación de la ley según el principio de legalidad. Implícitamente esta justificación del sistema admite que el texto de la ley es tan claro que, por lo menos, el punto básico del que ha partido el legislador puede conocerse indubitablemente a través de los pensamientos expresados en la misma ley.

Sin embargo, la historia dogmática demuestra que esta última explicación no es realista. En efecto, el pensamiento del legislador se expresa en su lenguaje y este, como todo lenguaje natural, *no es unívoco*, sino todo lo contrario. Ello explica que sobre un mismo Código Penal hayan podido elaborarse diversos sistemas (por ejemplo "causalistas", "finalistas", etc.) y, a la vez, que dichos sistemas hayan podido trasladarse a otros derechos positivos diversos del que les sirvió de origen e, inclusive, permanecer una vez derogado el Código sobre el cual se elaboraron.

En realidad, un sistema "dogmático" del delito no es otra cosa que una *hipótesis posible* de la voluntad del legislador expresada en la ley y, sobre todo, un *orden* de problemas y soluciones referidos a los casos en los que la ley debe aplicarse.

Consecuentemente, el sistema de la teoría del delito no adquiere su legitimidad *por que se lo "deduce"* de la ley, sino del hecho de que permite una aplicación *racional* de la misma (Confr. NAUCKE, *Einführung*, p. 89).

1. CONCEPTO TOTAL Y CONCEPTO ANALÍTICO DEL DELITO

a) *El concepto total del delito*

La construcción del sistema de la teoría del delito requiere un punto de partida. Este punto de partida es lo que llamamos un *concepto total del delito*, o concepto *sinético*.

Las ideas básicas de una teoría jurídica del delito se expresan en una oposición tradicional: el delito es la *"infracción de un deber ético-social"* o,

desde un punto de vista contrario, la "*lesión o puesta en peligro de un bien jurídico*" (Confr. GALLAS, *Fest. für Gleispach*, 1936, pp. 50 y ss.), es decir, se trata de la infracción de un deber ético-social o de la lesión (o puesta en peligro) de un *interés social*.

Ambas ideas básicas generan sistemas de la teoría del delito de distinto contenido en sus elementos particulares. En el sistema apoyado en la infracción de un deber ético-social *el hecho prepondera sobre el autor* y la *libertad del autor* es el fundamento legitimante de su responsabilidad. Al contrario, en el sistema que parte de la lesión de un interés social, *el autor prepondera sobre el hecho* y el fundamento legitimante de la "responsabilidad" penal está dado por el interés de la sociedad en evitar nuevas lesiones de bienes jurídicos.

El concepto total del delito resume básicamente, entonces, una idea sobre aquello que *debe* constituir el punto de partida de la teoría jurídica del delito. En este concepto se condensa lo que se entiende *globalmente* por "*digno de represión*" o por merecedor de pena. Se trata de una idea que guarda estrecha relación con la "teoría" de la pena y que, a su vez, opera *dentro de la teoría del delito* como el axioma principal de la misma. En la adopción de uno u otro punto de vista, ha tenido singular importancia la concepción determinista o indeterminista de que respectivamente se haya partido.

b) *El concepto analítico del delito*

El análisis del concepto de delito que hemos expuesto, como concepto total del mismo, tiene la finalidad de permitir extraer los elementos particulares que hagan viable la utilización práctica del concepto de delito en la *aplicación de la ley penal*.

Tanto la concepción del delito como infracción de un deber ético-social, como la que lo define como la lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico, requieren distribuir sus elementos en referencia a dos momentos diferentes que condicionan la aplicación de la ley penal: 1) la comprobación de una grave perturbación de la vida social, y 2) la comprobación de la responsabilidad del autor.

La idea del delito como infracción de deber estimará que hay una grave perturbación de la vida social cuando *se infrinja una norma sin autorización* (ilícito = infracción de una norma que estatuye un deber ético-social); a su vez considerará que el autor es responsable si ha obrado contra el deber *puediendo* hacerlo de acuerdo con él (responsabilidad = culpabilidad).

Analizada esta cuestión desde el punto de vista de la idea del delito como lesión (o puesta en peligro) de un bien jurídico, lo ilícito no dependerá ya de la infracción (formal) de la norma, sino de la *real perturbación no autorizada de un interés social* (ilícito = modificación del mundo exterior lesiva de un interés social); mientras que la responsabilidad dependerá del carácter del autor (culpabilidad = carácter asocial del autor —VON LISZT—).

Ambos puntos de vista han conducido a definiciones de los elementos del delito que son *exteriormente* semejantes: *acción típica, antijurídica y culpable* (en ambos casos puede discutirse si debe o no introducirse además el elemento *punibilidad*). La acción típica y antijurídica expresa la existencia de un hecho que consiste en una perturbación grave de la vida social y la culpabilidad, los elementos que fundamentan la responsabilidad. Pero, como decimos, se trata de una semejanza exterior pues el contenido de los distintos elementos es diverso. La mayor diversidad conceptual se percibe en las distintas formas de estructurar la culpabilidad que, mientras para la idea del delito como infracción de deber está constituida por el *poder obrar de otra manera* (reprochabilidad), para el punto de vista del delito como lesión de bienes jurídicos se expresa en la *actitud asocial del autor* manifestada en el hecho cometido. Lo mismo suele ocurrir con el elemento de lo ilícito (tipicidad + antijuricidad): la infracción del deber ético-social, por un lado, se agota en la infracción de la norma que lo impone y la producción de un peligro o lesión real para un bien jurídico (interés social) no agrega nada o, inclusive, son innecesarias para la configuración de lo ilícito. Por otro lado, desde el punto de vista contrario, el elemento *esencial* de lo ilícito es precisamente esta lesión del bien jurídico y no la lesión del deber.

La diversidad de configuración *interna* de los elementos del delito, según el punto de partida que se adopte, tiene *consecuencias prácticas*, sobre todo en lo referente a si la culpa inconsciente es o no punible, si la tentativa acabada (delito frustrado) debe ser menos punible o no que el delito consumado, si la tentativa inidónea (delito imposible) es o no un ilícito y, por lo tanto, si debe ser punible.

c) *Confluencia de los distintos puntos de vista en la dogmática del delito actual*

Los puntos de vista que hemos analizado no se manifiestan en la dogmática actual del delito de una manera *pura*. La preponderancia adquirida por las "teorías" de la unión, es decir, por aquellas que combinan criterios de justicia y criterios de utilidad en la legitimación de la pena (ver *supra*, i, B, 3), ha determinado que el propio sistema de la teoría del delito busque una cierta aproximación en el contenido de sus conceptos que reflejan una amplia gama de articulaciones de criterios no siempre compatibles en su forma pura. Un ejemplo de esta situación se percibe claramente en la fundamentación de la culpabilidad de la culpa inconsciente (negligencia sin representación) en el marco de la teoría de la acción finalista sobre la base de la "deficiente o defectuosa estructuración de la personalidad como fundamento determinista de las acciones antijurídicas particulares" (WELZEL, *Lehrbuch*, p. 150; confr. también JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 480 y ss.). Una rigurosa aplicación del punto de partida de la teoría final de la acción hubiera debido conducir muy probablemente a la no punibilidad de la culpa inconsciente (confr. HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969, pp. 84 y ss. y 118 y ss.).

En conclusión es posible sostener que el delito es una *acción típica, antijurídica y culpable*, pero que el contenido de cada uno de estos elementos está determinado por los conceptos totales" del delito de los que se parte y eventualmente por la articulación de esos conceptos puros (infracción del deber - lesión del bien jurídico) *en función de las necesidades de las respectivas "teorías" de la unión.*

2. FINALISMO Y CAUSALISMO EN LA TEORÍA DEL DELITO

Los años 50 y parte de los 60 fueron dominados por la discusión sobre la teoría de la acción finalista y el concepto personal de lo injusto o ilícito. La teoría finalista y su concepción de lo ilícito personal tienen en su origen una estrecha vinculación con la concepción retributiva de la pena y son el reflejo de una drástica reducción de la prevención especial, que había inspirado los conceptos de la teoría del delito desde los tiempos de la aparición del positivismo, a fines del siglo XIX, y que se mantuvo bajo la influencia del existencialismo y otras corrientes irracionistas en los años 30 y comienzo de los 40 (ERIK WOLF, PAUL BOCKELMANN, GEORG DAHM, FRIEDRIECH SCHAFFSTEIN).

Exteriormente la teoría finalista se caracterizó por un concepto de acción basado en la *dirección* del comportamiento del autor a un fin por este prefijado. De esta manera se oponía el concepto final de acción al *concepto causal de acción* que sólo tenía en cuenta la producción causal del resultado. Del concepto de acción y de ilícito personal se derivaron consecuencias que alteraron el contenido de las categorías tradicionales de la teoría del delito:

1. El dolo (reducido al conocimiento y la voluntad de realización del tipo objetivo del delito) se convirtió en elemento de lo ilícito, dando lugar a un "tipo subjetivo" complementario del "tipo objetivo", abandonando así la culpabilidad, categoría a la que había pertenecido hasta ese momento.

2. Los delitos dolosos y culposos se separaron ya en lo referente a la estructura del tipo penal, y no como en la teoría de la acción causal al nivel de la culpabilidad: dolo y culpa son formas de ilicitud (de infringir una norma) y *no* formas de la culpabilidad.

3. En lo ilícito puede distinguirse junto al *disvalor del resultado* también un *disvalor de acción* (que últimamente se entiende por algunos como el único elemento de la ilicitud con exclusión del concepto de ilícito del disvalor del resultado).

4. La culpabilidad se redujo correspondientemente a la capacidad de culpabilidad (= imputabilidad) y a la posibilidad del conocimiento de la prohibición.

La distinta configuración de las teorías "finalista" y "causalista" se puede ver en el cuadro de la página siguiente:

	Teoría "causal"	Teoría "finalista"	
<i>ACCIÓN:</i>	movimiento corporal + causalidad del resultado	dirección de la voluntad al resultado	
<i>TIPO:</i>	causación del resultado	del delito doloso	del delito culposo
		causación del resultado + dolo (conocimiento de los hechos)	infracción del deber objetivo de diligencia
<i>ANTI JURICIDAD:</i>	ausencia de justificación	ausencia de justificación	
<i>CULPABILIDAD:</i>	dolosa	capacidad de culpabilidad	
	culposa	conocimiento (potencial) de la antijuricidad.	
	capacidad de culpabilidad		
	dolo: — conocimiento de los hechos — conocimiento de la antijuricidad.	infracción objetiva e infracción subjetiva del deber de diligencia.	
	NO EXIGIBILIDAD		

En la actualidad las teorías del delito tienden al modelo finalista (en la opinión dominante) aunque las diferencias de fundamentación del sistema sean a veces muy diversas de las que dieron origen a la teoría finalista. Es probable que gran parte de las consecuencias prácticas de la teoría finalista hubieran podido alcanzarse con modificaciones y ajustes marginales de la teoría causal.

Tal vez la propia reformulación del sistema de la teoría finalista sea precisamente eso. Por ese motivo, la discusión en torno a la oposición de ambas teorías ha perdido gran parte de su significado. Sobre todo porque los presupuestos de la pena *son los mismos* en ambas teorías (aunque puedan ser definidos a veces en distinta forma) y la diferencia radica en el lugar donde se da relevancia al dolo, a la conciencia de la antijuricidad o a la infracción del deber objetivo de diligencia. El conocido argumento contra la teoría finalista de la acción y

su teoría del delito, que se refiere precisamente a estas modificaciones, suele expresarse en la afirmación de que esta teoría "deja vacía la culpabilidad" (confr. NOVOA MONREAL, "*Causalismo y finalismo en el derecho penal*", 1980, 2ª ed., 1982), y puede responderse con la afirmación contraria: que la teoría "causal" deja, por su parte, vacía la tipicidad. Así como nada impide que una teoría del delito opere con una *tipicidad vacía* (sin dolo), tampoco hay obstáculo en que lo haga con una *culpabilidad sin dolo*, si el dolo sigue siendo, de todos modos, elemento del delito.

En la bibliografía española e iberoamericana se pronuncian por una sistemática que responde a la idea de lo ilícito personal y, en consecuencia, similar a la finalista (prescindiendo de las considerables diferencias de matiz en las fundamentaciones respectivas): BACIGALUPO, BUSTOS, CEREZO MIR, CURY, FRAGOSO, GIMBERNAT ORDEIG, LUZÓN PEÑA, QUINTERO OLIVARES, ZAFFARONI. Por el contrario, siguen el sistema tradicional: COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, NOVOA MONREAL, RODRÍGUEZ DEVESA, RODRÍGUEZ MOURULLO, RODRÍGUEZ RAMOS, SAINZ CANTERO.

3. LAS CATEGORÍAS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA DEL DELITO

La teoría del delito se compone de dos grandes categorías:

- a) *El ilícito*: es decir, la violación del orden jurídico, y
- b) *la responsabilidad*: es decir, las condiciones bajo las cuales el autor del ilícito penal debe responder penalmente por el hecho cometido.

En la primera de las categorías mencionadas, —*el ilícito*— encontramos dos componentes bien diferenciados: la infracción de la norma (tipicidad) y la *falta* de excepciones que la permitan (antijuridicidad). Desde el punto de vista práctico esto significa que un comportamiento relevante para el derecho penal constituye un ilícito si puede subsumirse bajo el *supuesto de hecho* (= tipo penal) de una ley penal y, además, *no* se subsume entre los supuestos de hecho de una causa de justificación (= excepción o proposición permisiva).

4. PROBLEMÁTICA DEL ILÍCITO PENAL

Generalmente la teoría de lo ilícito penal se designa como teoría de lo *injusto*. Mediante esta expresión se entiende traducir la voz alemana *Unrecht* que, literalmente, significa negación del derecho. La traducción no parece afortunada porque sugiere implicancias iusnaturalistas que son ajenas al concepto.

- a) *Las concepciones básicas de las diferentes teorías de la ilicitud penal*

La teoría de lo ilícito, como las teorías relevantes de la parte general del derecho penal, deben partir de una determinación axiomática de la "natura-

le/a" o la "esencia" del elemento que quieren explicar. En la teoría de lo ilícito se dan dos posiciones; sobre ellas han versado las discusiones que tuvieron lugar en lo que va de este siglo.

La primera define el ilícito como un acto de desobediencia de la norma y concibe a esta como una orden (un *imperativo*: "¡No debes matar!"). El **momento al que se conecta la acción penal del Estado** es el de la expresión de la voluntad rebelde o indiferente del autor frente a la autoridad de la norma: *no importa tanto lo causado como lo que se quiso causar*. El acto de desobediencia (la infracción de la norma) da lugar al nacimiento del *derecho penal subjetivo* (del Estado), es decir, el derecho a reprimirla con una pena.

La segunda entiende lo ilícito como un acto socialmente dañoso (la lesión de un bien jurídico), o sea como una perturbación del orden de bienes jurídicos y concibe a la norma como un juicio de valor sobre el hecho en el que no se considera, en principio, al autor (*norma objetiva de valoración*). El momento al que se conecta la acción penal del Estado es la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido: *importa más lo causado que lo que se quiere causar*. La lesión del bien jurídico da lugar al surgimiento del derecho penal subjetivo.

Mientras la primera posición correspondió a la llamada Escuela Clásica (sobre todo BINDING) y se vinculó a las teorías absolutas de la pena, la segunda es producto del positivismo (sobre todo VON LISZT) y se orienta, por lo tanto, a la realización de una teoría preventivo especial de la pena. La discusión no comienza, sin embargo, en la segunda mitad del siglo xix. Ya en BECCARÍA se puede ver la oposición de las concepciones que parten del "*daño de la sociedad*" y las que toman como punto de partida "*la intención del que comete el delito*" (*Dei delitti e delle pene*, 1764, xxiv). Las posiciones actuales son intentos de sintetizar ambos puntos de vista. En principio, no se prescinde totalmente de la voluntad rebelde ni se deja de lado totalmente la lesión de un bien jurídico. A lo largo del desarrollo de la teoría del delito en los últimos años las concepciones básicas se enfrentaron en la polémica sobre un concepto formal o material de antijuricidad y a la preponderancia otorgada al disvalor de acción en el concepto del ilícito.

La decisión, en consecuencia, no se refiere a uno u otro modelo puro, sino a una determinada articulación de ambos. Las diferencias de los resultados prácticos no es considerable. Es dudoso, por otra parte, que estos sólo puedan lograrse con uno de los modelos y no con el otro, sin que ello excluya que, por ejemplo, un concepto puramente *subjetivo* de la justificación (la creencia en la ilicitud ya justifica) sólo parece posible en la teoría de la "desobediencia".

b) *El concepto personal de lo ilícito.*

Actualmente es posible distinguir dos corrientes en la concepción de lo ilícito: la concepción *causal* y la concepción *personal* de lo ilícito. Para la primera, lo ilícito consiste en la lesión de un bien jurídico causada por un comportamiento; los elementos personales del comportamiento, sin embargo,

no entran en consideración en el momento de valorar la ilicitud; es decir, comprobada la lesión del bien jurídico causada por un movimiento corporal, la cuestión de si el autor *quiso* lo que realizó o si lo hizo *sin querer*, pero infringiendo su deber de diligencia, no entran en consideración en el momento de comprobar la ilicitud.

Por el contrario, el *concepto personal de lo ilícito* se fundamenta en la necesidad de que el hecho ilícito, como hecho social, se diferencie de los meros sucesos naturales explicables por la causalidad. El hecho humano que puede dar lugar a lo ilícito se debe caracterizar por llevar en sí los elementos que permitan afirmar su contradicción con el orden social. En consecuencia, la comprobación de la causalidad de la lesión del bien jurídico es insuficiente. La materia de lo ilícito requiere que se tomen en consideración elementos que pertenecen a la *persona* que realiza la acción. Para la teoría de la acción finalista esos elementos son la dirección de la acción a un fin prohibido (el dolo de hecho) en los delitos dolosos y la infracción del deber de diligencia en los delitos culposos. Desde otros puntos de vista se entiende que entre estos elementos personales deben incluirse también en lo ilícito, la consideración de la conciencia de la antijuricidad (confr. ROXIN, *Grundlagen probleme*, pp. 72 y ss.; LAMPE, *Das persönliche Unrecht*, 1967; OTTO, *Grundkurs*, pp. 84 y ss.), aunque hay variedades, naturalmente, en la forma de concebir este elemento. En otras palabras; el carácter *personal* de lo ilícito en los delitos dolosos para la teoría finalista de la acción depende de que el concepto de ilícito tenga por objeto, además del aspecto objetivo del comportamiento, el dolo (en el sentido de dolo de hecho, o sea de dirección final de la acción). Otros puntos de vista no se conforman con ello y reclaman para el concepto personal de lo ilícito algo más que el dolo de hecho (conciencia de la antijuricidad, conciencia de la significación social, conciencia de la antijuricidad material, etc.).

De esta manera, el concepto personal de lo ilícito nació como un concepto bidimensional: junto a la lesión del bien jurídico (*disvalor del resultado*) incluyó los elementos personales que fundamentan el significado social negativo del comportamiento (*disvalor de acción*). En la actualidad hay una fuerte corriente que estima que, en verdad, el concepto personal de lo ilícito debería *agotarse en el disvalor de acción* y que el disvalor del resultado nada agrega al mismo (ver *infra*, 3; confr. HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973, pp. 78 y ss.; ARMIN KAUFMANN, en *Fest. für Welzel*, 1974, p. 403; LÜDERSSEN en *ZStW* 85, pp. 282 y ss.; ZIELINSKI, *Handlungs- u. Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973; MIR PUIG, *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982). La problemática que encierra esta cuestión se verá en el próximo apartado.

c) *Disvalor de acción y disvalor del resultado en la teoría de lo ilícito penal*

Como se acaba de ver, hoy resulta materia de polémicas la cuestión de si lo ilícito requiere un *disvalor de acción* y un *disvalor del resultado* o si se agota en el *disvalor de acción*.

La teoría de la acción finalista reconoció en sus primeras formulaciones, frente a la teoría de lo ilícito de la noción causal de acción, que lo ilícito no sólo consistía en la producción de una lesión de un bien jurídico (disvalor del resultado), sino que requería un particular disvalor de acción. Este disvalor de acción —como vimos— está constituido por el *dolo* (y los demás elementos subjetivos de la autoría) en los delitos dolosos y por la *infracción del deber objetivo de cuidado* en los delitos culposos.

El desarrollo de la teoría final (ARMIN KAUFMANN) y también de otras teorías que no siguen sus puntos de vista (SCHMIDHAUSER) ha llevado a deducir de la afirmación de que las normas sólo pueden mandar realizar (mandatos) u ordenar omitir acciones (prohibiciones) que lo ilícito está integrado sólo por el *disvalor de acción* tanto en los delitos dolosos como en los culposos (confr. HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, 1973; ZIELINSKI, *Handlungs und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973; SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, 2ª ed., 1975, pp. 200 y ss.; en contra: LAMPE, *Das personale Unrecht*, 1967, pp. 206 y ss.; KRÜPELMANN, *Die Bagatelidelikte*, 1966, pp. 86 y ss.; STRATENWERTH, en *Fest.für Schaffstein*, 1975, p. 177; GALLAS, en *Fest. für Bockelmann*, 1979, pp. 155 y ss.).

Las consecuencias prácticas extremas de este punto de vista se expresa en los siguientes resultados:

a) La distinción entre delito consumado y delito frustrado carece de toda significación: el delito frustrado contiene ya todo el ilícito y por lo tanto no debe ser necesariamente menos punible que el consumado.

b) Para constituir el disvalor de acción (lo ilícito) no es necesario que se den todos los elementos objetivos del tipo: alcanza con que el autor los suponga, es decir, crea que se dan.

c) Correlativamente, la suposición de una situación justificante, justifica aunque no se dé la situación de necesidad.

La cuestión no es nueva. Ya la teoría de los imperativos había formulado consideraciones idénticas. Así decía HOLD VON FERNECK (*Die Rechtswidrigkeit*, I, 1903, p. 387): "En verdad el derecho prohíbe la acción con el fin de que no se produzca el resultado, ya que la acción no se prohíbe por sí misma. Pero fuera de ello, el resultado mismo no es, como tal, antijurídico. Lo prohibido no es él, sino la acción. El derecho no puede prohibir el resultado, ya que él no tiene por única causa la acción: el agente sólo completa una serie infinita de condiciones que conducen al resultado. Sólo este completar es lo prohibido. En verdad, el resultado le resulta indiferente al derecho. La norma que prohíbe matar a Gaius no dice: Gaius no debe morir. Ni tampoco: Gaius no debe morir ahora ni a causa de esta lesión o enfermedad; la norma dice solamente: la muerte de Gaius no debe producirse por causa de una acción imputable. Antijurídica es siempre sólo la acción".

Esta posición requiere explicar cuál es la significación sistemática que se acuerda al resultado en el concepto de delito, ya que es evidente que las leyes penales le otorgan al resultado un carácter que no puede desconocerse.

En otras palabras, explicar la razón de la mayor punibilidad del delito consumado respecto de la tentativa acabada (o delito frustrado).

En parte se sostiene que el resultado cumple una función básicamente procesal, pues facilita la prueba de una acción dirigida al resultado (HORN, MIR PUIG). En parte se asigna al resultado la función de aumentar la impresión que el hecho causa en la comunidad, razón por la cual crece también la necesidad de reaccionar con pena por parte del Estado.

Estas funciones atribuidas al resultado no son, sin embargo, determinantes de la posición sistemática del mismo. Si al resultado debe otorgársele una posición en el ámbito de *lo ilícito de los delitos dolosos* es una cuestión que depende básicamente de la definición del ilícito que se adopte. Esta estará condicionada, en el aspecto concreto aquí discutido, por la solución que se estime más conveniente respecto del grado de punibilidad del delito consumado respecto de la tentativa acabada (o delito frustrado). Las reglas del derecho positivo argentino (art. 42), el colombiano (art. 22) y el mexicano (arts. 12 y 63) podrían entenderse como referidas a la tentativa no-acabada exclusivamente, por lo que podríamos dejar abierta la posibilidad de sancionar, en principio, la tentativa acabada (delito frustrado) con la misma pena que el delito consumado. Esta interpretación ya no sería posible en el Código Penal español (art. 3º), que establece una atenuación *obligatoria* para la tentativa (delito frustrado, arts. 3º y 51) y para la tentativa no acabada (arts. 3º y 52), o lo que es lo mismo, una "agravación" de la pena para el delito consumado.

Quienes quitan relevancia al resultado en el ámbito de lo ilícito sostienen que "la línea divisoria en el plano de lo ilícito no se extiende entre el delito consumado y el tentado, sino entre la tentativa acabada y la inacabada" (ARMIN KAUFMANN, *ZStW* 80, pp. 50 y ss.; ZIELINSKI, *loe. cit.*, p. 144). Sin embargo, este punto de vista, cuya consecuencia práctica es la de posibilitar una atenuación de la pena en las tentativas inacabadas, es falso. En realidad, si lo injusto se agota en el disvalor de la acción y este está dado por la infracción de la norma, un desarrollo consecuente de este punto de vista obliga a admitir que el disvalor de acción se presenta ya íntegro a partir del comienzo de la ejecución del comportamiento prohibido pues es allí donde se pone de manifiesto toda la rebeldía del autor frente al ordenamiento jurídico: entre tentativa (acabada o inacabada) y delito consumado no debería haber diferencia alguna en la gravedad de la punibilidad; tampoco entre ambas especies de tentativa debería admitirse diferencia alguna de punibilidad: todo lo ocurrido después del comienzo de la ejecución sería ya irrelevante para aumentar el contenido de ilicitud del hecho, pues el dolo debe estar íntegro en el momento del comienzo de ejecución y el desarrollo en la realización del plan del autor no debería agregar nada a su disvalor. La completa exclusión del disvalor del resultado eliminaría, en consecuencia, *toda* diferencia entre hechos tentados, frustrados y consumados (otro punto de vista: ZIELINSKI, *loe. cit.*, p. 144).

Por otra parte, la atenuación (sólo *facultativa*) de la pena de la tentativa acabada no se ve imposibilitada por la inclusión del disvalor del resultado

dentro de lo ilícito. Si se acepta este punto de vista, por el que la atenuación de la pena en la tentativa acabada o inacabada (delito frustrado o simple tentativa, en la terminología española) debe ser facultativa, es evidente que aquellos casos en los que la no producción del resultado no provenga *realmente* de una menor "energía criminal", sino de una pura casualidad (ejemplo: el que apunta a la cabeza de otro con su arma de fuego y no acierta porque el agredido hace un movimiento en el momento del disparo) deberían juzgarse de la misma manera que los casos de consumación. La razón de la atenuación *obligatoria* de la pena de la tentativa (y en su caso del delito frustrado) no es la inclusión del resultado en lo injusto, sino la *presunción* de que toda tentativa importa un menor grado de energía criminal (confr. por ejemplo, HÁLSCHNER, *Das preussische Strafrecht*, 2, 1858, p. 207) y por lo tanto debe merecer menos pena por ser menor también la culpabilidad. Hoy parece evidente que esta *presunción* debería ser dejada de lado (ver art. 8º del Proyecto argentino de 1974). La discusión en torno al resultado como elemento o no de lo ilícito penal pierde toda relevancia en relación a este tema, bajo estas condiciones.

d) Las especies de lo ilícito penal: delitos dolosos y delitos culposos

La concepción personal de lo injusto requiere configurar un disvalor de acción y un disvalor del resultado ya en el nivel de lo ilícito.

En el *delito doloso* ese disvalor de acción está dado porque el autor *ha querido* la realización del hecho típico, del presupuesto de hecho del delito o, dicho en otras palabras, porque ha propuesto como fin de su acción el resultado típico, ha seleccionado los medios para alcanzar ese fin y dado a su acción el impulso necesario para ello. Aquí es clara la coincidencia entre lo que el autor *hizo* y lo que el autor *quiso*. El haber querido el hecho típico constituye el disvalor de la acción.

Es preciso tener presente que hay puntos de vista que sostienen que el contenido personal de lo ilícito requiere más elementos de la persona y que debe darse cabida, por tanto, ya en este nivel (y no sólo en la culpabilidad) al conocimiento de la significación jurídica del hecho (carácter socialmente dañoso, conocimiento de la antijuricidad, conocimiento de que se está ante un bien protegido por el derecho, etc.). Los distintos autores difieren en sus formulaciones y en el contenido que se debe dar al disvalor de acción en lo ilícito personal (confr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, pp. 80 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, pp. 120 y ss.; LAMPE, *Das personale Unrecht*, 1967, pp. 206 y ss.; OTTO, *Grundkurs*, pp. 98 y ss. y 103 y ss. y en *ZStW* 87 (1975) p. 595).

La cuestión del disvalor del resultado y del disvalor de la acción como elementos fundamentales de lo ilícito adquiere una fisonomía distinta en los *delitos culposos*. En estos, el autor *no ha querido* la realización del hecho típico, del supuesto de hecho del delito. El resultado no es producto de su

voluntad, sino de su *negligencia*, del incumplimiento del deber de cuidado en el tráfico. En consecuencia, lo que constituye el disvalor de acción en los delitos culposos es esta infracción del deber de cuidado o, dicho de otra manera, el obrar sin la *diligencia* debida (*negligencia*).

Mientras en los delitos dolosos es extraordinariamente discutido, como vimos (*supra* 3), si junto al disvalor de acción se debe reconocer también un disvalor del resultado, en los delitos culposos la opinión dominante considera que el resultado es una simple condición de punibilidad que no integra la ilicitud del delito culposo (confr. WELZEL, *Lehrbuch*, p. 135; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 472). El fundamento de este punto de vista reside en que la producción de un resultado no siempre acompaña a la infracción del deber de cuidado o de diligencia y en que, consecuentemente, el resultado representa un "momento casual": "Depende del favor de la casualidad si el autor tiene que sufrir la pena" (EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910). Se trata, por lo demás, de una cuestión que no está necesariamente vinculada a la teoría personal de lo ilícito, como lo demuestra el hecho de que ha surgido mucho antes que esta.

En resumen: la estructura de lo ilícito difiere en una teoría de lo ilícito personal según se trate de lo ilícito en los delitos dolosos o en los delitos culposos. La diferencia se manifiesta en los elementos constitutivos del disvalor de acción (dolo y demás elementos subjetivos en el delito doloso; infracción del deber de cuidado en los delitos culposos). Son diversas las opiniones en lo referente a si el disvalor de acción agota ambas formas de ilicitud o si en los delitos dolosos debe darse significación también al disvalor del resultado. En todo caso el disvalor del resultado no tiene diferencia alguna: sus caracteres son idénticos en el delito doloso y en el culposo.

La consecuencia práctica de esta diversidad de elementos de lo ilícito en el delito doloso y en el culposo se manifiesta en la necesidad de un estudio separado de ambas especies de delitos.

5. LOS ELEMENTOS DE LO ILÍCITO: TIPICIDAD Y ANTIJURICIDAD

La afirmación de que un hecho constituye un ilícito (la violación del orden jurídico) requiere, como vimos (*supra*, i, 5), la comprobación de que el hecho importa, en primer término, la infracción de una norma y, en segundo lugar, la verificación de que esta infracción *no* está autorizada. La comprobación de que el comportamiento infringe una norma es la materia propia de la "*tipicidad*", es decir, de la coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta del hecho que es presupuesto de la pena contenido en la ley.

Si un comportamiento es "*típico*" (ha violado la norma, coincide con el supuesto de hecho del delito) entonces surge el problema de su "*antijuricidad*". Se tratará de saber si el autor realizó el hecho típico autorizado por la ley o no. Si careció de tal autorización (por ejemplo, la legítima defensa) el hecho típico será, además, antijurídico.

a) *La tipicidad*

aa) *El tipo penal (supuesto de hecho típico del delito) en general.* Que una acción es "típica" o "adecuada a un tipo penal" quiere decir que esa acción es la acción prohibida por la norma. La *teoría* del tipo penal es, consecuentemente, un instrumento conceptual para la identificación del comportamiento prohibido. La acción ejecutada por el autor es la acción prohibida por la norma cuando se subsume bajo un tipo penal.

El tipo penal en sentido estricto es la *descripción de la conducta prohibida por una norma*. "Privar de la vida a otro" (Código Penal mexicano, art. 392), o "matar a otro" (Código Penal argentino, art. 79; Código Penal español, art. 407), son descripciones de acciones que infringen la norma que prescribe "no matarás". Realizar un tipo penal significa llevar a cabo la conducta por él descrita como lesiva de la norma.

En general, "*tipo*" es una expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común. El *tipo penal* es el conjunto de elementos que caracteriza a un comportamiento como contrario a la norma.

De todos modos es posible distinguir por lo menos dos conceptos de tipo según su contenido:

Tipo garantía: contiene *todos* los presupuestos que condicionan la aplicación de una pena.

Tipo sistemático: es el tipo en sentido estricto, el que describe la acción prohibida por la norma. El tipo sistemático coincide con el *tipo de error*: los elementos objetivos de este tipo son los que, en su caso, debe haber conocido y querido el autor para que pueda afirmarse que obró con dolo; el error sobre uno de esos elementos excluye el dolo.

El *tipo sistemático* del que se trata aquí, se obtiene mediante una delimitación de sus elementos respecto de los de la antijuricidad. Si una acción es contraria al orden jurídico bajo dos condiciones —infracción de una norma (tipicidad) y no-autorización de la misma por el orden jurídico (antijuricidad)—, la delimitación de los elementos del tipo requiere excluir del concepto de este a los elementos de la antijuricidad: *la falta de antijuricidad no excluye la tipicidad*. La distinción entre antijuricidad y tipicidad es particularmente problemática respecto de las circunstancias de las causas de justificación: al tipo penal del homicidio le es ajeno, desde nuestro punto de vista, que la acción *no* haya sido realizada en una *situación* de legítima defensa. Nuestra concepción presupone que la relación existente entre la tipicidad y la antijuricidad se expresa en que la primera es solo un *indicio* de la segunda. En otras palabras: la conducta típica sólo es "sospechosa" de ser antijurídica y, por lo tanto, requiere una comprobación expresa de si está justificada o no.

Contra esta opinión se alza la *teoría de los elementos negativos del tipo*. Según ella no debe admitirse una diferencia valorativa entre la comprobación de la tipicidad y de la antijuricidad: la conducta es típica *si* es antijurídica. El tipo penal no estaría compuesto solamente de elementos "positivos" (que

deben concurrir), como por ejemplo: en el homicidio, la acción de matar, la imputación objetiva y el resultado de muerte, sino también por elementos "negativos" (que *no* deben concurrir), como por ejemplo: que la acción de matar *no* haya sido la acción necesaria para defenderse de una agresión antijurídica actual e inminente.

Las dos concepciones del tipo que acabamos de reseñar son lógicamente posibles. Sus diferencias prácticas se perciben en el ámbito del error: la primera, la que reduce los elementos del tipo a los positivos, juzga el error sobre los presupuestos de una causa de justificación (por ejemplo: sobre la existencia de una agresión antijurídica o sobre la necesidad de defensa) con reglas más estrictas (las del error de prohibición o sobre la antijuricidad, ver *infra*, 4, e, aa); la teoría de los elementos negativos del tipo, por el contrario, aplica en estos casos reglas menos estrictas (las del error de tipo, ver *infra*, B, 1, c, 2.) y excluye, en consecuencia, la pena del delito *doloso*, aunque deje subsistente la del delito culposo. Una decisión en favor de una u otra teoría depende, por tanto, de la teoría del error que se adopte. Nuestro punto de vista parte de considerar que el comportamiento del que "*no sabe lo que hace*" (por ejemplo, cree que dispara contra un animal y, en realidad, lo hace contra un hombre que dormía bajo las matas) debe tratarse con reglas más estrictas que el de aquel que "*sabe lo que hace*" (por ejemplo: matar a otro), pero por error cree hacerlo de forma justificada (por ejemplo: en una situación de defensa necesaria). La relación entre tipo y antijuricidad está condicionada, por lo tanto, por la teoría del error: si se quiere considerar al error sobre los presupuestos de una causa de justificación con idénticas consecuencias que al error de tipo, la teoría del tipo adecuada será la teoría de los elementos negativos del tipo. Si —como nosotros— se estima más razonable aplicarle las reglas del error sobre la antijuricidad, la teoría preferible será la que sólo admite elementos positivos del tipo.

La cuestión de la decisión sobre las relaciones entre la tipicidad y la antijuricidad no se extrae directamente del texto de la ley penal en ordenamientos penales que carecen de reglas *expresas* sobre el error de prohibición o sobre la antijuricidad, como ocurre en el derecho argentino y en el derecho mexicano vigentes. Las reglas sobre el error de tipo que estos códigos contienen (Código Penal argentino, art. 34, inc. I°; Código Penal mexicano, art. 53) no son suficientemente explícitas como para establecer el contenido del tipo penal de una forma concluyente.

La discusión en torno a la teoría de los elementos negativos del tipo ha perdido en la actualidad prácticamente todo su significado. Originariamente se pensó que si se incluían en el tipo, como elementos negativos, los presupuestos de una causa de justificación, se podría acordarle relevancia al error sobre esos elementos. El argumento era sencillo: la ley dice que el error es relevante si recae sobre los elementos del tipo; el contenido del tipo no está fijado en la ley de forma tal que excluya toda interpretación; si los presupuestos de la justificación son elementos del tipo, el error sobre ellos será relevante.

Actualmente se piensa, por el contrario, que los presupuestos de una causa de justificación contienen elementos que corresponden a la tipicidad y a la antijuricidad y que por ello no pueden considerarse enteramente como elementos del tipo, ni tampoco enteramente como elementos de la antijuricidad. La solución del problema del error sobre los presupuestos de una causa de justificación se debe resolver, según la doctrina dominante, aplicando de forma analógica las reglas del error de tipo (confr. STRATENWERTH, núms. 499 y ss.). La aplicación analógica de las reglas del error de prohibición también es posible, si se demuestra que la analogía más cercana es esta. En este contexto, la teoría de los elementos negativos del tipo es evidentemente innecesaria.

La teoría dominante practica una distinción adicional. No solamente separa del tipo penal los elementos de la antijuricidad, sino también los que pertenecen a la *punibilidad*. Es decir: las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias. Esta distinción entre elementos del tipo y elementos de la punibilidad proviene de la aceptación de una regla no escrita en la ley que establecería la *irrelevancia* del error sobre los elementos, ajenos a la infracción de la norma, que condicionan la punibilidad (el *ius puniendi*), pero no la existencia de delito. Ejemplo: la norma del delito de hurto (Código Penal argentino, art. 162; Código Penal colombiano, art. 349; Código Penal español, art. 514; Código Penal mexicano, art. 367; —que lo denomina "robo"—; Código Penal venezolano, art. 453) se infringe cuando alguien se apodera de una cosa mueble ajena con ánimo de lucro y sin consentimiento del dueño; esta infracción de la norma que prohíbe hurtar *sólo es punible* a condición de que el autor no sea cónyuge, ascendiente o descendiente, etc. del titular de la propiedad de la cosa (Código Penal argentino, art. 185; Código Penal español, art. 564; Código Penal mexicano, art. 377, que se limita al hecho del ascendiente contra el descendiente; Código Penal venezolano, art. 483; la calidad personal de pariente del perjudicado es considerada como una condición de la punibilidad ajena a la infracción de la norma y que, por lo tanto, ni requiere el conocimiento por parte del autor, ni su suposición errónea tiene relevancia alguna; se trata de una circunstancia que nada quitaría al delito de hurto en sí mismo, pero que impediría su punibilidad. Si no se acepta la regla no-escrita que le quita relevancia al error sobre la "punibilidad" del delito, la categoría de las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad deja de tener sentido (confr. BACIGALUPO, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 6, 1978, pp. 3 y ss.).

bb) *El tipo del delito doloso y el tipo del delito culposo*. El tipo penal de los delitos *dolosos* contiene básicamente una acción dirigida por el autor a la producción del resultado. El tipo penal de los delitos *culposos*, por el contrario, contiene una acción que *no* se dirige por el autor al resultado. En el primer caso se requiere, por lo tanto, una *coincidencia* entre el aspecto objetivo y el subjetivo del hecho: lo ocurrido *tiene que* haber sido conocido y querido por el autor (la muerte de la víctima tiene que haber sido querida por el autor conocedor de las circunstancias del hecho). Esto permite distinguir

entre un *tipo objetivo* que contiene los aspectos objetivos del hecho y un *tipo subjetivo*, que contiene los aspectos subjetivos del mismo. Ambos tipos deben ser coincidentes, como se dijo.

En el *tipo de los delitos culposos* esta coincidencia entre lo ocurrido y lo conocido y querido *no existe*: el autor quiere llegar a un lugar determinado con su automóvil antes de una hora determinada y para ello acelera su marcha; *no quiere*, por el contrario, matar al peatón que cruza la calle y que no previo, debiéndolo hacer. Aquí la distinción entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo *no tiene ninguna significación práctica* y por ello no se la utiliza. Excepcionalmente se afirma la existencia de un "*tipo subjetivo del delito culposo*" (confr. ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, Parte General, 1977, pp. 368 y ss.) que estaría compuesta de la "posibilidad de conocer el peligro que la conducta crea para los bienes jurídicos ajenos". Este punto de vista desconoce, a mi juicio, que dicha posibilidad es un elemento *objetivo* de la culpa, pues es la "*posibilidad de conocer*" y no el "*conocimiento de la posibilidad*" en el que se basa lo que el autor quiere; este último es un elemento del dolo eventual (!).

Los tipos penales además presentan una estructura diferente según que describan *hechos comisivos* o *comportamientos omisivos*. Por lo tanto, es posible ofrecer las siguientes variedades:

- a) Tipos de comisión ^{^^}dolosos
^{^~^*}culposos
- b) Tipos de omisión ^{^^^}dolosos (o cuasi-dolosos)
^{^""""••}culposos

ce) *El contenido genérico del tipo penal*. El contenido de todas las especies de tipos penales está dada por tres elementos:

- a) El autor.
- b) La acción.
- c) La situación de hecho.

Los tipos del derecho penal hoy conocido y vigente son básicamente *tipos de acción* y el derecho penal actual es por eso un *derecho penal de acción*. El punto de vista contrario es el de un *derecho penal de autor* y no ha llegado a imponerse. El derecho penal de autor es consecuencia de un fuerte acentuamiento de la idea de prevención especial. Bajo tales circunstancias la acción queda reducida a un elemento meramente sintomático de la personalidad del autor. Un derecho penal que estructure sus supuestos de hecho sobre estas bases no ha llegado a desarrollarse (confr. § 1, B, 1).

La descripción de la *situación de hecho* en la que el *autor* realiza la *acción* se lleva a cabo por el legislador mencionando los distintos elementos que

la componen. Estos elementos pueden clasificarse según la repercusión que deban tener en el autor: dado que el autor debe conocer las circunstancias del hecho y que este está compuesto por elementos fácticos y otros que no lo son, el conocimiento requerido por el dolo es diferente según se trate de elementos *descriptivos* o *normativos*.

Elementos descriptivos son aquellos que el autor puede conocer a través de sus sentidos; puede verlos, o tocarlos, u oírlos, etc. Ejemplo de elemento descriptivo es "cosa mueble" en el delito de hurto (Código Penal argentino, art. 162; Código Penal español, art. 514; Código Penal mexicano, art. 367).

Elementos normativos son aquellos en los que predomina una valoración que, por lo tanto, no es perceptible sólo mediante los sentidos. Por ejemplo: *puros conceptos jurídicos*, como el "cheque" (Código Penal argentino, art. 302; Código Penal español, art. 563 bis b) o el "concurso" (Código Penal mexicano, arts. 319 y ss.) en los delitos concursales. Se trata de elementos cuyo conocimiento no se exige de una manera técnico-jurídica: es suficiente con la "valoración paralela en la esfera del lego". También pertenecen a la categoría de los elementos normativos los elementos que requieren una *valoración empírico-cultural* del autor, como la "honestidad" de la mujer (Código Penal argentino, art. 120; Código Penal mexicano, art. 262) o "las buenas costumbres" (Código Penal español, art. 431). En estos casos el autor debe hacer una valoración de las circunstancias en las que actúa y esa valoración debe ajustarse a la del término medio de la sociedad. Los márgenes para el error son sumamente amplios y los problemas que de allí se pueden derivar son sumamente complejos.

La distinción no es, por supuesto, absoluta. No faltan casos en los que el componente descriptivo requiere alguna referencia normativa y viceversa. Lo decisivo para determinar la naturaleza de un elemento es qué aspecto es el preponderante.

También pertenecen al tipo objetivo las referencias a *los medios (instrumentos)* utilizados por el autor para la comisión del delito. En estos casos la sola lesión del bien jurídico por el comportamiento del autor no fundamenta la adecuación típica: se requiere que la agresión haya sido emprendida con medios determinados. Por lo general, la utilización de determinados medios determina la adecuación típica a un tipo agravado. Ejemplos: Código Penal argentino, arts. 80, inc. 5º y 82 (2) —medio idóneo para crear peligro común—; Código Penal colombiano similar, art. 324, inc. 3º; similar también Código Penal español, art. 406, inc. 3º; Código Penal mexicano, art. 315, párrafo 3º.

Las referencias al *momento de la acción* son igualmente elementos del tipo objetivo. La acción de infanticidio se debe realizar dentro de un término breve posterior al nacimiento o durante el nacimiento. Ejemplos: Código Penal argentino, art. 81, 2º; Código Penal colombiano, art. 328; Código Penal español, art. 410; Código Penal mexicano, arts. 325 y ss.

Son también elementos del tipo objetivo las referencias al *lugar* en que se comete la acción. Así el robo resulta más grave en el Código Penal argentino cuando es realizado *en despoblado* (art. 167, 1º); y en el Código Penal español

cuando se verificare en *casa habitada* o *edificio público* (art. 506, 2); en el Código Penal colombiano cuando se penetrare en *lugar habitado* (art. 350, 3°); la privación ilegal de libertad es agravada en el Código Penal mexicano cuando se formalizara mediante secuestro en *camino público* o en *paraje solitario* (art. 366, iv).

dd) *Las diferentes especies de tipos penales.* Según las características de la acción o las exigencias referidas al autor, los tipos penales pueden distinguirse en delitos de resultado o peligro y de pura actividad, por un lado, y por otro en delitos comunes o especiales.

1. Delitos de resultado y delitos de peligro. El tipo, tanto de un delito doloso como de uno culposo, adopta dos estructuras diversas según que se trate de *delitos de resultado* o de *actividad* o predominante actividad.

Los primeros están integrados básicamente por la *acción*, la *imputación objetiva* y el *resultado*. El resultado consiste, ante todo, en la lesión de un determinado objeto (ejemplo, la cosa en el delito de daño, Código Penal argentino, art. 183; Código Penal español, art. 557; Código Penal mexicano, art. 399; Código Penal colombiano, art. 370). Este objeto se denomina *objeto de la acción* y no se debe confundir con el *objeto de protección* o *bien jurídico* que puede tener también una naturaleza ideal: aun los delitos que no requieren un resultado material importan una lesión de un bien jurídico (por ejemplo: delito de injuria: Código Penal argentino, art. 110; Código Penal colombiano, art. 313; Código Penal español, art. 457; Código Penal mexicano, art. 348). En otras palabras: todos los delitos importan —en principio— una lesión inmaterial (la del bien jurídico); sólo un número determinado de ellos requiere una lesión material (la del objeto de la acción).

Junto a los delitos de resultado material o de lesión, se encuentran los *de peligro*. En estos tipos penales no se requiere que la acción haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar. El peligro puede ser *concreto*, cuando debe darse realmente la *posibilidad* de la lesión, o *abstracto*, cuando el tipo penal se reduce simplemente a describir una forma de comportamiento que según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido (ejemplo de *delitos de peligro concreto*: Código Penal argentino, art. 186; Código Penal colombiano, art. 189; Código Penal español, art. 127; Código Penal mexicano, art. 189 bis; ejemplo de *delitos de peligro abstracto*: Código Penal argentino, art. 200; Código Penal colombiano, art. 197; Código Penal Español, art. 264; Código Penal mexicano, art. 253), sin necesidad de que ese peligro se haya verificado. Parte de la teoría excluye la tipicidad en los delitos de peligro abstracto cuando se comprueba una absoluta imposibilidad de surgimiento del peligro.

En los *delitos de actividad*, al contrario de los de resultado, el tipo se agota en la realización de una acción que, si bien debe ser lesiva de un bien jurídico, no necesita producir resultado material o peligro alguno. La cuestión de la imputación objetiva es, por consiguiente, totalmente ajena a estos tipos

penales, dado que no vinculan la acción con un resultado o con el peligro de su producción. La distinción de los delitos de actividad y los de peligro abstracto es difícil.

La clasificación de los tipos penales en delitos de resultado y de actividad (según la existencia o no de un resultado o peligro sobre un objeto material) y en delitos de lesión o peligro (según el grado de intensidad del resultado sobre el objeto) es cuestionable, ya que hay delitos de peligro (abstracto) que, en verdad, difícilmente pueden diferenciarse de los de actividad.

2. Delitos comunes o generales y delitos especiales. Los tipos penales se distinguen, desde otro punto de vista, según requieran un autor que ostente determinadas calificaciones o que puedan ser realizados por cualquiera. Por lo general, sólo se requiere para ser autor de un delito tener *capacidad de acción* (delitos comunes). Esto ocurre en el homicidio o en el hurto, delitos que no mencionan para nada una calificación especial de autor. Generalmente las leyes penales designan esta falta de características específicas cuando se refieren al autor en forma genérica: "el que...". Hay, sin embargo, ciertos delitos que solamente pueden ser cometidos por un número limitado de personas: aquellos que tengan las características especiales requeridas por la ley para ser autor. Se trata de delitos que importan la violación de una *norma especial* (ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 138 y ss.). Por ejemplo: el cohecho del art. 256 del Código Penal argentino; el prevaricato del art. 149 del Código Penal colombiano; el prevaricato del art. 351 del Código Penal español; el cohecho del art. 217 del Código Penal mexicano). Estos delitos que establecen, no solamente la prohibición de una acción, sino que requieren además una determinada calificación del autor, se denominan *delitos especiales*. (En detalle sobre estos delitos, LANGER, *Das sonderverbrechen*, 1972). Estos pueden ser a su vez de dos clases:

Delitos especiales propios, como el prevaricato (ver los ejemplos antes mencionados), porque sólo puede cometerlo quien es juez, quedando impune cuando lo cometiera alguien que carece de esa calificación. Si la calidad de "juez" es considerada un elemento del tipo, el sujeto que, *sin tener* dicha calificación, cree poseerla y dicta una sentencia prevaricante, comete tentativa de prevaricato. En consecuencia, bajo tales condiciones la tentativa de delitos especiales *propios dolosos* es posible para los sujetos no calificados; la consumación no. La solución será diversa si los elementos del autor no se consideran parte del tipo (ver *in/ra*, B, 1, b, aa).

Delitos especiales improprios son aquellos en los que la calificación específica del autor opera como fundamento de agravación. Ejemplo: la agravación de la privación ilegal de la libertad cometida por un ascendiente (Código Penal argentino, art. 142, 2º; en el Código argentino *es absurda la atenuación* de la privación ilegal de la libertad cuando es cometida por un funcionario público; comparar el art. 143 con el 141); el mismo ejemplo en el Código Penal colombiano (art. 270, inc. 4º); en el Código Penal español la agravación de la pena del aborto para el médico (art. 415); en el Código Penal mexicano el carácter de ascendiente o descendiente del autor de la muerte de otro (art. 323).

Es discutida la cuestión de si los elementos objetivos que califican al autor deben incluirse o no en el tipo penal. Si se los incluye en el tipo, su suposición errónea dará lugar a tentativa punible y la creencia errónea de que *no* concurren eliminará el dolo. Si, por el contrario, se sostiene que son elementos del *deber jurídico*, su suposición errónea tendrá por resultado un delito putativo (no punible), así como la creencia errónea de que no concurren *no* eliminará el dolo y se deberá tratar con las reglas del error sobre la prohibición.

La opinión dominante incluye los elementos objetivos de la autoría en el tipo penal, distinguiendo entonces entre estos elementos y el *deber* jurídico que de su posesión por el autor se deriva para este. Dicho deber jurídico no es elemento del tipo: el error sobre el mismo se rige por las reglas del error de prohibición. Ejemplo: el funcionario que sabe que lo es, obra con dolo en la aceptación de un regalo en razón de sus funciones (cohecho), pero podría obrar con error (evitable o no) sobre la prohibición si ignora que ese hecho le está prohibido o si supone que lo que ha recibido no es una dádiva; este error deberá juzgarse con arreglo a las reglas del error de prohibición (confr. ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 141 y ss.; ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., 1970, pp. 5 y ss.),

En ocasiones la referencia al autor no se debería incluir en rigor en el tipo penal, ni tampoco considerarse un elemento del deber jurídico. En el caso de la "*madre*" en el infanticidio (Código Penal argentino, art. 81, 2º; Código Penal colombiano, art. 328; Código Penal español, art. 410; Código Penal venezolano, art. 413), en el que se hace una referencia a la situación de conflicto que fundamenta la atenuación de la pena. En tales supuestos, STRATENWERTH, (*Strafrecht*, i, núm. 204) estima que dichas referencias al autor deberían tomarse en consideración en la culpabilidad, aunque por razones prácticas, en parte, pueden tenerse en consideración en el momento de verificar la subsunción.

ee) *La subsunción*. La relación entre un hecho y un tipo penal que permite afirmar la tipicidad del primero se denomina subsunción. Un hecho se subsume bajo un tipo penal cuando reúne todos los elementos que este contiene. En la práctica, la subsunción se verifica comprobando si cada uno de los elementos de la descripción del supuesto de hecho se da en el hecho que se juzga.

En los *delitos dolosos* la tipicidad depende de la comprobación de los elementos del tipo objetivo y de los elementos del tipo subjetivo (dolo y demás elementos subjetivos de la autoría).

En los *delitos culposos*, la tipicidad depende de la comprobación de una acción realizada *sin* el cuidado exigido (negligente) y de la producción del resultado o peligro requerido para su punibilidad.

Las *circunstancias agravantes genéricas* (por ejemplo Código Penal español, art. 10), excepto la que se refiere a la reincidencia (art. 10, num. 15) son, en principio, elementos accidentales de cualquier tipo penal contenido en la parte especial, cuya descripción del supuesto de hecho completan y están regidos, por tanto, por las reglas de la subsunción. En particular es políticocriminalmente dudosa su generalidad (por ejemplo, ¿qué sentido tendría agrá-

var la injuria, ejecutada de noche, art. 10, num. 13?). A los efectos que aquí interesan, sin embargo, se trata de circunstancias que sólo parecen tener relevancia en relación al delito doloso.

Y, desde este punto de vista en tanto completan la descripción del tipo objetivo (se refieren a los *medios*, los del art. 10, nums. 3, 4, 7 y 9; a la *ocasión* o al *tiempo* los de los nums. 11 y 13; al *lugar* los de los nums. 13, 16 y 17 y a *Informa de ejecución* la de los nums. 3, 12 y 13) pertenecen a este y condicionan la adecuación típica, es decir, deben darse en el hecho cometido de la misma manera que los demás elementos del tipo y tener en el tipo subjetivo (en el dolo) el reflejo que es característico del delito doloso.

Algunas de estas circunstancias tienen, por el contrario, incidencia en el disvalor de acción: aumentan el disvalor de acción del delito y por lo tanto forman parte del tipo subjetivo junto al dolo como especiales elementos subjetivos de la autoría (art. 10, nums. 2, 5, 6 y 16).

Muy probablemente diversa es la cuestión de las *atenuantes genéricas* (art. 9º del Código Penal español) que reflejan en verdad pautas de evaluación de la gravedad de la culpabilidad y que, por lo tanto, tienen su lugar sistemático allí donde corresponde considerar la gravedad de la culpabilidad, es decir en la individualización de la pena. (Solamente la atenuante del art. 9º num. 9 del Código Penal español ofrece dudas respecto de su significación en relación a la culpabilidad, pues el hecho posterior a la comisión del delito no puede modificar el contenido de la culpabilidad, que se fija en el momento de la comisión del hecho; la auto-acusación y el arrepentimiento espontáneo, lo mismo que la reparación o disminución del mal causado son circunstancias que operan como atenuantes fundamentalmente por el valor sintomático que expresan respecto del autor y de menores necesidades de prevención especial).

b) *La antijuricidad*

El segundo elemento de lo ilícito es la antijuricidad. *Antijurídica es una acción típica que no está justificada*. Ya se trate de la realización de un tipo de comisión o de omisión, o de un tipo doloso o culposo, en todo caso la antijuricidad consiste en la falta de autorización de la acción típica. Matar a otro es una acción típica porque lesiona la norma que dice "no debes matar"; esta misma acción típica será antijurídica si no ha sido realizada al amparo de una causa de justificación (por ejemplo, legítima defensa, estado de necesidad, etc.).

En la práctica esto se traduce en que la pregunta por la antijuricidad es en realidad una pregunta por la eventual justificación de una acción típica: "la teoría de la antijuricidad es en la praxis una teoría de la adecuación al derecho, es decir, una exposición de aquellos hechos que, a pesar de la realización del tipo, no son antijurídicos en el caso concreto y, por lo tanto, irrelevantes para el derecho penal" (MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 4ª ed., 1971,

p. 284). En consecuencia, es incorrecto plantear el problema de la antijuricidad antes de haber dado una respuesta afirmativa a la cuestión de la tipicidad.

La antijuricidad se da o no se da: un hecho típico está justificado o no lo está; fue cometido en legítima defensa o no. Por lo tanto, *no hay grados de antijuricidad*: los hechos no pueden ser, comparativamente considerados, más o menos antijurídicos. Lo que sí puede ofrecer distintos grados (de gravedad) es lo ilícito en su conjunto: un hecho ilícito (típico y no justificado) puede ser más o menos grave (por ejemplo, por la forma en que fue cometido, (Código Penal español art. 406, 1º) o por la *intensidad del dolo* (Código Penal español arts. 418 y 419).

Cuáles de las causas que excluyen la pena son causas de justificación (problemas que se plantea sobretodo en códigos que no establecen una distinción expresa, por ejemplo: Código Penal argentino, art. 34; Código Penal español, art. 8º; Código Penal venezolano, art. 65) depende de los principios que se adopten como justificantes (por ejemplo: principio del interés preponderante). La determinación de estos principios es un problema preciso a la interpretación del texto legal (confr. BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, pp. 127 y ss.).

El Código Penal colombiano introdujo en su art. 4º un concepto de la antijuricidad que, en realidad, es una regla interpretativa por la que no hay *punibilidad* sin lesión o puesta en peligro de un interés tutelado por la ley. Por lo tanto, no es una definición de la antijuricidad sino el establecimiento de una condición de la punibilidad y hubiera sido preferible no definir la antijuricidad por este medio. Solo se refiere a la antijuricidad en sentido estricto en el art. 4º en el que la expresión "*sin justa causa*", quiere decir "sin una autorización legal expresa", o sea, sin estar justificada la acción por una de las causas reconocidas en la ley.

6. PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD

Como hemos dicho, la realización de una acción típica y antijurídica no es suficiente para generar responsabilidad penal. Las condiciones bajo las cuales el autor de un ilícito penal debe responder por el hecho cometido tienen, por lo tanto, que analizarse independientemente de las que determinan la existencia de lo ilícito.

La teoría predominante trata de *todos* los elementos de la responsabilidad en una única categoría que se designa con la expresión de *culpabilidad*. Dentro de esta se distingue entre la *capacidad de culpabilidad* (designada tradicionalmente como imputabilidad), la cuestión de la *conciencia de la antijuricidad* (según la sistemática más moderna; la sistemática tradicional trata aquí lo referente al dolo y a la culpa o negligencia) y las circunstancias que excluyen la culpabilidad, bajo el título de *exigibilidad*.

Un sector minoritario de la teoría trata el tema de la responsabilidad en dos sub-categorías: la *atribuibilidad* (o la responsabilidad por el hecho) y la *culpabilidad* en sentido estricto (Conf. MAURACH, *Lehrbuch*, 4ª ed.,

pp. 377 y ss.). Este es también el punto de vista que seguiremos en esta exposición (confr. *infra*, 3 y 4).

En la dogmática española el concepto de culpabilidad es cuestionado por algunos autores por considerarlo fundado en el libre albedrío, lo que lo privaría de una base demostrable (Confr. GIMBERNAT, *Estudios*, p. 57; *Introducción*, p. 69; MUÑOZ CONDE, en *Revista Nuevo Pensamiento Penal*, 1973, pp. 397 y ss.).

De esta crítica del concepto de culpabilidad no surgen, en verdad, puntos de vista que tengan trascendencia respecto de los elementos que condicionan la responsabilidad penal. A pesar de la crítica a que se somete el fundamento del concepto de culpabilidad, no se niegan las consecuencias que en su momento se derivaron de la idea básica de aquel: en ningún caso se postula eliminar la irresponsabilidad de los que han obrado sin poder comprender ni dirigir sus acciones según dicha comprensión, ni la irrelevancia del error de prohibición, ni, finalmente, se desconoce la exclusión de la responsabilidad cuando se dan circunstancias que reducen considerablemente la exigibilidad de un comportamiento de acuerdo a derecho (Confr. GIMBERNAT, *Introducción*, pp. 70 y ss., sin embargo, ver p. 77; MUÑOZ CONDE, *loe. cit.*, pp. 418 y ss.). La tesis sostenida por GIMBERNAT tiene más significación en referencia a la distinción entre causas de justificación y causas que excluyen la culpabilidad (confr. *Introducción*, pp. 61 y ss., 65 y ss. y 77; críticamente, BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 1983, pp. % y ss.).

El resto de la problemática de la responsabilidad penal será tratado directamente en los capítulos correspondientes a la atribuibilidad (*infra*, 3) y a la culpabilidad (*infra*, 4).

B. El delito doloso de comisión

1. LA TIPICIDAD DEL DELITO DOLOSO DE COMISIÓN

a) *Los elementos del tipo doloso de comisión: tipo objetivo y tipo subjetivo*

La primera de las formas de lo ilícito que se expondrá es la del delito doloso de comisión. Se puede decir que estos delitos han constituido hasta ahora el prototipo del delito desde el punto de vista dogmático. Las restantes formas (delitos de omisión o culposos) suelen estudiarse en relación con estos delitos.

Como ya hemos adelantado, los delitos dolosos se caracterizan por la coincidencia entre lo que el autor hace y lo que quiere. Ello nos permite afirmar que resulta adecuado —como hemos visto— analizar separadamente el aspecto objetivo del comportamiento (tipo objetivo) y el subjetivo (tipo subjetivo).

b) *El tipo objetivo*

aa) *El autor de la acción.* Los tipos penales que son consecuencia de una norma general no contienen ninguna referencia al autor: se limitan a establecer con una fórmula neutra que autor es todo el que realiza la acción ("el que..."). Los tipos penales que se vinculan con normas especiales solo pueden ser realizados por sujetos específicos, destinatarios del deber que impone la norma especial (ejemplo: el funcionario, en los delitos de funcionarios) (confr. *supra*, A, 5, dd, 2).

Al tipo penal *no pertenece*, sin embargo, el *deber* que surge de una determinada calificación del autor (por ejemplo, el deber de dictar resoluciones justas en el prevaricato del art. 358 del Código Penal español; similar en el caso del art. 269 del Código Penal argentino; Código Penal colombiano, art. 149; Código Penal venezolano, art. 251). Sólo forman parte del tipo penal aquellas *circunstancias del autor que determinan el surgimiento del deber* (el carácter de funcionario, es decir, las circunstancias que conforman esta característica del autor: nombramiento, ejercicio del cargo, etc.) (confr. ROXIN, *Offene Tatbestände*, p. 188; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 198).

bb) *La acción.* Durante varias décadas la teoría de la acción dominó gran parte de las discusiones relativas a la estructura del delito. Fundamentalmente se partió de la base de que la teoría de la acción debía reflejar el concepto de acción de la vida social y no simplemente un suceso de la realidad de las ciencias naturales (confr. WELZEL, *ZStW* 58 (1939), pp. 491 y ss.). Lo característico de este movimiento que se llama la "teoría de la acción finalista" fue una considerable transformación del sistema de la teoría del delito que se fundamentó en la teoría de la acción.

En la actualidad se ha impuesto la idea de que el concepto de acción, por sí solo, no puede sostener dichas transformaciones y que estas son, en realidad, producto del concepto personal de lo ilícito (así, por ejemplo, GALLAS, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, p. 24; JAKOBS, en *Fest. für Welzel*, 1974, pp. 307; 314 y ss.). Inclusive se considera que el concepto de acción, como concepto prejurídico que sostiene toda la teoría del delito, es superfluo (confr. OTTO, *Grundkurs, Allgemeine Strafrechtslehre*, p. 183; opera directamente sin un concepto de acción GIMBERNATORDEIG, *Introducción a la parte general*; de la misma opinión BOCKELMANN, *Die Medizinische Welt*, 1972, núm. 38, p. 16; del mismo: *Strafrecht* (AT), pp. 43 y 44).

La *función del concepto de acción* no es otra que la de *establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal*. De aquí se deduce que el concepto de acción establecerá qué elementos son objeto del juicio sobre la ilicitud de un hecho (confr. ARMIN KAUFMANN, en *Fest. für Welzel*, p. 395; KLAUS OTTER, *Funktionen des Handlungsbergriffs im Verbrechenbau?*, 1973). Sin embargo, esta "función" del concepto de acción es en verdad una consecuencia del concepto de ilícito: los elementos que constituyen la materia de la prohibición no dependen del concepto de acción, sino del de ilícito; lo ilícito podría referirse a la mera relación causal, o a la estructura

final del comportamiento, o, inclusive, a la motivación del autor (así, LAMPE, *Das persönliche Unrecht*, 1967, pp. 103 y ss.). Por ello, la cuestión de cuál de los elementos del comportamiento debe ser objeto del juicio de lo ilícito depende, entonces, de lo que se estime imprescindible como substracto del juicio de valor que precede a la norma.

Por tanto, el concepto de acción debe resumir el mínimo relevante para la imputación penal. En este concepto tiene influencia, cabe señalar, no solo el concepto personal de lo ilícito, sino, indirectamente, también la idea fundamental del derecho penal de culpabilidad: objeto de lo ilícito penal solo puede serlo un comportamiento del que pueda también eventualmente predicarse la culpabilidad del autor, es decir, un comportamiento que puede servir de base a una eventual afirmación de la culpabilidad siempre y cuando se den los elementos que la fundamentan.

Desde este punto de vista puede sostenerse que la *acción es un comportamiento exterior evitable*, o dicho de otra manera, un comportamiento que puede evitarse si el autor se hubiera motivado para hacerlo (confr. JAKOBS, *Fest. für Welzel*, pp. 307 y ss.; el mismo, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 1972, pp. 34 y ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht*, núm. 142 y ss.; WELZEL, *Lehrbuch*, pp. 33 y ss).

Un comportamiento es *evitable* cuando su autor tenía la posibilidad de dirigirlo *finalmente*, en dirección a un fin por él mismo determinado. Ejemplo: el matar a otro es evitable si estaba en manos del autor evitarlo; si por el contrario, el autor impulsado por una avalancha (fuerza física *irresistible*) golpea con su cuerpo a un niño que muere como consecuencia de este golpe, la dirección de la acción estaba fuera de sus posibilidades.

Este concepto de acción alcanza a "todo actuar final, toda omisión no-consciente y a todo hecho culposo individual de acción u omisión" (JAKOBS, *Fest. für Welzel* p. 309). La norma jurídica solo puede tener por objeto algo que a una persona le sea posible omitir o realizar (conf. RUDOLPHI, *SK StGB*, previo al § 1, núm. 18).

Es opinión dominante que —*cualquiera sea la fundamentación del concepto de acción que se adopte*— no hay acción cuando se da alguna *causa de exclusión de la acción*. Las causas de exclusión de la acción serían: a) los *actos reflejos*; b) la *fuerza física irresistible* y c) los *estados de inconciencia absoluta* (ejemplo de acto reflejo: las reacciones producidas por un estornudo que hacen imposible controlar el movimiento corporal como consecuencia del cual se lesiona a otro. *Ejemplo* de fuerza física irresistible: el caso ya analizado del que se deriva la muerte de un niño al ser violentamente despedido por una avalancha incontenible de personas. *Ejemplo* de estado absoluto de inconciencia: la madre que dormida ahoga con su cuerpo al niño que duerme a su lado). (Confr. CERZO MIR, *Curso*, 2ª ed., pp. 355 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, n, pp. 216 y ss.; GIMBERNAT, *Introducción*, p. 38; JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado*, ni, pp. 709 y ss.; del mismo *La ley y el delito*, pp. 219 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, pp. 184 y ss.; SAINZ CANTERO, *Lecciones*, a, pp. 255 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, pp. 478 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, i, pp. 231 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 178 y ss.).

Debe advertirse, sin embargo, que la función atribuida a las "causas de exclusión" de la acción por la teoría dominante no tiene carácter absoluto. La denominación que se les da induce evidentemente a la falsa creencia de que en estos supuestos la acción resulta excluida en *todos los casos*. En realidad lo único que quiere decirse es que a los efectos de la tipicidad no puede tomarse en cuenta al movimiento reflejo o al acto realizado en estado de inconciencia absoluta *aisladamente* y por sí mismo: no puede fundarse la tipicidad de la muerte del niño en el movimiento con el que la madre dormida lo ahoga (confr. OTTER, *loc. cit.*, p. 180). Pero ello no quiere significar que sea irrelevante para el derecho penal la acción de la madre de poner al niño a su lado para dormir o —para usar el ejemplo de ARMIN KAUFMANN (*Fest. für Welzel*, p. 394)— que no deba tomarse en cuenta que "el epiléptico fue por sí mismo al lugar en el que tuvo el ataque que produjo el daño".

La exclusión de la acción, por tanto, en los supuestos de las llamadas "causas de exclusión de la acción" no puede afirmarse sin verificar previamente si la acción inmediatamente anterior es relevante para el derecho penal, es decir, si fue evitable. La acción de la madre de poner el niño a su lado para dormir con él es evitable y por lo tanto relevante para el derecho penal. Por el contrario, el hecho debería juzgarse de otra manera (excluyendo la acción de la madre) si el niño hubiera sido puesto al lado de la madre ya dormida, por el padre o por un tercero. En este último supuesto es la acción del que puso al niño junto a la madre dormida la que constituiría el fundamento de la tipicidad.

Problemáticos resultan también los casos en que el autor obra en un estado de *alta excitación emocional*, en los casos de las llamadas *acciones en "corto circuito"* (confr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, p. 188: en estos casos el elemento voluntario se mantiene, pero se ejecuta a una velocidad tal que el agente carece de la posibilidad de movilizar contravenciones inhibitorias del comportamiento) o en el de los "*comportamientos automatizados*" (sobre todo los que tienen lugar en el tráfico automotor). En estos supuestos la opinión dominante admite el carácter de acciones de estos comportamientos sobre la base de que es *posible* que tengan lugar en forma consciente (STRATENWERTH, núms. 148 y 150) o bien que es *posible* interponer la voluntad consciente orientadora del comportamiento (RUDOLPHI, *SK StGB*, previo al § 1 núms. 19-21) (confr. KRÜPELMANN, *Fest. für Welzel*, pp. 336 y ss.; SCHEWE, *Reflexbewegung-Handlung-Vorsatz*, 1972).

El concepto de acción que hemos presentado se funda en el concepto finalista de acción, es decir, en la posibilidad de la dirección final de la misma (confr. BACIGALUPO, *Lincamientos...*, pp. 23 y ss.). Sólo que, en la medida en que, en realidad, la función del concepto de acción es sólo negativa, pues sirve para la eliminación de hechos totalmente irrelevantes para el derecho penal, se lo formula sobre el aspecto del *poder evitar* y no sobre el de *poder dirigir*. En lo sustancial se trata únicamente de dos aspectos de la misma cuestión.

La circunstancia de que entre las llamadas "causas de exclusión de la acción" y las "causas de inimputabilidad" o de "exclusión de la capacidad

de culpabilidad" (como es preferible denominar a estas últimas), haya sólo una diferencia de grado o de intensidad, hace suponer que la teoría de la acción está estrechamente vinculada a la idea de culpabilidad y que, en verdad, representa ante todo un avance de problemas de la culpabilidad en el ámbito de lo ilícito (confr. BACIGALUPO, en *Cuadernos de Política Criminal*, en núm. 11, 1980, pp. 150 y ss.).

ce) *La realización del tipo objetivo en los delitos de lesión.* 1. El resultado y la imputación objetiva. La *adecuación típica* en los delitos de lesión depende de que la realización de la acción haya producido un *resultado lesivo* que sea *objetivamente imputable* a la acción. En estos delitos el juez debe comprobar para dar por acreditada la realización del tipo objetivo no sólo la realización de la acción, sino también la producción de un resultado de lesión y la existencia de una relación específica entre el resultado de lesión y la acción (imputación objetiva). Estos delitos son la antípoda de los que se agotan en la sola realización de una acción (delitos de pura actividad: por ejemplo, la injuria; Código Penal argentino, art. 110; Código Penal colombiano, art. 313; Código Penal español, art. 457; Código Penal mexicano, art. 348; Código Penal venezolano, art. 444). Los delitos de lesión presuponen, por tanto, el resultado de lesión de un objeto determinado. Este objeto se denomina *objeto de la acción* y puede ser una cosa o una persona: es una cosa, por ejemplo, en el delito de daño y es una persona en el de lesiones; en este último caso puede también consistir en la creación de un determinado estado interno de la persona (confr. BLEI, *Strafrecht*, i, pp. 70 y ss.).

El *resultado en sentido estricto* importa, por lo tanto, una *lesión del objeto de la acción*, y no cualquier consecuencia vinculada a la acción (por ejemplo, no es resultado del delito de homicidio el dolor ocasionado a los familiares de la víctima). Esta lesión del objeto de la acción debe distinguirse de la *lesión del objeto de protección* que está constituida por la *lesión del bien jurídico*. Todo delito (inclusive los de pura actividad) se pueden caracterizar como lesión de un bien jurídico (la injuria, por ejemplo, lesiona el bien jurídico del honor), pero *no todo* delito requiere la lesión de un objeto determinado. Los delitos de lesión serían, entonces, aquellos en los que la lesión del bien jurídico tiene lugar a través de una lesión de un objeto protegido.

La tipicidad de una acción respecto del tipo penal de un delito de resultado requiere la comprobación de que el resultado típico se encuentra en una relación tal con respecto a aquella que permite afirmar que el resultado es la concreción de la acción; que es —en otras palabras— producto de ella. De lo dicho se deduce que en los delitos de actividad este problema no se presenta: por ejemplo, en la injuria no se requiere un resultado material y, por lo tanto, la cuestión de la relación entre la acción y el resultado no puede presentarse.

Las *teorías clásicas* afirmaron que la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una *relación de causalidad*, es decir, una relación de causa a efecto idéntica a la observable en los sucesos de la naturaleza. Sin embargo, se distinguió en todo caso con precisión entre ser causal y ser *responsable* por la producción del resultado: ambas categorías

no se superponen. En general, puede afirmarse que en la causalidad establece un límite mínimo de la responsabilidad, pero no toda causalidad implica sin más, responsabilidad. La causalidad requiere, por lo tanto, una limitación: *entre los comportamientos causales de un resultado típico sólo algunos culminan en la responsabilidad penal*. La teoría de la causalidad, por lo tanto, se completa mediante correctivos de naturaleza *no-causal*, sino *normativa*, es decir, correctivos que se deducen de la naturaleza de lo ilícito penal. Este conjunto de correctivos de la causalidad da lugar a la *teoría de la imputación objetiva*. El desarrollo de la cuestión muestra que gran parte de los problemas que se presentan se relacionan con el lugar sistemático en el que debe practicarse la corrección de la causalidad (en el momento de la adecuación típica o en el de la culpabilidad).

Desde un punto de vista puramente causal también los padres del homicida serían causa del resultado de muerte, pero sus comportamientos no interesan al derecho penal. La teoría de la imputación objetiva procura, por el contrario, determinar el fundamento y el lugar donde debe llevarse a cabo una corrección de los resultados de las teorías naturalistas de la causalidad sobre la base de principios deducidos de la *naturaleza de la norma* y del *fin de protección de la misma*.

2. Las teorías de la causalidad. En el desarrollo de la dogmática penal han sido muchas las teorías que han intentado responder a la pregunta por la relación de causalidad (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, ni, pp. 510 y ss.; ANTOLISEI, *El rapporto di causalità nell diritto penale*, 1934). De esas teorías sólo han subsistido en la práctica dos: la teoría de la equivalencia de las condiciones (*condictio sine qua non*) y la teoría de la causalidad adecuada. Lo que diferencia uno y otro punto de vista es que mientras la primera considera como relevante para el derecho penal una conexión causal concebida en el sentido de la ciencias naturales, la segunda trata de limitar los resultados de una consideración meramente natural incluyendo puntos de vista valorativos que restrinjan el concepto de causalidad a la causalidad jurídico-penalmente relevante.

La teoría de la equivalencia de condiciones. Esta teoría renuncia a la determinación de una causa del resultado y afirma que todas las condiciones de un resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal. Causa del resultado de muerte de la víctima es tanto la acción que le produjo una lesión leve como el incendio del hospital en el que murió mientras se hacía curar.

Partiendo de esta concepción de la causalidad se elaboró la *llamada fórmula de la teoría de la condición*, cuya finalidad es la de permitir una aplicación práctica sencilla de los principios causales de la teoría. Para ello es preciso distinguir las condiciones *positivas* (acciones en sentido estricto) de las *negativas* (omisiones).

En el primer caso, cuando se trata de condiciones positivas la fórmula establece que *una acción es causa del resultado si suprimida mentalmente su realización, el resultado no se hubiera producido*. Por ejemplo: A dispara un arma de fuego contra B y este muere; si suprimo mentalmente (hipotéticamente) la acción de A, B no hubiera muerto de esa manera y en ese momento; por tanto, la acción de A es causal de la muerte de B.

En el segundo supuesto, el de las llamadas condiciones negativas, la fórmula prescribe un procedimiento inverso de verificación de la causalidad. Según este, *una omisión será causa de un resultado si supuesta mentalmente la realización de la acción omitida el resultado hubiera sido evitado*. Por ejemplo: X, que es un buen nadador y no tiene impedimento alguno para salvar a Y, que no sabe nadar y ha caído en la parte más profunda de la piscina, no realiza el menor intento de salvarlo, por lo que Y muere ahogado. Si se supone mentalmente la acción de salvataje omitida por X, Y no hubiera muerto, razón por la cual la omisión de X sería causal de la muerte de Y.

La aplicación de esta fórmula requiere tomar en cuenta ciertas advertencias. *En primer lugar*, es necesario no suponer hechos no ocurridos realmente (nexos causales hipotéticos). Por ejemplo: A y B dejan cada uno su bastón en el perchero de una taberna en la que desean beber algo; más tarde, C y D comienzan una agria disputa en la que C echa mano al bastón de A y golpea con este a D causándole heridas de consideración. Una correcta aplicación de la fórmula sería la siguiente: si A no hubiera dejado el bastón allí, C no hubiera podido golpear a D con dicho bastón; por tanto, la acción de A es *causa* (lo que no significa todavía que A sea responsable) de la lesión sufrida por D, en forma equivalente a la acción de C. Por el contrario sería incorrecto afirmar que A no sería causa toda vez que suprimida mentalmente su acción de dejar el bastón, el resultado *no* desaparecería, ya que C hubiera tomado el bastón de B y producido *el mismo* resultado de lesiones a D. La incorrección de esta última aplicación de la fórmula de la teoría de la condición se funda en que se *supone* una condición meramente hipotética (que C hubiera utilizado el bastón de B).

En segundo lugar, se debe tener en cuenta que una vez puesta una condición por un sujeto puede intervenir otro u otros. Si la intervención del tercero *no es intencional* serán causa del resultado la acción del que puso la primera condición tanto como la del que puso las restantes. Por ejemplo: A deja un arma de fuego cargada sobre una mesa; B toma el arma y comienza a jugar con ella; el arma se le dispara y mata a C. Las acciones de A y B son causa del resultado de muerte de C porque suprimida mentalmente cada una de ellas en forma alternativa, la muerte de C no se hubiera producido. Las opiniones no son unánimes, sin embargo, cuando la intervención del tercero es *intencional*. Los partidarios de la "teoría de la prohibición de regreso" (confr. FRANK, *StGB* 17, pp. 16 y ss.), estiman que si la condición ha sido

puesta en forma libre y consciente por el tercero *no deben tomarse en consideración las condiciones anteriores* a la acción libre y consciente. En el ejemplo anterior, entonces, si *B* toma el arma y mata *intencionalmente* a *C*, la acción de *A* no debería tomarse en cuenta desde el punto de vista causal. (En contra de esta distinción y consecuentemente de la teoría de la prohibición de regreso: JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 465).

La teoría de la condición o de la equivalencia de condiciones tiene dificultades para separar, como irrelevantes, las contribuciones al hecho que están muy alejadas del momento de la acción típica (por ejemplo, el obrero que interviene en la fabricación del arma resultaría también causa del homicidio cometido con ella). Por este motivo, quienes parten de esta teoría restringen luego la punibilidad a los nexos "relevantes jurídicamente" (confr. MEZGER, *Lehrbuch*, pp. 122 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, ni, núms. 1095 y ss.).

La fórmula de la teoría de la condición, es decir, la fórmula de la supresión hipotética de la acción, es en realidad engañosa. En verdad, sólo es posible saber si con la supresión hipotética de la acción desaparecería el resultado *si se conoce ya de antemano la causalidad*. En otras palabras: para responder a la pregunta de si el resultado no hubiera tenido lugar en caso de suprimirse mentalmente la acción realizada, es preciso saber previamente si la acción ha causado el resultado. Quien no sepa que el disparo de un arma de fuego puede producir la muerte de una persona, no puede saber tampoco si, al suprimirse mentalmente la acción de disparar, el resultado no se hubiera producido. La fórmula de la teoría de la condición, por lo tanto, no resulta apta para investigar la *existencia* de la causalidad.

Por esta razón en la actualidad las preferencias se inclinan por la llamada teoría de la *ley de la causalidad natural*. Según esta teoría la causalidad de una acción respecto del resultado depende de que la conexión de ambos esté respaldada por la existencia de una ley causal natural *general* de la que el *caso concreto* sea una expresión *particular*. Ambos problemas deben mantenerse estrictamente independientes uno del otro. Debe afirmarse en primer término una ley causal natural general (por ejemplo, que la herida en el cuerpo bajo ciertas condiciones producen infecciones, las que a su vez pueden conducir a la muerte de la víctima) y luego que el caso que se juzga se subsuma bajo esa ley causal natural (por ejemplo que la víctima ha sido herida y que la herida haya producido la muerte). Cuando se dice "ley causal natural" quiere significarse que se haya comprobado un número estadísticamente representativo de casos en los que se repite el mismo resultado y permitan, en consecuencia, suponer una relación causal general. La cuestión referente a la *existencia* de esta ley causal natural no es susceptible de ser apreciada "según la conciencia" del tribunal (art. 741, LEC española), sino que requiere una constatación pericial fundada en conocimientos especializados.

La teoría de la causalidad adecuada. El intento más difundido de neutralizar la amplitud de los resultados a que conduce la aplicación estricta de la teoría de la *condictio sine qua non* es la teoría de la causalidad adecuada. Para ella no toda condición es causa, en el sentido del derecho penal, sino

solamente aquellas que *de acuerdo con la experiencia general, habitualmente producen el resultado*. Por ejemplo: una dosis de arsénico es causa del resultado de muerte porque habitualmente y según la experiencia general tal dosis de arsénico causa la muerte. Por el contrario, una bofetada *no es adecuada* para producir el resultado de muerte, y si como consecuencia de ella se deriva la muerte de la víctima porque esta es hemofílica y la bofetada produjo una pérdida de sangre de efecto letal, este resultado no podría considerarse, según la teoría de la causalidad adecuada, como *causado* por la bofetada. La teoría de la equivalencia de las condiciones admitiría la relación causal inclusive en el caso del hemofílico que acabamos de considerar. Con el criterio de que sólo son causas las que habitualmente producen el resultado según la experiencia general, la acción de dar la bofetada sólo es causal de lesiones, pero no del resultado de muerte.

La teoría de la causalidad adecuada es criticable primeramente porque para juzgar sobre la adecuación de la causa parte del conocimiento general. Por lo tanto, cuando el conocimiento del sujeto concreto es más amplio que el conocimiento general (por ejemplo, un químico que ha descubierto propiedades de una sustancia que no son generalmente conocidas) debería afirmarse la falta de causalidad.

Sin embargo, la teoría de la causalidad adecuada puede responder a esta crítica admitiendo la relevancia del conocimiento *ex-ante* de la situación por parte del autor. Tal es el caso cuando se toma en cuenta la posesión por el sujeto de la acción de conocimientos especiales sobre una cierta materia que no pertenecen a la generalidad. Por ejemplo: una bofetada sería causalmente adecuada para producir la muerte si el autor sabe que el agredido es hemofílico.

Pero, de todos modos, la teoría de la adecuación no puede superar otras críticas que son suficientes para invalidarla. Ante todo, a partir de su premisa básica, según la cual la condición de causa depende de nuestra experiencia, de la experiencia general, no es posible eliminar los nexos causales no-ade cuados, dado que según dicha experiencia general los resultados son también producidos por nexos causales inadecuados: se sabe que bajo ciertas circunstancias también una bofetada o un grito pueden producir la muerte de otro. En consecuencia, la teoría de la causalidad adecuada no debería conducir a soluciones más limitadas que la teoría de la condición.

La teoría de la relevancia típica. La corrección de la causalidad natural para adaptarla a las necesidades del derecho penal fue intentada por la llamada teoría de la relevancia. De acuerdo con ella, una vez comprobada la causalidad natural es preciso verificar la relevancia típica de dicho nexo causal a partir de "una correcta interpretación del tipo penal" (MEZGER, *Lehrbuch*, p. 124). "Sólo cuando la causalidad y la relevancia están comprobadas, es decir, cuando consta la tipicidad de la acción, puede plantearse la cuestión de la culpabilidad por el resultado" (MEZGER, *loc. cit.* p. 126).

Esta teoría es correcta en su punto de partida, en tanto propone remplazar la causalidad por la imputación objetiva a los efectos de verificar la tipicidad en los delitos de resultados, es decir, en tanto propone decidir la vinculación entre la acción y el resultado sobre la base de criterios de imputación que se derivan del concepto de ilícito (injusto) penal. El desarrollo de estos criterios, sin embargo, es de muy reciente elaboración. Ellos dan lugar a la teoría de imputación objetiva.

3. La imputación objetiva. Esta teoría, que tiende a imponerse ampliamente en la actualidad, *es consecuencia* —*como acaba* de verse— de la teoría de la relevancia. Su punto de partida es el remplazo de la relación de causalidad por una relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales. En este marco la verificación de la causalidad natural no es sino un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado.

Comprobada la causalidad natural, se requiere *además* verificar:

a) Si la acción ha creado un *peligro jurídicamente desaprobado* para la producción del resultado;

b) si el resultado producido es la *realización del mismo peligro* (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

Ambos puntos de partida son deducidos del fin de protección de la norma penal. La norma penal sólo prohíbe acciones que creen para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y la producción de un resultado que hubiera podido evitarse. De ello pueden deducirse criterios que permiten eliminar, ya en el nivel de la tipicidad, comportamientos que son irrelevantes para el derecho penal.

En particular se pueden concretar las siguientes reglas, que no excluyen otras que la teoría pueda descubrir en el futuro:

a) No es imputable objetivamente el resultado que sea producto de una *acción que disminuye el riesgo* corrido por el bien jurídico. La acción que desvía un golpe dirigido a la cabeza de otro pero que, de todas formas, da a este sobre el hombro es causal de este resultado (sea que se aplique la teoría de la *condictio* o de la causalidad adecuada), pero *no* es objetivamente imputable. La norma no prohíbe acciones que mejoren la situación del bien jurídico.

b) No es imputable objetivamente el resultado producto de una acción que no crea para el bien jurídico un riesgo jurídicamente desaprobado. El sobrino que para heredar cuanto antes a su tío lo convence de que viaje asiduamente en avión con la esperanza de que el tío muera en un accidente aéreo, no lleva a cabo una acción relevante para el derecho penal, aunque el tío muera en el accidente aéreo. Indudablemente, la acción de convencer al tío de viajar asiduamente en avión es causal del resultado (aplicando cualquiera de las teorías que vimos más arriba), pero no es objetivamente imputable porque la muerte ocurre dentro del marco de un riesgo jurídicamente permitido (el tráfico aéreo). Como hemos afirmado, las normas sólo prohíben acciones que van más allá de los límites del peligro permitido.

c) La cuestión de la imputación objetiva del resultado será problemática en los casos en que el objeto de la acción ya estaba expuesto a un peligro capaz de producir el mismo resultado que la acción ha producido, pues en estos casos podría ponerse en duda que el peligro jurídicamente desaprobado creado por el autor se haya concretado en el resultado. Aquí habrá que distinguir según el grado de probabilidad con que se hubiera producido el resultado. En primer lugar, trataremos los casos en que el peligro preexistente para el objeto de la acción podría haber producido el resultado, pero de la situación se puede deducir (*ex-post*) que también podría *no* haberlo producido. En estos casos podría tener relevancia un *nexo causal hipotético*, es decir, preguntarse hasta qué punto la ejecución de la acción debida hubiera evitado el resultado. Por ejemplo: el conductor de un camión se adelanta a un ciclista, que circula zigzagueante y en estado de ebriedad por la carretera, sin dejar la distancia reglamentaria; el ciclista cae bajo las ruedas del camión y muere. ¿No se hubiera producido el resultado si el conductor se adelantaba guardando la distancia reglamentaria? En estos supuestos el resultado será objetivamente imputable si la acción representa una *contribución al peligro que se concretó en el resultado* (principio de la elevación del riesgo) (Confr. ROXIN, *Fest. für Honig*, pp. 139 y ss.; RUDOLPHI, *SK StGB*, Vor § 1, p. 65; STRATEN-WERTH, *loc. cit.*, p. 225). Desde este punto de vista no se deberá requerir que conste con *seguridad* que el comportamiento adecuado al deber hubiera evitado el resultado. Por el contrario, hay quienes partiendo del principio *in dubio pro reo* estiman que sólo podrá imputarse el resultado si se prueba con *seguridad* que el mismo no se hubiera producido de ejecutarse la acción adecuada al deber (Confr. BLEI, *AT*, p. 226; SAMSON, en *Fest. für Welzel*, p. 593, nota 68; SCHÓNKE-SCHRÓDER-CRAMER, *StGB*, § 15, p. 172). El primer criterio es el preferible, pues mientras existe la *posibilidad* de que el resultado no se produzca, toda contribución al peligro existente perjudica la situación del objeto de la acción.

En la práctica, para plantear la cuestión de la eventual relevancia de un *nexo causal hipotético* se requiere que se den las siguientes condiciones: 1) que un comportamiento contrario al deber haya producido un resultado ya amenazante; 2) que exista la *posibilidad* de que el comportamiento *adecuado* al deber hubiera evitado la producción del resultado.

En el ejemplo dado: 1) el adelantarse al ciclista ebrio sin dejar la distancia reglamentaria causó el resultado de muerte; 2) es posible que dicho resultado no se hubiera producido si el conductor del camión hubiera observado la distancia reglamentaria. La decisión sobre la imputación objetiva dependerá de que el comportamiento realmente realizado represente una contribución al peligro que se concretó en el resultado que ya era posible al realizarse la acción.

d) De estos casos deben separarse aquellos en los que la acción recae sobre un objeto que ya estaba expuesto a una pérdida *segura* y no meramente posible. Son los casos, de *aceleración de la causalidad* y de *causalidad de replazo*. En los primeros, la acción crea un peligro que se concreta en el resultado *antes* del momento en que lo hubiera hecho el peligro preexistente:

por ejemplo, un equivocado tratamiento médico provoca un *adelanto* de la lesión irreversible de la salud del enfermo que la enfermedad hubiera ocasionado de todos modos. En los restantes, se trata de casos en los que el resultado se hubiera producido *en el mismo momento* en que se produjo: por ejemplo, A pone una dosis mortal de veneno en la sopa de B y C hace lo mismo; B muere al ingerir la sopa. En estos casos las acciones crean, evidentemente, peligros que se concretan en el resultado. La imputación objetiva del resultado sólo se puede poner en duda a partir de la *finalidad de la norma*: si se afirma que la norma sólo puede exigir evitar resultados, los resultados inevitables *no* serán objetivamente imputables (aunque siempre quede en pie la posibilidad de sancionar la acción como tentativa). "Si el derecho quiere establecer reglas para evitar resultados, el punto de partida adecuado será una condición de la que dependa la producción del resultado, pero no una condición que únicamente importe una modificación o un remplazo de un curso causal, respecto del resultado producido, invariable" (JAKOBS, *Studien*, p. 25). El criterio fundamental será aquí el *ámbito de protección de la norma*. Este ámbito de protección de la norma no debería definirse, sin embargo, de una manera idéntica para todos los delitos de resultado, como probablemente lo concibe JAKOBS, sino que tendrá diversa extensión según el bien jurídico protegido. En este sentido se debe distinguir según que el bien jurídico protegido sea la vida o la integridad corporal, por ejemplo, o la propiedad. La vida o la integridad corporal merecen protección inclusive cuando el bien jurídico está irremediablemente perdido (ejemplo: el autor dispara sobre un moribundo; el resultado de muerte es imputable objetivamente). La propiedad, por el contrario, no merece esa extensión de la protección de la norma: al que mata a un perro que ha ingerido una dosis mortal de veneno y morirá más tarde de todos modos, *no* debe imputársele el resultado de daño (Confr. SCHMIDHÁUSER, p. 231; STRATENWETH, p. 228; otro punto de vista: JESCHECK, p. 228; JAKOBS, *Studien*, p. 24).

e) No es imputable objetivamente el resultado que se produce *fuera del ámbito de protección de la norma penal*. Se trata de casos en los que el resultado de la acción va más allá del objeto de protección de la norma. Cabe analizar desde este punto de vista los casos en los que la acción produce un resultado típico y *como consecuencia de este* se produce otro resultado típico. Ejemplo: A mata a E; al comunicársele a la madre de la víctima el hecho, esta muere de un síncope cardíaco. Probablemente en este caso las teorías de la causalidad admitirían la existencia de la causalidad *también* respecto del segundo resultado. Sin embargo, *no* cabría hablar de imputación objetiva si se parte de la base de que el ámbito de protección de la norma sólo se extiende hasta la concreción *inmediata* del peligro representado por la acción.

dd) *La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro concreto*.
1. Delitos de peligro y delitos de peligro abstracto. La teoría ha distinguido tradicionalmente entre delitos de peligro *concreto*, en los que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión, y delitos de peligro *abstracto*, en los que ese riesgo real no es necesario. La realización del tipo objetivo

en los delitos de peligro concreto requiere la comprobación, además de la acción, del peligro concreto sufrido por el bien jurídico protegido. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción. Por este motivo los delitos de peligro abstracto *no se diferencian*, en realidad, de los delitos de pura actividad. La distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto resulta por tanto superflua: sólo interesan los delitos de peligro concreto (Confr. SCHMIDHÁUSER, pp. 254 y ss.; STRATENWERTH, núm 212, quienes señalan las dificultades de la distinción entre delitos de peligro abstracto y de pura actividad; prácticamente como aquí, HORN, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, 1973, pp. 27 y ss.).

2. El juicio sobre el peligro. La realización del tipo objetivo en los delitos de peligro (concreto) requiere la comprobación, como se dijo, de que la acción ha puesto en peligro un bien jurídico, o aumentado el peligro corrido por este. El peligro corrido por el bien jurídico como consecuencia de la ejecución de la acción es un *estado* que debe ser verificado expresamente por el juez.

El momento en el que debe hacerse el juicio sobre el peligro es *el momento en que el autor ha obrado*. En él deben tomarse en consideración los conocimientos del agente, ya que en el momento de la acción hay una parte de las condiciones que no son conocidas al autor (toda vez que si el resultado no llega a producirse, es decir, si el peligro no se concreta en una lesión, *no* hubo peligro, pues el conocimiento *ex-post* de todas las circunstancias demuestra en esos casos que el bien jurídico no corrió peligro).

El peligro como tal no depende de que el autor o alguien haya *podido* conocerlo, ni de que el autor o alguien haya podido tener por segura la producción del resultado (así SCHMIDHÁUSER, *Strafrecht*, p. 208).

ee) *La realización del tipo objetivo en los delitos depura actividad*. En los delitos de pura actividad sólo se debe comprobar la realización de la acción típica. En el "allanamiento de morada" (Código Penal español art. 490; Código Penal mexicano, art. 285) o de "violación de habitación ajena" (Código Penal colombiano, art. 284) o de "violación de domicilio" (Código Penal argentino, art. 150; Código Penal venezolano, art. 184) sólo es preciso verificar que el autor se ha introducido contra la voluntad del morador o que permanece indebidamente en el domicilio o morada ajena. Lo mismo ocurre en los delitos en que la acción consiste en *tener* algún objeto prohibido (ejemplo armas o explosivos; Código Penal argentino, art. 184 bis; Código Penal colombiano, art. 197; Código Penal español, arts. 254 y ss.; Código Penal mexicano, art. 162, III) o en atribuirse una dignidad o título que no se posee o funciones que no le competen (Código Penal argentino, arts. 246 y 247; Código Penal colombiano, art. 161; Código Penal español, art. 320; Código Penal mexicano, art. 250; Código Penal venezolano, arts. 214 y 215).

Esto rige también para los delitos llamados de peligro abstracto —como vimos (*supra* C, aa.)— no se diferencian de los de pura actividad.

En estos delitos no es necesario verificar la existencia de un resultado (de lesión o de peligro) y, por tanto, tampoco cabe plantear la cuestión de la imputación objetiva.

c) *El tipo subjetivo*

La tipicidad del delito doloso depende no sólo de la realización del tipo objetivo sino, además, de la realización del tipo subjetivo, es decir, fundamentalmente del dolo. El delito doloso —como se vio— se caracteriza porque en él coinciden lo *ocurrido* (la realización del tipo objetivo) con lo *querido* (la realización del tipo subjetivo). Precisamente esta coincidencia diferencia al delito doloso del delito culposo, en el que esta coincidencia no existe.

El dolo caracteriza la forma más grave de ilicitud conocida por el derecho penal precisamente porque en ella el autor ha querido la realización de la acción prohibida por la norma.

aa) *El dolo*. La realización del tipo objetivo es *dolosa* cuando el autor ha *sabido* de ella y la ha *querido*. El *dolo*, por tanto, es el *conocimiento y la voluntad de la realización del tipo*. En otras palabras, el dolo es la actitud subjetiva de decidirse por la ejecución de una acción lesiva de un bien jurídico, es decir, una acción que realiza un tipo penal (Confr. RUDOLPHI, *SK, StGB*, § 16, 1; ROXIN, en *JuS* 1964, pp. 58 y ss.; STRATENWERTH, núm. 255).

En el dolo se encuentran, por lo tanto, dos elementos: el elemento *cognitivo* (que se refiere al conocimiento que debe haber tenido el autor para obrar con dolo) y el *volitivo* (que resume las condiciones bajo las cuales es posible afirmar que el autor *quiso* lo que sabía) (Confr. CEREZO MIR, *Curso*, p. 411; COBO DEL ROSAL—VIVES ANTÓN, III, pp. 157 y ss.; GIMBERNAT, *Estudios*, p. 124; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, pp. 359 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *introducción*, p. 115; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, i, pp. 439 y ss.).

El acuerdo doctrinario llega hasta aquí. Hay coincidencia en la definición y en los elementos del dolo, pero no en lo referente al contenido de cada uno de los elementos. Tampoco hay acuerdo en lo referente a si el dolo es un elemento del tipo (tipo subjetivo), o si por el contrario debe preguntarse por él sólo al llegar el análisis de la culpabilidad, o, finalmente sobre si se trata de un elemento que tiene la *doble función* de configurar lo ilícito (como tipo subjetivo) y la culpabilidad (como forma de esta) (Confr. GALLAS, *ZStW* 67, pp. 45 y ss.; BEITRÁGE, p. 56).

1. El elemento cognitivo (o intelectual) del dolo. ¿Qué debe haber sabido el autor para que pueda afirmarse que obró dolosamente? Esta es la pregunta que debe responder la teoría sobre el elemento cognitivo del dolo. Se trata, entonces de saber qué debe haber conocido el autor en el momento de la realización del tipo penal (es decir, del supuesto de hecho prohibido) para que esta sea considerada como la forma más grave de lo ilícito. En principio parece claro que lo mínimo que el autor debe haber conocido es la realización del tipo, o sea: *debe haber tenido conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo*. Por ejemplo: debe haber sabido que su acción se dirige contra una persona y que va a causarle la muerte; sólo bajo este mínimo de condiciones podrá decirse que el autor *sabía* que mataba a otro. Sobre esto hay acuerdo.

Dolo y conciencia de la punibilidad. Asimismo hay acuerdo sobre la innecesaria —a los efectos del dolo— del *conocimiento de la punibilidad*. El autor no necesita haber obrado con conciencia de la punibilidad de la acción que realiza para que pueda sostenerse que obró con dolo. El que ignora que la usura es punible y sabiéndolo realiza un hecho usurario obra con dolo. Otra conclusión debería llegar probablemente MIR PUIG, *Función de la pena*, 2a. ed., P- 44).

Dolo y conciencia de la antijuricidad. Por el contrario no hay acuerdo respecto a si el dolo requiere que el autor haya *conocido que su hecho era antijurídico*. Aquí se dividen los puntos de vista.

En la *teoría española* la opinión dominante responde afirmativamente y exige el conocimiento de la antijuricidad (confr. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pp- 206 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal*, p. 257; QUINERO OLIVERA, *Introducción*, p. 120; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, p- 441; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, pp. 359 y ss. y *Tratado*, VI, núm's 1732 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, III, pp. 157 y ss.; DEL ROSAL, *Tratado*, n, p. 147). Por el contrario, otro punto de vista entiende que la conciencia de la antijuricidad *no* es elemento del dolo (CEREZO MIR, *Curso*, pp' 418 y ss.; CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, 1962, pp. 130 y ss. y en notas al *Tratado* de MAURACH, I, pp. 301 y ss.)- La discusión se ha desarrollado sobre la base de la interpretación de las expresiones "voluntarias" (art. 1º, primer párrafo de la antigua redacción de C.P.), en relación con las voces "malicia" e "intencionadamente" contenidas en el art. 565 del Código Penal. Esta discusión se desarrolló dentro de los límites del *método gramatical* es decir, procurando definir la extensión del concepto de dolo según el *uso* dado en la ley a las palabras en cuestión, sobre el resultado de esa polémica cabe hacer las siguientes consideraciones:

a) La expresión "*voluntarias*" puede entenderse tanto como dependiente del conocimiento de la antijuricidad como sólo del conocimiento de la realización del tipo objetivo;

b) La expresión "*malicia*" puede entenderse como haciendo referencia al conocimiento de la antijuricidad, pero no tiene *necesariamente* que significar que esta debe incluir *en sí mismo* concepto que la voluntad de realizar el tipo: puede entenderse como la exigencia de conocimiento de la antijuricidad en tanto presupuesto de la pena *pero sin necesidad de ser elemento del dolo*; en el contexto del art. 565 nada impide que con ella se esté haciendo referencia a la *culpe iuris*, mientras que las restantes formas de imprudencia punible están definidas en el resto del artículo (la expresión "con infracción de los reglamentos" es también susceptible de interpretación y su sentido no es inequívoco)!

c) La expresión "*intencionadamente*" no tiene por qué significar nada más claro que las restantes alocuciones discutidas; en el contexto del último párrafo de art. 565 del Código Penal hace referencia a la pena del delito *no* culpable pero no define el dolo;

d) La definición del dolo como "voluntad jurídicamente desaprobada" (DEL ROSAL, *Tratado*) por la teoría, deja abierta la cuestión de *cuándo* la voluntad es jurídicamente desaprobada, es decir, de si el conocimiento de la desaprobación es condición de la misma;

e) En un marco puramente gramatical no parece haber argumentos decisivos para aclarar la cuestión.

Por tanto, es preciso recurrir a otro tipo de argumentos que, de todos modos, no han estado ausentes en la discusión sobre el concepto de dolo en el Código Penal español, antes de la reforma introducida por la L. O. 8/1983, de 25 de junio, aunque nunca fueron suficientemente expresos. En realidad, si los argumentos gramaticales no son decisivos, ello quiere decir que la cuestión del contenido de la voluntad que debe considerarse dolosa puede ofrecer más de una solución. La adopción de una de estas soluciones depende de los resultados prácticos a que conduzca la definición del dolo en materia de error sobre la antijuricidad. Como el Código español no determinaba, cuál era el sistema del error sobre la antijuricidad en forma indubitable la dogmática debía llenar este vacío. En otras palabras: si el sistema del error sobre la prohibición no surge del concepto de dolo, entonces deberá surgir el concepto de dolo del sistema del error. En verdad, esto ha sido lo que la teoría ha procurado hacer, respaldando las conclusiones a que cada posición ha llegado en materia de error en alguna interpretación posible de los *textos* legales.

La situación dogmática española ha cambiado a partir de la nueva redacción introducida para el art. 1 del Código Penal por la L. O. 8/1983, de 25 de junio, que remplazó la expresión "voluntarias" por "*dolosas o culposas*". La exposición de motivos dice, no sin ingenuidad, que "con ello se pretende, de un lado, resolver la equivocidad de la referencia a la voluntariedad en el modo en que lo hace el texto actual". Pero la expresión "dolo" no es menos equívoca que "voluntarias". Por ello, lo que en realidad motiva una transformación de la situación legislativa, y una posibilidad de introducir mayor claridad en lo referente al concepto de dolo, es el nuevo art. 6° bis a) que regula el error, tema al que la exposición de motivos, inexplicablemente no ha dedicado ni una frase (!).

En efecto, el art. 6° bis a) en lo sucesivo permitirá, o debería permitir, una interpretación del concepto de dolo en el art. 1° del Código Penal español. Lamentablemente el art. 6° bis a) no constituye una disposición afortunada, sino todo lo contrario. En principio, la nueva disposición sobre el error quiere distinguir entre el *error de tipo*, es decir el error sobre circunstancias de tipo penal, *del error sobre la licitud* (o sea sobre la antijuricidad). El primero *excluye* la responsabilidad por el delito doloso si es *invencible* (inevitable) y deja subsistente la culposa si fuere *vencible* (evitable). Por su parte el error sobre la licitud *excluye* la responsabilidad criminal *si es invencible* y determina una atenuación de la pena del delito doloso según el art. 66 del Código Penal español, si es *vencible*.

De aquí se deduce que el error sobre la licitud (sobre la antijuricidad) no excluye el dolo, pues el hecho se castiga con la pena del delito doloso, aunque atenuada, y no con la del delito culposo, como ocurre en el error de tipo. Por lo tanto, *el dolo no incluye la conciencia de la antijuricidad en el Código Penal español*.

La discusión sobre si el dolo se integra también por la conciencia de la antijuricidad es una constante en *la ciencia penal argentina*. La discusión consiste en lo siguiente:

a) Un grupo de autores (sobre todo NÚÑEZ, *Manual*, pp. 227 y ss.) piensa que la base legal de la definición del dolo es el art. 34, inc. 1º y que este, al hablar de "error o ignorancia de hecho no imputable" que impida "comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones" de acuerdo con tal comprensión, es incuestionablemente una decisión en favor de un concepto de dolo integrado por la conciencia de la antijuricidad (NÚÑEZ, *loe. cit.*, p. 228; asimismo HERRERA, *El error en materia penal*, 1971, p. 112).

b) El punto de vista contrario (BACIGALUPO, *Tipo y error*, 1973; ALBERTO CAMPOS, *Derecho penal*, 1980, p. 216) sostiene que el art. 34 inc. 1º del Código Penal no determina el concepto del dolo y que el contenido de este depende de lo que establezca el Código respecto del error de prohibición o sobre la antijuricidad. En este sentido, el art. 35 (referente al exceso en la justificación) debe entenderse como una regla referente al error sobre la antijuricidad que demostraría que este *no* excluye el dolo. Contra el argumento del art. 34, 1º se sostiene que el "error de hecho" *también* excluye la conciencia de la antijuricidad (el que no sabe que dispara sobre un hombre no puede representarse que infringe la prohibición del homicidio) (ver BACIGALUPO, en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1974, núm. 5, pp. 47 y ss.; ver también ARNOLDO A. GIMÉNEZ, *En torno del Código Penal al art. 35* y ZAFFARONI, *Teoría del delito*, 1973, p. 500) y que ello nada dice respecto a la exigencia del conocimiento de la antijuricidad en el concepto de dolo. Con fundamentos distintos comparte esta posición también ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, pp. 340 y ss. (sobre la polémica en torno a este problema, ver SANCINETTI, en *Nuevo Pensamiento Penal*, 1976, núms. 10-11, pp. 267 y ss.).

El nuevo Código Penal colombiano define, a diferencia del español y el argentino, el dolo en el art. 36. La teoría entiende que esta disposición debe entenderse en el sentido de un concepto de dolo que contenga la conciencia de la antijuricidad (así REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, p. 305; ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, p. 312; probablemente también Luis CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, p. 267). Sin embargo, el texto del Código no es tan preciso. En primer lugar porque el art. 36 sólo habla del conocimiento del *hecho* punible. En segundo lugar porque si el dolo requiriera la conciencia de la antijuricidad, el art. 40, num. 3º *no* exigiría para la exclusión de la culpabilidad que el error sobre la justificación fuera *invencible*: si la conciencia de la antijuricidad es elemento del dolo, este *no se da* cuando ella falte *sea o no vencible esa falta*, pues —como es claro— siempre faltará un elemento del dolo. En tercer lugar, porque el art. 30 al regular el exceso establece una regla que

se refiere a un caso de error vencible de prohibición en el que la pena aplicable es la pena del delito *doloso*, aunque atenuada, *pero no la del delito culposo*: ello demuestra que un error sobre los límites de la justificación (error sobre la antijuricidad) *no excluye el dolo* como debería hacerlo si la conciencia de la antijuricidad fuera elemento del dolo.

Por lo tanto, el concepto del dolo limitado al conocimiento del tipo objetivo es compatible con los diversos códigos penales a los que nos estamos refiriendo (en el caso de los códigos de México y Venezuela lo problemático es la admisión de la conciencia de la antijuricidad como presupuesto *de la pena*).

Momento y modo del elemento cognitivo del dolo. El elemento cognitivo del dolo debe darse en el *momento de la comisión del hecho* y debe ser un conocimiento *actual*, es decir presente. No importa, y es insuficiente para acreditar el dolo, que el autor, con anterioridad a la realización del hecho, haya sabido por ejemplo que en el lugar donde ahora cree que hay una liebre, sobre la que quiere disparar, había otra persona. Si en el momento del disparo creyó que lo hacía sobre una liebre *no habrá dolo*. Naturalmente que ello no implica nada todavía sobre la eventual responsabilidad culposa, cuyo análisis presupone la ausencia de dolo.

El modo de conocimiento de los elementos del tipo objetivo depende, en cierto sentido, de la naturaleza de estos elementos. El conocimiento de los *elementos descriptivos del tipo* requiere, como es claro, que estos hayan sido percibidos por los *sentidos* del autor.

Los elementos *normativos*, por el contrario, no se captan por los sentidos, sino que se comprenden en su significación. El concepto de "documento" no se puede identificar con la percepción sensorial del papel en el que se hacen constar las cláusulas de un contrato. El autor debe tener conciencia de que se trata de un instrumento destinado a probar una relación jurídica determinada. Este conocimiento no debe ser técnico-jurídico; de lo contrario sólo los juristas (y como alguien dijo, sólo algunos) podrían obrar con dolo. Se trata de lo que ha dado en llamarse "*conocimiento paralelo en la esfera del lego*". Otros elementos normativos que no implican una referencia a un concepto jurídico como, por ejemplo "el pudor o las buenas costumbres", (Código Penal español art. 431); "mujer honesta" (Código Penal argentino, art. 120); "persona honesta", (Código Penal colombiano, art. 308); "escándalo público", (Código Penal venezolano, art. 381) "pudor" (Código Penal mexicano, art. 261) se denominan "*empírico-culturales*" y requieren una *valoración por parte del autor*.

En algunos casos estos elementos presentan serias dificultades para distinguir el conocimiento de los elementos del tipo del de la antijuricidad del hecho; por ejemplo, en el escándalo público del art. 434 del Código Penal español es altamente difícil establecer si el que entiende *no* ofender el pudor o las buenas costumbres pero sabiendo qué acto realiza, tiene conocimiento de los elementos del tipo pero carece de conciencia de la antijuricidad (de la prohibición) o si ya falta el conocimiento de los elementos del tipo que pertenece al dolo.

Se trata de elementos (*elementos de valoración total*) que tienen una doble faz: "por un lado describen el hecho, pero por otro alojan en sí, al mismo tiempo, un juicio sobre la antijuricidad" (ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1970, p. 82). Aquí es preciso distinguir si el autor ha tenido conocimiento del significado del hecho para el pudor sin que importe el conocimiento por el autor del carácter de prohibido de la acción. Por ejemplo: si el autor sabe que un determinado tocamiento de una parte del cuerpo de una mujer es percibido, en general, como un atentado al pudor se habrá cumplido con la exigencia del conocimiento de los elementos del tipo objetivo; si el autor no reconoció este carácter a su acción (lesiva del pudor) faltará el conocimiento necesario para el dolo (confr, además STRATENWERTH, núm. 343).

En general se puede decir que en la realización de un hecho típico el autor no dirige su conocimiento a todas las circunstancias del tipo con igual intensidad. Por ejemplo: el art. 506 establece una agravación del robo cuando este "se verifcare en casa habitada o edificio público, o destinado al culto"; en estos casos estamos en presencia de un tipo agravado del robo y la referencia al lugar es un elemento de este tipo agravado que, consecuentemente, debe ser alcanzado por el elemento cognitivo del dolo (es decir, conocido por el autor); el autor tiene en el centro de su conciencia aquello a lo que dirige primariamente su atención (el apoderamiento de la cosa y la fuerza que ejerce para lograrlo), mientras que la circunstancia de que su acción se lleva a cabo en un "*casa habitada*" o "*destinada al culto*" sólo entra en su atención en forma secundaria, es decir, en un contexto inmediato, pero al margen del foco principal de su atención. Este conocimiento, caracterizado por estar *inmediatamente implícito en el contexto de la acción*, aunque fuera del foco principal de la atención en el momento del obrar, es suficiente para el dolo respecto de las circunstancias típicas acompañantes del hecho y que operan como agravantes. Para esta forma de conciencia o conocimiento del dolo se ha impuesto el nombre de co-conciencia (BACIGALUPO, *Lincamientos*, p. 49) o de conciencia acompañante (CEREZO MIR, *Curso*, p. 428). En todo caso se trata de un concepto cuya elaboración se debe a PLATZGUMMER (*Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 81 y ss.)

Es claro que los elementos objetivos de las circunstancias *agravantes*, dado que integran el tipo objetivo (sean *genéricas*, Código Penal español, art. 10, o *específicas*, por ejemplo Código Penal español, art. 506), deben ser conocidos por el autor (Confr. CEREZO MIR, *Curso*, p. 426).

2. El error de tipo (aspecto negativo del elemento cognitivo del dolo). Como vimos, el dolo requiere conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Este conocimiento falta cuando el autor desconoce la existencia de alguno de los elementos del tipo objetivo. El desconocimiento puede provenir de error o ignorancia, es decir, de un conocimiento falso o de la falta de conocimiento.

Si el autor ha realizado el tipo por error se excluye su responsabilidad por el delito doloso, sea que este error provenga de su descuido (haya sido evitable mediante un actuar diligente), sea que dicho error no hubiera podido superarse actuando más diligentemente. Sin embargo, cuando el error hubiera podido evitarse con un comportamiento diligente (cuidadoso), quedará abierta la cuestión de la responsabilidad *culposa*: si la realización de ese tipo es punible en su forma culposa y si se dan los elementos que caracterizan la realización culposa del tipo.

En particular, se presentan como problemáticos algunos casos.

En primer lugar trataremos el problema del conocimiento del *desarrollo del suceso que conduce al resultado*, o, en la terminología clásica, del "*error sobre el nexo causal*". En los delitos de resultado el autor debe tener conocimiento del peligro que su acción representa para el bien jurídico y de que ese peligro concreto, según su conocimiento, se traducirá en una lesión de ese objeto de la acción. Esto quiere decir que el autor debe haberse representado un determinado desarrollo del suceso que debe *coincidir en lo esencial* con el que realmente se produce como consecuencia de la acción. Es decir, en los delitos de resultado el dolo requiere una coincidencia esencial entre la representación del suceso y el suceso tal cual se ha desarrollado. Ejemplo: A quiere matar a B en forma instantánea mediante un disparo con arma de fuego; B muere, sin embargo, después de varias horas de agonía. En lo *esencial* hay coincidencia entre lo que A se representó y lo que realmente ocurrió a pesar de que la muerte no ocurrió en el mismo momento que A pensó que ocurriría. Por lo tanto: *no* se exige una coincidencia *total*, que sería imposible, entre la representación y lo acaecido, sino solamente una coincidencia *esencial*, es decir que pueden diferir en circunstancias secundarias (doctrina uniforme).

De esto se deduce que será de apreciar un error de tipo, *un error sobre el desarrollo del suceso* (o del nexo causal) cuando entre la representación del autor y el suceso acaecido hay una *divergencia esencial*. El dolo exige *coincidencia* esencial y se excluye por *divergencia* esencial. La divergencia es esencial cuando el resultado tiene lugar fuera del marco dentro del cual se puede considerar que entre acción y resultado existe una relación de *adecuación* (es decir que todo resultado adecuado a la acción conscientemente realizada es *doloso*; confr. WELZEL, *Lehrbuch*, p. 73). Este punto de vista introduce en el nivel del dolo la teoría de la causalidad adecuada como un correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Una tendencia cada vez más firme ve en estos casos, que tradicionalmente han sido tratados —como lo hemos expuesto— como cuestiones de error de tipo, sólo un problema de *imputación objetiva*: se trata de establecer si el resultado es o no la concreción del peligro causado por la acción; si el resultado no representa la concreción de ese peligro (lo que ocurrirá cuando la desviación sea *esencia*), faltará la imputación objetiva y, por tanto, ya no será necesario entrar en la cuestión del dolo. La teoría tradicional de la equivalencia de las condiciones se veía obligada a resolver estos casos en el plano del conoci-

miento del tipo objetivo (ver RUDOLPHI, *SK StGB*, § 16, 31; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 250; JAKOBS, *Studien*, pp. 91 y ss.; STRATENWERTH, núm. 276; WOLLTER, en *ZStW* 89, 1977, pp. 649 y ss.). En verdad, como lo destaca STRATENWERTH, (*loe. cit.*) en la práctica no hay diferencias en los resultados, sino en el orden lógico del tratamiento de los problemas.

En consecuencia: si es posible afirmar la imputación objetiva del resultado, el autor habrá obrado con el conocimiento del desarrollo del suceso exigido por el dolo toda vez que dicho resultado aparezca como un resultado adecuado a la realización de su acción. Es decir, se requiere que según su experiencia, el resultado producido sea una de las formas posibles de acabar el suceso alcanzándose la meta que el autor se ha propuesto. Ejemplo: en el caso del que arroja a otro desde un puente al río para que el otro muera ahogado y este muere como consecuencia del golpe que se da contra uno de los pilares del puente, el resultado es objetivamente imputable pues se concreta en él uno de los riesgos representados por la acción y puede afirmarse también la existencia de dolo respecto de él, porque este riesgo de la acción está ya contenido en la experiencia del autor y, por lo tanto, es *sabido* por él. Sin embargo, *no habría dolo*, si la meta de la acción del autor no era el resultado objetivamente imputable, sino un resultado distinto. Ejemplo: A quiere arrojar a D al agua para hacerle una broma, y B al caer golpea su cabeza en el borde de la piscina, muriendo a consecuencia de ello (otro punto de vista MAURACH-SCHROEDER, *BT*, I, p. 328 que estiman en el primer caso solo tentativa de homicidio en concurso con homicidio culposo; como aquí: STRATENWERTH, núm. 278; WOLLTER, *loe. cit.*, p. 675: "el autor ha infringido totalmente la norma, es decir, ha llevado a los hechos, en forma consciente y total, un plan que, según su concepto (y también desde un punto de vista objetivo), contiene la adecuada producción de un riesgo del resultado". El resultado es objetivamente imputable, pero no doloso.

En segundo lugar cabe tratar el problema de *error in persona nel objeto*. La opinión dominante estima que este error no es relevante y no determina la exclusión del dolo. Se trata en verdad de un error sobre la identidad de la persona: el autor quiere apoderarse de una cosa perteneciente a X y se apodera de una cosa que es propiedad de Y, es decir, quiere una cosa ajena y se apodera de una cosa ajena: dolo; el autor quiere matar a B y mata a C porque lo confunde con B, es decir, quiere matar a otro y mata a otro. Este error es irrelevante cuando los objetos tienen el carácter de intercambiables. Si el autor quiere matar a otro pero mata a su padre (Código Penal argentino, art. 80, 1°; Código Penal colombiano, art. 324, 1°; Código Penal español, art. 405; Código Penal mexicano, art. 323; Código Penal venezolano, art. 408, 3° a) el error excluirá el dolo de parricidio y dejará subsistente el de homicidio (en España la jurisprudencia admitirá *parricidio culposo* si el error era producto de la falta de diligencia del autor, tesis que es consecuencia de considerar al parricidio un delito *sui generis*; en contra de la jurisprudencia QUINTANO-GIMBERNAT, I I (1972), pp. 172 y ss.; DEL ROSAL-COBO-RODRÍGUEZ MOURULLO, I, pp. 172 y ss; en favor de la jurisprudencia RODRÍGUEZ

DEVESA, *Derecho penal*, Parte especial p. 53, nota 20; indeciso MUÑOZ CONDE, p. 36). El hecho deberá castigarse, entonces, como *homicidio doloso* (Código Penal argentino, art. 79; Código Penal colombiano, art. 323; Código Penal español, art. 407; Código Penal mexicano, arts. 302 y 307; Código Penal venezolano, art. 407).

En tercer lugar se hará referencia al problema de la *aberratio idus*, es decir, al supuesto en que el autor, queriendo producir un resultado determinado, da con su acción sobre un objeto distinto del que quiere alcanzar. Ejemplo: A quiere matar a B y dispara sobre este, pero da muerte a C. La opinión dominante estima que la acción *querida* por A no ha alcanzado su resultado y que por lo tanto no ha sido consumada y debe apreciarse sólo tentativa respecto de B y homicidio culposo consumado respecto de C (en concurso ideal). Otro punto de vista, minoritario, entiende que A quiso matar a otro y mató a otro, luego, habría sólo un homicidio doloso consumado (es decir, no distingue entre la situación de la *aberratio ictus* y el *error in persona nel objeto*). (Así, por ejemplo: WELZEL, *Lehrbuch*, p. 73). Las soluciones son extremadamente dudosas. La opinión mayoritaria piensa que no es posible hablar aquí de un dolo de matar a otro que se ha concretado en la muerte de C. La opinión minoritaria estima, por el contrario, que la muerte de C se da dentro del marco de lo que la experiencia demuestra como posible concreción del peligro de la acción; por lo tanto: no sólo imputación objetiva sino también dolo (conocimiento del desarrollo del suceso suficiente para el dolo). Este último punto de vista merece aprobación (otro punto de vista BACIGAI UPO, *Lineamientos*, p. 55).

En cuarto y último lugar se deben tratar los casos de *dolus generalis* que la teoría considera también problemáticos. Ejemplo: A quiere matar a B; lo golpea hasta que cree que este ha muerto; luego echa a un río lo que él tiene por el cadáver de B, con el objeto de hacerlo desaparecer; posteriormente se comprueba que B ha muerto ahogado y que en el momento de ser arrojado al agua aún vivía. En este supuesto se sostiene que: en el momento en que el autor quiere (obra con dolo) el resultado de muerte este resultado no le es imputable a la acción porque *aún no* ha ocurrido; cuando el autor produce el resultado y este le es imputable objetivamente, no obra con dolo (pues no quiere matar a quien ya cree muerto) (confr. STRATENWERTH, núm. 279). Si se considera que hay *dos* acciones diferentes habrá que admitir en la primera tentativa y en la segunda homicidio culposo. Por el contrario, si se estima que sólo hay *una* acción, cubierta por un *dolo general* de producir la muerte, habrá homicidio doloso consumado (así WELZEL, *Lehrbuch*, p. 74). La primera solución merece preferencia (así la doctrina dominante). La cuestión depende de si el autor al realizar la primera parte del hecho ya había tomado la decisión de realizar la segunda parte del mismo: en este caso habrá una sola acción y un sólo hecho consumado. Si por el contrario, la decisión es posterior habrá dos acciones, una de tentativa en la primera parte del hecho y otra de homicidio culposo en la segunda (confr. STRATENWERTH, núms. 281 y ss.). En este caso, es decir, admitidas *dos* acciones, no es posible imputar a la primera un resultado que no se produjo.

El caso inverso también es discutido: se trata del que en una acción preparatoria para la realización del resultado, ya lo produce. Ejemplo: el médico que piensa matar al enfermo durante una intervención quirúrgica, pero lo produce ya la muerte —aunque no lo sabe al inyectarle la anestesia. WELZEL piensa que este resultado se ha producido dolosamente si es adecuado a la acción (*Lehrbuch*, p. 74; igualmente STRATENWERTH, núm. 282; RUDOLPHI, *SK StGB*, § 16, 34). Si el resultado es objetivamente imputable al acto que lo produjo, el carácter doloso, teniendo en cuenta la decisión del autor de producirlo, no podrá cuestionarse.

3. El elemento volitivo del dolo. Las formas del dolo. Con el conocimiento de los elementos del tipo objetivo sólo se cumple con el primero de los elementos del dolo. Además de conocimiento, el dolo requiere que el autor haya *querido la realización del tipo*. Las diversas respuestas que se pueden dar a la pregunta referente a cuándo el autor quiso el resultado, dan lugar a la configuración de tres formas diferentes del dolo: el dolo directo, el dolo de consecuencias necesarias (indirecto) y el dolo eventual.

Dolo directo es la forma del dolo en la que el autor quiere el resultado como meta de su acción y tiene seguridad de que el resultado que se representa se producirá como consecuencia de su acto. Ejemplo: el autor tiene por meta de su acción la muerte de otro y sabe que esta se producirá seguramente cuando la víctima ingiera la dosis de veneno que él ha mezclado en su comida.

Dolo de consecuencias necesarias (o dolo indirecto o dolo directo de segundo grado), en realidad, es sólo una variante del anterior. El autor sabe que alcanzar la meta de su acción importa necesariamente (con seguridad) la producción de otro resultado, que inclusive puede serle indiferente o no desear. Ejemplo: el autor quiere matar a *B* poniendo en su coche una bomba que explotará durante el trayecto y que matará también seguramente al chofer *C*. La muerte de *B* se ha producido con dolo directo (es la meta del autor), mientras que la de *C* se ha producido con dolo de consecuencias necesarias (es una consecuencia de la acción querida por el autor).

Dolo eventual. En este supuesto el autor se representa la realización del tipo como posible. Ejemplo: el autor piensa que es posible que la mujer con la que va a yacer tiene menos de doce años, es decir, que yaciendo con ella realizaría el supuesto de hecho del tipo de violación (Código Penal argentino, art. 119, inc. 1º; Código Penal colombiano, art. 303, hecho que en este Código se designa como acceso carnal abusivo con menor de catorce años; Código Penal español, art. 429, 3º; Código Penal mexicano, art. 226; Código Penal venezolano, art. 375, 1º).

Sin embargo, el concepto de dolo eventual requiere algo más que la representación de la posibilidad de la realización del tipo penal. En qué consiste este plus, es cuestión discutida en la teoría y en la práctica.

Según la *teoría de la probabilidad* habrá dolo eventual cuando el autor se represente la posibilidad de la realización del tipo como *probable* (es decir, con un grado alto de posibilidades). Ejemplo: el autor piensa que es muy

probable que la víctima tenga menos de doce años; la realización del tipo será, por lo tanto, querida. En contra de esta teoría se sostiene que lo decisivo es que el autor haya tomado una decisión de realizar un hecho que implique la lesión de un bien jurídico y que la representación de la probabilidad de realización del tipo no es suficiente para acreditar esa decisión cuando el autor, aunque sea temerariamente y a pesar de la representación de la probabilidad, piensa que "de todos modos el resultado no se producirá", (confr. ROXIN, *Strafr. Grundlagenprobleme*, pp. 209 y ss.; RUDOLPHI, *SK StGB*, § 16, 41; JAKOBS, *Studien*, pp. 118 y ss.; STRATENWERTH, núm. 306; en favor de la teoría de la probabilidad en España: GIMBERNAT, *Estudios...*, pp. 139 y ss.). Asimismo, resulta poco convincente el resultado a que conduce la teoría de la probabilidad cuando el autor produce el resultado que quiere obtener con medios que hacen improbable alcanzarlo (ejemplo el mal tirador, que a gran distancia y apuntando mal, de todos modos da en el blanco y mata al que quería matar) (ver OTTO, *Grundkurs*, p. 96).

Desde el punto de vista de la *teoría del asentimiento*, el autor, además de haberse representado la posibilidad de la realización del tipo, debe haber asentido interiormente la realización de la misma; para ello, es suficiente que haya mostrado indiferencia frente a la lesión del bien jurídico (a la realización del tipo) (teoría dominante en España; sin embargo, ver CEREZO MIR, *Curso*, p. 442). Contra esta teoría se elevan fundamentalmente críticas referentes a las dificultades de prueba que genera (confr. OTTO, *Grundkurs*, p. 97; QUINTERO OLIVARES, p. 169). Por otra parte, se objeta que lo esencial es si el autor tomó o no una decisión contra un bien jurídico y esta teoría responde por los motivos que tuvo el autor y no por la decisión en sí misma.

La teoría que aparece en la actualidad como menos objetable es la que estima dolo eventual cuando el autor "toma seriamente en cuenta la posibilidad de la lesión del bien jurídico, es decir, cuenta con ella y se conforma con la misma" (RUDOLPHI, *SK StGB*, § 16, 43 y la teoría dominante: BOCKELMANN, pp. 86 y ss.; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 240; WELZEL, *Lehrbuch*, pp. 68 y ss; ROXIN, *loe. cit.*; STRATENWERTH, núm. 308; un punto de vista cercano, pero mucho más amplio, pues estima suficiente que el autor "cuenta con la posibilidad de la realización del tipo", es el de CEREZO MIR, *Curso*, p. 447).

El criterio jurisprudencial español es calificado por GIMBERNAT de confuso: "Unas veces se acude a la doctrina de la probabilidad (T.S., 2.12.67; 28.6.71; 28.10.71) y otras a la del consentimiento (T.S., 21.11.62; 16.6.76; 20.4.77)".

Afirmada la existencia de dolo eventual no cabe aplicar sino la pena del delito doloso (otro criterio, RODRÍGUEZ MUÑOZ, en *Notas*, n, pp. 181-182; en contra, GIMBERNAT, *Introducción*, p. 46).

En algunos delitos se afirma en la doctrina española que cuando el texto legal requiere realizar la acción "*a sabiendas*" (ejemplo: Código Penal español, art. 351: prevaricato) debe excluirse la posibilidad de la comisión del delito con dolo eventual (confr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte especial, 3ª ed., p. 660; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*. Parte especial, p. 1000;

otra opinión, sin embargo, OCTAVIO DE TOLEDO, "La prevaricación del funcionario público", 1980, pp. 364 y ss.).

Este punto de vista prescinde de que "a sabiendas" hace referencia al elemento cognitivo o intelectual y no al volitivo del que depende el dolo eventual: también el que obra con dolo eventual debe saber de la existencia de los elementos del tipo.

No podrá admitirse dolo eventual, por el contrario, cuando el Código requiera que la acción se haya realizado de propósito (por ejemplo, arts. 418 y 419 del Código Penal español).

Entre los Códigos que son objeto de esta exposición sólo el Código Penal colombiano procura una definición del dolo eventual en su art. 36. De acuerdo con este, habría dolo eventual si el autor ha previsto como posible la realización del hecho punible y la ha aceptado. Se trata de una definición que permite suficiente amplitud interpretativa, pues requiere que se precise qué significa "aceptar". En la teoría colombiana se ha entendido que hay aceptación según el criterio de la teoría de la probabilidad (así, por ejemplo, ALFONSO REYES E. p. 307; Luis CARLOS PÉREZ, p. 276), pero también de acuerdo con el criterio de la teoría del asentimiento (confr. ESTRADA VÉLEZ, p. 322). "Aceptar" se puede definir sin dificultad alguna en el sentido que hemos adoptado más arriba.

bb) *Los especiales elementos subjetivos de la autoría.* El disvalor de acción del delito doloso, que brinda la materia del tipo subjetivo de estos ilícitos penales, puede no agotarse en el dolo. En ciertos casos se requiere que, además del conocimiento y voluntad de la realización del tipo, el autor haya realizado el hecho típico con una determinada *intención*, una determinada *motivación* o un determinado *impulso* (confr. CEREZO MIR, *Curso*, pp. 408 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, p. 47; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, pp. 254 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, p. 391; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTON, *Derecho penal*, n. p. 65; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 255; POLAINO NAVARRETE, *LOS elementos subjetivos de lo injusto en el Código Penal español*").

La aparición en el momento de la tipicidad de elementos subjetivos de esta naturaleza corresponde a un desarrollo de la ciencia jurídico-penal alemana (confr. JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 253 y ss. con referencias histórico-dogmáticas), e introducida en la ciencia hispanoparlante por JIMÉNEZ DE ASÚA (*loe. cit.*) es compartida en forma prácticamente unánime (ver GIMBERNAT, *loe. cit.*).

En un primer supuesto estos elementos subjetivos consisten en una *intención especial*. En este caso se trata de una meta perseguida por el autor que está más allá de la realización del tipo objetivo. Ejemplo: en el delito de injurias (Código Penal argentino, art. 110; Código Penal colombiano, art. 313; Código Penal español, arts. 457 y ss.; Código Penal mexicano, art. 348; Código Penal venezolano, art. 444) no es suficiente con que el autor haya proferido, sabiéndolo, expresiones cuyo contenido sea idóneo para desacredi-

tar o deshonrar a otro; es preciso que además haya dirigido su voluntad al fin ulterior de querer lesionar el honor (*animus injuriandi*); en el delito de falsificación de documentos (Código Penal argentino, arts. 292 y ss., Código Penal colombiano, arts. 218 y ss.; Código Penal español, arts. 302 y ss.; Código Penal mexicano, arts. 243 y ss.; Código Penal venezolano, arts. 317 y ss.) no sólo se requiere que el autor haya sabido y querido falsificar el documento, sino que, además, lo haya hecho con intención de engañar. Lo que diferencia estas intenciones especiales del dolo directo es que constituyen objetivos relevantes para lo ilícito penal aquellos que el autor quiere alcanzar *mediante* la realización del tipo, mientras que en el dolo directo el único fin relevante para el derecho penal es la realización del tipo. Ejemplo: no es relevante para lo ilícito del homicidio que el autor haya matado a la víctima *para* privar de un buen elemento a una empresa competidora.

En otros casos la ley requiere un *especial motivo* del autor, lo que es difícilmente diferenciable de una especial intención (STRATENWERTH, núm.; 325). Ejemplo: Código Penal español, art. 406, 2º; Código Penal argentino, art. 80, 3º; Código Penal colombiano, art. 324, 4º; Código Penal mexicano, art. 315: "motivos depravados"; Código Penal venezolano, art. 408, 1º).

ce) *Elementos del ánimo*. La teoría distingue estos especiales elementos subjetivos de la autoría de los llamados *elementos del ánimo o de la actitud*. Como ejemplo de ellos se mencionan el elemento "alevoso" en el asesinato (Código Penal argentino, art. 80, 2º; Código Penal colombiano, art. 324, 7º; Código Penal mexicano, art. 315; Código Penal venezolano, arts. 408 y 77, 1) o la "crueldad" (Código Penal argentino, art. 80, 2º; Código Penal colombiano, art. 324, 6º; Código Penal español, art. 406, 5º; Código Penal mexicano, art. 315; Código Penal venezolano, art. 77, 4º).

Las definiciones dadas en la teoría difieren sustancialmente. Mientras STRATENWERTH piensa que se trata de un "juicio de valor general sobre el conjunto del suceso exterior e interior, de la situación de la acción y de los fines de la acción" (núm. 322; similar WELZEL, *Lehrbuch*, p. 79), JESCHECK estima que "no consisten en un juicio de valor ético-social, sino en el aspecto subjetivo de elementos especiales de lo ilícito" (*Lehrbuch*, p. 257). Por su parte, SCHMIDHÄUSER (*Strafrecht*, p. 246 y ss.) distingue en estos elementos, unos que sólo modifican la culpabilidad y otros que ya modifican lo ilícito. Se trataría, a su juicio, de "elementos del hecho punible, que denotan directamente un comportamiento contrario a los valores morales del autor en relación al hecho ilícito". Se trataría de la lesión de un valor que se suma a la del bien jurídico.

d) *Problemas especiales de la subsunción*

aa) *La adecuación social*. Un comportamiento *formalmente* adecuado a un tipo penal no se debe considerar típico si resulta ser *socialmente* adecuado, es decir, si no contradice "el orden de la vida social tal como este se ha configurado históricamente" (confr. WELZEL, *Lehrbuch*, p. 55).

Si la realización del tipo penal debe importar la lesión de una norma, es decir, un comportamiento socialmente reprochable, no realizarán el tipo aquellos que consisten en modos de conducta socialmente habituales y tolerados. Ejemplos: el marido tiene relaciones sexuales con su esposa en la esperanza de que esta quede embarazada y muera en el parto: si la mujer realmente muere estarían dados aparentemente todos los elementos de un homicidio calificado por la relación personal; el sobrino induce al tío, en la esperanza de un accidente que le produzca la muerte y le permita heredarlo, a realizar viajes en avión: también aquí si se produce un accidente aéreo en el que el tío muriera se habrían dado aparentemente todos los elementos del homicidio. Sin embargo, las acciones del marido y del sobrino son socialmente adecuadas y, por lo tanto, no deberían realizar el tipo penal.

La opinión dominante considera que la adecuación social contiene, en realidad, una *regla interpretativa* (confr. JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 203; HIRSCH, en *ZStW*, 1962, pp. 78 y ss.; STRATENWERTH, núms. 337 y ss.). Este punto de vista significa, en la práctica, que aunque aparezcan dados todos los elementos del tipo penal es posible excluir estos hechos del derecho penal *aunque no haya una causa de justificación expresa*. De lo contrario, habría que admitir la adecuación típica y al no existir una causa de justificación ni circunstancias que excluyan la culpabilidad, habría que aplicar la pena.

Otro punto de vista piensa, por el contrario, que la adecuación social es una *causa de justificación*. Por lo tanto, que opera como una disposición permisiva y que por consiguiente no afectaría a la subsunción de la acción bajo el tipo penal, sino a la antijuricidad.

En la práctica ambos puntos de vista conducen a soluciones similares, sobre todo, porque la primera estima que el error sobre la adecuación social es un error de prohibición (confr. WELZEL, *Lehrbuch*, p. 168). De todos modos es preferible el primer punto de vista toda vez que es consecuencia de una concepción según la cual la infracción de la norma requiere no sólo peligro para el bien jurídico sino un peligro que vaya más allá del riesgo permitido. El riesgo permitido resulta, de esta manera, una circunstancia que excluye ya la lesión de la norma, tanto en los delitos dolosos como en los culposos. Consecuencia de ello es que en los delitos de lesión, la imputación objetiva del resultado se elimina cuando la acción no representa un riesgo jurídicamente desaprobado, es decir, un aumento no permitido del riesgo tolerado para el bien jurídico (ver *supra*, b, ce, 3).

bb) *Los tipos abiertos*. Se denominan tipos abiertos aquellos que están concebidos de tal manera que alcanzan comportamientos que son *con mucha frecuencia* hechos socialmente adecuados.

Precisamente lo que diferencia esta problemática de la anterior, es la alta frecuencia con que comportamientos socialmente adecuados caen bajo las prescripciones de una ley penal. En los casos que se pueden considerar normales sólo excepcionalmente caerían bajo un tipo penal hechos socialmente adecuados. En los llamados tipos abiertos ocurre precisamente lo contrario: excepcio-

nalmente un comportamiento adecuado al tipo es socialmente no-adeecuado. Ejemplo: "la amenaza de un mal que no constituya un delito" (Código Penal español, art. 494), o el amenazar a otro "con el propósito de obligarlo a hacer, no hacer, o tolerar algo contra su voluntad" (Código Penal argentino, art. 149 bis, constituyen acciones frecuentes en la vida social cotidiana: todo el que amenaza a su comprador con aumentar el precio de las mercaderías si este no incrementa el consumo, realiza, en verdad, una acción que se adecúa a lo que prevén esas disposiciones. Sostener que de esa simple subsunción se deriva en estos casos, como en los normales, un *indicio de antijuricidad* (ver *infra*, 2) no resulta admisible (confr. WELZEL, *Lehrbuch*, p. 82). Para determinar la antijuricidad no es suficiente comprobar la subsunción y la falta de causas de justificación, procedimiento que es útil en la gran mayoría de los casos. En aquellos supuestos el juez deberá hacer un juicio sobre el carácter "reprochable" de la acción para poder afirmar la antijuricidad.

Dicho en otras palabras: hay tipos penales respecto de los que la subsunción no tiene el sentido general de indicar la antijuricidad. Se trata de muy pocos casos. (Ver ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtsflechtsmerkmale*, 2ª ed., 1970).

2. LA ANTIJURICIDAD (JUSTIFICACIÓN)

La teoría de la antijuricidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un *permiso* del orden jurídico para obrar como obró.

Una acción típica, por tanto, será también *antijurídica* si no interviene en favor del autor una causa o fundamento de justificación. La tipicidad de una acción es, consecuentemente, un *indicio de antijuricidad*. Precisamente porque la tipicidad señala esta posibilidad de la antijuricidad debe verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación. Esta verificación es una tarea independiente de la comprobación de la tipicidad y en cierto sentido inversa. Es independiente porque sólo cabe plantearse la cuestión de la antijuricidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica, es decir, que *se subsume bajo un tipo penal*. A la vez es inversa porque consiste en la verificación de que el caso *no se subsume bajo el supuesto de hecho de una causa de justificación* (por ejemplo, defensa necesaria, estado de necesidad, consentimiento del ofendido).

a) *Los principios justificantes*

Es opinión generalizada en la teoría que las causas o fundamentos de justificación se encuentran en *todo* el ordenamiento jurídico: es indiferente

que la realización de una acción típica esté autorizada por el derecho civil, el derecho administrativo o por el derecho penal. En este sentido, el funcionario de policía que detiene a un sospechoso bajo las condiciones que establecen las leyes procesales, lo priva de su libertad, o sea que realiza una acción típica (Código Penal argentino, art. 141; Código Penal colombiano, arts. 272 y ss.; Código Penal español, art. 184; Código Penal mexicano, arts. 364 y ss.; Código Penal venezolano, art. 175), pero ella no es antijurídica si se mantiene dentro de la autorización que le acuerdan las leyes procesales. Lo mismo ocurre con el *derecho de retención* acordado en ciertos casos por el derecho civil (Código Civil argentino, art. 3939; Código Civil español, arts. 1780, 1730, etc.). La retención de una cosa mueble bajo esas condiciones excluye la antijuricidad de la acción de apropiación indebida o abuso de confianza (Código Penal argentino, art. 173, 2; Código Penal colombiano, art. 358; Código Penal español, art. 535; Código Penal mexicano, arts. 382 y ss.; Código Penal venezolano, arts. 468 y ss.).

La característica fundamental de una causa de justificación es la de excluir totalmente la posibilidad de toda consecuencia jurídica: no sólo penal, sino también civil, administrativa, etc.; no sólo respecto del autor, sino también de quienes lo han ayudado o inducido. En el ordenamiento jurídico, sin embargo, el único dato con el que puede identificarse una causa de justificación es la exclusión de la pena. Pero esta característica es compartida por las causas de justificación con las que excluyen la atribuibilidad (ver *infra*, 3), que no alcanzan a los partícipes y que no eliminan la responsabilidad civil, tanto como con las excusas absolutorias, que sólo afectan a la punibilidad (ver *infra*, 3,b).

Esto plantea la cuestión de cómo sabe el intérprete que una determinada circunstancia es una *autorización* o *permisión* de realizar un hecho típico y no simplemente una disculpa o una eximición de pena. Esta situación conforma el trasfondo de toda la discusión relativa a si el *estado de necesidad* es una causa de justificación o de inculpabilidad o simplemente una excusa absolutoria (confr. GOLDSCHMIDT, en *Oesterr. Z. für StrR*, IV, 1913, p. 129; GIMBERNAT, *Estudios...*, pp. 107 y ss.), así como la de si el "miedo insuperable" del art. 8º, 10 del Código Penal español se debe considerar una causa de justificación (confr. GIMBERNAT, *Introducción*, pp. 65 y ss.) o a si la *legítima defensa*, es causa de justificación o inimputabilidad (confr. VON LILIENTHAL, en *Vergleichende Darstellung des deutschen u. ausl. Strafrecht*, AT, V. p. 3).

Ante todo resulta insuficiente recurrir a un criterio estructural pues todas las circunstancias del art. 8º del Código Penal español o del art. 34 del Código Penal argentino tienen una estructura idéntica: "dadas ciertas circunstancias, la pena no es aplicable".

Tampoco resulta adecuado remitirse a la rotulación (francamente impropia de una ley penal pues no se puede elaborar un catálogo definitivo de causas de justificación, confr. STRATENWERTH, núm. 359; JESCHECK, p. 262; SCHMIDHAUSER, p. 290) realizada por el legislador. Este es el caso del Código Penal colombiano que en los arts. 29 y ss. distingue circunstancias que justífi-

can (arts. 29 y 30), que excluyen la imputabilidad (arts. 31 a 34) y que eliminan la culpabilidad (art. 40). ¿Cuál es la diferencia de amplitud con que cada categoría interviene, si es que la hay? No está expresado en la ley: el art. 25, que se refiere a la participación y el 103 destinado a la reparación civil se limitan a hablar de la punibilidad, con lo cual pareciera que las causas de justificación, de inculpabilidad y excusas absolutorias no se diferencian. La referencia a las "circunstancias personales que excluyan la punibilidad" (art. 25, n) no dice nada concreto, pues, en principio, también las que el Código considera causas de justificación pueden tener el carácter de "personales", sobre todo si se requiere un elemento subjetivo de la justificación, como lo hace la doctrina dominante.

La única manera de establecer una distinción es recurriendo a un principio o a varios principios de justificación, es decir, principios "pre-legales" que determinan cuáles son las circunstancias que tienen carácter justificante. Se trata de principios "pre-legales" porque son necesarios para interpretar la ley y no sería posible, por lo tanto, deducirlos de ella.

Estos principios han dado lugar a dos teorías: la *teoría monista de la justificación* y la *teoría pluralista de la justificación*. La primera opera con un único principio, mientras que la segunda opera con más de uno.

Las *teorías monistas* tienen que recurrir a un alto grado de abstracción para poder incluir los supuestos que estiman justificantes. En este sentido, se ha sostenido que son causas de justificación las que responden a la idea de "más utilidad que daño social" (SAUER, *Allg. Strafrechtslehre*, pp. 56 y ss.), o de "utilización de un medio adecuado para alcanzar un fin reconocido por el orden jurídico" (GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre* 4ª ed., 1950, pp. 28 y ss.; del mismo *Die Rechtswidrigkeit*, 1905, pp. 48 y ss.). Estos criterios se muestran como excesivamente amplios para permitir una distinción entre las causas de justificación y las que no lo son: todo depende de lo que se considere como socialmente útil, o como adecuado, al fin reconocido por el derecho.

Sobre estos puntos hay pocas posibilidades de una única respuesta. La creencia de que el orden cultural previo al jurídico permitiría tal respuesta única (así GRAF ZU DOHNA, *Verbrechenlehre*, p. 30) soslaya la cuestión de que el "orden cultural" no es un orden único de concepciones jurídicas, sino que es un conjunto de órdenes que caben, en su diversidad, dentro del orden constitucional. Por lo demás, el problema interpretativo se desplaza: pues se trata de interpretar lo que estiman justificado "e/" orden cultural y así sucesivamente.

Las *teorías pluralistas*, por el contrario, proceden de manera distinta: deducen de la naturaleza de lo ilícito una pluralidad de principios, que en realidad pretenden explicar por qué ciertos casos deben considerarse causas de justificación (confr. MEZGER, *Lehrbuch*, pp. 204 y ss.). De esta manera, se afirma que considerando la esencia de lo ilícito como una lesión de intereses sólo cabe aceptar dos principios justificantes: el *principio de la ausencia de interés* y el *principio del interés preponderante*. El primero de estos principios

hace referencia al consentimiento del ofendido. El segundo procura dar cuenta del fundamento justificante del ejercicio de deberes especiales y de los llamados "derechos de necesidad" (estado de necesidad y defensa necesaria o legítima). En estos casos se afirma que el orden jurídico da preminencia a un bien jurídico sobre otros y, por lo tanto, la lesión producida en esas circunstancias debe ser justificada. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que el principio del interés preponderante se interpreta de manera diversa en cada caso: en un caso es preponderante la salvación de un bien jurídico de más valor que el que se sacrifica (estado de necesidad); en los otros, prepondera un interés que es independiente del de los bienes jurídicos en juego (cumplimiento de un deber; defensa necesaria).

Aceptado que el interés preponderante es independiente del valor preponderante de los bienes jurídicos en colisión, el principio pierde todo contorno definido. Las causas de inculpabilidad podrían ser consideradas también como causas de justificación: sobre todo los casos que se han dado en llamar de "no exigibilidad de otra conducta" (BELING, *Unschuld, Schuld und schuldstufen*, 1910, pp. 8 y ss. nota 2).

La *tendencia actual* es la de reducir sensiblemente el valor explicativo acordado a los principios de la justificación. Así se afirma, por ejemplo, que "como consecuencia de la intervención de una contranorma debe caer o eliminarse tanto lo ilícito del resultado como lo ilícito de la acción; mas no es posible decir esto de *todas* las causas de justificación, dado que en particular estas se basan en muy diversas combinaciones de factores justificantes" (JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 261).

Este panorama de la evolución de la cuestión de los principios de la justificación se debe completar con la afirmación generalizada de que el "catálogo de las causas de justificación no quedará nunca cerrado" (JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 262) o de que "el número de causas de justificación no puede determinarse definitivamente" (STRATENWERTH, núm. 358) o de que "el proceso de concreción y tipificación de los principios de la justificación ha sido remplazada por una decisión referente a los casos que deben regirse por las reglas que gobiernan esta categoría. En otras palabras: lo que fundamenta la calidad de una circunstancia como causa de justificación es la decisión referente a que esa circunstancia debe tratarse de acuerdo con las reglas de justificación.

Esta tesis es más o menos compartida por la teoría y la práctica en lo referente a los casos principales del ejercicio de un derecho especial, la defensa necesaria, el estado de necesidad (justificante), y el consentimiento (justificante). Los fundamentos de tal decisión no son motivo de consideraciones críticas en la dogmática actual (confr. BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 1983, pp. 117 y ss.).

b) *Los elementos de la justificación*

De la misma manera que con respecto al concepto de ilícito se discute si este requiere un disvalor de acción y un disvalor de resultado, en el momento

de la negación de lo ilícito cabe preguntarse si la justificación depende: a) sólo de la concurrencia de los elementos objetivos de una causa de justificación; b) de la concurrencia de los elementos objetivos de una causa de justificación y del conocimiento de ellos por parte del autor, o c) simplemente de la creencia del autor en la existencia de las circunstancias objetivas de una causa de justificación.

En la actualidad es dominante el punto de vista que exige tanto la concurrencia de los elementos *objetivos de la justificación* (ejemplo: situación de colisión de bienes jurídicos de distinta jerarquía que sólo con el sacrificio del menor valor permite la salvación del de mayor jerarquía) y además los llamados *elementos subjetivos de la justificación* (conocimiento de la situación de necesidad por parte del autor).

El punto de vista puramente subjetivo, para el que la justificación depende *exclusivamente de la suposición* de la concurrencia de la situación objetiva, aunque esta *no* se dé en verdad, siempre y cuando el autor haya verificado a conciencia la concurrencia de los elementos objetivos y no haya podido despejar su error (en otras palabras: efecto *justificante del error inevitable* sobre las circunstancias de una causa de justificación) (confr. ZIELINSKI, *Handlung und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff* 1973, pp. 210 y ss., 310), está vinculado a la posición que quita toda relevancia al resultado dentro del concepto de ilícito (ver *supra*, 4,c). Sin embargo, no siempre quienes siguen este punto de vista respecto de la estructura de lo ilícito llegan a una posición tan radical. Se piensa que, en realidad, una consideración puramente subjetiva de la justificación contradice la forma en que operan las permisiones, es decir, las causas de justificación. En este sentido, la permisión "no puede hacer depender la excepción de la prohibición (sólo) de la representación de aquel al que se otorga el permiso, pues el riesgo de un uso erróneo de la permisión afecta de manera primaria a un tercero, titular del bien jurídico lesionado, mientras que al autor sólo lo afecta en forma secundaria con respecto a eventuales consecuencias penales" (ARMIN KAUFMANN, *Fest. für Welzel*, p. 400).

Un punto de vista que combine el criterio objetivo y subjetivo, resulta ser, en verdad, el que mejor responde a una estructura de lo ilícito que reconoce un disvalor del resultado junto a un disvalor de acción y que, en la teoría de la justificación debe requerir paralelamente la exclusión tanto del disvalor del resultado como del disvalor de acción.

c) *Los efectos de las causas de justificación y sus condiciones*

Como se ha dicho más arriba, la justificación determina:

a) Exclusión completa de responsabilidad *penal* y *civil* por la realización del hecho típico para el autor.

b) Exclusión completa de responsabilidad *penal* y *civil* por la colaboración en la realización del hecho típico o la inducción al mismo (extensión del efecto justificante a los partícipes): el que induce a otro a defenderse dentro de los

límites de la defensa necesaria o a obrar dentro del estado de necesidad o le preste ayuda en esas circunstancias, está justificado de la misma manera que el autor.

c) Exclusión de la posibilidad de defensa necesaria contra el que obra justificadamente.

Estos efectos dependen de las siguientes condiciones:

a) La creación intencional de la situación que da lugar a la permisión (provocación de la situación) *excluye el* efecto justificante.

b) La justificación se limita a la acción *necesaria* para salvar el bien jurídico; es decir, la acción será justificada si dadas las condiciones de la causa de justificación concreta el autor no podía realizar ninguna otra acción para salvar el bien jurídico;

c) El autor debe haber obrado con conocimiento de las circunstancias de la causa de justificación de que se trata (ver *infra*, e).

d) *Las causas de justificación en particular*

Ya hemos dicho que el número total de causas de justificación es casi imposible de precisar. Todas las causas de justificación confieren un *derecho para obrar*, es decir, otorgan un permiso, sea dejando sin efecto una prohibición, o liberando del cumplimiento de un mandato. Hay tres casos en que la doctrina y la jurisprudencia reconocen que el fundamento de ese permiso proviene de la especial situación del autor y del bien jurídico en el momento de la acción. Por ese motivo, trata estos casos separadamente: cuando el permiso para obrar está condicionado por la agresión ilegítima de otro (defensa necesaria), por la colisión de bienes jurídicos (estado de necesidad) o por el acuerdo del titular del bien (consentimiento del "ofendido"). Junto a estos casos hay otros, cuyo número es indeterminado, en los que se trata fundamentalmente de la colisión del *deber general* de no realizar una acción típica con el *deber especial* de realizarla o con la *autorización especial* para ejecutarla (son casos de cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho: Código Penal argentino, art. 34, 4°; Código Penal colombiano, art. 29, I°, 2°; Código Penal español, art. 8°, 11; Código Penal mexicano, art. 15, v; Código Penal venezolano, art. 65, I°). Trataremos los diferentes casos separadamente.

aa) *Defensa necesaria*. Los Códigos penales regulan de ordinario en forma expresa la defensa necesaria (Código Penal argentino, art. 34, 6°; Código Penal colombiano, art. 29, 4°; Código Penal español, art. 8°, 4°; Código Penal mexicano, art. 15, m; Código Penal venezolano, art. 65, 3°). Pese a ciertas diferencias en la formulación hay también una evidente coincidencia en lo que se refiere a sus requisitos. Por lo general, se designa a esta causa de justificación como "legítima defensa". Esta terminología es sin duda correcta, aunque sea preferible la que aquí se propone porque tiene en cuenta que la defensa sólo es legítima *si es necesaria*; esto debe quedar claro ya en la designación.

El *fundamento de la defensa necesaria* (propia o de un tercero) se ve en el principio según el cual "e/ derecho no necesita ceder ante lo ilícito": no sólo se acuerda un derecho de defensa individual, sino también de ratificación del orden jurídico como tal. Por este motivo, el agredido no está obligado, en principio, a evitar la agresión mediante un medio distinto de la defensa, por ejemplo, huyendo (ver *infra*, 1,3) (doctrina generalizada, ver en *España*: confr. LUZÓN PEÑA, *El doble fundamento de la legítima defensa*, 1978; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, pp. 59 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 290; QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, p. 191; RODRÍGUEZ DEVESA *Derecho Penal español*, pp. 532 y ss., quien reconoce aquí un caso especial de situación de necesidad (p. 535); en *Argentina*: CAMPOS, *Derecho penal*, pp. 157 y ss.; NÚÑEZ, *Manual de derecho penal*, Parte general, pp. 195 y ss.; ZAFFARONI, *Manual*, pp. 419 y ss.; en *Colombia*: ESTRADA VÉLEZ, *Derecho Penal*, pp. 229 y ss.; Luis CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, i, pp. 191 y ss.; REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal*, Parte general, p. 241.

La condición fundamental de la legitimidad de la defensa —como se dijo— es la *necesidad* de la misma. En principio, *no* se requiere que haya *proporcionalidad* entre el daño que se le causa con la defensa al agresor y el daño que hubiere causado la agresión (otro punto de vista: NÚÑEZ, *loe. cit.*; probablemente también QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, p. 192; RODRÍGUEZ DEVESA, *loe. cit.*, p. 535 quien reconoce en la defensa necesaria un caso de estado de necesidad). De todos modos, como veremos más tarde (*infra*, 4) (expresamente: Código Penal mexicano, art. 15, ni, 4^o) este principio no rige sin excepciones. Sin embargo, requiere proporcionalidad de la defensa el Código Penal colombiano (art. 29, 4^o).

Los requisitos de la defensa necesaria son: a) agresión (actual o inminente) ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado, y c) la falta de provocación suficiente (Código Penal argentino, art. 34, 6^o; el Código Penal colombiano no requiere en forma expresa la falta de provocación suficiente; Código Penal español, art. 8^o, 4^o; Código Penal mexicano, art. 15, ni; Código Penal venezolano, art. 65, 3^o). Estos requisitos se deben estudiar separadamente.

1. La agresión. La agresión debe haber partido *de un ser humano*. La defensa frente a animales, etc. no está regulada por la defensa necesaria, sino por el estado de necesidad. Por otra parte, la agresión puede tener lugar en forma activa (acción) o pasiva (omisión). La jurisprudencia española exige que la agresión sea de carácter violento (en el mismo sentido el art. 15, ni del Código penal mexicano). La tendencia jurisprudencial es la de mitigar esta exigencia (confr. acertadamente CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, i, pp. 238 y ss., con referencias jurisprudenciales).

Problemático es saber si se puede considerar *agresión* la acción de un *incapaz de culpabilidad o inimputable*, o del que obra por error. Un sector minoritario piensa que en estos casos falta ya la agresión (así OTTO, *Grundkurs AT*, p. 120; H.MAYER, *Strafrecht*, AT, 1967, p. 98). Otro sector piensa que en el caso de un enfermo mental, o de un niño, etc., se restringe la amplitud

de la defensa (confr. STRATENWERT, núm. 435; JESCHECK, p. 277) en razón de que, frente a tales sujetos, carece de sentido la defensa del orden jurídico como tal y sólo queda un derecho individual de defensa. En la práctica los resultados son similares. La doctrina española considera suficiente la antijuricidad formal y puramente objetiva (confr. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, ni, p. 65; CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, p. 241; GIMBERNAT, *Introducción*, p. 56).

La agresión además, puede ser tanto intencional como provenir de una acción realizada sin la debida diligencia (confr. JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 271).

Cualquier bien jurídico puede ser *objeto de una agresión* y, por lo tanto, defendible (confr. Código Penal argentino, art. 34, 6°; Código Penal colombiano, art. 29, 4°; Código Penal español, art. 8°, 4°; Código Penal venezolano, art. 65, 3°.; restrictivo a la persona, el honor y los bienes propios o de un tercero el Código Penal mexicano, art. 15, m). La defensa de bienes del Estado (*defensa necesaria del Estado*) está *excluida* de la defensa necesaria prevista por los Códigos penales, salvo que se trate de bienes individuales (por ejemplo: habrá agresión y por tanto será posible, si concurren los demás elementos, defensa necesaria, cuando alguien atente contra la propiedad del Estado; no la habrá en el sentido de esta disposición si se trata de ataques al orden público en general, o a la "esencia de la patria", o al "ordenamiento constitucional", art. 8°, 1 de la Constitución española que no otorga un derecho activo de defensa, sino un *derecho de resistencia* frente a órdenes contrarias a la Constitución).

2. La actualidad de la agresión. La agresión es *actual* mientras se está desarrollando. La *inminencia* de la agresión, es decir, la decisión irrevocable del agresor de dar comienzo a la agresión, es equivalente a la actualidad. En algunos casos la ley lo dice expresamente (Código Penal argentino, art. 34, 6°.; Código Penal colombiano, art. 29, 4°.; Código Penal mexicano, art. 15, in); en otros, esto está implícito en el texto legal cuando autoriza la defensa para *impedir* o repeler la agresión (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 294; Código Penal español, art. 8, 4°; Código Penal venezolano, art. 65, 3°).

3. La ilegitimidad de la agresión. La agresión es *ilegítima* cuando es *anti-jurídica*. No es necesario que, a su vez, constituya un delito (salvo el caso de la defensa de los bienes en el Código Penal español, art. 8, 4° en que se requiere que el hecho sea delito). Si no se requiere que la agresión sea consciente o proveniente de un capaz de culpabilidad o imputable (ver *supra*, 1), se suele restringir la defensa contra los que obran sin conciencia de lo que hacen, pues frente a ellos no cabe la ratificación del orden jurídico (confr. JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 275 y ss.; OTTO, *Grundkurs*, p. 121; SAMSON, *SK StGB*, § 32, 14; SCHMIDHÁUSER, *Strafrecht*, p. 348. Otro punto de vista, CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, i, pp. 240 y ss.; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, p. 64; probablemente también DÍAZ PALOS, *La legítima defensa*, p. 59; sobre la jurisprudencia española ver CÓRDOBA RODA, *loe. cit.*, quien señala

que las sentencias del 28.1.1927 y 26.2.1958 requieren finalidad lesiva de parte del agresor). Por lo tanto, en estos casos sólo cabe la defensa necesaria si el autor no tiene posibilidad de evitar la agresión por otros medios.

Un sector de la doctrina define la antijuricidad de la agresión sosteniendo que cumple con este requisito toda acción que, recayendo sobre los bienes de otro, este "no tiene obligación de tolerar" (BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, i, 1885, p. 735). Desde otro punto de vista se sostiene que es antijurídica la agresión en la medida en que sea una acción no autorizada (justificada) (confr. WELZEL, *Lehrbuch*, p. 85; JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 273; STRATEN-WERTH, núm 424; SAMSON, *StGB*, § 32, 12). Esta discusión puede tener alguna consecuencia práctica sólo en la medida en que la obligación de tolerar de parte del agredido y la autorización de obrar del agresor sean definidas de tal forma que no tengan un contenido recíproco (el "agredido" debe tolerar el ejercicio del derecho del "agresor").

El Código Penal español (art. 8, 4º.) establece que "en caso de defensa de los bienes, se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes". En este párrafo se hace referencia a dos problemas: la cuestión de la interpretación de la antijuricidad de la agresión en los ataques contra los bienes, que es la que aquí interesa, y la de los límites del derecho de defensa en estos casos que trataremos más adelante. Con respecto al requisito de la antijuricidad de la defensa, la doctrina ha entendido, por un lado, que la expresión "delito" se refiere también a las faltas (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, iv, p. 149 con referencias bibliográficas); por otro lado, se piensa que sólo alcanza a los delitos en sentido estricto, es decir, no incluye a las faltas (confr. DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal español*, i, 1968, p. 824).

CÓRDOBA RODA estima que no se requiere que dicho ataque represente un delito según el sentido completo de la noción del párrafo primero del art. 1º (*Comentarios*, i, p. 237); por tanto, será suficiente con la "tipicidad y antijuricidad" de un delito contra la propiedad (ib. idem., p. 238). Por el contrario, dado el punto de vista que hemos adoptado (*supra*, 1) estimamos que se deberá requerir también la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) y la conciencia del autor de la agresión para que se pueda admitir un derecho pleno de defensa. De lo contrario, no habrá derecho de defensa cuando la agresión *se pueda evitar de otra manera*.

4. Necesidad de la defensa. La defensa es *necesaria* si la acción del agredido es la menos dañosa de cuantas estaban a su disposición para rechazar la agresión en la situación concreta. La exigencia de que la necesidad sea *racional* se explica dentro de este marco: la necesidad de la acción de defensa es racional cuando esta es adecuada para impedir o repeler la agresión. La relación entre la agresión y la acción necesaria para impedir la o repelerla debe ser tal que se pueda afirmar que, de acuerdo con las circunstancias del hecho, la acción concreta de defensa era adecuada para repeler o impedir la agresión concreta. No se debe confundir la relación que debe haber entre

agresión y defensa y la proporción entre el daño que causaría la agresión y el causado por la defensa. La racionalidad de la necesidad de la defensa sólo se vincula con la primera cuestión.

Para *determinar la necesidad* de la acción es preciso tomar en consideración las acciones que el autor tenía a su disposición para impedir o repeler la agresión antes de comenzar la acción de defensa y establecer si la emprendida es realmente la que hubiera impedido la lesión amenazada por la agresión causando menos daño. Por ejemplo: A tiene la posibilidad de impedir que B se apodere de una joya de su propiedad, golpeándolo con un paraguas que tiene a mano pero, sin embargo, dispara con un arma de fuego que lleva consigo: la acción no es necesaria, pues cabría realizar otra menos dañosa.

En principio no es exigible al agredido que evite la agresión huyendo. Sólo en casos en que la agresión provenga de un niño, de un enfermo mental, etc., como vimos, se debe exigir evitar la agresión por un medio distinto de la defensa (en este sentido, el TS español, 20.10.1944; 21.10.1889; relativizando su punto de vista en las sentencias del 13.1.1947 y 22.12.1947).

5. Falta de provocación suficiente. El derecho español y los que lo han seguido en Iberoamérica han requerido tradicionalmente como presupuesto de la defensa necesaria la falta de provocación de la agresión por parte del que se defiende. La interpretación de este requisito produce serias dificultades en la teoría y en la práctica (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 297; GIMBERNAT, *Introducción*, p. 59). La eliminación de este requisito parece ser recomendable en futuros textos legales y por ello merece aprobación el nuevo Código Penal colombiano (art. 29, 4º) que ha seguido el ejemplo del Proyecto argentino de 1960 y ha prescindido de él.

En la teoría se discute si la provocación debe ser intencional o si es suficiente cuando ha ocurrido por descuido (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, iv, pp. 204 y ss.). Asimismo hay quienes han interpretado la provocación como una agresión ilegítima, al entender por tal la acción que *justifique* la agresión, con lo que —como se ha hecho notar por SOLER, *Derecho Penal argentino*, i, 1970, pp. 352 y ss.— el requisito sería superfluo (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el Delito*, 208; CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, i, p. 252; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, III, 58; ZAFFARONI, *Manual*, p. 422). Las interpretaciones son, en general insatisfactorias.

La pérdida del *derecho de defensa* para el que es agredido ilícitamente está condicionada por una provocación que *no necesita ser antijurídica* pero que *debe ser "suficiente"*. Ello significa que la provocación debe consistir en un estímulo de una agresión antijurídica, pero *no-culpable* por razón de dicho estímulo. Bajo tales circunstancias la "provocación suficiente" será la que determine un *estado de inimputabilidad en el agresor* y que excluya, por lo tanto, el fundamento de un derecho de defensa completo, como frente a ebrios, enfermos mentales, niños, etc. por ser innecesaria la ratificación del orden jurídico en esos casos. Desde este punto de vista es indiferente que la provocación sea intencional o no. Este requisito no es necesario cuando

se trata de la defensa de otro (Código Penal argentino, art. 34.7; Código Penal español, art. 8º, núms. 5 y 6 de la antigua redacción).

6. Limitaciones del derecho de defensa necesaria. Como se desprende del fundamento de la defensa necesaria, no es exigible, en principio, que haya proporcionalidad entre el daño que causaría la agresión y el daño causado por la defensa, sino simplemente necesidad de la defensa respecto del fin de impedir la agresión (racionalidad). Sin embargo, la proporcionalidad del daño que causaría la defensa respecto del daño amenazado por la agresión, *determina la exclusión del derecho de defensa si la desproporcionalidad es exagerada* (confr. JESCHECK, pp. 276 y ss.; LENCKNER, en SCHÓNKE-SCHRÖDER, *StGB*, § 32, 50; SAMSON, *SK StGB*, § 32, 22; STRATENWERTH, núm. 435). Ejemplo: la defensa de una manzana no autoriza a privar de la vida al que se apodera de ella para hurtarla (ver Código Penal mexicano, art. 15, ni, 2).

Asimismo se excluye el derecho de defensa necesaria en los casos de *estrechas relaciones personales* (padres-hijos; esposos; comunidad de vida, etc.). Ello sólo significa que en estos casos debe recurrirse, ante todo, al medio más suave, aunque sea inseguro. Ejemplo: el marido no tiene derecho a matar a su mujer para impedir que esta lo abofetee (con reservas: SAMSON, *loc. cit.*, § 32, 23 a).

7. El elemento subjetivo de la defensa necesaria. La exigencia de que el que se defiende haya obrado *conociendo* las circunstancias de la agresión ilegítima de la que era objeto y con intención de defenderse (*animus defendendi*), puede considerarse hoy opinión dominante (confr. JESCHECK, 275 con indicaciones bibliográficas; respecto de la dogmática española: GIMBERNAT, *Introducción*, pp. 51 y ss.). En el derecho español la exigencia de este elemento provenía del propio texto del art. 8º, 6º, que reclamaba, para legitimar la defensa de la persona o derechos de otro que no es pariente, "que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo". Dado que el fundamento de la defensa necesaria era único para la defensa propia (art. 8º, 4º), de los parientes (art. 8º, 5º) y del extraño (art. 8º, 6º), no cabe distinguir respecto del *animus defendendi*. La circunstancia de que el derecho de defensa de otro (pariente o extraño) no se excluyera cuando este había provocado suficientemente la agresión no permite deducir para estos casos fundamentos diferentes que, a su vez, autorizarían a limitar el requisito de voluntad de defensa exclusivamente al núm. 6 del art. 8º del Código Penal. La innecesariedad del requisito de la falta de provocación del agredido respecto de la defensa del otro se explica porque la agresión es, de todos modos, antijurídica, lo que ya autoriza la ratificación del orden jurídico (ver *supra*, 6).

8. Defensa propia y defensa de terceros. Los Códigos Penales argentino (art. 34, 6), colombiano (art. 29, 4), español (hasta la reforma de 1983) (art. 8º, núms. 5 y 6) se refieren a la defensa de terceros (sean parientes o extraños). La defensa del tercero tiene el mismo fundamento que la defensa propia. En el caso del Código venezolano, que no prevé la defensa del tercero esta

forma de la defensa necesaria resulta también justificada porque el que toma parte en un acto lícito no obra antijurídicamente.

bb) *Estado de necesidad*. El estado de necesidad ha merecido reconocimiento expreso en el derecho vigente (Código Penal argentino, art. 34, 3; Código Penal colombiano, art. 29, 5; Código Penal español, art. 8º, núm. 7; Código Penal mexicano, art. 15, iv; Código Penal venezolano, art. 65, 4), aunque con diferentes formulaciones.

El fundamento justificante del estado de necesidad es en la opinión dominante el *interés preponderante* (confr. JESCHECK, 283; LENCKNER, en SCHÓNKE-SCHRÓDER, *StGB*, § 34, 3; SAMSON, *SK StGB*, § 34, 3; STRATENWERTH, núm. 453). Lo que determina la exclusión de la antijuricidad es, según este punto de vista, la necesidad de la lesión unida a la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado. La necesidad de la lesión, por sí sola, sólo determinaría, bajo ciertas circunstancias, la exclusión de la culpabilidad (confr. GIMBERNAT, *Introducción*, p. 62 con indicaciones bibliográficas). La contrapartida de la justificación otorgada al autor es, naturalmente, el *deber de tolerar* impuesto al titular del bien sacrificado, que se ha denominado también "*deber de solidaridad recíproca*" (SAMSON, *loc. cit.*, § 34, 2).

El estado de necesidad se presenta en dos formas distintas: *colisión de bienes* y *colisión de deberes*. En principio, son susceptibles de ser salvados de esta manera todos los bienes jurídicos (el Código mexicano, art. 15, iv, y el venezolano, art. 65, 4º, limitan el estado de necesidad a la vida). Estudiaremos a continuación los requisitos de esta causa de justificación.

1. Estado de necesidad por colisión de bienes o intereses. *La situación de necesidad*. La base del estado de necesidad está dada por la *colisión de bienes*, es decir, por el peligro inminente de la pérdida de un bien jurídico y la posibilidad de su salvación lesionando otro bien jurídico y de menor valor relativo.

Habrá *peligro inminente* cuando la pérdida de un bien jurídico aparezca como segura o como muy probable.

La situación de necesidad no debe haber sido creada por el titular del bien jurídico amenazado. Por lo demás, es indiferente si proviene de la acción (antijurídica o no) de una persona o de fuerzas naturales.

La acción necesaria. La justificación requiere en primer lugar que la acción sea *necesaria*. La necesidad se debe apreciar de acuerdo con los mismos criterios que fueron expuestos respecto del mismo requisito en la defensa necesaria (ver *supra*, aa, 4): la acción *no* es necesaria si el peligro podía evitarse de otro modo, es decir, sin lesionar el bien jurídico.

El bien salvado debe ser de *mayor* jerarquía que el sacrificado: de lo contrario, faltará el efecto justificante. La determinación de la mayor jerarquía es problemática. En primer término, se formuló el *principio de la ponderación de bienes*, según el cual debía estarse a la comparación de la jerarquía de los bienes^A jurídicos en colisión (por ejemplo: vida y propiedad; propiedad e integridad corporal; honor y libertad, etc.). Contra este principio se sostiene que "limita la ponderación a bienes jurídicos considerados como si fueran

una necesidad estática, aunque el conflicto que caracteriza un estado de necesidad está determinado por numerosos otros factores" (LENCKNER, *Der Rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 94 y ss.). Por lo tanto se ha propuesto un punto de vista más amplio: el *principio de la ponderación de intereses*, cuya misión sería la de permitir considerar la totalidad de las circunstancias relevantes para la situación (LENCKNER, *loe. cit.*, BOCKELMANN, 99; SAMSON, § 34, 10; STRATENWERTH, núm. 453; HIRSCH, *LK*, 9ª, Vor, § 51, 64).

El principio de la ponderación de intereses no ofrece dificultades respecto del texto de los Códigos penales argentino y español, que hacen referencia a la comparación entre el "mal" evitado y el "mal" causado. El Código Penal colombiano (art. 29, 5º) se refiere a un "derecho" (propio o ajeno), con lo que parece regular sólo la colisión de deberes y, por tanto, deja abierta la cuestión de la ponderación de bienes o de intereses, permitiendo una decisión en favor de esto último. Extremadamente restringidos en el ámbito de la colisión de bienes son los Códigos mexicano (art. 15, iv) y venezolano (art. 65, 4º).

En concreto es posible afirmar que partiendo de la consideración del estado de necesidad como un *conflicto de intereses* y no sólo como un conflicto de bienes jurídicos, la ponderación de los intereses en juego requiere tomar en cuenta otros factores que rodean al conflicto de bienes. En este sentido cabe señalar las siguientes reglas referentes a la ponderación de la total situación que forma la base del estado de necesidad:

Debe partirse de la relación jerárquica de los *bienes jurídicos* en juego, es decir, de los bienes jurídicos que colisionan. El orden valorativo de estos bienes debe deducirse de la totalidad del ordenamiento jurídico; las penas amenazadas en la legislación penal para la violación de los mismos no es sino un indicio a los efectos de la determinación de la jerarquía de los bienes. Debe quedar sin embargo claro que, en principio, queda excluida la justificación mediante el estado de necesidad de acciones que importen la muerte de otro (confr. LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, § 34, 23).

Lo decisivo será, sin embargo, no la relación jerárquica de bienes, sino el *merecimiento de protección* de un bien concreto en una *determinada situación social*. En este sentido pueden considerarse inclusive los intereses individuales del afectado o afectados por la acción de estado de necesidad: no es posible justificar el aborto contra la voluntad de la embarazada, aunque de esta manera se le salve la vida.

La acción realizada en estado de necesidad sólo resultará justificada cuando la desproporción entre el interés que se salva y el que se sacrifica sea *esencial*. En otras palabras, tiene que haber una *marcada diferencia* en favor del interés que se salva.

La comparación de bienes o intereses no autoriza, sin embargo, la realización de acciones que afecten *bienes individuales* como, por ejemplo, extraer un riñón a uno para trasplantarlo a otro a quien se le salva la vida. En este caso la vida salvada es de mayor jerarquía que la integridad corporal, pero el límite frente a los bienes individuales excluye la posible aplicación del estado

de necesidad justificante (confr. SAMSON, § 34, 16; STRATENWERTH, núm. 462; BOCKELMANN, pp. 99 y ss.; BLEI, 148; GALLAS, en *Fest für Mezger*, 325; HIRSCH, *loc. cit.*, 75). La razón de esta limitación reside en que la acción necesaria, en el estado de necesidad, debe constituir "un *medio adecuado socialmente*" para la resolución del conflicto. En otras palabras: la sola preponderancia de un interés no es suficiente para la justificación; se requiere además un juicio sobre la adecuación social del medio utilizado para resolver el conflicto de intereses. En todo caso, la diferencia valorativa de los intereses en juego debe ser *esencial*. En el caso del trasplante que hemos analizado antes ya faltaría esta característica.

No puede invocar el estado de necesidad quien está *obligado a soportar el peligro* por su función social; ejemplo: un bombero no se puede amparar en el estado de necesidad para salvar un bien propio a costa de otro que desaparecería en el incendio; un militar no podría invocar el estado de necesidad porque su vida corre peligro en un combate, etc.

Tampoco puede invocar el estado de necesidad quien ha *provocado* por sí o en forma culpable la situación de necesidad (confr. HIRSCH, Vor § 51, 63). Ciertamente la justificación se excluye también cuando la provocación del estado de necesidad es intencional.

2. Estado de necesidad por colisión de deberes. (La cuestión del ejercicio de un cargo, cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, etc.). Las mismas pautas que rigen la solución de los casos de estado de necesidad por colisión de intereses son aplicables al caso de la *colisión de dos deberes* que imponen al obligado *al mismo tiempo* comportamientos contradictorios y excluyentes de forma tal que el cumplimiento de un deber determina la lesión del otro. La teoría se divide entre los que consideran que un estado de necesidad *propio* por colisión de deberes sólo se da cuando colisionan dos *deberes de actuar* (SAMSON, § 34, 27) y los que también aceptan un estado de necesidad por colisión de deberes cuando colisionan un deber de actuar y otro de *omitir* (así JESCHECK, 293; SCHMIDHÄUSER, 476).

La diferencia fundamental que existe entre la colisión de deberes y la colisión de bienes o intereses, reside en que en la colisión de deberes de igual jerarquía, en el cumplimiento de uno de los deberes tiene efecto justificante, aunque al mismo tiempo se lesione el otro deber: en todo caso se ha cumplido con *un deber* y el comportamiento no debería ser antijurídico (confr. SAMSON, § 34, 2°; STRATENWERTH, núm. 471; ARMINKAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 137; OTTO, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, 1965, 2ª ed., 1974).

Este punto de vista no es compartido, sin embargo, por un sector considerable de la teoría, que ante la colisión de deberes de igual jerarquía sólo reconoce al que cumple con uno de ellos, lesionando el otro, una causa de exclusión de la culpabilidad (confr. JESCHECK, *Lehrbuch*, p. 295; GALLAS, *Beitrage*, pp. 59 y ss.; SCHMIDHÄUSER, 476 y ss.) Esta posición no resulta sin embargo convincente, pues el orden jurídico no puede poner a una persona

ante el dilema de obrar de una forma u otra y bajo la amenaza de que, de todos modos, lo hará antijurídicamente.

Pertenece en realidad a este ámbito la problemática del *cumplimiento de un deber*, (Código Penal español, art. 8º, 11; Código Penal argentino, art. 34, 4º; Código Penal colombiano, art. 29, 1º; Código Penal mexicano, art. 15, v; Código Penal venezolano, art. 65, 1º). El cumplimiento de un deber sólo entrará en consideración como *causa de justificación* en tanto colisione con otro deber y en este caso, la colisión se regirá por las reglas del estado de necesidad por colisión de deberes. Por este motivo su legislación en disposiciones autónomas es totalmente superflua. Naturalmente que el *ejercicio de "oficio o cargo"*, seguirá también estas reglas (a pesar de que los Códigos penales español y argentino parecen considerarlos casos de ejercicio de un derecho). El "oficio o cargo" sólo tiene efecto justificante en la medida en que imponen un deber específico al que los desempeña.

Por el contrario, no pertenece a este ámbito el llamado *ejercicio de un derecho*. El ejercicio de un derecho, en verdad, importa la realización de un acto *no prohibido*: por lo tanto, en principio, en estos casos desaparecerá la *tipicidad* misma del hecho, por ejemplo, el que toma una cosa mueble propia (en ejercicio del derecho de propiedad) no realiza un hurto justificado, ni comete allanamiento de morada (o violación de domicilio) el que entra en su propia casa, ni viola secretos ajenos el que lee sus propias cartas. Sin embargo, hay excepciones: la retención de cosas muebles autorizada por el Código Civil en el contrato de depósito, por ejemplo, es causa de justificación respecto de la apropiación indebida (Código Penal argentino, art. 173, 2º; Código Penal español, art. 535). De aquí se deduce que el llamado ejercicio de un derecho sólo opera como causa de justificación cuando el ejercicio del derecho *recae sobre bienes o derechos ajenos*. En estos casos se tratará invariablemente de una autorización particular y específica para la realización de un tipo penal, con lo que no se diferenciará para nada de cualquier causa de justificación. De allí que las disposiciones que regulan expresamente el ejercicio de un derecho como una causa que excluye la antijuricidad son totalmente superfluas.

3. El estado de necesidad por colisión de bienes de igual jerarquía. Remisión. El estado de necesidad es también posible cuando colisionan *intereses de igual jerarquía*. Expresamente esto está contemplado en el núm. 7 del art. 8º del Código Penal español, dado que la exclusión de la responsabilidad allí prevista sólo requiere, en este sentido, "que el mal causado *no sea mayor* que el que se trate de evitar". En estos casos la teoría dominante considera que sólo se dará una causa de exclusión de la culpabilidad (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, IV, pp. 348 y ss. con amplia información bibliográfica). (Ver *infra*, V, 4, a).

ce) *El problema del consentimiento del ofendido*. Los Códigos penales no regulan, por lo general, en forma expresa los efectos justificantes del consentimiento del titular del bien jurídico lesionado. Sólo excepcionalmente el Códigi-

go Penal español prevé en el art. 428 que el consentimiento del lesionado no excluye las penas previstas para las lesiones. En este sentido se suele considerar al consentimiento como un producto del derecho consuetudinario (confr. HIRSCH, LK, 9 ed. Vor § 51, núm. 100; STRATENWERTH, núm. 360).

Es discutido, ante todo, cuál es el ámbito en el que debe operar el consentimiento. Un sector de la teoría distingue entre el *consentimiento que excluye la tipicidad* y el *que excluye la antijuridicidad*, estableciendo diversos presupuestos para la eficacia de ambos.

El consentimiento *excluiría ya la tipicidad* cuando el tipo describe una acción cuyo carácter ilícito reside en el obrar contra la voluntad del sujeto pasivo: por ejemplo, en el allanamiento de morada del Código Penal español, art. 490 ("mantenerse *contra la voluntad* del morador en morada ajena"), en la violación de domicilio del Código Penal argentino, art. 150 ("contra la voluntad expresa o presunta del dueño"), en la inseminación artificial no consentida del Código Penal colombiano, art. 280, en el allanamiento de morada del Código Penal mexicano, art. 285, en la violación de domicilio del Código Penal venezolano, art. 184.

El consentimiento *excluiría, por el contrario, la antijuridicidad* cuando el comportamiento del autor importe ya una lesión de un bien jurídico. Por ejemplo en el caso del delito de daños en las cosas (Código Penal argentino, art. 183; Código Penal español, arts. 557 y ss.; Código Penal colombiano, art. 370; Código Penal mexicano arts. 397 y ss.; Código Penal venezolano, arts. 475 y ss.).

La distinción entre un consentimiento que excluye la tipicidad y otro que excluiría la antijuridicidad es, sin embargo, cuestionado por un sector de la teoría (sobre todo: SCHMIDHÄUSER, pp. 268 y ss.; ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, p. 25, nota 57). Este punto de vista y el anterior se diferencian en realidad en la concepción del bien jurídico. Quienes distinguen entre el valor protegido y el sustrato material, pueden admitir que hay ya lesión del bien jurídico cuando la acción recae sobre el sustrato material de este: por ejemplo cuando se ha dañado una cosa ajena se habría realizado la acción típica, por lo que cabría preguntar a continuación por el consentimiento del titular de la cosa.

Diversa es la postura de quienes entienden que, en realidad, en los bienes jurídicos disponibles, es decir, respecto de los que el consentimiento puede excluir la responsabilidad, la acción *sólo* realiza el tipo en la medida en que importe una *lesión del ámbito de dominio autónomo* del sujeto pasivo: la lesión de su voluntad respecto de la conservación del bien jurídico. Desde este ángulo la lesión del sustrato material del bien jurídico es irrelevante. En consecuencia, el consentimiento, si tiene relevancia (lo que depende del poder de decisión sobre el mantenimiento del bien que el orden jurídico otorgue al particular), excluirá en todos los casos el tipo penal.

Es preferible el segundo criterio, es decir, aquel que en todos los casos excluye la tipicidad.

1. *Ámbito de eficacia del consentimiento.* El consentimiento no tiene eficacia general. Esta depende —como se adelantó— del poder de decisión que el orden jurídico otorgue sobre el mantenimiento del bien jurídico al particular que es titular del mismo. En principio este poder de decisión sólo se le reconoce al particular con respecto a la posesión, la propiedad y el patrimonio en general, la libertad personal y la integridad corporal (en el sentido del delito de lesiones). (El art. 428 del Código Penal español excluye toda relevancia al consentimiento en el delito *doloso* de lesiones: la cuestión es de todos modos fuertemente discutida en España).

Mientras la disponibilidad de los bienes de contenido patrimonial en general no tiene límites, en el caso de la libertad personal y de la integridad corporal aquella depende de que el consentimiento no implique acuerdo en la tolerancia de acciones lesivas de la dignidad de la persona (Constitución española, art. 10. 1.). Esta no es renunciabile y está íntimamente ligada con la libertad y el respeto del cuerpo. No es válido el consentimiento para ser "reducido a servidumbre u otra conducta análoga" (Código Penal argentino, art. 140) ni para ser torturado por funcionarios policiales.

2. *Requisitos del consentimiento eficaz.* Cuando se trata de alguno de los bienes jurídicos que admiten la disponibilidad de parte de su titular, la eficacia del consentimiento dependerá de los siguientes requisitos:

Capacidad del sujeto pasivo de comprender la situación en la que consiente. El sujeto debe poder comprender la significación de su consentimiento respecto de la acción que lesionará el objeto de la misma. No se requiere la capacidad establecida por el derecho civil para realizar negocios jurídicos. Es suficiente con "capacidad natural de comprender o juzgar" (confr. SCHMID-HÁUSER, 273).

El consentimiento debe ser anterior a la acción. Un "consentimiento" *a posteriori* sólo es perdón. El consentimiento, por otra parte, se debe haber mantenido hasta el momento de la acción, es decir: es retractable.

El consentimiento no debe provenir de un error ni haber sido obtenido mediante amenaza. Sólo bajo esta condición el consentimiento es un acto autónomo y, por lo tanto, sólo de esta manera elimina la lesión del bien jurídico.

La eficacia del consentimiento depende por lo tanto, ante todo, del consentimiento correcto del que consiente respecto de la extensión del daño. Ello tiene singular importancia en el caso de la *intervención médico-quirúrgica* y en el tratamiento médico en general, pues es el fundamento del *deber del médico de esclarecer al paciente* respecto del tratamiento o intervención y sobre sus consecuencias.

dd) *El problema del consentimiento presunto.* También con fundamento en el derecho consuetudinario (confr. HIRSCH, *LK*, 9 ed. Vor § 51, 123) se reconoce el mismo efecto al consentimiento presunto que al consentimiento. Naturalmente ello sólo rige en el ámbito dentro del cual el consentimiento es jurídicamente eficaz (*supra*, ce, 1).

El consentimiento es presunto cuando no es expreso, es decir, cuando el titular del bien jurídico no ha podido emitirlo o no es posible recabárselo.

Los *requisitos de ja eficacia* del consentimiento presunto son los siguientes:

La acción debe haber sido realizada *en interés del titular* del bien jurídico. Por ejemplo: es preciso que la violación del domicilio en ausencia del titular haya sido para reparar la tubería del agua y evitar una inundación. Por el contrario, hay autores que piensan que cuando el consentimiento esperado y el interés pudieran no coincidir, debe darse prioridad al primero (confr. HIRSCH, *LK*, 9ª ed., Vor. § 51, 125).

Además deben concurrir las restantes condiciones del consentimiento (confr. *supra*, ce, 2).

Para la determinación del consentimiento presunto es decisivo que según un *juicio objetivo* hubiera sido de esperar en el momento de la acción (*ex-ante*). El juicio objetivo se refiere al de un tercero razonable en el lugar del autor (confr. HIRSCH, *loe. cit.*).

ee) *El problema de la obediencia debida*. El cumplimiento de una *orden dada de acuerdo a derecho* dentro de una relación de servicio excluye la antijuricidad. Esto significa ante todo que no habrá defensa legítima contra el cumplimiento de una orden que no es antijurídica.

Una parte de la teoría sostiene que a una orden dada dentro del marco de la competencia del superior jerárquico debe reconocerse una "*presunción de juricidad*" (JESCHECK, 316). Otro sector estima que una orden es adecuada a derecho inclusive cuando las condiciones jurídicas de su juricidad no están dadas, pero el superior jerárquico las ha tenido erróneamente por existentes previa comprobación de acuerdo al deber (SAMSON, *SK StGB*, Vor § 32, 54). En ambos casos se reconocen reglas especiales para determinar cuándo una orden es adecuada a derecho, según las cuales es posible que en ciertas circunstancias una orden *antijurídica* opere como causa de justificación. La idea de una "*presunción de juricidad*" parece peligrosa para una vigencia estricta del Estado de derecho. Por ello es preferible el segundo punto de vista.

La orden antijurídica no tiene efecto justificante en ningún caso. Por lo tanto, desde el punto de vista del que debe soportar el cumplimiento de la orden *siempre* es posible la defensa necesaria.

En general, se admite que hay ámbitos (por ejemplo el derecho militar) en el que el cumplimiento de una orden es obligatorio aunque aquella sea antijurídica. Esto no es, sin embargo, razón suficiente para otorgarle una justificación al que cumple la *orden antijurídica obligatoria*. Es preciso diferenciar: también en estos casos el cumplimiento de la orden es antijurídico y aquel sobre el que recae dicho cumplimiento tiene derecho de defensa necesaria contra la orden; el que cumple la "*orden antijurídica obligatoria*" tiene, de todos modos, una *causa de inculpabilidad* a su favor. En verdad, no hay "*órdenes antijurídicas obligatorias*", porque no puede haber en el Estado de derecho tal obligación. La desobediencia militar (Código de Justicia Militar español, arts. 327 y ss.) presupone una orden adecuada a derecho; por su

parte el art. 185, 12 del Código de Justicia Militar español no establece que la obediencia debida sea una causa de justificación, pues, lo mismo que el art. 8, 12 del Código Penal español, (Código Penal argentino, art. 34, 5°; Código Penal mexicano, art. 15, vil) deja abierta la cuestión de la naturaleza (justificante o disculpante) del cumplimiento de una orden, ya que sólo se indica allí que ello excluye la responsabilidad criminal, pero no especifica por qué razón. En favor de esta interpretación cabe señalar que no se explican las razones que podrían privar de la defensa legítima al que tiene que soportar la orden antijurídica, si esta fuera una causa de justificación. En efecto: si el superior que da la orden antijurídica hubiera realizado él mismo la acción, la defensa necesaria frente a esta sería innegable; el hecho de que la misma acción sea realizada por otro en cumplimiento de una orden no puede perjudicar la situación del que debe soportar la misma.

El Código Penal colombiano reconoce efecto justificante únicamente a la "orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales" (art. 29, 2°).

e) *El elemento subjetivo de la justificación*

La sola concurrencia de los elementos objetivos de una causa de justificación no es suficiente para excluir la antijuricidad. Se requiere también que el autor haya obrado con *conocimiento* de los elementos objetivos de la causa de justificación y *para* ejercitar el derecho de defensa, de necesidad, etc. (opinión dominante).

El Código Penal español en este sentido era el más claro. En efecto: en la legítima defensa de un extraño requería expresamente "que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo" (art. 8, 6° hoy derogado) si la legítima defensa tiene el mismo fundamento en todos los supuestos, es evidente que aquello que se exige en el caso de defensa de un extraño debe requerirse en forma general (en contra ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, i, 1949, p. 250). Lo mismo ocurre con el estado de necesidad, en el que es preciso que se haya obrado "*impulsado* por un estado de necesidad" (art. 8°, 7°) y es evidente que sólo quien conoce la situación de necesidad puede obrar impulsado por ella. (En el mismo sentido CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas*, 1966, p. 108).

Desde un punto de vista sistemático no cabe otra solución para la teoría de lo injusto personal: si lo injusto se caracteriza por un disvalor de acción y un disvalor de resultado, su negación reclama la negación de ambos elementos.

De aquí surge entonces la posibilidad de una acción disvaliosa (dolosa: dirigida a producir el resultado típico) y de un resultado justificado cuando el autor obró ignorando la situación objetiva que fundamenta la justificación. Por ejemplo: A quiere matar a B y *sin saber* que este lo está agrediendo ilegítimamente, lo mata, realizando una acción necesaria para evitar el resultado de la agresión.

Las soluciones de este problema no son coincidentes. Una primera posición entiende que faltando el elemento subjetivo de la justificación no habrá justificación, y el autor debe ser sancionado por la comisión de un *delito consumado* (así MAURACH, pp. 304 y ss.; WELZEL, *Lehrbuch*, pp. 83 y ss.; SCHMIDHÄUSER, p. 292). Contra este punto de vista es posible objetar que obligaría a aceptar una justificación total cuando el autor simplemente ha supuesto en forma errónea la existencia de las circunstancias objetivas de una causa de justificación, ya que el efecto justificante dependería íntegramente del elemento subjetivo.

El punto de vista probablemente mayoritario estima que en el supuesto en que se dan los elementos objetivos de una causa de justificación, pero falta el subjetivo, debe entenderse que el disvalor del resultado desaparece, pero se mantiene el disvalor de acción. Por lo tanto, el hecho no estará justificado, pero sólo será punible como un *delito tentado* (así, STRATENWERTH, núm. 494; SAMSON, *SK StGB*, Vor § 32, 24; LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, § 32, 15).

Una variante de este último punto de vista ha sido sostenida recientemente por GALLAS, quien estima que el supuesto que estamos tratando debe sancionarse como una *tentativa inidónea* (Código Penal argentino, art. 44, v, "delito imposible"; Código Penal español, art. 52, n. (Confr. GALLAS, en *Fest. für Bockelmann*, 1979, p. 173). Este punto de vista es el correcto, ya que el hecho no tenía posibilidad de consumarse.

Con razón hace notar STRATENWERTH, núm. 494, que el fundamento de esta solución importa una aplicación analógica, en beneficio del acusado, de las reglas de la tentativa.

f) *El error sobre las circunstancias de una causa de justificación*

La situación inversa a la anterior es la de la suposición errónea por el autor de circunstancias objetivas que, de haber concurrido, hubieran justificado el hecho. Ejemplo: el autor supone una colisión de bienes jurídicos que en verdad no se da, pues era posible salvar el bien mayor sin lesionar el menor.

Las soluciones son aquí sumamente controvertidas. Una primera posición sostiene que debe excluirse el dolo, pues al dolo pertenece la no suposición de circunstancias justificantes; si el error es producto de un comportamiento descuidado del autor cabe aplicar la pena del delito culposo, si este es punible (confr. ROXIN, *Grundlagenprobleme*, pp. 98 y ss.; RUDOLPHI, *SK StGB*, § 16, 10; GIMBERNAT, *Introducción*, p. 77; TORIO, en *La reforma penal y penitenciaria*, 1980, p. 247).

Otro punto de vista sostiene que esta solución es correcta en sus resultados, pero no en su fundamentación, pues no se trata de un error sobre elementos del tipo, sino de un error de prohibición que, por lo tanto, *no* excluye el dolo. Para alcanzar los mismos resultados se propone que se apliquen en *forma analógica* las reglas del error de tipo y se castigue este error *sui generis*

como si fuera un error de tipo (confr. STRATENWERTH, núms. 499 y ss.; JESCHECK, 266). Esta forma de resolver el problema permite no excluir el dolo y, por lo tanto, también la punibilidad de los partícipes, lo que no sería posible si en el hecho del autor faltara el dolo.

De estas posiciones se separa la *teoría de la culpabilidad*; para la que en estos casos presentan un error de prohibición y, dado que sólo pueden afectar a la conciencia de la antijuricidad, no excluyen el dolo, y deben ser tratados según las reglas del error de prohibición (confr. WELZEL, pp. 168 y ss.; HIRSCH, *Negative Tatbestandmerkmale*, p. 314; MAURACH, pp. 475 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *JZ*, 1955, p. 37).

En consecuencia estaremos ante un delito doloso, que no será culpable si el error sobre las circunstancias objetivas de la causa de justificación fue *inevitable*, pero será punible con la pena del delito doloso si era evitable, aunque en forma atenuada.

Dentro de esta teoría hay un sector que sigue la llamada "*teoría limitada de la culpabilidad*" que entiende que en estos casos faltará el disvalor de acción, pues el autor quiere obrar en la forma que permite obrar el orden jurídico, y que ello determina que no corresponda aplicar la pena del delito doloso sino eventualmente, la del culposo.

La decisión en favor de una u otra de estas disposiciones depende de los resultados a que conducen. La *teoría de la culpabilidad (estricta)*, al considerar el error sobre los presupuestos de una causa de justificación como un error de prohibición y excluir la pena sólo en los casos de errores *inevitables* permite una mejor protección de los bienes jurídicos y exige un mayor esfuerzo de parte de quienes creen obrar en una situación justificada.

De todos modos, las diferencias entre una y otra teoría se pueden reducir si se tiene en cuenta que para juzgar sobre la *necesidad* de la acción es preciso ponerse *en el momento en que el autor actúa* (confr. ARMIN KAUFMANN, *Fest. für Welzel*, pp. 400 y ss.). Es decir, la situación objetiva se debe juzgar *ex-ante*, y no *ex-post*. Ejemplo: cuando A ve aparecer a un encapuchado con un arma de fuego en una calle oscura, y comprueba que se dirige a él en forma amenazante, habrá obrado justificadamente si se defiende con su arma y le causa la muerte, aunque posteriormente se pruebe que era una broma preparada por un grupo de amigos y que la víctima sólo llevaba un revólver de juguete. La consideración *ex-ante* determina que la situación de legítima defensa se deba tener por acreditada, aunque la consideración *ex-post* (fundada en el conocimiento que de ella es posible tener una vez ocurrido el hecho) indique que la acción de defensa no era necesaria (en el ejemplo propuesto porque tratándose de una broma el autor no corría peligro alguno que reclamara la acción de defensa con resultado mortal). De esta forma, las causas de justificación ponen a cargo del que quiere obrar amparado en ellas el cargo de comportarse en la situación concreta como lo hubiera hecho una "persona razonable" (confr. ARMIN KAUFMANN, *loc. cit.*, p. 402).

De esta manera, muchos casos de error sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación serían directamente justificantes.

El nuevo art. 6º bis del Código Penal español (segundo párrafo) regula el error de prohibición o sobre la antijuricidad y es directamente aplicable a los errores sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación. En efecto, el segundo párrafo del art. 6º bis a), se refiere a los casos en que el autor ha obrado con la "creencia errónea... de estar obrando lícitamente". No cabe duda que quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias justificantes obra en la creencia de hacerlo lícitamente.

El nuevo texto es, de todos modos, criticable porque también el que ignora una circunstancia del tipo (por ejemplo cree disparar sobre una pieza de caza y lo hace sobre una persona escondida bajo una mata) cree obrar lícitamente, pues ni tiene ocasión de pensar en la ilicitud. El legislador ha incurrido en la falta de definir el error del primer párrafo del artículo con referencia al objeto del mismo, mientras en el párrafo segundo era definido con relación al aspecto subjetivo del autor, sin reparar que este último elemento no permite una distinción adecuada porque alcanza a todas las especies de error (confr. BACIGALUPO, en "La Ley", 1981, pp. 919 y ss.).

3. LA ATRIBUIBILIDAD (RESPONSABILIDAD POR EL HECHO)

a) *Justificación de la categoría dogmática de la atribuibilidad*

En la dogmática actual no ha merecido aceptación una categoría intermedia entre lo ilícito y la culpabilidad. Sin embargo, la necesidad de esta categoría intermedia fue postulada por JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado*, v, núms. 1473 y ss.) en la dogmática española y por MAURACH (*Lehrbuch*, 4ª ed., pp. 377 y ss.). La teoría de la *atribuibilidad* (JIMÉNEZ DE ASÚA) y la de la *responsabilidad por el hecho* (MAURACH) encontró luego eco en las opiniones de ARMIN KAUFMANN (*ZStW* 80, 1968, p. 45), de ARTHUR KAUFMANN (*Fest. für Maurach*, 328) y de RUDOLPHI (*ZStW* 78, 1966, pp. 95 y ss.).

El fundamento de esta categoría reside en la comprobación de que en las causas llamadas de inculpabilidad (estado de necesidad disculpante, miedo insuperable, exceso en una causa de justificación) el derecho penal no tiene en cuenta si el autor tuvo o no *realmente* la capacidad de obrar de otra manera, sino que mediante un procedimiento generalizador excluye la responsabilidad, aunque el autor haya podido comportarse de otra manera. Por el contrario, en la "verdadera" exclusión de la culpabilidad (exclusión de la capacidad de motivación por el derecho; error de prohibición inevitable) el derecho penal opera en forma individualizadora, es decir, considerando la capacidad concreta del autor de motivarse de acuerdo con la norma. En suma, en las llamadas causas de inculpabilidad el derecho penal toma en cuenta la *capacidad media*,

mientras que en las "verdaderas" causas de inculpabilidad considera la *capacidad individual*, como fundamento de exclusión de la responsabilidad.

Las consecuencias que se extraen de la elaboración de esta categoría se manifiestan en primer lugar en las consecuencias jurídicas: "la teoría de la responsabilidad por el hecho es materialmente una teoría de los fundamentos que excluyen la responsabilidad (MAURACH, p. 380). Por lo tanto, el incapaz de motivación (inimputable) que realiza *una acción típica* y antijurídica en una de las situaciones que excluyen la responsabilidad por el hecho, no puede ser sometido a una medida de seguridad. La anormalidad de la situación excluye tanto la pena como la medida de seguridad (MAURACH, p. 380).

Asimismo, el reconocimiento de esta categoría sugiere consecuencias diversas a las generalmente admitidas en materia de *accesoriedad de la participación*. En efecto, si la accesoriedad limitada significa que la culpabilidad de cada partícipe es individual, mientras que los restantes presupuestos del acto del autor son comunes a todos los partícipes, se abre la posibilidad de considerar *no punible* al cómplice de un autor que obra (individualmente) en un estado de necesidad disculpante (confr. MAURACH, p. 381). (Sobre la accesoriedad limitada ver *infra*, 6, e, bb).

Las críticas contra esta teoría de la responsabilidad por el hecho han sostenido diversos argumentos. En primer lugar, se sostiene que en verdad el derecho penal opera con criterios generalizadores tanto en las llamadas causas de inculpabilidad como en los casos de exclusión de la capacidad de motivación (confr. STRATENWERTH, núms. 512 y 513). En segundo lugar, se afirma que la circunstancia de que el derecho penal, en las llamadas causas de inculpabilidad, opere con criterios generalizadores no permite excluir estos casos de la categoría de la culpabilidad, sino todo lo contrario: en ellos lo que fundamenta la exclusión de la pena es la insuficiencia de la gravedad de la culpabilidad para la formulación de un reproche jurídico-penal (confr. HIRSCH, *LK*, Vor § 51, núm. 161). En tercer lugar, se critica la exclusión de la posibilidad de aplicar al incapaz de motivación (inimputable) medidas de seguridad cuando haya obrado en la situación de una causa de inculpabilidad (confr. JESCHECK, 348; HIRSCH, *loc. cit.*). Por último, se sostiene que una categoría independiente de la responsabilidad por el hecho se debe rechazar porque "no surge de una situación disvaliosa básicamente diferenciable" (SCHMIDHÁUSER, p. 462, nota 6).

Ninguno de estos argumentos es decisivo. En efecto, es cierto que una individualización *real* no es posible ni siquiera en el ámbito de la culpabilidad en sentido estricto (capacidad de motivación y posibilidad de conocer el reproche jurídico-penal); sin embargo, no cabe duda de que existe una considerable diferencia de grado entre la individualización que se requiere para afirmar que un enfermo mental no podía comprender la reprobación jurídico-penal ni orientar su comportamiento por esta falta de comprensión y la individualización que requiere el estado de necesidad disculpante. Esta diferencia es suficiente para establecer diversas consecuencias jurídicas y una categoría independiente. De esta manera quedan fuera de consideración las críticas de STRATENWERTH y SCHMIDHÁUSER.

La inconveniencia de excluir de la aplicación de medidas de seguridad a los incapaces de motivación (inimputables) que obren en una situación anormal en que a sujetos normales no se exige el cumplimiento del deber no resulta, por otra parte, convincente: no hay ninguna razón para exigir más a un incapaz que a un capaz de motivación. Finalmente, tampoco convence la afirmación de que en los casos de las llamadas causas de inculpabilidad se trata de supuestos en los que esta resulta considerablemente disminuida y que ello demostraría su pertenencia a la categoría de la culpabilidad. Este argumento no tiene en cuenta que nada impide considerar estos casos como meras causas que excluyen la punibilidad y que, por lo tanto, en la medida en que no excluyen la capacidad de obrar de otra manera, pueden incluirse en una categoría general de causas de no-punibilidad, con las que tienen en común sus efectos en relación a las consecuencias jurídicas (excluyen la pena) y (en la concepción clásica) a la participación. Esta conclusión se vería además favorecida porque es dudoso que las diferencias entre las llamadas causas de inculpabilidad y las excusas absolutorias (causas de exclusión de la punibilidad) impiden la formación de una categoría común (confr. BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 1983, pp. 102 y ss.).

El carácter de una categoría intermedia entre lo ilícito y la culpabilidad se fundamenta, por último, en el hecho de que las llamadas causas de inculpabilidad, lo mismo que las excusas absolutorias (confr. BACIGALUPO, *Cuadernos de Política criminal*, núm. 6, p. 14) afectan no sólo a la culpabilidad, sino también a lo ilícito, cuyo disvalor del resultado atenúan (confr. RUDOLPHI, *SK StGB*, § 35, 4 con mayores indicaciones bibliográficas).

b) *El contenido de la categoría de la atribuibilidad*

Desde nuestro punto de vista la categoría dogmática de la atribuibilidad se fundamenta, por un lado, en la diferencia que existe entre la exclusión de la pena proveniente de la ausencia de antijuricidad, que implica una *falta total de desaprobación de parte del orden jurídico*, y la exclusión de la pena resultante de la *falta de desaprobación jurídico-penal*, es decir, la que se expresa en la renuncia del Estado a sancionar una acción típica y antijurídica aunque esta haya sido realizada culpablemente. Por otro lado se fundamenta en la diferencia que existe entre los supuestos que componen esta categoría y las causas que excluyen la culpabilidad en sentido estricto (causas que excluyen la capacidad de motivación o la imputabilidad y el error de prohibición).

La falta de desaprobación jurídico-penal no depende, como se ha dicho, de la falta de culpabilidad. Por este motivo no tiene sentido práctico hacer un análisis una vez comprobada la culpabilidad. De la misma manera no tiene ningún sentido práctico comprobar la culpabilidad una vez establecido que el hecho típico y antijurídico no merece desaprobación jurídico-penal.

Las diferencias respecto de las causas que excluyen la antijuricidad y las que excluyen la culpabilidad en sentido estricto, por una parte, y las razones

prácticas que acaban de señalarse brindan el fundamento conceptual de esta categoría. Ello permite agrupar tanto las llamadas causas de inculpabilidad (el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y el exceso en los límites de una causa de justificación) como las excusas absolutorias (la impunidad del próximo pariente en ciertos delitos contra la propiedad y en el encubrimiento, etc.): ni unas ni otras eliminan la antijuricidad ni la culpabilidad. El elemento aglutinante de estas causas reside en la exclusión de la *desaprobación jurídico-penal* y en su ineficacia para excluir la *desaprobación del orden jurídico*: el hecho es contrario al orden jurídico, pero no es sancionado penalmente aunque el autor hubiera podido comportarse de otra manera (hubiera sido capaz de motivación y tenido conciencia de la desaprobación del orden jurídico). Por lo demás, tanto en las llamadas causas de inculpabilidad como en las excusas absolutorias se reconoce una atenuación del disvalor de lo ilícito o de la culpabilidad (confr. BACIGALUPO, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 6, p. 14).

c) *Los efectos prácticos de la exclusión de la atribuibilidad*

La falta de atribuibilidad determina los siguientes efectos prácticos:

a) excluye la aplicación de la pena o la medida de seguridad respecto del autor.

b) *puede* extenderse, si su naturaleza lo permite, a los partícipes.

La primera de estas consecuencias prácticas ya ha sido explicada: el incapaz de motivación no puede ser puesto en peores condiciones que el capaz de ella.

La segunda consecuencia se explica por las siguientes razones: las causas que excluyen la atribuibilidad *no* tienen un efecto uniforme respecto de los partícipes; mientras el estado de necesidad disculpante puede extenderse a todos los que toman parte en la comisión del hecho, ello no se justifica en el caso del miedo insuperable o de la exclusión de la pena para los parientes próximos en los delitos contra la propiedad (en este último supuesto ello está, a veces, expresamente determinado en la ley: Código Penal argentino, art. 185; Código Penal español, art. 564). La cuestión del efecto de la exclusión de atribuibilidad respecto de los partícipes no puede resolverse en forma general, sino en base a la consideración de cada supuesto. Esta falta de generalidad en relación a la participación ya ha sido reconocida en el ámbito de las excusas absolutorias (ver MEZGER-BLEI, I, 12 ed., 1967, p. 117; SCHMIDHÁUSER, pp. 489 y ss.; MAURACHZIPF, p. 498; MAURACH, p. 420; HIRSCH, *LK*, 9ª ed., núm. 191, previo al § 51; en detalle: BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, pp. 172 y ss.). Ello demuestra que la uniformidad de efectos respecto de los partícipes no es condición de la existencia de una categoría unitaria.

d) *Los casos individuales de exclusión de la atribuibilidad*

En la exposición de los casos individuales de exclusión de la atribuibilidad hemos de limitarnos al estado de necesidad por *colisión de intereses* de igual

jerarquía, legislado solamente en el Código Penal español; al exceso en los límites de una causa de justificación y al miedo "insuperable". Este último supuesto aparece en el Código Penal argentino en el núm. 2 del art. 34 cuando se refiere al que obre violentado por "amenazas de sufrir un mal grave e inminente" y en el Código Penal colombiano cuando establece en el art. 40, 2º, que "no es culpable... quien obra bajo insuperable coacción ajena". Es claro que tanto en el Código Penal español como en el colombiano la expresión "*insuperable*" no se debe entender en un sentido literal, es decir, como excluyente de toda capacidad de obrar, pues en ese caso ya faltaría la capacidad de motivación (inimputabilidad) y sería de aplicación el art. 8, 1 del Código Penal español o el 31 del Código Penal colombiano en su caso.

aa) *El estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía.* Como hemos visto, el estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía no excluye la antijuricidad (*supra*, 2, d, bb). Su efecto es considerado en la opinión dominante como excluyente de la culpabilidad y por tal motivo se lo designa como estado de necesidad *disculpante*. De acuerdo con el punto de vista aquí sostenido *se trata de una causa que excluye la atribuibilidad*.

Sólo el Código Penal español, entre los que son objeto de nuestro análisis, hace referencia al estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, pues requiere "que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar" (art. 8º, núm. 7). En forma mayoritaria la teoría española ha entendido que cuando se salva un interés de mayor jerarquía habrá justificación y que cuando el interés salvado sea de igual jerarquía sólo podrá excluirse la culpabilidad (o la atribuibilidad, como sostenemos aquí). (Otro punto de vista: GIMBERNATORDEIG, *Estudios...*, p. 107, donde se sostiene el carácter justificante para todos los casos de estado de necesidad).

El problema de la colisión de intereses de igual jerarquía, por el contrario, no aparece expresamente resuelto en los otros códigos a los que se refiere esta exposición. Sin embargo, se sostiene que estos casos se deben resolver por medio de una *causa suprallegal* (no-escrita) de exclusión de la culpabilidad o por medio de la causa *genérica* de exclusión de la culpabilidad de la "no exigibilidad de otra conducta" (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, v, núms, 1891 y ss.; BACIGALUPO, *Culpabilidad, dolo y participación*, 1966, pp. 59 y ss.).

En una como en otra legislación el estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía da lugar a una causa que no excluye la antijuricidad, sino la atribuibilidad, como lo hemos expresado más arriba.

1. La relación del estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad con el excluyente de la antijuricidad. Como vimos (*supra*, 2, d, bb.) el estado de necesidad justificante requiere que la diferencia entre el interés salvado y el interés sacrificado sea *esencial*. Esta exigencia no es expresa en las leyes penales, pero se deriva de la naturaleza y del fundamento justificante del estado de necesidad (inclusive en el Código Penal colombiano art. 29, num 5º, que ni siquiera reclama *expresamente* que exista una diferencia jerárquica entre el interés salvado y el que se sacrificó).

La línea divisoria entre el estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad y del excluyente de la antijuricidad no corre, en razón de lo expuesto, por la demarcación de una estricta igualdad o desigualdad de los intereses en conflicto. El estado de necesidad que excluye la atribuibilidad alcanza también a todos los casos en que la diferencia valorativa de los intereses en conflicto no sea esencial. En suma: la atribuibilidad se excluye en los casos en que los intereses son de igual jerarquía o en los que se salva un interés de mayor jerarquía que el sacrificado, pero en los que la diferencia jerárquica *no es esencial*.

2. Requisitos del estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad. El estado de necesidad que excluye la atribuibilidad coincide en sus requisitos con el estado de necesidad justificante a excepción de la diferencia esencial de jerarquía entre el interés jurídico que se salva y el que se sacrifica (ver *supra*, 2, d, bb).

El Código Penal español (art. 8, 7) no reconoce ninguna limitación respecto de los bienes o intereses jurídicos que pueden salvarse en una situación de necesidad en la que no entra en consideración la exclusión de la antijuricidad. Desde el punto de vista político-criminal esta extensión no es aconsejable y lo correcto sería reducirla a la salvación de bienes o intereses de singular importancia. Así, por ejemplo, el Código Penal alemán (§ 35) se limita en esta especie del estado de necesidad a la salvación de la vida, la integridad corporal o la libertad, personales o pertenecientes a un pariente o a una persona cercana.

La situación es distinta en los Códigos argentino, colombiano, mexicano y venezolano. En ellos el reconocimiento de esta causa supralegal de exclusión de la responsabilidad debe reducirse a la salvación de los bienes jurídicos fundamentales de la persona: vida, integridad corporal y libertad. Sólo la amenaza sobre estos bienes puede dar lugar a una situación en la que es excusable la lesión de otro de igual jerarquía para salvar el propio bien jurídico.

bb) *El miedo insuperable y la coacción o amenazas*. El miedo insuperable (Código Penal español, art. 8, 10) y la coacción (Código Penal argentino, art. 34, 2; Código Penal mexicano, art. 15, IV) son, en realidad, casos particulares del estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad. Ello justifica la opinión de una parte de la doctrina española que considera superflua una regulación expresa de esta circunstancia (confr. FERRER SAMA, *Comentarios*, i, pp. 228 y ss.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, i, 1963, p. 352). El miedo o la situación coactiva generada por una amenaza no son sino la consecuencia subjetiva que proviene de la situación de necesidad en la que hay que elegir entre sufrir un mal o causarlo: allí colisiona el bien jurídico amenazado y el que es necesario lesionar para evitar el primero. Por tanto, son aplicables aquí las reglas del estado de necesidad, tanto del que excluye la antijuricidad como del que excluye la atribuibilidad (coincidente GIMBERNAT, *Introducción*, p. 66, quien de otra manera no podría considerar, como lo hace, que el miedo insuperable es una causa de justificación).

1. Cuestiones particulares del Código Penal español. El Código Penal español en su art. 8, num. 10, exige que el miedo insuperable haya *impulsado* al autor a causar un mal, *igual o menor* al que lo amenaza (confr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, i, p. 352). De esta manera el legislador crea un supuesto restringido de estado de necesidad respecto del art. 8, num. 7º; pues le agrega la condición de que el autor haya sido impulsado por el miedo. En consecuencia, en los casos en que sólo concurra la relación entre el mal causado y el que se evita será siempre aplicable el art. 8, num. 7º, y sólo cuando además concurra el efecto subjetivo del miedo será aplicable el art. 8, num. 10. La significación práctica del miedo, y naturalmente de esta eximente queda, por lo tanto, totalmente anulada: habiendo ya una eximente que excluye la pena con menos requisitos, carece de sentido otra que hace depender el mismo efecto de un mayor número de requisitos.

La cuestión fundamental planteada por el num. 10 del art. 8 del Código Penal español reside en la decisión de si se da más preponderancia al aspecto subjetivo (el miedo) o al objetivo (la relación entre el mal causado y el evitado) (confr. RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes...*, u, pp. 409 y ss.). Los que acentúan el primer aspecto entienden que la relación entre el mal causado y evitado no importa la existencia *real* del mal amenazado y consideran suficiente su existencia *imaginada* (confr. FERRERSAMA, *Comentarios*, I, p. 231; CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, i, p. 351). Por el contrario, la jurisprudencia del Tribunal Supremo requiere que el mal amenazado sea real, acentuando así el aspecto objetivo de la eximente (confr. TS.: 12.3.41; 15.3.47; 23.3.55; 8.6.51; 27.2.54; 20.4.59; 23.1.67; 28.3.68; 14.4.70 entre otras; en el mismo sentido QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso*, i, p. 353; RODRÍGUEZ DEVESA, p. 619). Este punto de vista resulta, sin embargo, incompatible con las extremadas exigencias de la jurisprudencia del mismo tribunal en relación a los efectos del miedo ("requiere que el agente se halle bajo amenaza o intimidación de tal gravedad que, naturalmente, produzcan en su ánimo tan honda perturbación que de modo invencible le conduzcan contra su voluntad a realizar el hecho"; TS.: 10.1.1877; 29.12.30; 11.6.66) y a la exclusión del efecto eximente cuando el miedo no es el único móvil (TS.: 10.5.92; 9.7.06; 30.4.20; 16.3.73). El miedo no tiene por qué excluir la capacidad de motivación (imputabilidad) (confr. RODRÍGUEZ DEVESA, p. 619; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vi, p. 906; CÓRDOBA, *Comentarios*, i, p. 337).

La solución preferible no debe eliminar el significado objetivo de la relación entre el mal causado y el que se quiere evitar, pues si es suficiente con un mal imaginario es evidente que entonces carece de sentido que estos guarden una determinada proporción: cualquier amenaza real o imaginaria que produzca miedo debería excluir la responsabilidad si este alcanza la profundidad que se estima requerida. Pero, debe tenerse en cuenta que, una vez interpretada en sentido objetivo aquella relación, el miedo se convierte, prácticamente, en un elemento superfluo. En verdad, si alcanza la intensidad que exige la jurisprudencia, el miedo no será sino una especie de trastorno mental transito-

rio (art. 8, 1), y si no alcanza esa entidad solamente podrá considerarse como una fuente del error del autor en la apreciación de las circunstancias objetivas del estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad (así también excepcionalmente, TS. 18.4.72).

La conclusión que debe extraerse del estudio dogmático del num. 10 del art. 8º del Código Penal español es que la legislación debería eliminar esta causa de exclusión de la responsabilidad criminal por innecesaria. Este no ha sido lamentablemente el criterio seguido por el Proyecto de 1980 (PLOCP, art. 26, 8) ni por la ley. La innecesariedad de esta eximente es indiscutible una vez que la apreciación de las circunstancias objetivas se efectúa según un punto de vista *ex-ante*, como se ha señalado (*supra*, 2, c).

2. Cuestiones particulares del Código Penal mexicano. La fórmula legislativa del Código Penal mexicano (art. 15, iv) tiene un fundamento similar a la del Código Penal español. Por tanto, genera prácticamente los mismos problemas.

3. Cuestiones particulares del Código Penal argentino. La fórmula legislativa del Código Penal argentino representa un punto de vista aparentemente subjetivo puro, pues excluye la responsabilidad del que obrare violentado por "amenazas de sufrir un mal grave e inminente" (art. 34, 2) sin hacer referencia a la relación que debe guardar el mal causado con el evitado. Sin embargo, en la elaboración de los problemas de su aplicación aparecen los mismos temas que ya hemos visto respecto del Código Penal español (su vinculación con el fundamento del estado de necesidad, la cuestión de la intensidad del miedo, y la realidad o no de las circunstancias exteriores: ver NÚÑEZ, *Manual*, pp. 238-239). La teoría se inclina, de todos modos, por una interpretación subjetiva que no deja de ofrecer dificultades, pues si excluye la libertad (como lo propone NÚÑEZ, p. 238) debería ser en realidad una causa de exclusión de la capacidad de motivación (imputabilidad). La distinción que pretende NÚÑEZ entre causas que excluyen la imputabilidad (*Manual*, pp. 219 y ss.) y causas que excluyen la libertad, entre las que se encontraría la amenaza o temor (*loe. cit.*, pp. 237 y ss.) es inadecuada porque soslaya el hecho de que, por ejemplo, un enfermo mental está excluido de la responsabilidad penal porque una persona que no puede comprender el reproche jurídico-penal del hecho que realiza o no puede comportarse de acuerdo con esa comprensión, *no puede considerarse libre* (!).

Resumiendo: también en el Código Penal argentino las amenazas del art. 34, 2 deben entenderse como una forma legislada del estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad (coincidentemente, aunque como causa de inculpabilidad: ZAFFARONI, *Manual*, p. 485). La extensión de esta regla a circunstancias amenazantes que no provienen de *otro* (de un ser humano) se puede lograr mediante una *extensión supralegal* (BACIGALUPO, *Culpabilidad, dolo y participación*) o por una *extensión analógica in bonam partem* (NÚÑEZ, *loe. cit.*, p. 238; ZAFFARONI, *Manual*, p. 484). Ambos criterios permiten entender el art. 34, 2 en lo referente a las amenazas o el temor, como una regla

en la que se apoya el estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad. (Otro punto de vista: CAMPOS, *Derecho penal*, pp. 220 y ss.).

4. Cuestiones particulares del Código Penal colombiano. A pesar de que el texto del Código Penal colombiano (art. 40, 2) se refiere a una coacción *insuperable*, lo que hace pensar ante todo en la exclusión de la acción (así ROMERO SOTO, pp. 273-282), una parte de la teoría propone una interpretación que distingue entre coacción material y moral, tratando esta última como una causa de inculpabilidad (así, REYESECHANDÍA, pp. 434 y ss.). Este último criterio encuentra, a nuestro entender, un obstáculo decisivo en el texto del art. 40, 2, que requiere una coacción *insuperable*.

El estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, es decir, el que excluye la atribuibilidad, reconoce una base legal en el Código penal colombiano en el art. 40, 1, que hace referencia a la *fuerza mayor*.

ce) *El exceso en el ejercicio de una causa de justificación (remisión)*. El que se excede en la acción *necesaria* para el ejercicio de una causa de justificación no es punible si lo hace *ignorando* en forma inevitable este exceso, es decir, creyendo en forma invencible que su acción es necesaria. Para estos casos rigen las reglas del error sobre la prohibición (confr. *infra*, 4, e, aa, 2) BACIGALUPO, *Tipo y error*, 1974; otro punto de vista, NÚÑEZ, *Manual*, p. 232; ZAFFARONI, *Manual*, p. 432).

El exceso cometido con un error *evitable* o vencible sobre la necesidad también se rige por las reglas del error de prohibición y sólo dará lugar a una atenuación de la pena (Código Penal argentino, art. 35; Código Penal colombiano, art. 30).

El exceso cometido con conciencia del mismo no tiene ningún efecto atenuante ni excluyente de la atribuibilidad.

Los casos de exceso, por lo tanto, se deben tratar como cuestiones relativas al error sobre la prohibición y no como causas que excluyen la atribuibilidad (o la culpabilidad).

e) *El error sobre las circunstancias objetivas de las causas que excluyen la atribuibilidad*

Una parte de la teoría consideró que en los casos de exclusión de la atribuibilidad que hemos expuesto más arriba, la representación errónea del autor de la existencia de la situación objetiva (de la existencia de la amenaza o de la colisión de intereses, etc.) era equivalente en sus efectos a la existencia real de la situación objetiva. El fundamento de esta posición fue expuesto ante todo por RADBRUCH (*Eest. für Erank*, i, 1930, p. 166): "En verdad que no es el estado de necesidad el fundamento de la exclusión de la culpabilidad, sino la suposición del mismo. El estado de necesidad realmente existente no es fundamento de la exclusión de la culpabilidad si el autor no ha tenido conocimiento de él y, a la inversa, lo es si

este estado no se da en la realidad y es supuesto; habrá una exclusión de la culpabilidad, y no porque excluiría el dolo, sino porque en verdad el llamado estado de necesidad putativo es un auténtico estado de necesidad" (confr. también ZIMMEL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, 1928, p. 68; SCHMIDHÄUSER, p. 470).

Esta posición no es compartida en la actualidad por la mayoría de la teoría que considera prácticamente equivalente el error sobre las circunstancias objetivas de una causa de exclusión de la atribuibilidad (o inculpabilidad) al error sobre las circunstancias objetivas de una causa de justificación (confr. JESCHECK, pp. 410 y ss.; RUDOLPHI, *SK StGB*, § 35, 19; OTTO, *AT*, p. 216; HIRSCH, *LK*, Vor § 51, 169).

Desde nuestro punto de vista la sola suposición de la situación objetiva que excluye la atribuibilidad carece de fuerza excluyente de la pena cuando esta suposición es consecuencia de un error *evitable*. La exclusión de la pena es, sin embargo, la consecuencia necesaria cuando el error haya sido *inevitable*. En realidad, se trata de un error sobre circunstancias que excluyen la *desaprobación jurídico-penal del hecho* y, por lo tanto, deben tratarse según las reglas del error sobre la punibilidad o sobre la desaprobación jurídico-penal del hecho (ver *infra*, 4, e, aa, 2).

4. LA CULPABILIDAD (LA RESPONSABILIDAD)

a) *Introducción*

La comprobación de la realización de una acción típica, antijurídica y atribuible no es suficiente para responsabilizar penalmente a su autor. La responsabilidad penal o responsabilidad criminal depende de que el autor haya obrado culpablemente.

La *culpabilidad*, por tanto, constituye el conjunto de condiciones que determinan que el autor de una acción típica, antijurídica y atribuible sea criminalmente responsable de la misma. La cuestión de cuáles son esas condiciones dependerá del punto de vista que se adopte respecto de la pena. Las teorías absolutas de la pena exigirán, como condiciones de la responsabilidad, elementos que permitan fundamentar una *responsabilidad ético-jurídica* del autor. Las teorías de la prevención especial reclaman elementos que permitan un pronóstico sobre la asocialidad futura del autor. Sin embargo, estas últimas teorías no se han desarrollado en forma pura y, por lo general, se han conformado con la introducción de un *elemento caracterológico de la culpabilidad* en el concepto "ético-jurídico" que procura expresar "la relación de la acción con la total personalidad del autor" (MEZGER, *Lehrbuch*, pp. 270 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, v, p. 239). Por su parte, las teorías de la prevención general no requieren, en principio, un concepto específico de culpabilidad,

pero requieren la culpabilidad como condición de la eficacia preventiva que persiguen: una pena aplicable a un no-culpable no tendría efecto intimidatorio general (confr. JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976).

Este panorama explica por qué razones el concepto de culpabilidad de la ciencia penal está en la actualidad tan ligado al concepto clásico de culpabilidad. Se trata de una combinación de puntos de vista preventivos y retributivos que son la característica fundamental de las teorías de la unión.

b) *Culpabilidad por el hecho y culpabilidad de autor*

Desde todos los ángulos teóricos de enfoque del problema es posible preguntarse si la culpabilidad ha de referirse a un *hecho* o a la *total personalidad* del autor.

Desde el primer punto de vista se tomará en cuenta para la culpabilidad sólo la actitud del autor respecto de la acción típica y antijurídica cometida: entonces se hablará de *culpabilidad por el hecho* y ello significará que no deberá considerarse otra cosa que el hecho delictivo, pero no el comportamiento del autor anterior al mismo o, inclusive, posterior. De acuerdo con ello no importa una mayor culpabilidad la conducta socialmente incorrecta del autor antes del hecho (por ejemplo desarreglo, ebriedad, vagancia, etc.) ni, en principio, tampoco la circunstancia de haber sido ya condenado con anterioridad (reincidencia).

La *culpabilidad de autor* (en la forma por ejemplo de la culpabilidad de carácter) parte de otras consideraciones: el hecho típico y antijurídico abre la posibilidad de un juicio sobre el comportamiento social del autor en general, antes y después del hecho. La realización de la acción típica permitirá juzgar la conducta del autor en forma total para explicar el hecho delictivo como un producto de la personalidad del autor (confr. ENGISCH, *Die lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1963).

El *presupuesto filosófico* de la primera posición es la *libertad de la voluntad*: todos los hombres son libres de decidir por o contra el derecho; la decisión contra el derecho es la base del juicio sobre la culpabilidad. Por el contrario, quienes prefieren el segundo criterio suelen partir de una premisa *determinista*: el hecho se explica por la personalidad del autor y como síntoma de ella. Mientras el primer punto de vista está vinculado a las teorías retribucionistas, el segundo se adecúa a las exigencias de la prevención especial. Estos presupuestos filosóficos no admiten prueba alguna en su favor: ni la libertad de voluntad ni el determinismo pueden alegar a su favor una prueba en el sentido del principio de razón suficiente; se trata de *axiomas* que conducen, como es lógico, a soluciones bien diferentes en la práctica del derecho penal.

Las *teorías de la unión* procuran una síntesis que, naturalmente se reproduce en el ámbito de la culpabilidad. Esta síntesis se presenta aquí como una determinada articulación en el concepto de culpabilidad de elementos

que provienen de un concepto de culpabilidad por el hecho y otro de la culpabilidad de autor (confr. JESCHECK, p. 342; RoxiN, *Grundlagenprobleme*, pp. 1 y ss.; *Kriminalpolitik und strafrechtssystem*, pp. 33 y ss.).

La cuestión de la elección entre la culpabilidad por el hecho y la culpabilidad de autor depende de los axiomas del sistema dogmático. Lo importante no será, a los efectos de esta decisión, el mayor fundamento "empírico" de las premisas, dado que ninguna de ellas es "probada" o "probable". La racionalidad de esta decisión estará, por el contrario, condicionada por el *mayor grado de controlabilidad judicial* que el criterio adoptado ofrezca. En este sentido, la "culpabilidad por el hecho" es la que brinda mayores garantías.

c) *Evolución conceptual de la culpabilidad*

La respuesta a la cuestión por las condiciones determinantes de la responsabilidad criminal por la realización de un ilícito (una acción típica y antijurídica) ha sido intentada desde diversos puntos de vista. Todas estas respuestas establecen, desde su mira particular, las condiciones bajo las cuales el autor es considerado *responsable* por la acción típica y antijurídica.

La primera respuesta corresponde a la *teoría psicológica de la culpabilidad*. Para esta teoría la afirmación de la culpabilidad importa la comprobación de que *la voluntad del autor es causal del hecho ilícito* (confr. FINGER, *Das Strafrechts*, i, 1902, p. 164; MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 7ª ed., 1912, pp. 133-134). De acuerdo con esto la culpabilidad implica un juicio sobre tres diversos aspectos: a) la relación causal entre la voluntad de una persona y un suceso; b) la desaprobación del hecho (su carácter indeseable o dañoso), y c) la conciencia de la contrariedad al deber en el autor (FINGER, *loe, cit*). La voluntad es causal del hecho ilícito, según esta teoría, en dos casos: el dolo y la culpa, ambos son especies de la culpabilidad y presuponen la imputabilidad del autor.

De esta manera, la culpabilidad requiere una determinada vinculación psicológica entre el autor y su hecho sin la cual es imposible afirmar la relación causal de la voluntad con el hecho ilícito. Precisamente contra esta tesis se dirigen las críticas que mereció esta teoría y que generaron más tarde su abandono. En efecto: por un lado se verifica que hay una relación causal entre voluntad y hecho cuando el autor ha *querido* su realización pero ha obrado amparado por una causa de inculpabilidad (por ejemplo estado de necesidad *disculpante*); aquí faltará la culpabilidad y se dará, sin embargo, la relación que la teoría psicológica estima que la fundamenta. Por otro lado puede verificarse que en los casos de culpa falta dicha relación, ya que el autor *no ha querido* la realización del hecho típico y antijurídico; aquí, sin embargo, se admite la existencia de culpabilidad (confr. GRAF ZU DOHNA, *Verbrechenslehre*, p. 39).

La teoría psicológica fue reemplazada por la *teoría normativa de la culpabilidad*. El punto de partida de esta teoría es la comprobación de que "la teoría dominante define el concepto de culpabilidad de tal manera que sólo

incluye en sí a los conceptos de dolo y culpa; por el contrario, es necesario concebirlo teniendo en cuenta también las circunstancias relevantes que acompañan al hecho y la capacidad de imputación" (FRANK, en *Fest. für die juristische Fakultät Giessen*, 1907, pp. 9-10). La teoría normativa redefine, además, las relaciones entre la culpabilidad, como concepto genérico, y el dolo y la culpa, que la teoría psicológica concibió como *especies* de este. De esta manera, el dolo y la culpa no necesitan ser especies de la culpabilidad y cada uno de aquellos no debe contener los elementos que caracterizan al concepto genérico. Lo decisivo del concepto normativo de culpabilidad es, en consecuencia, la *reprochabilidad*, FRANK, *loe. cit.*, p. 11): "una conducta culpable es una conducta reprochable". Y un comportamiento antijurídico es reprochable si el autor:

- a) es "espiritualmente normal" (capaz de imputación);
- b) ha tenido una cierta relación concreta con respecto al hecho o la posibilidad de tenerla (dolo o culpa), y
- c) ha obrado en circunstancias normales (sin estar bajo la presión de una situación característica de una causa de inculpabilidad).

El concepto normativo de la culpabilidad fue completado por una construcción teórico-normativa llevada a cabo por GOLDSHMIDT (en *Oesterr. Z. für Str. R.*) IV, 1913, pp. 144 y ss.), que entendió que la reprochabilidad implicaba un comportamiento *interior* opuesto a una *norma de deber*, que se encontraría junto a la norma jurídica, cuya lesión importa la antijuricidad (confr. también GOLDSHMIDT, en *Fest. für Frank*, I, 1930, pp. 428 y ss.; y críticamente ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 160 y ss.).

La teoría normativa de la culpabilidad permitió la evolución posterior de este concepto bajo la influencia de la teoría finalista de la acción. Al reconocerse que el dolo y la culpa no eran *especies de* la culpabilidad quedaba abierta la posibilidad de desplazar estos conceptos fuera de la culpabilidad. El *concepto de culpabilidad del finalismo*, sin embargo, no es un concepto normativo en el sentido de FRANK ni de GOLDSHMIDT.

Para la teoría finalista de la acción de la reprochabilidad presupone la *capacidad de motivarse por la norma*. El que realizó una acción típica y antijurídica será culpable si *podía motivarse por la norma*, es decir, si podía "obrar de otra manera" (confr. ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 176 y ss.; ver también sus precisiones en *Fest für Eb. Schmidt*, 1961, p. 320, nota 6). Desde este punto de vista, las "causas de inculpabilidad" carecen, en realidad, de fuerza para excluir la culpabilidad y sólo constituyen "causas generales de no formulación del reproche de culpabilidad" (ARMIN KAUFMANN, *loe. cit.*, pp. 202 y ss.). Fundamento de ello es la comprobación empírica de que en las situaciones que caracterizan las causas de inculpabilidad, no se elimina la capacidad de obrar de otra manera: en un estado de necesidad disculpante siempre es posible cumplir con el derecho y asumir el daño sobre los propios bienes jurídicos; sólo que, en tales casos, el derecho no formula reproche alguno (también así, JESCHECK, p. 386; SCHMIDHÄUSER, p. 460).

La misma comprobación ha servido para cuestionar íntegramente el concepto de culpabilidad del finalismo. Así, por ejemplo, la encontramos en BOCKELMANN (*Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, pp. 84 y ss.) y más tarde en ROXIN (*Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, p. 34). De acuerdo con ello la esencia de la culpabilidad no debería ser el "haber podido obrar de otra manera", lo que, en realidad, permite cuestionar la teoría del error de prohibición defendida por el finalismo, es decir, la "teoría estricta de la culpabilidad" (ver *supra*, e, aa).

Frente a la posición del finalismo se encuentran quienes piensan que la culpabilidad debe tratar de la cuestión referente a si un comportamiento típico y antijurídico *merece pena*, cuestión que debería responderse desde puntos de vista político-criminales (preventivos) (confr. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, p. 33). Pero en realidad, *toda* la teoría del delito, y no sólo la culpabilidad, quiere responder a esa pregunta. Este punto de vista resulta, por lo tanto, carente de contornos precisos para definir el concepto de culpabilidad. La consecuencia práctica de la concepción de ROXIN se manifiesta en que la culpabilidad no fundamentará la pena, aunque podrá cumplir una función limitadora del máximo de la pena en el momento de su individualización. (Críticamente al respecto ARTHUR KAUFMANN, en *JZ*, 1967, p. 553; LENCKNER, en *Handbuch der forensischen Psychiatrie*, ed. por GOPPINGER y WITTER, I-A, 1972, pp. 35 y ss.; OTTO, *Grundkurs, AT*, p. 189; con reserva frente a esta crítica: BACIGALUPO, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1980 (Monográfico núm. 3), p. 69).

d) *Concepto y elementos de la culpabilidad*

El contenido del concepto de culpabilidad está predeterminado por el concepto personal de lo ilícito. Lo ilícito es un presupuesto de la culpabilidad y esta, por lo tanto, importa una comprobación adicional.

El punto de vista tradicional entre los seguidores del concepto personal de lo ilícito es tratar como contenido de la culpabilidad la *capacidad de motivación por la comprensión de la antijuricidad* (confr. ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 160 y ss.). En este sentido se distingue en primer término la cuestión de la *capacidad de comprender la antijuricidad y de dirigir las acciones de acuerdo con esta comprensión* (la llamada imputabilidad), para hacer luego lo mismo con la cuestión de la *cognoscibilidad de ja antijuricidad* (la cuestión de la conciencia potencial de la ilicitud). (Confr. JESCHECK, pp. 349 y ss.; OTTO, pp. 192 y ss.; SCHMIDHÄUSER, pp. 374 y ss.; STRATENWERTH, núms. 515 y ss.; BLEI, pp. 160 y ss.; WELZEL, pp. 152 y ss.). Las *causas que eliminan el reproche de culpabilidad* completan (con el título de exigibilidad) el conjunto de elementos de la culpabilidad.

La razón de ser de estos elementos se explica porque la culpabilidad se define como un obrar contra el derecho "*pudiendo hacerlo en forma adecuada al derecho*". La capacidad de motivarse por el cumplimiento del derecho deter-

mina que la realización del ilícito sea reprochable y esa capacidad depende de que el autor haya podido comprender el derecho, comportarse de acuerdo con esa comprensión y podido conocer el derecho (es decir, la antijuricidad). las causas de inculpabilidad no son elementos que eliminen esa capacidad, como se vio, pero que, de todos modos, marcan el mínimo de gravedad de la reprochabilidad para fundamentar un reproche.

La posibilidad de determinar con exactitud la capacidad de motivación por la norma de otro es dudosa. Más aún, es seguro que no es totalmente posible (confr. STRATENWERTH, núms. 13 y 513). Aquí el derecho penal opera generalizando y comparando con una medida del poder de obrar abstraída de lo generalmente posible.

Una variante, que en realidad no sólo afecta al orden expositivo de estas cuestiones, ha sido introducida por ARMIN KAUFMANN (*Normentheorie*, pp. 160 y ss.; *Fest. für Eb. Schmidt*, pp. 319 y ss.). De acuerdo con ella, no debe diferenciarse entre la exclusión de la capacidad de culpabilidad (inimputabilidad) y la exclusión de la conciencia (potencial) de la antijuricidad (posibilidad de conocer la ilicitud), pues, en verdad, ambas excluyen la capacidad de motivarse de acuerdo con la norma. Esta capacidad constituye el *único* momento de la culpabilidad que se agrega a lo ilícito para completar el concepto de delito. La exigibilidad (= las causas de inculpabilidad) no importa un elemento que fundamenta la reprochabilidad sino, solamente, que establece los supuestos en los que la reprochabilidad no es suficiente para formular un reproche de culpabilidad que justifique la aplicación de una pena. La exigibilidad, por tanto, es simplemente una cuestión referida a la cuantificación del reproche, no a su exclusión.

Esta última posición merece, en principio, nuestra preferencia. De acuerdo con ella el concepto de culpabilidad se apoya en la idea de que *culpable es el que, pudiendo, no se ha motivado ni por la norma ni por la amenaza penal dirigida contra la violación de aquella*.

Nuestro punto de partida se separa ya del tradicional fundamentalmente en que atribuye relevancia a la posibilidad del autor de motivarse por la amenaza penal (confr. BACIGALUPO, *Delito y punibilidad*, 1983; en "Cuadernos de Política Criminal", núm. 6 (1978), pp. 3 y ss.; MIRPUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., 1982, p. 44). Debe aclararse que esta caracterización de la culpabilidad no está reñida con una concepción preventivo-especial de la pena. Por el contrario: el presupuesto básico de una acción preventivo-especial del Estado está constituido por la falta de la capacidad del autor de motivarse de acuerdo con el derecho. Sólo a partir de esta comprobación tiene sentido preguntarse por la necesidad de resocialización del autor. Las *características personales del autor* que permiten la individualización de la pena, sin embargo, no deben integrar el concepto de culpabilidad; por lo tanto no se requiere ningún momento caracterológico.

Este concepto de culpabilidad, lo mismo que cualquier otro, es totalmente independiente de la *prueba de la libertad de la voluntad o del determinismo* (en otro sentido ver GIMBERNAT, *Estudios*, pp. 57 y ss.).

Resumiendo: los elementos de la culpabilidad son los elementos de la capacidad de motivarse por el derecho (por la norma o por la amenaza penal). En consecuencia deben distinguirse aquí los dos aspectos que condicionan esta capacidad:

a) La posibilidad de conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto.

b) La posibilidad de motivación en sentido estricto (confr. ARMIN KAUFMANN, *Normentheorie*, pp. 162 y ss.).

e) *Los elementos de la culpabilidad en particular*

La exposición de los elementos de la culpabilidad en particular debe comenzar por la cuestión del conocimiento de la desaprobación jurídico-penal del acto, a diferencia de lo que es habitual. Por lo general se expone previamente la capacidad de motivación en sentido estricto (la imputabilidad), pero es claro que si un incapaz de motivarse en este sentido, ni siquiera pudo conocer la desaprobación jurídico-penal del acto, el análisis de su incapacidad será superfluo, pues con respecto a él se excluirá también la posibilidad de aplicar una medida de seguridad (!)•

aa) *La posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del acto.*

1. La conciencia de la desaprobación jurídico-penal. La primera condición de la capacidad de motivarse por el derecho (penal) es la posibilidad de conocer la desaprobación jurídico-penal del hecho cometido.

Las teorías tradicionales consideran aquí la cuestión del conocimiento de la antijuricidad, con lo cual la culpabilidad desaparece sólo cuando el autor ha obrado con un error sobre la antijuricidad, es decir, sobre la prohibición del hecho, para lo cual únicamente se requiere el error sobre la *antijuricidad material* (confr. JESCHECK, p. 366).

Desde nuestro punto de vista la antijuricidad material resulta insuficiente para la caracterización de la desaprobación jurídico-penal del hecho. Esta depende sustancialmente de la amenaza penal para la realización del hecho, es decir, de su *punibilidad*. En consecuencia, el autor debe haber podido conocer la punibilidad y el error sobre esta no sólo atenúa la gravedad de la culpabilidad (como sostiene STRATENWERTH, núm. 563) sino que —cuando es inevitable— la excluye. Consecuencia práctica inmediata de este punto de vista es que el error sobre cualquier circunstancia que excluya la punibilidad (sea una causa de justificación, de "inculpabilidad" o una excusa absolutoria) deberá regirse por las mismas reglas.

Tener la posibilidad de conocer la punibilidad es tener posibilidad de conocer que el hecho es punible, pero *no significa* que se requiera también el *conocimiento de la gravedad de la amenaza*: es suficiente que el autor pueda saber que realiza un hecho que está amenazado con pena, *su error sobre la cuantía de la pena no es relevante*. Esto no prejuzga, naturalmente, sobre

la posición que debe asignarse a ciertos elementos como la cuantía del daño patrimonial y el tiempo de curación de las lesiones en el Código Penal español (arts. 420, 422, 505, 515, 528, 560), en el Código Penal argentino (art. 90), en el Código Penal colombiano (arts. 332 y ss.). Tales elementos pueden ser considerados circunstancias del tipo objetivo y el error sobre ellas ser un error relativo a una circunstancia cuyo conocimiento excluirá el dolo. La razón que explica la irrelevancia del error sobre la gravedad de la pena reside en que lo que el autor debe haber podido conocer es la desaprobación jurídico-penal y esta depende de la punibilidad, pero no de la gravedad de la pena.

El *error sobre la prohibición del hecho* excluye ya la posibilidad del conocimiento de la punibilidad, pues el mínimo presupuesto de la punibilidad es la prohibición. A su vez el conocimiento de la prohibición (en el sentido de la antijuricidad material) puede permitir al autor deducir la punibilidad del hecho. Esta problemática tiene significación sobre todo en relación a la evitabilidad del error sobre la punibilidad (confr. *infra*, 3).

El conocimiento del autor respecto de la punibilidad puede ser *seguro* o simplemente fundarse en la *duda* sobre la punibilidad *del hecho* (*paralelamente* respecto de la conciencia de la antijuricidad, RUDOLPHI, *SK StGB*, § 17, 12 y ss.).

La *conciencia de la punibilidad es divisible*. En los casos de concurso ideal de delitos, por lo tanto, *se requiere el conocimiento de* las diversas punibilidades que afectan al hecho.

La conciencia de la punibilidad *no debe ser actual*. Es suficiente con la posibilidad de haber conocido la *amenaza* penal. Por regla general el autor habrá tenido esta posibilidad cuando del conocimiento de la antijuricidad material de su hecho, haya deducido por lo menos la posibilidad de que el mismo sea punible.

2. El error sobre la desaprobación jurídico-penal del hecho. Habrá un error sobre la punibilidad cuando el autor haya supuesto erróneamente la no punibilidad del hecho realizado. Esta situación se dará:

a) Cuando el autor carezca totalmente del conocimiento de la punibilidad, es decir, de la desaprobación jurídico-penal del hecho;

b) Cuando haya supuesto alguna causa de justificación, de inculpabilidad o una excusa absolutoria que en realidad el ordenamiento jurídico no contiene, y

c) Cuando haya supuesto la concurrencia de circunstancias que de haber concurrido hubieran determinado la exclusión de la punibilidad (sean las circunstancias de una causa de justificación, de una causa de inculpabilidad o de una excusa absolutoria).

Estas conclusiones parecerían estar en contradicción con el texto del art. 40, 3 del Código Penal colombiano. Sin embargo, no es así: en primer término la mención de las causas de justificación en este inciso no excluye los otros errores que puedan excluir la culpabilidad. La definición de la culpabilidad en este Código es una cuestión de interpretación, pues el art. 5º *no* dice en qué consiste y el art. 35 al referirse a las "formas" de la culpabilidad, no a las "especies", no impone un concepto determinado de culpabilidad.

El error *inevitable sobre* la punibilidad excluye la culpabilidad.

El error *evitable sobre* la punibilidad no excluye la culpabilidad, pero puede atenuarla en la medida de su evitabilidad.

Aquí es preciso establecer, entonces, bajo qué condiciones un error sobre la punibilidad es evitable.

3. La evitabilidad del error sobre la desaprobación jurídico-penal. Como queda dicho, el efecto excluyente de la culpabilidad del error sobre la punibilidad está condicionado por la *inevitabilidad del error*. El autor, que podía evitar el error, en consecuencia, reúne la primera condición para comportarse de acuerdo a derecho, para cumplir con su deber jurídico-penal (en este sentido el Código Penal colombiano, art. 40, 3). Por lo tanto, la sola *capacidad del autor de conocer* la desaprobación jurídico-penal expresada en la punibilidad no alcanza para determinar el carácter evitable del error. Además de esa capacidad del autor es preciso que este haya tenido la *posibilidad concreta de ejercerla* (confr. RODOLPHI, *SK StGB*, § 17, 26 y ss.).

En la teoría se rechaza el punto de vista que condiciona la evitabilidad del error a la infracción de un supuesto deber de información sobre la antijuricidad del hecho. (Confr. ARMIN KAUFMANN, en *Festfür Eb. Schmidt*, pp. 329 y ss.; HORN *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, 1969, pp. 87 y ss.; RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, 1969, pp. 196 y ss.). Básicamente se objeta a esta teoría que el incumplimiento del deber de información no demuestra ya que el error era evitable, pues es posible pensar que a pesar de darle cumplimiento a tal deber no se hubiera podido despejar el error. Ejemplo: el autor hubiera tenido que consultar a un funcionario que, por falta de un conocimiento claro del derecho vigente, le hubiera dado una información errónea. Si la infracción del deber de información fuera suficiente para establecer la evitabilidad del error, no podría tomarse en cuenta que el cumplimiento de tal deber todavía no garantiza que el autor hubiera podido conocer la punibilidad del hecho (la desaprobación jurídico-penal). Por otra parte, se entraría en una cadena interminable de infracciones de deberes de información-, el autor que no se informó por desconocimiento del deber de informarse, sólo sería reprochable si este desconocimiento fuera a su vez producto de la infracción del deber de informarse de la existencia de un deber de informarse, y así *ad infinitum* (ARMIN KAUFMANN, *Fest, für Eb. Schmidt*, p. 330).

Por lo demás, se piensa que un deber de esta naturaleza acabaría prácticamente con el error sobre la punibilidad pues, en verdad, todo error sería, en principio, evitable (confr. STRATENWERTH, núm 584), salvo los casos en que las circunstancias concretas impidieran al autor pensar en la posibilidad de informarse (por ejemplo en el caso del Código Penal español porque la acción es necesaria y no hay tiempo para recabar información: un médico de un lejano pueblo que duda sobre si está autorizado a practicar un aborto cuando la continuación del embarazo, de no ser interrumpido de inmediato, produciría lesiones graves en la madre).

En concreto, la evitabilidad del error depende de la comprobación de los siguientes extremos:

El autor debe haber tenido por lo menos la representación de una posible colisión de su acción con el derecho; en otras palabras, *la representación de la posible punibilidad de su acción* (HORN, *loe. cit.*, p. 69; RUDOLPHI, *loe. cit.*, § 17, 30). Por regla general habrá que admitir la existencia de esta representación cuando el autor tenga conciencia de que su acción viola un deber de singular importancia social (confr. STRATENWERTH, núm 589). En el marco del llamado derecho penal "convencional" (homicidio, robo, hurto, lesiones, estafa, aborto, injurias, calumnias, etc.) difícilmente el autor puede creer en forma inevitable que su hecho no es punible (en abstracto). Son posibles, por el contrario, suposiciones erróneas de circunstancias que de concurrir hubieran eliminado la punibilidad.

El autor debe haber llevado a cabo todo esfuerzo serio que pareciera adecuado para despejar la duda sobre la punibilidad que es producto de su representación de la posibilidad de la misma. Aquí se pueden plantear dos puntos de vista: uno *subjetivo*, según el cual el autor habrá obrado en un error *inevitable* toda vez que haya empleado los medios que se le ocurrieron podrían despejar su duda, aunque otros medios en los que él *no* pensó le hubieran servido para tener conocimiento adecuado de la situación jurídica; otro criterio sería de naturaleza *objetiva*: el error sería *inevitable* si el autor ha realizado lo que una persona consciente de su responsabilidad hubiera hecho, en la situación en que obró el autor, para despejar su duda (así, RUDOLPHI, *SK StGB*, § 17, 30; también STRATENWERTH, núm 595). La decisión por uno de estos criterios no es fácil. En principio, se debería dar preferencia al criterio subjetivo, pues el autor que espontáneamente *no* ha tenido una representación de la forma en que podría resolver su duda no debería ser reprochable, si la reprochabilidad depende de su *capacidad* de cumplir con el deber o de motivarse por la amenaza de la infracción de este. Si el autor no tuvo la representación del camino para resolver la duda tampoco habrá tenido la capacidad de motivarse que presupone la culpabilidad.

bb) *La capacidad de motivación en sentido estricto (la imputabilidad)*. En la terminología tradicional se designa a este elemento como "imputabilidad", queriéndose hacer referencia con ello a las condiciones para la imputación subjetiva de un hecho determinado, es decir, a la atribución de una acción a un sujeto como *su* acción. Esta terminología tradicional es, en realidad, poco práctica porque no señala el elemento que realmente importa, sino el problema, en forma muy general, que se quiere resolver. Al remplazarse esa terminología por la de "capacidad de motivación" o "capacidad de culpabilidad", se logra un mejor acercamiento al núcleo del problema dentro de la sistemática moderna.

La cuestión de la capacidad de motivación es de naturaleza eminentemente jurídica: no debe confundirse, por lo tanto, con una cuestión médica o psiquiátrica, aunque sea necesario determinar algunos aspectos mediante conceptos médicos.

La capacidad de motivación es la *capacidad de determinarse por el cumplimiento del deber*. Esta capacidad requiere: a) la *capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal* (Código Penal argentino "la criminalidad del acto", art. 34, 1; Código Penal colombiano "su ilicitud, art. 31) y b) la *capacidad de dirigir el comportamiento de acuerdo con esa comprensión*.

Este concepto de capacidad de motivación no ofrece dificultades frente al texto de Códigos que adoptan un *criterio mixto* (biológico-normativo) en lo referente a la fórmula legislativa en esta materia. En efecto, Códigos penales como el argentino o el colombiano que condicionan la capacidad de motivación por un lado *a. presupuestos biológicos*; la comprobación de ciertos estados del sujeto (enfermedad mental, grave perturbación de la conciencia o insuficiente desarrollo mental) y, por otro lado, a *consecuencias normativas* provenientes de esos estados (incapacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y de dirigir las acciones según esa comprensión).

Tampoco ofrece dificultades en relación al Código Penal español (art. 8, 1), al mexicano (art. 15, II) y al venezolano (art. 62). En España, donde la fórmula legislativa del Código vigente sólo menciona los presupuestos biológicos (criterio biológico puro), la teoría ha hecho depender la capacidad de motivación de los presupuestos biológicos y de sus consecuencias normativas (confr. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, pp. 120 y ss.; GIMBERNAT, *Introducción*, p. 71; CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, I, pp. 206 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, pp. 200 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, pp. 429 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, p. 363).

Estudiaremos en particular las causas que excluyen la capacidad de motivación en sentido estricto.

1. La minoridad. Los Códigos penales excluyen de forma genérica la responsabilidad de los menores de cierta edad (Argentina, ley 14.394, art. 8°: 16 años; Código Penal colombiano, art. 34: 16 años; Código Penal español, art. 8°, 2: 16 años). En realidad, la exclusión de la responsabilidad de los menores de cierta edad se apoya en la presunción *jure et de jure* de que aún no han alcanzado la madurez necesaria para comportarse de acuerdo con su comprensión del derecho. Por este motivo, tal vez debería tratarse esta circunstancia fuera del capítulo correspondiente a las causas que excluyen la capacidad de motivación. La mayor parte de los menores de 16 años tienen ya capacidad para comportarse de acuerdo con su comprensión de la desaprobación jurídico-penal del hecho. Por esta razón, la edad menor de 16 años debería considerarse como una *excepción personal al régimen del derecho penal común*. Este punto de vista parece más adecuado a una clara situación del problema que considerar, en este caso, que el texto legal hace sólo referencia a una fórmula "biológica pura" de Ja imputabilidad (así RUDOLPHI, *SK StGB*, § 19, 1).

El momento de la consideración de la edad es el de la *comisión del hecho*, no el de la sentencia. Por momento de la comisión del hecho debe entenderse el de la realización de la acción, sea que se trate de una acción de autoría o de participación (complicidad o instigación).

2. Los presupuestos biológicos de exclusión de la capacidad de motivación. *La exclusión de la capacidad de motivación por enfermedad mental.* La terminología legislativa no es uniforme al hacer referencia a las enfermedades mentales: "perturbación morbosa de las facultades" (Código Penal argentino, art. 34, 1); "enajenado" (Código Penal español, art. 8, 1); "trastorno mental" (Código Penal colombiano, art. 31); "enfermedad mental" (Código Penal venezolano, art. 62); "anomalías mentales" (Código Penal mexicano, art. 68).

El *concepto de enfermedad mental* no se superpone con el concepto médico de enfermedad mental. Desde el punto de vista jurídico, con que se debe interpretar estas expresiones, deben incluirse aquí en primer lugar las *psicosis* en sentido clínico, tanto de origen *exógeno* como *endógeno*. Entre las *psicosis exógenas* se cuentan los delirios condicionados por parálisis esclerótica, el *delirium tremens*, los que tienen sus orígenes en intoxicaciones y los estados psicóticos provenientes de tumores o lesiones cerebrales. La *ebriedad* puede ser considerada como enfermedad mental cuando haya alcanzado un grado considerable (3/00 de alcohol en la sangre (confr. RUDOLPHI, *SK StGB*, § 20, 7) que excluya la capacidad de comprender y de comportarse de acuerdo con esa comprensión.

Las *psicosis endógenas* son fundamentalmente la *esquizofrenia* y la *locura maníaco depresiva*.

Las enfermedades mentales además de ser agrupadas según sus *causas*, como acabamos de ver, lo son también según sus *síndromes* (confr. HILDE KAUFMANN, *Kriminologie*, I, 1971, pp. 21 y ss.). Desde este punto de vista se distingue entre "el tipo de reacción aguda exógena", "el síndrome orgánico en sentido estricto", el "síndrome psíquico cerebral local".

La epilepsia es considerada una enfermedad mental desde el punto de vista jurídico, aunque en parte se rechaza su carácter de psicosis endógena (confr. CÓRDOBA RODA, *loe. cit.*, p. 216; HILDE KAUFMANN, *loe. cit.*, pp. 33 y ss.).

Es preciso señalar que el concepto de enfermedad mental de KURT SCHNEIDER, al que tan frecuentemente se recurre en la práctica, *no es hoy en día* admisible en la interpretación de las disposiciones sobre exclusión de la capacidad de motivación (*Die Psychopathischen Persönlichkeiten*, 9ª ed., 1950, 1ª ed., 1923) (!). En ello no deja de tener influencia el medio siglo de antigüedad de tal concepto. Para SCHNEIDER "solo hay enfermedad en lo corporal y un fenómeno espiritual morboso requiere ser condicionado por la existencia de una modificación enfermiza del cuerpo" (p. 10). Sin embargo, en las propias enfermedades mentales como la esquizofrenia y la manía depresiva o circular, estas transformaciones del cuerpo *no han sido comprobadas* (confr. SCHNEIDER, *loe. cit.*, y en *Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, 2º ed., 1953, p. 8). "La aceptación de que la ciclotimia y la esquizofrenia provienen de enfermedades (corporales), es un puro postulado, si bien muy probable y casi fundadamente constrictivo" (*Die Beurteilung*, p. 9). Las personalidades psicopáticas, en cambio, "no se refieren a una enfermedad" (corporal) (ib. ídem, p. 10). De manera que el límite entre enfermedad y simple anormalidad,

está basado en la *pura postulación de una suposición no comprobada experimentalmente*. Es evidente que metodológicamente un concepto semejante queda invalidado. Y pretender establecer la línea divisoria de imputabilidad y no imputabilidad en base a él, es por demás criticable (ver HILDE KAUFMANN, *loc. cit.*, p. 20; ver también VICENTE P. CABELLO, *Psiquiatría forense en el derecho penal*, 1981, pp. 167 y ss.).

Una diferencia entre el concepto médico o psiquiátrico de enfermedad mental y el concepto jurídico permite considerar como casos de enajenación o de perturbación de las facultades mentales, etc., a casos que desde el punto de vista de sus efectos sobre la capacidad de motivación, tienen idénticas características. Se trata de situaciones en las que se comprueba una grave perturbación del "núcleo de la personalidad y de la capacidad de actuar de acuerdo con el sentido" (RUDOLPHI, *SKStGB*, §§ 20, 14; SCHÓNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, §§ 20, 19 y 23).

Aquí entran en consideración, en primer lugar, *Xas psicopatías*. Ciertamente, los fundamentos mismos de la psicopatías están hoy cuestionados, pues no puede demostrarse una distinción adecuada entre perturbaciones condicionadas por el desarrollo y las condicionadas por la disposición. El criterio del que deberá partir el Tribunal, es el de la *gravedad de la perturbación que la haga comparable a una psicosis en sentido clínico en sus efectos, tomando en cuenta el caso concreto*. En la psiquiatría moderna no pueden desconocerse las tendencias que procuran prescindir de este concepto por carecer de una comprobación convincente. Desde nuestro punto de vista lo que se requiere es una perturbación permanente de la personalidad que se exprese en la reacción concreta.

En opinión de algunos tribunales, las psicopatías serían *siempre* insuficientes para determinar la inimputabilidad. El fundamento residiría en que las psicopatías no registran una base somática, según lo requerido por el concepto de SCHNEIDER. Pero precisamente en una importante clase de psicosis, como se demostró más arriba, tampoco se ha podido comprobar una base patológica corporal (psicosis endógenas). Ello demuestra que no hay ningún apoyo científico en definitiva para negarle, en principio, a las psicopatías, o a las personalidades psicopáticas, la calidad de situaciones equivalentes a las enfermedades mentales. En definitiva, todo se apoya en una mera suposición, que a su vez descansa en otra no menos cuestionable: que la vida espiritual es un producto mecánico de la causalidad natural.

El concepto de enfermedad mental a que responde el elaborado por SCHNEIDER (ver también WEITBRECHT, *Psychiatrie im Grundriss*, 2ª ed., 1968, p. 64) proviene de la concepción positivista naturalista de la segunda mitad del siglo xix. Este concepto médico atraviesa hoy dificultades para su realización (confr. HILDE KAUFMANN, p. 20).

Los tribunales, en consecuencia, deben reconocer *este* estado de la ciencia como condicionante de sus resoluciones y no decretar también qué criterio tiene valor.

El carácter *permanente* o *transitorio* del trastorno mental (Código Penal español, art. 8, 1) no es, en realidad, esencial. La ley sólo quiere extender el concepto de enfermedad relevante a los casos en los que se trata de episodios no-permanentes.

Dado el concepto de enfermedad mental que hemos sostenido y que no se reduce al concepto positivista de la misma, no es problemática la cuestión del "fondo patológico" del trastorno mental transitorio, sobre el que hubo diversidad de opiniones en la teoría española (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, pp. 346 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, i, pp. 218 y ss.).

La exclusión de la capacidad de motivación por insuficiencia de desarrollo mental. Principalmente caen en este grupo los casos de *oligofrenia*, "que sin embargo no expresan una unidad noseológica, sino que —desde un punto de vista etiológico— toman en cuenta las diversas causas, que en parte caen bajo conceptos somáticos de enfermedad, de tal forma que en estricta sistemática deberían tratarse bajo las psicosis" (HILDE KAUFMANN, *Kriminologie*, p. 41).

Se trata de casos de personas "cuya inteligencia no rinde en la medida suficiente como para servir a su organismo frente al mundo circundante" (ADOLF BUSEMANN, *Psychologie der Intelligenzdefekte*, 1959, p. 120).

Las oligofrenias se distinguen según el grado alcanzado por la afección en *debilidad mental*, *imbecilidad* e *idiocia*. Las causas de la oligofrenia suelen comprobarse como hereditarias, lesiones durante el embarazo e inmediatamente después del nacimiento y en la temprana edad (HILDE KAUFMANN, *loc. cit.*, p. 42). La relevancia jurídico-penal de la insuficiencia intelectual está condicionada por el efecto excluyente de la posibilidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones.

La jurisprudencia española ha considerado estos casos dentro del concepto de enajenación, aunque con excepciones (confr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, i, p. 214).

La exclusión de la capacidad de motivación por grave perturbación de la conciencia. Estos casos deben distinguirse de aquellos que importan una pérdida total de la conciencia y que tienen el efecto de excluir ya la realización de una acción. "Perturbación de la conciencia es perturbación de la relación normal entre la conciencia del yo (autoconciencia) y la conciencia del mundo exterior y, por lo tanto, una lesión de la autodeterminación" (RUDOLPHI, *SK StGB*, § 20, 10).

Hay acuerdo con respecto a que las perturbaciones no necesitan ser patológicas y a que, en consecuencia, pueden ser también fisiológicas, como el sueño, etc. También se consideran aquí los casos de hipnosis o posthipnóticos y estados crepusculares hípnicos.

Por el contrario se discute hasta qué punto es suficiente, para tener por acreditados los presupuestos biológicos de la exclusión de la capacidad de motivación, la comprobación de un estado emocional de alto grado. En principio es admisible (confr. JESCHECK, p. 355; RUDOLPHI, *SK StGB*, § 20, 10; SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, *StGB*, § 20, 14), pero se percibe una tendencia restrictiva respecto de las exigencias que debe cumplir. En parte se sostiene

que *en el momento del hecho* el autor puede haber obrado sin capacidad de motivación, pero que es necesario analizar si en el momento de su producción, anterior a la realización del hecho, era evitable al autor (confr. RUDOLPHI, *loc. cit.*, § 20, 12).

3. El efecto de los estados biológicos: la exclusión de la capacidad de comprender la desaprobación jurídico-penal y la de conducirse de acuerdo con esta comprensión. Esta verificación es lo que hemos designado como *componente normativo* de la fórmula legal. Se trata de un juicio valorativo *que debe realizar el juez*.

Las reglas en base a las cuales debe realizarse la determinación variarán según los casos. Principalmente las psicopatías y las neurosis crearán dificultades especiales, pues aun cuando se tenga a mano un diagnóstico concluyente de ellas, todavía dependerá del efecto que produzcan su admisión o no dentro del concepto legal. En estos casos habrá que ponderar cuidadosamente procurando establecer una delimitación normativa. En cambio, las dificultades no serán excesivas cuando se cuente con un diagnóstico concluyente de enfermedad mental, en cuyo caso podrá por regla asegurarse la inimputabilidad. HELLMUTH MAYER (*Strafrecht*, p. 110) propone como fórmula la comprobación de si el autor, en su hecho, "es todavía una esencia razonable".

La posibilidad de responder en forma médica a la pregunta por la posibilidad de comprensión y de dirección, ha sido cuestionada desde hace mucho. ALEXANDER y STAUB lo negaron en la década del 20 y más recientemente KURT SCHNEIDER (*Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, 2ª ed., 1953) afirmaba que la "pregunta por la capacidad de comprensión y dirección según esta comprensión es objetivamente *irrespondible*; sobre todo lo referente a la posibilidad de obrar de acuerdo a la comprensión" (p. 17). El propio SCHNEIDER explica que, médicamente, sólo se podría responder a las cuestiones planteadas por la primera parte de la fórmula. "Casi nunca diferenciamos (los psiquiatras) en nuestras respuestas estas últimas cuestiones (de la capacidad de comprender y dirigir); tan lejos, en cierto modo, no llegamos" (*loc. cit.*).

4. El momento de la capacidad de motivación. La posibilidad de comprender la desaprobación jurídico-penal del acto y dirigir las acciones debe darse en el *momento* del hecho. La única excepción al principio de que el sujeto debe tener la posibilidad de comprender y dirigir está constituida por la llamada *actio liberae in causa*. En estos supuestos el autor, siendo capaz de motivarse, se pone voluntariamente en un estado que excluye la capacidad de motivación y en esta última situación realiza la acción típica y antijurídica. En tales casos es posible retrotraer el juicio sobre la capacidad de motivación al momento en que libremente el autor pone la causa del estado posterior. Ejemplo: la enfermera que ingiere un somnífero que le impide despertarse al ser requerida de urgencia por un paciente que luego muere a causa de no habersele prestado la ayuda necesaria.

La *actio liberae in causa* puede realizarse con dolo directo, eventual o culpa. Habrá *dolo directo* cada vez que el autor se ponga en estado de incapacidad *para* realizar el delito. *Dolo eventual* habrá, en cambio, cuando el autor

se represente el resultado como probable y no tome ninguna precaución para evitarlo. *Culpa*, cuando el autor haya debido o podido prever que en el estado de imputabilidad cometería un delito. Ejemplos: El que *para* darse ánimo para matar a otro, ingiriendo alcohol se coloca en estado de inimputabilidad, obra con dolo directo. El que se represente como probable que en estado de inimputabilidad vencerá por la fuerza la resistencia de la mujer con la que quiere yacer y continúa bebiendo sin tomar precaución alguna para evitar la violación, obra con dolo eventual. El conductor de un autobús que, sabiendo que debe tomar servicio, no prevé que para ese momento se encontrará en estado de incapacidad de dirigir plenamente sus actos y que podrá provocar un accidente, obra culposamente.

La *actio liberae in causa* realizada dolosamente es de estructura similar a la autoría mediata: el autor se utiliza a sí mismo en estado de inimputabilidad para la comisión de un delito.

Solamente el Código Penal colombiano prevé una disposición relativa a la *actio liberae in causa* (art. 32).

5. La capacidad de motivación disminuida. El art. 9º del Código Penal español permite considerar como circunstancia atenuante los casos en que el grado de los presupuestos biológicos o de las consecuencias de estos no alcanza la medida requerida para excluir la capacidad de motivación. Los Códigos que no contienen una disposición como esta se ven obligados, de todas maneras, a admitir una atenuación de la culpabilidad en estos casos, cuyos efectos prácticos no difieren de los del Código Penal español.

La capacidad de motivación del autor debe haberse visto *considerablemente* reducida, aunque no haya alcanzado la exclusión. Dada la gran diversidad de supuestos es posible admitir aquí la imposibilidad de establecer reglas generales precisas. El tribunal, sin embargo, deberá establecer por lo menos la existencia de una anormalidad del autor que incida en su capacidad de motivación y que haya disminuido su entendimiento de la desaprobación jurídico-penal o su posibilidad de comportarse de acuerdo con ella.

6. La alteración de la percepción en el Código Penal español (art. 8º, 3). El antiguo art. 8º, 3 del Código Penal español contenía una regla especial que excluía la responsabilidad penal para el sordomudo de nacimiento o desde la infancia. Esta regla fue considerada, con razón, por muchos autores como superflua, pues estos casos cabían ya en las categorías del art. 8º, 1 (confr. DÍAZ PALOS, *Teoría general de la imputabilidad*, 1965, pp. 222 y ss.).

La nueva redacción del art. 8º, 3 introducida por la ley 8 de 1983, 25 de junio, dice ahora: "El que por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad". Tampoco en este caso se puede decir que la redacción sea afortunada. Pero dejando ello de lado, no cabe duda que la nueva redacción es tan superflua como la anterior y que no requiere un tratamiento específico. Gran parte, sin embargo, de las críticas que merecía el antiguo texto (confr.

CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, i, pp. 232 y ss.) no se reproducirán con el nuevo.

Lo aconsejable sería la derogación de esta disposición.

5. PREPARACIÓN, TENTATIVA Y CONSUMACIÓN DEL DELITO DOLOSO

La acción es punible *no solamente* cuando concurren todas las circunstancias que comportan el tipo objetivo y el subjetivo (*consumación*) (suponiendo que el autor sea culpable), sino también —bajo ciertas circunstancias— cuando *falte* algún elemento requerido por el tipo objetivo (tentativa). De esta forma entraremos en la cuestión de la delimitación del comienzo de la punibilidad. En otras palabras, y dado que un hecho punible tiene distintas etapas de realización, es preciso delimitar en qué momento el autor ingresa en el límite mínimo de lo punible, y cuándo se ha alcanzado la etapa que permite llegar al máximo de punibilidad prevista.

a) *Las etapas de realización del hecho punible doloso (iter criminis)*

El hecho punible doloso se desarrolla en cuatro etapas: *ideación, preparación, ejecución y consumación*

aa) *Ideación*. Se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin los medios para alcanzarlo. Esta etapa está regida por el principio. *Cogitationem poena nemo patitur* (ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vii, núm. 1986). El principio tiene jerarquía constitucional. (Constitución argentina, art. 19; Constitución española, implícitamente arts. 24 y 25, 1).

Desde nuestro punto de vista, este principio no debe aplicarse a la cuestión de la propaganda política, ya que representa un *acto externo* y que en principio *no puede* constituir delito alguno en un Estado que tiene por base un pluralismo ideológico. La cuestión implicada en este tipo de actividades y las leyes que tienden a su represión se vinculan, por un lado, con la garantía de la libertad de expresión (Constitución española, art. 20) y, por otro, con la *autonomía ética de la persona*: la cuestión es hasta qué punto el Estado tiene autoridad frente a lo que para el individuo representa la coacción de su propia conciencia (ver ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, pp. 137 y ss.; JESCHECK, pp. 334 y ss.; GÜNTERGREENIUS, *Täter aus Ueberzeugung-Täter aus Gewissensnot*, 1969).

bb) *Preparación*. Es el proceso por el cual el autor dispone de los medios elegidos, con miras a crear las condiciones para la obtención del fin.

cc) *Ejecución*. Es la utilización concreta de los medios elegidos en la realización del plan. Las zonas correspondientes a la preparación y ejecución,

resultan de difícil determinación. Su distinción sólo tiene sentido a partir del límite trazado por el legislador entre lo punible y lo no punible, es decir, en relación a los tipos penales individuales de la ley penal.

Dentro de la ejecución es posible distinguir dos niveles de desarrollo: uno en el que el autor no ha dado término todavía a su plan y otro en el que ya ha realizado todo cuanto se requiere *según su plan* para la consumación (tentativa acabada = delito frustrado).

dd) *Consumación*. Es la obtención del fin típico planeado mediante los medios utilizados por el autor.

De estas etapas sólo entran en el ámbito de lo punible las de ejecución y consumación. Tanto la ideación como la preparación son penalmente irrelevantes. Esto surge del propio texto de los arts. 42 del Código Penal argentino; 22 del Código Penal colombiano; 3 del Código Penal español y 80 del Código Penal venezolano, (la fórmula del Código Penal mexicano, art. 12, no recoge el principio del "comienzo de ejecución"), que adoptan la fórmula del "principio de ejecución" para deslindar las zonas de la punibilidad y no-punibilidad.

Es frecuente afirmar que "excepcionalmente" la ley castiga también actos preparatorios (confr. JESCHECK, pp. 423 y ss.). Tal afirmación es, por lo menos, superflua y quizás errónea. Preparación y ejecución son conceptos relativos que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico. En consecuencia, no hay "*actos preparatorios*" en sí, ni "*actos de ejecución*" en sí. La tenencia de instrumentos para falsificar, incriminada en el art. 299 del Código Penal argentino o en el art. 315 del Código Penal español, no representa un acto preparatorio "excepcionalmente" penado, sino un acto auténtico de ejecución porque el legislador ha desplazado hasta esas acciones la protección del bien jurídico correspondiente. Desde el punto de vista del apoderamiento tenido en miras por el autor, la muerte del custodio de la cosa no es sino un acto preparatorio, pero nadie discutiría que *no* se trata de actos preparatorios excepcionalmente penados. La afirmación de que son punibles "sólo por especiales motivos político-criminales" (JESCHECK, *loc. cit.*), con que aquella conclusión suele ir acompañada, es la prueba de que en definitiva no hay excepción alguna, pues *todos* los delitos del Código están incriminados por especiales motivos de política criminal.

Tampoco tendría nada que ver con el tema, a nuestro juicio, la cuestión de las "*resoluciones manifestadas*" (ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vn, núm. 2000) y que se refieren a la proposición y la conspiración (Código Penal español, art. 4). Estas formas no son sino tipos penales de *delitos autónomos*. El legislador fija el límite a partir del cual protege un bien jurídico. Con respecto a este límite se podrá entonces decir qué es ejecución y qué es preparación. La *proposición* y la *conspiración* resultarán por regla un acto preparatorio de otro hecho punible, en los Códigos que no las incriminan expresamente. Cuando estén incriminadas serán, ya sin duda, un delito autónomo (en detalle respecto del Código español: CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito*, 1978).

b) *Concepto y elementos de la tentativa*

Hay tentativa cuando el autor con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad (Código Penal argentino, art. 42; Código Penal español, art. 3º, ni.

Este concepto es común a los casos en que, a pesar de la falta de consumación del delito, la acción era adecuada para alcanzarla (tentativa idónea) y a los casos en que la acción carece de aptitud para alcanzar la consumación (tentativa inidónea). Las leyes argentinas y españolas no hacen distinción alguna. (Con respecto a los Códigos penales de Colombia, art. 22 y Venezuela, art. 80, que requieren actos "idóneos" y "medios apropiados", es preciso admitir que las tentativas inidóneas no son allí punibles).

La dogmática argentina y la española (ver RODRÍGUEZ DEVESA, p. 741) han procurado distinguir, sin embargo, entre la tentativa y la tentativa inidónea. La posibilidad de esta distinción no ha encontrado, sin embargo, una fundamentación aceptable. Por esa distinción se ha inclinado entre otros SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA y RODRÍGUEZ DEVESA. En favor de la posición aquí seguida JIMÉNEZ DE ASÚA.

aa) *El fundamento de la punibilidad de la tentativa* reside en el *disvalor de la acción*, ya que el disvalor del resultado no alcanza, precisamente, a producirse (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *vu*, núm. 2230; *otro punto* de vista SCHMIDHÁUSER, p. 594). De todos modos la fundamentación de la punibilidad de la tentativa se ha intentado mediante criterios objetivos y subjetivos (ver JESCHECK, p. 414; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, *vu*, núms. 2075 y ss.; SCHMIDHÁUSER, pp. 592 y ss.). La diferencia práctica fundamental de los distintos fundamentos reside en que el criterio objetivo conduce a la no punibilidad de la tentativa inidónea (o delito imposible), mientras que el criterio subjetivo permite sancionar también casos, en los que, por ejemplo, el autor quiere matar a otro dándole erróneamente azúcar en lugar de veneno, o disparando su arma sobre un objeto que erróneamente toma por su víctima.

La llamada *teoría objetiva* considera que la tentativa es punible por el *peligro que ha corrido el bien jurídico protegido*. Esta teoría no puede admitir la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, es decir, aquella que de ninguna manera tenía aptitud para producir la consumación (representantes: FEUERBACH, *Lehrbuch*, 4ª ed., 1808, p. 43; LISZTSCHMIDT, pp. 301 y ss.). Sin embargo la teoría objetiva pudo ser extendida a la tentativa inidónea reconociendo que no sólo entraría en consideración el peligro corrido por el bien jurídico, sino también la *peligrosidad exteriorizada por el autor*. Esto sólo resultó posible en la medida en que la pena se fundamentó en la prevención especial (ver VON LISZT, *Lehrbuch*, 16/17 ed., 1908, § 46, 2; ampliado en LISZTSCHMIDT, *Lehrbuch*, pp. 301 y 313 y ss.). "La relación tiene que darse en un doble sentido: en la peligrosidad del hecho y en la peligrosidad del autor" (LISZTSCHMIDT, *loc. cit.*, p. 301.

La *teoría subjetiva*, por el contrario, toma como punto de partida no ya la puesta en peligro del bien jurídico, sino la comprobación de una voluntad hostil al derecho. Esta teoría permite concebir la punibilidad de la tentativa inidónea, pues dentro de su esquema una distinción entre tentativa inidónea e idónea no tiene sentido: toda tentativa es inidónea pues de haber sido idónea, se hubiera consumado el delito (ver. BAUMANN, p. 490; BOCKELMANN, *Str. Untersuchungen*, p. 138). El fundamento de esta teoría está dado por la teoría de la equivalencia de las condiciones (ver *supra*, B, 1, b, ce, 1): si todas las condiciones son equivalentes para el resultado, no hay distinción posible en el plano objetivo; es preciso entonces recurrir al subjetivo.

"En sentido estricto es inclusive inadecuado hablar de un medio inidóneo, porque la inidoneidad es lo opuesto al medio" (VON BURI, "*Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen*", en *ZStW 1* (1881), pp. 185 y ss).

La teoría subjetiva, de cualquier manera, requiere también la existencia de una *acción objetiva* que haya comenzado la ejecución del hecho. Mientras las teorías objetivas permiten alcanzar las tentativas inidóneas, es decir, tienen un *fundamento insuficiente* para quienes consideran político-criminalmente necesaria la punibilidad de estas, las teorías subjetivas ofrecen dificultades para *excluir* de la punibilidad a las tentativas irreales (supersticiosas: el autor cree por medios supersticiosos poder consumir el delito), de las que se postula la innecesariedad político-criminal de su punibilidad. Resumiendo: las teorías objetivas fijan el comienzo de la punibilidad en el peligro corrido por el bien jurídico, mientras las subjetivas lo hacen en la exteriorización de la voluntad de lesionarlo, aunque no lo pongan en peligro.

El Código Penal argentino (art. 44) y el español (art. 52, n) han decidido expresamente la *punibilidad* de la tentativa inidónea. En este sentido ofrecen un fundamento para la teoría subjetiva de la tentativa, aunque requiriendo en todo caso una acción que objetivamente implique el comienzo de ejecución. Frente al Código Penal español, el argentino tiene la particularidad de permitir la exclusión de la pena cuando el autor no requiera la aplicación de la misma por razones de prevención especial, lo que permite dejar impunes sin fricción alguna con el derecho positivo las tentativas *irreales*, tal como lo reclaman los mencionados puntos de vista político-criminales.

El Código Penal español guarda silencio con respecto a la no punibilidad de las tentativas irreales; sin embargo, existe un amplio consenso en la teoría y en la práctica respecto de esta solución (ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vil, p. 716 y ss.; BACIGALUPO, "La Ley", 1981, núm. 172).

El art. 12 del Código Penal mexicano debe interpretarse también a partir de la teoría subjetiva, ya que no deja dudas referentes a la punibilidad de la tentativa inidónea. Aunque en la letra el Código no haga referencia al *comienzo de ejecución*, este debe ser el mínimo exigido para la existencia de una tentativa punible, pues de lo contrario se sancionarían actos puramente internos.

Por el contrario, el Código Penal colombiano se aparta de este criterio y requiere como condición que los actos del comienzo de ejecución sean idóneos

(art. 22). El Código colombiano va más allá que su precedente, el Código Penal italiano, pues no prevé para el autor de tentativa inidónea ni siquiera la posibilidad de una medida de seguridad (confr. Código Penal italiano, art. 49, I, y iv).

bb) *Los elementos de la tentativa*. La tentativa se caracteriza por la falta de algún elemento del tipo objetivo. Por lo tanto, en la tentativa el tipo subjetivo (dolo, elementos subjetivos, etc.) permanece idéntico a la consumación. La distinción entre el delito consumado y la tentativa reside, por lo tanto, en que en esta última el tipo objetivo no está completo, a pesar de estarlo el tipo subjetivo (confr. BAUMANN, pp. 511 y ss.; MAURACH GÖSSEL-ZIPF, II, pp. 20 y ss.; JESCHECK, pp. 416 y ss.; WELZEL, p. 189; STRATENWERTH, núms. 660 y ss.).

En consecuencia, son *elementos del tipo de la tentativa*: el dolo del autor (y los demás elementos del tipo subjetivo) y el comienzo de ejecución de la acción típica (tipo objetivo). Por razones exclusivamente prácticas la exposición comienza por el tipo subjetivo.

1. El dolo y los elementos requeridos por el tipo subjetivo en la tentativa (tipo subjetivo del delito tentado). Solamente existe tentativa del delito *doloso* (confr. STRATENWERTH, núm. 661; RUDOLPHI, § 22, 1; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, II, p. 22; JESCHECK, p. 417; otro punto de vista SCHMIDHÁUSER, p. 620).

En la doctrina *Argentina* suele rechazarse la posibilidad de una tentativa de delito culposo (confr. NÚÑEZ, *Manual*, Parte general, p. 266) en razón de que el texto del art. 42 requiere "el fin de cometer un delito determinado".

También en *España* se tiende a excluir la punibilidad de la tentativa "culposa" sosteniéndose que, según el art. 565, se requiere para la pena la producción del resultado típico, es decir, la consumación (confr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, i, pp. 148 y ss.).

El art. 22 del Código Penal *colombiano* no deja dudas, como el argentino, de que sólo es concebible una tentativa *dolosa*, toda vez que se requieren actos "...inequívocamente *dirigidos* a su consumación". Las mismas consideraciones son aplicables a los Códigos Penales de *México* (art. 12, que requiere hechos "encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito") y de *Venezuela* (art. 80, n que exige haber obrado "con el objeto de cometer un delito").

Si para la consumación es suficiente con el *dolo eventual*, también lo será para la tentativa, (confr. respecto a España, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, i, pp. 95 y 125).

La dogmática argentina ha sostenido que *el texto* del art. 42 excluiría la posibilidad de concebir una tentativa con dolo eventual (así, GONZÁLEZ ROURA, *Derecho penal*, II, 1925, p. 160; NÚÑEZ, *Manual*, p. 267). La opinión se apoya en que el texto mencionado dice: "fin de cometer un delito *determinado*". La derivación de una conclusión como esta, de la palabra *determinado*, se funde en un grueso error de concepto. En efecto; si el fin *determinado* es una expresión que no alcanza al dolo eventual es porque este no implicaría

querer algo determinado, es decir que *un querer indeterminado debería ser también dolo*, y precisamente, el dolo eventual. La sola formulación demuestra la falta de fundamento de la afirmación, pues en el dolo eventual el autor quiere sin duda algo *determinado* a cuya realización se vincula la posible o probable producción de un hecho típico, *que también es determinado*. Ejemplos: el autor que no sabe si la joven con la que va a yacer tiene o no más de 15 años y piensa que es posible que tenga menos de esa edad obra con dolo eventual si comienza la ejecución porque quiere yacer con la joven (fin determinado) y piensa que ello podría *eventualmente* realizar el tipo de estupro (delito determinado).

2. El comienzo de ejecución. El art. 42 del Código Penal argentino y el art. 3° del Código Penal español han adoptado para la formulación de la tentativa el criterio del *comienzo de ejecución*. Este procede del Código Penal francés de 1810, aunque es posible que ya hubiera sido utilizado por los prácticos italianos (ver JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vn, núm. 2133, nota 122). Este criterio legislativo plantea el problema dogmático de la distinción de los *actos preparatorios* del comienzo de ejecución. En la solución del mismo se enfrentan teorías objetivas y subjetivas.

Teoría objetiva proviene básicamente de las teorías de BELING y M. E. MAYER. Según estos criterios sólo podrá hablarse de un comienzo de ejecución cuando el acto se subsuma bajo el tipo del delito como una parte de la acción (VON HIPPEL, n, 398). El acto de ejecución se diferenciará del acto preparatorio en que aquél representará un "comenzar a matar", un "comenzar a apoderarse" (teoría formal-objetiva). Sin embargo, para decidir qué actos son ya subsumibles en el núcleo del tipo se precisa de criterios adicionales. En primer término se recurre *al peligro para el bien jurídico*. "En los casos dudosos se recurrirá, pues, a la comprobación de si la acción realizada ha puesto o no en peligro el bien jurídico" (FRÍAS CABALLERO, *El progreso ejecutivo del delito*, p. 180; OTTO, *Grundkurs*, AT, p. 226).

Para BELING, por el contrario, lo que decide es el "uso natural del lenguaje" (*Grundzüge*), 10ª ed., 1928, § 17 ni): "para que el autor pueda serlo del tipo del que se trata, no es suficiente que la actividad tenga *cualquier* relación con el tipo. Por el contrario, la actividad se debe poder caracterizar *según el uso natural del lenguaje* como una actividad de la especie de la descrita como núcleo del tipo por el verbo correspondiente", por tanto, como "matar", "sustraer", etc. Sin duda, que un juicio basado en el "uso natural" del lenguaje tiene graves inconvenientes en numerosos casos y se torna por lo general de difícil aplicación.

La búsqueda de una solución no sólo se ha desarrollado por medios formales. Prescindiendo del concepto de peligro, ha tenido singular trascendencia la *teoría material objetiva* representada por FRANK. Según ella, habrá "comienzo de ejecución en todas aquellas actividades que, como consecuencia de su necesaria pertenencia al contexto de la acción típica, aparezcan como parte constitutiva de ella según una concepción natural". (*StGB*, 11/14 ed.,

1919 § 43, a, b.). En este sentido la diferencia entre la teoría formal-objetiva, que hablaba del uso natural del lenguaje, y la material-objetiva reside en que esta procura resolver la cuestión desde la cosa misma, sin recurrir al uso del lenguaje. Sin embargo, esta diferencia no es, en verdad, sustancial pues, en todo caso, no brinda un criterio más preciso que la teoría formal-objetiva. En efecto, establecer cuándo un determinado acto pertenece, según una "concepción natural", a la acción típica de la estafa es emitir un juicio que no tiene puntos de apoyo precisos.

Teoría individual-objetiva. Otra vía de solución se ha intentado en una dirección que toma en consideración elementos objetivos y subjetivos. Estas teorías determinan el comienzo de ejecución según la representación del autor respecto del momento en que él comienza, *según su plan*, la ejecución y la cercanía de la acción realizada con la lesión del bien jurídico (confr. JESCHECK, p. 417; STRATENWERTH, núms. 674 y ss.; RUDOLPHI, *SK StGB*, § 22, 11; RoxiN, en *JuS* 1979, pp. 1 y ss.).

La teoría individual objetiva procura servir a la finalidad de distinguir entre actos preparatorios y de ejecución estableciendo cuál ha sido el *plan del autor* (aspecto individual) y luego si, según ese plan, la acción representa ya un peligro suficiente para el bien jurídico (aspecto objetivo). ROXIN (*loc. cit.*) sintetiza el criterio fundamental de esta teoría afirmando que: "donde falte la voluntad criminal sólo podrá darse una puesta en peligro culposa, que no es punible como tentativa sino, en todo caso, como un delito de peligro; por el contrario donde se verifica una voluntad criminal, pero todavía no se ha producido un peligro suficiente, el hecho permanece, en principio dentro del ámbito no-punible de la preparación".

En la práctica, este criterio requiere ante todo la consideración del plan del autor para establecer si este ha tomado ya *decisión de ejecutar el hecho* y luego comprobar si el acto efectivamente realizado representa ya un peligro para el bien jurídico que pueda considerarse *cercano o inmediato*. Por ejemplo: el autor se acerca a la presunta víctima con el arma en la mano hasta una distancia en la que es prácticamente imposible errar el disparo; si este acto, según el plan del autor, sólo tiene por objeto atemorizar a la víctima no será de apreciar comienzo de ejecución; si, por el contrario, el autor se acercó, según su plan, para disparar el arma, habrá comienzo de ejecución.

Si bien esta teoría permite ordenar los problemas de la distinción entre actos preparatorios y de ejecución, no cabe esperar que dichos problemas en la práctica dejen de tener la complejidad que los caracteriza (confr. STRATENWERTH, núm. 676; SCHMIDHÁUSER, p. 615). En la determinación del peligro inmediato para el bien jurídico es posible utilizar criterios más subjetivos o criterios más objetivos. Con la utilización de criterios más subjetivos es posible sostener que el aguardar a la víctima del robo con la decisión de ejecutar el hecho y con los instrumentos que según el plan del autor son necesarios para el hecho, constituye ya un peligro inmediato para el bien jurídico y, por lo tanto, un comienzo de ejecución del robo. En este caso se aprecia que entre la acción de aguardar y la aparición de la víctima, con la que se

concreta la situación planeada, no hay necesidad de ninguna otra acción intermedia. Por el contrario, se piensa desde puntos de vista menos subjetivos que mientras la situación definida en el plan no se haya concretado íntegramente (para lo que se requiere la presencia de la víctima), el autor podría todavía desistir de la idea de *ejecutar* el delito y no debería privárselo de esta posibilidad, anterior al comienzo de ejecución: el autor, por ejemplo, podría haber carecido de la energía necesaria para comenzar el hecho ya en presencia de la víctima (confr. ROXIN, *loe. cit.*\ OTTO, p. 226).

En todo caso en el estado actual de la discusión se parte de la base de que el acto ejecutivo no necesita ser ya una parte de la acción típica (por ejemplo: la violencia o la fuerza en el robo) como lo requería la teoría formal-objetiva. El acto que entra en consideración como acto ejecutivo debe ser el que inmediatamente hubiera conducido a la realización del tipo penal.

En la actualidad, ninguna de las teorías propuestas resuelve satisfactoriamente los problemas planteados por la fórmula legislativa del "comienzo de ejecución". Tampoco puede decirse que la fórmula del Código Penal colombiano, art. 22 (actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación) ofrezca mejores perspectivas.

c) *Particularidades de la tentativa en los casos de inidoneidad (el llamado delito imposible)*

aa) *La tentativa inidónea en el sistema legal.* En las leyes que declaran la punibilidad de la tentativa inidónea no hay diferencia conceptual alguna entre la tentativa idónea y la inidónea. Todo lo contrario ocurre en el sistema del Código italiano de 1930, cuya solución (art. 49, i) se basa en la impunidad de la tentativa inidónea. Este punto de vista ha ejercido entre nosotros tanta influencia que ha desplazado, en muchos casos, a los textos legales expresos.

Ambas formas de tentativa importan que el autor ha iniciado la ejecución y el resultado no se ha producido por circunstancias ajenas a su voluntad. El que da a una mujer embarazada un supuesto abortivo que no es sino azúcar mezclada con agua en la creencia de su eficacia, o el que creyendo erróneamente que la mujer está embarazada le practica maniobras abortivas, comienza la ejecución de un delito cuyo resultado (interrupción del embarazo) no se produce por razones ajenas a su voluntad. De la falta de una expresa definición de la tentativa inidónea en la ley, no se debe deducir una necesaria especialidad conceptual de ella. Por el contrario, los autores que así proceden, presuponen, en realidad, que ya desde un punto de vista *prejurídico* existe una diversidad entre la tentativa idónea y la inidónea y que tal diversidad sería absolutamente irreductible. Sin embargo, hasta ahora nadie ha probado que sea así.

La tentativa —tanto inidónea como idónea— está definida en la misma disposición legal. El caso de imposibilidad sólo representa una atenuación de la pena que tiene en consideración el menor disvalor del resultado que en él se comprueba. El máximo disvalor del resultado lo da la consumación

(lesión del bien jurídico); el intermedio, la tentativa idónea; el menor, la tentativa inidónea (comienzo de ejecución *sin peligro* real para el bien jurídico). El hecho de que la ley se refiera a la tentativa inidónea para considerar su punibilidad tiene un significado bien concreto: lejos de faltar una definición, solo hay un objeto a definir; la única consideración especial está dada por la ausencia de disvalor del resultado y esta particularidad sólo tiene relación con la pena. A la inversa, una diversidad de penas no tiene por qué determinar una distinción *conceptual* en el hecho que presuponen.

En todo caso, cuando el autor suponga que concurre un *elemento del tipo* (de hecho o de derecho), que luego resulta inexistente y que por eso impida la consumación, estaremos ante un caso de tentativa, sea inidónea o idónea.

Por el contrario, cuando el autor suponga erróneamente la *antijuricidad* de su hecho, ello determinará un delito putativo (ver *infra*, f).

bb) *El autor inidóneo*. Se plantea la cuestión de una tentativa, realizada por autor inidóneo cuando un sujeto sin la calificación jurídica que condiciona legalmente su calidad de autor da comienzo a la acción típica. Ejemplo: el del sujeto que en la creencia de ser funcionario acepta una dádiva (Código Penal argentino, art. 256; Código Penal colombiano, art. 141; Código Penal español, art. 391), sin ser en realidad funcionario.

La decisión de la cuestión es muy discutida. Parte de los autores se inclinan por no admitir aquí tentativa sino sólo un delito putativo y, por lo tanto, impune (WELZEL, p. 194; ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 306; STRATENWERTH, núm. 690; BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, p. 105; GLADYS ROMERO en *Homenaje a Jiménez de Asúa*, pp. 233 y ss.). El argumento con que se sostiene esta posición es: la calidad de autor en los delitos especiales determina la existencia de un deber especial que incumbe al sujeto. La suposición de un deber es, en realidad, la suposición de una antijuricidad que no existe y, por lo tanto, es la suposición de un *delito* que no existe. Este supuesto, en consecuencia, es el de un *delito putativo*.

JIMÉNEZ DE ASÚA alcanza la solución de la impunidad mediante la teoría de la carencia de tipo (*Tratado*, vil, núm. 2248).

La posición contraria, ve en estos casos tentativas inidóneas punibles (BRUNS, *Der untaugliche Täter im Strafrecht*, 1955; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, p. 33; JESCHECK, pp. 433 y ss.; RUDOLPHI, *SK StGB*, §§ 22, 26 y ss.). El argumento, en este caso, es el siguiente: el deber especial que se funda en la calidad de autor en los delitos especiales es un auténtico *elemento del tipo*. Luego, se da aquí el comienzo de ejecución de una acción, suponiendo que existe un elemento del tipo que falta en la realidad, lo que debe considerarse igual que si se supusiera cualquier otro elemento del tipo: tentativa inidónea punible. Para estos autores, por lo general, no debe distinguirse entre los elementos del tipo y los de la antijuricidad.

Existe una posición intermedia que distingue entre el error sobre la existencia de un deber y el caso del error sobre las circunstancias que fundamentan

el deber concreto. Ejemplo: el autor presupone que, en su posición de empleado para la limpieza, le alcanza el deber que compete a los funcionarios de no aceptar dádivas, por oposición al que erróneamente cree que se dan las *circunstancias fácticas* que determinan su calidad de testigo (que declara sobre hechos que fundamentan responsabilidad ajena y que lo hace ante autoridad competente) y en virtud de esto cree que lesiona el deber de decir verdad. Sólo el primer caso sería un delito putativo impune. En el segundo habría una tentativa inidónea (así JESCHECK, p. 433; RUDOLPHI, §§ 22, 28).

El deber de autor no es elemento del tipo (ver *supra*, B, b, aa), sino consecuencia de la antijuricidad; por tanto, su suposición errónea da lugar a un *delito putativo*, sin que se deba distinguir entre error sobre las circunstancias que fundamentan el deber y error sobre el deber mismo. En ambos casos no hay tentativa punible.

ce) *Inidoneidad de los medios y del objeto*. Los casos de *inidoneidad de los medios* suelen ejemplificarse con el supuesto del que, con el propósito de matar, da azúcar a otro en la creencia de que se trata de un veneno. El medio empleado resulta inidóneo. Lo mismo ocurre con el que para matar a otro dispara un revolver descargado. Al ámbito de problemas de la inidoneidad de los medios se refiere el problema de la utilización de *medios mágicos o supersticiosos*; ejemplo: el campesino que ha dejado en el féretro de un muerto un zapato de su novia, con el fin de causarle la muerte por ese medio, que es el indicado según una creencia popular. Sin duda, también aquí se trata de una acción que no alcanza el objetivo propuesto por el autor por razones ajenas a su voluntad. Sin embargo, existe acuerdo general sobre la impunidad de estos casos en que el autor utiliza medios *irreales*, aunque los fundamentos dados son de los más diversos.

Para la teoría objetiva (VON HIPPEL, *Lehrbuch*, ü, p. 427) no hay aquí problema alguno por la falta del peligro corrido por el bien jurídico.

Desde el punto de vista de la teoría subjetiva, la cuestión ofrece mayores complicaciones: FRANK ha sostenido que sólo se trata de un *deseo* del autor y que, por tanto, falta el dolo (*StGB*, § 43 ni). Otros autores han sostenido que la absoluta falta de peligro no conmueve la "convicción en la validez del orden jurídico" (teoría de la impresión) (JESCHECK, p. 429; STRATENWERTH, núms. 691 y ss.). Este punto de vista es el preferible.

Los casos de *inidoneidad del objeto* son aquellos en los que el objeto sobre el que recae la acción no permitiría por sus condiciones la consumación, y aquellos en que el objeto de la acción falta totalmente. Ejemplo del primer supuesto: el intento de practicar un aborto en una mujer no embarazada. Ejemplo del segundo supuesto: el que irrumpe en el dormitorio donde tendría que estar su enemigo y apuñala lo que en realidad es la alhomada, pues aquel se ha marchado hace un momento.

d) *La teoría de la carencia de tipo*

Una parte de la teoría española piensa que los casos de inexistencia o inidoneidad del objeto determina la ausencia de *tipicidad* del comportamiento

(confr. JIMÉNEZ DE ASÚA *Tratado*, vn, pp. 628 y ss.; NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, 1963; ANTÓN ONECA, 417; otro punto de vista SUÁREZ MONTES, en "ADCP", 1966; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, i, 228). Especialmente JIMÉNEZ DE ASÚA ha desarrollado la "teoría de la falta de tipo".

Para la teoría de la falta de tipo *sólo* puede hablarse de tentativa cuando lo único que falte del tipo objetivo sea el *resultado* típico. Cuando *además del resultado típico*, ya desde el inicio de la acción faltan otros elementos del tipo, no habrá tentativa sino carencia de tipo (*Mangel am Tatbestand*, ver GRAFZU DOHNA, *Festgabe für Güterbock*, 1910, pp. 35 y ss., especialmente p. 49; JIMÉNEZ DE ASÚA, núms. 2233 y ss.; NÚÑEZ, *Manual*, p. 275). El fundamento de esta afirmación es el siguiente: la ley habla de *comienzo de ejecución*; sólo es susceptible de ejecución una acción; quien desarrolla hasta el *final* la acción, por ejemplo, se apodera, presta juramento falso, etc., ya ha superado la etapa de la tentativa pues esta se refiere sólo a acciones que no alcanzan el final; en estos casos, la falta de *algún otro elemento* que determine que la acción es delito, consistirá en una ausencia de tipicidad y, por lo tanto, la acción no será punible (confr. DOHNA, *Verbrechenlehre*, 4^a ed., 1950, p. 56; ver también SAUER, p. 110; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vn, núm. 2244). Ejemplo: el que se apodera de la cosa propia; la acción ha alcanzado el fin propuesto; el delito no se consuma por falta de ajenidad de la cosa. Cuando la ley exija un medio determinado, la *inidoneidad* de los medios, según esta doctrina, determina también un caso de ausencia de tipo.

En principio, en los casos que son aquí de considerar, no pueden hacerse diferencias con el concepto de tentativa dado por la ley. El art. 42 del Código Penal argentino y el 3° del Código Penal español *no hacen depender la tentativa de la falta de resultado*, sino expresamente de la falta de *consumación*. La falta de consumación puede provenir de la no concurrencia de cualquiera de los elementos del tipo: el resultado o un elemento cualquiera de la descripción típica.

e) *El desistimiento de la tentativa*

No estará sujeto a pena el autor que desistiere voluntariamente del delito (Código Penal argentino, art. 43; Código Penal venezolano, art. 83; ni el Código Penal español, ni el mexicano, ni el colombiano contienen una disposición al respecto; la teoría estima que el desistimiento, de todas formas, excluye la punibilidad).

aa) *Fundamento*. Sobre el *fundamento* de una disposición como esta, que se encuentra en un número considerable de Códigos penales, no existe unidad.

La más antigua de las fundamentaciones es la denominada *teoría de la política criminal*, llamada también *teoría del premio*, que evoca a FEUERBACH. Según esta posición la ley ha querido crear un motivo para que en vista de la eximición de la pena el autor desista de su hecho. Muchos autores han seguido esta posición recordando la frase de VON LISZT de que la ley

otorgaba "un puente de oro" al delincuente que se retiraba de la comisión del delito. La teoría ha sido criticada ya por M. E. MAYER, en el sentido de que, en la medida en que la mayoría no tiene conocimiento de este "puente de oro", mal puede constituirse en motivo del desistimiento (*Lehrbuch*, p. 370 nota 7; también en contra JESCHECK, p. 438; STRATENWERTH, núm. 705; WELZEL, 1%. La teoría fue sostenida por VONHIPPEL, II, p. 411; KOHLRAUSCH-LANGE, § 46 i; MEZGER, *Lehrbuch*, p. 403; LISZTSCHMIDT, p. 315).

Más modernamente, se ha entendido que se trata de un caso de eliminación de la pena fundado en la circunstancia de que el autor, con su desistimiento ha demostrado que su voluntad criminal no era suficientemente fuerte o intensa, por lo que, tanto desde un punto de vista preventivo especial, como preventivo general, la pena aparece como innecesaria (JESCHECK, *loc. cit.*).

La *teoría de la culpabilidad insignificante* (WELZEL, p. 196) entiende que el fundamento reside precisamente en la reducción de la culpabilidad hasta lo insignificante.

La más correcta justificación parece ser la de STRATENWERTH (núm. 706) en el sentido de que coinciden aquí varios fundamentos. En principio, hay razones de política criminal que tienden en lo posible a facilitar y estimular un desistimiento. También encuentra aquí un lugar la idea de que el autor resulta *menos* culpable en la consideración global del hecho como consecuencia de una cierta compensación entre un disvalor inicial del acto y un acto posterior positivo, aunque esto sólo debería dar lugar a una atenuación de la pena y no a su exclusión total (STRATENWERTH, núm. 706). Con el argumento de que los actos cumplidos y que constituyen delito son punibles, lo que presupone que son típicos, sostiene LATAGLIATA (*La desistencia voluntaria*, Napoli, 1964, pp. 202-208), que la única explicación admisible es que el delito desistido ha dejado de ser típico. Ciertamente que no realiza el *tipo de la tentativa*, pero el comienzo de ejecución del delito en cuestión permanece inalterado y es *típicamente* un comienzo de ejecución. La «o-punibilidad no depende exclusivamente de la falta de adecuación típica, pues puede provenir de otras circunstancias que dejan inalterada la tipicidad (justificación). En otras palabras: que una conducta no sea punible no permite afirmar que lo que falta es la adecuación típica, pues esta no es el único presupuesto de la punibilidad. En la solución de LATAGLIATA subyace una confusión del tipo de la tentativa (como presupuesto para la *punibilidad* de la tentativa) y la adecuación típica del comienzo de ejecución.

bb) *Concepto de desistimiento*. Habrá desistimiento siempre que el autor, una vez iniciada la ejecución, por su voluntad no consumare el hecho.

En la tentativa resulta esencial que el delito no se consume por *circunstancias ajenas a su voluntad*. En el desistimiento, en cambio, resulta esencial que el resultado no se produzca *por su voluntad*.

El desistimiento, de todos modos, tiene distintos presupuestos según el grado de realización alcanzado por el hecho. En este sentido habrá que distin-

guir entre *tentativa acabada* y *tentativa inacabada*. El Código Penal español (art. 3º) y el venezolano (art. 80) distinguen en disposiciones expresas ambos grados de realización del delito. Los Códigos argentino, colombiano y mexicano, por el contrario, guardan silencio. El problema en sí mismo no depende de que el texto legal reconozca estas categorías, sino que es consustancial con la cuestión de los requisitos del consentimiento. En el Código Penal español, además, el delito frustrado (*tentativa acabada*) será más punible que la simple *tentativa inacabada* (art. 51).

En el momento en que el delito se consuma, es decir, cuando se dan todas las condiciones requeridas en el tipo penal, desaparece la posibilidad de desistimiento. Por lo tanto, el ámbito temporal del desistimiento va desde el comienzo de ejecución hasta la consumación.

ce) *Tentativa acabada (delito frustrado)* y *tentativa inacabada (simple tentativa)*. Hoy se acepta en forma general que el punto de vista a partir del cual se puede determinar si la tentativa es acabada o inacabada, es el *Subjetivo* (confr. BAUMANN, p. 509; JESCHECK, p. 437; MAURACH, p. 519; OTTO, A T, p. 236; WELZEL, p. 196; STRATENWERTH, núm. 710).

En este sentido la tentativa será *acabada* cuando el autor, según su plan, haya realizado todos los actos necesarios para que se consuma el delito faltando solamente a partir de ese momento la producción del resultado. La tentativa es *acabada*, por lo tanto, a partir del momento en que el autor cree que el resultado *ya* podría producirse. Ejemplo: el autor remite a la víctima los documentos falsos con los cuales piensa lograr que este le ceda ciertos derechos. De acuerdo con su plan el autor ya ha hecho cuanto tenía que hacer para engañar a la víctima.

La tentativa no es *acabada*, en cambio, cuando según el plan del autor el resultado debe alcanzarse por varios hechos sucesivos y en el momento en que se la considera, restan todavía por cumplir actos necesarios para que se pueda producir el resultado (*tentativa inacabada*). Estos criterios rigen también en caso de dolo eventual (WELZEL, p. 197).

El criterio subjetivo de la delimitación presenta problemas en dos casos:

a) El autor piensa realizar el delito mediante *varias* acciones, pero antes de llevarlas todas a cabo y sin haber consumado el delito no continúa; por ejemplo: el autor piensa disparar sobre la víctima hasta matarla y luego de cuatro disparos no continúa a pesar de contar todavía con otras dos balas en el revólver.

b) El autor cree que logrará la consumación mediante *una única* acción y al fracasar esta (por ejemplo, la víctima no muere como consecuencia del golpe dado en la cabeza) no continúa con la ejecución del hecho, a pesar de que puede continuar golpeándola hasta conseguir el resultado de muerte.

Una aplicación estricta del punto de vista del plan subjetivo debería admitir una tentativa *inacabada* (delito tentado) en el primer caso y una tentativa *acabada* (delito frustrado) en el segundo, con lo que resulta un perjuicio evidente para el segundo autor, simplemente porque no previo que su primer acto

podría no consumir el delito (confr. JESCHECK, p. 438; MAURACH-GÖSSEL-ZIIM-, pp. 2, 42; STRATENWERTH, núm. 711). Las soluciones dadas para evitar esta consecuencia político-criminal insatisfactoria son variadas. En general, es necesario vincular, por lo menos en estos casos, el plan del autor con criterios objetivos que permitan considerar como tentativa *inacabada* también al segundo caso. Para ello se propone aceptar tentativa *inacabada*, "si los nuevos actos parciales que el autor no realiza, comportan una *unidad natural de acción* con los anteriores realizados sin éxito" (JESCHECK, p. 439; DREHER, *StGB*, 37 ed., 1977, § 24, 4; STRATENWERTH, núm. 711).

dd) *Requisitos del desistimiento en la tentativa inacabada*. Si el autor no ha llevado todavía a cabo todos los hechos de los que depende, según su plan, la producción del resultado, sólo se requieren tres requisitos:

La *omisión* de la continuación en la realización de las acciones tendientes a la consumación.

La *voluntariedad* del desistimiento. En general, se acepta que la voluntariedad puede ser analizada en base a la fórmula de FRANK (§ 46, n): "No quiero, aunque puedo" (voluntario); "no puedo, aunque querría" (no voluntario).

En principio, el desistimiento es voluntario en la medida en que provenga de la propia decisión del autor y no de circunstancias exteriores. De cualquier modo, no se requiere un determinado valor ético *altruista* del motivo del autor.

Faltará, por lo tanto, la voluntariedad cuando objetivamente el autor no tiene posibilidad de consumir el hecho porque las circunstancias se lo impiden, pues en este caso no se trata de la decisión de su voluntad, o cuando la consumación "ha perdido su sentido ante los ojos del autor": por ej., el importe hallado en la caja es insignificante.

El desistimiento *voluntario* es posible en la tentativa inidónea en tanto el autor no conozca la inidoneidad.

El desistimiento debe ser *definitivo*. Para un sector de la teoría la renuncia es ya definitiva cuando el autor desiste de continuar con la *ejecución concreta iniciada* aunque piense continuar en otro momento (SCHMIDHÁUSER, p. 631; OTTO, p. 240).

Sin embargo, estos casos sólo permiten hablar de una postergación sin renuncia. Otro sector de la teoría requiere una renuncia completa a la ejecución, sin reservarse la continuación (JESCHECK, p. 439; STRATENWERTH, núm. 714). Esta solución es preferible.

ee) *Requisitos del desistimiento en la tentativa acabada*. En la tentativa acabada, o sea, cuando el autor ha realizado todos los actos que según su plan deben producir el resultado, el desistimiento requiere un requisito más: que el autor *impida por los medios a su alcance la producción del resultado*. Dado el supuesto de hecho de la tentativa acabada, no cabe otra posibilidad para la materialización del desistimiento que el impedir la producción del resultado: el requisito proviene así de la propia materia regulada.

También este desistimiento tiene que ser *voluntario*. En este sentido rigen las normas generales para la tentativa *inacabada*. De esta exigencia —contenida

en la ley— surge una limitación evidente: sólo puede haber desistimiento *voluntario* hasta que el hecho sea *descubierto*. A partir de ese momento no puede haber *voluntariedad* en el desistimiento. Sin embargo, la voluntariedad *sólo quedará excluida por el conocimiento que el autor tenga del descubrimiento del hecho*. El autor que se crea descubierto, no desiste ya voluntariamente. Por el contrario, el que no se sabe descubierto, puede aún desistir voluntariamente (más restrictivo, JESCHECK, p. 442).

Se ha exigido —aún sin hacer una distinción entre tentativa acabada e inacabada— que el autor, además *haya impedido el resultado* (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, vn, núm. 2280; JESCHECK, p. 441; STRATENWERTH, núm. 724).

ff) *Efectos del desistimiento*. El desistimiento excluye la pena en forma personal: es una *excusa absolutoria posterior*.

Los delitos que hubieran alcanzado consumación antes del desistimiento no son afectados en su punibilidad por esta excusa absolutoria y son plenamente punibles.

f) *El delito putativo y la tentativa*

La tentativa requiere que el autor suponga la existencia de una circunstancia del tipo que por no concurrir en el hecho impide la consumación del delito: el autor cree que la mujer con la que yace es menor de cierta edad, cuando en realidad no lo es.

Si el autor conoce las circunstancias que según su parecer constituyen un delito y supone la antijuricidad del hecho, no habrá tentativa (punible) sino *delito putativo* (impune).

6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Normalmente, los tipos contenidos en el derecho penal se refieren a la realización del hecho punible por una única persona. Sin embargo, cada tipo de la parte especial aparece complementado por las prescripciones contenidas en la parte general y que extienden la pena a casos en que el hecho es obra de más de una persona. De allí surgen los problemas de diferenciación que sólo se presentan en la medida en que varios concurren al mismo hecho; pues donde alguien ha realizado por sí solo la acción típica, no hay problema alguno en distinguir entre quién ha cumplido el papel protagónico y el que sólo ha tenido una función secundaria.

Todas las cuestiones que se estudian aquí, en la medida en que se refieren a la participación de más de una persona en uno o más hechos punibles, pueden ser consideradas como formando parte del concepto amplio y general de *participación*, pues tanto participan o toman parte en el hecho los que

son autores como los que ayudan a los autores (confr. BACIGALUPO, *La noción de autor en el Código Penal*, 1965, p. 25); MAURACH (4ª ed., 1971) recalcó que el nuevo Código Penal alemán en sus §§ 28, 2 y 31 hace referencia a un "concepto superior que alcanza la autoría, la participación y las demás formas de efecto conjunto sobre un hecho punible, a saber el *tomar parte*" (p. 618). Dentro de la participación, en general, es preciso sin embargo distinguir entre los autores y los partícipes en *sentido estricto* (cómplices e instigadores). El Código Penal español (art. 17) incluye también el *encubrimiento* como forma de participación *stricto sensu*. La tendencia proviene, seguramente, de la antigua consideración de la *receptatio*, que por su naturaleza pertenecía a la etapa posterior a la consumación (*auxilium post delictum*). En el llamado derecho común la *receptatio* no tuvo una consideración uniforme, pues mientras a veces fue considerada como forma autónoma, a veces lo fue también como caso especial de *auxilium* (CARPSOVIO, *Práctica Nova imperialis Saxon*, ver *Crimin. Wittenbergae*, 1646, núms. 49 y ss.). Esta tendencia se mantuvo en el derecho español y en el Código Penal argentino de 1887 (Título vi).

En los derechos vigentes en Argentina y Colombia el encubrimiento no es una forma de participación sino, por el contrario, un delito autónomo (Código Penal argentino, arts. 277-279; Código Penal colombiano, art. 176). La base de este tratamiento del encubrimiento es la consideración de que con la consumación del delito termina la posibilidad de participación en el mismo (ya CARRARA, *Programa de derecho criminal*, § 2829, nota 2). Por eso todo hecho posterior a la consumación está excluido de la participación. No es una excepción a esta regla el art. 46 del Código Penal argentino, ni la del 24 del Código Penal colombiano, que se refieren a la promesa, *anterior a la consumación*, de ayuda posterior, la que evidentemente importa un hecho (la promesa) que tuvo influencia en la consumación, aunque no sea sino por la seguridad con que el autor puede contar para después de la consumación del delito.

En el Código Penal español no hay ninguna razón que obligue a considerar al encubrimiento como una forma de participación en sentido estricto. Los arts. 17 y 18 se pueden interpretar, en realidad, como un *delito autónomo de encubrimiento* cuya pena se deduce de la pena del delito encubierto (art. 54). Una prueba de esto es la existencia como *delito autónomo* en el Código Penal español del delito de encubrimiento con ánimo de lucro y de la receptación (arts. 546 bis al 546 bis f.); en su estructura conceptual el encubrimiento con ánimo de lucro y la receptación no difieren absolutamente en nada del encubrimiento de los arts. 17 y 18. La circunstancia de que estos últimos se encuentren en la parte general y los primeros en la parte especial carece totalmente de relevancia.

Queda fuera de consideración en las legislaciones que trataremos aquí, la posibilidad de un concepto de autor general y unitario que defina la autoría como *cualquier* contribución del partícipe al resultado típico. La pena se deberá corresponder —según este criterio— a la intensidad de la voluntad y a la magnitud del aporte al hecho. El fundamento de esta posición, tendente a eli-

minar la distinción legislativa entre autores y cómplices se apoya en la causalidad: toda causación de un resultado determinaría autoría. Ello es a la vez la razón de su fracaso pues "el delito no es sólo la causación de un resultado" (GALLAS, *Verbrechenslehre*, p. 82).

Esta tendencia se manifiesta en el Código noruego de 1902, en el danés de 1930 y en el art. 110 del Código italiano: "Cuando más de una persona concurren en el delito, a cada una corresponde la pena establecida para el delito". El Código italiano de 1889 establecía un régimen que distinguía el autor de los partícipes.

La teoría de la participación tiene, en consecuencia, dos posibilidades teóricas: o bien diferencia distintas formas según la importancia de la participación, de tal forma que distingue entre la realización del papel principal (autor) y la ejecución de papeles accesorios (cómplices o cooperadores, partícipes en general), o bien renuncia a tales diferencias en favor de un "concepto unificado de autor" (confr. KIENAPFEL, en *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, ed. H. MÜLLER-DIETZ, 1971, pp. 21 y ss.). En favor de la primera tesis se alega que: en primer lugar responde al sentimiento jurídico general que reclama una diferenciación de los distintos papeles cumplidos por quienes toman parte en el delito; en segundo lugar responde a las exigencias de una mayor seguridad jurídica (contra estos argumentos KIENAPFEL, *loe. cit.*).

La tesis del "concepto unificado de autor" postula que cada partícipe responde exclusivamente por su ilícito y su culpabilidad, para lo que carece de toda relevancia "si el mismo resultado fundamenta también la responsabilidad de otras personas" (KIENAPFEL, *loe. cit.*, p. 26). Este sistema puede designarse como un "sistema de único tipo", lo que determina que pierdan todo significado problemas tales como la accesoriedad de la participación y la autoría mediata, la complicidad o la instigación. Sin embargo, se afirma, "el marco penal único no significa una pena única" (KIENAPFEL, *loe. cit.*, p. 31).

El "concepto unificado de autor" no elimina, de todos modos, las distinciones cuando se lo formula como un "*sistema funcional de autoría unificado*" (KIENAPFEL, *loe. cit.*, pp. 34 y ss.), sino que requiere una diferenciación de las diversas formas de autoría según la *especie de la comisión del hecho*, lo que en la práctica termina en distinciones similares a las del sistema que quiere remplazar (ver KIENAPFEL, *loe. cit.*, pp. 52 y ss.): *autor inmediato* y *autor mediato*, categoría esta última en la que se debe distinguir entre *autoría de inducción* (que incluiría la instigación y la autoría mediata en sentido estricto) y *autoría de apoyo* (que incluye las formas de complicidad).

El derecho positivo argentino y el español ofrecen pocos puntos de referencia para resolver esta oposición de sistemas. Principalmente el Código Penal español que en su art. 14 comienza diciendo que "se consideran autores", para incluir luego bajo esta categoría prácticamente toda forma de co-determinación del hecho sin contener una regla expresa sobre el exceso (como ocurre con el Código Penal argentino). Sin embargo, aun cuando los Códigos penales argentino (art. 45) y español (art. 14) sancionan con la misma pena

lanío a los autores como al instigador y al cómplice o cooperadores necesarios es preciso hacer una distinción bien exacta entre unos y otros pues ello es requerido por el hecho de que la responsabilidad de los partícipes no alcanza al exceso en que incurran los autores (Código Penal argentino, art. 47; Código Penal español, art. 50) [hoy derogado] que contenía un principio aplicable también en estos supuestos (otra opinión, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, i, p. 841; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, p. 772).

Por el contrario, los arts. 23 y 24 del Código Penal colombiano contienen una clara opción en favor del sistema no unificador de la autoría y la participación bajo un concepto general unificado de autor.

Fundamentada la decisión en un sistema diferenciador corresponde ahora el tratamiento de las distintas categorías de la autoría y la participación.

a) *La autoría*

El Código Penal argentino, lo mismo que el español, no dan una definición del autor, del autor mediato o de los co-autores. Simplemente se limitan a mencionar a todos los que —como autores, cómplices, cooperadores necesarios o instigadores— toman parte en el hecho, equiparándolos a los efectos de la pena aplicable.

Tampoco es una definición de la autoría la contenida en el art. 23 del Código Penal colombiano, que únicamente dice que es autor "el que realice el hecho punible", pues una definición de la autoría es aquella que permite saber precisamente *quien* realiza el hecho punible (lo mismo vale para el art. 32 PLOCP español 1980).

A esta última cuestión se han dado diversas respuestas (confr. BACIGALUPO en *Homenaje a Antón Oneca*, 1982, pp. 29 y ss). Todas ellas importan teorías para la delimitación de la autoría frente a la participación (instigación, complicidad).

aa) *La teoría formal-objetiva*. Para la teoría formal-objetiva autor es el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico. La doctrina proviene de la dogmática alemana y tuvo numerosos partidarios ya en el siglo XIX (ver BIRKMEYER, en *Vergl. Darst, AT*, n, 1908, pp. 21 y ss.). La teoría fue dominante en Alemania entre 1915 y 1933 y fue seguida, entre otros autores de significación por BELING (*Die Lehre v. Verbrechen*, pp. 408 y ss.), M. E. MAYER (*Lehrbuch*, pp. 380 y ss.), LISZT (*Lehrbuch*, 22^a ed., p. 211), LISZT-SCHMIDT (*Lehrbuch*, 1932, p. 334/35), MEZGER (*Strafrecht*, 2^a ed., 1933, p. 444) y GRAF zu DOHNA (*Aufbau*, 4^a ed., 1950, p. 59), a pesar de ello ha sido hoy abandonada (confr. ROXIN, *Täterschaft*, p. 34). Sin embargo, es la doctrina doirnnante en Argentina y en España (confr. GIMBERNAT, *Introducción*, p. 142).

El punto de apoyo legal invocado por la teoría formal objetiva reside en la expresión "tomar parte en la *ejecución* del hecho", expresiones que según esta teoría definirían al autor y a los coautores (Código Penal argentino,

art. 45, Código Penal español, art. 14, I^o). La expresión "tomar parte en la ejecución" es totalmente inadecuada para sostener cualquier teoría sobre la distinción entre el autor y los demás partícipes pues, en verdad, *todos* toman parte en la ejecución: los autores y los partícipes (!).

En España un sector considerable de la teoría (GIMBERNAT, *Introducción*, 143; QUINTERO OLIVARES, 248; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, p. 749; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, i, 802) piensa que, por el contrario, el concepto de autor en el sentido de la teoría formal objetiva se infiere de los respectivos tipos de la parte especial. Este criterio no brinda sino una solución aparente, pues en el delito de homicidio, por ejemplo, se dice que realiza el tipo el que mate a otro, pero de allí no es posible deducir quién es el que mata a otro cuando son varios los que *toman parte directa en el hecho*. Sobre todo cuando se reconoce que los tipos de la parte especial están concebidos sin tomar en cuenta más que un único autor, es decir, un supuesto en el que no se presenta el problema de la distinción entre autores y otros partícipes.

De todos modos, del art. 45 del Código Penal argentino y del art. 14, 1 del Código Penal español se quiere deducir que los que *ejecutan* la acción típica son autores. Pero la teoría entra en contradicción con su punto de partida en cuanto admite que también puede un sujeto ser autor sin ejecutar directamente y *por sí mismo* la acción típica. En efecto, aquí el que realiza la acción típica no es el que se señala como autor sino el instrumento. El que utiliza un inimputable (por ejemplo un enfermo mental) para cometer un delito, no realiza la acción típica, pues esta es ejecutada en forma inmediata por el inimputable, *no obstante lo cual, es señalado por la teoría formal-objetiva como autor* (confr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, p. 751). Para resolver este problema se ha procurado eliminar la figura del autor mediato del ámbito de la autoría, intentando de esa forma sortear la contradicción señalada (así GRÜNHUT "Grenzen strafbarer Täterschaft und Teilnahme" en *JW-1932*, pp. 366-367 y desde el punto de vista del principio de legalidad también GIMBERNAT ORDEIG en *ZStW*, 80, 1968, pp. 915 y ss.). El intento de GRÜNHUT se fundamentó en la limitación de la accesoriedad, pero resulta infructuoso en la medida en que se ha demostrado también la posibilidad de una autoría mediata en el caso del instrumento que obra dolosamente. (También BETTIOL ha cuestionado la necesidad de la figura del autor mediato, *Diritto Pénale*, 11^a ed., p. 601).

El único fundamento admisible para dar cabida al autor mediato en la teoría formal objetiva sería recurrir como BELING al "uso sencillo del lenguaje de la vida" (*Grundzüge*, § 18 v) que permitiría alcanzar como autores también a los que se valen de otro para realizar la acción típica. De todos modos, tal argumento fracasa también en la medida en que renuncia a la *realización personal* de la acción típica que es el punto de partida de la teoría.

RoxiN demuestra también que la coautoría resulta inexplicable por este criterio (*Täterschaft*, p. 37).

En el caso de A y B que se ponen de acuerdo en envenenar a C poniendo el veneno en la sopa y en el que A asume la tarea de envenenar la sopa

mientras *B* se ocupa de distraer a *C* para que no perciba el gusto del veneno, sólo *A* podría ser condenado como autor, pues es él quien realiza la acción típica personalmente; lo mismo ocurre en el caso del que sostiene a la víctima para que el otro le aplique la puñalada mortal: sólo este último ha realizado la acción típica de matar en sentido formal-objetivo. Tales soluciones no resultan convincentes.

La teoría formal-objetiva ha estado, en los precedentes doctrinarios que la informan, ligada al *concepto restrictivo* de autor, por oposición a un *concepto extensivo* (ver BELING, *Lehre v. Verbrechen*, p. 250; DOHNA, *Verbrechenslehre*, p. 59; JESCHECK, § 61, ni; ROXIN, *Täterschaft*, p. 35; ZIMMERL, *ZStW*, 49 (1929), p. 41). Sin embargo, en la variedad representada por quienes piensan que su fundamento reside en las expresiones "tomar parte directa en la ejecución del hecho" ha dado fundamento a un *concepto extensivo de autor* pues caerá en la imposibilidad de diferenciar los autores de los cómplices o cooperadores, dado que estos también toman parte en la ejecución. Como ya hemos dicho *toman parte en la ejecución todos los que contribuyen al hecho luego de comenzada la ejecución y hasta el momento de la consumación* (ver BACIGALUPO, *La noción de autor*, pp. 15 y ss.), y del "tomar parte" no es posible deducir todavía quién es autor y quién es cómplice o cooperador.

bb) *La teoría del dominio del hecho*. Una variedad de la teoría objetiva es la *teoría del dominio del hecho*, que puede considerarse como una teoría *material-objetiva* (ver su desarrollo: ROXIN, *Täterschaft*, pp. 60 y ss.).

La teoría del dominio del hecho fue introducida en la dogmática hispano parlante por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA. (*El criminalista*, 2ª serie, iv, 1960, pp. 184 y ss.). Su elaboración se debe a WELZEL ("Studien zum System des Strafrechts", en *ZStW*, 58 (1939), pp. 491 y ss.). La teoría reconoce antecedentes en HEGLER ("Die Merkmale des Verbrechens", en *ZStW*, 36, 1915, pp. 19-44 y 184-232); HERMANN BRUNS (*Kritik der Lehre vom Tatbestand*, 1932); HELLMUTH VON WEBER (*Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935) y LOBE (*Einführung in den Allgemeinen Teil des StGB*, 1933; conf. con datos históricos ROXIN, *Täterschaft*, pp. 60 y ss.).

Para la teoría del dominio del hecho, autor es quien tiene el dominio final del suceso, mientras los partícipes por su parte carecen de ese dominio del hecho. Según WELZEL "tiene dominio sobre el hecho el que en base a su decisión de voluntad lo realiza finalmente" (§ 15, i). Junto al dominio del hecho entran en consideración, como *especiales elementos de la autoría* los elementos subjetivos personales de la autoría (los elementos subjetivos de lo injusto, por ejemplo) y los elementos objetivos personales de la autoría (por ejemplo la calidad de funcionario, médico, etc.).

La exposición que aquí sigue corresponde a esta teoría y, por tanto, no es preciso un mayor desarrollo ahora. En lo que sigue nos ocuparemos también de las críticas que se le han formulado.

ce) *La teoría subjetiva*. La teoría subjetiva parte de la imposibilidad de una diferenciación exterior del papel del autor y del de los partícipes, dado

que todas las condiciones del resultado tienen *idéntica* significación con respecto a la causalidad del mismo. Una caracterización del rol del partícipe, en consecuencia, no podrá deducirse de su aporte causal al hecho. El conseguir un arma a otro para que lleve a cabo la acción de matar es sólo una causa del resultado, de igual significado *causal* que el disparo realizado sobre la víctima. La diferenciación del autor respecto de otros partícipes sólo podrá surgir, en consecuencia, de la actitud subjetiva de cada uno de los que toman parte respecto del resultado o de la realización del tipo.

En la práctica, entonces, el juez solo tiene que comprobar un mínimo de elementos objetivos (la causalidad) para luego indagar en la subjetividad del agente el momento decisivo de la autoría. La consecuencia práctica fundamental de esta teoría reside en que la realización formal de la acción típica no es esencial para determinar la autoría: el que realiza de propia mano la acción típica (ejemplo: la hermana de la parturienta que ahoga al recién nacido a pedido de la madre de este) puede ser solamente un cómplice o cooperador si no se da en él el elemento subjetivo que caracteriza la autoría (confr. BACIGALUPO, en *Homenaje a Antón Oneca*, p. 30). La teoría subjetiva reconoce, sin embargo, una versión que atenúa estas consecuencias: algunos de sus defensores proponen deducir de la ejecución de propia mano de la acción típica, la prueba de que el agente *ha* obrado sin hacer depender "su voluntad de la de otro que obra como autor" (VON BURL, en *ZStW*, 2, p. 260).

Punto de partida de estas teorías —como hemos visto— es la teoría de la equivalencia de condiciones. Dado que todas las condiciones son equivalentes para la producción del resultado, solo es posible hallar una distinción en el ámbito de la voluntad del autor: autor es el que obra con *animus auctoris* y partícipe el que lo hace con *animus socii*.

El *animus auctoris* se ha tratado de caracterizar mediante dos fórmulas diversas:

a) Las llamadas *teorías del dolo* afirman que "todo depende de si el partícipe ha subordinado su voluntad a la del autor, y si ha dejado a este decidir sobre la ejecución del hecho" (así, por ejemplo, BOCKELMANN, *Untersuchungen*, pp. 31 y ss.; ver ROXIN, *Täterschaft*, p. 52),

b) Las llamadas *teorías del interés*, según las cuales el *animus auctoris* coincide con el sujeto que tiene un interés en la causación del delito.

Según esta teoría, también el cómplice y el instigador son propiamente autores, solo que de acuerdo con las disposiciones especiales contenidas en la ley merecen un tratamiento distinto y en este sentido todo el que no es instigador o cómplice es autor. Las normas referentes a la instigación y a la complicidad no son sino *fundamentos de limitación de la punibilidad*.

La teoría subjetiva es criticable porque la sola actitud interior del autor no debería ser suficiente para reemplazar la realización de una acción ejecutiva de un delito. (Confr. BACIGALUPO, *La noción de autor*, pp. 20 y ss.; STRATENWERTH, núm. 748; MAURACH, § 47, n. B; JESCHECK, p. 530; JIMÉNEZ DE ASÚA, *El Criminalista*, 2ª serie, IV, pp. 184 y ss.).

Asimismo, la circunstancia de que la opinión del autor pueda convertir su hecho en realización de la acción típica, o lo que es lo mismo, que cualquier

acción pueda ser acción de homicidio o hurto, etc. extiende el concepto de autor hasta un punto que afecta la función de garantía de la ley penal.

La teoría subjetiva no ha encontrado prácticamente seguidores en la dogmática hispano parlante. Ello no significa que en la práctica no se recurra a ella calladamente en forma casi continua: por ejemplo, en la "*teoría del acuerdo previo*" del Tribunal Supremo español (7.7.1982; 19.12.1900; 27.10.1916; 13.2.1924; 10.10.1930; 12.12.1935; 26.5.1947; 11.3.1964; 22.4.1967).

dd) *La teoría de la consideración total (Ganzheitstheorie)*. Esta teoría ha sido formulada por SCHMIDHÁUSER (*loe. cit.*, pp. 498 y ss.) y fundamentalmente propone una determinación puramente intuitiva del autor y los partícipes. Partiendo de la naturaleza de "concepto empírico, es decir que no puede reducirse a una definición, se sostiene que hay un gran número de casos que *no* son problemáticos, y que aquellos que lo son deben resolverse mediante "una consideración total". De esta manera será *autor* "el que de acuerdo con el respectivo tipo de ilícito sea autor del mismo en una consideración total; y partícipe (instigador o cómplice) el que de acuerdo con los elementos de la instigación y la complicidad en relación al correspondiente tipo de ilícito es partícipe en una consideración total" (p. 498).

En la práctica, esta teoría procede de la siguiente manera: en los casos en que es claro quién es autor y quién es partícipe estima innecesaria cualquier fundamentación teórica. Pero, cuando es difícil una distinción intuitiva, entonces, se requerirá una consideración total de los diversos momentos decisivos del hecho (p. 582). Estos momentos se refieren "más al *aspecto objetivo-exterior* del suceso" (presencia en el lugar del hecho, cercanía temporal de la contribución al resultado, importancia de la misma para la realización del resultado, la configuración del suceso en el lugar y en el tiempo, la necesidad de la colaboración y su remplazabilidad) o bien "más al *aspecto anímico-subjetivo*" (interés mediato o inmediato en el hecho, planeamiento del hecho, elección del objeto del mismo, la importancia personal en relación a los demás colaboradores, etc.) (confr. SCHMIDHÁUSER, *loe. cit.*, p. 576).

Consideración total no quiere decir, en esta teoría, indiferenciación y, por lo tanto, no importa una renuncia a contornos precisos en la diferenciación del autor respecto de los partícipes. Sin embargo, la consideración total de los momentos decisivos puede arrojar en cada caso resultados diversos.

El punto de vista de SCHMIDHÁUSER es objetable, en primer lugar, porque supone que existen casos "claros" para cuya caracterización no brinda ningún criterio. Pero además tampoco brinda ningún criterio para decidir el resultado de la consideración total. Precisamente en esto se diferencia de la teoría del dominio del hecho, que partiendo indudablemente de una consideración total ofrece un criterio (el del dominio del hecho) en función del cual es posible obtener la decisión respecto a la autoría en todos los casos.

ee) *El concepto extensivo de autor*. El concepto extensivo de autor fue forjado por EB. SCHMIDT (*Frank-Festschrift*, 1930, il, pp. 106 y ss. y luego en LISZT-SCHMIDT, 26 ed., p. 326), y seguido más tarde por MEZGER (*Strafrecht*,

I^a ed., 1931, p. 415). La finalidad del concepto es alcanzar como forma de autoría todo "*ocasionar un hecho ajeno*" como causación típica del resultado. Sus puntos de contacto con el "*concepto unificado de autor*" son evidentes.

Según MEZGER es autor "el que ha causado con su acción la realización del tipo, en tanto su acción no aparezca como instigación o complicidad" (*loe. cit.*, § 58). EB. SCHMIDT lo define en términos similares: "autor es el que antijurídica y culpablemente ocasiona la lesión o peligro de un bien jurídico mediante la realización del tipo, en tanto el no haga realizar el tipo mediante un sujeto que obra con dolo" (*loe. cit.*, § 48).

Este concepto de autor, definido exclusivamente por la producción de la lesión del bien jurídico es en primer lugar criticable por su punto de partida, según el cual "el contenido solo es buscado en la gravedad de la lesión de intereses y no *también* en la especie de ejecución" (GRÜNHUT, *JW* 1932, p. 366). De esto resulta que la autoría mediata deja de ser problema y no requiere "una especial fundamentación" (MEZGER, *loe. cit.*, § 60), o que la autoría mediata es "absolutamente obvia" (VONHIPPEL, *Lehrbuch*, n, 1930, p. 470; aunque VONHIPPEL, *loe. cit.*, p. 454, define la autoría según la realización de acción de ejecución —teoría formal-objetiva— y buscando la fundamentación en "la equiparación absoluta del causante intelectual y el causante físico", *loe. cit.*, p. 470; críticamente contra este argumento, EB. SCHMIDT en LISZTSCHMIDT, *Lehrbuch*, 26^a ed., 1932, p. 327, nota 1). La cuestión se torna problemática desde el punto de vista constitucional, pues renuncia a la delimitación típica de la acción del delito (así, ZIMMERL, "Grundsätzlichess zur Teilnahmelehre", en *ZStW*, 49, 1929, pp. 39-54).

b) *Los elementos de la autoría (dominio de la acción)*

Las circunstancias que caracterizan la autoría pueden clasificarse en generales y especiales.

aa) *Circunstancias generales.* El elemento general que caracteriza la autoría es el dominio final del hecho. Dominio del hecho tiene quien concretamente dirige la totalidad del suceso hacia un fin determinado. No se trata, en verdad, solamente de la dirección final de la propia acción, que todos, también los partícipes, tienen respecto de su acto. El dominio del hecho depende además de la *posición relativa del sujeto concreto respecto de los demás partícipes*. Sólo en la medida en que el sujeto pueda *sobre-dirigir* el suceso total habrá dominio del hecho.

De todos modos, el dominio del hecho, no es un concepto de límites fijos sino que sólo admite ser descrito. ROXIN (*Täterschaft*, pp. 107 y ss.) ha demostrado que el dominio del hecho no puede caracterizarse a través de conceptos totalmente indefinidos, ni tampoco mediante una definición rígida (confr. también BOCKELMANN, *AT*, p. 168). El dominio del hecho pertenece por el contrario a los "*conceptos abiertos*" (ROXIN, *Täterschaft*, pp. 122 y ss.) en los que "en lugar de una exacta definición entra en acción la desrxip-

ción". Un segundo elemento del concepto abierto es el *principio regulativo*. Este asume su concreta función cuando la descripción es insuficiente por causa de la gran variedad de posibilidades que el hecho ofrece. En estos casos debemos conformarnos con dar una línea directriz con respecto a la cual el juez deberá valorar los casos individuales (ver también HENKEL "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulativas Prinzip" en *Fest. für Mezger*, 1954 pp. 249 y ss.). Similar es, en verdad, el punto de vista de SCHMIDHÄUSER, quien —sin dar cabida a la teoría del dominio del hecho (*Strafrecht*, pp. 580 y ss.)— considera a los criterios diferenciadores de la autoría y la participación como "conceptos empíricos, que solo se aclaran fenomenológicamente pero que se sustraen propiamente a una definición" (*loc. cit.*, pp. 500, 575 y ss.).

bb) *Circunstancias especiales*. Hay casos en los que, además del dominio del hecho, son precisos otros elementos para determinar la autoría.

1. En los delitos en que el tipo requiere un *especial elemento subjetivo de lo injusto o de la autoría*, como por ejemplo "el ánimo de lucro" en el hurto (Código Penal argentino, art. 162; Código Penal colombiano, art. 349; Código Penal español, art. 514; Código Penal mexicano, art. 367; Código Penal venezolano, art. 453) la autoría dependerá del dominio del hecho y de la existencia en el sujeto actuante del elemento subjetivo especial. Ejemplo: el que sin ánimo de lucro se apodera de la cosa para otro tiene dominio de la acción, pero carece de un elemento fundamental de la autoría, razón por la cual el que *con ánimo de lucro* se vale de la acción de aquel es autor *mediato* del delito.

2. En los delitos especiales, en que el tipo solo puede ser realizado como *autor* por quien tiene una determinada calificación objetiva (ejemplo: delitos de funcionarios) el sólo dominio del hecho será insuficiente para caracterizar al autor. Ejemplo: el prevaricato (Código Penal argentino, art. 269; Código Penal español, arts. 351 y ss.; Código Penal colombiano, art. 149), sólo puede ser realizado por quien, además de dominar el hecho sea juez o funcionario. En estos casos el sujeto infringe un deber especial que sólo le incumbe en la medida en que se dan en él las características objetivas que lo emplazan como sujeto de ese deber especial.

Cuestión aparte dentro de la problemática de la autoría de los delitos especiales *propios* es la que presenta el nuevo art. 15 bis introducido en el *Código Penal español* por la L. O. 8 de 1983, 25 de junio, que regula la cuestión de "*la actuación en nombre de otro*". De acuerdo con esta nueva disposición "el que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma, responderá personalmente, aunque no concurran en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiere para poder ser sujeto activo del mismo". Las expresiones finales demuestran claramente que sólo es aplicable a los delitos especiales propios, pues la falta de la calificación especial no impide la autoría en los delitos especiales *impropios*. Por lo tanto, este artículo se refiere exclusivamente a

circunstancias personales que *fundamentan* la punibilidad, a diferencia de lo que ocurre con el art. 60 del Código Penal español (*infra*, e, bb, 5).

La nueva disposición del art. 15 bis, permite considerar autor de un delito especial propio al que carece de la calificación específica que fundamenta la punibilidad, si este realiza la acción *en nombre*, es decir como directivo u órgano de una persona jurídica, o *en representación* (legal o voluntaria) de una persona jurídica en la que concurriera la especial calificación personal. Al limitarse (a diferencia del modelo alemán, *StGB* § 14) el obrar en nombre de *otro* al *obrar en nombre de una persona jurídica*, el número de delitos de la parte especial en que esta disposición puede tener aplicación es reducido. Un ejemplo de ella lo brinda el art. 535 del Código Penal español, *apropiación indebida*, en que es posible que la relación jurídica proveniente de depósito, comisión o administración, etc. existe respecto de la persona jurídica, pero no del representante que realiza la acción constitutiva de la apropiación. Por el contrario, la nueva disposición del art. 15 bis resulta innecesaria en uno de los casos en que, era de suponer, mayor hubiera sido su utilidad: en el *delito fiscal* (Código Penal español, art. 319). El párrafo 3º del art. 319 contempla la imputación del delito a "los directores, gerentes, consejeros o delegados o personas que efectivamente" ejerzan la administración de una sociedad, entidad o empresa. Las diferencias de redacción, sin embargo, no permiten excluir *a priori* fricciones entre el nuevo art. 15 bis y el párrafo 3º del art. 319.

3. En los *delitos de propia mano*, que pueden considerarse una variedad de los delitos especiales (confr. JESCHECK, p. 214) se piensa que es preciso para que haya autoría, además de la dirección final del suceso, la "realización corporal de la acción prohibida" (ejemplo: en el delito de estupro [Código Penal argentino, art. 120; Código Penal colombiano, art. 301; Código Penal español, art. 434] se requiere el acceso carnal; tal acceso carnal no es susceptible de ser realizado *mediante otro* (confr. WELZEL, pp. 106 y ss.; STRATENWERTH, núm. 758). Sin embargo, estos delitos no representan casos en que el dominio del hecho requiera *además* otro elemento complementario: la realización del tipo. En el famoso caso de la celestina hamburguesa (entre otros, WELZEL, *loe. cit.*) que procura que un marinero tenga relaciones sexuales con su hermana que él desconoce como tal, la celestina no entra en consideración como autora (mediata) del *incesto*, pues ella no tiene el dominio del hecho de acceder carnalmente. La situación del marinero, por lo tanto, deberá contemplarse no desde el punto de vista de su incuestionable dominio del hecho respecto del acceso carnal, sino de la ignorancia respecto de su calidad de hermano de la mujer con la que yace. Mientras la calidad de autor directo (no culpable) del marinero está clara, la celestina solo podría responder aquí como instigadora, lo que no es posible porque el marinero carece del dolo del delito.

En consecuencia no hay razón para considerar estos casos fuera del principio del dominio del hecho (coincide en parte ROXIN, p. 410, aunque proponiendo reglas específicas, pp. 412 y ss.).

La teoría del dominio del hecho no permite una solución uniforme de los problemas de la distinción entre autor y partícipes en la totalidad de los delitos. Sustancialmente deben distinguirse *dos especies de delitos* en los que las reglas para la distinción adquieren una configuración especial: *los delitos de dominio* y *los delitos de infracción de deber* (confr. ROXIN, *Täterschaft*, pp. 352 y ss.; ROXIN distingue además *los delitos del derecho penal de autor* y los delitos de propia mano sin lesión de bien jurídico, confr. *loe. cit.*, pp. 335 y ss.; 399 y ss. y 578 y ss.; es altamente dudoso que nuestros derechos penales contengan tipos de derecho penal de autor a excepción, quizás, de los tipos de la ley de Peligrosidad Social española de 4, de agosto de 1970, y los similares iberoamericanos; sobre los delitos de propia mano ver *supra* en este mismo apartado).

Por otra parte, el concepto de dominio del hecho admite, a su vez, distinciones: puede hablarse de un a) *dominio de la acción* (que consiste en la realización por sí de la acción típica), de un b) *dominio de la voluntad* (que es propio de la llamada autoría mediata, ver *infra*, 2 y que proviene de la *coacción* ejercida sobre el autor inmediato, del aprovechamiento del *error* de este y de la utilización de un *aparato organizado de poder*) (confr. ROXIN *loe. cit.*, pp. 578 y ss.; OTTO, *Grundkurs*, pp. 248 y ss.). También es posible hablar de un c) *dominio funcional del hecho*, basado en la división del trabajo y que es fundamento de la coautoría (ver *infra*, 3).

Finalmente, es posible distinguir una concepción de la *teoría del dominio del hecho que acentúa los aspectos subjetivos* (referentes a la decisión de cometer el hecho, darle su configuración especial, etc.) (confr. BOCKELMANN AT, p. 168: "autor es el que obra con una perfección de control comparable a la del autor individual"; WELZEL, *Lehrbuch*, p. 100: "domina el hecho el que lo realiza finalmente en base a su decisión voluntaria"), y otra que *acentúa los aspectos objetivos* (referentes a la realización del hecho) (confr. GALLAS, *Verbrechenslehre*, pp. 78 y ss.; OTTO, *loe. cit.* p. 248).

En la *dogmática argentina* se han formulado reservas de distinta índole respecto de la teoría del dominio del hecho, en general apoyadas en lo que se da en llamar "el derecho positivo" (ver GENÓCRATES, "el dominio del hecho como criterio para determinar el autor en el Código Penal argentino", en "La ley", II-vi-68 y SOLER, *Derecho penal argentino* § 56 nota 1, p. 271). En primer lugar se ha creído que el Código argentino contiene "criterios claramente expresados". En todo caso, no es fácil saber de qué criterios se habla. Pero lo cierto es que el único criterio que se ha mencionado es el de "*tomar parte en la ejecución del hecho*": quienes toman parte en la ejecución del hecho serán autores (ver NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, n, p. 287; SOLER, *loe. cit.*, § 54, i; FONTÁN BALESTRA, § 49, 2, A, 1).

Demostrar que "tomar parte en la ejecución del hecho" no es un criterio idóneo para caracterizar al autor no es difícil. La ejecución del hecho es todo lo que va desde el comienzo de la ejecución hasta la consumación. Sin duda que durante este transcurso pueden los diversos concurrentes *participar* de muy distinta manera, es decir, como autores o como cómplices: luego tomar

parte en la ejecución no es más que tomar *parte*; todavía resta saber *qué parte* se ha tomado en la ejecución, si la del autor o la del partícipe en sentido estricto. Para esta segunda operación, es decir, para determinar qué parte se ha tomado en la ejecución la ley no proporciona ninguna pauta; la solución debe extraerla el intérprete de la materia regulada por las normas y no de las reglas mismas, pues estas no la dan y en realidad ni pueden ni necesitan darla. Quién es autor y quién es cómplice o instigador es determinable *pre-jurídicamente*.

En la *dogmática española*, como vimos (*supra*, a, aa) predomina el punto de vista según el cual el concepto de autor en sentido jurídico-penal debe inferirse de cada uno de los tipos de la parte especial. Las posibilidades de esta inferencia son, como se dijo, prácticamente inexistentes, si no se recurre a un criterio para distinguir al autor (al que realiza la acción típica) de quienes sólo toman parte de otra manera diversa de la autoría. Precisamente este criterio es lo que *no* proporcionan los tipos de la parte especial, pues nada dicen sobre las distintas formas de colaboración en la realización del tipo. Los tipos de homicidio, lesiones, hurto, etc., sólo dicen que al que realice la acción se le aplicará la pena allí conminada, pero sin especificar absolutamente nada sobre el criterio que permitiría distinguir entre diversos aportes al hecho, cuál es determinante de la autoría y cuál sólo debe considerarse secundariamente como complicidad o cooperación necesaria.

El "tomar parte directa en la realización de hecho" (Código Penal español, art. 14, 1) resulta, por otra parte, tan equívoco para definir al autor como el texto similar del art. 45 del Código Penal argentino que hemos analizado con anterioridad y a su respecto son aplicables también las reflexiones realizadas sobre este.

En suma, también en el Código Penal español la caracterización de la autoría requiere una definición previa de este concepto que posibilite una solución de los problemas de la participación.

En la *dogmática colombiana* suele no tratarse la cuestión del criterio para la determinación de la autoría. El art. 23 del Código Penal colombiano no proporciona tal criterio a pesar de su definición más moderna que las contenidas en los Códigos argentino y español.

c) *La autoría mediata*

Autor mediato es el que dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica.

La teoría del autor mediato no ha merecido siempre aceptación fuera de Alemania. En España ha sido considerada superflua por algunos autores (ver RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, i, p. 803 y CEREZO MIR, en *Fest. für Welzel*, pp. 635 y ss.) y en Italia ha sido también cuestionada su necesidad, no solo porque el art. 111 del Código Penal italiano establece que "quien

ha determinado a cometer un delito a una persona no imputable o no punible a causa de la ausencia de una condición o cualidad personal, responde del delito cometido por esta", sino también en razón de sus fundamentos (confr. BETTIOL, *Diritto Pénale*, 11^a ed., p. 594; MANTOVANI, *Diritto Pénale*, 1979, p. 462; ver afirmativamente Riccio, *L'autore mediato*, Napoli, 1939; REMO PANNAIN, *Manuale di diritto pénale*, i, 1962, p. 802; LATAGLIATA, / *principi del concorso di persone nel reato*).

La teoría del autor mediato se ha ido desprendiendo de la figura del *Mandat* desarrollada a fines de la Edad Media por la ciencia italiana del derecho penal. Pero, un concepto de autoría mediata no aparece hasta STÜBEL (1828) en reemplazo del concepto de "causante intelectual". La fundamentación moderna comienza con los hegelianos LUDEN, KÖSTLIN, BERNER, HÁLSC HNER. En gran medida la teoría se desarrolló como consecuencia de la accesoriedad extrema (*infra*, e, bb, 2), que requería en el autor inmediato también el requisito de la culpabilidad; por lo tanto, los que instigaban a autores inculpables resultaban impunes. Precisamente para evitar esta impunidad se forjó la teoría del autor mediato. Sin embargo, introducida la accesoriedad limitada (*infra*, e, bb, 2) la teoría se mantuvo, porque ha quedado demostrado que esencialmente se trata de casos de autoría (ver sobre todo, FRIEDRICH CHRISTIAN SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 13 y ss.; ROXIN, *Täterschaft*, pp. 141 y ss. y sobre la necesidad de la figura de la autoría mediata también WELZEL, p. 101).

aa) *Cuestiones constitucionales*. GIMBERNAT ORDEIG (ZStW 80, 1968, pp. 915 y ss) ha previsto la posibilidad de un cierto reparo de orden constitucional contra la figura del autor mediato, pues "la mayoría de los tipos se han concebido en vista del autor inmediato" (p. 937). "No se discute —afirma en el mismo lugar— que el autor mediato debe responder como el autor en sentido estricto". De este argumento constitucional se ha hecho cargo ROXIN (*Homenaje a Jiménez de Asúa*, n, 1970, p. 64): "la autoría mediata tiene bajo el aspecto valorativo, que es aquí legalmente decisivo, la misma estructura óptica que la autoría inmediata ("dominio de la ejecución del hecho)". Sin duda que el argumento de GIMBERNAT es coherente si se parte de la teoría formal-objetiva, como el lo hace. Lo que ocurre es que la teoría formal-objetiva es difícilmente conciliable con el derecho positivo (ver *supra*, a, aa).

En cierta forma también se encuentra un reparo de orden constitucional en la base de la argumentación de MAX GRÜNHUT (JW1932, p. 366). GRÜNHUT, como GIMBERNAT, cree que los casos de la llamada autoría mediata deben ser punibles aunque no como autoría, sino como instigación o complicidad. Para ello mantiene el criterio de la teoría formal objetiva, pero disminuye las exigencias con respecto a la accesoriedad, de tal forma que el hecho principal no debe ser sino "la realización antijurídica del tipo objetivo" (p. 367). De esta forma es admisible "la participación dolosa o culposa en un hecho doloso, culposo o inculpable" (p. 367). La proposición de GRÜNHUT fracasa, sin embargo, ostensiblemente, pues si la instigación se define como "creación

en el autor del dolo del hecho", es imposible luego hablar de una instigación a un hecho *no doloso* (!).

bb) *Elementos de la autoría mediata*. El autor mediato debe reunir todas las *características especiales de la autoría* (objetivas y subjetivas) en la misma medida requerida para el autor inmediato.

ce) *Los casos de autoría mediata*. 1. Rasgo básico. El rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor *no realiza personalmente* la acción ejecutiva, sino mediante otro (instrumento); y lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato.

Los casos en que *falte la acción* del instrumento porque se lo utiliza mediante *fuerza física irresistible* o de una forma análoga, no dan lugar a autoría mediata sino a autoría directa. Ejemplo: el que, atropellado por un automóvil da contra los vidrios de un escaparate y rompe el cristal, o el que rompe el jarrón ajeno como consecuencia de un acto reflejo que le provoca el médico, no son instrumentos de un autor mediato sino que, quienes ocasionaron el desplazamiento violento del cuerpo o el acto reflejo resultan autores *inmediatos*.

La autoría mediata solo adquiere —como se vio— una fundamentación adecuada a través de la teoría del dominio del hecho. La teoría formal-objetiva no puede alcanzar tal fundamentación especialmente ya que su punto de partida es demasiado estrecho y en realidad reduce todos los delitos a delitos de propia mano. Sin embargo, la teoría formal-objetiva trató de superarlo sin contradicción mediante la llamada "*teoría de la preponderancia*" (HEGLER, "Das Wesen der mittelbaren Täterschaft", en *RG-Festgabe*, 1929, t. 5, p. 355; y "Mittelbare Täterschaft bei nicht rechtswidrigen Handeln der Mittelsperson", en *Festgabe für Rich. Schmidt*, 1932), que procura remplazar la falta de la acción personal de ejecución, mediante una ampliación del concepto de autor para los casos de autoría mediata. De esta forma la falta de autoría directa resultaría compensada por otros elementos del delito, que son presupuestos de la punibilidad, que residen en el ámbito de la culpabilidad y que sólo concurren en el autor.

Así, por ejemplo, en el caso de la producción de un resultado mediante un instrumento que obra de acuerdo a derecho, porque lo ampara una causa de justificación, la autoría mediata resulta fundamentada porque, el que obra detrás del instrumento tiene una "preponderancia en el ámbito de la antijuricidad" (HEGLER, *en Fest. für Rich.*, SCHMIDT, 1932, pp. 71 y ss.). Con acierto ha criticado GRÜNHUT, (*JW* 1932, p. 366) que sólo se trata de una correcta caracterización de la autoría mediata, pero no de una fundamentación dogmática.

2. Instrumento que obra sin dolo. La primera hipótesis de autoría mediata se da en el caso del que utiliza, como medio para alcanzar el fin propuesto, a otro cuya acción —por el contrario— no se dirige al mismo fin del autor mediato sino a uno distinto cualquiera. Ejemplos: la utilización de un mensaje-

ro que ignora el contenido del paquete para entregar una bomba que estallará al ser recibida por el destinatario; la utilización de una enfermera ignorante del contenido de la jeringa para inyectar a otro una dosis mortal. El dolo del instrumento faltará siempre que este obre con error o ignorancia sobre las circunstancias del tipo. En estos casos el dominio de la voluntad se funda en el mayor conocimiento que tiene el autor mediato de las circunstancias del tipo con respecto al instrumento.

Cuando ambos conocen las circunstancias en igual medida no hay posibilidad de dominio de la voluntad del otro (a no ser que concurren otros factores que permitan establecerlo). Ejemplo: *A* incita a *B* a que pruebe su habilidad quitando un cigarrillo de la boca de *C* —que está de acuerdo en la prueba— con un disparo de revólver. *B* acepta con idea de ganar la apuesta. Dispara y mata a *C*. Por lo menos ha obrado con culpa y, en su caso, con dolo eventual. Pero, de todos modos, *B* ha tenido el dominio del hecho: *A* no es autor mediato (confr. STRATENWERTH, núms. 764 y ss.; ROXIN, *Täterschaft*, pp. 189 y ss.).

3. Instrumento que obra coaccionado. La autoría mediata del que obra coaccionado no ofrece respuestas unánimes. El que obra coaccionado lo hace, sin duda, con dolo: *coactus voluit*. Tiene, por lo tanto, dominio de la acción para cuya ejecución se lo coacciona y consecuentemente tiene también la posibilidad de obrar de otra manera. Por ello se piensa que el que coacciona será *en todo caso un instigador*, pues ha creado en el autor el dolo, no importando para nada que el dolo lo haya creado mediante coacción o persuasión (confr. ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 165, nota 187).

Desde otro punto de vista se sostiene que podrá admitirse autoría mediata en los casos en que el coaccionado haya perdido, por la intensidad del efecto de la coacción, "la última y relevante decisión sobre lo que ocurrirá", de tal forma que esa se traslada a las manos del que ejerce la coacción (ROXIN, *Täterschaft*, p. 144; ver también STRATENWERTH, núms. 768 y ss.; WELZEL, p. 102).

La cuestión planteada, no tiene en principio mayor efecto práctico en el derecho argentino y en el español por la equiparación de pena dispuesta en el art. 45 del Código Penal argentino y en el art. 49 del Código Penal español. Lo mismo cabe afirmar del Código Penal colombiano (art. 23). Desde el punto de vista del exceso del autor inmediato el resultado también se mantiene inalterable. Si lo consideramos un caso de instigación, el exceso del autor inmediato no le será imputable por efecto del art. 49 en el Código Penal argentino y por los principios generales en el español y el colombiano. Si se lo considera un caso de autoría mediata el exceso del autor inmediato será sin duda una hipótesis en la que el autor mediato ya no tiene el dominio del hecho.

4. Instrumento que carece de capacidad para motivarse de acuerdo a la norma. Aquí debemos distinguir dos supuestos: I) que el instrumento actúe en estado de incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad); II) que el instrumento obre en error de prohibición.

En el caso del instrumento que obra en estado de incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad) (por ejemplo enfermo mental) no ofrece, en principio, problemas. Admitida la accesoriedad limitada (ver *infra*, 4, b) pueden resolverse también casos de instigación (confr. JESCHECK, p. 544), si bien el auténtico sentido del hecho lo da la calificación de *autoría mediata*. Sin embargo, *si el inimputable ha conservado el dominio del hecho a pesar de su inimputabilidad sólo habrá instigación*.

En el caso del instrumento que obra con *error de prohibición inevitable*, la solución es la misma pues le ha faltado al instrumento capacidad para obrar de otra manera, mientras el autor mediato es tal, precisamente porque se ha servido de esa incapacidad del instrumento, similar en sus efectos a la incapacidad de culpabilidad. Si el *error de prohibición es evitable* puede darse también autoría mediata (confr. WELZEL, p. 103; STRATENWERTH, núms. 779 y 780; otra solución ROXIN, *Täterschaft*, p. 197).

5, Instrumento no calificado en los delitos especiales y el que obra sin elemento subjetivo de la autoría. En los delitos especiales *sólo* puede ser autor un sujeto que tenga la calificación de autor exigida para el delito (por ejemplo "funcionario, Código Penal argentino, arts. 248 a 253; Código Penal colombiano "el empleado oficial" en los arts. 148 y ss.; Código Penal español, arts. 178 y ss; Código Penal mexicano, arts. 212 y ss; Código Penal venezolano, arts. 195 y ss.). Los sujetos que posean calificación se designan "*intraneus*" y los que no la poseen "*extraneus*".

La utilización de un no-calificado (extraneus), que *obra con dolo*, por un calificado (intraneus) determina un problema de gran complejidad. Ejemplo: el funcionario que por medio de un no funcionario realiza un delito especial propio en el ámbito de su competencia. Puede afirmarse que existe acuerdo respecto de la punibilidad del calificado que no realiza la acción de ejecución sino por medio de un no-calificado que obra con dolo, como autor mediato y del "instrumento", que realiza la acción de ejecución en forma directa como cómplice. Lo que falta es claridad y unidad en la fundamentación.

El problema se presenta aquí, en realidad, porque el no calificado que obra con *dolo y libertad*, tendría *en principio*, el dominio del hecho, y sin embargo no es autor por falta de la calificación legal. La cuestión tiene su repercusión fundamentalmente en materia de accesoriedad. Si la accesoriedad depende del dominio del hecho del autor principal, parecería no haber en el caso otra solución que la impunidad, ya que el no-calificado no puede ser autor por falta de calificación y el calificado no puede ser instigador porque la instigación presupone la autoría en el instigado.

Las soluciones actuales son muy variadas en sus fundamentos. WELZEL, por ejemplo, explica el dominio del hecho mediante el concepto de "*dominio social*" derivado de la calificación del que obra detrás del instrumento (p. 104). GALLAS dice que el calificado "no tiene dominio sobre la persona del que obra inmediatamente, pero probablemente sí sobre el hecho como totalidad en la medida en que el carácter de delito depende de la calificación que

él posee y del impulso que ha dado al no calificado (*Verbrechenslehre*, p. 102). ROXIN sostiene que en la medida en que "el extraneus conoce la situación de hecho y de derecho igual que el funcionario" tiene él el dominio del hecho y no lo tiene el funcionario (*Täterschaft*, p. 254) y para fundamentar la punibilidad modifica el sistema de la accesoriedad (ver más abajo). JESCHECK por su parte sostiene que aquí el dominio del hecho debe construirse *normativamente* y no psicológicamente (§ 62, n. 7), recurriendo implícitamente a la teoría de la preponderancia de HEGLER: "El influjo *jurídicamente* dominante del que obra por detrás es decisivo para la autoría". STRATENWERTH piensa que se trata de una "forma mixta de roles de participación *impune* en la que se suman elementos de la autoría y de la instigación" (núms. 793 y ss.).

Para alcanzar una solución adecuada hay que hacer algunas distinciones.

En los delitos especiales el tipo está constituido por una violación del deber que especialmente incumbe al sujeto activo. Lo que debe dominarse por el sujeto calificado, único que puede ser autor es el *hecho que infringe el deber*. En este sentido no hay ninguna diferencia con un delito no especial. El dominio del hecho se caracteriza por el dominio de la acción, no de la voluntad del otro. Sólo que, dominio del hecho de la infracción del deber sólo puede tenerlo el sujeto del deber y no quien carece del deber. Esta solución no ofrece ningún inconveniente en donde el tipo se agota en la descripción de la violación de un deber especial (ejemplo el Código Penal argentino, art. 248: "ejecutar órdenes contrarias a la Constitución o leyes"; Código Penal colombiano, art. 144; Código Penal español, art. 201), pues aquí toda inducción a un tercero o todo valerse del mismo es ya *autoría directa* y no autoría mediata, y complicidad de parte del tercero.

Pero tampoco ofrece dificultad alguna donde el tipo penal capta sólo una forma determinada de acción violatoria del deber, pues la estructura del delito es la misma que en el caso anterior: "perjudicar los intereses confiados u obligar abusivamente al titular" (Código Penal argentino, art. 173 inc. 7) "ejercer alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales" (Código Penal español, art. 198), no son sino la descripción de la violación del deber de no perjudicar y de no obligar más allá del límite acordado o de no actuar como funcionario en causa propia.

Por esto es preciso distinguir entre el dominio de la acción de infracción del deber, que sólo puede tenerla quien es sujeto del deber, y el dominio que sobre su propia acción tiene el extraneus, no sujeto del deber. Sin duda que este domina su acción de ejecutar. Pero el dominio del hecho que determina la *autoría* depende de la posición relativa del sujeto respecto de los demás desde un punto de vista de la estructuración directa del hecho *total*. En los delitos de infracción de deber sólo puede tener esta posición el que es sujeto del deber.

Resumiendo: en estos casos hay *autoría directa* del intraneus, mientras que el sujeto no-calificado es un cómplice.

Así queda demostrado que no hay necesidad de establecer una modificación en el sistema de la accesoriedad (ver *infra*, 4, b) como propone ROXIN en los delitos de infracción de deber, en los que la acción del partícipe no dependería del dominio del hecho del autor principal, sino de la infracción del deber porque *la distinción entre una acción ejecutiva, distinta de la infracción del deber, y la infracción misma de este no es posible*.

La problemática es considerada similar en el caso del que realiza la acción ejecutiva dolosamente pero sin tener el elemento subjetivo requerido por el tipo (por ejemplo ánimo de lucro en el hurto, Código Penal argentino, art. 162; Código Penal colombiano, art. 349; Código Penal español, art. 514; Código Penal mexicano, art. 367; Código Penal venezolano, art. 453), mientras que el que obra por detrás lo hace con ese elemento subjetivo: ejemplo (ver STRATENWERTH, núm. 800; WELZEL, p. 104; SAMSON, *SK StGB*, §§ 25, 34) el dueño de un campo con ánimo de apropiación de cosas ajenas, deja que su criado, que obra conociendo todas las circunstancias de hecho, impulse hacia su corral junto con las propias gallinas las de su vecino (¿hurto del criado? o ¿hurto en autoría mediata del dueño?).

Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho estos casos ofrecen la siguiente dificultad: el que obra con dominio del hecho (dolosamente) carece del elemento subjetivo de la autoría (voluntad de apropiarse = ánimo de lucro), razón por la cual no puede ser autor. El que obra por detrás tiene el elemento subjetivo de la autoría, pero carece del dominio del hecho. Si la autoría depende de la conjunción de ambos elementos en la misma persona parecería que ninguno de los dos ha obrado como autor. La instigación del que obra por detrás a su vez excluida porque el otro no es autor.

La teoría ha dado aquí soluciones muy diferentes. Por un lado se equipara este caso al de los delitos especiales que acabamos de tratar, sea afirmando un "*dominio social*" del hecho en el que obra por detrás con el elemento subjetivo (WELZEL, p. 104; JESCHECK, p. 545: "dominio del hecho normativo"), sea postulando la no punibilidad de estos hechos por constituir "formas mixtas de participación" no punibles (STRATENWERTH, núm. 801).

Por otra parte se rechaza la autoría mediata por estimarse que en este caso no hay hurto sino apropiación indebida (SCHMIDHÄUSER, p. 528); esta solución no es compatible con ninguno de los derechos positivos que se estudian aquí porque todos carecen de un texto similar al del § 246 del Código Penal alemán. Difícilmente se admite autoría por parte del que obra dolosamente sobre la base del principio del dominio del hecho en virtud de una interpretación del elemento subjetivo del hurto; a su vez el que obra por detrás sería instigador (ROXIN, *Täterschaft*, pp. 341 y ss.). Esta última posición merece preferencia, pues el que obra dolosamente en el caso que nos ha servido de ejemplo quiere apropiarse de los animales aunque para entregárselos a otro y ello es suficiente para configurar el "ánimo de lucro" del hurto, porque este *no* es un delito de enriquecimiento sino de sustracción.

6. Instrumento que no obra típicamente. El caso es muy discutido en Alemania por la necesidad de punir la instigación al suicidio. Entre nosotros no ofrece problemas pues está incriminada la instigación misma como forma de autoría (Código Penal argentino, art. 83; Código Penal colombiano, art. 327; Código Penal español, art. 409).

7. Instrumento que obra de acuerdo a derecho. El caso se presenta con toda claridad en los supuestos de estafa procesal. Una de las partes hace valer documentos falsos con lo que determina una decisión falsa del juez que perjudica a la otra parte. El juez, ignorando la falsedad, obra de acuerdo a derecho. Pero el que obra detrás es autor mediato de estafa porque en

base a su mayor conocimiento de la verdad de los hechos ha mantenido el dominio del hecho (confr. ROXIN, *loe. cit.*\ MAURACH, § 48, n, B).

8. Instrumento que obra dentro de un aparato de poder. ROXIN (*Täterschaft*, pp. 242 y ss.), STRATENWERTH, (núms. 790 y ss.), SAMSON (*SK StGB*, §§ 25, 36) y SCHMIDHÄUSER (p. 527) consideran que se da autoría mediata en el caso del sujeto que forma parte de una organización de poder y que es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada. Ejemplo: el agente de un servicio secreto que cumple una orden de matar a un diplomático extranjero; el funcionario de un Estado ilegítimo que pone en funcionamiento en una etapa intermedia de realización una operación de exterminio o privación de libertad de un grupo de personas. Los "funcionarios" o el agente del servicio de los casos dados no obran ni coaccionados ni por error. Sin embargo, dada la fácil fungibilidad del sujeto, que podría ser remplazado en el trámite por otro cualquiera, se admite la autoría mediata para los *miembros superiores* del "aparato de poder". Por supuesto la punibilidad del "instrumento" *como autor inmediato* no es discutida. Para otros autores estos casos deben considerarse según las reglas de la coautoría (confr. JESCHECK, p. 546; SAMSON, *loe. cit.*, §§ 25, 36).

dd) *Los delitos de propia mano*. La existencia misma de esta categoría de delitos es excepcionalmente discutida. Delitos de propia mano serían, en principio, sólo aquellos en los que la única manera posible de autoría reside en la realización corporal de la acción típica: ejemplos clásicos son la violación o el estupro en los que no puede ser autor quien no tiene acceso carnal. Esta categoría ha sido confundida a menudo con la de los delitos especiales (de infracción de deber) (confr. ROXIN, *Täterschaft*, p. 401).

La autoría mediata en esta categoría de delitos fue admitida por los partidarios del concepto extensivo de autor, pues en todo caso se trata de la causación de una lesión del bien jurídico que no es instigación ni complicidad (EB. SCHMIDT, "Die Mitterlbare Täterschaft", en *Frank fest.*, 1930, li, pp. 128 y ss.).

La autoría mediata no es admisible en estos delitos, pues el dominio del hecho, por ejemplo, de acceder carnalmente sólo puede tenerlo quien *personal y corporalmente* realiza la acción de ejecución. El famoso caso de LISZT en el que la dueña de un burdel hace yacer a un marinero con su hermana desconocida (incesto, no punible en Argentina, sólo agravante en España: art. 434; punible en Colombia: art. 259) no cabe duda que no es un caso de autoría mediata de incesto de la dueña del burdel, pues ella no ha podido dominar la acción de acceder carnalmente. De otra opinión ROXIN (*Täterschaft*, pp. 399 y ss.) quien define los delitos de propia mano de una manera diversa.

d) Coautoría

Son coautores los que toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho. Como ya se dijo, el derecho vigente argentino, colombiano, español,

mexicano y venezolano no da una regla expresa sobre la coautoría. La coautoría no depende en su existencia dogmática de un reconocimiento legal expreso, pues está —como la autoría mediata— implícita en la noción del autor. Una disposición expresa sobre la coautoría es, desde el punto de vista de la técnica legislativa innecesaria.

aa) *Elementos y particularidades.* La coautoría es propiamente autoría. Por lo tanto, los elementos de la autoría deben ser compartidos por el coautor. En este sentido el coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales) así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto.

Coautoría, en el sentido de co-ejecución de la acción típica sólo es posible en los *delitos dolosos de comisión* (sobre la imposibilidad de una coautoría en los delitos de omisión ver ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 204; BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, 2ª ed., 1983, pp. 173-175).

Tampoco puede haber *coautoría culposa*, porque el delito culposo se caracteriza —como la omisión— por la violación de un deber (en el caso de la culpa se trata de un deber de cuidado) y esto no es susceptible de partición ni de división.

1. El *elemento esencial* de la coautoría es el *codominio del hecho*. Este elemento ha sido caracterizado por ROXIN (*Täterschaft*, pp. 275 y ss. y *Homenaje a Jiménez de Asúa*, n. 1970, pp. 55 y ss.) como un dominio funcional del hecho en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo (confr. Roxin, *Täterschaft*, p. 275 y *Homenaje a Jiménez de Asúa*, 1970, pp. 55 y ss; JESCHECK, p. 549; STRATENWERTH, núm. 807).

El co-dominio del hecho es consecuencia de una *decisión conjunta* al hecho. Mediante esta decisión conjunta o común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al hecho: uno de los autores sostiene a la víctima y el otro la despoja de su dinero; cada aporte está conectado al otro mediante la división de tareas acordadas en la decisión conjunta.

Problemático es distinguir esta decisión conjunta que fundamenta la coautoría de la división de tareas acordada de ordinario entre autor y cómplice o cooperador. Las opiniones están divididas (confr. BAUMANN, 8ª ed., 1977, pp. 565 y ss. por la teoría subjetiva; STRATENWERTH, núm. 815, por un criterio formal objetivo; igualmente SAMSON, *loc. cit.*, §§ 25, 43; JESCHECK, p. 549; otro punto de vista SCHMIDHÄUSER, p. 506). El criterio correcto de distinción debe establecer si la división de tareas acordada importa o no *subordinación* de unos respecto de otro o de otros. Para la existencia de coautoría es necesario que *no* haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito.

El Tribunal Supremo español requiere para la coautoría simplemente un "acuerdo de voluntades" o un "acuerdo previo" (confr. GIMBERNAT, *Introducción*, con indicaciones jurisprudenciales, p. 143; *Autor y cómplice*, pp.

54 y ss. con críticas acertadas). Este criterio es insuficiente para caracterizar la coautoría y requiere ser completado por el co-dominio del hecho (así, sin embargo, la sentencia del 21.2.1973).

2. Para la coautoría es decisivo un *aporte objetivo* al hecho de parte del coautor. Sólo mediante este aporte objetivo puede determinarse si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y en consecuencia si es o no coautor. El aporte objetivo que determina la existencia de un co-dominio del hecho puede resumirse en una fórmula de utilización práctica: *habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin esa contribución el hecho no hubiera podido cometerse* (confr. en general ROXIN, *Täterschaft*, p. 280; STRATENWERTH, núms. 820 y ss.; JESCHECK, § 63, ni; SAMSON, *toe. cit.*, § 25, 44 y ss). Para el juicio sobre la dependencia de la consumación del hecho de la aportación del partícipe es decisivo el plan de realización tenido en cuenta por los autores.

Esta fórmula tiene una base legal directa en los derechos argentino (art. 45), español (art. 14,2). En efecto, el significado de la expresión "*tomar parte en la ejecución*" sólo de esta manera adquiere un adecuado valor dogmático en lo referente a la coautoría, pues señala precisamente el momento que va desde el comienzo de ejecución hasta la consumación, momento en el que prestar una colaboración sin la cual el hecho "*no se habría podido cometer*" implica un aporte que revela el co-dominio del hecho. "Es evidente que el sujeto que presta una colaboración sin la cual el hecho no habría podido cometerse *decide sobre la consumación*" (BACIGALUPO, *La noción de autor*, p. 47; también ROXIN, refiriéndose al art. 45 del Código Penal argentino en *Homenaje a Jiménez de Asúa*, n, 1970, p. 66 y en *Täterschaft*, p. 40) y, por lo tanto, co-domina el hecho.

En forma unánime se ha entendido en la dogmática argentina que el art. 45 del Código Penal al referirse al que presta al hecho una contribución sin la cual no hubiera podido realizarse menciona *solamente* a los cómplices y no a los coautores. (Así, FONTÁN BALESTRA, *Derecho Penal*, § 52, i, 3; GONZÁLEZ ROURA, *Derecho Penal*, n, p. 192; NÚÑEZ, *Derecho Penal argentino*, ii, pp. 291 y ss.; ODERIGO, *Código Penal Anotado*, núm. 158; SOLER, *Derecho Penal argentino*, §§ 56 y 58).

Desde nuestro punto de vista, por el contrario, es preciso diferenciar: El art. 45 del Código Penal argentino se refiere a los coautores como aquellos que hayan prestado *durante la ejecución* una contribución al hecho sin la cual este no se hubiera podido cometer. Por el contrario, aquellos que hubieran prestado una colaboración semejante en la etapa de la *preparación*, previa al comienzo de ejecución, no son coautores, pues a partir del comienzo de ejecución *no han podido dominar el hecho*.

También en España el art. 14, 3 ha sido entendido exclusivamente como una forma de complicidad (cooperación necesaria) (confr. por todos RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, í, pp. 871 y ss.). La interpretación que

hemos propuesto antes es indudablemente aplicable al art. 14, 3 del Código Penal español, cuyo texto coincide con el argentino.

La misma solución puede tener vigencia con respecto al Código Penal colombiano, aunque este ha renunciado —con acierto— a la vieja fórmula que todavía mantienen el Código Penal español y el argentino.

Esto puede aclararse aún más con el siguiente cuadro:

A)	{	Partícipes que realizan un aporte sin el cual el hecho no hubiera podido cometerse (C. P. argentino, art. 45; C. P. español, art. 14, 3).	{	Durante la ejecución = co-AUTORES Durante la preparación = CÓMPLICES o COOPERADORES necesarios.
B)	{	Partícipes que realizan cualquier otro aporte en las condiciones de los arts. 46 del C. P. argentino y 16 del C. P. español.	{	= CÓMPLICES <i>simples</i> (sea durante la ejecución o la preparación).

Para determinar cuándo hay un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer es de utilidad el criterio de la fórmula de la supresión mental de la teoría de la *condictio sine qua non*. Si se suprime mentalmente el aporte y la ejecución no puede llevarse a cabo, es evidente que se trata de un aporte *necesario*. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que no debe requerirse una *necesidad absoluta*, sino que es suficiente con que el aporte sea "*difícilmente reemplazable*" en las circunstancias concretas de la ejecución (confr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en el derecho penal* Madrid, 1966, pp. 157 y ss.; ROXIN, en *Homenaje a Jiménez de Asúa*, n, 1970, p. 67; BACIGALUPO, "La Ley", t. 123, 1966, p. 1311).

bb) *Coautoría sucesiva*. Se designa como coautoría sucesiva el caso consistente en que alguien participa co-dominando el hecho en un delito que ya ha comenzado a ejecutarse. Ejemplo: A y B penetran con violencia en un negocio donde se apoderan de mercancías que llevan a casa de C. Este enterado del hecho ya realizado por A y B concurre con ellos al local y se apoderan juntos del resto de la mercadería. La coautoría accesoria es posible sólo hasta la consumación del plan delictivo.

La regla para la decisión de estos casos es que el coautor sucesivo no responde por el hecho ya realizado cuando comienza su participación, pues ello implicaría el reconocimiento de un dolo *subsequens* (STRATENWERTH, núm. 817; ROXIN, p. 290; SCHMIDHÁUSER, p. 520; en contra JESCHECK, pp. 552 y ss.; MAURACH, § 49, ni; SAMSON, *SK StGB*).

e) Participación en sentido estricto

aa) *Fundamento de la punibilidad del partícipe*. Condición esencial de la participación es que el partícipe *no* haya realizado la acción típica. Esta

delimitación negativa no debe entenderse en un sentido formal, sino material: es preciso que el partícipe *no* haya tenido el dominio del hecho.

Las formas de la participación *stricto sensu* son pues la instigación y la complicidad necesaria o no necesaria en las distinciones de los Códigos argentino y español: arts. 45 y 46 C. P. argentino; arts. 14, 3 y 16 C. P. español). El derecho iberoamericano más moderno tiende claramente a dejar de lado la distinción de distintos grados de complicidad (por ejemplo, Código Penal colombiano, art. 24). Distinta parece ser la tendencia que muestra el art. 32 del Proyecto español de 1980.

Estas formas fueron caracterizadas como "fundamentos de extensión de la pena" (M. E. MAYER) o del tipo penal (ZIMMERL). Esto significa que la participación no da lugar a un tipo autónomo, a un delito en sí, sino a un "*tipo de referencia*" o "concepto de referencia". *No es posible la participación si no se la conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe*. La extensión de cualquiera de los tipos de la parte especial a otras conductas que no son su comisión misma, sólo es posible mediante el dispositivo técnico que proporcionan las reglas referidas a la participación en sentido estricto (instigación y complicidad).

De esta manera se rechazan las teorías que tienden a concebir la participación con una cierta autonomía (ver MASSARI, // *momento esecutivo del reato*, § 70, y en la dogmática alemana SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, pp. 497 y ss.; LÜDERSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967).

En la adopción de una u otra tesis está en juego el fundamento que se otorgue a la participación.

1. Teoría de la culpabilidad de la participación. Para esta teoría el fundamento de la punibilidad de la participación reside en la culpabilidad del partícipe respecto de la corrupción del autor, en otras palabras, la influencia del partícipe en el autor, de lo que se deriva su culpabilidad y su pena (H. MAYER, *Strafrecht*, 1967, p. 155). De esta manera la medida de la culpabilidad del partícipe depende de la existencia y medida de la culpabilidad del autor.

La teoría es comunmente rechazada en la medida en que no se compagina con un sistema legislativo en el que la culpabilidad del partícipe es independiente de la culpabilidad del autor (JESCHECK, p. 557; STRATENWERTH, núm. 850; RUDOLPHI, *ZStW* 78, 94; SAMSON, *loe. cit.*, Vor § 26, 5; SCHMIDHÄUSER, p. 534).

2. Teoría de la causación. El punto de partida de esta teoría es la incidencia causal del partícipe en la realización del hecho. La circunstancia de que el aporte causal del partícipe se canalice a través del autor, determina su mayor distancia respecto al resultado y, por lo tanto, su menor punibilidad. Si lo esencial es el aporte causal, la tipicidad de la conducta del autor desaparece como requisito y en consecuencia, la participación se convertiría en un *delito autónomo*, es decir, la participación perdería su naturaleza accesoria (ver LÜDERSEN, *loe. cit.*, pp. 119 y ss; MAURACH, § 50, m, D).

También esta teoría es insostenible en el derecho vigente porque choca contra el requisito de la dependencia o accesoriedad del hecho del partícipe de otro principal (confr. SAMSON, *loc. cit.*, Vor § 26, 8).

3. Fundamento adecuado de participación es, en cambio, la llamada *teoría de la participación en lo ilícito* (WELZEL, p. 112; STRATENWERTH, núm. 858). La participación consiste según esta teoría en la violación de la prohibición de impulsar o apoyar otro hecho prohibido. Esta prohibición está contenida en las disposiciones particulares de la participación y no en las normas de la parte especial. La participación está dirigida a la lesión del mismo bien jurídico que el hecho principal (STRATENWERTH, núm. 858).

bb) *Accesoriedad de la participación*. La participación presupone tomar parte en un hecho ajeno. Por ello, la participación tiene carácter accesorio. *Accesoriedad* de la participación quiere decir, entonces, *dependencia* del hecho de los partícipes del hecho del autor o los autores. La cuestión requiere ser analizada en dos sentidos distintos. En primer lugar, desde el punto de vista del *grado de realización* que debe haber alcanzado el hecho principal; en segundo lugar, desde el punto de vista de los *elementos del hecho punible* que se deben dar en el hecho principal.

1. Dependencia del grado de realización. La participación punible presupone que el hecho principal haya alcanzado, por lo menos, el nivel de la tentativa, es decir, por lo menos el principio de ejecución. Por esta razón la *conspiración*, *proposición* y *provocación* del art. 4º del Código Penal español son, en realidad, tipos penales independientes, en los que se sancionan actos preparatorios.

El desistimiento de la tentativa no afecta la punibilidad del partícipe que no haya desistido. Esto es consecuencia del carácter personal de la excusa absoluta sobreviniente al desistimiento.

2. Dependencia de los elementos del hecho punible. El grado de dependencia de los elementos del hecho punible del delito ejecutado por el autor principal da lugar a distintas posibilidades (confr. M. E. MAYER, *Lehrbuch*. 1915, p. 391; BOCKELMANN, *Untersuchungen*, 31).

1. *Accesoriedad mínima*: el hecho principal sólo requiere ser *típicamente* adecuado;

2. *Accesoriedad limitada*: el hecho principal debe ser *típico* y *antijurídico*;

3. *Accesoriedad extrema*: el hecho principal debe ser *típico*, *antijurídico* y *culpable*;

4. *Hiperaccesoriedad*: cuando también las circunstancias personales agravantes o atenuantes del autor del hecho principal también benefician o perjudican al partícipe.

La opinión hoy dominante entiende que debe regir el sistema de *accesoriedad limitada*: *el hecho principal debe ser típico y antijurídico; la culpabilidad de cada partícipe es individual*.

El principio, la *accesoriedad mínima* está excluida pues un hecho típico solamente *no* es antijurídico cuando concurre una causa de justificación y

ello excluye *toda* consecuencia jurídica del hecho. Por lo tanto un hecho justificado pero típico no puede dar lugar a una participación punible.

3. La cuestión de la dependencia del dolo del hecho del autor principal. Una de las cuestiones más debatidas de la accesoriedad es la de la dependencia del hecho del partícipe del dolo del autor del hecho principal. Esta cuestión no depende de la forma en que se fundamenta la accesoriedad limitada ni tampoco de la fundamentación de la punibilidad de la participación *stricto sensu*. La cuestión es independiente inclusive del concepto de acción (finalista o no) (confr. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, p. 148).

La dependencia del dolo del autor del hecho principal en la instigación o inducción está impuesta por la propia naturaleza de esta. Instigar o inducir es crear en otro la decisión al hecho antijurídico: ("determinar", Código Penal argentino, art. 45; Código Penal colombiano, art. 23; o "inducir", Código Penal español, art. 14, 2, directamente a otro a la comisión) (confr. BACIGALUPO, *Culpabilidad, dolo y participación*, 1966).

Lo mismo ocurre con la complicidad. Sólo es posible en relación a un hecho principal en el cual el autor tenga el dominio del hecho lo que sin dolo no es posible (confr. WELZEL, p. 119); STRATENWERTH, núm. 895; OTTO, *Grundkurs, AT*, p. 268; BOCKELMANN, *Untersuchungen*, pp. 39 y ss.; JESCHECK, pp. 534 y 562; SCHMIDHÄUSER, p. 534).

En la dogmática *argentina* defienden este punto de vista: BACIGALUPO, *Culpabilidad, dolo y participación*, 1966; *Lincamientos de la teoría del delito*, p. 131; ZAFFARONI, *Manual*, 514; otro punto de vista CAMPOS, *Derecho penal*, Parte General, p. 267.

En la dogmática *española* requieren también el dolo en el hecho de autor principal: CEREZO MIR, CÓRDOBA RODA, SUÁREZ MONTES y GIMBERNAT ORDEIG (confr. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*; probablemente también QUINTERO OLIVARES, *Introducción*, p. 260; otro punto de vista COBO-VIVES, III, p. 344).

En la dogmática *colombiana* el tema no es tratado especialmente, pero es de presumir que no se requiere que el dolo del autor principal sea un requisito de la punibilidad del partícipe.

4. La accesoriedad de la participación y la atribuibilidad. La accesoriedad limitada requiere como hecho principal una acción típica (dolosa) y antijurídica, sin exigir además que sea culpable; la culpabilidad del autor y la de cada partícipe son individuales e independientes. La teoría dominante deduce de aquí que las causas de inculpabilidad, que son parte del concepto de culpabilidad sólo tienen —consecuentemente— incidencia en la responsabilidad individual de cada partícipe: la instigación o la complicidad en un hecho principal cometido por el autor en una situación de necesidad en la que colisionan *intereses de igual jerarquía*, (ver *supra*, 3, d, aa) por ejemplo, sería punible, a pesar de la no punibilidad del autor por hallarse excluida su culpabilidad.

De la teoría de la responsabilidad por el hecho o de la atribuibilidad (*supra*, 3) se dedujo que, siendo las llamadas por la teoría dominante causas

de inculpabilidad ajenas al concepto de culpabilidad, la participación en los casos en que se excluye la responsabilidad por el hecho o la atribuibilidad no debía ser punible (confr. MAURACH, pp. 381, 721; ver en idéntico sentido MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, t. 2, p. 284).

Desde el punto de vista que hemos sostenido (*supra*, 3, c) las causas que excluyen la atribuibilidad *no* tienen una extensión uniforme respecto de los partícipes. En consecuencia sólo el estado de necesidad (no justificante) debe extenderse también a los partícipes, siempre y cuando la acción del partícipe revele un *grado de solidaridad socialmente comprensible* con respecto al autor. Este grado de solidaridad sólo deberá apreciarse cuando los bienes jurídicos afectados del tercero no sean fundamentales. En este sentido el estado de necesidad debe experimentar una considerable limitación respecto a los bienes jurídicos. Por lo tanto, el estado de necesidad excluyente de la atribuibilidad o de la responsabilidad por el hecho, sólo deberá extenderse a los casos en que el bien jurídico de un tercero afectado por el estado de necesidad no sea ni la vida, ni el cuerpo, ni la libertad.

5. *Las excepciones de la accesoriedad limitada (influencia de las "relaciones, circunstancias y calidades personales" o de las circunstancias agravantes o atenuantes que consisten en la "disposición moral del delincuente")*. Los arts. 48 del Código Penal argentino, 24 del Código Penal colombiano, 60 del Código Penal español y el 85 del Código Penal venezolano establecen que las *agravaciones o atenuaciones* de la pena que provengan de circunstancias especiales del autor *no se extienden a los partícipes*.

El problema en Argentina y Colombia. El Código Penal argentino (art. 48) y el Código Penal colombiano (art. 24) mantienen una regulación semejante según la cual las circunstancias *personales* que *atenúan* o *excluyen* la punibilidad no se extienden *en ningún caso a los partícipes*. Ejemplo: en el infanticidio la calidad de madre no se transmite a los partícipes y estos son punibles según la pena del homicidio (Código Penal argentino, art. 81, 2 y 79/80; Código Penal colombiano, art. 328).

Por el contrario, las circunstancias personales (relaciones, circunstancias o calidades personales) que determinan una agravación de la pena son en principio personales, pero se transmiten a los partícipes *cuando estos las hubieran conocido*. Ejemplo: el que instiga a otro a que mate a su padre es punible según el marco penal previsto para este delito agravado de homicidio (no tiene importancia aquí si el delito de parricidio es un homicidio agravado o un tipo autónomo).

Ninguno de los dos Códigos regulan qué régimen debe seguir las circunstancias personales que *fundamentan* la punibilidad.

En principio, estas disposiciones no se refieren a las causas que excluyen la culpabilidad (causas que excluyen la capacidad de motivación o de culpabilidad, *supra*, vi, 5^a y b) ni necesariamente a todas las que excluyen la atribuibilidad o responsabilidad por el hecho, pues tanto estas como aquellas están excluidas de la accesoriedad por el principio de la accesoriedad limitada (*supra*,

bb), sino a *elementos personales tipificados en la descripción de lo ilícito* y que, en razón de la especial posición del autor, disminuyen o excluyen la punibilidad. En verdad estas leyes se deberían haber referido también a las circunstancias de esta naturaleza *que fundamentan* la punibilidad, por ejemplo, la calidad de funcionario en un delito especial *proprio* como el prevaricato.

Esto plantea dos problemas: a) ¿cuáles son esos elementos personales que a pesar de caracterizar lo ilícito (fundamentalmente la tipicidad) no se extienden a los partícipes?; b) ¿qué régimen deben seguir los elementos personales cuando fundamentan la punibilidad y como se los distingue de los otros?

Con respecto a la primera cuestión, a cuáles son los elementos personales, cabe tener presente que pueden encontrarse en *todos* los niveles valorativos de la teoría del delito (confr. STRATENWERTH, núm. 928) y que, si bien todos los elementos subjetivos son siempre elementos personales, no todos los elementos personales son siempre subjetivos (confr. SAMSON, *SK StGB*, § 28, 15): una especial posición de deber del autor es un elemento objetivo que tienen caracteres *personales*. La determinación de estos elementos es, sin embargo, extraordinariamente difícil como se lo reconoce unánimemente, y las fórmulas para lograrla son susceptibles de múltiples interpretaciones.

Básicamente no debe tratarse de elementos de la culpabilidad. En general se recurre a un criterio de distinción según el cual los elementos subjetivos personales pueden ser *vinculados al hecho* o *vinculados al autor* (STRATENWERTH, núm. 932; SAMSON, *SK StGB* §§ 28, 16 y ss.; JESCHECK, p. 535; OTTO, *Grundkurs, AT*, pp. 265 y ss.), de tal manera que solo estos últimos tendrían efecto personal *a pesar de ser elementos de lo ilícito* y no beneficiarían al partícipe que careciera de ellos aunque los conozca. Ejemplo: en el infanticidio el fin de ocultar la deshonra determina una atenuación de la pena del homicidio (Código Penal argentino, art. 81, 2º; idem el fin de eliminar el hijo fruto del acceso carnal violento, Código Penal colombiano, art. 328), el cómplice o instigador de la madre es punible por homicidio simple, como ya lo hemos expresado más arriba, pues este elemento está *vinculado al autor*. Por el contrario, la *alevosía* constituiría un elemento vinculado al hecho y el partícipe responderá por asesinato (Código Penal argentino, art. 80, 2º; Código Penal colombiano art. 324, 7º) si tiene conocimiento de este elemento por el autor principal o si instiga a esta forma de comisión.

También resultará extraordinariamente difícil distinguir los elementos personales que atenúan o excluyen la punibilidad de aquellos que *fundamentan* la punibilidad. Un ejemplo claro es sin duda el que brindan las características del autor en los *delitos especiales propios* (ejemplo: prevaricato, Código Penal argentino, art. 269; Código Penal colombiano, arts. 149 y 150); en otros casos su distinción puede ser dificultosa.

La falta de un régimen específico que se refiera a estos elementos que ni agravan, ni atenúan, ni excluyen la pena en los dos códigos que estamos tratando exige una solución dogmática de difícil fundamentación. En principio, cabría la posibilidad de adoptar para estos elementos el mismo criterio que para los que agravan la punibilidad: hacerlos extensivos al partícipe simple-

mente bajo la condición de que este haya tenido conocimiento de ellos. Sin embargo este punto de vista podría sufrir dos objeciones: en primer lugar, es una extensión analógica que perjudica al autor y, por lo tanto, prohibida por el principio de legalidad; en segundo lugar, importa equiparar al que carece del elemento personal que fundamenta la punibilidad con el que realmente tiene este elemento, que es el *motivo* de la punibilidad de la acción determinada (caso ya mencionado del prevaricato); tal equiparación no es adecuada pues importaría extender al partícipe la violación del deber especial que incumbe al autor, violación que el partícipe no ha cometido por sí mismo.

La única solución que parece adecuada es la de una atenuación de la pena del partícipe que carece del elemento personal que fundamenta la punibilidad *aunque haya tenido conocimiento* de esa circunstancia personal del autor. Para esta atenuación en el Código argentino deberían aplicarse analógicamente (*in bonam partem*) las reglas previstas para la tentativa, pues se trata de una participación que tiene todos los elementos subjetivos, aunque carece de la violación del deber especial lo que hace análoga la situación a la de la tentativa (art. 42). En el Código colombiano habría que recurrir a la atenuación de análoga significación del art. 65.

El problema en España. El Código Penal español ha seguido otro criterio y ha distinguido las circunstancias entre *agravantes* y *atenuantes* que "*consistieren en la disposición moral*" del autor, "en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal", de *efecto puramente personal* y en las que "*consistieren en la ejecución material del hecho* o de los *medios* empleados para realizarla, que solo tienen efecto agravante o atenuante si son conocidas por el partícipe" (art. 60).

Como se ve, tampoco el Código Penal español hace referencia a las circunstancias que *fundamentan* la punibilidad (art. 77 del PLOCP 1980 reitera esta regla). La jurisprudencia ha entendido —con razón— que el precepto del art. 60 se refiere tanto a las circunstancias genéricas (Código Penal español arts. 9 y 10) como a las contenidas en los delitos particulares (TS.: 5.10.1912; 21.1.1954; 16.6.1955) (ver CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, n, pp. 251 y ss.).

El art. 60 rige para elementos que no correspondan a la culpabilidad, ya que estos están excluidos de la accesoriidad por el principio de la accesoriidad limitada. El párrafo segundo del art. 60, que se refiere a las "circunstancias agravantes y atenuantes que consistieren en la ejecución material del hecho" no distingue entre las que fueran de carácter personal y las que no tuvieran esa naturaleza. Por lo tanto, no hace sino repetir una regla referente al dolo, es decir, al conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Como tal es una disposición *superflua*.

La distinción contenida en el párrafo primero del art. 60 no es absolutamente fácil: la alevosía, por ejemplo, se refiere tanto a la disposición moral del autor como a la ejecución material del hecho; el abuso de confianza también se refiere tanto a la "disposición moral" del autor como a la ejecución, pues importa el quebrantamiento de una relación especial de confianza (por ejemplo, arts. 529 o 535 del Código Penal español) que es la base del tipo penal,

o sea de la "ejecución material". Aquí cabría recurrir, con toda la inseguridad que la fórmula tiene, a la distinción entre elementos *vinculados al hecho* y *elementos vinculados al autor*, limitándose la aplicación del art. 60, i, a los segundos.

En lo que se refiere a las relaciones personales con el ofendido que agravan o atenúan la penalidad, su aplicación ofrece menos dificultades; en realidad "el ofendido" es siempre el titular del bien jurídico y ello determina que en los delitos especiales *improprios* en los que el fundamento de la agravación es la relación personal con el titular del bien jurídico, la consecuencia práctica sea que el partícipe no calificado deba ser punible sólo por el delito común (por ejemplo: el no pariente que colabora en el parricidio de otro, debe ser punible según el art. 407, no según el art. 405; así TS.: 11.3.1887; 7.2.1888; 23.10.1925; 27.10.1902; 26.12.1894; 8.1.1919; 9.1.1935; 8.6.1946, etc., lo que es una solución correcta).

Poco claro, por el contrario, es el significado de la expresión "*otra causa personal*", que en realidad no quiere decir sino *toda agravación o atenuación con fundamento personal* (como los dos supuestos anteriores) deben considerarse de efecto exclusivamente personal.

Las opiniones se dividen respecto a lo que debe entenderse por "*culpables en quienes concurran*". La cuestión tiene importancia sobre todo en los delitos especiales improprios en los que el calificado (intraneus) se vale de un no calificado (extraneus) que realiza el hecho de propia mano, por ejemplo: el hijo que instiga a otro para que mate al padre del mismo que instiga. El TS entiende que "culpable" no debe entenderse como autor en sentido estricto sino como partícipe en general, lo que determina que el hijo que instiga a un extraño a matar a su padre no deba ser punible como "autor" (instigador) del hecho principal (homicidio del art. 407) sino como instigador de parricidio (art. 405), mientras el autor (extraneus) sea sólo responsable por parricidio (art. 407). (TS.: 18.5.1894; 18.11.1930; 25.10.1954). Probablemente llegaría al mismo punto de vista CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, n, p. 255. Por el contrario hay quienes sostienen que esta solución no es correcta (confr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, pp. 272, 291 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, 1974, pp. 49 y ss) y se pronuncian por un punto de vista contrario. Ambos criterios disputan en torno al alcance del art. 60 (confr. también RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, p. 771) y en verdad todo depende de lo que debe entenderse por la expresión "*culpables*". Quienes rechazan el punto de vista del Tribunal Supremo presuponen que la expresión "culpables" debe significar autores en sentido estricto y, sobre esta base proponen que la sanción del que instiga a otro a que mate al padre del primero debe ser simplemente sancionado como instigador de un homicidio (art. 407). A nuestro modo de ver el criterio del Tribunal Supremo permite recoger en la pena del instigador que por este medio logra la muerte del padre el disvalor *personal* que se desprende de su calidad de hijo de la víctima y del mayor grado de reprochabilidad *personal* que de ese elemento se podría desprender. Sin embargo, se expone a una

crítica decisiva: tal interpretación choca con el *carácter accesorio* de la participación, pues este significa ante todo que la *pena* del partícipe se determina por la que corresponde al *autor* del hecho principal (!).

f) *La instigación o inducción*

Instigador es el que determina directamente o induce a otro a cometer un hecho punible (Código Penal argentino, art. 45; Código Penal colombiano art. 23; Código Penal español, art. 14, 2; Código Penal mexicano, art. 13, n; Código Penal venezolano, art. 83). En otras palabras, instigar es crear en otro (el autor) la decisión al hecho punible (dolo).

Determinar o *inducir* a otro a la comisión del hecho punible significa que el instigado debe haber formado su voluntad de realización del hecho como *consecuencia directa* de la acción del instigador. La instigación a un delito que el autor *ya* decidió cometer es por lo tanto imposible. En tal caso sólo queda por analizar si puede tratarse de una tentativa punible de instigación.

Los medios por los cuales se crea en otro el dolo del hecho son indiferentes. Tanto son medios adecuados los beneficios prometidos o acordados al autor como la coacción u otra amenaza, mientras el autor, naturalmente, no pierda el dominio del hecho, pues en este caso estaríamos ante un supuesto de autoría mediata. De todos modos se requiere en todos los casos una concreta *influencia psicológica*. El simple crear una situación exterior para que otro se decida al delito no es suficiente.

La instigación requiere siempre una *conducta activa*; la instigación por omisión no es en general admisible como forma de instigación (confr. BAUMANN, 7^a ed., p. 578; ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, pp. 291 y ss.; ROXIN, *Täterschaft*, p. 484; JESCHECK, p. 562; SAMSON, *SK StGB*, Vor § 26, 40). No se requiere que el instigador haya tenido que vencer una determinada resistencia por parte del autor (confr. BAUMANN, *loc. cit.*).

El instigador debe obrar *dolosamente*. El dolo eventual es suficiente. Vinculado con esta cuestión se encuentra el problema del llamado "*agente provocador*". El que instiga con el objeto de hacer incurrir a otro no en la consumación, sino sólo en tentativa, es considerado como no punible, pues la instigación —se dice— requiere una voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico. Consecuentemente si el agente provocador contempla la posibilidad de que la acción del provocado alcance la consumación e, inclusive, una irreparable lesión del bien jurídico, habrá que admitir la instigación punible del agente provocador. (Así: BAUMANN, p. 577; MAURACH, p. 686; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, n p. 240; JESCHECK, p. 560; OTTO, p. 267; SCHMIDHÁUSER, pp. 155 y ss.; STRA-TENWERTH, núm. 839; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, p. 508). Ejemplo: A induce a B para que presente al Banco X, del que el mismo A es gerente, una solicitud de crédito en la que B hace una afirmación de bienes que es falsa; cuando B realiza la tentativa de estafa, A lo denuncia. No importa la manera en que A llegó a tener conocimiento de los planes de B\ incluso

se pudo haber enterado de la preparación del hecho por el mismo *B*. Sólo es esencial que *B* se haya decidido por la inducción de *A*, o que no haya estado decidido antes. El argumento de que el dolo del instigador o inductor debe dirigirse al delito consumado, y no sólo a la tentativa no es convincente. No cabe duda de que el comienzo doloso de ejecución del provocado (instigado) por el agente provocador (instigador) es antijurídico y que, por lo tanto, están cumplidos los presupuestos de la instigación punible inclusive desde el punto de vista de la teoría de la participación en lo ilícito, pues la tentativa, que por regla comete el provocado, es ya un ilícito punible.

El agente provocador es por tanto punible, en contra de lo que deciden los autores que participan de la teoría de la participación en lo ilícito, que sostienen, unánimemente, que la punibilidad del agente provocador depende de que esta se fundamente en la teoría de culpabilidad de la participación (vid *supra*, e, aa.).

Tampoco habría problemas para fundamentar la punibilidad del agente provocador desde el punto de vista de la teoría de la causación, pues hay una evidente contribución de instigador al hecho. Una aplicación estricta de cualquiera de las teorías que fundamentan la punibilidad del partícipe debe conducir a la punibilidad del agente provocador (confr. también RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, i, pp. 853 y ss. con referencia a ANTÓN ONECA, p. 440).

En un delito como la estafa (Código Penal argentino, art. 172; Código Penal español, art. 528), la provocación podría determinar un supuesto de tentativa inidónea por parte del instigado. Si la tentativa inidónea es punible no se explica modificación alguna respecto a la solución propiciada (otro punto de vista, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, i, p. 855).

La voluntad del instigador debe estar dirigida a la provocación de un delito *concretamente determinado*. Una instigación indeterminada es insuficiente. Sin embargo no se requiere una total precisión jurídica del hecho. Es suficiente también con que el instigador haya determinado dentro de sus rasgos fundamentales el hecho al que instiga. Las conductas instigadas que realizan el tipo de delito al que instigó el instigador son en este sentido suficientes, aún cuando puedan presentarse variedades en la modalidad de ejecución no previstas por el instigador.

El dolo del instigador debe estar dirigido también a uno o varios sujetos, pero también *determinados*. Es admisible una *cadena de instigaciones*; Ejemplo: *A* se dirige a *B* para que este determine a *C* a matar a *D*.

El autor principal debe por lo menos haber comenzado la ejecución del hecho. De otro modo la instigación permanece impune.

El instigador no responde por el *exceso* en que incurra el instigado. La opinión es general y coincidente en este sentido. El Código penal argentino, sin embargo, no es claro en razón de la mala técnica de redacción del art. 47 que parece referir la limitación del exceso solamente a los cómplices (mala técnica reforzada por la peor jurisprudencia que tiende a limitar su aplicación a los cómplices no necesarios del art. 46 exclusivamente).

La limitación de responsabilidad al hecho instigado y la no responsabilidad por el exceso del autor se deriva del *principio Je culpabilidad*. Eslo rige también, como es lógico, para el Código Penal español (confr. ROPRÍOUI/. MOURUIXO, *Comentarios*, I, p. 857) en razón del art. 1º en la nueva redacción (L. O. 8 de 1983, de 25 de junio). La opinión contraria solo puede fundamentarse en el "*versare in re illicita*", es decir, una violación del principio de culpabilidad.

Es conveniente tratar aquí tres supuestos diferentes:

El autor realiza un tipo penal que contiene los mismos elementos que el delito instigado, pero que contiene además otros elementos que determinan una mayor punibilidad (llamado exceso intensivo o cualitativo). Ejemplo: A instiga a fía apoderarse de una cosa mueble deC. Cuandoí concurre a ajecutar el hecho se encuentra con que la cosa ha sido guardada bajo llave. Rompe la cerradura y se apodera de ella (instigación a un hurto. Código Penal argentino, art. 162; Código Penal colombiano, art. 349; Código Penal español, art. 514; comisión de un robo, Código Penal argentino, art. 164; Código penal colombiano, art. 350; Código Penal español arts. 500-504). La fuerza en las cosas no es imputable al instigador que responde solamente por instigación al hurto.

Distinta es la hipótesis cuando no existe entre el delito instigado y el delito cometido una *relación minus plus*, pero existe una cierta semejanza entre ambos. Esta semejanza puede provenir del modo de comisión o del bien jurídico protegido (ver BAUMANN, pp. 581 y ss). Ejemplo: se instiga a la comisión de una estafa (Código Penal argentino, art. 172; Código Penal colombiano, art. 356; Código Penal español, arts. 528 y ss.) mientras el autor comete una extorsión (Código Penal argentino, art. 168; Código Penal colombiano, art. 355; Código Penal español, art. 503). También aquí el autor resultará punible por el delito cometido y el instigador por el que instigó.

Si el delito que resulta cometido por el autor es *sustancialmente diverso* del instigado, el instigador no es responsable por él.

Lo contrario del exceso es el caso en que el autor cometa un hecho *menos* grave que el instigado.

Se instiga un robo y se comete un hurto o un homicidio y se cometen unas lesiones. En estos casos debe beneficiarse al instigador reduciendo su responsabilidad al hecho realmente realizado por el autor.

La tentativa de instigación es impune en el Código Penal argentino y en el Código Penal colombiano. Tanto la tentativa como la participación representan tipos accesorios y dependientes que sólo son conectables a un tipo especial de la parte especial. Una conexión entre la tentativa y la instigación requeriría una regla legal que estableciera tal posibilidad. El Código no tiene una norma semejante. Por el contrario, *la tentativa de instigación es punible en el Código Penal español* como un delito autónomo, porque así lo determina el art. 4, III, al declarar punible la *provocación*, que no es sino una tentativa de instigación, ya que no se requiere que el "provocador" tenga éxito (confr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, pp. 183 y ss.).

g) *La complicidad o cooperación*

Cómplice, en sentido amplio, es el que dolosamente coopera en la realización de un delito doloso.

Como se ha visto los códigos argentino y español reconocen dos clases de cómplices en sentido amplio: el Código Penal argentino distingue entre cómplices primarios y secundarios (art. 45 y 46) y el español entre cooperadores necesarios (art. 14,3) y cómplices (art. 16). El Código Penal colombiano ha suprimido, con acierto, estas antiguas distinciones (art. 24).

aa) *Conceptos comunes.* La cooperación presentada puede serlo tanto por medio de *hechos* como de *consejos*. El aporte, en consecuencia, no debe ser necesariamente causal material.

La cooperación debe ser *dolosa*. El cómplice debe saber que presta un aporte a la ejecución de un hecho punible.

El aporte debe ser "*co-causal*" respecto al hecho del autor principal. Sin embargo, no se trata de una causalidad en el sentido de la teoría de la condición: rigen aquí las reglas de la imputación objetiva (*supra*, B, 1, b, ce) y ello da lugar al problema de si deben imputarse objetivamente al cómplice las circunstancias causadas *antes* de su participación (ver SAMSON, *SK StGB*, Vor §§ 26, 32 y ss.). En consecuencia una complicidad por omisión no podría darse si se sostiene que el omitente no es causal respecto del resultado (confr. ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, pp. 291 y ss.; otro punto de vista: WELZEL p. 119; JESCHECK, p. 566). Sin embargo, teniendo en cuenta que la co-causación no debe juzgarse desde puntos de vista estrictamente causales, la omisión también puede ser una forma de complicidad cuando ha tenido por efecto *facilitar* la comisión del hecho.

La diferencia de importancia del aporte al hecho principal determina diferencias en el grado de responsabilidad del partícipe (Código Penal argentino, arts. 45 y 46; Código Penal español, arts. 14, 3 y 16).

El límite de la responsabilidad del partícipe está dado por el alcance del dolo. El cómplice responde hasta donde alcanza su voluntad (Código Penal argentino, art. 47 y por los principios generales en el Código Penal español). Por último, el hecho en el que el cómplice colabora debe ser *doloso*: no hay complicidad en los delitos culposos.

bb) *El cómplice primario del Código Penal argentino (art. 45) y el cooperador necesario del Código Penal español (art. 14,3).* El cómplice primario o el cooperador necesario es el que en la etapa de la *preparación del hecho* aporta al hecho principal una contribución sin la cual el delito no hubiera podido cometerse (Código Penal argentino, art. 45; Código Penal español, art. 14, 3).

Dos elementos caracterizan esta forma de complicidad:

1. *La intensidad objetiva de su aporte al delito:* sin él el hecho no hubiera podido cometerse (ver sobre el criterio de determinación de este aspecto *supra*, d, bb.); y

2. *El momento en que realiza el aporte.* Quien pone una condición sin la cual el delito no hubiera podido cometerse *sólo será cómplice si no toma parte en la ejecución*, sino sólo en la preparación del hecho. Si intervino en la ejecución sería coautor pues con un aporte decisivo hubiera tenido el dominio del hecho. Ejemplo: El gerente de un banco que brinda a los autores *antes de la ejecución* la clave de la cerradura del tesoro que estos utilizarán en la ejecución del asalto, es cómplice primario. Si en cambio, el gerente concurre con los autores a la ejecución del hecho y abre el tesoro, aprovechando su conocimiento de la clave, será coautor.

ce) *El cómplice o cómplice secundario.* El cómplice (art. 16 del Código Penal español) o cómplice secundario (Código Penal argentino, art. 46) sólo es caracterizable negativamente; es el que ha prestado una colaboración que no es indispensable para la comisión del delito.

La única distinción que corresponde hacer entre los cómplices es la relativa a su aporte al hecho principal, y al momento de la participación, que son presupuestos para determinar la pena aplicable. El concepto de complicidad *es uno solo*.

Desde el punto de vista del *momento del aporte* de estos cómplices sólo cabe señalar que puede darse tanto en la etapa de la preparación como en la etapa de la ejecución. No hay —como se dijo— una complicidad *posterior* a la consumación, ni siquiera cuando se cumple una promesa anterior al delito: lo que determina la complicidad es la promesa *anterior*. Si esta promesa no tuvo incidencia en el hecho no habrá complicidad, *pero si la tuvo habrá complicidad aún cuando luego no se la cumpla*. El que promete asegurar y guardar el botín a quienes han decidido un robo es cómplice si los autores han contado con esa ayuda para la comisión del hecho, aún cuando el hecho quede en tentativa y no haya luego botín a asegurar y por tanto falte la posibilidad de cumplir la promesa.

C. El delito culposo de comisión

1. INTRODUCCIÓN

Ya hemos visto (*supra* A, 4, d.) que los Códigos penales no sólo contienen supuestos de hecho típicos dolosos, es decir, tipos en los que la finalidad del autor coincide con la realización del comportamiento prohibido (típico). Existen también supuestos de hecho punibles en los que el autor realiza el tipo *sin quererlo*, pero como consecuencia de su obrar descuidado, negligente. Aquí el fundamento de la imputación es el desprecio que el autor demuestra respecto de los bienes jurídicos ajenos. En el delito culposo, en consecuencia, finalidad y comportamiento no coinciden (a diferencia de lo que ocurre en los delitos dolosos); esta discrepancia está compensada por la infracción del cuidado debido, que es, por tanto, el fundamento del reproche penal.

En las legislaciones iberoamericanas encontramos dos *Sistemas legislativos* diferentes referentes a la culpa. El sistema español, seguido también por México, consistente en admitir un *número abierto* de tipos culposos: en principio, y salvo excepciones muy especiales, todo delito doloso puede ser cometido también culposamente. La ley contiene, consecuentemente, una cláusula general que establece la extensión de la responsabilidad penal prevista para los delitos dolosos a la realización culposa de este tipo. (Código Penal español, art. 565; Código Penal mexicano, art. 8, II). Este sistema no es seguido siempre con total coincidencia: el Código Penal español rompe con este sistema, por ejemplo, en los delitos de funcionarios en los que prevé en forma específica la realización culposa del prevaricato (arts. 355 y 358). La teoría, por otra parte, intenta limitar los alcances de la cláusula general y excluye la posibilidad de realización culposa de ciertos tipos penales en los que la sanción penal carece de sentido político-criminal (confr. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, V, p. 1044; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas*, I, p. 209; otro punto de vista QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, 1958).

De esta manera el sistema del *numerus apertus* sólo existe en el papel, pues al interpretarlo se lo convierte en un sistema de número cerrado. Por el contrario, el derecho argentino y el colombiano siguen un sistema de *número cerrado* de delitos culposos, según el cual sólo son punibles en su realización negligente los delitos específicos previstos como tales en la parte especial del Código o en leyes especiales. Este sistema fue propuesto también por el Proyecto español de 1980, con lo que parecería que el sistema del *numerus apertus* tiende a desaparecer (confr. GLADYS ROMERO, *Revista de la facultad de Derecho*, Universidad Complutense, Monográfico 3, 1980, pp. 223 y ss.) legislativamente después de haber sido abolido de hecho por la teoría y la práctica.

Como el delito doloso, el culposo presenta dos aspectos: lo *ilícito*, es decir, la infracción del orden jurídico, y la *responsabilidad*, o sea la reprochabilidad que fundamenta la sanción penal del autor de lo ilícito.

En lo ilícito del delito culposo es posible distinguir entre el *disvalor de acción* y el *disvalor del resultado*, paralelamente a como se lo hace en el campo del delito doloso (confr. *supra*, A, 4, c). Sin embargo, carece de sentido diferenciar el *tipo subjetivo del tipo objetivo*, como ya lo hemos visto allí mismo. Esta bipartición del tipo en el delito doloso se justifica porque este se caracteriza —como se recordará— por la coincidencia básica entre lo querido y lo hecho por el autor. En el delito culposo, por el contrario, lo esencial es la discrepancia entre lo querido y lo hecho por el autor. Ello no significa que en lo ilícito del delito culposo no se puedan dar elementos subjetivos. De allí deduce GÖSSEL (MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, 2, p. 94) que la "previsibilidad individual o la cognoscibilidad de la lesión negligente del bien jurídico" corresponden en el delito culposo al tipo subjetivo del delito doloso. Como hemos visto, esta correspondencia no tiene ninguna repercusión práctica que pueda satisfacerse mediante una distinción entre un tipo objetivo y otro subjetivo del delito culposo. La cognoscibilidad de la lesión del bien jurídico, por otra parte, no es un elemento subjetivo sino una posibilidad del sujeto que está

fuera de él mismo (sobre la posición similar de ZAFFARONI *supra*, A, 4, d.). En *tanto* se admite la punibilidad de la *culpa inconsciente* (*infra*, e) la postulación de un tipo subjetivo en el ámbito del delito culposo no será sino una ficción, pues en una de las dos especies de culpa se admite una carencia total de subjetividad del autor.

Como en los delitos dolosos, los culposos pueden ser *comisivos* u *omisivos*. Estos últimos serán tratados entre los delitos de omisión (*infra* E). Es preciso advertir ya que toda forma de culpa o imprudencia contiene un *momento negativo* (la falta de diligencia, de cuidado, de prudencia) que no debe confundirse con la omisión de la acción. Es posible una acción positiva, *sin* el debido cuidado, tanto como una omisión, *sin* cuidado exigido. En otras palabras, en el delito culposo de comisión la falta de cuidado no afecta el carácter *comisivo* del hecho (ver *infra* E).

2. LA TIPICIDAD DEL DELITO CULPOSO DE COMISIÓN

La comprobación de la tipicidad de un comportamiento respecto del tipo penal de un delito culposo requiere ante todo la exclusión del carácter doloso del mismo. Si el autor obró con dolo, no cabe la comprobación de la adecuación típica respecto del tipo de un delito culposo. Una excepción de esta regla, aunque sólo parcial, puede verse, sin embargo, en el caso de los llamados delitos preterintencionales, o, en otras palabras, en los casos en que el autor de un delito doloso, produce culposamente un resultado que va más allá de lo que quiso realizar (Código Penal colombiano, art. 38; Código Penal español, art. 9, 4; Código Penal argentino, art. 82).

Básicamente la tipicidad del delito culposo requiere que el autor haya *infringido un deber de cuidado*. Si se trata además de un delito culposo con *resultado* de lesión, *el resultado deberá ser objetivamente imputable* a la acción.

a) *La infracción del deber de cuidado*

El primer elemento de la tipicidad es, como dijimos, la infracción de un deber de cuidado. Los códigos penales no definen un deber de cuidado específico referente a cada situación, sino un deber genérico cuya infracción resulta punible, si se cumplen además los otros elementos del tipo penal que condicionan la punibilidad (por ejemplo: los *elementos de la autoría* como el carácter de juez del autor en el caso del prevaricato culposo, Código Penal español, art. 355; o de funcionario en la malversación culposa de caudales públicos, Código Penal argentino, art. 262; o el *resultado* en los delitos culposos de resultado de lesión como en el homicidio culposo, Código Penal argentino, art. 84; Código Penal colombiano, art. 329). Estas características de la ley exigen que *en cada situación*, o sea en cada caso concreto que se juzgue se requiere concretar cuál era el deber de cuidado que incumbía al autor.

Es preciso, por lo tanto, definir el deber de cuidado una vez conocidas concretamente las circunstancias en las que se desarrolló la acción. La tipicidad de dicha acción se determinará, entonces, mediante la comparación de la acción realizada con la exigida por el deber de cuidado en la situación concreta. Ejemplo: el médico que debe intervenir sin demora a un paciente que sufrió un accidente en la vía pública y no dispone de los elementos necesarios para tomar medidas preventivas de una infección, no infringe el deber de cuidado si como consecuencia de ello se produce la infección; por el contrario, sí lo infringe el que, en el quirófano, disponiendo a todos los medios para tomar las medidas preventivas, las omite.

La *definición del deber concreto de cuidado* exige decidir qué circunstancias deberán tomarse en cuenta a estos efectos. Las opiniones se dividen entre los que consideran que el deber de cuidado concreto debe definirse *objetivamente*, es decir, *sin* tomar en cuenta las capacidades del autor del hecho, y aquellos que —por el contrario— dan lugar a las capacidades y conocimientos del autor y que proponen por ello un criterio *individual*.

El punto de vista *objetivo* prescinde, en principio, como se dijo, del autor concreto y estima que el *cuidado exigido* por el deber es el que hubiera puesto un hombre *consciente y prudente* en la misma situación sin atender a la *especial capacidad* que pudiera tener el autor. (Confr. JESCHECK, p. 468; ARMIN KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, 1982, pp. 133 y ss.). Sin embargo, cuando el autor dispusiere de *conocimientos especiales* en la materia de la situación concreta, estos deberán observarse para la definición del deber de cuidado. De esta manera, según este punto de vista, el deber de cuidado que incumbe a un automovilista común y el que corresponde a un campeón de "fórmula 1" es idéntico: ambos deben ser juzgados en virtud del mismo criterio brindado por el cuidado que hubiera puesto un hombre consciente y prudente en la situación concreta: el campeón habrá cumplido con las exigencias del deber de cuidado cuando se haya comportado en el tráfico como un ciudadano medio, a pesar de que su excepcional capacidad le hubiera permitido evitar el resultado causado; por el contrario, no habrá satisfecho el deber de cuidado exigido el que disponiendo de *conocimientos especiales* superiores a los del hombre medio, por ejemplo, sobre la peligrosidad de una sustancia radioactiva, no toma precauciones adecuadas a su conocimiento de la situación para evitar daños a bienes ajenos.

El criterio *individual*, por el contrario, considera que no debe distinguirse entre capacidades y conocimientos especiales y que aquello que rige para el conocimiento especial es de aplicación también a la capacidad especial: un cirujano que dispone de una capacidad excepcional que, de haber sido empleada, hubiera evitado la muerte del paciente, habrá obrado *típicamente*, es decir, habrá infringido el deber de cuidado, si sólo empleó la capacidad propia del término medio (confr. STRATENWERTH, núm. 1097; SAMSON, *Apéndice* al § 16, 13; JAKOBS, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikte*, 1972, pp. 64 y 81; OTTO, *Grundkurs*, pp. 172 y ss.).

El criterio individual es preferible. Por lo tanto, la infracción del deber de cuidado dependerá de las capacidades y del conocimiento especiales del autor concreto. *Infringe el deber de cuidado el que no emplea el cuidado que sus capacidades y su conocimiento de la situación le hubieran permitido.* A la inversa *no* infringe el deber de cuidado el que, de acuerdo con sus capacidades y conocimientos, no podía haber previsto la realización del tipo (coincidente, aunque en otro sentido; COBO DEL ROSAL-ANTÓN VIVES, III, 183; otro punto de vista NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, 1975, pp. 58 y ss.).

b) *El riesgo permitido*

En la vida social moderna el riesgo de la producción de lesiones de bienes jurídicos es paralelo al avance de la mecanización de la misma. Ello ha determinado que la protección de los bienes jurídicos no implique una tendencia absoluta a la puesta en peligro y que, consecuentemente, se autorice —dentro de ciertos límites— la realización de acciones que entrañan peligros para bienes jurídicos, siempre y cuando se cumpla con ciertos cuidados. Puede hablarse, en consecuencia, de un *riesgo permitido*, es decir, de la tolerancia social de un cierto grado de riesgo para los bienes jurídicos. En tráfico automotor importa un grado mayor de riesgo de accidentes que la circulación a pie, pero se lo autoriza en función de las ventajas que globalmente produce a la vida social.

El *lugar sistemático* atribuido al riesgo permitido es discutido. Básicamente los puntos de vista se dividen entre los que consideran al riesgo permitido como una causa de justificación (JESCHECK, p. 479; BAUMANN, p. 331; LENCKNER, en SCHÓNKE-SCHRÖDER, *StGB*, Vor § 32, 100), y los que lo excluyen en estos casos ya la tipicidad del comportamiento (confr. STRATENWERTH, num. 1101; SAMSON, *Apéndice* al § 16, 16 y ss.; WELZEL, p. 132). Si la tipicidad del delito culposo depende de la infracción del cuidado debido, parece claro que el que obra dentro de los límites de la tolerancia socialmente admitidos no infringe el deber de cuidado y, por lo tanto, no obra típicamente. En otras palabras el permiso de ejecutar comportamientos riesgosos excluye la tipicidad y no sólo la antijuricidad (en contra: COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, III, p. 180; ver también TORIO, en *ADPCP*, 1970, pp. 66 y ss. y NÚÑEZ BARBERO, *loe. cit.*).

La teoría estima que dentro del riesgo permitido debe considerarse también el comportamiento del que ha obrado suponiendo que los demás cumplirán con sus deberes de cuidado (*principio de confianza*). Dicho de otra manera: el que obra sin tener en cuenta que otros pueden hacerlo en forma descuidada no infringirá el deber de cuidado. Ejemplo: el automovilista que atraviesa un cruce de calles a velocidad permitida y con luz verde *no infringe* el cuidado debido si *no* ha tomado precauciones especiales para el caso de una eventual infracción *de parte de otro* automovilista (por ejemplo atravesar la calle a pesar de la luz roja que indica detenerse) (confr. JESCHECK, p. 471; SAMSON, *loe. cit.*, p. 21; STRATENWERTH, núm. 1156; SCHMIDHÁUSER, p. 443; WELZEL, pp. 132 y s.).

c) *La infracción del deber de cuidado en la dogmática española e iberoamericana*

La dogmática española e iberoamericana tiende cada vez más a considerar que la tipicidad del delito culposo depende en primer término de la infracción del deber de cuidado (confr. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, p. 126, con mayores referencias bibliográficas en p. 127, nota 39; ZAFFARONI, *Manual*, p. 365; BACIGALUPO, *Lincamientos de la teoría del delito*, pp. 133 y ss.). Existe, sin embargo, una decidida preferencia por la determinación puramente objetiva del mismo (confr. NÚÑEZ BARBERO, *loe. cit.*). En *Brasil*, FRAGOSO (*Licoes de díreitopenal*, P. G., pp. 238 y ss.) se inclinan por incluir la infracción del cuidado exigido entre los elementos de la tipicidad.

En *Colombia* es dominante, por el contrario, el punto de vista clásico de considerar la infracción del deber de cuidado en la culpabilidad y, por lo tanto, como ajena a la tipicidad (confr. ESTRADA VÉLEZ, pp. 332 y ss.; Luis CARLOS PÉREZ, pp. 279 y ss.; REYES ECHANDÍA, pp. 331 y ss.).

Recientemente mantienen el criterio de tratar la infracción del deber de cuidado como elemento de la culpabilidad: NÚÑEZ, *Manual de derecho penal*, Parte general, p. 226; COBO DEL ROSAL-VI VES ANTÓN, II, pp. 173 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, Parte general, p. 452; RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes*, I.

Si se prescinde de los diversos puntos de vista referentes a la acción y a lo ilícito que condicionaron la diversidad de sistemas dogmáticos, y se da preferencia a los aspectos prácticos de la teoría del delito, no cabe duda que es más práctico tratar la cuestión de la infracción del deber de cuidado en el momento de la tipicidad. En efecto esto permite descartar como irrelevante para el derecho penal casos que de ninguna manera conducirán a la punibilidad, sin necesidad de las trabajosas comprobaciones de la antijuricidad y la capacidad de culpabilidad de las que *no depende* conceptualmente la infracción del deber de cuidado aún cuando se la trate como un elemento de la culpabilidad.

d) *La imputación objetiva del resultado*

Como en los delitos dolosos de resultado de lesión, el resultado debe ser imputable objetivamente a la acción que ha infringido el deber de cuidado. El peligro creado por esa acción es el que debe haberse concretado en el resultado y no otro. Este requisito de la tipicidad se designa como *conexión de antijuricidad*, con lo que quiere decirse que el resultado debe estar estrechamente ligado (ser imputable objetivamente) a la acción realizada sin el debido cuidado o la debida diligencia (confr. JESCHECK, pp. 472 y ss.; SAMSON, *loe. cit.*, pp. 25 y ss.; OTTO, *Grundkurs*, pp. 171 y ss.).

De aquí se deduce que, en general, no se dará la tipicidad si el resultado se hubiera producido *aunque* el autor hubiera puesto el cuidado exigido. Hay, sin embargo, diversidad de opiniones respecto de si el juicio sobre la no producción del resultado requiere que se afirme la *posibilidad* o la *seguridad* de

la misma (confr. ROXIN, *ZStW* 74, 1962, pp. 430 y ss; JESCHECK, 473; SAMSON, *loe. cit.*, pp. 26 y ss.; OTTO, *Grundkurs*, p. 174). Desde nuestro punto de vista es suficiente con que la acción ajustada al deber de cuidado hubiera impedido *posiblemente* la producción del resultado (ver *supra*, B, 1, b, ce).

La cuestión de si el resultado es una condición de punibilidad o un elemento del tipo no tiene ninguna relevancia práctica, fuera de servir de fundamento al criterio que sostiene que la producción de aquel no importa una mayor gravedad de lo ilícito (confr. JESCHECK, p. 472). Esto último es correcto, pero de ello no se deriva necesariamente que el resultado esté fuera del tipo penal.

La afirmación de que el resultado no determina la gravedad de lo ilícito pareciera contradecirse por el art. 565, v del Código Penal español, que prevé una pena más rigurosa e inclusive la posibilidad de que el Tribunal la aumente aún más cuando el resultado fuere la muerte o lesiones graves como consecuencia de impericia o negligencia profesional. Sin embargo, el fundamento de mayor rigor no está dado por el resultado sino por la mayor gravedad de la imprudencia frente a un bien jurídico de tanta importancia.

3. LA ANTIJURICIDAD DEL DELITO CULPOSO

La antijuricidad del delito culposo no se diferencia de la del delito doloso (confr. *supra*, B, 2). Antijurídica es la acción típica no justificada, es decir, que no está autorizada por una causa de justificación.

Sin embargo, se admiten algunas particularidades derivadas de la diversa configuración del disvalor de acción en los delitos dolosos y en los culposos. En los delitos dolosos la eliminación del disvalor de acción requiere que el autor haya obrado conociendo la situación justificante, es decir, con un elemento subjetivo de la justificación (*supra*, B, 2, e). En el delito culposo, por el contrario, la justificación *no requiere un elemento subjetivo* porque el disvalor de acción no depende de la dirección de la voluntad (como en el delito doloso), sino de la infracción del deber de cuidado, que es independiente del conocimiento del autor (confr. SCHAFFSTEIN, *Fest. für Welzel*, 1974, p. 514; STRATENWERTH, núms. 1118 y ss.; SAMSON, *loe. cit.*, p. 32; LENCKNER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, Vor § 32, pp. 97 y ss.). Otros autores reclaman, sin embargo, una "voluntad de defensa" (así JESCHECK, p. 477).

Con respecto a las causas de justificación en particular los autores que admiten que el consentimiento opera como tal (confr. *supra*, B, 2, d, ce) observan ciertas diferencias respecto del bien jurídico vida e integridad corporal. El consentimiento está excluido como causa de justificación o como fundamento que elimine la tipicidad en el homicidio (Código Penal español, art. 409; Código Penal colombiano, art. 327; Código Penal argentino, art. 83) y, en su caso, en las lesiones dolosas (Código Penal español, art. 428). El que indica a su chofer que conduzca a una velocidad riesgosa y que como consecuencia de un accidente pierde la vida: ¿ha consentido en el resultado de muerte? ¿qué efectos tiene este consentimiento sobre la punibilidad del chofer?

Por una parte se sostiene que no debe plantearse aquí problema alguno de consentimiento, cuando se trata de casos de puesta en peligro de otro que resulten equivalentes a la puesta en peligro del otro *por sí mismo* (como en el caso del que indica al chofer que conduzca a una velocidad peligrosa: aquí sería él mismo el que se pone en peligro y la acción del chofer resultaría, por lo tanto, equivalente a la auto-puesta en peligro) (confr. ROXIN, *Fest. für Callas*, p. 242; HIKSCH, *LK*, previo al § 5 I, núm. 101; SAMSON, *loc. cit.*, p. 33). En estos casos se trataría de la participación *no-punible* en la auto-puesta en peligro.

Por otra parte se sostiene que el consentimiento de la propia muerte es irrelevante también frente a las acciones culposas, toda vez que el consentimiento carece de relevancia cuando se trata del bien jurídico vida (JHSHECK, p. 478; MAURACH, p. 553).

Finalmente se afirma que en estos casos no se trata del "consentimiento en la destrucción de la propia vida, que ... no excluye la antijuricidad de la muerte", sino "del consentimiento en la mera puesta en peligro de la vida, que es lo único que está en cuestión en la problemática de la culpa" (SCHAI-I STKIN, *Fest. für Welzel*, p. 571; similar LHCKNHR, en SCHÓNKH-SCHRÓDHK, *StGB, Vor § 32, 104*).

Este consentimiento en la puesta en peligro de la propia vida será *relevante*, es decir, eficaz para excluir la antijuricidad o la tipicidad, según el criterio que se siga respecto del bien jurídico (ver *supra*, IV, 4, c).

El primer criterio es el más acertado.

En el Código Penal español la cuestión del consentimiento podría extenderse también a las lesiones, en virtud de lo dispuesto por el art. 42H. Sin embargo, es claro que el art. 428 solo se refiere a las lesiones *dolosas* (arts. 418 y ss.) y no a las culposas, ya que su texto limita la aplicación a los delitos señalados en el Capítulo IV del Título VIII del Código. El art. 565 que regula la disciplina del delito culposo no se encuentra en dicho capítulo y no contiene referencia alguna al consentimiento. En consecuencia, no habría obstáculo alguno en aceptar la relevancia del consentimiento en los delitos culposos de lesiones. De todos modos, con el criterio que hemos adoptado, según el cual se trate de casos de auto-puesta en peligro no punibles, el art. 428 no tendría aplicación en los delitos culposos, pues la participación en la autopuesta en peligro no es punible y ello no da lugar a problema de aplicación de la disposición mencionada.

También requiere un tratamiento específico la cuestión de si en el ejercicio de una causa de justificación, esta cubre también la lesión de bienes ajenos producto de la negligencia del que obra justificadamente. Ejemplo: el que se defiende realiza una acción necesaria para la defensa pero con un resultado que va más allá de la necesidad: *A* mantiene un cuchillo frente al agresor *B* para evitar que este continúe con la agresión; *B* se avalanza sobre *A* y "se" clava el arma (JESCHECK, p. 478); el que está autorizado a disparar en defensa necesaria, no estará obligado a evitar la puesta en peligro de otros (STRATENWERTH, p. 1113; LENCKNER, en SCHÓNKE-SCHRÖDER, *StGB, Vor §*

32, 101). Condición de esta justificación sería, según JESCHECK (417), que el lesionado sea el agresor y que el resultado no querido por el autor hubiera podido evitarse con el ejercicio de la debida diligencia, se encuentre dentro de los límites de una acción *necesaria* de defensa. Con este punto de vista el ejemplo de STRATENWERTH y LENCKNER no resultarían justificados pues importan peligros y eventuales daños de terceros. Estos sólo podrían justificarse en función del estado de necesidad justificante (una solución similar da LENCKNER en SCHÓNKE-SCHRÓDER, *StGB*, Vor § 32, 101: "cuanto mayor sea el peligro de lesión de un tercero, tanto más restringida será la autorización para el autor").

4. LA ATRIBUIBILIDAD DEL DELITO CULPOSO

La atribuibilidad del delito culposo no se diferencia, en principio, de los conceptos respectivos del delito doloso.

Sin embargo, se admite que los "estados de cansancio y excitación no culpables y que dificultan al autor cuidadoso el mantenimiento del cuidado objetivo, deben ser tenidos en cuenta a los efectos de excluir la culpabilidad (WELZEL, p. 183) o, como aquí lo proponemos, la atribuibilidad.

También se estima que debe excluirse la atribuibilidad en los casos en que al autor la lesión del bien jurídico le parecía lejana, si el cumplimiento del deber de cuidado le hubiera acarreado considerables desventajas; son los casos que dieron lugar a la *no-exigibilidad de otra conducta*, como el del criado que ata al coche unos caballos que no responden a la rienda y que hubiera perdido su empleo de negarse a hacerlo (confr. WELZEL, p. 182; JESCHECK, p. 484; SAMSON, *SK StGB*, *Apéndice* al § 16, 35 y ss.; STRATENWERTH, núms. 1131 y ss.; LENCKNER, en SCHÓNKE-SCHRÓDER, *StGB*, Vor § 32, p. 122).

5. LAS ESPECIES DE CULPA

Tanto la teoría como la práctica distinguen dos formas de culpa: la *culpa inconsciente* y la *consciente*. En la primera se trata de los casos en que el autor no se ha representado el peligro que es la consecuencia de la lesión del deber de cuidado que le incumbía. En la culpa consciente, por el contrario, el autor se representa el peligro de lesión del bien jurídico, pero valorando falsamente la situación piensa que el peligro no se concretará en resultado.

Estas especies de culpa no guardan una relación de mayor o menor gravedad. La gravedad de la culpa no depende de la representación del peligro ocasionado por la acción.

La punibilidad de la culpa inconsciente no es obvia. *No es seguro que sea compatible con el principio de culpabilidad* (confr. por la incompatibilidad,

ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, pp. 156 y ss.). En verdad el autor que no se representa el peligro de su acción difícilmente podrá motivarse para la corrección del curso de la misma.

6. EL TRATAMIENTO DE LOS CASOS MIXTOS DE DOLO Y CULPA (EL LLAMADO DELITO PRETERINTENCIONAL)

a) *Delitos preterintencionales y delitos "calificados por el resultado"*

En el marco de un derecho penal de culpabilidad no puede haber responsabilidad penal alguna que no se vincule a un hecho cometido con dolo o con culpa (confr. Código Penal colombiano, arts. 5, 36 y 37; reforma del Código Penal español de 1983, art. 1). Los hechos en los que el autor *queriendo* producir un resultado produce otro mayor que *no quiere*, sólo podrán sancionarse con una pena mayor que la prevista para el delito querido, si el resultado más grave no querido ha sido consecuencia del obrar negligente del autor. La sola producción de un resultado mayor no autoriza a una calificación (agravación) del delito doloso (confr. BACIGALUPO, en "La Ley", 1982, núm. 434, p. 111); el sistema de responsabilidad del "*versare in re illicita*" queda excluido *totalmente* de un derecho penal que se funda en el *principio de culpabilidad*. Por tanto, *los delitos calificados por el resultado* sólo pueden entenderse como delitos en los que el autor que dolosamente ejecuta un hecho, *por imprudencia*, produce un resultado mayor (confr. JESCHECK, p. 463; SCHMIDHÁUSER, p. 448; OTTO, *Grundkurs*, pp. 180 y ss.; STRATENWERTH, núms. 1110 y 1142), es decir, como delitos preterintencionales.

La compatibilidad de estas formas especiales de combinación de dolo y culpa con el principio de culpabilidad no está únicamente condicionada por la exigencia de culpa respecto del resultado mayor, sino también por la proporcionalidad que debe guardar la pena con el aumento de gravedad experimentada por el resultado mayor culposo (confr. JESCHECK, p. 463).

La teoría española distingue entre delito preterintencional y *delito complejo*. Este último estaría "formado por la reunión del delito de robo y el de homicidio", dice RODRÍGUEZ DEVESA (*Derecho penal*, Parte especial, p. 391) en referencia al art. 501, 1 del Código Penal español. El T. S. español considera que la característica fundamental de los delitos complejos es que de dos delitos hace uno indivisible (confr. sentencia del 17.12.1975, cit. por RODRÍGUEZ DEVESA). El delito complejo admite, a diferencia del preterintencional o calificado por el resultado, que el resultado mayor provenga de la realización de *otro delito doloso* (claramente en el dudoso supuesto del art. 501, 2 del Código Penal español: robo con violación). En realidad el delito complejo no es una categoría autónoma sino una forma técnicamente defectuosa de regular un concurso de delitos. Una reforma técnicamente depurada debería eliminar figuras tan poco útiles y creadoras de tantas dificultades innecesarias. (Ver *infra*, E, 4).

"Delitos preterintencionales" y "delitos calificados por el resultado" son designaciones que hacen referencia al mismo objeto aunque contemplado desde puntos de vista diferentes: en la primera se mira desde el límite de la "intención", en la segunda desde el resultado causado más allá del querido. (Ejemplos de estos delitos son: en el Código Penal argentino el art. 82, lesiones con resultado de muerte; en el Código Penal colombiano, los arts. 137, 180, 199, 329 y 340; en el Código Penal español el art. 411, último párrafo).

La vinculación del resultado mayor culposo depende de dos circunstancias: una *objetiva*, la "conexión de inmediatez" entre el delito básico y el resultado más grave (por ejemplo, entre las lesiones queridas y la muerte no querida) y otra *subjctiva*, la existencia de *culpa* respecto del resultado mayor.

La *conexión de inmediatez* presupone por lo menos una relación causal entre el delito básico y el resultado más grave. Sin embargo, dicha relación de causalidad es insuficiente para fundamentar en su aspecto objetivo la agravación (confr. OTTO, *Grundkurs*, p. 180; GEORG KÜPPER, *Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, 1982, pp. 45 y ss.). Especialmente discutida es la cuestión en el caso del que golpea y lesiona gravemente a su asistente doméstica; esta trata de escapar a un balcón de donde cae y se mata (conocido como el caso Rótzel). Dicha relación de inmediatez requiere que el resultado mayor, además de una conexión causal en el sentido de la *conditio sine qua non*, no esté separado de la acción básica por la intervención de un tercero o de la propia víctima. Tales intervenciones impiden que pueda considerarse que el resultado mayor producido es la concreción del peligro representado por la acción (confr. también GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, pp. 167 y ss.; TORIO, *ADPCP*, 1967, pp. 38 y ss.).

La *culpa respecto del resultado mayor* implica que la realización de la acción *querida*, lleve implícito el peligro del resultado mayor.

b) La problemática en España

En España la teoría considera dos grupos de casos: el delito preterintencional y el delito calificado por el resultado. La diferencia estaría en que estos últimos están especialmente tipificados, mientras la preterintención se referirá a cualquier caso en el que el resultado producido supere el querido por el autor (confr. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción*, pp. 129 y ss.).

La teoría y la jurisprudencia han aceptado que la producción de un resultado mayor califica (agrava) el hecho querido sea que tenga lugar por imprudencia o en forma fortuita.

El Código Penal español contenía desde 1870 dos disposiciones, difícilmente conciliables entre sí, que se refieren al tratamiento de estos casos de "incongruencia entre el aspecto subjetivo y el objetivo" (COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, III, p. 216). Por una parte, el art. 9, 4 establece que es una circunstancia atenuante "la de no haber tenido el delincuente intención de

causar un mal de tanta gravedad como el que produjo". Por la otra, el art. 50 (introducido en 1870 como art. 65) dice que: "en los casos en que el delito ejecutado fuese distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá a este la pena correspondiente al delito de menor gravedad en su grado máximo". En otras palabras, mientras el art. 9, 4 remitía a la pena del delito objetivamente cometido y la atenúa si no coincide con el querido, el art. 50 remitía a la pena del delito querido, aunque toma en cuenta el mayor resultado al exigir que se le aplique en su grado máximo.

La teoría, consideró, en general, "que en el art. 50 se regula la preterintencionalidad con *diferencia de delito* y en el art. 9, 4 la preterintencionalidad con *diferencia de mal*, pero no delito" (COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, p. 218). Esta distinción no era apropiada básicamente porque el fundamento de ambas disposiciones es la menor intensidad de la voluntad criminal respecto del resultado causado y ello no se ve afectado de ninguna manera cuando el delito sea distinto (robo-homicidio) o cuando fuese de la misma especie (lesiones más graves que las queridas). Se ha entendido, en realidad, que la diferencia del delito es consecuencia del diferente bien jurídico afectado por el resultado mayor (TS. 21.5.74), pero este nada tiene que ver con el fundamento del art. 9,4 y el art. 50 que, como acaba de verse, no se apoyaba en el aspecto objetivo del hecho, sino, exclusivamente, en el subjetivo. Estos artículos contenían consecuencias contradictorias, *pero no fundamentos diversos*. La distinción entre preterintencionalidad "homogénea" y la "heterogénea", atribuyendo la primera al art. 9, 4 y la segunda al art. 50 es conceptualmente posible, pero carece de sustento político-criminal. Si el fundamento de ambas disposiciones es el mismo, el resultado también tiene que ser el mismo. Una solución de la contradicción tal vez hubiera podido fundamentarse entendiendo al art. 50 como una disposición que regula el error de tipo (sin limitarlo al *error in persona* o al caso de *aberratio ictus*, como propone CERESO MIR, pues estos no serían sino supuestos particulares del error de tipo) y el art. 9, 4 como una regla que —más que a una circunstancia atenuante— se refiere al *concurso* (ideal) de un delito doloso con uno culposo.

Esta situación ha sido modificada por la sanción de la L.O. 8 de 1983, de 25 de junio, que estableció que "no hay pena sin dolo o culpa" (Código Penal español, art. 1º) y que derogó el art. 50 del Código. La nueva redacción legal ya no deja lugar a dudas, a nuestro juicio, de que el art. 9, 4 —cuyo texto se mantiene inalterado— contiene una regla referente a la pena que corresponde al concurso ideal de un delito doloso en el que el autor produce un resultado mayor que el querido por haber infringido culpablemente el deber de cuidado necesario para evitar dicho resultado mayor. Muchas son las razones que demuestran que la nueva situación legislativa no es mejor que la anterior, pues era precisamente el art. 9,4 el que creaba mayores fricciones con los principios del derecho penal de culpabilidad —a los que ahora adhiere en forma expresa el Código Penal español—.

De no aceptarse la interpretación que proponemos resultaría que sería incompatible el art. 9,4 con el nuevo texto del art. 1: una simple atenuación

de la pena del delito doloso —como en el fondo prevé el art. 9, 4— no está de acuerdo con el principio según el cual un resultado causado con culpa debe ser sancionado con la pena del delito culposo y no con la del doloso. Gran parte de los problemas que la realización de dicho principio presenta en el Código Penal español está ligada al sistema del *numerus apertus* de legislación de la culpa.

D. El delito de omisión

La dogmática penal distingue los tipos penales según se expresen en la forma de la *infracción de una prohibición de hacer* o en la forma de una *desobediencia a un mandato de acción*. En el primer caso se trata de *delitos de comisión*; en el supuesto segundo de *delitos de omisión*. Lógicamente es posible que todos los delitos de comisión se expresen en la forma de delitos de omisión, así como también es posible que los delitos de omisión sean expresados en la forma de la prohibición de acciones. En los delitos de comisión se sanciona la omisión de otras acciones que hubieran sido las adecuadas al derecho y también en los de omisión se sanciona la realización de una acción que *no* es la mandada. Si el legislador expresa su voluntad en una forma u otra es por *razones prácticas*, pero no por fundamentos que vayan más allá (confr. BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, p. 151; *Delitos impropios de omisión*, 1970, 2ª ed., 1983, pp. 110 y ss.; otro punto de vista ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 3 y ss.). En verdad tanto en los delitos de comisión como en los de omisión se trata del sentido que tiene un determinado comportamiento. La prohibición y el mandato de acción se refieren por razones prácticas a distintos aspectos del comportamiento que le **dan** sentido: en la prohibición al comportamiento mismo (delitos de comisión); en el mandato de acción a lo que el comportamiento *debería* haber sido delitos de omisión (confr. BACIGALUPO, *loe. cit.*; ZAFFARONI, *Manual*, pp. 386 y ss.; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito*, 1979, 2ª ed., 1982, pp. 52 y ss.).

Los códigos penales contienen por lo general delitos que sólo pueden cometerse omitiendo la realización de una acción, o sea, realizando un comportamiento distinto del mandado por la norma. Por ejemplo: la omisión de denunciar ciertos delitos (Código Penal español, art. 338 bis, u); la omisión de socorro (Código Penal español, art. 489 bis; Código Penal argentino, art. 108); la omisión de colaboración del agente de la fuerza pública (Código Penal colombiano, art. 160).

Los códigos contienen además preceptos que equiparan en su texto la realización de un hecho con la omisión de otro. Por ejemplo: el abuso de autoridad de funcionario público (Código Penal argentino, art. 248), el delito fiscal (Código Penal español, art. 319), el desconocimiento de *habeos corpus* (Código Penal colombiano, art. 275), el falso testimonio (Código Penal venezolano, art. 243; Código Penal argentino, art. 275; Código Penal mexicano, art. 247, n).

Fuera de estos casos la teoría y la jurisprudencia reconocen una categoría de omisiones que *no está tipificada expresamente* y que consisten en la no evitación de una lesión de un bien jurídico cuya lesión está protegida frente a acciones positivas (ejemplo: delito de homicidio). Estos casos se designan como *delitos impropios de omisión* o de *comisión por omisión* y se sancionan *por derecho consuetudinario* según las penas previstas para el correspondiente delito de comisión. La *constitucionalidad*, es decir, la compatibilidad de esta categoría con el principio de legalidad, no está totalmente fuera de duda (confr. NAUCKE, *Einführung*, pp. 290 y ss.; JESCHECK, p. 493).

1. LA DISTINCIÓN ENTRE ACCIÓN Y OMISIÓN

La circunstancia de que todo el que omita cumplir un mandato de acción a la vez realiza otro comportamiento da lugar a la problemática de la distinción entre acción y omisión. Los ejemplos son clásicos: el que *entrega* pelos de cabra a sus obreros *sin* desinfectarlos; el farmacéutico que *expende* un medicamento *sin* requerir la receta (confr. JESCHECK, *Lehrbuch*, 3ª ed., 1978, p. 489 con ejemplos; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum StGB*, Vor § 13,6). Desde un primer punto de vista no importa la configuración exterior del hecho sino la dirección del reproche jurídico. Pero este criterio resulta evidentemente falso: para poder saber qué dirección tiene el reproche jurídico es preciso interpretarlo; pero para aplicarlo, y de ello se trata aquí, es necesario saber si el hecho es una acción o una omisión. La dirección del reproche jurídico, por lo tanto, dirá si una disposición penal se refiere a una acción o la omisión de la misma, con lo que no se habrá rozado siquiera el problema de si el farmacéutico del ejemplo realizó un acto positivo (la entrega del medicamento) o una omisión (no exigir la receta que le hubiera permitido saber del respaldo de un médico) (confr. RUDOLPHI, *loe. cit.*; JESCHECK, *loe. cit.*, ENGISCH, *Fest. für Gallas*, 1973, pp. 171 y ss.).

En la actualidad se ha impuesto un criterio diverso. JESCHECK lo denomina criterio de la causalidad: "Si alguien ha causado el resultado mediante un hecho objetivamente adecuado al tipo y positivo, este será el punto de vinculación decisivo para el derecho penal" (*loe. cit.*, p. 489). Sólo en la medida en que se pueda descartar la antijuricidad (por la justificación) y la culpabilidad (por cualquiera de los fundamentos que la excluyen) cabrá preguntarse si el autor "ha omitido un hecho positivo esperado mediante el cual hubiera evitado el resultado" (*ib. idem.*). En los ejemplos de los que hemos partido, la aplicación de este criterio conduce a la afirmación de un hecho positivo. El entregar pelos de cabra a los obreros y el expender el medicamento son causa del resultado porque suprimiendo estas acciones mentalmente el resultado no se hubiera producido (*conditio sine qua non*).

Similar es el punto de vista de RUDOLPHI (*loe. cit.*). La distinción dependerá de si el agente ha impulsado mediante una energía positiva el curso causal

o si ha dejado de emplear la energía necesaria para intervenir en un nexo causal no creado por él. En el primer caso habrá comisión; en el segundo omisión.

En la práctica este criterio debe aplicarse mediante tres comprobaciones diferentes. En primer lugar debe establecerse si el autor ha dado impulso a la cadena causal que llevó al resultado. En segundo lugar habrá que verificar si este impulso es típico, antijurídico y culpable. Por último, y siempre y cuando *no* se trate de un *hecho activo* típico, antijurídico y culpable cabrá preguntarse si haciendo lo que era posible el autor hubiera evitado el resultado (confr. RUDOLPHI, *loe. cit.*). Una posición diversa sostiene OTTO (*Grundkurs*, p. 166) para quien la distinción entre acción y omisión tiene rango secundario. Lo decisivo en la resolución de un caso es, según OTTO, establecer si alguien ha creado, mediante "liberación de energías", un peligro para el bien jurídico, pues todo el que lo haya hecho responderá por la concreción del peligro en resultado, tal como lo requiere el "principio de la elevación del riesgo". De acuerdo con ello, la verificación del hecho positivo *antes* que la omisión tiene el carácter de una *recomendación práctica*.

2. LAS ESPECIES DE LA OMISIÓN: DELITOS PROPIOS E IMPROPIOS DE OMISIÓN

Los delitos de comisión reconocen dos especies: delitos propios y delitos impropios de omisión. Existen diversas opiniones referentes a la forma en que se deben caracterizar la propiedad o impropiedad del delito. Desde un punto de vista *formal* se sostiene que la impropiedad reside en la falta de tipificación en la ley penal de la llamada comisión por omisión (confr. ARMIN KAUFMANN, *loe. cit.*, p. 277).

Desde otro punto de vista se sostiene que los *delitos propios de omisión* contienen un mandato de acción que ordena realizar una acción, sin tomar en cuenta a los efectos de la tipicidad si esta evitó o no la lesión del bien jurídico. Los *delitos impropios de omisión*, por el contrario, requieren *evitar la producción de un resultado*: la realización del tipo depende, por lo tanto de la producción del resultado (confr. SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, 1979, pp. 58 y ss.; RUDOLPHI, *loe. cit.*, núm. 10; JESCHECK, p. 491). En este sentido, estaríamos ante un delito impropio de omisión en el caso del art. 338 bis i del Código Penal español que impone el deber de evitar un resultado ("impedir la comisión de un delito contra la vida, etc."), mientras el art. 338 bis n, que sólo obliga a denunciar a las autoridades determinados hechos delictivos sería un delito propio de omisión. Según este criterio los delitos impropios de omisión son sancionados tanto cuando están tipificados expresamente, como cuando no lo están (confr. JESCHECK, p. 452; RUDOLPHI, *loe. cit.*, núm. 10). Los delitos propios de omisión, por el contrario, *sólo* son punibles si están expresamente tipificados.

Con razón piensa JESCHECK que sería preferible designar a los delitos propios de omisión y a los delitos impropios de omisión como delitos de

omisión "*calificados*" (*loe. cit.*, p. 492). Por su parte SCHMIDHÁUSER (pp. 657 y ss.) considera que la distinción entre delitos propios e impropios de omisión carece de fundamento.

Cuál de las dos categorías es preferible no debe consumir demasiadas discusiones. Se trata de tener claro que hay delitos de omisión que requieren para su tipicidad sólo la *omisión de una acción*, mientras que en otros la tipicidad requiere que se haya *omitido evitar un resultado* y que en estos últimos casos la punibilidad puede no estar expresa en la ley.

Los delitos impropios de omisión son la contrapartida de los delitos de comisión de resultado de lesión: su problemática sustancial consiste en establecer cuando *no evitar* el resultado es punible, pues *equivale* a la producción activa del mismo. En los delitos propios de omisión esta equivalencia está expresamente establecida en la ley. En los impropios de omisión no está establecida o sólo lo está de una forma muy general (caso del Código Penal colombiano, art. 21, n). Los delitos *propios de omisión* están tipificados en la ley y pueden contener un simple mandato de acción (por ejemplo denunciar) o un mandato de evitar un resultado.

Resumiendo: Los *delitos impropios de omisión* son delitos en los que el mandato de acción requiere *evitar un resultado* que pertenece a un delito de comisión; este mandato y las condiciones que determinan su equivalencia con la acción positiva de producir el resultado prohibido *no están expresos* en la ley. (Se trata de un caso de "tipo de interpretación" en la concepción de SCHMIDHÁUSER, p. 656; confr. también MIR PUIG, *Adiciones* n, pp. 842 y ss.).

3. EL DELITO DE OMISIÓN "DOLOSO" (CUASI-DOLOSO)

a) *La tipicidad objetiva del delito propio de omisión doloso*

La comprobación de la tipicidad de una conducta respecto del tipo de un delito propio de omisión (por ejemplo Código Penal argentino, art. 108; Código Penal colombiano, art. 346; Código Penal español, art. 338 bis n; Código Penal mexicano, art. 340; Código Penal venezolano, art. 440) requiere la verificación de los tres elementos del tipo (confr. BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, pp. 147 y ss.):

- Situación típica generadora del deber;
- no realización de la acción mandada;
- poder de hecho de ejecutar la acción mandada.

Los tres elementos del tipo objetivo del delito propio de omisión deben analizarse a continuación por separado. Estos elementos tienen la finalidad de permitir comprobar que la acción realmente realizada por el omitente no es la acción mandada. La comprobación de la tipicidad de los delitos de omisión es, en cierto modo, una operación inversa a la que corresponde llevar

a cabo en los delitos de comisión: en estos es preciso subsumir la acción realizada bajo la descripción contenida en el tipo; en los delitos de omisión la tipicidad se verifica demostrando que la acción realizada *no* se subsume en el modelo o esquema de la acción que requiere el ordenamiento jurídico (la acción puede agotarse en un determinado comportamiento, por ejemplo, denunciar; o, también, ser un comportamiento que evite un resultado, por ejemplo, impedir la comisión de un delito de determinada especie).

aa) *La situación generadora del deber.* El primer elemento del tipo objetivo de los delitos propios de omisión es la *situación de hecho* de la que surge el deber de realizar una determinada acción. Esta situación representará en todos los casos un peligro para un bien jurídico. Por lo general, la situación está íntegramente descrita en la ley: "encontrar a una persona necesitada de auxilio" (Código Penal argentino, art. 108) o "hallar a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave" (Código Penal español, art. 489 bis) o encontrar a una "persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma" (Código Penal colombiano, art. 346). En estos casos, se genera un deber de actuar para cualquiera que se encuentre con la persona necesitada de auxilio.

Forma parte también de la descripción de la situación la circunstancia de que prestar el auxilio no da lugar, a su vez, a un peligro para el omitente. El Código Penal español (a diferencia del argentino, art. 108) toma en consideración no sólo el riesgo personal sino también el riesgo que podría ocasionar a *un tercero* la prestación del auxilio. Tanto en el primer caso como en el segundo debe entenderse que se trata de un riesgo que la persona no está obligada a soportar. Si se tratara de un riesgo que el omitente *está obligado a soportar* estaríamos ante un claro indicio de que el deber tiene por objeto evitar la producción de un resultado y no simplemente la realización de una acción que contribuya a que otros puedan evitarlo.

bb) *La no realización de la acción que es objeto del deber.* La comprobación de este extremo se logra mediante comparación de la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar. Por lo general esta acción está descrita ("demandar con urgencia auxilio ajeno", en el art. 489 bis li del Código Penal español; "dar aviso inmediatamente a la autoridad", art. 108, Código Penal argentino) cuando la ley sólo exige la realización de una acción. Por el contrario, no está, por lo general, descrita, cuando el deber requiere evitar el resultado, pues en tales casos la acción exigida es la que técnicamente impediría la producción del mismo y en las diversas situaciones, en las que el resultado corre el peligro de producirse, es sumamente difícil establecer qué acción debe realizar el obligado. La acción mandada se tendrá por cumplida *cuando el obligado haya intentado seriamente su realización*.

ce) *Capacidad o poder de hecho de ejecutar la acción.* La capacidad del obligado de realizar la acción mandada o de, en su caso, evitar el resultado

es el tercer elemento del tipo objetivo del delito propio de omisión. Se trata, por lo tanto, de un elemento *individual*.

Este elemento puede definirse de dos maneras diferentes. En primer lugar es posible considerar que la capacidad de ejecutar la acción o de evitar el resultado debe evaluarse sin tomar en consideración el conocimiento que el autor tenga de ella (SCHMIDHÄUSER, pp. 680 y ss.): tiene capacidad el que no sabe nadar, pero tiene la posibilidad de arrojar al que ha caído al agua un salvavidas, que *no ve* y que podría haber visto. Desde otro punto de vista se requiere que el obligado haya "podido tomar la decisión de la acción mandada y de realizarla" (ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 99), por cuya razón se requiere como elemento esencial de la capacidad tanto el *conocimiento de la situación* generadora del deber, como la *cognoscibilidad de los medios para realizar* la acción y el *conocimiento del fin de la acción* (ARMIN KAUFMANN, *loc. cit.*, pp. 41 y ss.; p. 106; BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, pp. 150 y ss.). Finalmente se requiere por JESCHECK (p. 501), el conocimiento de la situación típica, la existencia de los "presupuestos exteriores" (cercanía, medios) para la realización de la acción, así como las fuerzas físicas y capacidades técnicas del omitente. Por encima de estos elementos exige JESCHECK que el omitente se haya representado o podido representar el fin de su acción como posible. Unas posiciones se diferencian de otras en matices poco significativos.

dd) *La imputación objetiva del resultado en los delitos de omisión tipificados que requieren la evitación de un resultado*. Este elemento coincide con la exigencia de los delitos no tipificados (delitos impropios de omisión) y remitimos al lugar donde se los trata (*infra*, b, bb).

b) *La tipicidad objetiva del delito impropio de omisión doloso*

Delitos impropios de omisión son las infracciones *no tipificadas* del deber de impedir un resultado de un delito de comisión (tipificado).

La comprobación de la tipicidad de los delitos no tipificados (impropios) de omisión depende de los mismos elementos que hemos analizado ya de la tipicidad de los delitos propios de omisión. Sin embargo, hay dos elementos diferenciales: en primer lugar la producción del resultado de un delito de comisión, elemento que en los delitos propios de omisión sólo se da cuando están estructurados sobre la base de un deber de impedir un resultado y que en estos es esencial; en segundo lugar depende la tipicidad de la definición en el caso concreto de la posición de garante, que en los delitos de omisión propios está expresamente establecido, pues en ellos ya se sabe quien es el que debe responder por la omisión, inclusive en los casos en que el deber exige evitar un resultado.

aa) *La situación generadora del deber, no-realización de la acción y capacidad de hecho de ejecutarla*. Estos tres elementos son comunes a los delitos

propios y a los impropios de omisión. Aquí es suficiente con una remisión al lugar en que acaban de tratarse (*supra*, a, aa, bb, y ce).

bb) *El resultado y la imputación objetiva*. Sólo pueden dar lugar a un delito impropio de omisión, es decir, a una acción típica en el sentido de tales delitos, la *infracción de un deber de evitar un resultado*. El resultado será el de un delito de comisión tipificado en el Código Penal o en una ley especial (por ejemplo, la muerte en el homicidio, Código Penal argentino, art. 79; Código Penal colombiano, art. 423; Código Penal español, art. 407; Código Penal mexicano, art. 302; Código Penal venezolano, art. 407). Debe señalarse que de todos modos no cualquier tipo comisivo puede dar lugar a un delito impropio de omisión: básicamente esta posibilidad está excluida en los delitos de propia mano (confr. BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, pp. 137 y ss.).

La exigencia de un resultado plantea el problema de la imputación objetiva del mismo a la omisión de la acción que lo hubiera evitado. Este tema se trató clásicamente como una cuestión de causalidad (confr. BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, pp. 83 y ss.).

Pero, en la dogmática moderna del delito los problemas de la causalidad han perdido considerable significación. Hoy no se pregunta si una acción o una omisión son *causales* del resultado, sino si el resultado es *objetivamente imputable* a la acción o a la omisión. La diferencia sustancial entre una y otra pregunta es clara: mientras los problemas de causalidad deben resolverse según reglas físicas, los que plantea la imputación objetiva dependen de criterios derivados de la finalidad y contenido de la norma. El cambio de actitud de la ciencia actual es consecuencia del consenso cada vez más extendido de que las normas no prohíben ni mandan causaciones (confr. *supra*, JESCHECK, pp. 222 y ss.; STRATENWERTH, núms. 214 y ss.; RUDOLPHI, *SK StGB*, Vor § 1, 57 y ss.).

La relación que debe existir entre el resultado no evitado y la omisión, por lo tanto, no es una relación de causalidad, sino de imputación objetiva. Dicha relación se da, en opinión prácticamente unánime, cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado producido. Sobre estas bases ya no se trata de afirmar la causalidad *real* de la omisión respecto del resultado, sino la "*causalidad potencial*" de una acción no llevada a cabo (confr. STRATENWERTH, núm. 1024). Hoy no se pregunta si la omisión de las acciones de salvamento por parte del guardavidas es *la causa* de la muerte del bañista que se ahogó. Se pregunta si la acción de salvataje que el guardavidas hubiera podido realizar en la situación concreta hubiera evitado la muerte del bañista.

Un juicio de esta naturaleza no deja de plantear problemas. Fundamentalmente se discute qué grado de certeza se requiere en la respuesta. En primer lugar es posible exigir que pueda afirmarse con una seguridad prácticamente absoluta que de realizarse la acción omitida el resultado no se hubiera producido. Por el contrario, es posible también considerar que es suficiente con poder afirmar que la acción omitida *posiblemente* hubiera evitado el resultado. La

primera respuesta presupone una menor intensidad en la protección del bien jurídico. La segunda, por el contrario, aumenta el rigor de esta. De acuerdo con el primer criterio no habrá omisión cuando el médico omita un tratamiento que podía haber salvado al paciente, pero que no podía considerarse en el momento de la omisión como un medio que *seguramente* hubiera impedido el resultado.

Desde nuestro punto de vista la respuesta correcta es la que considera la existencia de una infracción del deber de actuar ya cuando el omitente hubiera reducido con su acción claramente el peligro que corría el bien jurídico. Este punto de vista es compartido también por la doctrina dominante (Confr. RUDOLPHI, *loe. cit.*, Vor § 13, 16).

Este criterio, de todos modos, presupone que, en el momento de la acción y según los conocimientos y capacidades concretos del autor, este haya podido reconocer la existencia de la posibilidad de reducir el peligro para el bien jurídico con su acción.

Quienes defienden el punto de vista contrario piensan que la exigencia de una *segura* evitación del resultado está impuesta por el principio "*in dubio pro reo*" (confr. por ejemplo, NAUCKE, *Strafrecht, Einführung*, p. 298). De acuerdo con ello, habiendo alguna duda respecto de la evitación del resultado por la acción omitida no debería haber imputación del mismo a la omisión.

ce) *La posición de garante*. La posición de garante no es un elemento de la autoría exclusivo de los delitos impropios de omisión, aunque también en los delitos tipificados en los que se exige evitar un resultado el omitente es garante (confr. ARMIN KAUFMANN, *loe. cit.*, pp. 275 y ss.). La existencia de delitos tipificados que consisten en la omisión de una acción que hubiera evitado un resultado permite deducir de allí, en primer lugar, un punto de apoyo para la caracterización de la posición de garante (confr. BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, p. 133), es decir, para solucionar el problema planteado por la falta de tipificación de los delitos impropios de omisión (confr. también MiR PuiG, *Adiciones*, n, pp. 872 y ss; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte general, pp. 307 y ss.).

La posición de garante puede surgir de dos diversas situaciones:

1. Posición de garante emanada de un deber de protección de un bien jurídico frente a los peligros que puedan amenazarlo. Una primera constelación de casos son aquellos en los que el omitente tiene a su cargo la *protección* de un bien jurídico. Tales deberes son indudables cuando tienen por objeto el *cuidado de personas necesitadas*, por ejemplo, el cuidado de un niño por su niñera o el de un enfermo por la enfermera. También entran aquí en consideración los cuidados debidos por quienes aceptan el cuidado de personas que realizan actividades de las que pueda resultar un peligro, por ejemplo el guardavidas en un natatorio o en una playa.

Se reconoce la existencia de un deber de protección que generan una posición de garante entre familiares cercanos y en los casos de convivencia, en las situaciones en que un peligro amenace la vida o la integridad corporal.

Con frecuencia un deber de esta naturaleza incumbe a los funcionarios respecto del peligro de lesión de bienes jurídicos que corresponden a su competencia.

2. Posición de garante emanada de un deber de cuidado de una fuente de peligro. La segunda categoría de deberes que corresponde tratar como fundamento de la responsabilidad por no haber evitado el resultado de un delito de comisión son los casos en que el omitente ha otorgado o asumido una *garantía de seguridad* (SCHMIDHÄUSER, p. 671) respecto de una fuente de peligros que tiene bajo su control.

Entran aquí en consideración, ante todo, los peligros provenientes de las propias acciones y por lo tanto la conocida situación en la que un *hecho anterior* del propio sujeto genera el peligro del bien jurídico. Estos supuestos son extraordinariamente discutidos (confr. PFLEIDERER, *Die Garantenstellung aus vorangegangem Tun*, 1968; SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971). En general se duda de que el merecimiento de pena de estos hechos sea *equivalente* a la del hecho positivo. La tendencia es restrictiva (confr. STRATENWERTH, núms. 1003 y ss.; JESCHECK, p. 507; WELZEL, p. 216; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, 2, pp. 154 y ss.). Aquí entran en consideración casos tales como el del que sirve alcohol a otro y luego no le impide que conduzca su automóvil; el alcoholizado mata a otro en el trayecto de vuelta a su casa: ¿es responsable (por omisión *culposa*) el que habiéndole servido alcohol y tenido conciencia de su estado no le impidió utilizar el coche? Otro supuesto discutible es el del que conduciendo correctamente atropella a un peatón desatento y descuidado que sufre lesiones y *luego* no le presta ayuda lo que determina una agravación de las lesiones: ¿es responsable el conductor por omisión *dolosa* respecto de las lesiones surgidas de su falta de auxilio? En estos casos la responsabilidad por el hecho anterior requiere, en todo caso, que el resultado sea *producto directo* del peligro creado por el hecho anterior y que el hecho anterior haya sido *contrario al deber*. (Esta última cuestión es discutida: confr. JESCHECK, p. 507; STRATENWERTH, núm. 1009; OTTO, *Grundkurs*, pp. 162 y ss.; SCHMIDHÄUSER, pp. 672 y ss.).

También entran aquí en consideración la obligación de responder respecto de los *peligros creados por otras personas* que —de alguna manera— estén dentro del ámbito de influencia del omitente. Deben tomarse en cuenta aquí la posición del padre respecto a los peligros causados por hijos menores, de los maestros respecto de menores a su cargo, de los funcionarios públicos respecto de sus subordinados, de los administradores o empleados jerárquicos privados respecto de los que trabajan a sus órdenes, etc. Estos casos no tienen una respuesta uniforme. En todo caso deberá tenerse presente hasta que punto

puede entenderse que el orden jurídico coloca al omitente en la posición de custodio. Esta posición es indudable en el caso de los funcionarios públicos frente a los bienes e intereses del Estado y de los particulares, pero no siempre es claro respecto del padre y la madre en relación a los daños que puedan provenir de los miembros de la familia. El funcionario de policía o el militar que no intenta seriamente impedir el exceso de sus subordinados respecto de los bienes o intereses de particulares responde indudablemente como si hubiera causado él mismo esos resultados. Discutible es la posición del marido respecto de los hechos de la mujer (por ejemplo: el marido no impide que su mujer cometa un hurto). Pero parece clara su responsabilidad respecto de sus hijos menores.

Finalmente la fuente de peligros puede ser *natural o mecánica*.

c) *El tipo subjetivo del delito doloso (cuasi-doloso) de omisión*

El tipo subjetivo de los delitos propios de omisión y de los impropios de omisión coincide totalmente. Sin embargo, se percibe una diferencia clara respecto del dolo del delito de comisión. Este consiste en la voluntad de realización de una acción y, en la omisión, falta precisamente la realización de una acción (confr. ARMINKAUFMANN, *loe. cit.*, pp. 66 y ss., 110 y ss.; BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, pp. 91 y ss.). Por este motivo es posible afirmar que no existe un dolo de omitir en el sentido de conocimiento y voluntad de realización del tipo objetivo, es decir, en el sentido de los delitos de comisión. El "dolo" de la omisión tiene, consecuentemente, una estructura propia, por lo que cabe designarlo como un "*cuasi-dolo*".

Este dolo de la omisión o cuasi-dolo requiere en principio, a) el conocimiento de la situación generadora del deber, b) el conocimiento de la posibilidad de realizar la acción (y, en su caso, de evitar el resultado) (confr. BACIGALUPO, *loe. cit.* pp. 100 y ss., 106).

Es discutido si el dolo (cuasi-dolo) de la omisión requiere que el omitente haya sido consciente de la acción que omite, es decir, que se haya representado en el momento de la omisión (por lo menos en la forma de co-conciencia o conciencia acompañante, confr. *supra*, B, 1 c, aa, 1) la acción que debería realizar. La respuesta de WELZEL, pp. 204 y ss. y de ARMIN KAUFMANN, *loe. cit.*, pp. 110 y ss. sostiene que esa representación es innecesaria y que exigirla importaría beneficiar al totalmente desconsiderado y al indiferente que ni siquiera pensó en la posibilidad de ejecutar la acción o en evitar el resultado, al que no se podría, en consecuencia, sancionar por la omisión más grave (dolosa o cuasi-dolosa).

En contra se sostiene que la forma más grave de lo ilícito implica, en todo caso, una decisión en favor de lo ilícito típico, y que tal decisión implica por lo menos la co-conciencia de la posibilidad de la acción (confr. RUDOLPHI, *loe. cit.*, Vor § 13, 24).

Desde nuestro punto de vista conviene diferenciar según se trate de la infracción de un deber de realizar una determinada acción o de evitar un resultado.

En el primer caso será dolosa o cuasi-dolosa la omisión de realizar la acción cuando el omitente haya tenido: a) conocimiento de la situación generadora del deber y b) de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de la realización de la acción.

En el segundo caso, es decir, en la infracción del deber de evitar el resultado, el omitente responderá por una omisión cuasi-dolosa si tuvo: a) conocimiento de la situación generadora del deber de actuar (lo que significa básicamente conciencia de la amenaza de la producción del resultado y de la posición de garante), b) de las circunstancias que fundamentan la posibilidad de obrar y c) si por lo menos ha sido indiferente respecto de la producción del resultado (confr. también MiR PuiG, *Adiciones*, 11, pp. 875 y ss.).

En los delitos de omisión también es posible un cuasi-dolo eventual (confr. RUDOLPHI, *SK StGB*, Vor § 13, 26 y ss.).

En ningún caso es elemento del "dolo" de la omisión la conciencia de infringir un deber de acción.

4. EL DELITO DE OMISIÓN CULPOSO

El delito de omisión puede ser no sólo doloso (cuasi-doloso) sino también culposo. El *tipo del delito culposo de omisión* sólo se diferencia del de comisión en que el autor no infringe el cuidado debido con un acto positivo, sino omitiendo. En los demás elementos existe coincidencia.

5. LA EQUIVALENCIA DE ACCIÓN Y OMISIÓN COMO PRESUPUESTO DE LA TIPICIDAD EN LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN

Los delitos improprios de omisión son una variedad de los delitos de comisión no tipificada: el fundamento de su punibilidad reside en su equivalencia respecto de la realización activa del tipo. La cuestión de la equivalencia entre la acción tipificada y la omisión (no tipificada) de *impedir un resultado* no se agota, sin embargo, en el problema de la posición de garante del omitente (ver *supra*, 3, b, ce). La equivalencia requeriría, en verdad, una *doble comprobación*: en primer lugar la que se deriva de la posición del autor (posición de garante), pero además una segunda que se refiere a la *equivalencia respecto de la acción que causaría el resultado* (confr. JESCHECK, pp. 503 y ss.; RUDOLPHI, *SK StGB*, § 13 y 16 y ss.; STRATENWERTH, núms. 1036 y ss.; MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, pp. 143 y ss.). Esta doble comprobación es consecuencia de la diversidad de elementos que estructuran los tipos penales: por un lado, los tipos penales activos (por ejemplo, homicidio) se estructuran sobre la base de la *causación de un resultado*; pero por otro, hay casos en

los que la causación del resultado no agota la descripción típica, pues esta requiere una determinada *modalidad ejecutiva* (por ejemplo, en la estafa el resultado debe ser consecuencia de un *engaño*, Código Penal argentino, art. 172; Código Penal colombiano, art. 356; Código Penal español, arts. 528 y ss.; el impedir a otros hacer lo que la ley no prohíbe requiere *violencia*, Código Penal español, art. 496; y el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad debe exteriorizarse mediante el "uso de amenazas", Código Penal argentino, art. 149 bis, n). El problema de cuándo se da una correspondencia entre las modalidades de la acción tipificada y la omisión de impedir el resultado sólo puede tratarse en cada caso concreto (confr. JESCHECK, p. 511; RUDOLPHI, *loc. cit.*, p. 18; STRATEN-WERTH, núm. 1036). De especial interés es aquí el caso de la *estafa por omisión*, en la que se discute si el no despejar un error (no causado por el omitente, o no causado dolosamente por él) es ya suficiente para configurar una estafa por omisión (confr. BOCKELMANN, en *Fest. für Eb. Schmidt*, 1961, pp. 437 y ss.).

Hay delitos en los que esta equivalencia entre acción y omisión está excluida desde el principio: ejemplo el delito de estupro, que requiere una acción (acceso carnal) que no es imaginable en forma omisiva (confr. Código Penal argentino, art. 120; Código Penal colombiano, art. 301; Código Penal español, art. 434). Lo mismo puede afirmarse de los delitos que requieren apoderamiento (por ejemplo, el hurto y el robo, que además requiere fuerza o violencia).

6. ANTIJURICIDAD, ATRIBUIBILIDAD Y CULPABILIDAD EN LOS DELITOS DE OMISIÓN

La *antijuricidad* de un comportamiento típico se define como la realización del tipo no amparada por causas de justificación: todo comportamiento típico será antijurídico a menos que esté autorizado por una causa de justificación. Esto rige tanto para un delito de comisión como para uno de omisión. En la práctica se presentarán con mayor frecuencia casos de estado de necesidad por colisión de deberes: el deber de garante (que impone la realización de la acción tendente a evitar el resultado) y otro deber que en el mismo momento imponga al autor otro comportamiento excluyente de este. A este respecto sólo cabe apuntar al margen que la teoría más moderna admite la existencia de un estado de necesidad *justificante* en los casos de colisión de *deberes de igual* jerarquía, pues, se afirma con razón, que quien de todos modos cumple con un deber no obra antijurídicamente. Este punto de vista es válido inclusive en aquellos códigos penales que regulan el estado de necesidad por colisión de bienes atribuyéndole efecto justificante sólo a la acción que sacrifica el bien menor para salvar al mayor. La diferencia de soluciones radica en la naturaleza de la colisión de deberes.

También la *culpabilidad* del delito de omisión coincide sustancialmente con la de los delitos de comisión. En la teoría domina el punto de vista de

que la gravedad de la culpabilidad de una comisión por omisión es menor que la de la realización activa del tipo (ya MEZGER, p. 148). Esto tiene naturalmente incidencia en la graduación de la pena. El nuevo texto del Código Penal alemán, por ejemplo, prevé la *posibilidad* de una atenuación de la pena (§ 13, n). En el nivel de la culpabilidad como presupuesto de la pena (es decir, en la teoría del delito), no hay diferencia sustancial (confr. MIR PUIG, *Adiciones II*, p. 846).

La *atribuibilidad* no ofrece en el delito de omisión diferencias respecto del delito de comisión.

7. AUTORÍA, PARTICIPACIÓN Y TENTATIVA

a) *Autoría y participación*

La *autoría* del delito de omisión depende de la infracción del deber de actuar o de impedir el resultado que sea equivalente a su producción activa. La *coautoría* no es posible ya que al no darse en los delitos de omisión un dolo en el sentido de los delitos de comisión, no es posible una "decisión común al hecho" (ARMINKAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 189; otro punto de vista, JESCHECK, p. 521).

Tampoco es posible hablar de una "*autoría mediata omisiva*". En el caso en que uno, mediante fuerza irresistible, impide que otro realice la acción mandada, no se da sino la acción positiva del que impide realizar la acción y produce la lesión del bien jurídico.

La *participación* debe tratarse en dos formas distintas: la *participación mediante un comportamiento omisivo* y la *participación activa en un delito de omisión*.

aa) *La participación mediante un comportamiento omisivo en un delito de comisión*. La participación omisiva en un delito de comisión podría adoptar la forma de instigación o de complicidad (necesaria o no).

La teoría dominante rechaza la posibilidad de *instigación por omisión* (confr. JESCHECK, p. 562). El fundamento de este punto de vista consiste en que el instigador debe *crear* el dolo del delito en el autor, es decir, la decisión del hecho. Mediante omisión no se crea la decisión sino que sólo no se impide que esta surja (JESCHECK, *loc. cit.*). Por el contrario, se piensa que *no-impedir que el autor tome la decisión del hecho* debe sancionarse en la forma correspondiente al acto positivo de inducir o instigar, si el omitente era garante del no surgimiento de la decisión (SCHMIDHÄUSER, p. 707). El fundamento de esta posición reside en que la inducción o instigación no requiere expresamente una forma *activa*, por cuya razón sería posible aceptarla también omisivamente. De esta manera, si se aceptara que el abogado es garante de que el testigo no cometa falso testimonio, el no impedir que en el último

surja la decisión de declarar falsamente sería suficiente para condenar al abogado como instigador de falso testimonio (Código Penal argentino, arts. 45, 275; Código Penal colombiano, arts. 23 y 172; Código Penal español, arts. 14, 2 y 326). La posición de SCHMIDHÁUSER debe rechazarse pues importa una aplicación analógica de la ley. RUDOLPHI (*SK StGB*, Vor § 13, 42) admite inducción o instigación por omisión cuando el *garante* no impide, por ejemplo, que un tercero instigue al autor en forma activa.

La cuestión de si es posible una *complicidad* omisiva (necesaria o no) en un delito de comisión es discutida. Una parte considerable de la teoría considera que habrá complicidad si al omitente le incumbe un deber de garantía (MAURACH, p. 693; JESCHECK, p. 566).

Por el contrario, se sostiene que "el hombre no puede ser causal y por lo tanto no es posible favorecer por omisión un delito de comisión" (ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, 295; WELZEL, p. 207). Si el garante omite impedir el resultado será autor si podía evitar el resultado pero no cómplice.

Desde otro punto de vista se sostiene que la *complicidad por omisión* es posible cuando la omisión del garante no es equivalente a la autoría de un delito de comisión y, por lo tanto, no fundamenta una autoría por omisión. Se trata de los casos en los que el garante omite impedir que un tercero realice la acción delictiva y el delito no es realizable omisivamente. Por ejemplo, cuando omite impedir, infringiendo el deber emergente de su posición de garante, un delito de propia mano o cuando carece de un especial elemento subjetivo de la autoría, como es el ánimo de lucro en el hurto. En estos casos infringe el deber de impedir el resultado pero no puede ser autor por lo que debería ser condenado como cómplice (confr. ROXIN, *Täterschaft*, pp. 477 y ss.; RUDOLPHI, *SK StGB*, Vor § 13, 41). A ello debería agregarse, según este punto de vista, el caso del garante que omite impedir una acción de complicidad de un tercero: el padre que omite que su hijo menor preste un arma de fuego a los autores del homicidio (RUDOLPHI, *loe. cit.*, p. 42). Esta forma de resolver el problema cubre, indudablemente, las lagunas de la punibilidad que deja abiertas la solución que niega la posibilidad de complicidad omisiva en un delito de comisión. Sin embargo, se trata de una solución que extiende los límites de la complicidad por encima de los límites que marca el principio de legalidad.

bb) *La participación activa en un delito de omisión.* La *instigación o inducción* no es una forma admisible de participación en un delito de omisión. En verdad, dadas las particularidades que hemos visto del delito de omisión, lo que se debería considerar como instigación es la *disuadan de actuar* en cumplimiento del deber de actuar: en otras palabras, la neutralización de una acción positiva que impediría la producción del resultado. Este hecho es equivalente a la acción típica de un delito de comisión (confr. ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, pp. 193 y ss.; WELZEL, p. 297).

A su vez, una complicidad activa en un delito de omisión no sería concebible sino como una "ayuda psíquica" para la omisión de la acción que hubiera

evitado el resultado. Por lo tanto, valen aquí las mismas conclusiones que respecto de la instigación. (Otro punto de vista: ROXIN, *Täterchaft*, pp. 510 y ss.; RUDOLPHI, *SK StGB*, Vor § 13, 44 y ss.).

b) *La tentativa de un delito de omisión*

Lo que se llama tentativa en los delitos de omisión es la "omisión de intentar cumplir con el mandato de acción" (confr. ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, pp. 221 y ss.; WELZEL, p. 221). La punibilidad de la omisión del intento de cumplir el deber sólo es punible si se toma en cuenta un punto de vista subjetivo, de acuerdo con el cual "la tentativa omisiva comienza y (acaba) en el último momento en el que el obligado tendría que haber realizado eficazmente la acción según su representación" (WELZEL, p. 221). En este sentido sería sancionable como tentativa acabada (delito frustrado) (confr. BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, pp. 187 y ss.).

8. LA "OMISIÓN POR COMISIÓN"

La categoría de la omisión por comisión ha adquirido en los últimos tiempos una cierta relevancia, luego de haber sido prácticamente olvidada desde que se la introdujo en la discusión (confr. VON OVERBECK, en *GS* 88, 1922, pp. 319 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, pp. 195 y ss.; ROXIN, en *Fest. für Engisch*, pp. 380 y ss.; RUDOLPHI, *SK StGB*, Vor § 13, 46 y ss.; SAMSON, *Fest. für Welzel*, pp. 579 y ss.).

La teoría distingue aquí diversos grupos de casos en los que la característica común consiste en que el obligado a actuar interviene activamente en el suceso para impedir que la acción alcance el objetivo de salvación del bien jurídico.

En este sentido se presentan tres grupos de casos que ejemplifican el concepto de omisión por comisión: a) los casos en los que el obligado a obrar se pone voluntariamente en condiciones que le impiden realizar la acción debida (casos que RUDOLPHI, *loe. cit.*, denomina de *ommissio libera in causa*): ejemplo el cajero de un banco se pone en estado de ebriedad para no impedir que otro compañero se apodere del dinero que tiene a su cuidado; b) los casos en que el obligado a realizar la acción da comienzo a la acción debida, pero en un determinado momento la abandona o la interrumpe: el que arroja un salvavidas a otro pero luego se arrepiente y lo retira antes de que la víctima se haya servido de él y logrado salvarse (confr. ARMIN KAUFMANN, p. 195; ROXIN, *loe. cit.*, p. 382; RUDOLPHI, *loe. cit.*, p. 47); c) los casos en los que uno —no obligado a obrar— impide que lo haga el obligado a hacerlo (confr. en general RUDOLPHI, *loe. cit.*).

Por un lado se niega a la categoría de la omisión por comisión toda autonomía conceptual y se afirma rotundamente que "no existe" (ARMIN

KAUFMANN, *Unterlassungsdelikte*, p. 203), pues en estos casos se trata de verdaderos delitos de comisión realizados en autoría mediata (cuando se impide obrar a un tercero obligado). Sin embargo, la autoría mediata activa no resulta adecuada cuando el propio obligado se pone en condiciones que le impiden cumplir con el deber de acción o cuando desiste del cumplimiento ya iniciado del deber impuesto. En estos supuestos, sin embargo, tampoco podrá hablarse de una categoría específica. Ello resulta claro en el caso del desistimiento: si el autor estaba obligado a cumplir una acción y no la ha cumplido, el comienzo de cumplimiento es irrelevante para la valoración jurídica del hecho, por lo tanto habrá que apreciar una omisión lisa y llanamente. Lo mismo cabe afirmar respecto del que se pone en condiciones de no poder realizar la acción: aquí el obligado obra respecto de sí mismo como si él fuera un tercero y por lo tanto debe apreciarse un *acto positivo* sin más.

Distinto es el punto de vista de ROXIN (*loe. cit.*, pp. 385 y ss.) que piensa que en los casos en que se desiste activamente de la acción debida ya iniciada habrá que considerar la comisión de un hecho activo cuando dicha acción ya ha llegado a manos de la víctima, pero no en los otros casos.

E. Concurrencia de leyes penales y concurrencia de delitos

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la aplicación de la ley penal a un hecho delictivo requiere con frecuencia resolver en primer lugar la cuestión de la relación existente entre los posibles tipos penales aplicables (concurrencia aparente de leyes) y, en segundo lugar, la determinación de la unidad o la pluralidad de acciones ejecutadas por el autor (concurso de delitos). Es claro que estas problemáticas son esencialmente distintas.

La cuestión de la *concurrencia aparente de leyes* (es decir de tipos penales aplicables) se desenvuelve en un plano en el que sólo entra en consideración una relación de tipos penales entre sí (por ejemplo: se trata de saber si el uso de documento falsificado (Código Penal español, art. 304), en una estafa (Código Penal español, art. 528; Código Penal argentino, art. 172) debe juzgarse sólo como estafa porque esta excluye al otro o si, por el contrario, es posible aplicar ambos tipos penales al mismo hecho; si el robo excluye la aplicación del hurto o si pueden aplicarse al *mismo hecho*, en razón de que la acción de robo realiza también todos los elementos del hurto.

El problema del *concurso de delitos* presupone, por el contrario que ya se ha resuelto la relación de los tipos *entre sí* y de lo que se trata es de saber si la acción se subsume bajo un tipo penal o bajo varios (concurso ideal) y además si el autor ha realizado *varias* acciones y varias lesiones de la ley penal (concurso real).

En otras palabras; si una acción se adecúa a más de un tipo penal (por ejemplo: la acción de robo con violencia en las personas produce también lesiones corporales: ¿debe aplicarse *sólo* la pena del robo o es posible también aplicar la de las lesiones?) o si el autor ha realizado *varias* acciones que *independientemente unas de otras* se adecúan a más de un tipo penal (por ejemplo: el autor mata al guardia y luego realiza las acciones de un robo). ¿Qué pena es aplicable? En el primer caso se habla de *concurrencia ideal*, mientras en el segundo se habla de *concurrencia real o material*.

Por tanto, mientras en los casos de concursos aparentes se discute sobre la relación de tipos *entre sí*, en los supuestos de concurso ideal o real se trata de la relación *entre varios tipos penales y una o varias acciones*.

La cuestión del concurso tiene una incidencia directa en la determinación del marco penal (es decir, para la determinación del máximo y mínimo de la pena) aplicable: la solución de un concurso aparente de leyes importa la exclusión de las penas que serían consecuencia de los tipos penales excluidos. A su vez la determinación de si una acción se adecúa a un tipo o a más de uno o si varias acciones realizan diversos tipos (o más de una vez el mismo) genera la cuestión de si es suficiente sanción la pena de un delito para una acción de múltiple adecuación o de si la pluralidad de acciones típicas debe sancionarse mediante la *acumulación* de las penas previstas para cada delito y, en este caso, hasta dónde puede alcanzar tal acumulación (¿es indefinida o tiene un límite?).

2. EL CONCURSO (APARENTE) DE LEYES PENALES

Como hemos visto habrá un concurso (aparente) de leyes penales cuando el contenido de ilícito de un hecho punible ya está contenido en otro y, por lo tanto, el autor ha cometido una lesión de la ley penal. Esta situación se da cuando entre los tipos penales que serían aplicables al caso concreto existe una relación de *especialidad*, o de *subsidiaridad*, o de *consunción*. La caracterización de las diferentes formas que pueden alcanzar las relaciones entre los tipos penales en el caso de concurso de leyes es considerada, lo mismo que la delimitación de uno y otro supuesto, como de "discutida y sin ninguna esperanza" (STRATENWERTH, 1177). La consecuencia práctica del concurso de leyes reside en que sólo es aplicable la pena del delito que desplaza a los otros y, además, en la determinación de esa pena *no* debe computarse otras violaciones de la ley. Esto último marca una diferencia fundamental con la consecuencia jurídica del concurso ideal en el que, como veremos (*infra* C), de acuerdo con el *principio de absorción* se aplica la pena del delito más grande, pero teniendo en cuenta que el autor *también* ha cometido otras violaciones de la ley penal (confr. SAMSON, *SK StGB*, § 52, 28. Otro punto de vista: JESCHECK, p. 604; probablemente de otra opinión: GIMBERNAT, *Introducción*, p. 153; RODRÍGUEZ DEVESA, P. G. p. 191; CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, n, p. 327).

No parece acertada, por lo tanto, la opinión prácticamente dominante en España que considera que el art. 68 del Código Penal se refiere a casos de concursos (aparentes) de leyes (confr. GIMBERNAT, *loe. cit.*; CÓRDOBA RODA, *loe. cit.*; RODRÍGUEZ DEVESA, *loe. cit.*; CÓRDOBA RODA, *loe. cit.*; RODRÍGUEZ DEVESA, *loe. cit.*). El art. 68 se refiere, en mi opinión, *sólo al concurso ideal*, ya que establece como criterio de decisión del concurso la aplicación del precepto que aplique mayor sanción. En nuestra caracterización de los concursos (aparentes) de leyes la mayor sanción no constituye un criterio adecuado de decisión, pues se trata de relaciones lógicas. La circunstancia, en cuya apreciación coinciden los autores antes citados, de que lo dispuesto en el art. 68 del Código Penal español no es adecuado para la solución de la relación de especialidad cuando se trata de la relación entre un tipo básico y otro privilegiado, demuestra, en realidad, antes que una laguna en la regulación, una total ajenidad de la materia del concurso de leyes en el objeto de regulación del art. 68. Esta ajenidad es clara porque el texto de esta disposición se refiere a las relaciones entre hechos y tipos penales que, como vimos, no es propia del concurso (aparente) de leyes ("Los *hechos* susceptibles de ser *calificados* con arreglo a dos o más preceptos...").

a) *Especialidad*

La opinión generalizada considera que la relación de especialidad es la que ofrece menos dificultades teóricas. Habrá relación de especialidad cuando un tipo penal tenga todos los elementos de otro pero, además, algún elemento que demuestra un fundamento especial de la punibilidad. En verdad, la realización del *tipo especial* no es sino una forma específica de lesión de la ley (del tipo) más general. Por ejemplo: el infanticidio (Código Penal argentino, art. 81, 2; Código Penal colombiano, art. 328; Código Penal español, art. 410; Código penal mexicano, art. 325; Código Penal venezolano, art. 413) es *especial* respecto del parricidio o, en su caso, del homicidio (Código Penal argentino, art. 80, 1; Código Penal colombiano, art. 324, 1; Código Penal español, art. 405; Código Penal mexicano, art. 323; Código Penal venezolano, art. 408, 3, a). La relación de especialidad se da en todos los casos en que los tipos guardan la relación de calificado o privilegiado con respecto al tipo básico. La determinación de si un delito representa una hipótesis especial del tipo básico o si, por el contrario, constituye a su vez un tipo autónomo, es decir otro tipo básico, puede ser discutida.

b) *Subsidiaridad*

Con referencia a la subsidiaridad ya no es posible establecer un único punto de vista en su fundamentación (confr. SAMSON, *SK StGB*, Vor § 52, 62 y ss.; STRATENWERTH, 1191). Se dará una relación de subsidiaridad cuando un tipo penal sólo sea aplicable en tanto no resulte aplicable otro. La

subsidiaridad puede ser *expresa* o *tácita*, según esté ordenada en la ley o deba ser deducida de esta interpretación.

Los casos de *subsidiaridad expresa* pueden ejemplificarse de la siguiente manera: en el Código Penal argentino, el delito 302 (cheque sin provisión de fondos) tiene carácter subsidiario respecto del delito del art. 172 (estafa); en el Código Penal español el último párrafo del art. 488 (confr. CÓRDOBA RODA, *loe. cit.*, p. 333); en el Código Penal colombiano, art. 370.

Los supuestos de *subsidiaridad tácita* deben deducirse por la vía interpretativa. Para ello es preciso tener en cuenta que la relación entre un tipo penal y otro debe ser de tal naturaleza que la realización de ambos mediante una *única acción* no debería dar lugar a la aplicación de las reglas del concurso ideal. Tal situación es de apreciar cuando uno de los tipos penales no implique sino una ampliación de la protección penal de un bien jurídico a estadios previos respecto de la lesión del mismo bien jurídico. Ello resultará claro, por ejemplo, entre la tenencia de instrumentos para la falsificación (Código Penal argentino, art. 299; Código Penal español, arts. 314 y ss.) y el delito de falsificación o entre los delitos de peligro y de resultado contra un mismo bien jurídico (por ejemplo, lesiones corporales menos graves son subsidiarias de las más graves). Este punto de vista sobre la subsidiaridad puede considerarse como un criterio *estrecho*, frente a otros más amplios (por ejemplo, confr. SCHÓNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB*, Vor §§ 52 y ss., 107; "la subsidiaridad puede derivarse del fin y la conexión de los preceptos. Significa, por tanto, que según la voluntad de la ley un tipo contiene en forma exclusiva la calificación del hecho").

La mayor o menor amplitud con que se considere la subsidiaridad tiene su contrapartida, por lo general, en la que se acuerde a la consunción (confr. por ejemplo, SCHMIDHÁUSER, 733).

c) *Consunción*

La relación de consunción se da cuando el contenido de lo ilícito y la culpabilidad de un delito está incluido en otro (confr. SAMSON, *loe. cit.* p. 71; JESCHECK, p. 602). En otras palabras, se dará una relación de consunción cuando "la realización de un tipo (más grave) por lo menos, por regla general, incluye la realización de otro (menos grave)". (STRATENWERTH, p. 1187). La relación no es de naturaleza solamente lógica.

Aunque pueda considerarse que en la definición de la consunción existe, en principio, acuerdo, no lo hay respecto de los casos que corresponde tratar en esta categoría. Mientras unos autores incluyen dentro de la consunción los *hechos posteriores copenados* (confr. JESCHECK, p. 602; SAMSON, *loe. cit.* pp. 72 y ss.), otros los tratan en forma independiente (confr. STRATENWERTH, núm. 1195).

Puede constatarse un acuerdo en los casos en que se trata de "*hechos acompañantes característicos*" (confr. JESCHECK, p. 603; SAMSON, *loe. cit.*, p. 76; SCHMIDHÁUSER, pp. 734 y ss.). Ejemplo de estos casos son el uso

ilegítimo de automotor (Código Penal español, art. 516 bis) y el hurto de combustible que se consume en la realización de la acción de uso ilegítimo; el aborto y las lesiones que con él se causan (STRATENWERTH, núm. 1188).

Este supuesto es la materia regulada por el Código Penal español, art. 71, cuando se refiere a "un sólo hecho que constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea *medio necesario para cometer otro*". La teoría española considera mayoritariamente este hecho como un caso de concurso *real*, cuya consecuencia jurídica "resulta altamente discutible" (CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, n, p. 316). Precisamente lo discutible de esta disposición, que de ser un caso de concurso real importaría una excepción injustificada político-criminalmente de la regla general de esta especie de concursos contenida en el Código Penal español, art. 69 requiere verificar que, en realidad, se refiera a casos de *consunción*, es decir, de concurrencia aparente de leyes. En efecto, si el art. 71 se refiere a un supuesto de concurso real carecería de toda justificación, pues la comisión de un delito *para* cometer otro no merece la atenuación de consecuencias que prevé este artículo. Además, en su primera parte ("un sólo hecho que constituya dos o más delitos") sería una simple repetición de lo que ya establece el art. 68, lo que carecería totalmente de explicación. La manera de resolver esta situación consiste en aplicar el art. 71 exclusivamente en los casos de consunción, sea que se trate de "*un sólo hecho*" (por ejemplo, lesiones causadas a otros) que revista diversas gravedades (por ejemplo, el Código Penal español, art. 420 contiene un solo hecho: dañar a otro en la salud o en su integridad corporal en que sus formas más graves absorben a las menos graves del art. 422), o "cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro" (por ejemplo, en el aborto de los arts. 411 y ss. y las lesiones que se producen para causarlo; las lesiones consecuencia de la violencia en el robo y el robo; las coacciones implícitas en la intimidación en el robo).

Contra esta interpretación podría alegarse que el Código Penal español, art. 71 establece la aplicación de la pena del delito más grave en su grado máximo, con lo que sería inconsecuente con la idea fundamental del concurso de leyes. Esta inconsecuencia, sin duda, existe. La manera de subsanarla no es, sin embargo, la de aceptar la postura dominante, sino la de excluir la aplicación del grado máximo porque no puede cargarse al autor como fundamento de la pena una circunstancia que le es totalmente ajena: la concurrencia *aparente* de leyes.

d) *Los actos posteriores copenados*

Los actos posteriores copenados son los que constituyen la realización de un nuevo tipo penal cuyo contenido es el aseguramiento o la utilización de la cosa adquirida delictivamente (confr. JESCHECK, p. 602; SAMSON, *loc. cit.* p. 74; STRATENWERTH, núms. 1195 y ss.). Genéricamente puede sintetizarse la idea fundamental de este supuesto de la siguiente manera: son casos en los que la interpretación permite afirmar que la relación existente entre la realización del delito principal y el posterior constituyen una unidad tal

que la ley los considera como una unidad alcanzada por la pena del primero (confr. SCHÓNKESCHRÖDER-STREE, *StGB*, Vorbem. §§ 52 y ss., p. 112).

El tratamiento de estos hechos fuera de los supuestos de consunción se basa en que "los delitos de aseguramiento y utilización retroceden ante el delito cometido para la adquisición de la cosa, que es el propio centro de gravedad del ataque criminal, en tanto no ocasionen al afectado un nuevo daño o no se dirijan contra un nuevo bien jurídico" (STRATENWERTH, núm. 1195).

Ejemplos de hechos posteriores copenados es el uso del documento por quien lo ha falsificado (RODRÍGUEZ DEVESA, p. 190). Por el contrario no serían hechos posteriores copenados la destrucción de la cosa (delito de daño) o la venta posterior de la cosa hurtada engañando a un tercero sobre la propiedad de la misma.

Desde el punto de vista terminológico hay quienes designan estos supuestos como "actos posteriores impunes" (RODRÍGUEZ DEVESA, p. 190; STRATENWERTH, núm. 1195 que utiliza a la vez la terminología que hemos empleado aquí). La cuestión no va más allá de lo terminológico.

3. EL CONCURSO DE DELITOS

La legislación y la teoría distinguen entre los casos en que *una acción* realiza más de un tipo penal y los de *varias acciones* que realizan más de un tipo penal o más de una vez el mismo tipo penal. La unidad de acción con pluralidad de lesiones de la ley penal se denomina *concurso ideal* de delitos. La pluralidad de acciones con pluralidad de lesiones de la ley penal (lesión de una o de varias leyes) recibe el nombre de *concurso real o material*.

Las consecuencias jurídicas de ambas formas de concursos se determinan por distintos principios. En los casos de unidad de acción con pluralidad de lesiones (concurso ideal) las leyes suelen aplicar el *principio de absorción*, según el cual debe aplicarse la pena del delito más grave, contemplando en la individualización la pluralidad de lesiones (así el Código Penal argentino, art. 52; Código Penal español, art. 68; en forma poco clara el Código Penal mexicano, arts. 19 y 64; Código Penal venezolano, art. 98). La pluralidad de acciones con pluralidad de lesiones (concurso real) se rige, en general, por el *principio acumulativo*, que establece la aplicación de *penas independientes para cada delito* y la acumulación de las mismas (Código Penal español, art. 69 con el límite previsto en el art. 70, 2), o bien por el *principio de la combinación* (llamado a veces de *acumulación jurídica*), que toma como mínimo de la pena el mínimo mayor, y como máximo la suma de los máximos hasta el máximo correspondiente a la especie de pena de que se trate (Código Penal argentino, art. 55; Código Penal venezolano con diferentes modos de combinación según las penas amenazadas, arts. 86 y ss.). El principio de la combinación sólo aplica *una pena* (a diferencia del de acumulación) dentro del marco penal resultante de la combinación de las penas previstas para los

delitos independientemente. Este principio requiere una regla especial para los casos en que concurrieren realmente delitos amenazados con penas de distinta especie (por ejemplo, privación de libertad y multa). En este caso se aplica el principio de la absorción transformando las penas menos graves (por ejemplo, la multa) en una agravación de la pena más grave (por ejemplo, privación de libertad) *dentro del marco penal previsto* para el delito más grave (así el Código Penal argentino, art. 56; Código Penal venezolano, art. 93).

El Código Penal colombiano ha unificado el tratamiento de las dos formas de concurso (arts. 26/28). Tanto para el concurso ideal como para el real prevé el *principio de la combinación* (ver REYES ECHANDÍA, pp. 419 y ss.). Es posible que el legislador colombiano se haya orientado por el Proyecto de Código Penal argentino de 1960 (art. 81) en el que se recogió el punto de vista de SEBASTIÁN SOLER (críticamente al respecto: NÚÑEZ, *Manual*, p. 311, nota 10). La unificación de ambas formas de concurso de delitos no elimina problemas y en general no es recomendable.

El tratamiento del tema de las formas de concurso requiere previamente definir los criterios sobre la unidad y pluralidad de acciones.

a) *Unidad de acción*

aa) La cuestión de la unidad de acción no es problemática cuando el autor con *una* decisión de acción realiza *un* único movimiento corporal que resulta típico; ejemplo: el autor decide matar a otro y lo hace disparando un arma de fuego (*unidad de acción en sentido natural*, que no debe confundirse con la "unidad natural de acción", ver *infra* bb).

bb) Por el contrario, resulta problemático establecer cuándo una pluralidad de actos que pueden responder a varias decisiones de acción constituyen una unidad de acción, es decir, un objeto único de valoración jurídico penal.

Parte de la teoría ha sostenido el concepto de la *unidad natural de acción* (confr. OTTO, *Grundkurs*, p. 274; SCHMIDHÄUSER, p. 724). De acuerdo con este habrá una única acción cuando el hecho se presenta objetivamente como plural pero desde un punto de vista valorativo resulta ser una única acción *a los ojos del autor* (OTTO, *loe. cit.*). En un sentido semejante —pero objetivamente orientado— se estima que habrá una unidad natural de acción "cuando se dé una conexión temporal y espacial estrecha de una serie de acciones u omisiones que fundamenten una vinculación de significado de tal naturaleza que también para la valoración jurídica sólo pueda aceptarse un único hecho punible, y esto aunque cada acto individualmente considerado realice por sí sólo el tipo de ilicitud y fundamento ya de esta manera el hecho punible" (SCHMIDHÄUSER, *loe. cit.*). La aplicación de este punto de vista permite sostener que el que produce a otro lesiones dándole una paliza comete *un hecho* de lesiones aunque haya ejecutado varios movimientos y producido diversas lesiones, lo mismo que el que se apodera de los distintos frutos de un árbol ajeno sólo comete un hurto.

El criterio de la "unidad natural de acción" es considerado poco preciso por gran parte de la teoría (confr. JESCHECK, p. 579; SAMSON, *SK StGB*, Vor § 52, pp. 18 y ss.; STRATENWERTH, núm. 1217; STREE, en SCHÖNKESCHRÖDER, *StGB*, Vorbem. §§ 52 y ss., p. 22) y, por lo tanto, inadecuado para los fines que debe alcanzar. Sus defensores estiman que no es posible alcanzar un mayor grado de precisión (SCHMIDHÄUSER, p. 725).

El punto de vista alternativo no ofrece mayores seguridades. Según este la unidad de acción será producto *del tipo* penal: "*unidad típica de acción*", o "*unidad jurídica de acción*". Una unidad de este tipo se dará cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica por el tipo penal (confr. STRATENWERTH, núm.. 1210; SAMSON, *loe. cit.* pp. 22 y ss.; STREE, *loe. cit.*, pp. 12 y ss.; JESCHECK, p. 580). La unidad típica de acción se percibe en diversos supuestos:

En los *delitos compuestos de varios actos* o en delitos que reúnen más de un delito autónomo; por ejemplo, la violación y las coacciones (Código Penal argentino, arts. 149 bis y 119, 3; Código Penal español, arts. 429, 1 y 496). No deben confundirse con estos casos el llamado "*delito complejo*" de la legislación española (Código Penal español, art. 501). Esta figura sumamente dudosa en lo que respecta a sus fundamentos teóricos representan en realidad una regla excepcional para casos de *pluralidad* de acciones (ver *infra* b).

También se aprecia unidad típica de acción en los supuestos que el sentido del tipo penal alcanza *en forma global* una pluralidad de actos. Por ejemplo: "el que ejecutare *actos* directamente encaminados a sustituir por otro el Gobierno de la Nación...", Código Penal español, art. 163; "ejecutar o mandar ejecutar *actos* de autoridad de un país extranjero en el territorio de la República", Código Penal argentino, art. 228. Esta unidad típica de acción puede surgir directamente del texto legal o de la interpretación del mismo (confr. STREE, *loe. cit.*, pp. 16 y 17).

En todo caso se requiere "una cierta continuidad y una vinculación interna de los distintos actos entre sí: si los actos responden a una nueva decisión y carecen de vinculación interna respecto de las acciones típicas anteriores no habrá unidad de acción" (STREE, *loe. cit.*, p. 19). Sin embargo esta cierta vinculación interna no debe entenderse como la exigencia de un "*dolo general*", mediante el cual el autor deba haber querido ya *inicialmente* la pluralidad de actos (confr. SAMSON, *loe. cit.*, p. 30, que considera suficiente con la "unidad de la situación de motivación").

La unidad típica de acción resulta clara en los *delitos permanentes* (por ejemplo: privación ilegal de libertad).

ce) *La unidad de acción en el "delito continuado"*. Fundamentalmente razones prácticas han dado lugar a la construcción del delito continuado. Con él se quiere evitar la investigación del momento y la extensión de los hechos individuales (confr. OTTO, *Grundkurs*, p. 274; STREE, *loe. cit.*, p. 31; STRATENWERTH, núm. 1219).

En la conexión de continuidad se admite la existencia de una acción aunque no exista entre las acciones individuales una unidad en sentido natural (*supra*, a)

o jurídica (*supra*, b, bb) (confr. SAMSON, *loe. cit.*, p. 33; OTTO, *loe. cit.*,; STREE, *loe. cit.*, p. 31 estima que es un caso de unidad jurídica).

La construcción del delito continuado impide en la práctica la aplicación de las consecuencias previstas para el concurso real (Código Penal argentino, art. 55; Código Penal español, art. 69). En el Código Penal colombiano, esta construcción dejaría de tener sentido en razón de la unificación de las consecuencias jurídicas del concurso ideal y real (confr. REYES ECHANDÍA, p. 216).

La admisibilidad político-criminal de esta figura está seriamente en duda (confr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios H*, p. 325; SAMSON, *loe. cit.*, p. 33; SCHMIDHÁUSER, pp. 728 y ss.; STRATENWERTH, núm. 1236). El problema fundamental, desde este punto de vista, consiste en que dogmáticamente se "unifican" una serie de hechos que cumplen con todos los presupuestos de hechos punibles individuales.

1. Requisitos objetivos de la unidad de acción por continuación. Los requisitos objetivos y los subjetivos del delito continuado son producto de una elaboración dogmática que carece de todo apoyo en la ley. Ello determina una gran inseguridad en la determinación de los mismos. Parte de la teoría se limita a establecer *sólo* requisitos subjetivos (por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, pp. 809 y ss.). Sin embargo, predominan los criterios objetivo-subjetivos.

Los hechos individuales deben haber realizado el *mismo tipo básico* y haber lesionado el *mismo bien jurídico*. Al requerirse *identidad de tipo básico* se permite que las reglas del delito continuado sean aplicables aunque los hechos individuales puedan diferenciarse entre sí por la concurrencia de alguna circunstancia agravante o atenuante (en lo que no tiene importancia alguna, con referencia al Código español y al colombiano, que se trate de agravantes o atenuantes genéricas o no, es decir, legisladas en la parte general de la ley penal o en los tipos concretos). Este punto de vista encuentra, sin embargo, un límite: la realización del tipo debe atentar en todos los casos contra el *mismo bien jurídico*. Por lo tanto queda excluida la continuación entre hurto y robo con violencia o con intimidación en las personas (Código Penal argentino, arts. 162 y 164, 2; Código Penal colombiano, arts. 349 y 350, 1; Código Penal español, arts. 514 y 500), ya que a pesar de tratarse del mismo tipo básico, en el robo no se atenta sólo contra la propiedad. Por el contrario, *no afecta la continuación* el que alguno o algunos de los delitos individualmente considerados no hayan superado el estadio de la tentativa.

La cuestión de la unidad del tipo básico no dejará de ofrecer problemas en algunos casos, como cuando se trata del hurto y la apropiación indebida o abuso de confianza (Código Penal argentino, art. 173, 2; Código Penal colombiano, art. 358; Código Penal español, art. 535). Aquí es preciso una definición de los tipos en cuestión y la determinación de su igualdad o no. Se admite en teoría que es posible la continuación entre delitos de lesiones de diferente gravedad (confr. STREE, *loe. cit.*, p. 38; SAMSON, *loe. cit.*, p. 36).

En lo que toca a la igualdad del bien jurídico se distingue entre *bienes jurídicos altamente personales* y aquellos que no lo son. Si se trata de bienes

jurídicos altamente personales sólo podrá admitirse continuación cuando se lesione al mismo titular, es decir, si se da *igualdad de sujeto pasivo* (El Tribunal Supremo español ha exigido, en ocasiones, la igualdad de sujeto pasivo con carácter general: TS.: 19-1-40; 10-2-60; 15-2-61; 22-5-62; 24-4-63; 24-11-69; 14-12-72; 18-10-74; 12-11-75; 3-12-75. Sin embargo, también en forma general, se ha aceptado que la teoría del delito continuado puede aplicarse aunque falte algún requisito por fines de justicia o defensa social: TS.: 22-3-66; 5-4-67; 16-4-70; 11-11-71; 17-3-72; 1-2-73). De esta manera debería excluirse la continuidad de los casos de lesiones a varias personas, de robo con violencia a distintas personas, etc. Este criterio no ha dejado de suscitar opiniones contrarias (SAMSON, *loe. cit.*, p. 36; STRATENWERTH, núm. 1223; STREE, *loe. cit.*, p. 44) que no encuentran fundamento alguno en la exclusión de la continuidad en razón de la calidad especial del bien jurídico. Sin embargo, es preferible la posición restrictiva porque limita los efectos de una teoría que, como hemos visto, resulta difícilmente legítima.

Además es preciso que los diversos hechos tengan una *cierta similitud exterior*. Es posible, por lo tanto, que entre los distintos hechos haya diferentes modalidades, mientras por lo menos haya una cierta *cercanía temporal y especial* (confr. STREE, *loe. cit.*, p. 41; SAMSON, *loe. cit.*, p. 39). Mucho más estrecho es el criterio del Tribunal Supremo español que ha requerido "*identidad de objeto material y de medios delictivos*" (ts. 19-1-40), aunque luego admita la continuidad a pesar de que no se dé en el caso unidad de lugar y tiempo (TS. 20-2-76) o que pueda faltar la unidad de sujeto pasivo (TS.: 12-2-69; 5-4-74; 10-6-75). La relativización de las exigencias objetivas que con frecuencia se percibe en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español tiene su origen en la acentuación que dispensa al elemento subjetivo, con lo que, en la práctica, el delito continuado dependerá esencialmente de lo que haya pensado el autor.

A pesar de la importancia que el Tribunal Supremo español acuerda al dolo del delito continuado en reiteradas oportunidades ha exigido un elemento subjetivo de dudosa fundamentación: la circunstancia de que *las acciones cometidas no estén perfectamente individualizadas* (TS. 23-2-46; 23-5-55; 15-11-61; 15-1-62; 9-10-63; 16-11-68; 29-5-71). Si las acciones no están perfectamente individualizadas es porque no se las habrá probado y, por lo tanto, no pueden ser objeto de un juicio jurídico (confr. críticamente RODRÍGUEZ DEVESA, pp. 813 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Comentarios, u.* p. 325).

2. Requisitos subjetivos de la unidad de acción por continuación. Se discute qué grado de representación debe haber tenido el autor respecto de la continuación, es decir, qué intensidad adicional debe haber tenido el dolo de cada hecho particular.

Por un lado se exige un *dolo total o general* que abarque todos los hechos, es decir "el resultado total del hecho en sus rasgos esenciales, en lo referente al lugar, el tiempo, persona lesionada y forma de comisión, de tal manera que los actos individuales se expliquen sólo como una realización sucesiva del todo querido unitariamente" (JESCHECK, pp. 583 y ss.).

Por otra parte sólo se requiere un *dolo de continuación*, según el cual cada acto parcial sea una continuación de la "misma línea psíquica" del dolo anterior (confr. SAMSON, *loe. cit.*, p. 43; STREE, *loe. cit.*, p. 52; OTTO, p. 275; STRATENWERTH, núm. 1231). La opinión dominante se inclina por este último criterio.

En general se rechaza la posibilidad de un *delito culposo continuado*, ya que un "dolo de continuación" no podría fundamentarse en un hecho de esta naturaleza. También se rechaza la *continuación entre hechos dolosos y culposos*.

3. Las consecuencias jurídicas del delito continuado. La teoría y la práctica distinguen entre las consecuencias jurídicas de carácter *material* y las de carácter *procesal*.

Con respecto a las primeras el delito continuado se sanciona con una pena como un *sólo* hecho. La cuestión será problemática cuando algunos hechos sean agravados, otros atenuados, algunos hayan quedado en tentativa y otros realicen lisa y llanamente el tipo básico. En supuestos similares a éste se discutirá qué marco penal es el aplicable: ¿el del delito tentado?, ¿el del delito consumado?, ¿debe considerarse la agravante de alguno de los hechos o no?, ¿debe considerarse la atenuante o no? La opinión dominante reconoce aquí una de las más dificultosas cuestiones que plantea el delito continuado (confr. SAMSON, *loe. cit.*; STREE, *loe. cit.*; STRATENWERTH, núm. 1234). La solución más adecuada es la que toma como marco penal para la determinación de la pena, aquella que corresponda al hecho individual más grave.

dd) *La unidad de acción en el llamado "delito masa"*. El Tribunal Supremo español ha considerado que existe una única acción de estafa o de defraudación cuando la acción del autor se dirige a sujetos indeterminados (TS.: 2-10-54; 17-12-56; 3-2-58; 21-6-65; 22-3-66; 12-2-69; 6-2-70; 31-5-74 entre otras). De esta manera el Tribunal Supremo, renunciando a la unidad de sujeto pasivo que en ocasiones requirió para el concurso ideal, evitaba aplicar la regla segunda del art. 70 CP, que limita la suma aritmética de las penas correspondientes a cada delito (en el concurso real) al triplo del tiempo correspondiente a la más grave. Esta construcción se denomina "*delito masa*".

La cuestión tenía especial interés práctico en los delitos en los que el Código Penal español determinaba penas dependientes de la cuantía (sustancialmente la estafa y la apropiación indebida hasta la reforma de la LO 8/83, de 25 de junio). Considerando que la identidad del sujeto pasivo era una condición esencial del delito continuado, el Tribunal Supremo se hubiera visto obligado a aplicar aquí las reglas del concurso real y estaría limitado, por lo tanto, por la 2ª regla del art. 70. De esa forma, la comisión de múltiples estafas dirigidas a sujetos indeterminados sólo sería sancionable con la pena correspondiente al triplo y no con la pena correspondiente al daño total, es decir la suma de los daños causados a todos los damnificados.

La LO 8/83, de 25 de junio de 1983 ha resuelto la cuestión de la falta de base legal, de la que adolecía la construcción del Tribunal Supremo, con

la incorporación del art. 69 bis que dice: "...Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas". La significación práctica de esta disposición será sin duda reducida en la medida en que en la estafa, la apropiación indebida, el robo y el hurto ya no dependen de la cuantía del daño o sólo dependen de una cuantía mínima, según lo dispuso la misma ley.

La nueva situación legal, sin embargo, no resuelve el problema principal que aquí subyace: el hecho de que en la gran mayoría de las hipótesis se trata de concursos reales y en los que, por lo tanto, fundamentar una unidad de acción con base en otra construcción dudosa (la del delito continuado), es extremadamente dudosa.

ee) *La nueva regulación del delito continuado en el art. 69 bis del Código Penal español.* La LO 8/83, de 25 de junio ha introducido en el Código español el art. 69 bis que regula positivamente el delito continuado. Según esta disposición la unidad por continuación depende de se trate de la "ejecución de un plan preconcebido" o del aprovechamiento de "idéntica ocasión", de la realización de varias acciones y omisiones" que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales".

El segundo párrafo del art. 69 bis excluye de lo dispuesto en su primera parte a los hechos que ofendan bienes jurídicos eminentemente personales, salvo que se trate de delitos contra el honor y la honestidad.

La regulación no puede considerarse afortunada. Ante todo por que el legislador no ha reparado que la ejecución de un plan preconcebido, sin más, no tiene por qué eliminar la pluralidad de acciones. Piénsese, por ejemplo, en el que planea dos distintos robos a diversos bancos. Por otra parte es dudoso saber qué ha querido expresar el legislador cuando dispone que, si se trata de hechos que constituyen infracciones contra el honor y la honestidad, habrá que atender a "la naturaleza del hecho y del precepto (?) infringido para aplicar o no la continuidad delictiva". Con esta regla lo único que se consigue es rebajar la importancia de bienes jurídicos como el honor y la honestidad abriendo la posibilidad de que se los trate como si no fueran eminentemente personales. Cuándo el honor y la honestidad merecerán esta degradación es una cuestión no aclarada por el legislador y, por lo tanto, la única consecuencia previsible de este precepto es una considerable inseguridad jurídica.

b) *El concurso ideal*

aa) *Unidad de acción y pluralidad de encuadramientos típicos.* El concurso ideal requiere dos elementos: unidad de acción y lesión de varias leyes

penales (realización simultánea de varios tipos penales). La unidad de acción es un presupuesto del concurso ideal, pero no es suficiente. La acción única debe haber realizado dos o más tipos penales. Es decir que queda excluido el concurso ideal cuando se ha realizado un tipo que excluye a otros por especialidad, consunción, etc. (casos de concurso aparente de leyes). La realización de dos o más tipos penales presupone que estos no se excluyen entre sí. Puede darse concurso ideal en el caso de *varios delitos de omisión*. Por el contrario, la opinión dominante excluye un concurso ideal entre *delitos de comisión y de omisión*.

bb) *La consecuencia jurídica del concurso ideal*. La comprobación de un concurso ideal determina que sólo deba aplicarse *una pena* que debe extraerse de la amenaza penal más grave.

El Código Penal argentino (art. 54) y el Código Penal español (art. 68) coinciden totalmente en este criterio. Las disposiciones de ambos códigos dejan sin respuesta el problema que se daría cuando el delito que tiene la pena máxima *más* grave, tiene a la vez una pena mínima *menos* grave que el otro delito. En este supuesto debe tenerse en cuenta que la pluralidad de lesiones no puede tener un efecto beneficiante del autor y, por lo tanto, debe asignarse al mínimo más alto una *función de clausura*, según la cual el autor no puede ser sancionado a una pena menos grave que la que le hubiera correspondido si hubiere violado sólo una ley penal (la del mínimo más alto).

Desde el punto de vista *procesal* la sentencia que aplica las reglas del concurso ideal tiene efecto de *cosa juzgada* para todas las violaciones de la ley penal que concurren idealmente.

La unidad de acción no se satisface con la identidad del tipo subjetivo; se requiere *coincidencia del tipo objetivo* (confr. SAMSON, *loe. cit.*, § 52, p. 7; STREE, *loe. cit.*, § 52, p. 6).

c) *El concurso real*

La existencia de un concurso real presupone, en primer lugar, la existencia de una pluralidad de acciones. La comprobación de esta pluralidad tiene lugar en forma negativa: habrá pluralidad de acciones si se descarta la unidad de acción (confr. STRATENWERTH, núm. 1257).

En segundo lugar se requiere una pluralidad de lesiones de la ley penal, lo que —como en el concurso ideal— presupone que los tipos penales realizados son también independientes.

El problema principal que ofrece el concurso real es la determinación de la pena aplicable.

El Código Penal argentino (art. 55) se estructura sobre la base *del principio de la combinación*: de acuerdo con este el máximo de la pena estará dado por la acumulación de los máximos previstos para cada delito. "Sin embargo —establece el art. 55— esta suma no podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate". Es decir, que si se trata de una pena privativa

de la libertad temporal no podrá superar los 25 años de duración. El mínimo de la pena será el mínimo mayor de los distintos marcos penales (o, en la terminología corriente en Argentina, de las distintas "escalas" penales).

En *España* el Código Penal establece en el art. 69 el *principio de la acumulación*, y el art. 70, 2ª regla el límite que la acumulación de las diversas penas puede alcanzar. El límite será el triplo de la más grave de las penas en que se haya incurrido (confr. sobre la acumulación en el Código Penal español en detalle, CÓRDOBA RODA, *Comentarios*, n, pp. 336 y ss.) y no puede exceder de 30 años.

4. CONCURRENCIA Y "DELITO COMPLEJO" EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Un caso especial de regulación de la concurrencia y que, por regla, constituirá un concurso real (aunque no siempre), es el del llamado *delito complejo* en la teoría y en la jurisprudencia española. El art. 501 del Código Penal español contiene *unapena única* para el delito de robo con violencia o intimidación y su concurrencia con el homicidio doloso, con algunas de las diferentes formas de lesiones, con la violación y con el homicidio culposo (según el texto modificado por la ley 8/83 de 25 de junio). Dejando de lado las dificultades dogmáticas innecesarias que este precepto genera, cabe sin embargo una reflexión en torno a su significación en la teoría del concurso de delitos. En principio pareciera que el Código unifica aquí toda forma de concurso, pues en ciertos casos su texto sugiere una unidad de acción (especialmente en el caso del homicidio doloso o culposo, números 1 y 4, en los que utiliza la expresión "*causar*"), mientras que en los restantes sugiere en primera instancia precisamente lo contrario, es decir, pluralidad de acciones (especialmente en lo que se refiere a la concurrencia del robo con la violación, difícilmente imaginable en unidad de acción con el apoderamiento de cosas muebles, así como en las lesiones, donde el legislador al recurrir al verbo "*acompañar*" permite suponer que se refiere *también* a acciones independientes).

La regla referente a la concurrencia del robo y el homicidio doloso (art. 501, 1) determina una pena *superior* a la que resultaría de aplicar los arts. 68 o 69, según el caso. Idéntico efecto tiene la regla referida al robo y la violación y la que tiene por objeto la concurrencia de lesiones y robo (art. 501, núms. 1, 2 y 3). Por el contrario, a la concurrencia de las lesiones del núm. 3 del art. 420 se le prescribe una pena que no supera la que resultaría de aplicar el art. 69, mientras que se aumenta la que resultaría de este último precepto en el caso en que el robo concurriera con las lesiones del núm. 4 del art. 420 (art. 501, 4). Asimismo, es difícil explicar por qué razón el homicidio culposo producto del robo y la concurrencia del robo con torturas (que necesariamente debería estar ya considerada en los diversos tipos de lesiones) merecen la misma pena (art. 501, 4). La concurrencia del robo con la privación ilegal de libertad ("se toman rehenes", art. 501, 4), que por lo general

concurrirá en forma real con el robo resulta inexplicablemente *privilegiada* con la aplicación del art. 501, 4 con respecto a la pena que prescribe el art. 69.

Las amenazas penales del art. 501 del Código Penal español carecen ante todo de una fundamentación adecuada en lo que se refiere al aumento de la pena por encima de lo que corresponde al concurso real (y en su caso, al ideal) según las reglas generales. Al no haber razones que justifique un tratamiento especial del concurso del robo con otros delitos, el llamado delito complejo constituye una figura que sólo perturba el sistema del concurso de delitos. Una manera de reducir esta perturbación sería la de limitar su aplicación a los casos de concurso real (es decir, de pluralidad de acciones). Las reglas del concurso ideal, entonces, desplazarían a las del art. 501 en razón del principio por el cual una norma especial deroga a la general, y limitándose el art. 501 al concurso real, las reglas del concurso ideal tendrían carácter especial con respecto a él.

Este punto de vista no podría salvar, de todos modos, la contradicción derivada de que la concurrencia del robo con las lesiones del art. 420, 3 recibe en el art. 501, 4 un tratamiento distinto que el concurso con las restantes lesiones, ni tampoco la inconsecuencia de equiparar las torturas —cualquiera sea su resultado, y sean dolosas o culposas— al homicidio culposo. Totalmente inexplicable e insalvable es la contradicción que presenta el núm. 4 del art. 501 al establecer que la pena del robo en concurrencia (incluso real!) con la privación ilegal de libertad (arts. 480 y ss.) debe juzgarse en todos los casos según las reglas más beneficiosas del concurso ideal (art. 68). Aquí deberían ser las reglas del concurso real (art. 69) las que desplazaran a las del art. 501, 4.

Legislativamente sería aconsejable suprimir la figura del "delito complejo".

ÍNDICE DE MATERIAS

—A—

Aberratio ictus: **111.**

Acción

- antijurídica: 88, 217;
- (concepto de): 91-92;
- extensión: 92;
- función: 91;
- (derecho penal de): 5, 83;
- (dominio de la): 188;
- en el estado de necesidad: 128-130;
- En los delitos de peligro: 102;
- (exclusión de la): 93;
 - causales: 92-93;
- (objeto de la): 94;
- (teoría de la): 48, 91;
 - finalista: 91, 93, 150;
- (unidad de): 244, 250;
 - en el delito continuado: 245, 249;
 - natural: 244-245;
 - jurídica: 245;
- y omisión: 224-225;
- y resultado (relación entre): 94.

A dio libera in causa: 161;

- (culpa en la): 162;
- (dolo en la): 161-162.

Analogía

e interpretación

- extensiva: 35, 37;
- teleológica: 36;
- in bonam partem*: 35;
- in malam partem*: 35;
- (prohibición de la): 35-37.

Animus auctoris

- en las teorías del dolo: 183;
- en las teorías del interés: 183.

Antijuricidad: 79, 88-89, 152, 234;

- (causales de exclusión de la). Véase: *Causas de Justificación*;
- (conexión de): 216;
- (dolo y conciencia de la): 104;
- en delito culposo: 217-219;
- en delitos de omisión: 234;
- en tipos abiertos: 117;
- (indicio de): 117;
- (objeto de la): 117;**

- (presupuesto de la): 89;
- y tipicidad: 80, 81.

Atribuibilidad

- (categoría dogmática de la)
 - contenido: 140-141;
 - fundamento: 140;
 - justificación: 138-140;
- del delito culposo: 219;
- en delito de omisión: 235;
- (exclusión de la)
 - efectos: **141**;
 - error en las circunstancias objetivas de las causales: 146-147;
 - por amenazas: 143;
 - por coacción: 143;
 - por estado de necesidad: 142-143;
 - por exceso en las causales de justificación: 146;
 - por miedo insuperable: 143, 144;
- y accesoriadad de la participación: 202.

Autor

- (circunstancias personales vinculadas al): 204;
- (concepto de)
 - extensivo: 184-185;
 - unificado: 179;
- (cualificación del): 87;
 - como criterio de clasificación de los tipos penales: 86;
- (culpabilidad de): 148;**
- (derecho penal de): 5, 7, 10-11, 83;
- (dominio del hecho por el): 185-186;
- (elementos subjetivos del): 114-115;
 - y elementos del ánimo: 115;
- en el delito de comisión: 91;
- inidóneo: 171;
- mediato: 189;
- véase también: *Autoría*.

Autoría: 177;

- de apoyo: 179;
- de inducción: 179;
- del delito de omisión: 235;
- (elementos de la)
 - especiales: 186-189;
 - generales: 185-186;
- en delitos especiales

Autoría (Cont.)

- de propia mano: 187, 196;
- especiales: 186-187, 193-194;
- mediata: 181, 189;
- (característica de la): 191;
- del inimputable: 193;
- de quien obra coaccionado: 192;
- de quien obra de acuerdo a derecho: 195-196;
- de quien obra dentro de un aparato de poder: 196;
- de quien obra en error de prohibición: 193;
- de quien obra sin dolo: 191-192;
- (elementos de la): 191;
- (origen de la): 190;
- (reparo constitucional a la): 190-191;
- (teorías sobre la). Véase: *Teoría (autoría en la)*;
- Véase también: *Autor*.

—B—

Bien (es)

- (estado de necesidad por colisión de): 128-130, 131;
- jurídico (s): 9;
- (lesión de): 9;
- (protección de): 4-5, 10;
- (teoría del): 10;
- (principio de la ponderación de): 128-129.

—C—

Capacidad

- de culpabilidad: 89;
- de motivación: 144, 145, 151, 153, 156;
- (concepto de): 157;
- (causas de exclusión de la). Véase: *Causas de exclusión de la capacidad de motivación*;
- (determinación según la): 161;
- disminuida: 162;
- (momento de la): 161.

Causa (s)

- de exclusión de la capacidad de motivación minoridad: 157;
- enfermedad mental: 158;
- insuficiencia en el desarrollo mental: 160;
- perturbación de la conciencia: 160;
- de inculpabilidad: 138, 141;
- de justificación: 89, 117-118, 122;
- (adecuación social como): 116;
- (características de las): 118;
- (condiciones de las): 122;
- (consentimiento del ofendido como): 131-134;
- (cumplimiento de un deber como): 131;

(defensa necesaria como). Véase: *Defensa necesaria*;

- (efectos de las): 121-122;
- (ejercicio de un derecho como): 131;
- (elementos de las): 120-121, 135-136;
- (error sobre las circunstancias de las): 136-138;
- (estado de necesidad como). Véase: *Estado de necesidad*;
- (exceso en el ejercicio de): 146;
- (identificación de las): 118-119;
- (obediencia debida como): 134-135;
- (principios de las): 119-120;
- (teoría monista de las): 119;
- (teoría pluralista de las): 119.

Causalidad: 94-95;

- (aceleración de la): 100;
- (error sobre la): 109;
- hipotética: 100;
- (límites a la): 95;
- (teorías de la): 95;
- adecuada: 97-98;
- de la equivalencia de las condiciones: 95-97;
- natural: 97.

Circunstancias

- agravantes
 - (conocimiento de las): 108;
 - genéricas: 87-88;
- atenuantes genéricas: 88;
- personales
 - (extensión a los partícipes de las): 203-207;
 - vinculadas al hecho: 204;
 - vinculadas al autor: 204.

Coautoría: 196-197;

- (aporte objetivo en la): 198;
- (codominio del hecho en la): 197-198;
- (elementos de la): 197;
- sucesiva: 199;
- y complicidad: 199.

Complicidad: 202, 210;

- necesaria: 210;
- (características de la): 210-211;
- omisiva: 236;
- primaria: 210;
- (responsabilidad en la): 210;
- secundaria: 211;
- y coautoría: 199.

Concurso

- de delitos: 238-239, 243;
- (determinación de las consecuencias en el): 243;
- ideal: 243, 249-250;
- material: 243, 250-251;
- (principio acumulativo en el): 243, 251;
- (principio de absorción en el): 243;
- (principio de combinación en el): 243, 250;
- de leyes penales: 238, 239-240;

por consunción: 241-242;
 por especialidad: 240;
 por subsidiaridad: 240-241.
 Condena condicional: 43, 44.
 Conexidad de inmediatez: 221.
 Consentimiento del ofendido
 (eficacia del): 133;
 excluyeme de antijuricidad: 132;
 excluyeme de tipicidad: 132;
 presunto: 133-134;
 (requisitos del): 133, 134.
 Consunción: 241-242.
 Control.
 del delito: 3;
 social
 primario: 1;
 secundario: 1;
 y derecho penal: 1.
 Criminología: 20;
 y derecho penal: 20-21.
 Culpa
 consciente: 219;
 en la *actio libera in causa*: 162;
 (especies de): 219;
 inconsciente: 219;
 (punibilidad de la): 219-220;
 (gravedad de la): 219;
 por infracción al deber de cuidado: 213-
 215, 216.
 Culpabilidad: 70, 89, 147;
 (capacidad de): 89;
 (concepto de): 151-152;
 de autor: 148;
 (presupuesto de la): 148;
 del partícipe (teoría de la): 200;
 (elementos de la): 151, 153;
 conocimiento de la punibilidad: 153-154;
 en delito de omisión: 234;
 (evolución conceptual de la): 149-151;
 insignificante (desistimiento de la tentativa
 en la teoría de la): 174;
 por el hecho: 148;
 (presupuesto filosófico de la): 148;
 (surgimiento de la): 42-43, 45;
 (teorías de la). Véase: *Teoría (culpabi-
 lidad en la)*.

—D—

(elemento subjetivo en la): 127;
 (fundamento de la): 123;
 (limitaciones a la): 127;
 propia: 127;
 (requisitos de la): 123-128.
 Delincuencia
 (cifra negra de la): 2-3;
 económica: 46.
 Delincuentes
 (clasificación de los): 15;
 habituales: 15;
 ocasionales: 15;
 principiantes: 15.
 Delito (s): 2;
 (actitud del autor en el): 10-11;
 (actos copenados posteriores al): 242-243;
 autónomo: 164;
 calificados por el resultado: 220, 221;
 como hecho socialmente dañino: 9-10, 69;
 como violación de deberes éticos-sociales:
 8, 69;
 complejo: 220, 245. 251-252;
 comunes: 86;
 (concepto de)
 analítico: 69-70;
 total: 68-69;
 (curso de). Véase: *Concurso de delitos*;
 (consecuencias del): 6-7;
 en el sistema dualista: 17-19;
 consumado y tentativa: 77-78;
 continuado
 (consecuencias jurídicas del): 248;
 (dolo en el): 247;
 (requisitos del): 246-248;
 (unidad de acción en el): 245-246, 249;
 (co-responsabilidad de la sociedad en el): 15-16;
 culposo: 211-212;
 (antijuricidad en el): 217-219;
 (aspectos del): 212;
 atribuibilidad del): 219;
 de omisión: 233;
 (disvalor de acción en el): 78, 79, 217;
 (disvalor de resultado en el): 78, 79;
 (imputación objetiva del resultado en el):
 216-217;
 por infracción al deber de cuidado: 213
 2)5. 216;
 (tipicidad en el): 87, 213;
 (tipo del): 82, 83;
 de actividad: 85;
 (realización del tipo en los): 102;
 de comisión: 223;
 (participación omisiva en): 235-236;
 (definición de): 8;
 de lesión (adecuación típica en los): 94;
 de omisión: 223-224;
 (antijuricidad en los): 234;

Defensa necesaria: 122, 125-126;
 (agresión en la): 123-124;
 actual: 124;
 ilegítima: 124-125;
 insuficiente provocación: 126-127;
 del Estado: 124;
 de terceros: 127;

- Delito (s) (Cont.)
 (atribuibilidad en): 235;
 (autoría del): 235;
 (culpabilidad en el): 234-235;
 culposo: 233;
 doloso: 226-233;
 impropios: 224, 225-226, 228-232, 233-234;
 (participación activa en): 236-237;
 propios: 225, 226-228;
 (tentativa de): 237;
 (tipo subjetivo del): 232-233;
 (tipo objetivo del): 226-232;
 de peligro: 85;
 abstracto: 101, 102;
 concreto: 101, 102;
 (tipo objetivo en los): 102;
 de propia mano: 1%;
 (autoría en): 187, 196;
 de resultado: 85;
 material: 85;
 doloso
 (acción en): 91-94;
 (autor en el): 91;
 (característica del): 103;
 (consumación del): 164;
 de omisión: 226-233;
 (disvalor de acción en el): 78;
 ejecución del): 163-164;
 (elementos del): 90;
 (etapas de realización del): 163;
 (ideación del): 163;
 (preparación del): 163, 164;
 (tipicidad en el): 87;
 (tipo objetivo del): 91;
 (tipo subjetivo en el): 103;
 (elementos del): 70, 71;
 especiales: 86;
 (autoría en): 187, 193-194;
 impropios: 86;
 propios: 86;
 frustrado: 175;
 (lugar de comisión del): 48;
 teorías. Véase: *Teorías sobre el lugar de comisión*;
 masa: 248-249;
 preterintencionales: 220, 221;
 putativo: 171;
 y tentativa: 177;
 (teoría del). Véase: *Teoría del delito*;
 (tiempo de comisión del): 57.
- Derecho
 como causal de justificación (ejercicio de un): 131;
 consuetudinario (exclusión del): 37-38.
- Derecho penal
 (característica del): 3;
 (consecuencias jurídicas del): 3, 11;
 (contenido del): 3-4;
 de acción: 5, 83;
 de autor: 5, 7, 10-11, 83;
 de hecho: 7, 11;
 (disputa sobre principios legitimantes del): 11-12;
 (esquema histórico del): 39-40;
 el Idealismo alemán: 41-44;
 el Iluminismo: 40-41;
 el Positivismo: 43-44;
 los movimientos de reforma: 45-46;
 (fuente del): 37;
 (función del): 2, 4-5, 6;
 internacional: 47;
 (fundamento de los principios del): 55-56;
 ("lucha de escuelas" en el): 11, 40;
 (normas del): 27-28;
 objetivo: 25, 26-27;
 por representación (principio del): 54-55;
 preventivo: 4, 5-6;
 represivo: 5, 6;
 subjetivo: 25, 74;
 y poder sancionador del Estado: 25-26;
 (temor a la liberación del): 46-47;
 y control social: 1-3;
 y criminología
 clásica: 20-21;
 "crítica": 21-22;
 y política criminal: 22-23.
- Desistimiento de la tentativa: 173;
 acabada: 176-177;
 (ámbito temporal del): 175;
 (concepto de): 174-175;
 (efectos del): 177;
 en la teoría de la culpabilidad insignificante: 174;
 en la teoría del premio: 173-174;
 inacabada: 176.
- Disvalor
 de acción: 75, 76;
 (agotamiento del): 114;
 en delito culposo: 78-79, 217;
 en delito doloso: 78;
 de resultado: 75, 77-78;
 en delito culposo: 78, 79.
- Dogmática penal: 19-20;
 (límites de la): 20;
 y política criminal: 23;
 en el marco positivista: 23-24.
- Dolo: 71, 103;
 (*animus auctoris* en las teorías del): 183;
 de hecho: 75;
 de la omisión: 232-233;
 directo: 112;
 en la *actio libera in causa*: 161;
 (intenciones especiales del): 114-115;
 (elemento cognitivo del): 103;

aspecto negativo: 108;
 momento: 107;
 (elemento volitivo del): 103, 112;
 en delito continuado: 247-248;
 eventual: 112;
 en la *actio libera in causa*: 161-162;
 en la teoría de la prohibición: 112-113;
 según teoría del asentimiento: 113;
 (teorías sobre el): 112-114;
 (exclusión del): 108-109, 110;
 (formas del): 112;
 indirecto: 112;
 y conciencia
 de la antijuricidad: 104-107;
 de la punibilidad: 104.
Dolus generalis: 111.

—E—

Encubrimiento: 178.
 Enfermedad mental: 158-159;
 según sus causas: 158;
 según sus síndromes: 158.
 Error
 de prohibición: 87;
 (autoría mediata de quien obra en): 193;
 de tipo: 105, 108-112;
 en las causas de justificación: 136-138;
 in persona nel objeto: 110;
 sobre circunstancias objetivas en causas
 excluyentes de
 atribuibilidad: 146;
 sobre el nexo causal: 109;
 sobre la ilicitud: 105, 106;
 sobre la punibilidad: 154-155;
 evitable: 155-156;
 inevitable: 156;
 (teoría del): 81, 82;
 (tipo de): 80.
 Escuela clásica: 43.
 Estado
 (defensa necesaria del): 124;
 de necesidad: 128;
 disculpante: 142;
 excluyeme de atribuibilidad: 142-143;
 (fundamento del): 128;
 (necesidad de la acción en el): 128-130;
 por colisión de bienes: 128-130, 131;
 por colisión de deberes: 130-131;
 por colisión de intereses de igual jerar-
 quía: 142-143;
 putativo: 147;
 (territorio del): 48;
 y derecho penal subjetivo (poder sancio-
 nador del): 25-26.
 Estafa por omisión: 234.

Excusas absolutorias: 141.
Extraneus: 193.

—H—

Hecho
 (circunstancias personales vinculadas al): **204**;
 (codominio del): 197-198;
 (culpabilidad por el): 148;
 presupuesto filosófico: 148;
 (delito como)
 socialmente dañino: 9-10;
 violatorio de deberes ético-sociales: 8;
 (derecho penal de): 7, 11;
 (responsabilidad por el). Véase: *Atribuibilidad*;
 (teoría del dominio del): 182, 185-186, 188.

—I—

Idealismo alemán (influencia sobre el derecho
 penal del): 41-43.
 Ilícito penal: 73;
 (concepciones respecto del): 73-74;
 (concepto de)
 causal: 74-75;
 personal: 75;
 (disvalor en el)
 de acción: 75, 76;
 de resultado: 75, 77-78;
 (elementos de lo): 79;
 (especies de los): 78-79;
 (objeto de lo): 92.
 Iluminismo (ideas de seguridad y humani-
 dad en el): 40-41.
 Imputabilidad. Véase: *Capacidad de motivación*.
 Imputación objetiva: 101, 109-110;
 (teoría de la): 99-100.
 Inculpabilidad (causas de): 138, 141.
 Inmunidad (es)
 acordadas por el derecho internacional: 64-65;
 de diputados y senadores: 63-64.
 Instigación: 190-191, 192, 193, **202**, **207**, 236;
 por omisión: 235-236;
 (requisitos de la): 208-209;
 (responsabilidad por la): 209;
 (tentativa de): 209.
Instraneus: 193.
jus puniendi: 25.

—L—

Legítima defensa. Véase: *Defensa necesaria*.
 Ley (s) penal (es)
 (aplicación de la)

Ley (s) (Cont.)

- a diputados y senadores: **62-64**;
- a jefes de Estado: 62;
- temporal: 50;
- (curso de): 238, 239-240;
- por especialidad: 240;
- por subsidiaridad: 240-241;
- por consunción: 241-242;
- (contenido de la): 27;
- excepcionales: 60;
- (extensión de la): 55;
- (favorabilidad de la): 57-58;
- (función garantizadora de la): 32;
- (generalización de la): 35;
- (irretroactividad de la): 38-39, 57;
- excepción: 57-60;
- fundamento: 57;
- (límites de la)
 - constitucionales: 29-32;
 - el principio de legalidad. Véase: *Principio de legalidad*;
- más favorable
 - (aplicación de la): 57-58;
 - (determinación de la): 58-59;
 - intermedia: 59;
 - (vigencia de la): 60;
- (principios **que** justifican la **aplicación extraterritorial** de la)
 - de defensa: 51-52;
 - de la nacionalidad: 51, 52-53;
 - de la personalidad: 52-53;
 - del derecho penal por representación: 54-55;
 - real: 51-52;
 - universal: 54;
- temporales : 60;
- (ultraactividad de las): 61;
- (territorialidad de la): 48;
- (validez de la)
 - especial: 47;
 - personal: 61;
 - temporal: 56;
- y norma: 27-28.

Libertad

- condicional: 43, 44;
- (voluntad de la): 148;
- (**pena de privación perpetua de la**): 30.

—M—

- Medidas de seguridad: 17;
- (fundamento de las): 17, 18;
- y pena (separación entre): 17-18.

—N—

- Norma (s): 2;
- como imperativo: 27, 28;
- del derecho: 27-28;
- (resultado producido fuera del ámbito de protección de la): 101;
- y ley penal: 27-28.

—O—

- Objeto (inidoneidad del): 172.
- Oligofrenia: 160;
- (clases de): 160.
- Omisión
 - (delito de). Véase: *Delito (s) de omisión*;
 - (dolo de la): 232-233;
 - por comisión: 237-238.

—P—

- Participación: 177-179;
- (accessoriedad de la): 139, 141, 201;
- clases: 201;
- limitada: 201, 203;
- y atribuibilidad: 202;
- activa en delito de omisión: 236-237;
- (características de la): 199-200;
- (extensión de las circunstancias personales a la): 203-207;
- (formas de): 200;
- omisiva en delito de comisión: 235-236;
- (posibilidades teóricas de la): 179;
- (teorías sobre la punibilidad de la). Véase *Teorías sobre la punibilidad de la participación*.
- Pena (s): 11-12;
- degradantes: 31;
- de privación perpetua de libertad: 30**;
- (fines de la): 14-15;
- (fundamento de la): 17;
- inhumanas: 30-31;
- (legitimación de la): 12, 13, 16, 17;
- necesaria: 12;
- (proporcionalidad de la): 30, 43;
- retributiva: 14;
- (teorías de la): 12;
- absolutas: 12-13;
- de la unión: 16-17;

- dialéctica: 17;
 preventivo-especial: 13, **14-16**, 17;
preventivo-generales: 13-14;
 relativas: 13;
 (utilidad de la): 11, 12, 13, 16;
 y medidas de seguridad (separación entre):
 17-18.
- Política criminal: 23;
 y dogmática penal: 22-23;
 en el marco positivista: 23-24.
- Positivismo (influencia sobre el derecho **penal**
 del): 43-45.
- Precepto: 27.
- Principio (s)
 acumulativo: 243, 251;
 de absorción: 243;
 de defensa: 51;
 de intervención mínima: 32;
 de la combinación: 243, 250;
 de la nacionalidad: 52-53;
 activo: 52;
 pasivo: 51, 52, 53;
 de la personalidad: 52-53;
 de la ponderación
 de bienes: 128-129;
 de intereses: 129;
 del derecho penal
 internacional (fundamentación de los):
 55-56;
 por representación: 54;
 de legalidad: 32-33;
 (consecuencia del): 33, 35;
 (contenido del): 33, 37, 38, 56;
 justificantes: 119;
 de la falta de interés: 119-120;
 del interés preponderante: 120;
 territorial de la ley penal: 48;
 universal: 54;
 vicarial: 18.
- Punibilidad: 153;
 (conciencia de la): 153-154;
 es divisible: 154;
 de la culpa inconsciente: 219-220;
 de la participación (teorías sobre la)
 de la causación: 200-201;
 de la culpabilidad del partícipe: 200;
 de la participación en lo ilícito: 201;
 de la tentativa: 165;
 en la teoría objetiva: 165;
 en la teoría subjetiva: 166;
 inidónea: 166;
 (determinación legal de la): 34-35;
 (dolo y conciencia de la): 104;
 (elementos de la)
 (error sobre la): 154-155;
 evitable: 155-156;
 inevitable: 156;
 y elementos del tipo (elementos de la): 82.
- R—
- Reclusión indeterminada: 44.
 Representación (principio del derecho penal
 por): 54-55.
 Reprochabilidad: 150.
 Responsabilidad: 31, 73, 89;
 culposa: 109;
 en la complicidad: 210;
 objetiva (exclusión de la): 31;
 por el hecho. Véase: *Atribuibilidad*;
 por la instigación: 209.
 Riesgo permitido: 215.
- S—
- Sanción: 27.
 Sociedad en el delito (co-responsabilidad
 de la): 15-16.
 Subsunción: 87;
 (adecuación social como problema de
 la): 115-116.
- T—
- Tentativa: 163;
 acabada: 77, 175;
 (características de la): 167;
 (concepto de): 165;
 de delito de omisión: 237;
 (desistimiento de la). Véase: *Desistimiento
 de la tentativa*;
 (elementos de la): 167;
 idónea: 165;
 inacabada: 77, 175;
 (desistimiento en la): 176;
 inidónea: 165;
 por el autor: 171-172;
 por el objeto: 172;
 por los medios utilizados: 172;
 (punibilidad de la): 166, 170-171;
 (punibilidad de la): 165;
 de instigación: 209;
 en la teoría objetiva: 165;
 en la teoría subjetiva: 165;
 (tipo objetivo en la): 168-170;

- Tentativa (Cont.)
 (tipo subjetivo en la): 167-168;
 y delito
 consumado: 77-78;
 putativo: 177.
- Teoría (s)
 (*animus auctoris* en las)
 del dolo: 183;
 del interés: 183;
 (autoría en la)
 de la consideración total: 184;
 del dominio del hecho: 182;
 formal-objetiva: 180-182;
 subjetiva: 182-184;
 (comienzo de ejecución en la)
 individual-objetiva: 169;
 material-objetiva: 168-169;
 objetiva: 168;
 (culpabilidad en la)
 estricta: 151;
 normativa: 149-150;
 psicológica: 149;
 de la acción: 48, 91;
 finalista: 91, 93, 150;
 de la carencia del tipo: 172-173;
 de la causalidad
 adecuada: 97-98;
 de la equivalencia de las condiciones:
 95-97, 109, 183;
 de la relevancia típica: 98-99;
 natural: 97;
 de la culpabilidad
 del partícipe: 200;
 insignificante (desistimiento de la tentativa
 en la): 174;
 de la imputación objetiva: 95, 99-100;
 de la pena: 12;
 absolutas: 12-13, 147;
 de la unión: 16, 70, 148-149;
 dialéctica: 17;
 preventivo-especiales: 13, 14, 147;
 preventivo-generales: 13, 14, 147-148;
 relativas: 13;
 del bien jurídico: 9-10;
 del delito: 4, 5, 67;
 (carácter práctico de la): 67;
 (categorías de la): 73;
 (estructuración de la): 67-68;
 (finalidad de la): 67;
 finalista: 71-73, 75, 76;
 causalista: 71-73;
 (punto de partida de la): 69;
 del error: 81, 82;
 de lo injusto. Véase: *ilícito penal*;
- de los elementos negativos del tipo: 80-81, 82;
 del tipo penal: 80;
 (desistimiento de la tentativa en la)
 de la culpabilidad insignificante: 174;
 del premio: 173-174;
 (dolo eventual en la)
 de la probabilidad: 112-113;
 del asentimiento: 113;
 (justificación en la)
 monista: 119;
 pluralista: 119;
 (punibilidad de la participación en la)
 de la causación: 200-201;
 de la culpabilidad del partícipe: 200;
 de la participación en lo ilícito: 201;
 (punibilidad de la tentativa en la)
 objetiva: 165, 166;
 subjetiva: 166;
 sobre el lugar de comisión
 de la acción: 48;
 de la ubicuidad: 49;
 del resultado: 50.
- Territorio: 48;
 (extensión del): 48.
- Tipicidad: 79;
 (consentimiento excluyente de): 132;
 en delitos
 culposos: 87, 213;
 dolosos: 87;
 y antijuricidad: 80, 81.
- Tipo (s): 80;
 abiertos: 116-117;
 (antijuricidad en): 117;
 (clasificación de los)
 por cualificación del autor: 86;
 por las características de la acción: 85, 86;
 por su estructura: 83;
 (contenido genérico del): 83-85;
 (deber jurídico no pertenece al): 87, 91;
 de error: 80;
 del delito
 culposo: 82, 83;
 doloso: 82-83;
 (elementos del): 84;
 descriptivos: 84, 107;
 normativos: 84, 107;
 subjetivos: 114;
 y elementos de la punibilidad: 80;
 en delitos de pura actividad (realización
 del): 102;
 en sentido estricto. 80;
 (error de): 105;
 garantía: 80;
 objetivo: 84;

en delitos de comisión: 91;
en delito de omisión: 226-232;
en delito de peligro: 102;
en la tentativa: 168-176;
sistemático: 80;
subjetivo

en delito culposo: 83;
en delitos de comisión **dolosa: 103**;
en delitos de omisión: **232-233**;
(teoría del): 80;
inexistente: 172-173;
(teoría de los elementos negativos **del**):
80-81, 82.

NOTAS

NOTAS

ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES DE EDITORIAL NOMOS S. A., EL DÍA TRECE DE FEBRERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SEIS, ANIVERSARIO DEL NACIMIENTO DE BENIGNO RIQUELME (N. 13,11, 1857 Y M. 26, XII, 1917).

LABORE ET CONSTANTIA