

DOCUMENTOS

NUEVO EXAMEN DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO*

por BIAGIO PETROCELLI

Traducción del doctor JESÚS BERNAL PINZÓN

SUMARIO: I. 1. La tripartición. 2. El procedimiento analítico en el estudio del delito. 3. El delito en abstracto como objeto del análisis. Tipicidad y conformidad al tipo. 4. El concepto de tipo de delito o figura legal (*fattispecie*). Función esencial del tipo legal de delito integral. 5. Tipo de delito integral y materia de la prohibición. 6. El análisis del delito como análisis de la entidad normativa. 7. Objeto de la valoración y valoración del objeto. Ausencia de fundamento de esta diferenciación. II. 8. El "hecho" (*fatto*). La distinción de lo objetivo y de lo subjetivo. 9. Hecho y condición de punibilidad. 10. El hecho como elemento objetivo del tipo legal de delito. 11. El *Tatbestand* en sentido estricto según la doctrina de BELLING. 12. El *Tatbestand* según la doctrina de la acción final. 13. El carácter finalístico de la acción. Su reconocimiento universal. 14. El llamado "dogma" de la acción causal. 15. El "hecho" como elemento de la figura integral del delito y como punto de partida en el análisis del mismo. III. 16. La antijuridicidad como elemento del delito. Significado convencional de esta categoría. 17. Esencia unitaria de la antijuridicidad en sentido propio. 18. Antijuridicidad y tipo legal de delito (*fattispecie*). 19. La llamada antijuridicidad objetiva. 20. Inadmisibilidad del concepto de una norma general de prohibición. 21. La antijuridicidad objetiva entendida como contraste con el ordenamiento jurídico *como un todo*. IV. 22. La culpabilidad como elemento síquico del tipo legal de delito. 23. Culpabilidad y antijuridicidad. 24. En torno a una concepción individual de la culpabilidad.

I

1. LA TRIPARTICIÓN. La división del delito en tres elementos fue definida recientemente como "instrumento difícil de sustituir en el estudio del delito"¹. Aun cuando sin ocultar que en el campo metodológico no puede haber nada verdaderamente insustituible, esta orientación nos parece, y no de ahora, plenamente aceptable. Existe sin embargo una exigencia que con el tiempo se manifiesta más interesante, es decir, que debemos claramente entendernos sobre dos puntos: valor y función de la tripartición; contenido y significado de las

* El presente trabajo fue publicado en la "Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale", 1963, volumen 2, págs. 337 a 397.

¹ VASALLI, *Il contributo di F. Grispigni alla teoria dell'elemento oggettivo del reato*, en *Scuola Positiva*, 1956, pág. 37.

categorías que de ella resultan. El segundo de estos puntos constituye el objeto de las consideraciones que seguirán en estas páginas. El primero nos remite, sin duda, a una verdad bien conocida pero que merece ser continuamente reafirmada: es decir, que la tripartición (como toda partición analítica) tiene un valor del todo convencional, y su función tiene carácter meramente instrumental. Por tanto, aquello que debe quedar bien claro es el criterio sobre el cual debe plantearse el análisis del delito, sin lo cual no es posible ni utilizarlo ni hacerle la crítica. Además, no resulta superfluo el recordar (ya que alguno quizás lo ha olvidado) que esta división de los elementos del delito, como cualquiera otra operación metodológica en el campo jurídico, debe considerarse como auxilio y no como fuente de interpretación. Vale decir que por encima de todo debe permanecer siempre determinada la función de la específica norma positiva, aun cuando ello signifique quizás un distanciamiento de los planteamientos sistemáticos comúnmente aceptados.

Admitido, por vía general, el criterio de la tripartición, es necesario, sin embargo, preguntarse: ¿de cuál tripartición se trata? Porque la doctrina no ha propuesto solamente una, sino diversas, y con planteamientos no siempre uniformes. Lo cual significa que, sin ignorar las otras, será necesario, para encauzar nuestro discurso, tomar posición con respecto a alguna. Absteniéndonos de prolijas enumeraciones, nos limitaremos a recordar aquellas que nos parecen más importantes para los fines del examen que nos hemos propuesto: en la doctrina italiana las triparticiones de DELITALA y de GRISPIGNI; en la doctrina alemana, sobre la base de la última orientación, la de WELZEL.

La tripartición de DELITALA es la más simple y también la más próxima a la que nosotros adoptamos: *hecho* (como conjunto de los elementos objetivos necesarios para dar vida al delito), *antijuridicidad* (objetiva), *culpabilidad*². La de GRISPIGNI es solamente una aparente cuatripartición dado que los primeros dos elementos pueden perfectamente refundirse en uno, es decir, *una conducta humana correspondiente al tipo descrito por una norma penal*. Y los otros dos son: *ausencia de causas de justificación* y *culpabilidad* (en el significado particular de *referibilidad stquica*)³. La tripartición de WELZEL en *correspondencia al tipo, antijuridicidad y culpabilidad*⁴, aparentemente semejante a las otras, se distingue porque en el *Tatbestand*, es decir, en aquello que debería ser nuestro hecho (*fatto*), incluye tanto los elementos objetivos cuanto los elementos subjetivos⁵, acentuándose en los otros dos elementos (antijuridicidad y culpabilidad) el carácter valorativo.

Nosotros no acogeremos completamente ninguno de estos tres tipos de división. En el segundo y en el tercero (GRISPIGNI y WELZEL) es evidente, por sobre todo, la desviación que este nuevo examen que estamos haciendo tiende

² DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930, págs. 13 y ss. y *passim*.

³ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, II, págs. 11-15. Conforme, MEZGER, *Diritto penale*, trad. it. 1935, pág. 110.

⁴ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1960, pág. 45; *Tatbestandsmassigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld sin die drei Verbrechenselemente, die eine Handlung zum Delikt machen*.

⁵ WELZEL, *op. cit.*, págs. 48 y 52, y *passim*.

a eliminar, es decir, la referencia no al análisis del delito en abstracto, al análisis del *tipo*, la que solo corresponde cumplir al jurista en sede teórica, sino a la operación práctica que confronta un hecho concreto con el tipo abstracto (de ahí como primer elemento: la *correspondencia al tipo*). Del primero (DELITALA) acogemos el planteamiento general, y principalmente el concepto de hecho como conjunto de los elementos objetivos del delito; nos apartamos del concepto de antijuridicidad objetiva. Refiriendo nuestro análisis, como se explicará mejor en seguida, al delito en abstracto, es decir, al tipo legal de delito (y por consiguiente poniendo como objeto del examen no ya aquello que es necesario para que un hecho sea delito, sino los elementos con los cuales, en abstracto, la norma construye la figura de delito), diremos que los elementos del delito son tres: *hecho* (conjunto de los elementos objetivos); *culpabilidad* (conjunto de los elementos subjetivos); *antijuridicidad* (ausencia de causas de justificación).

Es, en definitiva, la tripartición que más corresponde a las exigencias del análisis y que ha sido de tiempo (sea dicho lo anterior sobre todo para quien considera la tripartición un producto de la doctrina alemana) un planteamiento espontáneo de nuestra doctrina⁶.

Se ha dicho que el criterio de la tripartición resistiría los terremotos y las inundaciones que se han realizado en los últimos años en la teoría general del delito⁷. Confesamos que no creemos en estos cataclismos. Frente a las exasperaciones de cierta doctrina la experiencia nos presenta el normal, y podría decirse el indiferente *fluir* de la vida práctica del derecho, el cual sufre, y debe sufrir indudablemente, en el curso del tiempo, como legislación y como ciencia, sacudimientos más o menos profundos pero por virtud de causas diversas a los efímeros chaparrones dogmáticos. Antes que turbados o sumergidos, los terrenos de la doctrina juricopental los vemos en el presente (mucho más que en el pasado) oscurecidos, aquí y allá, por inexistentes y redundantes abstruserías, con el soberbio resultado de convertir en precaria y oscura la visión, inclusive, de las cosas más simples.

⁶ Ya un siglo atrás, en un pasaje del *Programma* (P. G. N° 53) algunas veces recordado, pero no siempre presente a los estudiosos en su real importancia, CARRARA fijaba sin duda alguna en tres los elementos del delito. Luego de haber establecido la necesidad del elemento *material* y el elemento *moral*, agregaba inmediatamente que "*aquello que completa su ser, es la contradicción con la ley jurídica*" delineando de esta manera aquel elemento de la antijuridicidad que, según algunos, CARRARA, en su tiempo, no se habría propuesto siquiera (F. ALIMENA, *Appunti di teoria generale del reato*, 1938, 2). Aún más incisivamente, si bien enunciada en términos procesales, el mismo planteamiento resulta allá donde CARRARA considera el juicio de imputación del delito, como "el resultado de tres juicios distintos": *tu hiciste: imputación física; tu hiciste voluntariamente: imputación moral; tu obraste contra la ley: imputación legal*. Los distintos elementos del *hecho*, la *culpabilidad* y la *antijuridicidad* como ausencia de causas de licitud, no podrían ser más transparentes. Aun antes de CARRARA y en el mismo sentido: CARMIGNANI, *Teoria de las leyes de la seguridad social*, Lucca, 1831, II, 36-37. Vestigios también evidentes sobre la tripartición se encuentran en la más antigua doctrina. Nos limitamos a citar a DECIANO (*Tractatus criminalis*, II, 3, 2), según el cual el delito es "*factum hominis, dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iuxta causam excusari potest*", es decir: hecho, culpabilidad, ausencia de causas de justificación.

⁷ VASALLI, *loc. cit.*

La vehemencia por ampliar ciertas exigencias teóricas e hipotetizar las categorías correspondientes, nos lleva cada vez más, fuera del verdadero estudio del delito para reducirnos a discutir, interminablemente y sin éxito, sobre la forma como debe realizarse ese estudio; de modo tal que las premisas metodológicas y sistemáticas, que debieran permanecer en su función meramente instrumental, de medio —solicito y no embarazoso— para la clara visión de las normas jurídicas positivas, vienen dilatadas hasta el punto de convertirse en árido fin de sí mismas. De donde resulta que el contacto con la realidad práctica, sin la cual, es bueno reafirmarlo, a ninguna corriente le puede corresponder carta de ciudadanía en la vida del derecho, es para una parte de la doctrina cada vez más frágil hasta el punto de mantenerla aislada y estéril, es decir, no idónea para alcanzar siquiera mediatamente el terreno en donde en verdad vive y opera el derecho. Lo cual nos induce a pensar con melancolía y envidia en otras disciplinas jurídicas en las que, sin exageraciones de premisas y programas, las cosas andan, en general, de modo mucho más serio y positivo, constituyendo máximo orgullo para el que trabaja la concreción de sus propias contribuciones a la interpretación del derecho vigente.

Estas reflexiones, nos parece, deben referirse de modo particular a la materia de los elementos del delito, la cual, de otra manera, corre el riesgo, como muy bien lo anotó años atrás ANTOLISEI, de convertirse en un verdadero laberinto. Sobre algunos puntos esenciales de ella (y no ciertamente a todos los innumerables interrogantes que a ella se refieren) queremos en estas páginas ofrecer alguna aclaración y desarrollo de nuestro pensamiento, presentando excusas al lector si en la esperanza de salir, nos veremos en ocasiones precisados a internarnos precisamente en la mitad del laberinto.

2. EL PROCEDIMIENTO ANALÍTICO EN EL ESTUDIO DEL DELITO. La tripartición sobre la que estamos discutiendo se relaciona, como es obvio, con la cuestión más general de la aplicación del procedimiento analítico al estudio del delito; cuestión vieja, y en cierto sentido también superada, si no fuera por la acogida universal de aquel método en la doctrina y en la práctica. Al procedimiento analítico se le debe reconocer el carácter de una natural exigencia del conocer. El delito, como cualquier objeto al cual se dirija la mente investigadora, no puede ser examinado de un golpe, como efecto de una relampagueante intuición unitaria. Todo conocimiento (científico) no puede ser sino conocimiento por grados, conforme al sucesivo desarrollo frente al entendimiento de la pluralidad de los aspectos de cada objeto. Y las etapas que poco a poco se recorren para llegar al conocimiento integral no son otra cosa, precisamente, que el encaminarse del intelecto primero a uno y luego a otro de los aspectos, o elementos, o como se los quiera llamar, del objeto mismo. Con mucha perspicacia expresó MAGGIORE que la misma definición no es cosa distinta que una descomposición del concepto en sus partes constitutivas⁸. Esto deja entender que el análisis del delito, como todos los análisis, es una operación no de separación

⁸ MAGGIORE, *Diritto penale*, I, pág. 203.

sino de distinción de las varias partes. El análisis no disuelve sino que construye y refuerza la unidad; y los elementos que de ella surgen, lejos de convertirse en entidades separadas o fragmentos que no se reunifican, no son cosa diversa que momentos de nuestra visión del delito, puntos de vista de nuestro pensamiento, partes de la exposición en torno al objeto.

Estos conceptos han sido ya aceptados como fundamento, siempre más consolidado por la experiencia, del estudio analítico del delito. Y en verdad nos parece que no han logrado asumir consistencia algunas objeciones vigentes, como, por ejemplo, estas: que el delito sería una entidad individual que “no puede ser descompuesta sin anular su esencia y su vitalidad”; que la descomposición del delito en hecho (*fatto*), antijuridicidad y culpabilidad significaría “despedazarlo en varios fragmentos sin vínculo alguno de cohesión entre sí”⁹, y otros semejantes. De otra parte la exigencia a la cual corresponde el método analítico es tan natural que, aun quien se opone, termina luego, en el curso de la exposición, por reconocer en sustancia su legitimidad. Se admite, en efecto, si bien dejando de lado las objeciones indicadas, que el delito “puede ser bien estudiado en sus componentes individuales”¹⁰. Ahora bien, ¿qué cosa es un tal estudio sino aquel que todos hacemos, y entendemos hacer, al proceder al análisis del delito? Admitir que el delito tiene componentes individuales y que estos como tales pueden ser estudiados, significa acoger, ni más ni menos, aquel método analítico que se consideraba se podía rechazar. Lo cual no quiere ser otro, precisamente, que el estudio del delito en sus partes individuales, en sus aspectos, sin que ello implique separación del conjunto y de la unidad del concepto.

Agréguese que si se quieren proponer objeciones, es necesario que estas se refieran concretamente a su objeto. Debe quedar claro, en otros términos, qué cosa se debería excluir como errónea: si la consideración analítica en general, o esta o aquella aplicación particular; si la partición pura y simple, o la partición en un número más bien que en otro de los elementos. Cuando en efecto se plantea una neta contraposición entre “concepción analítica” y “concepción unitaria” considerando que el error de la primera “debería resultar evidente a simple vista”¹¹, no habría duda que es a la concepción analítica *tout court* a la que se debería negar ingreso, en cualquier forma. Pero en realidad esta versión debe considerarse excluida cuando, poco después, se agrega que los elementos del delito no son tres, sino solamente dos¹². Con esto, innegablemente, se viene a abrir la puerta a la concepción rechazada, ya que al poner en funcionamiento el procedimiento analítico no es por el número de elementos (pudiendo variar él, como efectivamente se varía, según los puntos de vista), sino el simple realizar una descomposición en elementos, cualquiera que sea su número.

⁹ PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, III, ed. 1962, pág. 211.

¹⁰ PANNAIN, *op. cit.*, pág. 211.

¹¹ PANNAIN, *op. cit.*, pág. 211.

¹² PANNAIN, *op. cit.*, pág. 218.

Dicho lo anterior, es necesario agregar que de nuestra parte no se rechaza del todo el concepto de una consideración unitaria del delito, con tal que se entienda en su significado exacto. La consideración analítica, como toda operación de la mente, tiende a una finalidad; y esta es precisamente la consideración, mejor aún, la visión unitaria del delito, es decir, la visión de la síntesis y de la unidad a través del análisis.

Debe quedar excluido por lo tanto que en el estudio del delito la consideración unitaria se estima como método diverso para contraponer al analítico, mientras es verdad más bien que una visión unitaria debe ser el efecto, la conclusión del procedimiento de análisis. Toda tendencia, en el fondo, que quisiera adoptar una consideración unitaria, en cambio de la analítica, se reduciría siempre inevitablemente a suponer, o a acoger parcialmente, jamás a negar del todo, la necesidad del análisis¹³.

Debe tenerse presente siempre, en fin, el ya recordado carácter convencional e instrumental del análisis del delito, y consiguientemente el valor no absoluto de las categorías que de él resultan. En consecuencia, aun cumpliéndose, por regla, el análisis de conformidad con criterios de partición y colocación fijados por un método determinado, este debe sin embargo adaptarse a aquellas modificaciones y reducciones de su procedimiento necesarias a la estructura particular de algunos tipos de delito: aquellas, por ejemplo, que impliquen entre el objetivo y el subjetivo una tan estrecha e íntima compenetración que hagan inevitable una simultánea y, en cierto sentido, unitaria consideración de los dos aspectos. El procedimiento analítico, por tanto, y las correspondientes categorías sistemáticas representan, frente a la finalidad de una exacta y positiva determinación de la estructura del delito, el arte de lo conveniente, de lo mejor, de lo más eficaz, no la ciencia de lo absoluto y de lo cierto. De ahí la inoportunidad metodológica, a más de la inadmisibilidad lógica, de todo exclusivismo en el sostener, o combatir, la colocación de los elementos en una u otra de aquellas categorías. Las cuales, vale la pena repetirlo, están construidas como auxilio y no como base de la interpretación.

3. EL DELITO EN ABSTRACTO COMO OBJETO DEL ANÁLISIS. Un nuevo examen de los elementos del delito supone ante todo una neta precisión de la categoría sobre la cual se produce la descomposición.

A este propósito, decir que el objeto del análisis es el delito en abstracto puede aparecer observación obvia, pero en realidad no es nada superflua. Con frecuencia, en efecto, se presenta en la doctrina la confusión (o, cuando menos, la no siempre clara distinción) entre dos operaciones netamente distintas entre sí: la consideración teórica del delito en abstracto y la operación práctica

¹³ Véase en este sentido, por ejemplo, a MORO (*L'Antigiuridicità penale*, 133 y 134), quien después de haber sostenido la necesidad de que el delito sea tomado en su esencia unitaria, sustancialmente admite el procedimiento analítico cuando reconoce que no se puede eliminar la posibilidad de distinguir, de construir una teoría del hecho, de mirar en forma distinta lo objetivo y lo subjetivo, etc. Más aún, el autor reconoce que "la tradicional distinción de los elementos del delito corresponde a los estadios que recorre el pensamiento para comprender la compleja realidad": que es precisamente el fenómeno natural sobre el cual se funda todo procedimiento de análisis.

que coloca en comparación con el esquema abstracto un hecho concreto y real. En el mismo sentido se habla con frecuencia indiferentemente de *tipicidad* y de *conformidad al tipo*, como si fueran la misma cosa. Alguno dice, sin más: *tipicidad* o *conformidad al tipo*¹⁴. Son dos cosas netamente distintas. La *tipicidad*, es decir, lo establecido como tipo, se refiere al delito en abstracto; la *conformidad o correspondencia al tipo* es relativa al hecho concreto, el cual para que se pueda calificar como delito, debe precisamente resultar conforme o correspondiente al tipo. Indudablemente cuando se afirma, como comúnmente se sostiene, que un hecho, para constituir delito, debe ser conforme al tipo legal se dice cosa en sí exactísima. Pero el error, o —si se quiere— el desvío consiste en esto: que esta afirmación, mientras es lógicamente admisible solamente en el juicio sobre el hecho concreto, viene introducida frecuentemente en función de análisis teórico del delito. Y bajo este aspecto deben por tanto considerarse fundadas sobre un criterio metodológicamente impreciso todas las clasificaciones que colocan como primero entre los elementos del delito la correspondencia al tipo¹⁵.

No se puede excluir siquiera que *tipicidad* y *conformidad al tipo* sean a veces consideradas como sinónimos. Pero esto constituiría un uso impropio del término *tipicidad*; y de todos modos aquello que, aparte la terminología, importa fijar sin equívocos, es la sustancial diferencia entre los dos conceptos: la *tipicidad* como propia de la figura abstracta creada por la norma, mediante la cual los caracteres de la figura son referibles a un número indefinido de casos posibles, de modo tal que constituyan una clase, un *tipo* (que es en fin el derivado propio de toda creación normativa), y la *conformidad* de un hecho concreto con la figura típica, vale a decir, la presencia en un hecho humano de caracteres esenciales de aquel tipo. La *tipicidad* como esencia de la figura legal, debe considerarse en sí misma como expresión de su generalidad y abstracción; la *conformidad al tipo*, como sin equívocos se deduce de la palabra misma, está en cambio fundada sobre una idea de relación. El delito (en abs-

¹⁴ BELING. *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pág. 24; *Die Typizität oder Tatbestandmassigkeit*. BELING, sin embargo, distingue, en seguida, con suficiente claridad, el *Tatbestand* abstracto, conceptual, de su concreta realización, subrayando que el *Tatbestand* pertenece solo a la ley, no a la vida real, al mundo de los conceptos, no al mundo de los hechos (*op. cit.*, págs. 110-113).

¹⁵ Véase por ejemplo, en nuestra doctrina, a GRISPIGNI, *Diritto penale*, II, págs. 11 y 125 y *passim*; y en la doctrina alemana a BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, *cit.*, pág. 20; y a WELZEL, *op. cit.*, pág. 45. Es conveniente advertir que el error consiste no ya en referir la correspondencia al tipo del delito en abstracto (ya que estos autores se refieren a aquello que es necesario para que "una acción" sea delito, y por tanto a lo concreto) sino en el tratar en función teórica, los caracteres de lo concreto, lo cual debería constituir solamente una aplicativa función derivada subsiguientemente al análisis de la figura abstracta, delineada en sus elementos por medio de la interpretación. Es necesario, de otra parte, relevar que GRISPIGNI, en una exacta pero incompleta visión de la distinción que aquí se quiere poner en evidencia, advierte que si bien él habla de "conducta correspondiente al tipo" esto depende del hecho de que aún es prematuro oponerse al uso común de la ciencia jurídica vinculada a viejas concepciones metodológicas, ya que "el jurista teórico no estudia el *hecho* regulado por la norma, sino la *norma* que regula el hecho, y por consiguiente no tiene nada que hacer con el delito como hecho, sino con el delito como instituto jurídico". Todo esto es exactísimo; sin embargo, debe observarse que el hablar de correspondencia al tipo en la construcción del delito en abstracto, no es una *vieja* sino una *errada* concepción metodológica.

tracto) no es conforme al tipo sino que es el tipo. Y por consiguiente la consideración analítica de sus partes es operación autónoma, que en sí y por sí no tiene relaciones (con excepción de su uso didáctico) con los sucesos en concreto. Un punto que parece escapar a la común atención, y que en cambio toca con lo esencial del análisis del delito, es este: que mientras el delito en concreto supone la existencia del tipo, el delito en abstracto puede subsistir en el ordenamiento sin producirse en concreto. Y esto por una simple razón, pero de indubitable validez: que la previsión abstracta de la ley puede no traducirse jamás en un hecho humano real. El análisis del delito, en consecuencia, y con ella la construcción de su concepto (sea del delito en general como de las figuras individuales) debe cumplirse sobre la figura abstracta, independientemente de sus (solamente posibles) aplicaciones¹⁶. Se debe antes bien a tal propósito relevar que si hay una rama del derecho en la cual la consideración del momento abstracto tiene una particular y neta importancia esta es el derecho penal (a diferencia de las otras ramas del derecho, cuyas normas regulan relaciones normales de la vida, están, por ello mismo, destinadas por regla a ponerse en movimiento), en cuanto la función de tutela que le es propia se realiza de manera perfecta con quedarse en la fase normativa, es decir, de mera indicación abstracta de los hechos punibles, sin jamás llegar a lo concreto de su aplicación.

Con estas precisiones no se entiende, como es obvio, negar toda correlación entre el análisis del delito en abstracto y el procedimiento de comparación del hecho concreto con el esquema abstracto, sino solamente denunciar las confusiones en que frecuentemente se incurre en las dos diversas operaciones. Debe tenerse presente además, que también en el procedimiento relativo al hecho concreto es necesaria, como operación propia, la previa interpretación de la figura legal abstracta, sin la cual faltaría el primer término de la comparación.

La diferencia entre las dos operaciones aparece también evidente si se quiere responder a la cuestión, que ha sido propuesta, acerca de la posibilidad de la autónoma existencia de uno de los elementos de la tricotomía, independientemente de los otros; es decir si se puede presentar un hecho típico que no sea *ni antijurídico ni culpable*, o que sea *antijurídico y no culpable*, o *culpable y no antijurídico*¹⁷. Vuelve aquí la distinción fundamental: ¿análisis del delito en abstracto, o valoración jurídica de un hecho concreto? Respecto al delito en abstracto, único objeto de examen en sede científica, el que solo puede concernir

¹⁶ Quizás no resulte superfluo, para la mayor claridad de este comentario, recordar una objeción que años atrás tuvimos ocasión de formular a CARNELUTTI. Tratando el tema "pena y proceso", él sostenía que el concepto jurídico debía construirse no solamente sobre la ley sino también sobre su aplicación, esto es, sobre un conjunto constituido por la figura en abstracto y por el hecho, de la síntesis de este y de aquella (CARNELUTTI, "Pena e processo", en *Riv. Proc.*, 1952, 165). A lo cual observamos, que a una norma puede no seguir el hecho de su aplicación.

En un determinado país durante el período entero de vida en un Código Penal, la norma que prevé una cierta figura de delito no ha sido aplicada jamás ni ha sido reproducida en el nuevo Código. Diremos con ello que existiendo la figura legal de delito, y no el hecho, ¿el concepto jurídico de aquel delito no se puede construir? (Véase a PETROCELLI, "Pena e processo", en *Scritti giuridici* en honor de V. MANZINI, 1954, pág. 366).

¹⁷ PANNAIN, *op. cit.*, pág. 222.

a quien está en función de teórico del derecho, la cuestión de que se trató antes no es siquiera concebible. El delito en abstracto, en efecto, es aquello que es, vale decir, una figura que, con la atribución por parte de la norma de determinados caracteres, está ya construida; y por tanto no es concebible que ella esté privada de alguno de tales caracteres sin que al mismo tiempo no se considere como inexistente, o como una figura diversa, antes bien la norma misma. Si en cambio se considera la operación práctica del juez, es decir, la operación de comparación de un hecho concreto con los caracteres de la figura abstracta, es de la naturaleza misma de tal operación que se pueda llegar a establecer tanto la presencia de todos como la falta de uno o varios de aquellos caracteres.

4. EL CONCEPTO DE TIPO DE DELITO O FIGURA LEGAL ("FATTISPECIE"). FUNCIÓN ESENCIAL DEL TIPO LEGAL DE DELITO INTEGRAL. Es apenas el caso de recordar que concepciones abstractas del delito existen dos: la una constituida por el esquema legal de cada figura individual de delito; la otra, que aquí es la que más nos interesa, es el esquema del delito en general, resultante por vía de ulterior abstracción, de los elementos comunes a todos los delitos; y a la cual, por lo demás, hace mención la ley penal, toda las veces que tiene necesidad de referirse al delito en general. Una y otra se indican en la doctrina italiana con el término *fattispecie* (figura legal del delito); o también con el término alemán desde hace tiempo en uso, de *Tatbestand*¹⁸; *figura del delito particular*, la individual del delito; *figura delictiva general*, la del delito *in genere*¹⁹.

El delito, del cual buscamos los elementos, no es entonces otro que esta general *figura legal*; y el análisis del delito, en sede científica, no puede ser otro que una operación sobre la figura legal del delito, es decir, sobre el tipo de delito abstractamente descrito por la ley.

Se ha dicho recientemente que penetrar en la doctrina del *Tatbestand* es como entrar en una jungla²⁰: confesión en verdad hasta cierto punto melancólica, si se piensa que el tema antes que convertirse en la salvaje maraña que sugiere la comparación, habría debido, después de tantas fatigosas elaboraciones, estar finalmente en capacidad de absolver sus funciones clarificadoras. Los límites del presente trabajo no nos permiten una operación de desbrozamiento de esta jungla; y deberán considerarse como suficientes las líneas esenciales de lo que son, según nuestro modo de entender, el concepto y los datos esenciales de su función.

¹⁸ No ocultamos nuestra escasa simpatía por el término de sastrería *modelo*, con relativa *confección* por parte del legislador.

¹⁹ Como es bien sabido, se hace también una distinción entre *figura legal de delito en abstracto* y *figura legal en concreto*, esto es, entre el delito tipo y el hecho, el suceso que en la realidad concreta se realiza; y esto también por el uso, más o menos frecuente en la práctica, del término *figura legal* para designar el hecho concreto. Sin embargo, es de considerar que *figura legal* es propiamente término indicativo de una abstracción, y que su aplicación a entidades concretas no puede más que determinar confusión.

²⁰ SCHAFFSTEIN, *Soziale Adaquanz und Tatbestandslehre*, en *Zeitschrift f.d.g. Strafrechtsw.*, 1960, pág. 369.

Es sabido que por mucho tiempo la atención de la doctrina penalística ha estado orientada hacia un significado especial del *Tatbestand*, sobre un *Tatbestand* en sentido estricto, sobre el *hecho (fatto)* (siempre en sentido estricto) de la doctrina italiana, que comprende solamente el conjunto de los elementos objetivos que deben concurrir a constituir el delito, prescindiendo de la culpabilidad y de la antijuridicidad²¹. Bajo la influencia de BELING el realce atribuido a esta categoría había sido tal, que se había llegado, si no a repudiar, sí a poner en cierto modo aparte el concepto integral de la figura legal del delito, como comprensiva de la suma, o, más exactamente, de la síntesis de todos los coeficientes necesarios para constituir el delito. Con criterio científicamente asaz discutible, BELING considera tal concepto como maleza inútil²². A este debe en cambio restituirse plenamente la función que le corresponde (que, por lo demás, jamás ha perdido en realidad) de fundamento de la sistemática del delito, como del hecho jurídico, en general; por lo que el *Tatbestand* en sentido estricto se convierte no en otra cosa que en una parte del *Tatbestand* integral extraída de su descomposición.

No se trata, como algún autor afirma, del viejo concepto de *Tatbestand*, como si se quisiera exhumar una cosa ya sepultada, sino de un concepto que no es ni viejo ni nuevo, pero que por su naturaleza es immanente a la doctrina general del delito, como que comprende todos los coeficientes necesarios para que se produzca la consecuencia jurídica de la pena; así como es immanente a la doctrina jurídica, en general, el concepto de *Tatbestand* en sentido generalísimo atinente a todo el derecho, y que expresa el concepto de los coeficientes necesarios para que se produzca la consecuencia jurídica; el primero, como es evidente, en relación de subordinación lógica con el segundo²³. En este orden de ideas debe concluirse que para nosotros el único y verdadero concepto de figura legal de delito es el de la figura integral, y que sus partes y secciones no son más que categorías metodológicas, variables por su naturaleza según los diversos criterios de elaboración. Y es evidente que la exigencia de la correspondencia al tipo (en función de análisis del hecho concreto) debe referirse a todo el tipo, es decir, a la entera figura legal de delito, y no solo a la figura legal o *Tatbestand* en sentido estricto.

5. TIPO DE DELITO INTEGRAL Y MATERIA DE LA PROHIBICIÓN. Entendida la figura legal de delito en el sentido propio y completo como aquella que contiene y expresa todos los presupuestos de la punibilidad, es necesario, aun antes de considerar los elementos que la integran, ver cuál es la función que está llamada a cumplir en su unidad.

El principio *nullum crimen sine lege* nos parece, ante todo, que debe referirse a la figura delictiva integral, y no a una figura o *Tatbestand* en sentido

²¹ Véase principalmente a BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., y en la doctrina italiana a DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930.

²² BELING, *op. cit.*, pág. 2, en relación también con una opinión de SCHUTZE.

²³ Véase entre otros, sobre este punto, a CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, 1943, 132, quien al tratar de la *forma* del delito reclamaba la atención sobre la identidad del problema formal del delito con el de cualquier hecho jurídico.

estricto. Si, en verdad, con base en el artículo 1° de nuestro Código Penal, *nadie puede ser sancionado* por un hecho que no esté *expresamente previsto* por la ley, la previsión debe ser necesariamente tal que contenga en sí todos los factores necesarios para la punibilidad; esto es, debe ser precisamente el esquema integral, comprensivo de todos los elementos que constituyen el delito, indicativo de todos los límites que separan el delito del no delito; contener, en definitiva, todo aquello que hace que un hecho sea objeto de la prohibición jurídicopenal.

Lo anterior nos conduce a advertir que, en nuestra opinión, por las mismas razones inherentes al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no se puede acoger el criterio que se refiere a un *Tatbestand* en sentido estricto, entendido explícitamente solo como uno de los presupuestos de la punibilidad, la llamada *materia de la prohibición (Verbotsmaterie)*²⁴. En sentido propio, en efecto, materia de la prohibición no puede ser sino el hecho que esté provisto, sin residuos, de todos los factores por los cuales se convierte en jurídicamente prohibido. El causar la muerte a un hombre, no basta, en sí y por sí, para constituir el objeto de la prohibición del artículo 575 del C. P., debiendo lógicamente excluirse de tal materia los casos en los cuales la muerte, que aun siendo objeto de la prohibición, es, al contrario, materia del cumplimiento de un deber o del ejercicio de una potestad jurídicamente reconocida (muerte del enemigo en guerra, etc.). El verdadero *Tatbestand*, y por consiguiente el contenido imperativo de la norma del homicidio, no es *tú no debes matar*, sino *tú no debes matar voluntariamente y sin justificación*.

Indudablemente existe una operación en el curso de la cual, para los fines de una eventual inclusión en una figura legal de delito, puede ser objeto de examen un tema que más tarde resulta extraño a tal modelo legal; pero esta es la otra operación, aquella práctica que parte del hecho concreto para remontarse al abstracto de la figura legal, no la operación que la analiza en sí.

La figura legal penal contiene por lo mismo, precisamente, la indicación del hecho punible; más concretamente: todos los coeficientes necesarios para la consecuencia jurídica de la pena. Esencial, por tanto, a esta noción es la indicación de estos coeficientes, entendidos en su relación de causalidad jurídica con la pena. En qué términos deba la norma determinar tales coeficientes no es posible establecerlo con absoluto rigor; se puede decir solamente que debe tratarse de una determinación del hecho punible de suerte que, si bien traducéndose en una figura abstracta, sea idónea para establecer los caracteres generales. Indicación, por tanto, no descripción. Esta podrá ser una modalidad más o menos frecuente de la figura legislativa, no un modo de ser esencial. Por lo demás, cuando la figura legal aparezca descriptiva, lo será siempre solo dentro de los límites de su abstracción, es decir, sin dejar de ser un esquema genéricamente indicativo, respecto del cual, en caso de aplicación, deberá siempre cumplirse por el juez la función de adaptación. La función de la figura legal, en definitiva, no puede (no debe) consistir en fijar los ca-

²⁴ WELZEL, *op. cit.*, pág. 52.

racteres del ilícito de tal modo de agotar toda posibilidad de ulterior determinación, sino en una indicación que recoja lo esencial del comportamiento punible y constituya una delimitación idónea para los fines de la aplicación (eventual) a los casos concretos.

6. EL ANÁLISIS DEL DELITO COMO ANÁLISIS DE LA ENTIDAD NORMATIVA. Si es la norma la que determina los comportamientos punibles es evidente que cada uno de ellos, considerado como categoría abstracta, es decir como tipo, no puede ser más que una entidad normativa. El análisis del delito por tanto no es otra cosa que el análisis de una entidad normativa. Lo cual tiene un significado previso: vale decir que de cualquier manera como el legislador se haya referido a los hechos que existen y se manifiestan en la realidad, aquello que verdaderamente importa a la esencia jurídica de la figura legal de delito es la idea que de aquellos hechos concibe y presenta la norma.

Que esta configuración surja frecuentemente de la experiencia o que en ello se inspire; que, sin más, en algunos casos no se exprese de otra manera sino mediante la remisión a una entidad real percibida por la experiencia, no quita en lo más mínimo que lo esencial y lo jurídicamente válido que está en ella es solamente el hecho típico que surge de la estructura de la norma. Indudablemente el legislador trabaja sobre la experiencia y se encuentra frente a situaciones reales que lo inspiran y lo influyen; pero nosotros negamos que estos hechos, que estas estructuras ontológicas, como hoy se estila decir por algunos, constituyan un vínculo, y tanto menos un vínculo absoluto. Nadie está en grado de negar que el legislador, en el incesante desenvolvimiento de la vida, se vea precisado a contemplar y a hipotetizar tipos de comportamiento de los cuales no existe rastro en la realidad preexistente, y con respecto a los cuales aún más neta y, podríamos decir, más pura se manifiesta la esencia normativa. El derecho está muy lejos de estar integrado solamente por comprobaciones de la realidad existente, mientras que, especialmente en la vida social, tiende a empujar, a imprimir, a crear, no a vincularse a estructuras preconstituidas. Como justamente fue observado, el legislador debe obrar de tal modo que no ponga disposiciones que estén en contraste con la realidad; pero sería de otra parte puro arbitrio contradecir o eludir valoraciones o tomas de posiciones del legislador con vista en presuntos contenidos ontológicos²⁵. Alguno ha considerado que se puede controvertir la legitimidad científica del criterio positivo que *escogita* un concepto de acción para el derecho penal en cambio de limitarse a descubrirlo²⁶. Nosotros discutimos, al contrario, la legitimidad jurídica de un método filosófico que pretenda imponer límites a las determinaciones y elaboraciones del legislador.

Si el modelo legal de delito considerado en su unidad es una entidad normativa, tal carácter no puede menos que reflejarse en los elementos en los

que viene descompuesto en el procedimiento de análisis. Entidad normativa la figura legal de delito en su conjunto, entidades normativas los elementos individuales que la constituyen²⁷. Lo cual implica que todos estos elementos

²⁷ Con estas aclaraciones consideramos resuelta por nuestra cuenta la vieja cuestión relativa al carácter *normativo* o *naturalístico* de la conducta. Puede, sin embargo, no resultar superflua alguna consideración, que nos es sugerida, entre otras, por una opinión de VASSA, acerca de la orientación de GRISPIGNI a tal propósito. Se atribuye a GRISPIGNI la aceptación de un concepto *normativo* sobre base *naturalística* de conducta, un concepto —se dice— “francamente normativo” pero “otro tanto francamente basado sobre una sólida base naturalística, anclado a esta como premisa y límite que ningún derecho penal digno del nombre de derecho puede olvidar” (VASALLI, *op. cit.*, 307). Quizás estemos equivocados, pero la última proposición nos hace pensar en una intrusión de elementos ideológicos, en una cuestión que es en el fondo exclusivamente formal. De todos modos, nos preguntamos: ¿es posible esta combinación de *normativo* y *naturalístico*? Y ¿qué verdaderamente puede significar esta “base naturalística” de un concepto *normativo* de conducta?

No puede tratarse, según nuestra opinión, de la referencia a un *quid* prejudicial atinente a la fase de formación de la norma, a una, digamos así, base naturalística entendida como inspiración, es decir, proveniente de la realidad humana y social que obre sobre el legislador. Y esto porque el objeto de nuestro estudio es la norma ya construida, cualquiera que sea la inspiración (y aparte, se entiende, de la eficacia para el intérprete del conocimiento de esta inspiración). De otra parte, si el término “naturalístico” contiene la idea de lo real, de lo sensible, ¿cómo fundirlo con lo típico, con lo abstracto, con lo conceptual que es lo esencial de la norma? Oigamos al mismo GRISPIGNI. El distingue rigurosamente, como es sabido, entre el delito como institución jurídica y el delito como hecho concreto, entre la figura legal, y la realización de la misma, e insiste en aclarar que el delito como hecho no es sino el objeto del proceso concreto, mientras que el objeto de la dogmática no puede ser otro que el delito como instituto jurídico (*op. cit.*, 10). Con base en este criterio, compartido plenamente por nosotros (no obstante la locución “delito-instituto jurídico”, que no nos satisface), en el ámbito del delito-instituto jurídico, esto es, de la figura abstracta, una base naturalística del concepto de conducta no sería concebible. Sin embargo, es el mismo GRISPIGNI quien en otro punto de su exposición (pág. 28) parece apartarse de esta orientación, cuando expresamente declara que “el concepto de conducta es un concepto naturalístico, no normativo”. Viene de inmediato la cuestión de cómo resolver esta contradicción. Pero, la contradicción es en realidad solo aparente, porque cuando GRISPIGNI atribuye a la conducta carácter naturalístico, parte de un concepto de conducta que no es el abstracto del delito-instituto jurídico, al cual es referible la normatividad. En efecto, después de haber afirmado que el concepto de conducta es un concepto naturalístico y no normativo, agrega inmediatamente después que no es ni siquiera un juicio de valor “porque el movimiento o la inercia del cuerpo de un sujeto es *comprobable objetivamente*”; precisando, además, que para que una conducta pueda constituir ilícito es necesaria la correspondencia a la figura legal: proposiciones que a nosotros nos parecen evidentemente referibles a la conducta en concreto no a la conducta en abstracto, a la conducta de valorar en el suceso concreto, no a la conducta de definir, como elemento (abstracto) de la figura abstracta.

Esta desviación, según nosotros, aun para autores —como GRISPIGNI— muy preocupados por el aspecto teórico del fenómeno jurídico, no puede explicarse sino como una incontrolada atracción hacia lo concreto. Sentada la distinción entre delito-instituto jurídico y delito-hecho, el examen de los elementos del delito ha debido desarrollarse rigurosamente en relación con la primera categoría, en cambio deriva sobre la segunda. Ha debido tener como objeto los coeficientes fijados por la norma para la figura legal de delito, y en cambio, se deja atraer hacia aquello que es *comprobable objetivamente*, vale decir, hacia las notas concretas del hecho que deben compararse con los elementos abstractos de la figura legal: fenómeno no raro en la doctrina. Si así es, nos parece que encuentra su explicación en el hecho de que GRISPIGNI, después de haber afirmado que objeto de la dogmática no puede ser otro que el delito-instituto jurídico, esto es, la norma, se encamina sucesivamente a afirmar que el concepto de conducta es un concepto naturalístico, no normativo. Explicación pues, no justificación tam-

²⁵ MEZGER, *Einleitung* al *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, 1957, pág. 4.

²⁶ WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale, in Jus*, 1952, pág. 32.

se presenten también al intérprete como de naturaleza igual y sobre el mismo plano. Bajo este aspecto, como no existe ningún elemento que se sustraiga al carácter de normatividad que es de la figura legal en su conjunto, no existe tampoco ninguno al que le pueda corresponder este carácter de modo particular, diferente de los otros, de suerte que pueda afirmarse, por ejemplo, que la normatividad de la culpabilidad constituye algo diverso de la normatividad de los otros elementos.

En el ámbito del modelo legal de delito en abstracto también el hecho es una entidad normativa; no podría ser de otra manera, dado que de la normatividad integral, este, como los otros elementos, no es más que una parte, un aspecto, momentáneamente separado del conjunto por exigencias del análisis. A este propósito nos parece del todo ilusoria la idea de una heterogeneidad que algunas veces se ha creído encontrar entre uno y otro de los elementos. Los cuales son en su contenido indudablemente diferentes entre sí (y esto resulta lógicamente de la misma necesidad de la descomposición analítica que lo pone en evidencia); pero no lo son, en manera alguna, en su esencia general y desde el punto de vista de su posición en la figura legal, que es igual para todos²⁸.

Ello exige, además, que cada uno de los elementos deba ser considerado como factor estructural, como componente intrínseco de la figura delictiva, es decir, como parte de aquel conjunto de coeficientes que constituyen la entera figura típica. También los términos "antijuridicidad" y "culpabilidad", por tanto, no son otra cosa que expresiones indicativas de un contenido que, según la descripción de la norma, concurren a formar intrínsecamente la estructura de la figura legal de delito: algo, en otros términos, que el intérprete, lejos de construir, debe solamente hacer objeto de su reconocimiento.

bién porque, descendiendo a considerar una conducta (que debe ser correspondiente al tipo, etc.) nos encontramos ya en lo concreto, en lo real, es decir, por fuera del concepto.

Dicho lo anterior, no creemos poder compartir la atribución formulada a GRISPIGNI de un concepto de conducta "normativo sobre base naturalística", considerando imposible, en el análisis de la figura abstracta, la combinación entre los dos conceptos.

Para nosotros, que actualmente sostenemos el carácter esencialmente normativo de la conducta (abstracta considerada), puede suceder que alguien quiera hacer el cargo de haber sostenido en el pasado una idea diversa, aquella que VASALLI (*op. cit.*, 321- nota) califica, en cierto modo, ecléctica. No nos lamentamos.

El tiempo pasaría para el estudioso inútilmente si no sirviera algunas veces para hacerlo cambiar y, posiblemente, mejorar su pensamiento.

²⁸ Infundada resulta por consiguiente la afirmación según la cual serían de "mero hecho" aquellos elementos de la figura legal "que el ordenamiento jurídico no crea, sino que recobra en la realidad a él preexistente" (RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, 1937, 42).

Aquí puede tratarse solamente de imprecisiones terminológicas, pero la ocasión es igualmente buena para relevar que los elementos de la figura legal no son ni pueden denominarse elementos "de hecho", aun cuando la construcción de la norma se inspire en experiencias de hecho. Se trata de elementos que, por su misma abstracta naturaleza, tienen una existencia meramente ideal. A la cual puede por el contrario no corresponder, en el mundo de la experiencia, alguna existencia "de hecho", en nada impidiendo que el legislador, bajo el impulso de las siempre nuevas y apremiantes exigencias de la vida social, pueda también intuir e hipotetizar, como lo hemos resaltado ya, tipos de comportamiento de los cuales no existe muestra alguna en la realidad preexistente.

7. OBJETO DE LA VALORACIÓN Y VALORACIÓN DEL OBJETO. AUSENCIA DE FUNDAMENTO DE ESTA DIFERENCIACIÓN. La identidad de esencia estructural en todos los elementos del delito deberá resultar con mayor evidencia si se considera atentamente la naturaleza de la operación mental que precede al examen de cada uno de ellos. Para aclarar este punto asaz delicado, es necesario empezar desde aquella posición doctrinaria desarrollada en Alemania por GRAF ZU DOHNA y acogida sucesivamente por otros, según la cual, en la consideración de los elementos del delito, sería necesario distinguir de una parte *el objeto de la valoración*, esto es, la acción en sus coeficientes objetivos y subjetivos, y de la otra, la *valoración del objeto*, vale decir, el juicio de antijuridicidad y el juicio de culpabilidad²⁹.

Algunos de los aspectos de esta posición tendrán otro desarrollo en seguida; pero aquí, frente a una valoración general del concepto de figura legal del delito y de su análisis, lo que importa considerar es la distinción, o, mejor, la contraposición, enunciada antes, y sobre todo el carácter de juicio, la esencia meramente valorativa que se quería atribuir por algunos a los dos elementos que convenimos en denominar antijuridicidad y culpabilidad³⁰; idea que tuvo su manifestación peculiar en el desarrollo de la llamada doctrina normativa de la culpabilidad.

Es innegable que, por vía general, cuando en la exposición común como en la jurídica, se dice que una acción es antijurídica o que una acción es culpable, se emite indudablemente un juicio, y además la idea de que un juicio es intrínseco a los conceptos de antijuridicidad y de culpabilidad. Pero no es precisamente sobre esto que debe versar nuestro examen. Se trata, en cambio, de ver si, acogido el criterio de la partición del delito en los tres elementos del hecho, de la culpabilidad y de la antijuridicidad, el segundo y el tercero de tales elementos pueden, en su contenido y en su naturaleza, reducirse, como se quería, a un juicio, concentrando todo el contenido estructural solamente en el primero, esto es en el hecho. Ahora bien, esta idea de la antijuridicidad y de la culpabilidad como juicio no puede, en nuestro sentir, ser examinada con seriedad sino tomando en atenta consideración tres puntos esenciales: el *sujeto* que cumple la valoración, el *objeto* de la valoración, y el *momento* al cual va referida la valoración.

Puede ser útil comenzar por el último de estos tres puntos: como nos hemos esforzado en ratificar en estas páginas, tenemos del fenómeno jurídico delito dos momentos: el momento *abstracto* y el momento *concreto*; el momento en el que el delito no es más que un esquema, una hipótesis formulada por la ley; y el momento en que se tiene un hecho real concreto, del cual es necesario verificar la correspondencia con los caracteres esenciales del esquema

²⁹ ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 1950, págs. 11 y ss. Véase para una adhesión casi total a WELZEL, *Strafrecht*, pág. 122 y a NIESE, *La teoria finalistica dell'azione*, en *Jus*, 1951, pág. 264.

³⁰ Sobre este argumento y aparte de cuanto se dirá en seguida, remitimos al lector a la tratadilla hecha por nosotros en otro lugar. Véase a PETROCELLI, *La colpevolezza*, ed. 1951, págs. 88 y ss., en particular, págs. 103 y ss.

abstracto. Conviene tener presente, para mayor claridad, también otro momento fuera de estos dos, un momento anterior: aquel en que el legislador, con base en las necesidades y en los impulsos de la vida social, determina para los fines de la formación, de la norma, cuales son los hechos a los cuales conviene atribuir los caracteres y los efectos del delito. De modo que tres momentos, que en sustancia corresponden a la formación de la norma, a su posición y presencia en el ordenamiento, a su actuación.

¿A cuál de estos tres momentos hay que referir, de modo verdadero y propio, el análisis del delito?

Procediendo por exclusión, se advierte de inmediato que al análisis (teórico) del delito no deben referirse ni el primero ni el tercero de estos momentos: no debe referirse el primero, que es ya pasado, pues el legislador ha cumplido ya sus valoraciones al introducir la norma en el ordenamiento; no el tercero, que no se refiere a la norma sino al caso concreto, el cual, además de todo, puede no realizarse jamás. No queda pues por referir el análisis del delito sino al segundo de aquellos tres momentos, y consiguientemente a la consideración del tipo abstracto de delito fijado por la norma³¹. No es inoportuno recordar que este momento puede ser, por así decir, o aislado, en el sentido de que se procede al análisis de la figura del delito pura y simplemente, como lo hace el autor que describe el delito en general o una o varias figuras de delito, sin que deba proceder a la aplicación de la norma; o también vinculado al tercero, es decir al momento de la aplicación, en el juez, para cumplir la confrontación entre el hecho concreto y el tipo abstracto de delito, debe ante todo, proceder a la interpretación de ese tipo abstracto. Pero, en uno y en otro caso, se tratará siempre de un momento o de un examen autónomo; autónomo en el primero porque no existe aplicación; autónomo en el segundo, porque el análisis del tipo abstracto es la premisa de la aplicación, y como tal debe tener su cumplimiento y propio desarrollo antes de la operación aplicativa.

³¹ La necesidad de determinar exactamente este momento aparece evidente de las confusiones que en este campo se pueden verificar, por lo cual consideramos conveniente recordar cuanto ya tuvimos ocasión de expresar en otra oportunidad (PETROCELLI, *La colpevolezza*, 105-106). Dijimos, con una enunciación análoga a la de GRAF ZU DOHNA (objeto de la valoración y valoración del objeto), que el primero de los elementos del delito, en cuanto susceptible de percepción sensorial, sería objeto de una comprobación, mientras que los otros dos serían objeto de una valoración, es decir, de un juicio de valor. (BETTIOL, *Il problema penale*, 85). Aquí, como resulta evidente, existe, aun cuando inadvertido, un desplazamiento de planos, una falta de distinción entre el hecho jurídico en abstracto y el hecho concreto; entre el hecho jurídico que, a la medida de la norma, el intelecto concibe como tipo y el hecho individual que los sentidos perciben en la realidad. El primero, es decir, el hecho jurídico abstracto, el esquema legal del hecho jurídico, no es jamás, en ninguno de sus elementos, susceptible de percepción sensorial, porque con él nos encontramos en el campo de una idea, que permanece necesariamente tal, operación del pensamiento y no de los sentidos, para todos indistintamente y no solo para este o aquel elemento o elementos que la componen; el segundo, es decir, el hecho concreto, con el fin de establecer la correspondencia o no al esquema abstracto, debe ser objeto de comprobación no ya para este o aquel solamente sino para todos los coeficientes que lo constituyen. Observaciones análogas se presentan para la otra proposición de BETTIOL según la cual el delito estaría constituido "por un hecho del reo y por dos valoraciones del juez (antijuridicidad y culpabilidad)" (*Diritto penale*, Prólogo a la 2ª ed.). Con la valoración del juez nos encontramos, como es evidente, en el campo de lo concreto, en el momento aplicativo y no en el teórico.

Dicho lo anterior, se puede pasar de los momentos a que se refiere el análisis al sujeto que procede al análisis mismo. Este sujeto no puede ser ciertamente el legislador, cuyas valoraciones se han agotado y forman ellas mismas el contenido de la norma. Y menos el juez, haga lo que haga en la segunda fase de su actividad, es decir, en cuanto juez del caso concreto, y en cuanto ejerce la función de aplicación de la norma, ya interpretada, para el caso³². No queda por tanto sino el intérprete; el intérprete, en cuanto obra para determinar el contenido de la norma abstracta, sea con propósito meramente teórico, sea con finalidad práctica.

Colocado el momento, colocado el sujeto de la investigación, aparece claro el objeto, esto es, la norma, y más precisamente el esquema abstracto del delito que ella contiene.

Ahora, si con el fin de un mejor conocimiento de este esquema abstracto, se auspicia la distinción en partes (elementos) para examinarlas separadamente, cada uno de ellos, en el ámbito de este examen, debe necesariamente conservar su naturaleza. La cual no podrá ser sino conforme a la naturaleza del objeto completo, es decir, de la figura íntegra delineada por la norma. Y si esta figura no es otra que un tipo de conducta humana, parece evidente que cada una de aquellas partes no podrá ser constituida sino por uno de los aspectos o momentos de esta conducta, de uno de los coeficientes intrínsecos estructurales de la misma. Convencionalmente es aceptable que para indicar dos de estos coeficientes, se hayan adoptado los términos "culpabilidad" y "antijuridicidad", que contienen en sí la idea de un juicio, mas no puede pretenderse transformar en juicios los elementos que con ellos se entiende designar. Los cuales permanecen siempre como elementos estructurales de la conducta, factores sobre los cuales debe recaer el análisis, no diversos en su esencia y en su posición, del primero, que hemos convenido en denominar "hecho". La culpabilidad está constituida por elementos psicológicos de la conducta; y lo que llamamos antijuridicidad (bien distinta, como veremos, de la antijuridicidad propiamente dicha) por aquellos aspectos o caracteres de la conducta misma que le dan tal contenido de manera que se excluya que ella haya sido realizada en condiciones de licitud. Por consiguiente, no es objeto de la valoración por una parte y de valoración (de culpabilidad y antijuridicidad) de la otra, sino todo el objeto, explicado ante el análisis de sus diversas partes, con idéntica estructura para cada una de ellas.

De ahí se concluye que es idéntica la operación intelectual que el sujeto del examen cumple tanto respecto de cada una de las diversas partes de la figura abstracta, como como de cada uno de los elementos del delito. Operación que está dirigida a indagar qué es lo que la norma ha establecido como esencial para que se produzca la consecuencia jurídica, cuáles deben ser, en otros términos, los caracteres de la conducta punible; esto es —para todos los elementos—, solamente interpretación, no ya juicio, o, si acaso, juicio solamente en el sentido en que puede

³² Es superfluo decir que no es relevante para una consideración de la función del juez el hecho de que en la práctica ella pueda desarrollarse desordenadamente, y con una confusa mezcla de las dos fases. Lo que importa es el reconocimiento lógico de la existencia de las dos fases y de las relaciones en que se encuentran.

ser considerada juicio la interpretación. Juicio en sentido propio y específico, será la operación del juez que refiere a un hecho concreto los caracteres distintivos de un tipo de delito; pero esta —como lo hemos advertido repetidamente— es operación distinta del análisis teórico de la figura legal del delito.

II

8. EL "HECHO" ("FATTO"). LA DISTINCIÓN DE LO OBJETIVO Y DE LO SUBJETIVO. Son muchos, como es sabido, en la legislación y en la doctrina los significados que asume el término "hecho"³³. Pero aparte de todas las distinciones y de las cuestiones que se derivan, lo que aquí verdaderamente interesa es el significado que debe atribuirse a la categoría del "hecho" en la consideración tripartita del delito. No hay duda que si se mira a la calificación jurídica, esta tiene como su objeto el hecho completo, en la totalidad de sus coeficientes objetivos y subjetivos. Pero si, en obediencia a la exigencia general que lleva a conocer el objeto analíticamente, se llega, según la conocida tripartición, a considerar el hecho como uno de los elementos del delito, es evidente que en tal caso por "hecho" deberá necesariamente entenderse una entidad constituida por una parte solamente de la figura legal del delito. Y si es así, las objeciones y reservas planteadas algunas veces a una concepción restringida del hecho no tienen en relación con este punto de vista, razón de ser³⁴. Si entonces nos ponemos a examinar cuál pueda ser en el procedimiento de análisis el criterio más adecuado para delimitar el contenido del "hecho", nos encontramos de inmediato frente a una natural disposición de la mente humana, que es conjuntamente, en la vida del derecho, una constante orientación de la doctrina y de la práctica: vale decir la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo. Está en el orden natural de las cosas, que, en la consideración de los comportamientos humanos, el intelecto se dirija en forma preliminar a aquellos que se manifiestan exteriormente, encaminándose sucesivamente al examen de los coeficientes internos, a los cuales faltaría por otra parte, sin aquel presupuesto, el necesario punto de referencia. Este orden de la investigación nos lleva, de modo natural, a la consideración de las figuras abstractas de comportamiento delineadas por la ley.

Lejos por tanto de haber sido superada la distinción de lo objetivo y de lo subjetivo, se la debe reivindicar sin vacilación como la más clara plataforma, como el criterio metodológico más útil para el análisis del delito. El aspecto objetivo y el aspecto subjetivo constituyen una innegable realidad del hecho humano; y si existen como realidad, no es de dudar que sean idóneos para

³³ Véase una exposición suficientemente prolija en nuestros *Principi di diritto penale*, ed. 1955, págs. 239 y ss.

³⁴ Contra una acepción restringida del hecho en nuestra doctrina, véase a ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 139; a NUVOLONE, *Il limitaciti della norma penale*, 1947, págs. 16 y ss.; y más recientemente, a PAGLIARO, *Il fatto di reato*, 1960, en particular, págs. 107 y ss. Sobre el argumento cfr., aun cuando con conceptos propios, GALLO, *Il dolo-oggetto e accertamento*, 1953, págs. 38 y ss.

formar separada y distinta materia de investigación, sin que ello importe, de manera alguna, ruptura de la síntesis en la cual, indiscutiblemente, se fundan. Que sin embargo la distinción de lo objetivo y lo subjetivo no se presente siempre fácil en igual medida, es otra cuestión, que nada quita a la normal y lógica admisibilidad de la distinción misma. Ciertamente hay tipos delictivos en los que la previsión legislativa está descrita y expresada en forma que convergen, podríamos decir, centralmente sobre el elemento subjetivo, haciendo de este el supuesto esencial de caracterización del delito, como por ejemplo, en las figuras de delito previstas en los artículos 243, 252, 264, 287 y 290 del C. P.: esto es, *tener inteligencia con el extranjero, consumir fraude, incumplir deslealmente el mandato recibido, usurpar el poder público, vilipendiar, etc.* Pero todo esto no impide ni la validez de la consideración tripartita de los elementos del delito, ni la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo.

La existencia del elemento objetivo es también en estos casos lógicamente innegable; y se puede, inclusive, considerar que tal elemento se halla en estas figuras legales de delito previsto en forma abierta, vale decir, realizable mediante cualquier manifestación objetiva que contenga el factor subjetivo idóneo para la configuración del delito.

Todos los elementos objetivos, de una parte, y todos los subjetivos, de la otra: unos en la categoría del hecho, otros en la categoría de la culpabilidad. Además, deben ser incluidos en esta también los llamados elementos subjetivos del ilícito³⁵ concepto que, según una parte de la doctrina alemana, sería un fecundo descubrimiento, mientras que apenas son una abstrusa complicación, una inútil y dañosa ruptura de la unidad de los verdaderos coeficientes subjetivos³⁶.

9. HECHO Y CONDICIÓN DE PUNIBILIDAD. Componentes del hecho son por tanto la acción (se entiende los coeficientes objetivos de la acción) y el evento³⁷.

Pero puesto que se ha dicho que la categoría del "hecho" debe estar constituida por todos los elementos objetivos, surge la cuestión de si en el ámbito del hecho deben quedar comprendidas también las condiciones objetivas de punibilidad.

Con las mayores reservas con respecto a la importancia de esta categoría, sobreestimada por la doctrina penalística, observamos que la respuesta a la

³⁵ En este sentido véase también a GRISPIGNI, *Diritto penale*, II, pág. 133.

³⁶ Sobre los llamados elementos subjetivos de la antijuridicidad, véase nuestra *Antigiuridicità*, II, 1951, págs. 67 y ss.

³⁷ El término de la acción, como también los equivalentes de conducta y de comportamiento, reclaman, en su significado más propio, la idea de la acción en su intergridad, y por lo mismo en la síntesis de los elementos objetivos y subjetivos. Como resultado de la distinción entre objetivo y subjetivo ilustrada en estas páginas, aparece momentáneamente aislada la parte objetiva de la acción. Si no existiera la necesidad de comprender en el "hecho" otros coeficientes objetivos (evento, condiciones de punibilidad) a la parte objetiva de la acción bien se habría adaptado el término "hecho", entendido como el hecho del hombre. Pero atribuida al "hecho" más amplia extensión, dar una denominación, en el ámbito de él, al hecho del hombre, conducía por necesidad a servirse, en un reducido significado objetivo, de los términos de acción o conducta. Un significado convencional pues, hecho necesario por las exigencias de la partición que no puede ni debe entrañar aquel integral de acción o de conducta en un sentido completo. Sobre el uso del término conducta en este significado reducido, véase a GRISPIGNI, *op. cit.*, II, págs. 11 y ss.

cuestión encierra la consideración de las relaciones entre condiciones de punibilidad y figura legal del delito, entre condición y elementos del delito. Si el concepto de figura legal del delito, como el que corresponde al de hecho jurídico, debe considerarse, como lo sostenemos nosotros, estrechamente vinculado al principio de la idoneidad para producir la consecuencia jurídica (sin lo cual a la categoría le faltaría toda eficiencia lógica y jurídica), es evidente que en el campo penal tal concepto no puede reducirse a comprender solamente la acción y sus consecuencias relevantes para el derecho, sino que debe necesariamente extenderse para que incluya también cualquier otro factor que, según la ley, sea necesario para que se produzca la consecuencia jurídica de la pena. De donde se concluye que también la llamada condición de punibilidad debe entenderse incluida en la figura legal del delito.

La misma explicación vale con respecto a la relación entre condición de punibilidad y delito. La afirmación, bastante frecuente³⁸, de que la condición de punibilidad es extraña al delito, a la cual sustancialmente accede la otra afirmación según la cual se tendría —a veces— una figura delictiva más comprensiva del delito³⁹ no nos convence. En este caso, evidentemente, el término “delito” está tomado en el significado del lenguaje común y no técnico, que ve esencialmente en el delito el hecho del hombre, el delito como acción. Pero si, como es necesario sobre todo en tema de análisis de la figura legal del delito, mirarlo como hecho jurídico-delito, puntualizando —también aquí— la noción relativa a la idoneidad para producir la consecuencia jurídica, no hay duda de que esta idea de la condición extraña al delito debe rechazarse, como también la que sostiene que la condición es un *quid pluris* con respecto al delito⁴⁰. Lejos de ser un *quid pluris*, no existe delito sin este *quid*, cuando la ley lo requiera. Análoga consideración vale contra la opinión que incluye la condición de punibilidad en la definición del delito (en el *Tatbestand* en sentido amplio), pero la considera al mismo tiempo por fuera de los elementos del delito⁴¹. Elementos de la figura legal de delito y elementos del delito, esto es, en la figura legal integral y del hecho jurídico-delito, son la misma cosa: no es posible la inclusión de la condición en una categoría, que no lo sea también en la otra.

Teniendo en cuenta todo cuanto se ha dicho, ¿qué suerte puede esperar a la afirmación, no poco difundida, de que la condición de punibilidad es extraña al hecho?⁴² La respuesta es simple, ya que todo depende de los límites que (con diverso criterio metodológico) se convenga en atribuir a la categoría del hecho. Si por “hecho” se quiere entender solamente el conjunto de los elemen-

³⁸ Véase por todos a F. ALIMENA, *Le condizioni di punibilità, passim*.

³⁹ DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva*, págs. 42 y ss.

⁴⁰ Un *quid pluris* la considera ALIMENA (*op. cit.*, págs. 155 y ss.).

⁴¹ WELZEL, *op. cit.*, pág. 153. Es menos aceptable la opinión de GRISPIGNI, según el cual (*op. cit.*, 16) las condiciones no se refieren a la existencia del delito sino solamente al delito de penar, en el sentido de que el hecho sería punible pero quedaría suspendida la aplicación concreta de la pena. La confusión de lo abstracto con lo concreto no podría ser más evidente.

⁴² Véase autores citados por DELITALA (*op. cit.*, 76) y más recientemente MUSOTTO, *Diritto penale*, I, 1953, pág. 129.

tos objetivos atribuibles por voluntad o por causalidad al agente, la condición queda por fuera del hecho; y en tal caso queda aún abierta la cuestión acerca de su ubicación en la figura del delito. Si, en cambio, por hecho se entiende el conjunto de todos los elementos objetivos de la figura delictiva, la condición queda incluida en el hecho, y por consiguiente no podrá calificársela como elemento extraño a este. Esta solución nos parece preferible no solo por su sencillez sino porque de este modo entra la condición en el todo que constituye, frente al legislador, el objeto, o, podríamos también decir, la causa de la calificación jurídica. Como tuvimos ocasión de observar en otro estudio⁴³, si para la punibilidad de una determinada conducta se ha previsto por la ley una condición, esto sustancialmente significa que en relación con aquella conducta el interés del Estado para hacerla punible nace solamente con el surgimiento de la condición, y que por fuera de esta, la conducta permanece indiferente desde el punto de vista jurídico-penal⁴⁴.

Es del caso preguntarnos, finalmente, si se puede tomar como segura la noción que comúnmente se ofrece de la condición de punibilidad, como la de un factor que no tiene ninguna relación con la conducta del agente ni desde el punto de vista de la voluntad, ni el de la causalidad. Sin pretender profundizar, en esta ocasión, el punto, nos parece en extremo difícil encontrar una condición de punibilidad en la que aquellas dos relaciones, en especial la segunda, puedan excluirse *in radice*, mientras que debe considerarse que cuando tales relaciones faltan nos encontramos frente, más bien, a una condición de procedibilidad. Criterio más seguro nos parece aquel según el cual las dos indicadas relaciones, de voluntad y de causalidad, deben considerarse para la condición de punibilidad como jurídicamente irrelevantes. A la ley no le interesa que el evento constitutivo de la condición haya sido querido y producido por el agente: le interesa solamente que exista. Se trata, pues, no ya de la ausencia de las relaciones de voluntad y de causalidad sino de su irrelevancia jurídica.

10. EL HECHO COMO ELEMENTO OBJETIVO DEL TIPO LEGAL DEL DELITO. La importancia que en los últimos años ha tenido, inclusive en Italia, la noción de *Tatbestand* (en sentido estricto) elaborada por BELING, ha hecho surgir poco a poco la idea de una coincidencia entre esta y la del “hecho” de la doctrina italiana. Pero, aparte de la coincidencia, que no es total, si no fuera por la inclusión en el esquema belingiano también de aquel rudimentario elemento subjetivo que es la voluntad incolora, lo que importa reafirmar es que la noción de hecho tiene orígenes bien diversos y lejanos, evidentesísimos en la doctrina y en la práctica judicial de nuestro país. Ella debe reportarse, entre otros, a la *imputatio facti*, entendida por los prácticos como presupuesto de la *imputatio juris*; y en época más reciente, ciertamente mucho antes de BELING, encuentra su peculiar expresión en la doctrina de la “fuerza física” de CARRARA y especialmente en el concepto, según el cual, de la fuerza externa surge el elemento

⁴³ PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., pág. 675.

⁴⁴ Véase más o menos en este sentido, de último a PAGLIARO (*op. cit.*, 229).

material o su *esencia de hecho*⁴⁵; de donde surge evidente la limitación de esta esencia de hecho a factores puramente objetivos. En la elaboración de DELITALA, si bien desarrolla con su conocida penetración y finura las cuestiones que surgen en torno al *Tatbestand* beligniano, nos parece que los motivos originarios de su inspiración provienen en forma prevalente de nuestra tradición doctrinal.

En realidad el concepto de hecho en sentido estricto, lejos de ser una reciente invención de la doctrina penalística, se remonta a la natural tendencia analítica a la que nos hemos referido, y que busca distinguir (sin separar) lo externo de lo interno, lo objetivo de lo subjetivo, y contra la cual se estrella cualquier elaborada sutileza en sentido contrario.

Lo que luego nos induce a considerar como preferible para designar el hecho como *elemento objetivo del modelo legal de delito* (antes que como *figura delictiva objetiva* o *figura delictiva en sentido estricto*), denominación que, de un lado la hace aparecer más evidente como una parte de la figura integral, y de otro, más claramente como la expresión del contenido objetivo. Es necesario considerar además que, encontrándonos con el "hecho" frente a una categoría metodológica, aquello que se debe tener especialmente presente es el carácter convencional de la noción; para lo cual, por tanto, no es necesario, y quizá tampoco útil, buscar iguales o análogos significados del término en normas positivas, a las cuales les corresponde propia y eventualmente una interpretación diversa.

11. EL "TATBESTAND" EN SENTIDO ESTRICTO SEGÚN LA DOCTRINA DE BELING. El principal defecto de la doctrina beligniana, como ya quedó anotado, fue el de haber querido hacer a un lado el verdadero concepto del *Tatbestand*, es decir, el *Tatbestand* en sentido amplio, y el haber querido, de contera, hacer del *Tatbestand* en sentido estricto el punto central (*mittelpunkt*) de la construcción, y, por tanto, una categoría en cierto modo autónoma en vez de una parte de la figura integral. En la más reciente doctrina alemana no se deja, en verdad, de poner en evidencia al lado de la figura delictiva en sentido estricto (*Tatbestand im engeren Sinne*) la figura integral como totalidad de los presupuestos de la punibilidad (*Tatbestand im weiteren Sinne*). Pero antes de pretender fijar la interdependencia y coordinación de los dos conceptos, se declara inmediatamente y de modo enérgico la neta separación, afirmando, lo que es peor, el carácter no técnico del segundo (que para nosotros es el solo y verdadero concepto técnico)⁴⁶. Y esto, como veremos, para llegar a incrustar en el *Tatbestand* en sentido estricto, por una preconstituida finalidad dogmática, elementos, como la intención (*vorsatz*), que sin duda alguna concurren a constituir la síntesis orgánica de la acción, pero que sin embargo, en el procedimiento de análisis, sin que de modo alguno se rompa la síntesis, pueden y deben ser objeto de una consideración aparte.

⁴⁵ CARRARA, *op. cit.*, págs. 57 y 58. Véase también a ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Milán, 1840, I, pág. 77, en donde se hace la distribución entre imputabilidad moral e imputabilidad de hecho.

⁴⁶ WELZEL, *op. cit.*, pág. 52.

Nosotros insistimos en afirmar que un claro y orgánico desarrollo del análisis del delito se puede realizar solamente con el restablecimiento, como plataforma, del examen de la figura integral, considerando el "hecho" (*Tatbestand* en sentido estricto) como una parte suya. Con esto se logra una doble ventaja: el establecer como fundamento y punto de partida del procedimiento analítico no un mero dato metodológico sino una verdadera y propia categoría jurídica (el hecho —en su integridad— previsto por la ley como delito); y en el examen analítico de la misma tener libres a sus distintos elementos, los pertinentes criterios de partición y colocación, los cuales, más tarde, en definitiva, se encaminan todos a la composición y construcción del conjunto.

Con el rechazo de la figura delictiva integral, en cambio, esta perspectiva viene a faltar en la elaboración de BELING y con ella, en nuestro sentir, falla también la premisa para concebir sin incertidumbre una categoría inicial de la figura legal con un contenido simplemente objetivo. De ahí que el criterio confuso con base en el cual en la categoría del *Tatbestand* en sentido estricto, se pretende incluir un concepto de acción informando solamente por la llamada voluntad "incolora" (*Farbloss*)⁴⁷. No existen, evidentemente, objeciones para oponerse al concepto reafirmado al comienzo de la tratación de BELING, en cuanto a que la voluntad es esencial al delito y que todo comportamiento no querido nada tiene que ver con el delito⁴⁸. Pero no se puede compartir el criterio según el cual del concepto de voluntad se deriva una división: de un lado la voluntad como calificante general de la acción, concebida como incolora, como algo que genéricamente sostiene los movimientos del cuerpo; y del otro, la voluntad con su efectivo contenido. Esta abstracción vacía, de una voluntad incolora, de una voluntad respecto de la cual se prescindía de su contenido, es decir, eliminar lo que se quiere, no nos parece concebible ni siquiera como recurso metodológico. Se puede, en cambio, al proceder al análisis de la figura legal, obrando una momentánea separación, construir una categoría del hecho considerado solamente con respecto a sus aspectos objetivos, y por tanto con una voluntad que no está, ni excluida ni tomada como incolora, sino solamente y por un momento implícita, en cuanto a que su examen es propuesto a la sucesiva categoría de la culpabilidad⁴⁹. Pero si, hipotéticamente, con criterio metodológico diverso, se quisiera no separar el factor voluntad del hecho, esta no podría ser sino una voluntad que dijera algo, no una incolora, separada de su dirección y de su fin.

BELING explicaba su concepto de voluntad incolora observando que lo que es ante todo necesario, es establecer, por vía general, que existe una acción,

⁴⁷ BELING, *op. cit.*, pág. 11.

⁴⁸ BELING, *op. cit.*, pág. 9.

⁴⁹ En esta orientación se ha colocado, en nuestra opinión, DELITALA, apartándose de BELING, cuando al refutar un amplio concepto del hecho sostenido por MANZINI ("no solo el aspecto material, sino también la voluntad referida al acto en sí") hubo de declarar que de ese modo "se usa el término hecho (*fatto*) en sentido diverso y más amplio del nuestro" (*op. cit.*, pág. 47; también pág. 68).

que el autor ha obrado; y para tal fin, basta establecer que ha habido "una" voluntad. Es suficiente la comprobación, en el caso concreto, que ha habido un movimiento corporal (o una inercia) regido genéricamente por la voluntad⁵⁰. A esto debe objetarse: en primer lugar, que en el campo de las distinciones y delimitaciones metodológicas todo es posible, a condición, sin embargo, de que cada una de las categorías resultantes sea de tal naturaleza que se preste a un examen distinto; y esto no nos parece que pueda verificarse lógicamente en relación con la voluntad, de la cual no es concebible una existencia vacía, desprovista de su contenido, porque la voluntad está toda en su contenido. Y en segundo lugar, que en el análisis de la figura abstracta de delito, que constituye el objeto de examen en sede científica, aquello que es necesario establecer no es la presencia de "un" querer sino del querer que la norma ha previsto para aquel tipo de delito: una concepción, por tanto, para la cual la separación del querer de su contenido no es posible. Lo cual nos conduce, correlativamente, a un plano más general para expresar también nuestro desacuerdo con el criterio, según el cual, BELING sostenía que se debía, aun antes de establecer la existencia de la acción, constitutiva de un determinado delito (homicidio, hurto, etc.), comprobar si una acción en general (*uberhaupt*) subsistía. Deberíase, en otros términos determinar la existencia de una acción aun antes de establecer si se trata de una acción constitutiva de delito. Nosotros somos de la opinión, que se remite —entre otros— a la orientación, sobre este punto siempre válida, de BELING, para quien al jurista, en el análisis del delito, le interesa esencialmente el concepto jurídico de acción, es decir, la acción tal como ha sido descrita por el legislador para la figura abstracta del delito de que se trate. La elaboración de un concepto general, de un concepto prejurídico de acción no es tarea suya, porque lo conduce a un terreno extrajurídico. Es necesario entender: no es que aquel concepto no lo considere y sea del todo extraño su examen, sino que lo considera indirectamente, vale decir, solo en cuanto sea el mismo esquema normativo que —para la determinación de la acción descrita por este— remita implícitamente a aquel concepto general.

La acción de la vida real, esto es, la acción en sentido prejurídico, es cuando más para el jurista, un punto de referencia mas no un punto de partida.

12. EL "TATBESTAND" SEGÚN LA DOCTRINA DE LA ACCIÓN FINAL. Una neta modificación del concepto de *Tatbestand*, tal como había sido diseñado por BELING, sostiene la orientación finalística cuyo máximo exponente es WELZEL. No es nuestra intención y no podría haber dentro de los límites del presente escrito, proceder a una valoración crítica general de la doctrina de la acción finalística que en Italia, por lo demás, ha sido ya hecha con notable vigor⁵¹.

⁵⁰ BELING, op. cit., pág. 11.

⁵¹ Véase a GRISPIGNI, *La nuova sistemática del reato, nella più recente dottrina tedesca, en Studi per Carnelutti*, IV, págs. 305 y ss.; a GALLO *La teoria dell'azione finalística nella più recente dottrina tedesca*, 1955; a PECORARO ALBANI, *Il dolo*, 1955, págs. 49 y ss.; a PETOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontológico del reato*, 1954, págs. 21 y ss.; y recientemente, a PAGLIARO, op. cit., pág. 190 y ss. Para una exposición de la teoría véase a SANTAMARÍA, *Prospettive del concetto finalístico di azione*, 1955.

Sin embargo, un rápido examen de uno de los puntos más significativos (quedando bien claro que los otros han sido omitidos porque no conciernen, en forma directa, con nuestro argumento), nos parece factor importante de clarificación en el tema que estamos tratando⁵².

Para los fines sistemáticos que la inspiran, la orientación finalística se apoya en el concepto de *Tatbestand* en sentido estricto (*im engeren Sinne*) y sin olvidarse de poner en evidencia el *Tatbestand* en sentido amplio (*im weiteren Sinne*), definido como el conjunto de los presupuestos de la punibilidad, se advierte que este último debe considerarse netamente distinto del otro. Parecería casi como si se quisiera poner por aparte al igual que la verificada por BELING. Pero la realidad lógica se impone. El *Tatbestand* en sentido estricto viene incluido como uno de sus elementos, dentro del *Tatbestand* en sentido amplio⁵³. Por consiguiente, relación de continente a contenido. Esto, por lo demás, es explícitamente admitido cuando se declara que el *Tatbestand* en sentido estricto constituye la gran parte del *Tatbestand* general integral (*macht den grossen Teil des Gesamttatbestands*)⁵⁴.

Si esta es la posición que se atribuye, y que no puede menos de atribuirse al *Tatbestand* general, bien poco vale declarar que los dos conceptos deben considerarse como rigurosamente distintos. Son diferentes, como lo son entre sí el todo y la parte; distintos sí pero al mismo tiempo compenetrados. Lo cual significa para nosotros que esta distinción no es una separación, y que uno de los conceptos obra en función del otro; más bien, el menor en función del mayor.

Pero ¿cuál es el concepto que se pretende atribuir al *Tatbestand* en sentido estricto? ¿Cuáles modificaciones, por el contrario, debería sufrir el contenido del "hecho"? La separación entre *Tatbestand* en sentido estricto y *Tatbestand* en sentido amplio se remonta a BELING quien, recordamos, que para resaltar la autonomía del *Tatbestand* en confrontación con la antijuridicidad y la culpabilidad, excluía del primero todo juicio de valor y todo elemento subjetivo espiritual. La doctrina finalística afirma que esto constituye un error que debe corregirse con la inclusión en el *Tatbestand* (en sentido estricto) de los caracteres tanto objetivos como subjetivos espirituales de la acción⁵⁵. El elemento

⁵² El desacuerdo de ciertos puntos de vista dogmáticos y metodológicos no nos coloca en absoluto en posición totalmente adversa a la orientación finalística. De la cual, antes por el contrario, consideramos necesario poner en evidencia las estrechas afinidades con ciertos principios fundamentales a los cuales hemos dedicado gran parte de nuestra vida de estudioso, y que encuentran eco en estas claras y corajudas declaraciones de WELZEL: "La tarea principal del derecho penal no es de naturaleza preventiva sino ético-social La simple defensa de los bienes jurídicos tiene una finalidad puramente negativa-preventiva, de policía, mientras la función fundamental del hecho penal es de naturaleza positiva éticosocial... Por esto, en su estructura concreta, este debe reflejar precisamente tal función, ante todo a través de una neta distinción frente a las medidas de naturaleza puramente preventiva... Premisa de la pena solo puede ser la culpabilidad, no la peligrosidad, éticamente neutral, del agente. La pena solo puede ser la retribución determinada con base en la gravedad de la culpabilidad, no una medida puramente utilitaria de naturaleza preventiva, determinada según la duración de la peligrosidad del agente" (WELZEL, *La posizione dommatica della dottrina finalística dell'azione*, en *Riv. It. Dir. Pen.*, 1951, 3-4).

⁵³ WELZEL, op. cit., págs. 52 y 53.

⁵⁴ WELZEL, op. cit., pág. 52.

⁵⁵ WELZEL, op. cit., págs. 49 y 50.

intencional, por tanto, viene colocado en el *Tatbestand*, como coeficiente subjetivo del mismo, separándolo con ello de la culpabilidad, cuyo concepto, removido de sí todo elemento subjetivo-síquico, debería considerarse como el solo criterio normativo de la reprochabilidad.

13. EL CARÁCTER FINALÍSTICO DE LA ACCIÓN. SU RECONOCIMIENTO UNIVERSAL. Semejante orden de ideas conduce a colocarse contra la distinción de lo objetivo y de lo subjetivo, contra el viejo binomio, como se le denomina, reconociéndole, a lo sumo, un valor relativo⁵⁶. En realidad, después de esta distinción es considerada, y el binomio reaparece con su función sustancial, cuando la acción es definida como una articulada unidad de momentos objetivos y subjetivos, de hecho y de voluntad⁵⁷; y en el ámbito mismo del concepto de *Tatbestand* (en sentido estricto) los dos elementos del binomio emergen nuevamente con las dos categorías del *Tatbestand* objetivo y subjetivo⁵⁸.

Sin insistir por consiguiente sobre los términos generales de esta orientación, veamos más bien de qué modo se pretende dar fundamento a su manifestación más importante, vale decir, a la introducción de la voluntad finalística en el ámbito del *Tatbestand* en el sentido estricto, que luego se traduce implícitamente en la negación del concepto de "hecho", si se entiende —como lo entendemos nosotros— como el conjunto de los factores meramente objetivos de la figura legal del delito.

Los puntos que, para los fines de esta exposición, importa examinar esencialmente, son dos: afirmación del carácter finalístico de la acción; contraposición entre la concepción finalística y una llamada concepción causal de la acción.

Es necesario que recordemos, pese a que se trata de cosas bien conocidas, que en un escrito, cuyo título expresa el ambicioso propósito de dar una "nueva imagen" al sistema penal, WELZEL expresó algunos conceptos que más o menos con sus propias palabras se pueden resumir del modo siguiente. La acción humana es actividad dirigida a un fin. La acción es, por tanto, suceso finalístico y no meramente causal. La naturaleza finalística de la acción consiste en esto: gracias al conocimiento causal, el hombre puede, dentro de ciertos límites, prever las posibles consecuencias de su actividad y proponerse diversos fines, dirigiendo su propia conducta a la consecución del fin escogido. Con base en su conocimiento causal de las cosas futuras, el hombre puede dosificar los actos individuales de su comportamiento de modo tal de dirigirlos con el fin de convertirlos en causa exterior, determinándolos finalísticamente. La finalidad es operación guiada conscientemente en función de un fin, mientras que la causalidad pura no está gobernada por el fin, sino que es la resultante causal de los factores de vez en vez operantes. La finalidad es por tanto vidente, la causalidad es ciega.

⁵⁶ WELZEL, *Studien Zum System des Strafrechts*, en *Zeitschr. für die ges. Strafrechtniss*, 1938, págs. 491 y ss.

⁵⁷ WELZEL, *Strafrecht*, pág. 26.

⁵⁸ WELZEL, *op. cit.*, *Besonderer. Teil, passim*, por ejemplo págs. 244 y 245, en donde para el homicidio se distingue un *Tatbestand* objetivo, consistente en la muerte de un hombre, y en un *Tatbestand* subjetivo, que exige el dolo; véase también a MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 1954, pág. 118.

Sin hacer mucho caso a este último pomposo *slogan*, con el cual, entre otras cosas, se viene a afirmar, con seguridad excesiva, que allá hasta donde no llega el limitado poder del hombre, allí donde no habría más que ceguera de las fuerzas de la naturaleza, la impresión que de inmediato producen en cada uno las otras proposiciones es la de que se trata de verdades conocidas por todos, y de las cuales vive la más común experiencia humana, y cuya reafirmación, cualesquiera que sean sus términos, no tiene un contenido capaz de constituir una nueva doctrina. Como testimonio de esta impresión general producida en el campo de la ciencia penal se pueden evocar, para no ir tan lejos, dos consumadas experiencias de juristas, bien lejanos entre sí, en orientaciones y en doctrina: GRISPIGNI y MEZGER. El primero, luego de expresar lo esencial de la doctrina finalística, se pregunta qué cosa de especial existe en esta concepción, teniendo presente que por consenso universal, la acción no puede ser sino voluntaria, y la voluntad está caracterizada por el fin u objetivo al que se dirige. Y observa que no era del caso traer a cuento la mentalidad mecanicista del siglo XIX para repetir lo que es conocido por todos, esto es, que *omne ens intelligens agit propter fine*⁵⁹. El segundo declara, igualmente, que en orden al carácter finalístico de la acción no pueden existir dudas de ninguna especie. La acción ha sido siempre tal, y es finalista en su esencia, siendo de su misma naturaleza el estar dirigida a un fin; y bajo este aspecto —agrega— una distinción entre finalistas y no finalistas debe considerarse inadmisibile⁶⁰.

El carácter obvio de las verdades enunciadas en aquellas proposiciones se manifiesta aún más evidente en los ejemplos que (en una revista de alta cultura jurídica) han sido propuestos, casi como nuevos, para el lector estupefacto. Para aclarar —se dice inmediatamente después de las proposiciones reportadas— veamos la diferencia entre un asesinato y una fulminación mortal: en el asesinato el fin anticipado guía los actos individuales (adquisición del arma, celada, mira, presión del gatillo); en el golpe del rayo el evento letal es el resultado ciego de los componentes causales existentes de hecho. Un ejemplo verdaderamente... fulminante! Ahora (como ejemplo de delito culposo): una enfermera que, sin saberlo, inyecta, con resultado letal, una dosis de morfina muy fuerte, aplica una inyección finalística, pero no ejecuta una conducta homicida finalística. Quien, por ejercicio, dispara en el crepúsculo contra un objeto que cree sea un tronco de árbol y en cambio es un hombre sentado, se adiestra finalísticamente en el tiro, pero no cumple una acción homicida finalística⁶¹. Y así por el estilo.

Resulta singular que al defender a la doctrina finalística de la acusación de sostener cosas obvias, se afirme por alguien, que de tales acusaciones esta orientación no se preocupa en exceso⁶². Así puede ser. Pero igualmente se puede rebatir que no es sosteniendo cosas obvias como se construye una nueva

⁵⁹ GRISPIGNI, *La nuova sistematica del reato*, cit., pág. 408.

⁶⁰ MEZGER, *Einleitung al Strafgesetzbuch (Leipzig Kommentar)*, 1957, págs. 6 y ss.

⁶¹ WELZEL, *Il nuovo volto...*, pág. 33.

⁶² NIESE, *La teoria finalistica dell'azione*, en *Jus*, 1951, pág. 259.

doctrina y se descubre la nueva imagen del sistema. Agréguese más bien que resulta imperativo repetir con GOETHE: atengámonos a la vieja verdad. Óptima máxima, pero que WELZEL y sus admiradores terminan frecuentemente superándola, cuando califican de erradas ciertas orientaciones científicas solo por que han surgido en el pasado, olvidando que no es suficiente con enunciar una doctrina ahora para convertirla en más aceptable que otra que la haya precedido decenios, o quizás siglos.

De todo lo anterior es necesario concluir que este reafirmado carácter finalístico de la voluntad y de la acción constituye una verdad universalmente conocida y sentida para que pueda constituir el estandarte de un nuevo camino; y que, de todos modos, tal teoría no incide en lo más mínimo sobre el criterio antiguo como la investigación de los derechos humanos, que en el análisis del delito antepone, sin romper del todo la unidad, el examen de los elementos objetivos a aquel de los elementos subjetivos de la figura legal del delito.

14. EL LLAMADO "DOGMA" DE LA ACCIÓN CAUSAL. Dicho lo anterior, ni siquiera puede regir la contraposición en la cual tanto se ensañan los finalistas, entre el concepto finalístico y un llamado concepto causal de la acción.

Desde sus primeros planteamientos, la doctrina finalística, declarándose en abierto contraste con la doctrina dominante, afirmaba la existencia de un "dogma causal" de la acción⁶³; que antes bien no solo tal expresión era continuamente repetida en los sucesivos escritos, acogida y ratificada por sus seguidores, sino que llegó a convertirse y fue declarada como una especie de grito de batalla⁶⁴. Y aún hoy se afirma que, hacia el final del siglo pasado, bajo el influjo de las ciencias mecanicistas naturales, habría surgido en la doctrina penalista una "teoría" que descompone la conducta en dos elementos: el proceso causal externo de un lado y el contenido puramente psicológico del otro. Según esta doctrina el contenido del querer sería solamente un reflejo subjetivo, en el ánimo del agente, del suceso exterior. La acción sería, en consecuencia, un puro proceso causal, provocado en el mundo externo por la voluntad. El contenido subjetivo de la voluntad sería extraño al problema de la acción e interesaría solamente al problema de la culpabilidad. Se afirma sin más, que este concepto "naturalístico" de acción, en neto contraste con el concepto finalístico, niega al contenido de la voluntad toda función constitutiva de la acción, rebajándola a un simple proceso causal. En el dolo se desconocería la función de factor que anticipa mentalmente la acción y le da forma, determinando finalísticamente su curso⁶⁵. Mucho más recientemente se ha llegado a afirmar que la doctrina causal de la acción no solo desconoce sino que sin más destruye (*zersetzt*) la función directriz de la voluntad. El contenido de la voluntad se tornaría en el espíritu del agente una mera imagen refleja del suceso externo causal⁶⁶.

⁶³ WELZEL, *Studien*, loc. cit.

⁶⁴ MAURACH, *op. cit.*, pág. 130.

⁶⁵ WELZEL, *La posizione dommatica*, cit., págs. 7 y ss. y *passim*; *Il nuovo volto*, cit., págs. 35 y ss.

⁶⁶ WELZEL, *Strafrecht*, 1960, pág. 34.

Llevando a sus consecuencias extremas los términos de estas afirmaciones, algún finalista, siempre con un extraño gusto por las palabras gruesas, denuncia sin más, una "decapitación" (*De Kapitierung*) de la acción⁶⁷.

Contra esta separación del contenido de la voluntad —se agrega— se rebela la teoría finalística⁶⁸.

Pero nos rebelamos todos. Nos rebelamos contra la idea de esta separación y también contra la afirmación de que alguien jamás la haya concebido. Nos rebelamos sobre todo al considerar que una idea similar haya podido en algún momento constituir una doctrina, antes bien un dogma. La verdad es que de dogmático en este asunto no hay más que el dogmatismo de quien quiere imponer, en forma absoluta, la idea de tal dogma.

No ha existido jamás una "separación" del elemento causal y del elemento psicológico de la acción sino solamente una distinción natural de tales elementos para los fines del análisis. No existe una doctrina de la acción causal sino una consideración (que es universal) del aspecto causal de la acción. Una cosa es que "lógicamente" la voluntad no sea separable de la acción; otra cosa es que, reconocida y tenida en firme esta unidad, se proceda a una consideración distinta de los términos, objetivos y subjetivos, que la constituyen. Y nos parece en verdad del todo arbitraria la afirmación que considera el contenido de la voluntad como una mera imagen refleja en el espíritu del agente del acaecer externo; mientras que no solamente la doctrina sino la común experiencia humana no se han apartado jamás de la consideración de la voluntad como fuerza impulsiva, directriz e inspiradora de la acción. Y si por otra parte de la voluntad se trata en lo relativo a la culpabilidad, esto no ha querido significar jamás que la culpabilidad sea estimada como extraña al problema de la acción, ya que ha sido y es universalmente considerada como uno de los aspectos, indudablemente el más importante, del problema de la acción. Es oportuno en este momento volver a reafirmar que todo el análisis de la figura legal (entendamos referirnos a la figura legal integral, al *Tatbestand* en sentido amplio) es problema de la acción; porque la acción está en toda la figura legal del delito desde el primero hasta el último de sus elementos, contrariamente a cuanto supone quien desea relegarla al primero y reducir los otros dos a un contenido meramente valorativo. Es problema de la acción el establecer cuáles sean los coeficientes objetivos; es problema de la acción el de la culpabilidad; es problema de la acción los llamados elementos negativos de la figura legal, en cuanto a establecer de cuáles caracteres deba carecer la acción para que no se la considere entre las acciones conforme al derecho.

El atribuir luego a la doctrina dominante el haber negado al contenido de la voluntad toda función constitutiva de la acción y de haber desconocido en el dolo la función de factor que anticipa y determina mentalmente la acción, es cosa que denuncia, de la manera más evidente, la creación artificiosa de un objeto polémico, exento de toda consistencia. Se debe a lo sumo admitir que

⁶⁷ MAURACH, *op. cit.*, pág. 137.

⁶⁸ NIESE, *op. cit.*, pág. 259.

algún escritor, en los tiempos de influencia de la filosofía positivista, haya acentuado más en sus enunciaciones el aspecto causal de la acción, exagerando, si se quiere, el criterio metodológico de distinción entre lo objetivo y lo subjetivo; pero no parece en realidad que se pueda formular a alguien el cargo de haber negado a la voluntad su función constitutiva de la acción, anulando en ella el carácter finalístico.

Nunca tales cargos pueden hacerse a la ciencia penal italiana. En el momento de la formulación de la idea de la "fuerza física" del delito, CARRARA afirmaba el nacimiento de esta "con el movimiento que el ánimo imprime a los miembros, para hacerlos, según su malvado designio, servir a la ejecución del hecho delictivo"⁶⁹. Como se ve, no había necesidad de llegar a los finalistas para oírles decir que la voluntad se coloca, precisamente de un modo finalista, como fuerza directriz o, como los finalistas se complacen en repetir, como piloto de la conducta hacia la consecución del fin.

La existencia del aspecto causal de la acción es, de otra parte, innegable. Precisamente la definición de los finalistas, que luego refleja la idea común de la acción, según la cual el hombre regula los actos de su comportamiento de modo tal de orientar al fin el proceso causal exterior⁷⁰, contiene como esencial, en la misma idea de este llegar a ser, el momento causal de la acción, que constituye precisamente el objeto de la influencia directriz y reguladora de la voluntad, que todos reconocemos y que no es un descubrimiento de hoy. Ahora bien, poner en evidencia el aspecto objetivo y causal de la acción y hacer de él objeto de un estudio distinto, no significa introducir una teoría causal de la acción, tanto menos una teoría causal en contraste con el concepto finalístico de la acción.

Se ha afirmado que la idea de la distinción de la conducta en el momento causal externo de un lado y en el contenido del querer del otro, habría surgido bajo el influjo de las ciencias naturales mecanicistas hacia el final del siglo pasado. A nosotros nos parece que con esto se atribuye un origen demasiado reciente de aquello que constituye, al contrario, una exigencia constante del juicio humano. Nos encontrábamos, de todos modos, no en los finales sino en los comienzos del siglo pasado, cuando nuestro CARMIGNANI afirmaba que el "primer juicio" que se debe cumplir es aquel "que debe establecer la *relación física* del hecho denunciado como ofensa, con quien había sido sindicado como autor; agregando que no en forma incorrecta tal juicio se ha denominado imputación física, en cuanto "el juicio, es, por así decir, *forzado* a considerar el cuerpo del imputado *como fuerza que ha actuado físicamente* para producir el daño"⁷¹. Y cuando de la existencia del hecho en su materialidad se hace objeto de pronunciamiento de los jurados, nadie jamás pudo crear que con ello se procedía a una "decapitación" de la acción, y antes bien, por todos se entendió el examen del elemento objetivo como la premisa necesaria al examen de la voluntad y de su contenido.

⁶⁹ CARRARA, *op. cit.*, § 95.

⁷⁰ WELZEL, *op. cit.*, pág. 32.

⁷¹ CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, II, Pisa, 1831, pág. 36.

15. EL "HECHO" COMO ELEMENTO DE LA FIGURA INTEGRAL DEL DELITO Y COMO PUNTO DE PARTIDA PARA EL ANÁLISIS DEL MISMO. Preciado que no pueden existir objeciones válidas para la configuración de una categoría del "hecho" entendida como el conjunto de todos los elementos objetivos de la figura legal del delito, la función de esta categoría debe remitirse a las consideraciones precedentes. Si, como lo hemos advertido repetidamente, objeto del análisis es la figura abstracta del delito, esto es, la figura del delito y no el suceso concreto, el hecho no puede ser más que una parte de aquella figura, uno de los elementos del esquema abstracto; y solo como tal es que se lo debe enfocar en el análisis. Esto por tanto lleva a excluir, en nuestra opinión, que el examen de esta categoría deba considerarse como el centro, como el núcleo de la investigación, puesto que a lo sumo representa el momento inicial, el punto de partida. Pero deben evitarse, además, todas las referencias que, por su naturaleza, no pueden referirse a la valoración abstracta. Sucede, por ejemplo, como lo hemos revelado ya, que muy frecuentemente es tratada casi como un capítulo fundamental del análisis del delito la correspondencia al hecho típico, al *Tatbestand* en sentido estricto (*die Tatbestandmässigkeit*), argumento que, en cambio, no pertenece al momento teórico sino al momento aplicativo. Análoga desviación se cumple, en nuestro sentir, cuando, además de discurrir en función teórica sobre la correspondencia al tipo, se considera esta correspondencia como indicio de la antijuridicidad⁷². No se quiere decir con esto que la idea del indicio sea del todo errónea. Si el juicio sobre un hecho concreto conduce a establecer, inicialmente, que él corresponde al "hecho" de una determinada figura de delito (por ejemplo al hecho del homicidio: causar la muerte a un hombre), no se puede decir que sea infundada la afirmación según la cual aquella correspondencia señalaría un indicio de la antijuridicidad; indicio que podrá luego venir a menos si en el análisis habrá de concluirse en forma negativa, es decir, con el excluir que en aquel hecho exista la antijuridicidad. Lo que no rige es que esta idea del indicio se convierta en tema teórico, que la coloque en una sede que no le corresponde, es decir, en la sede del análisis de la figura abstracta del delito. La cual es una entidad que ya existe, en su integridad, como un dato del ordenamiento y se deben, por lo tanto, buscar los caracteres, no los indicios de su ser.

Y se podría seguir considerando otros puntos de esta mezcla de lo abstracto y de lo concreto. Pero para los límites de nuestro estudio pueden estimarse como suficientes las observaciones que preceden.

III

16. LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO. SIGNIFICADO CONVENCIONAL DE ESTA CATEGORÍA. En un examen de los elementos del delito parecería natural que al hecho, entendido como el conjunto de los

⁷² Constituye algunas veces el título de un párrafo entero. Véase por ejemplo a WELZEL, *op. cit.*, pág. 73. *Die Tatbestandsmässigkeit als Indiz der Rechtswidrigkeit*.

coeficientes objetivos, debiera seguir inmediatamente la culpabilidad, como conjunto de los elementos subjetivos y este es ciertamente el orden lógico. Sin embargo, para los fines de la presente exposición, quizás no resulte inoportuno cambiar por una vez semejante orden, por el carácter más general que pueden tener las breves consideraciones que queremos dedicar a la antijuridicidad.

Un punto importante que se debe aclarar hace referencia a la más conocida y vieja objeción que ha sido propuesta contra la antijuridicidad entendida como elemento del delito, vale decir, que la antijuridicidad no podría considerarse como elemento del delito, esto es, como un *quid* que concurre a integrarlo, porque ella misma constituye la esencia, la intrínseca naturaleza, el *in se* del delito, y en un cierto sentido, *todo* el delito⁷³. En esta objeción es evidente la referencia a la antijuridicidad en su significado propio e integral; a la antijuridicidad que expresa no un elemento sino la síntesis de los elementos necesarios para la existencia del ilícito; no solo un coeficiente sino el conjunto de todos los que son necesarios para la existencia del delito. En cambio el término "antijuridicidad", cuando es utilizado para indicar uno de los elementos del delito, toma el significado convencional y parcial, bien conocido por lo demás en nuestra doctrina, de ausencia de causas de licitud; aquel significado que, aun cuando terminológicamente se refiera al vetusto e inderogable principio según el cual no es suficiente con que el hecho se haya realizado sino que debe haberse cometido *iniuria*. De este modo la objeción pierde fundamento; y si queda bien claro el significado convencional expresado, no existirá contradicción alguna al usar el término "antijuridicidad" para indicar, tanto la antijuridicidad en sentido propio e integral, como también en el de uno de los coeficientes necesarios para la existencia del delito. Y esto con la eficacia de un término de por sí muy significativo y eludiendo las circunlocuciones.

Pero, dado que se trata de ausencia de causas de licitud, ¿se puede, y en qué sentido, dar a un elemento carácter negativo?

De elemento negativo se puede hablar en dos sentidos: o como contenido de *significado negativo*, es decir, de negar, de excluir, de hacer venir a menos alguna cosa; o como elemento *expresado negativamente*. En la figura abstracta como tercer elemento la antijuridicidad, entendida como ausencia de causas de justificación, es, según nosotros, un medio, una fórmula para expresar aquellos caracteres que debe tener la conducta para no salir de la zona del ilícito, caracteres que por su extrema variedad sería arduo expresar, sintética y positivamente. Se trata, por tanto, de elemento *expresado negativamente*, no ya de elemento que contiene una función negativa: lo cual, en tema de la figura abstracta, no sería siquiera concebible, en cuanto, estando la figura abstracta construida por la norma, y como tal presente en el ordenamiento jurídico, con aquellos caracteres y no con otros, no puede ser excluido ninguno, sin que sea excluida ella misma.

⁷³ ROCCO, *Oggetto del reato*, Turín, 1912, pág. 475. Análoga objeción formula sustancialmente CARNELUTTI (*Teoria generale del reato*, 83) cuando excluye que la ilicitud penal pueda considerarse como un requisito que deba presentar el hecho para ser delito, siendo que ella representa la *qualidad misma del delito*, resultante del concurso de los otros elementos.

17. ESENCIA UNITARIA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN SENTIDO PROPIO. Al denominar "antijuridicidad" la ausencia de causas de licitud, y al declarar la neta distinción entre esta antijuridicidad, puesta convencionalmente como tercer elemento del delito, y la antijuridicidad en sentido propio, se llega a admitir, como ya se ha dicho, el uso del término en dos significados distintos. Lo cual no significa admitir que existan especies diversas de antijuridicidad. La antijuridicidad en sentido propio, en cuanto expresa la contradicción con el imperativo jurídico, y se manifiesta en la síntesis de todos los coeficientes exigidos para la sanción, es una sola. Subsiste tal como en su esencia general, aun en las específicas modalidades a que necesariamente queda sometida a causa de la diversidad de las sanciones: penales, civiles, administrativas, etc. La antijuridicidad penal no es otra cosa que la antijuridicidad en sí misma, cuando el contraste tiene que ver con un precepto sancionado con pena⁷⁴. No creemos en absoluto en una antijuridicidad, como se dice ahora, pluridimensional; en una antijuridicidad que se ubicaría entre el mínimo del desvalor del solo evento (que para nosotros —es superfluo recordarlo— no es antijuridicidad sino una mera contrariedad al interés) hasta la que importaría la relevancia máxima del elemento subjetivo⁷⁵. De otra manera se presenta una multiplicidad de significados que no encuentra cabida en una realidad conceptual, ni al quererla tomar como sistema metodológico, sirve para su clarificación.

De otra parte, también si se limitara al ámbito de la verdadera y propia antijuridicidad, ni siquiera tal multiplicación encontraría fundamento en la pluralidad de contenidos del ilícito (mera acción, acción con evento, etc.), porque el modo diverso como el ordenamiento regula los presupuestos de la sanción y condiciona, para los fines de esta, la relevancia de los comportamientos, no es suficiente para alterar la esencia unitaria de la antijuridicidad. La cual se orienta netamente hacia el nexo inderogable entre ilícito y sanción, de suerte tal de dejar, en nuestra opinión, irremediabilmente en el vacío toda variación del concepto que quiera prescindir de aquel nexo. Es tema sobre el cual hemos insistido repetidamente y que por tanto no es el caso de volver a tratar⁷⁶. Sin embargo, debe recordarse sobre este punto la orientación de KELSEN, quien, aun partiendo de premisas por ciertos aspectos distintas, llega a la misma conclusión, es decir, que no existe posibilidad de dar al ilícito una definición

⁷⁴ Es apenas el caso de observar, pues, que esta unidad del concepto no está propiamente comprometido con la enunciación de categorías como la antijuridicidad *formal* y la antijuridicidad *material* o *sustancial* (sobre este argumento véase en forma amplia nuestra *Antijuridicidad*, 87 y ss.). La expresión antijuridicidad *formal*, en efecto, no indica otra especie de antijuridicidad sino que es solamente una manera de expresar el carácter formal que la antijuridicidad asume en cuanto se origina exclusivamente en la contrariedad a una norma jurídica. La llamada antijuridicidad *material* en cambio, o es un modo de referirse al interés actualmente tutelado por la norma, y entonces no hace otra cosa distinta de expresar el contraste con tal interés, es decir, algo que está ya implícito en la idea de antijuridicidad, o se refiere a intereses sociales económicos morales no tomados en consideración actualmente por el derecho, y en tal caso nos hallamos frente a un concepto metafísico, no ciertamente idóneo para influir en la unidad del concepto de antijuridicidad.

⁷⁵ WELZEL, *Studien*, cit., pág. 507.

⁷⁶ PETROCELLI, *L'antijuridicità*, págs. 19 y ss.

jurídica sino en función de la sanción⁷⁷. El, sin más, intitula un capítulo *el ilícito como condición de la sanción*: proposición, que en estricto rigor, debería considerarse como imprecisa, en cuanto da lugar a presumir una autónoma existencia del ilícito por fuera de la sanción, pero que resulta correcta poco después al afirmar la existencia del ilícito cuando *un comportamiento* es puesto como condición de la sanción. Sea como fuere, la relación entre ilícito y sanción no podrá ser reafirmada en forma más clara y rigurosa; y desde el punto de vista general, como es fácil advertirlo se vincula con la relación entre hecho jurídico y consecuencia jurídica. Un criterio distinto, idóneo para captar de otra manera la esencia jurídica del ilícito se buscaría, en nuestra opinión, sin ningún resultado. Hecho jurídico, hecho jurídico ilícito, antijuridicidad y delito, son conceptos relacionados todos con el punto común de la consecuencia jurídica.

18. ANTIJURIDICIDAD Y TIPO LEGAL DE DELITO (FATTISPECIE). Una importancia particular asume tal principio por la correlación que resulta entre los conceptos de antijuridicidad y de figura legal de delito. Los cuales, lejos de considerarse como separados y distintos, en realidad deben tenerse como las dos caras de una misma medalla. Si el concepto de antijuridicidad se funda esencialmente en la reunión de todos los coeficientes requeridos para la sanción, la figura legal, en su concepción integral, constituye precisamente el conjunto, la síntesis, de tales coeficientes. Viene de esta manera a establecerse el principio que podremos denominar de unidad de la figura legal, con base en la cual ella no es concebible ni jurídicamente operante sino como síntesis, es decir, con el concurso integral de todos sus coeficientes. En consecuencia: todos los coeficientes están entre sí en igualdad de condiciones, siendo cada uno *conditio sine qua non* para construir la figura delictiva en abstracto, para realizarla en el caso concreto; y ninguno de ellos puesto por fuera de la síntesis, tiene posibilidad de vida autónoma ni de autónoma calificación jurídica. En otros términos, y llevando el examen a lo concreto (ya que lo abstracto, como hemos revelado, no deja siquiera pensar en la disociación de la síntesis), no subsiste, para nosotros, un comportamiento que pueda ser, en una visión jurídicamente exacta, culpable y no antijurídico, o viceversa. Si con el hecho, en su objetividad, concurre el conjunto de los coeficientes síquicos pero interviene una causa de licitud (cumplimiento del deber, ejercicio del derecho, etc.), el hecho no podrá definirse como culpable, sino, solamente, naturalísticamente, consciente y voluntario; porque la culpabilidad, por su contenido de calificación, es categoría que no es concebible sino en relación con un ilícito en su completo realizarse. De igual modo, no podrá decirse que un hecho es antijurídico pero no culpable, ya que, en defecto de los coeficientes necesarios a la culpabilidad, no realizándose la síntesis no se podrá, por las mismas razones, ni siquiera hablar de antijuridicidad.

En nuestra opinión, uno de los más graves errores y desde luego más tenaces, de una parte de la doctrina penalística es el que se anida en la tendencia

a concebir la antijuridicidad y la culpabilidad como dos categorías separables entre sí y que pueden perfeccionarse la una independientemente de la otra; de donde el hablar de hecho (ya) antijurídico como presupuesto de la culpabilidad, y de culpabilidad, de dolo, etc., frente a un hecho (en sentido amplio) para el cual, habiendo excluido el ordenamiento su sanción, no podrá jamás verificarse la antijuridicidad. Idéntico error se advierte en las otras afirmaciones análogas, según las cuales la antijuridicidad se refería al hecho mientras que la culpabilidad vendría referida al autor, y así debería distinguirse un desvalor de acción y otro de la culpabilidad, y así sucesivamente. Todas estas son proposiciones que, impulsadas por el deseo de sostener particulares opiniones dogmáticas, escapan a la esencia del fenómeno del ilícito, esencia que está en la síntesis de lo objetivo y de lo subjetivo, del hecho y del autor, y que se expresa al surgir la antijuridicidad con el concurso de todos los elementos de la figura legal los cuales, a su vez, pueden entrar en la esfera de la antijuridicidad solo en un conjunto unitario e inescindible y nunca separadamente, de suerte tal que realiza un desvalor único y no desvalores distintos referibles a cada uno individualmente.

19. LA LLAMADA ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA. De las consideraciones que preceden queda, para nosotros, evidentemente excluida la posibilidad de concebir cualquier forma, por así decirlo, parcial de antijuridicidad y de contrariedad a la norma, es decir, tal que permanezca a este lado de la síntesis completa de la verdadera antijuridicidad y sin una propia y directa relación causal con la sanción. Queda por consiguiente por fuera del concepto de antijuridicidad en sentido propio, la llamada antijuridicidad objetiva, o, como también se llama, genérica.

No pretendemos volver sobre este tema respecto del cual tanto se ha discutido y que por nuestra cuenta hemos repetida y difusamente tratado⁷⁸. Pero alguna precisión podrá ser oportuna, poniendo en evidencia sobre todo las complicaciones a que se puede llegar con la tendencia a dilatar los límites del fenómeno de la contrariedad al derecho.

Es necesario, ante todo, disipar la idea de que entre antijuridicidad subjetiva y antijuridicidad objetiva subsista como una antítesis, en el sentido de que la primera excluya de sí todo coeficiente objetivo. La antijuridicidad tiene carácter subjetivo no porque se funde sobre elementos exclusivamente subjetivos, sino porque para producirla es esencial el elemento subjetivo de la desobediencia culpable a la norma, sin que por ello se excluya (y no sería posible) que se exijan también elementos de carácter objetivo⁷⁹. Con esto, aquella que se llama, y no del todo exactamente, antijuridicidad subjetiva, se identifica con la antijuridicidad en su sentido propio e integral. Es necesario tener presente,

⁷⁸ PETROCELLI, *La pericolosità criminale*, págs. 68 y ss.; *L'antigiuridicità*, págs. 33 y ss. Para una crítica al concepto de antijuridicidad objetiva, véase de último en nuestra doctrina, a DELL'ANDRO, voz *Antigiuridicità*, en *Enciclopedia del Diritto*, I, pág. 545, y a PAGLIARO, *op. cit.*, págs. 122 y ss.

⁷⁹ Sobre esto véase inclusive también nuestra *Antigiuridicità*, *cit.*, págs. 84 y ss.

⁷⁷ KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad., it., 1952, pág. 53.

de otra parte, que como nosotros reconocemos también la necesidad del elemento objetivo, de ese modo ninguno de los sostenedores de la categoría de la antijuridicidad objetiva excluye la antijuridicidad que contiene como esencial también el elemento subjetivo. Cuando, por ejemplo, DELITALA observa que para que se dé el agravio jurídicopenal es necesario que concurren varios elementos, como la acción, la culpa, el daño y así sucesivamente, no hace cosa distinta que referirse a aquella antijuridicidad integral, que para nosotros es la verdadera y única antijuridicidad⁸⁰. Y de igual forma WELZEL, quien también, aun cuando a su modo, sostiene un concepto de antijuridicidad objetiva, cuando cosntruye el concepto de *Tatbestand* en sentido amplio, comprensivo de la totalidad de los presupuestos de la punibilidad⁸¹, no hace otra cosa que admitir en sustancia la necesidad de la presencia de elementos objetivos y subjetivos; que al contrario, inmediatamente, él introduce enérgicamente en el concepto de ilícito el elemento *personal (personale Unrechtsbegriff)*, con base en el cual no solamente el ilícito no se agota la causación del resultado y tiene necesidad de ser referido a la acción, sino que se exige, sin más, que sea reportado a la acción de un determinado autor⁸².

De modo que la diferencia entre subjetivistas y objetivistas, en nuestra opinión, no consiste ya en establecer una antítesis entre antijuridicidad subjetiva y antijuridicidad objetiva sino en el hecho de que unos conciben la antijuridicidad solo en su significado integral único, pero siempre con la presencia esencial del elemento subjetivo y en inmediata relación con la sanción; y los otros, en cambio, admiten una pluralidad de formas de la antijuridicidad; y por lo tanto, al lado de la antijuridicidad subjetiva, que para nosotros es la antijuridicidad propiamente dicha, ponen también la llamada antijuridicidad objetiva. Se debe ante todo a este respecto, recordar que, retomando una vieja consideración de BINDING (tomada como propia, entre otros, por NAGLER), se ha dicho que, siendo distintas las formas de antijuridicidad, no hay razón para que se discuta acerca de su naturaleza objetiva o subjetiva⁸³; lo cual, constituye, a nuestro juicio, una extraña tentativa de terminar unilateralmente la discusión, puesto que, en esencia, la cuestión está precisamente en lo siguiente: si se deba admitir este pluralismo, privado de verdadero principio inspirador, o no esté en cambio más fundada la concepción de la antijuridicidad y del ilícito que la pone en su esencia unitaria de contradicción culpable con la norma; lo cual excluye —entre otros— el absurdo de una calificación de antijuridicidad referida hasta el *damnum sine iniuria facientis datum*; y que considera a la luz de una sistematización distinta las otras categorías que con el ilícito (aun no solo en relación con la conciencia social, lo mismo que con el derecho) no tienen nada que hacer.

⁸⁰ DELITALA, *op. cit.*, pág. 20; véase también "Índice" (pág. 223) en donde distingue: valoración objetiva del hecho (antijuridicidad objetiva o genérica) y existencia del delito (antijuridicidad penal).

⁸¹ WELZEL, *op. cit.*, págs. 52 y 53.

⁸² WELZEL, *op. cit.*, pág. 56.

⁸³ WELZEL, *op. cit.*, pág. 508.

Con respecto al concepto de antijuridicidad objetiva se debe tener presente también que tal concepto está lejos de estar fundado por sus sostenedores sobre una base uniforme. Se podría hacer un prolijo análisis de esta variedad de actitudes; pero, si bien quizás interesante, no nos parece particularmente necesario. Nos limitamos a relevar cómo diversamente, en relación con la doctrina precedente, son entendidos hoy por la corriente finalística tanto el objeto de la calificación de antijuridicidad objetiva como el mismo fundamento de la objetividad. Se hablaba antes de la acción *objetivamente antijurídica* en cuanto la calificación tenía por objeto la entidad objetiva de ella, como hecho lesivo de un interés jurídicamente protegido, sin referencia al elemento subjetivo⁸⁴. Hoy las cosas están, en cambio, de modo diverso, y se responde por los finalistas que todo esto es un error. Por la vía de la diversidad del concepto de "objetivo" —se afirma— ha surgido el equívoco de que la antijuridicidad solo se puede referir a la parte objetiva (del mundo exterior) de la acción; pero en realidad su objeto es la acción en cuanto unidad de elementos objetivos y subjetivos⁸⁵. No obstante esto, la antijuridicidad continuaría siendo un juicio *objetivo* de valor, en cuanto universalmente válido y emitido a la medida de un criterio general, aquel del ordenamiento jurídico de la comunidad⁸⁶.

Si luego por un momento echamos una ojeada al modo como es vista la antijuridicidad objetiva, digamos así, desde fuera, es decir de aquellos que, aun acogiendo de cualquier modo el concepto, no se han convertido todavía en sostenedores, no logramos extraer mayores motivos de claridad. GRISPIGNI, por ejemplo, considera que a la expresión "antijuridicidad objetiva" se le puede dar el significado de *aspecto objetivo* de la antijuridicidad, el cual sería *una parte* de la antijuridicidad, que deberá completarse con la antijuridicidad en su *aspecto subjetivo*; y se llega por esta vía hasta concebir una *antijuridicidad objetiva penal*⁸⁷. MAGGIORE, para explicar —si mal no hemos entendido— el carácter objetivo de la antijuridicidad, observa que "si la esencia del agravio consiste en una relación de contrariedad entre la acción del reo y el derecho objetivo, con una norma que ordena o prohíbe, de la objetividad de ella no puede dudarse"⁸⁸. Y el lector, si cree, podrá proseguir la investigación.

20. INADMISIBILIDAD DEL CONCEPTO DE UNA NORMA GENERAL DE PROHIBICIÓN. Asaz vago e incierto es pues el terreno sobre el cual se ve precisada a moverse cualquiera orientación que tienda, digámoslo así, a pluralizar el concepto de antijuridicidad. Como esperamos haberlo demostrado, este concepto como el de la figura legal están, para nosotros, fundados sobre un principio que no admite pluralismos, a excepción del que se deriva de la variedad de las sanciones, la cual, en la unitaria esencia de la antijuridicidad, implica una especificación, no una diferenciación. La antijuridicidad es una sola, y es

⁸⁴ Véase por todos a DELITALA, *op. cit.*, págs. 20, 21, 25, 26, etc.

⁸⁵ WELZEL, *Strafrecht*, pág. 48.

⁸⁶ WELZEL, *Il nuovo volto*, pág. 57.

⁸⁷ GRISPIGNI, *op. cit.*, págs. 13, 14, 16.

⁸⁸ MAGGIORE, *Diritto penale*, I, 1949, pág. 289.

la oposición que se presenta con la síntesis realizada con todos los presupuestos de la sanción; la figura legal es una sola, y es la figura integral la que recoge en sí la totalidad de aquellos presupuestos. Dos conceptos paralelos, dos caras —como ya hemos dicho— de la misma medalla. Para nosotros no son concebibles otras formas de contradicción al derecho a no ser aquella en relación con la cual está inmediatamente vinculada la acción; no existe figura delictiva legal que no sea la síntesis completa de los coeficientes requeridos para este fin. Por tanto, dentro de la unitaria e integral figura delictiva legal, no existen, por así decirlo, secciones que obren jurídicamente como autónomas sino solamente particiones convencionales, de valor exclusivamente metodológico, dirigidas a la más clara posible visión de la unidad. Cuando se sale de este criterio unitario, que encuentra su más seguro fundamento en la relación inmediata con la sanción, se crea en la dogmática penalística un confuso y dañoso pluralismo de conceptos. Tal cosa se debe en gran parte a la doctrina de un jurista por tantos aspectos eminente, KARL BINDING, quien, probablemente bajo la persistente influencia del jusnaturalismo, concibió, como es sabido, un concepto de imperativo puro (*tu debes, tu no debes*) contenido en una norma primaria y autónoma (*Norm*), distinta de la ley penal (*Strafgesetz*), la cual constituiría como una derivación de la primera, y comportaría la autorización para sancionar. Se tenía, de este modo, según esta doctrina, una prohibición que aún no era penal, que constituía más bien presupuesto de la prohibición penal y a él preexistente, con una consiguiente multiplicación de categorías (*Normwidrigkeit, Rechtswidrigkeit, Gesetz widrigkeit, etc.*), que en cambio el concepto unitario de antijuridicidad, entendido como momento de síntesis de todos los presupuestos de la sanción, logra eliminar con viva adhesión a la conciencia jurídica y con gran ventaja para la claridad.

Este pluralismo está lejos de ser superado por la doctrina finalista. Según WELZEL, existe una norma (*Verbotssnom*) que prohíbe los comportamientos previstos en el *Tatbestand* (en sentido estricto). Si una conducta humana —se dice— realiza la conducta descrita en el *Tatbestand*, se presenta la contrariedad con la norma (*Normwidrigkeit*). Esta contrariedad, sin embargo, no significa siempre antijuridicidad; y mientras toda realización del *Tatbestand* de una norma de prohibición es contraria a la norma (*Normwidrig*) no siempre esta realización es también antijurídica (*rechtswidrig*). Y esto porque el ordenamiento no estaría compuesto solo de normas, sino también de proposiciones de permiso (*Erlaubnisätze*) o concesiones (*Gewährungen*), los cuales permiten, en determinados casos, la conducta conforme al *Tatbestand*: como por ejemplo, la realización del *Tatbestand* “muerte de un hombre” en el caso de legítima defensa o de la muerte en guerra. Su intervención impide que la norma general abstracta se convierta para el autor en una concreta obligación jurídica⁸⁹. En otros términos, en virtud de la intervención de la especial norma permisiva, la muerte en guerra no sería antijurídica (*rechtswidrig*), pero sería contraria a la norma (*normwidrig*) por el simple hecho de ser una acción genéricamente correspondiente a la prohibición (no matar).

⁸⁹ WELZEL, op. cit., pág. 47.

Nos parece que por sí misma se denuncia la insostenibilidad lógica de una concepción de la norma que, aun siendo norma de prohibición (*verbotsnorm*), ella comprende también acciones que el ordenamiento jurídico no solo permite sino que ordena, como es precisamente la muerte en guerra. Si la muerte de un hombre en guerra no es antijurídica por la intervención de una norma que lo permite (en este caso, desde luego, una norma que lo ordena), para nosotros no tiene sentido colocar esta acción en el ámbito, así sea genérico, de una norma de prohibición. No existe para esta hipótesis ninguna prohibición de matar, ni específica ni genérica: existe, antes bien, el contrario de la prohibición, es decir, una orden de matar, como sin duda se demuestra valorando jurídicamente la conducta de un objetor de conciencia que, en plena batalla, deponga las armas precisamente para no matar. No pueden estar juntas, frente al mismo objeto y menos si pertenecen al mismo ordenamiento (moral, jurídico, social), una norma de prohibición y una norma permisiva. Y si no existe norma de prohibición, no puede darse la contrariedad con esta norma de prohibición: la muerte en guerra, en otros términos (admitiendo por un momento las dos categorías), si no es *rechtswidrig* no es tampoco *normidrig*. Por la vía de sostener lo contrario, es decir, que en estos casos existe una *Normwidrigkeit* aun cuando no puede realizarse la *Rechtswidrigkeit*, se llega a esta consecuencia, declarada abiertamente: esto es, que la norma permisiva, al impedir que la norma abstracta se convierta en obligación concreta, da lugar a la realización de un *Tatbestand* de prohibición conforme al derecho (*rechtmässig*)⁹⁰; es decir, a la realización de una cosa que es conjuntamente, *prohibida y conforme al derecho*: complicada y absurda proposición, la cual precisamente no suscribiríamos. De otra parte, ¿qué cosa puede significar este impedir que la norma abstracta se convierta en obligación jurídica concreta? No está bien claro de cual concreción se trate. Pero de todos modos, no es concebible una obligación jurídica concreta que no esté, en cuanto obligación jurídica, prevista también, en abstracto, por la norma; y por el contrario, si en concreto la obligación jurídica no existe, no puede existir tampoco en abstracto. Aparece, por consiguiente, inaceptable el criterio según el cual la disposición permisiva, por ejemplo la de la legítima defensa, no remueve la materia de la prohibición, sino solamente el carácter antijurídico de la materia de prohibición⁹¹. Al contrario, prohibición y antijuridicidad no pueden concebirse sino como términos inseparables; y donde no existe antijuridicidad no puede haber prohibición (jurídica). Por consecuencia, en relación con las acciones legitimadas por la llamada proposición de permiso (dado por un momento que esta figura sea de admitirse), no existe alguna prohibición, ni en concreto ni en abstracto. La orden de no matar para el soldado en guerra no existe ni siquiera en abstracto, y la acción de matar al soldado enemigo es legítima *in radice*; y por tanto, en la norma que contiene la prohibición de matar esta acción no puede ser incluida, en ningún momento. Lo cual naturalmente es válido para todas las hipótesis análogas, de ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, legítima defensa, etc., las cuales deben considerarse referibles o comportamientos no ya casi

⁹⁰ WELZEL, op. e loc. cit.

⁹¹ WELZEL, op. cit., pág. 73.

que por una influencia *a posteriori*, permitidas, consentidas, justificadas, sino, en su esencia jurídica, originalmente legítimas. Y si en la práctica judicial, al confrontar una concreta conducta humana con una figura delictiva abstracta, se presentan en el curso del análisis incluidos en el "hecho" también comportamientos que luego, por la intervención de una causa de licitud, resultan no antijurídicos, debe quedar bien claro que esta momentánea inclusión es una mera operación práctica, la cual no importa ninguna calificación jurídica; y en todo caso es una operación que, excluida la antijuridicidad, deja detrás de sí el residuo, si acaso, de comportamientos indiferentes o lícitos, o específicamente ilícitos para otra rama del derecho, no ya de comportamientos vaga y genéricamente prohibidos⁹².

21. LA ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA ENTENDIDA COMO CONTRASTE CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO "COMO UN TODO". Todavía menos los conceptos de contrariedad a la norma y de antijuridicidad objetiva adquieren claridad en cuanto lo relacionado con el objeto del contraste. La *Normwidrigkeit* es un concepto más amplio de la *Rechtswidrigkeit* (no todo aquello que es *normwidrig*, se dice en efecto, es también *rechtswidrig*). Sin embargo, la *Normwidrigkeit* constituiría contraste con una norma individual, mientras que la *Rechtswidrigkeit*, aun cuando es una especificación de la primera, acarrearía el choque (*Vertoss*) contra el ordenamiento jurídico como un todo (*gegen die Rechtsordnung als Ganzes*). Sin detenernos en esto que nos parece una contradicción, nos preguntamos qué fundamento puede tener la idea de un contraste con el ordenamiento como un todo.

Bien se puede admitir que toda violación de una norma individual lesiona, genéricamente, todo el ordenamiento; y esto porque toda norma, cualquiera que sea, es emanación y parte del ordenamiento. Y si la idea se mantuviere dentro de estos límites no habría razón para contrariarla. Pero, en realidad, las cosas son de otro modo. No solo se afirma, en efecto, que el contraste se efectúa

⁹² Es probable que del evidente malestar de referir las llamadas normas permisivas, y la consiguiente intervención de una especial acción justificadora, a comportamientos sobre cuya legitimidad nadie duda, haya surgido la idea de la llamada adecuación social (*social adäquanz*). Esta categoría comprendería aquellas acciones cuya legitimidad deriva no de la intervención de especiales normas permisivas, sino del hecho de que ellas se mueven dentro del cuadro de un determinado ordenamiento éticosocial de formación histórica, del ser adecuadas a este ordenamiento y por tanto por él consentidas (*sozialadäquate Handlungen*). La adecuación social sería la causa de justificación que se habría radicado por la costumbre en el ordenamiento éticosocial de la comunidad. La antijuridicidad sería por tanto discutida solamente después que se ha superado la adecuación social (WELZEL, *op. cit.*, 76; *Studien*, cit., 516 y ss.); en otros términos, solamente después que se haya podido excluir que se trata de acción socialmente adecuada. Entre los ejemplos de acciones socialmente adecuadas que se indican, característica es aquella de la delimitación de la libertad personal que se hace padecer al viajero en los convoyes ferroviarios, tranvías, autobuses, etc., en cuanto paran solamente en determinadas estaciones. El secuestro de persona —se dice— no puede por lo general justificarse sino con especiales normas permisivas; pero en los casos puestos como ejemplo la cuestión de la norma permisiva no surgiría, en cuanto se trataría precisamente de acciones socialmente adecuadas, que se desarrollan dentro del cuadro del ordenamiento éticosocial de formación histórica. Del viajero en tren o en tranvía ¿se habría podido, aun como mero ejemplo de escuela, buscar una causa de justificación así sea general o especial, frente nada menos que al delito de secuestro de persona?

con el ordenamiento jurídico como un todo, sino que se niega, además, enérgicamente, que pueda referirse a una norma en particular (*zur Rechtsordnung als Ganzes, nicht bloss gegen eine einzelne Norm*)⁹³. De esta manera la vaguedad de este pretendido contraste, la falta de un sólido *ubi consistam* sobre el cual establecerlo y, conjuntamente, el carácter meramente abstracto y privado de efectos de esta genérica antijuridicidad, aparecen más evidentes.

Probablemente de esta vaga idea de un contraste con el ordenamiento, deriva también el especial modo de concebir un carácter unitario de la antijuridicidad. También nosotros sostenemos, como se ha visto, el carácter unitario de la antijuridicidad, pero fundándolo sobre el solo índice que, a nuestro juicio, puede ser jurídicamente válido, esto es, el momento de síntesis de todos los presupuestos para la sanción. Y hemos advertido, además, que este carácter unitario permanece también en presencia de la ineliminable diversidad de las sanciones previstas por el ordenamiento (penal, civil, etc.) ya que esta variedad crea especificaciones, no diferenciaciones que estén en contraste con aquella unidad. Estas especificaciones, de otra parte, no son tales que deriven en entidades meramente clasificatorias sino que resultan, en cambio, formas particulares de ilícito. De modo que, si con el fin de establecer el carácter antijurídico de un hecho, es necesario el reclamo a la coordinación de normas de cada parte del ordenamiento (por el principio de la unidad del ordenamiento), la calificación de antijuridicidad (penal, civil, etc.), no puede entenderse más allá del límite dentro del cual específicamente obra la correspondiente sanción. Y por consiguiente, bajo este aspecto existen hechos que son antijurídicos para el derecho penal, pero que no lo son para el derecho civil, administrativo, etc., y viceversa.

Notablemente diferente, en cambio, parece el concepto unitario de la antijuridicidad según WELZEL. Si hemos entendido bien el pensamiento de este escritor, el principio por el cual existe una sola unitaria antijuridicidad (*eine einheitliche Rechtswidrigkeit*), conduciría a la consecuencia de que aquello que es antijurídico en un campo del derecho, lo sería también en los otros. La arbitraria turbación de la posesión, por ejemplo, no es materia de prohibición para el derecho penal sino solamente para el derecho civil (§ 858 BGB); y sin embargo, se considera que este hecho es también penalmente antijurídico (*auch strafrechtliche rechtswidrig ist*)⁹⁴.

Es evidente que de este modo la calificación de antijuridicidad viene a perder aún más claridad de contenido y de límites. Esto debe haberle parecido probablemente también a quien enunciaba aquella proposición, si en otro lugar parece haberse visto precisado a atenuar el alcance, al decir, en orden a la turbación de la posesión y al perjuicio no doloso, no ya que sean antijurídicos inclusive penalmente sino que lo son en el derecho penal (*sind auch im Strafrecht*), por ejemplo, por la legítima defensa⁹⁵.

⁹³ WELZEL, *Strafrecht*, pág. 47.

⁹⁴ WELZEL, *op. cit.*, pág. 49.

⁹⁵ WELZEL, *op. y loc. cit.*

Ahora, no hay duda de que el carácter civilmente ilícito de la arbitraria turbación de la posesión y del perjuicio no doloso ejerce su influencia también en el derecho penal, por ejemplo con el fin de legitimar una reacción defensiva; pero nos parece del mismo modo evidente, que la influencia que la antijuridicidad civil de un hecho ejerce también en el campo del derecho penal no es tal de convertir en válida la afirmación de que aquel hecho es antijurídico también penalmente, y viceversa. Una cosa es la necesaria correlación y coordinación recíproca de las normas de cada parte del ordenamiento (unidad del ordenamiento jurídico) y otra cosa es la calificación de la antijuridicidad; la cual debe tenerse netamente distinta de la primera, si se quiere evitar que surjan confusiones con respecto a los límites y a la eficiencia de las reacciones jurídicas.

Se busca explicar esta relación del carácter antijurídico a cada rama del derecho, con la distinción entre antijuridicidad e ilícito. La antijuridicidad —se dice— es una pura relación; el ilícito es algo sustancial, esto es, el mismo comportamiento antijurídico: el despojo arbitrario de la posesión, el hurto, el homicidio, etc. La antijuridicidad es una cualidad de estos modos del comportamiento, y precisamente el contraste (*Missverhältnis*) en que estos se encuentran con el ordenamiento. La antijuridicidad es un predicado, el ilícito un sustantivo. En consecuencia, existiría un específico ilícito penal, o civil o administrativo, pero una sola unitaria antijuridicidad⁹⁶.

Estos conceptos son exactos pero solamente en parte. Ciertamente debe admitirse la distinción entre el concepto de antijuridicidad y el concepto de ilícito jurídico; y tal distinción, por nuestra cuenta, la hemos afirmado netamente, no de ahora⁹⁷.

Del mismo modo, y se comprende perfectamente en nuestro orden de ideas, debe admitirse que existe un específico ilícito penal, o un específico ilícito civil, y así sucesivamente. Aquello que no rige y que, admitida la existencia de específicas formas del ilícito, no puede admitirse al mismo tiempo para cada una, sino que, por el contrario, deba excluirse la correspondiente específica antijuridicidad; que deba por tanto negarse aquella lógica correlación por la cual al sustantivo corresponda su abstracta y conforme cualificación. En realidad estas diversas formas, ya que el ordenamiento no está compuesto de comportamientos autónomos y la especificación no implica separación, ejercen indudablemente influencia para varios efectos jurídicos la una sobre la otra; pero esto no puede significar que un hecho que sea antijurídico para una rama del derecho deba serlo también para todas las otras.

IV

22. LA CULPABILIDAD COMO ELEMENTO SÍQUICO DEL TIPO LEGAL DE DELITO. Nuestro modo de considerar la posición de la culpabilidad entre los

⁹⁶ WELZEL, *op. y loc. cit.*

⁹⁷ PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, pág. 96, conforme a la primera edición de 1945.

elementos del delito y en la estructura de su figura legal debe ya resultar de toda la exposición precedente; y es del todo diversa de la que deriva de la llamada concepción normativa de la culpabilidad⁹⁸. Es esta la que ha sido sustancialmente reforzada por la orientación finalística, con la tendencia, quizás, hacia más audaces desarrollos. La culpabilidad no sería propiamente una figura delictiva síquica sino un *juicio de valor* sobre una figura delictiva síquica. La relación psicológica entre el agente y el hecho debe referirse no a la culpabilidad sino a la acción, de suerte que la categoría de culpabilidad, exenta de todo contenido psicológico, encontraría su fundamento solamente en el elemento normativo de la reprochabilidad⁹⁹.

El argumento de la reprochabilidad o reprobabilidad es por el contrario nuevo. Nos parece sin embargo necesario insistir en esta oportunidad en la inconsistencia de este concepto, y sobre todo en la imposibilidad de llevarlo al plano de una clara relevancia jurídica.

En el campo del ilícito, *reprobar, reprochar*, no es función ni del legislador ni del juez¹⁰⁰. La ley no determina los factores por los cuales una conducta llega a ser censurable, porque con ello no habría aún dicho nada jurídicamente eficiente. Su función esencial es, en cambio, la de establecer los coeficientes con base en los cuales la conducta produce determinadas consecuencias jurídicas. Del mismo modo, en el caso concreto, el juez no está llamado a establecer la reprochabilidad de un determinado comportamiento, sino solamente a determinar si en él se presentan, según la previsión de la ley, los coeficientes que lo hacen apto para producir aquellas consecuencias. Y la cuestión no cambiaría de aspecto para el caso de que el término *reprochable* o *censurable* se quisiera utilizar solamente, en síntesis, como denominación de los coeficientes síquicos de la figura legal de delito; ya que, también bajo este aspecto, aquello que importa jurídicamente no es esta denominación, sino la previsión por un lado, la realización por el otro, de aquellos coeficientes, con los caracteres que los hacen idóneos para producir (en concurso con los otros elementos de la figura delictiva) la consecuencia jurídica. A cualquier valoración, por fuera de esta, le faltaría todo fundamento jurídico.

En cuanto al llamado *juicio* de culpabilidad, es conveniente también, nuevamente, remontarse a la diferencia entre el análisis del delito como figura abstracta y el análisis del delito como operación práctica del juez. El análisis de la figura abstracta no es otra cosa que el examen de la norma penal y de los coeficientes por ella requeridos para el delito en general y para cada una de las figuras típicas. Este examen, como ya lo expresamos (n. 8), no es jamás, en sentido propio, tanto para la culpabilidad como para los otros elementos de la figura legal un *juicio*, sino solamente *interpretación*, vale decir, comproba-

⁹⁸ Sobre el argumento véase a PETROCELLI, *La colpevolezza*, págs. 88 y ss.

⁹⁹ WELZEL, "La posizione dommatica", cit., pág. 19; *Il nuovo volto*, cit., págs. 49 y ss.; *Strafrecht*, págs. 120 y ss.

¹⁰⁰ Prescindiendo —se entiende— de los poquísimos casos en los que la misma *reprobación* ha sido establecida por la ley como sanción.

ción, reconocimiento de lo que la norma ha establecido: una función, en un cierto sentido, no activa sino *receptiva*. Un juicio en sentido propio se presenta en la operación práctica del juez que, previa siempre (para él, lo mismo que para el juicio teórico) la interpretación de la figura abstracta, y cumplida una comparación entre los elementos típicos de esta figura y los caracteres del hecho concreto, reconoce la recíproca correspondencia y decide (activamente), es decir, juzga que aquel hecho concreto realiza la figura legal descrita en la norma, determinando sus efectos jurídicos. Lo cual, por otra parte, se cumple en relación con todos los elementos del mismo modo, tanto para los objetivos como para los subjetivos. No existe, por consiguiente, en relación con estos últimos, un juicio de reprochabilidad que se agregue, que se sobreponga a la verificación de la existencia de los coeficientes síquicos; sino, si por acaso, es esta comprobación la que por sí misma determina la reprochabilidad de la conducta, entendiendo el término en la sola acepción que puede ser jurídicamente válida, esto es, de atribuibilidad del hecho al agente desde el punto de vista síquico¹⁰¹. Y es precisamente en la validez inmediata de los coeficientes síquicos en lo que consiste precisamente, en materia de culpabilidad, la función garantizadora de la figura típica del delito, la cual, de todos modos si se le insertera cualquier otra valoración posterior, correría el peligro de verse frustrada. En relación con el caso concreto, se tendrá un juicio autónomo, a lo sumo en un momento sucesivo, en relación no con la existencia sino con la *medida* de la culpabilidad, y por tanto, siempre en el ámbito de la ley, en el ejercicio de los poderes discretivos por esta atribuida al juez para la medida de la pena.

Para nosotros es evidente, en conclusión, la imposibilidad de realizar la separación entre figura delictiva y culpabilidad, por cuanto la culpabilidad no es otra cosa que el resultado de la determinación (en el plano teórico), de la verificación (en el plano práctico) de la figura.

Se afirma por parte de los finalistas que un estado síquico no es culpabilidad. Tomada aisladamente la frase es, por así decirlo, desnuda y cruda pero podría ser también exacta. La verdad es que por nadie se ha querido sostener que la culpabilidad deba consistir en el estado síquico considerado en sí y por sí, es decir, en el *mero* estado síquico. Un tal aislamiento no sería jurídicamente concebible, y el estado síquico es considerable, evidentemente, entre y con los otros coeficientes del delito, incrustado en el conjunto orgánico de la figura delictiva, colocado en aquella viva posición de relación de la cual solamente puede emanar lo que se denomina culpabilidad.

Se responde que con el juicio de culpabilidad se formularía un reproche personal al autor por no haber omitido la acción antijurídica siendo que podía omitirla; de haberse formado una voluntad antijurídica en cambio de una voluntad conforme con la ley, como estaba dentro de sus posibilidades; de haber,

¹⁰¹ Es evidente en este sentido que se habla, también en la doctrina clásica, de reprobación y de reprochabilidad, espontáneamente y sin complicaciones, por lo que CARRARA decía precisamente que, además de la fuerza física era necesaria la fuerza moral, para que un hecho pueda *reprocharse* a su autor (*Programma*, PG, 54).

en fin, con un acto de voluntad, preferido el desvalor al valor¹⁰². Pero esta es una valoración tan general que nos parece que no se refiere sola y específicamente a la culpabilidad. En ella, en efecto, está todo el ilícito, que consiste precisamente en haber querido hacer aquello que no se debía hacer y que se podía no hacer. Y nos parece que no tiene consistencia, a este propósito, la afirmación según la cual, mientras que el juicio de antijuridicidad consistiría en una relación simple, esto es, "tu has obrado contra la norma", en el juicio de culpabilidad la formación de la voluntad estaría puesta en una doble relación con la norma, esto es, "tu *deberías haber obrado* conforme a la norma, ya que lo *hubieras podido*"¹⁰³. Todo hombre de buen sentido, en efecto, no afirma que uno haya obrado contra la norma sin entender que habría *debido* y *podido* obrar conforme a ella; ni siquiera, para fijar una idea tan adherente a la conciencia jurídica y a la conciencia común, habría necesidad de realizar una tan artificiosa disociación entre el contenido síquico y el contenido de valor de la culpabilidad, que están inescindible y unitariamente establecidos. Afirmar la existencia de la culpabilidad no significa otra cosa, en efecto, que establecer la presencia de un deber, con base en el conjunto de coeficientes de capacidad previstos por la ley y que hacen posible el obedecerlos, y por consiguiente —ello no obstante— de un acto de voluntad (capaz y normal) contrario al deber.

23. CULPABILIDAD Y ANTIJURIDICIDAD. Respecto de la afirmada separación del llamado juicio de antijuridicidad del de culpabilidad, hemos sostenido ya que no son concebibles una antijuridicidad y una culpabilidad que pueden estar de por sí separadas la una de la otra (n. 19). Es de esta separación de donde deriva también la idea de que la culpabilidad es como un *momento nuevo que se agrega* a la antijuridicidad¹⁰⁴, transfiriendo de tal modo, en nuestra opinión, a un plano de realidad jurídico aquello que es solamente una secuencia creada convencionalmente por el procedimiento analítico el cual,

¹⁰² WELZEL, *Strafrecht*, págs. 120 y ss.; *Studien*, págs. 504 y ss.

¹⁰³ WELZEL, *La posizione dommatica*, cit., pág. 10.

¹⁰⁴ WELZEL, *Strafrecht*, pág. 120; *Il nuovo volto*, pág. 50.

Absteniéndonos de polemizar y prolongarnos más sobre este argumento (sobre una crítica aguda al concepto de adecuación social, véase a NUVOLONE, *I limitaciti della norma penale*, 72 y ss.), nos limitamos a observar que, aparte de todo, es extremadamente arduo establecer confines seguros entre las dos zonas: la de las acciones genéricamente justificadas por su adecuación social y la de las acciones respecto a las cuales deben operar, en cambio, causas especiales de justificación y esto porque no es precisamente cierto cuál sea la diferencia entre las dos formas de justificación; ni es cierto que exista una verdadera diferencia. El Código italiano vigente, entre las causas de justificación, expresamente incluye también el ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber, amplísimas categorías entre las cuales se comprende una infinita cantidad de casos. Sin embargo, ¿qué cosa más socialmente adecuada que el ejercicio de un derecho o el cumplimiento del deber? En verdad es el mismo principio de la justificación que está en crisis frente al principio, según nuestra opinión más exacto, que la exclusión de la antijuridicidad coloca sobre un plano diverso los límites de la norma penal y la coordinación de las normas jurídicas entre sí. El principio de la llamada justificación, que a lo sumo habría podido ser referido a aquellas causas que, como la legítima defensa y el estado de necesidad, encuentran su expresa delimitación en la ley penal, se ha dilatado indefinidamente, y mención, de la cual no había necesidad, del ejercicio del derecho y del cumplimiento del deber. Un fenómeno extraño de artificiosa abstracción, por el cual hoy nos encontramos tratando, como si estuviéramos tratando de causas de exclusión de la antijuridicidad, de acciones que nadie habría pensado jamás hacerlas objeto de valoración en el campo penal. Quien por caso, en efecto, habría pensado que de la obvia limitación de la libertad personal.

momentáneamente, debe separar y distinguir para conocer. Pero el examen separado no quita que en el ilícito los elementos estén fusionados en unidad orgánica, ni, sobre todo, que permitan sucesivas y parciales calificaciones de tales elementos, sino solamente determinaciones de aquellos caracteres que en conjunto dan lugar a la calificación unitaria.

La culpabilidad, como ya lo manifestamos (n. 19), expresa, al igual que el concepto de antijuridicidad (en sentido propio), una cualificación, por así decir, final, conclusiva, vale decir, pensable solamente en relación con una entidad completa; por consiguiente, en abstracto, en relación con la figura delictiva en su síntesis unitaria, o, en concreto, respecto a un hecho real que haya realizado plenamente aquella síntesis. En otras palabras, y sin tomar en cuenta los usos impropios del término en la legislación y en la jurisprudencia, la calificación de culpable puede surgir solo cuando los coeficientes, positivos y negativos, del ilícito estén integralmente presentes.

Sería del todo impropio, aun en el lenguaje común, calificar culpable al autor de una acción que realiza todos los coeficientes síquicos pero que no es antijurídica por la intervención de una causa de licitud. No puede decirse que es culpable el que ha matado o herido voluntariamente, pero haciendo uso legítimo de las armas o en estado de legítima defensa. Todo esto significa que la eficiencia jurídica de cada uno de los elementos del ilícito está subordinada a la eficiencia jurídica de todos los otros, y que en tanto subsiste el desvalor jurídico de cada uno en cuanto se haya realizado el desvalor total. Con esto se reafirma que la culpabilidad es, en su conjunto, un concepto de valor, como concepto de valor son sus derivados: dolo y culpa¹⁰⁵.

24. EN TORNO A UNA CONCEPCIÓN INDIVIDUAL DE LA CULPABILIDAD. Si se debe rechazar la doctrina que pretende reducir a un juicio la categoría de la culpabilidad, eliminándole sus componentes síquicos, ello depende no solamente

¹⁰⁵ No existiendo la posibilidad de detenernos sobre este punto, nos limitamos a llamar la atención sobre una seguridad excesiva con la que, en la traducción de textos alemanes a nuestra lengua, se hace corresponder netamente el término *dolo* con el término alemán *Vorsatz*. El cual tiene propiamente el significado de intención, pero en sentido de naturaleza psicológica. Pero ni este originario y propio significado puede eliminarse, por haberse cristalizado en cierto modo en el vocablo, también el significado de nuestro *dolo* a través de la doctrina y el uso en el foro. Fue BINDING el que hubo de deplorar que en la doctrina y en las leyes alemanas se hubiera dejado de mano en mano caer en desuso el viejo y buen término técnico *dolus*, para sustituirlo con la expresión que dispone como "del todo incolora" *Vorsatz*. Con este carácter incoloro que excluye todo significado de valor, BINDING quiere hacer resaltar que *de propósito, Vorsatzlich*, se puede tanto matar como poezar; tanto es así que en la legislación alemana de 1751 en adelante el término *Vorsatz*, si se usó para designar una de las formas de la culpabilidad, se acompañó siempre de la calificación de malo o de antijurídico (BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 1907, 117, *Die normen*, II, 1141, ss.).

Las cosas son diferentes en nuestra lengua. El término *dolo* ha tenido siempre, y lo ha conservado, su significado de valor, esto es, de intención que no debe ser, de intención de ejecutar un hecho jurídicamente prohibido. Y mientras una acción benéfica o indiferente puede, sin duda, calificarse como intencional, no sería exagerado afirmar que sería ridículo calificarla como dolosa. Ahora bien, mientras es posible hablar de un *Vorsatz* culpable o de un *Vorsatz* inculpable, no se puede, en nuestro idioma, hablar de dolo culpable o de dolo inculpable, siendo que por su naturaleza el concepto de dolo está ligado al de ilícito, y debiéndose excluir, por lo tanto, el carácter doloso de una acción todas las veces que, estando excluida de la ley la precisión de la sanción, debía, en consecuencia, excluirse la existencia misma del ilícito.

de la exigencia de simplicidad y claridad que en el procedimiento de análisis busca tener juntos, orgánicamente fundidos, todos los coeficientes subjetivos de la figura abstracta sino también, y principalmente, de la necesidad de tener firme la función de garantía de figura legal del delito, la cual no nos parece esté asegurada por la orientación que encabeza la doctrina normativa de la culpabilidad y por el principio de la llamada no exigibilidad, que le está estrechamente conexo¹⁰⁶.

Como ulterior y, en cierto sentido, desarrollo fatal de estas tendencias avanza, con formulaciones en verdad aún indecisas, el principio de la *personalidad* de la culpabilidad. La culpabilidad no permitiría esquematizaciones y generalizaciones, ya que ella debe referirse al sujeto individual en la concreta realización en que ha llegado a encontrarse. Es necesario comprobar —se dice— que *este hombre*, en la concreta situación, ha sido efectivamente capaz de autodeterminarse según razón; y por tanto no un juicio de *esencia*, sino un juicio *existencial*, no deducible de conceptos generales, sino solucionable solamente por vía empírico-práctica¹⁰⁷.

De donde resultaría, en sustancia una limitación del juicio de culpabilidad a cada caso, y por tanto, sobre la base de criterios no previstos normativamente, sino confiados al discernimiento del juez: conclusión tan grave que más bien deja perplejo a quien ha logrado deducirla de sus premisas¹⁰⁸. Sin embargo, mientras se explica semejante perplejidad, que luego la conclusión no sea del todo infundada puede resultar, entre otras, de la actitud en tal sentido de escritores aun de tendencias opuestas: por ejemplo de quien, aun declarando adherir al principio, lo considera de naturaleza meramente "programática"¹⁰⁹; y de quien, al contrario, destacando que todo ilícito puede decirse cometido en una cierta situación síquica de constreñimiento, deduce que de tal modo se llega al *tout compondre c'est tout pardonner*, y por tanto a la posibilidad de peores arbitrariedades¹¹⁰.

En los mismos finalistas la afirmación del principio no encuentra, en verdad, según nos parece, tonos bastante decisivos; y antes bien parece que en algunos puntos se la quiera reducir al ámbito de una moderada versión del principio de no exigibilidad, limitado y controlado por la ley; y por ello hasta el punto de declarar que, si bien existen situaciones en las cuales un obrar conforme al derecho no se puede exigir siquiera al sujeto imputable y plenamente consciente del carácter antijurídico de la acción, sin embargo el derecho, en interés de la validez de sus normas, debe delimitar en confines estrechos situaciones de esta naturaleza¹¹¹.

¹⁰⁶ Sobre esta correlación estrecha ver las agudas consideraciones de BELLAVISTA, *Il problema de la colpevolezza*, 1942, págs. 72 y ss.

¹⁰⁷ Véase por todos, a WEIZEL, *Il nuovo volto*, págs. 58 y 59 y 66 y 67.

¹⁰⁸ Véase a GALLO, *La teoria dell'azione finalistica*, cit., págs. 72 y 73.

¹⁰⁹ MAURACH, *op. cit.*, pág. 320.

¹¹⁰ H. MAYER, *Strafrecht*, 1953. Sobre el principio de que la culpabilidad sea "relativa al sujeto individual", véase también a SANTAMARÍA, voz "Colpevolezza", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. VII, pág. 646.

¹¹¹ WEIZEL, *op. cit.*, págs. 58 y 59.

En otro lugar, en cambio, si bien se trata de enunciados de carácter prevalentemente filosófico, este mesurado criterio no se manifiesta y se enuncian conceptos mucho más radicales. Se afirma, en efecto, el carácter existencial del juicio como relativo a la *realidad individual*; y se agrega que la concreta capacidad de culpabilidad de un hombre se sustrae a la posibilidad del conocimiento teórico, siendo algo que, por principio, excluye de sí toda objetivación: el "no objetivo puro", que no puede ser objetivado sin perder su individualidad¹¹².

De todos modos, este concepto personal, que antes bien y para ser más exactos, *individual* de culpabilidad existe como tendencia. La cual en verdad, frente a la eficiencia lógica de la disciplina jurídica, tal como se ha afirmado tradicionalmente en la historia, no nos parece tal como para despertar excesivas preocupaciones. Sin embargo, es necesario también afirmar que si esta tendencia se transformara en una fuerza, sería indudablemente para el derecho fuerza no centrífuga.

Si la personalidad de la culpabilidad se entendiera en el sentido de que el legislador primero y el juez después (el segundo dentro del ámbito que las limitaciones generales de la ley le permite), deben aproximarse, cada uno por su parte, a la más concreta y adherente humanidad de los hechos, estaríamos en el ámbito de un principio de alta civilización jurídica, el cual podrían aceptar todos. Pero si el criterio de la personalidad fuera impelido forzosamente hacia lo concreto, hasta el extremo de separarse de toda posibilidad de generalización, entonces se vendría a caer en posiciones irreconciliables con los fundamentos de la disciplina jurídica, además que de la disciplina moral. Se lograría el límite de una extrema individualización, tal de conferir validez, en el proceso etiológico de la acción, a los impulsos estrictamente individuales, con la consecuencia de hacer ineficientes los límites señalados por las normas.

La ley determina de un lado los límites de capacidad del individuo, como condición general del sujeto, y del otro las condiciones por las cuales debe considerarse normal la formación de todo acto individual de voluntad. El juez, a su turno, cumplirá la labor de la máxima aproximación posible para una concreta y justa valoración con los poderes que la ley le confiere, sea por medio del sistema de las circunstancias, sea mediante el uso del poder discrecional, en la medida de la pena. Andar, con criterio existencial, más allá de estos límites, significa alcanzar aquellas situaciones, jurídicamente imposibles, lamentadas ya por las formulaciones extremas del principio de la no exigibilidad. A modo de hipótesis, no se puede excluir que un determinado ordenamiento llegue a tal extremo de dejar, en definitiva, al juez fuera de toda garantía de esquemas y de figuras legales, el poder de establecer, con juicio existencial, si, en aquella concreta situación, aquel determinado individuo, *este hombre*, debía o no considerarse culpable. A todo puede llegar el legislador. Pero no hay duda que en donde la descomunal hipótesis se verificara, se tendría, no ya la intervención, sino la abdicación de la ley.

A este propósito no será vano, en fin, observar que erróneamente se habla a veces del ordenamiento jurídico como si estuviera personificado por el legislador y por el juez; empero, si por caso, la labor del legislador y la del juez pueden insertarse en el concepto, mucho más amplio, de disciplina jurídica, la cual bien puede comprender en sí tanto el sistema de las normas como el de su aplicación. Pero en cuanto respecta al ordenamiento, el juez, lejos de ser su personificación, está sometido a él; concepto que la conciencia jurídica debe amparar, para la exactitud y el rigor de la investigación científica y, aún más, para que el orden jurídico no se vea amenazado en su validez.

Tomado de la "Rivista Italiana di diritto e procedura penale", 1963, volumen 2, páginas 337 a 397.

¹¹² WELZEL, *op. cit.*, págs. 58 y 59.