

DOCUMENTOS*

PARA LA ESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA DEL DERECHO PENAL

HELLMUTH VON WEBER

PRESENTACIÓN

Hellmuth von Weber y su contribución a la dogmática
jurídico-penal del delito

I. *En la actualidad nadie puede afirmar que ignora la evolución dogmática alemana por dificultades lingüísticas. El esfuerzo de distinguidos penalistas de nuestra lengua ha hecho que cualquiera pueda seguir el curso evolutivo de la misma en castellano. Basta mencionar las traducciones de las obras de VON LISZT, BELING, MEZGER, SAUER, MAURACH y WELZEL, para probar que las líneas fundamentales del penalismo alemán (concepciones "clásica", "neoclásica" y finalista) pueden seguirse en nuestro idioma.*

Respecto del finalismo, se hace menester erradicar el falso concepto de que se trata de una aparición intempestiva y sorpresiva, como muchas veces pretenden darlo a entender comentarios superficiales.

La dogmática jurídico-penal germana es un sendero que no ofrece solución de continuidad: sus construcciones avanzan en forma tal que, para comprender acabadamente una, se hace necesaria la comprensión previa de la anterior. En modo alguno es menester hoy manejar la literatura penal alemana en su lengua de origen para percatarse de ello, toda vez que salta a la vista al más somero examen de los textos traducidos. Hay más: la dogmática penal argentina sigue las líneas de la alemana, surgiendo ello con claridad meridiana de la lectura de nuestras obras de conjunto (SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, JIMÉNEZ DE ASÚA), que van del

* A partir de este Número, aparecerá esporádicamente una sección de Documentos, en la que publicaremos algunos trabajos que aunque no de reciente aparición original, conservan todavía su importancia, en la medida en que han sido decisivos peldaños en el desarrollo de la teoría del delito y cuya lectura, por lo mismo, continúa siendo indispensable para el cabal conocimiento de nuestra disciplina. Un ejemplo de lo que pretendemos es la publicación que ahora hacemos de este artículo de VON WEBER. Expresamos nuestro agradecimiento al profesor y tratadista argentino EUGENIO RAÚL ZAFFARONI por la autorización que nos ha dado para publicarlo.

sistema "clásico" (LISZT-BELING) al neoclásico (MEZGER), lo que culmina con la tendencia finalista de algunos trabajos monográficos recientes.

En el curso de esta evolución científica, la incorporación de los elementos subjetivos del tipo penal y de la teoría normativa de la culpabilidad rompieron el primitivo esquema sistemático simplista del injusto objetivo y la culpabilidad subjetiva. Quebrado el criterio analítico objetivo-subjetivo y fijado antes el camino analítico que marcha desde la conducta hacia su autor, se imponía un nuevo criterio analítico, el que es proporcionado por el neokantismo de la escuela sudoccidental alemana y cuya construcción más acabada hace MEZGER, pero que ofrece serias dificultades, puesto que todos sus esfuerzos se encaminan a apuntalar la sistemática surgida a la luz del viejo esquema objetivo-subjetivo: lo rechaza metodológicamente, pero lo sostiene estructuralmente.

Percaudándose otros autores de estas dificultades, tratan de superarlas mediante una nueva sistemática. Este movimiento se inicia con la estructura compleja del tipo, o sea, el tipo mixto (objetivo-subjetivo), por oposición al tipo objetivo (BELING). El tipo complejo encierra al dolo, que en el antiguo sistema pertenecía a la culpabilidad. Por esta huella andará luego WELZEL, quien redondeará la nueva sistemática con un concepto de acción que se identifica con el ontico-ontológico, y al que proporcionará una nueva base filosófico-jurídica con la teoría de las estructuras lógico-objetivas. Los arquitectos del tipo complejo fueron HELLMUTH VON WEBER y ALEXANDER GRAF ZU DOHNA (1946). El Aufbau de GRAF ZU DOHNA se encuentra traducido en nuestro país y consideramos necesario que el lector argentino contase con una traducción del de VON WEBER, para completar así el panorama de este momento evolutivo de la dogmática penal germana que, a causa de no haber tenido eco en la nuestra, puede considerarse un hueco que cause la falsa impresión de que hay un "salto" científico, cuando en realidad lo que existe —como es norma— es un peldaño analítico sumamente interesante.

II. HELLMUTH VON WEBER nació el 4 de junio de 1898 en Dresden. Cursó sus estudios universitarios en Freiburg y Leipzig. En esta última universidad se despertó su interés por el derecho penal y fue discípulo de RICHARD SCHMIDT. Su trabajo de habilitación versó sobre el estado de necesidad y fue rendido en Leipzig en 1924. En 1926 fue nombrado profesor en la Universidad alemana de Praga, en 1928 en la de Jena y en 1937 en la de Bonn. En 1934 fue impedido su traslado a Leipzig por razones políticas. Murió el 10 de mayo de 1970, siendo profesor emérito de derecho penal y criminología en la Universidad de Bonn.

En Praga escribió sus Grundriss Tschechoslowachischen Strafrechts (Reichenberg, 1929). En dicha obra expresa: "El tipo señala las conductas punibles en forma abstracta. Los conceptos en ellos contenidos pueden ser contruidos señalando conductas que causan determinados resultados (concepto causal), o bien, que son portadoras de una voluntad determinada (concepto teleológico). En unos la conducta será puramente objetiva, sin relación con la sique del actor (tipo externo) y en los otros subjetiva, describiendo la dirección de la voluntad del actor". A continuación dedica los parágrafos 8, 9 y 10 al "tipo objetivo", al "tipo subjetivo" y a la "dependencia entre las partes objetiva y subjetiva" respectivamente. Es allí, pues, donde VON WEBER desarrolla su concepto mixto del tipo penal, sobre el que vuelve luego en el Aufbau y en las dos ediciones de sus Grundriss des Deutschen Strafrechts.

La obra de VON WEBER es extensa y varia, abarcando temas de carácter criminológico, político-criminal, historia del derecho, derecho comparado, parte general y parte especial del derecho penal.

III. VON WEBER no fue finalista, aunque sus ideas significaron un claro aporte para la construcción finalista. Su concepto de la acción se halla expuesto fundamentalmente en su trabajo —creemos que póstumo— titulado Observaciones sobre la doctrina del concepto de acción. Allí declara rotundamente que "el concepto de acción debe surgir del análisis del derecho vigente", lo que lo divorcia totalmente del finalismo. Disiente igualmente con el concepto "social" de acción (E. SCHMIDT, MAIHOFER, JESCHECK, etc.), y afirma que el concepto jurídico-penal de la misma es más amplio que el final, aunque no funda su afirmación en la omisión —como generalmente se hace— sino básicamente en consideraciones psicológicas sobre ejemplos de conducta humana típica que serían reflejos condicionados. Por lo que a la causalidad respecta, rechaza la concepción mecánica de esta para valerse de la misma como "concepto relacionante hipotético", vía por la que entiende salvar el difícil y discutido problema de la causalidad en las omisiones.

En cuanto a su construcción del injusto, también se separa del finalismo habiendo sido partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo, posición que asume en varios trabajos y, en particular, en el que titula precisamente "Elementos negativos del tipo". En este aspecto, merece destacarse la circunstancia de que uno de los constructores de la hoy más difundida teoría del error, fuese al mismo tiempo partidario de la teoría de los elementos negativos del tipo, lo que importa que en su estructura, el "conocimiento" que se halla en la culpabilidad no abarca todo el tipo (como sucede en la teoría causal), sino una parte de él (la que hace a la antijuridicidad), en tanto que el resto es conocimiento que pertenece al tipo mismo (al tipo subjetivo).

Si bien esta estructura es compleja —y estimamos que un tanto artificiosa—, es de destacar que esa parcialización del conocimiento del tipo objetivo se aproxima al manejo que de un pretendido "tipo de error" se hace contemporáneamente, en que se pretende diferenciarlo del tipo objetivo.

IV. La precedente exposición justifica la traducción de un trabajo que lleva más de treinta y siete años de publicado y nos exime de ulteriores consideraciones. Nos decidimos a efectuarla en abril del corriente año, después de consultarlo personalmente con el prof. HANS HEINRICH JESCHECK, quien se manifestó plenamente de acuerdo con la importancia del Aufbau de WEBER. Agradecemos al señor Adam Eckert, asistente científico del Max-Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, por la amable y espontánea gestión que realizara ante la esposa del autor para obtener la autorización a la presente traducción y a frau Hellmuth von Weber, para quien quedan reservados los derechos de la misma, el honor que nos hace al haberla otorgado.

E. RAÚL ZAFFARONI

La Plata, noviembre de 1972.

I. El desarrollo del derecho penal alemán en las últimas dos generaciones ha sido determinado decididamente por el enfrentamiento de las escuelas penales clásica y moderna, que disputan en torno al dilema "retribución o protección de la sociedad", "pena o seguridad". El fervor de la lucha ha oscurecido la realidad, la que pasó al frente con otra divergencia de naturaleza dogmática y que habrá de desenvolverse bajo el lema del normativismo. La estructuración del sistema del derecho penal se ha tornado problemática.

El sistema clásico del derecho penal está erigido sobre la elemental y obvia diferenciación entre parte objetiva y parte subjetiva del delito. Una, funda la antijuridicidad sobre las características externas de determinada conducta —conforme a la causación de un resultado—, mientras la culpabilidad es una relación síquica para este resultado, que contiene un doble requerimiento: la imputabilidad del autor y una particular posición respecto del hecho en concreto, que se manifiesta en alguna de las formas o clases de culpabilidad: dolo y culpa. Tentativa y participación son consideradas modificaciones de las formas fundamentales, "formas de aparición" del delito.

La tesis fundamental de esta sistemática ha sido estremecida por la teoría normativa de la culpabilidad y por la teoría de los elementos subjetivos del injusto. Por cierto que la nueva doctrina se halló bien pronto con dificultades sistemáticas, dado que intentó asegurar las viejas distinciones. Se ensambla nominalmente un elemento normativo en la culpabilidad, que era necesario para establecer una norma paralela y diferente de la contenida en la antijuridicidad. Este elemento se creyó poder hallarlo en lo interno de la conducta, en la norma de deber dirigida a la determinación de la voluntad y paralela a la norma jurídica correspondiente a lo exterior de la conducta. Por otra parte, los elementos subjetivos del injusto debieron pasar de su posición de elementos de culpabilidad a ser sus precedentes síquicos. Viendo esto en conjunto, cabe preguntarse si tales distinciones son lógicamente conducentes y en cualquier caso deberá aceptarse que tanto la duplicación de normas como la de elementos subjetivos, conducirán a una sensible complejización de la construcción dogmática. Las dificultades aquí apenas apuntadas nos remiten a investigaciones metodológicas, que culminan en el resultado de que el concepto jurídico contiene, en forma indisoluble y también múltiple —como "enlace estructural"—, elementos descriptivos y valorativos. De allí que varios representantes de las nuevas teorías, se sirvan de nuevas terminologías en estas investigaciones, lo que dificulta extraordinariamente su comprensión. Esto acontece también donde debiera evitarse: en todos los casos en que se elaboran obras sobre la parte general del derecho penal siguiendo los pasos de la nueva doctrina, se exige un sensible aumento del esfuerzo necesario a la comprensión y del trabajo del lector, como lo muestra una simple ojeada a *Tratado* de MEZGER, o una comparación de las antiguas ediciones del de VON LIZST con las nuevas al cuidado de EBERHARD SCHMIDT.

Es innegable que la dogmática clásica muestra insuficiencias. Unas veces ellas son de naturaleza constructiva, como lo demuestran en el fondo los problemas conocidos, tales como el estado de necesidad o la culpa, apariciones

certeras pero que no encuadran de modo satisfactorio en el sistema. Aún más importante para la aplicación práctica del derecho penal es que la parte general del derecho penal, que está cargada de una serie de interrogantes polémicos, encare las preguntas fundamentales y no pretenda permanecer en paz, como lo hace en la tentativa y en la participación (allí la cuestión puede reducirse al común denominador "objetivismo-subjetivismo"), en el error y en otros lugares más. De cualquier forma, los resultados prácticos no hablan en crédito de la dogmática clásica.

Cuando la dogmática no le ofrece a la jurisprudencia principios jurídicos que conduzcan a resultados satisfactorios, pueden suceder dos cosas. O bien la jurisprudencia niega las teorías de la ciencia y se sujeta a las construcciones tradicionales, que también pueden ser lógicamente insatisfactorias y que quizá muestren también deficiencias prácticas, pues como lo demuestra la experiencia, están francamente necesitadas. Así acontece con nuestra jurisprudencia en vastos campos. A pesar de la negativa casi unánime de la ciencia, el tribunal de Reich se atiene a la teoría subjetiva de la tentativa o se afirma en la distinción —lógicamente inconducente en absoluto— de error de derecho penal y de derecho extra-penal. El desengaño de la ciencia a causa de la negación de sus doctrinas ha conducido a más de un amargo reproche sobre la falta de apertura de la jurisprudencia. ¡Pero es injusto! La jurisprudencia no se ha negado a estas teorías por falta de comprensión, sino porque era consciente —o quizá solo sintió (ya que la deficiencia de los principios aplicados aflora abiertamente, en tanto que los propuestos no han podido ser aún probados, sino solo proyectados y no del todo visualizados en su cantidad y significación)— que su aceptación habría de conducir a resultados aún insatisfactorios.

También puede suceder lo contrario, o sea que la jurisprudencia siga a la dogmática y, de este modo, llegue a resultados que no se correspondan con el ideal de la justicia. Así acontece en el campo de la participación para la accesoriad. Sobre ello solo un ejemplo: Para un sentimiento jurídico no deformado es obvio que quien, sin contar con la inimputabilidad, apoya la conducta punible de un inimputable, es punible, siendo indiferente que conozca o no ese estado. Pero si el inimputable se comporta de modo no punible y, conforme al principio de accesoriad, no se podría penar la participación. El inaceptable resultado de la impunidad se evita mediante la construcción de la autoría mediata. Pero ello presupone que el autor conoce la inimputabilidad y quiere usar al inimputable como instrumento, Pero si le ha sido desconocida la inimputabilidad esta construcción está negada, imponiéndose la absolucón, de no ser posible ayudarse con algún otro tipo al que asirse¹. En lugar de facilitar al juez el hallazgo de la solución justa, aquí la dogmática se ha arrojado directamente en una trampa. Es así como resulta que se lleguen a poner seriamente en duda los resultados de una jurisprudencia doctrinaria.

¹ Así, en *Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen*, 59, 197, la defraudación por adjudicación de un objeto robado por un enfermo mental; un caso de participación en el aborto de una enferma mental (RCst 26, 14).

Frente a estas situaciones insatisfactorias es suficientemente comprensible que se intente el establecimiento de fundamentos nuevos en la dogmática. La teoría normativa del valor jurídico-penal (*normative Strafrechtswertlehre*) es uno de tales intentos.

Pero esta teoría se ha encaminado a un trabajo crítico tan pletórico de valoración, que muy escasamente puede afirmarse que proporcione una solución positiva a las presentes dificultades. En un curioso equívoco, los sostenedores de esta teoría del valor jurídico-penal la ven como el remedio total para nuestras necesidades. En verdad, el significado de esta teoría permanece en el campo de la exégesis. Su mérito es habernos dado consciencia de la fuerza determinante de los juicios de valor en toda aplicación de la ley. Mas si consideramos sus resultados para los interrogantes en disputa y en duda, que al principio hemos planteado, son ínfimos. Si no se ve una solución de la que el juez, al resolver una tentativa imposible o un error de derecho sobre la valoración en el caso concreto y con ello, también sobre su consideración, extrajese o pudiese extraer algo, sino una solución que, en verdad, solo importa una modificación de la tarea, deberá decirse que los puntos de vista esenciales para la decisión de los interrogantes en disputa no han encontrado mejores formulaciones de nuestras representaciones de la justicia.

Es así como no resulta extraño, ni radica solo en la desafortunada terminología de la doctrina, que —como también lo sienten con pena sus partidarios— el contacto con la jurisprudencia no haya tenido lugar y su influencia práctica haya sido ínfima.

Pero ¿nos encontramos verdaderamente en una situación en que debemos descartar nuestras primitivas formas jurídicas para liberarnos del lastre exagerado de las formulaciones dogmáticas? ¿Debemos, en lugar de la consideración consciente, dejar librado al sentimiento jurídico el encuentro de la determinación, como nos lo recomiendan numerosas proposiciones? Semejante solución eminentemente negativa solo puede ser, en el mejor de los casos, una evasiva transitoria. En nuestras complejas relaciones sociales, una administración de justicia unitaria y segura, correspondiente a la voluntad de conducción del Estado, solo es posible si logra extraer nuestras representaciones de la justicia del sentimiento y erigirlas a la luz de la consciencia, haciéndolas de este modo comunicables y comprobables. La consignación del derecho en una ley importa la decisión por esta senda, quedando así sostenida la tarea dogmática e inalterada su urgencia.

II. El intento de una ordenación sistemática de las normas del derecho penal no puede pasar por alto la circunstancia de que en la configuración de las normas el legislador establece límites valiéndose del medio expresivo del lenguaje. Si la lengua es el medio para la expresión de nuestro pensamiento, por otro lado obliga al legislador en su expresión mediante los conceptos —y el modo en que estos se construyen— por cierto que en tan alta medida que debemos cuidar hacernos conscientes de ello². Nuestro pensamiento corre necesariamen-

te por rieles que están preseñalados por los conceptos. Las nuevas creaciones son posibles solo dentro de un determinado perímetro. A esto el legislador no puede sustraerse, particularmente si desea ser popular. El legislador solo somete a pena formas de conducta socialmente dañosas, construyendo el núcleo de los tipos sobre los verbos empleados. De su construcción y contenido depende necesariamente la construcción y el contenido de la norma. Algunas simples consideraciones lógicas de lenguaje son necesarias para arrojar nueva luz sobre la sistemática del derecho penal. Al respecto podemos limitarnos a los verbos, porque en los raros casos en que el legislador usa los verbos como un mero “ser” expresa “encontrarse en un estado”³, y un análisis más profundo demuestra que se somete a pena colocarse en ese estado o no cambiarlo. En los verbos hay dos formas con que el lenguaje puede abarcar la forma de conducta. Una parte de un resultado, de una modificación del mundo exterior, abarcando toda conducta que sea causal para ese resultado. Así, por ejemplo, “matar” no significa otra cosa que “causar la muerte”. Este concepto es puramente objetivo, en tanto que se apoya solo sobre la exterioridad de la conducta. Que se haya o no representado cómo su conducta haya sido causal de la muerte de un hombre, está fuera de la cuestión: de cualquier modo ha matado. Si bien nuestro lenguaje emplea de preferencia estos verbos causales, hay a su lado otro grupo significativo, en que se valdrá de la posición del autor respecto de la actividad final perseguida. También en ellos se trata de una conducta que se presenta trascendiendo en el mundo exterior, pero en que lo decisivo no es la causación del resultado, sino el sentido dado a la acción en pos del resultado. Así como el § 292 del StGB amenaza con la pena la caza clandestina, coloca bajo pena una actividad que se dirige a la obtención de la pieza. Es indiferente que la pieza sea “cazada” o que el advenimiento del resultado, conforme a las circunstancias exteriores o a la habilidad del cazador, sea en general probable o posible. De este modo, tenemos aquí un concepto de conducta que aparece trascendiendo en el mundo exterior, en que la síntesis resulta de un elemento subjetivo, la voluntad del autor.

Si bien es cierto que en las leyes penales tales verbos son usados raramente en relación a los causales, en cualquier caso se hallan con suficiente frecuencia, como lo pueden demostrar los siguientes ejemplos de la ley penal: ofrecer, atacar, detener, anunciar, ponderar, incitar, usar, favorecer, desafiar, exhibir, tener para la venta, mantener, calumniar, imputar, pescar, cazar, resistirse, servirse, ocuparse, disculparse, ofrecerse⁴. Frecuentemente el lenguaje, para hacer conocer una actividad dirigida a un resultado, utiliza locuciones como pretender, dedicarse, buscar. En el derecho penal se usan a menudo locuciones con “realizar”, para las cuales es indiferente que el resultado acontezca o no.

³ Por ejemplo, servir en las fuerzas militares enemigas, tener en su poder instrumentos de robo, conducir con exceso de velocidad (§§ 91°, 245°, 366, núm. 2 StGB).

⁴ Como lo muestra la enumeración, los verbos contenidos en este grupo exhiben una exterioridad en tanto que ella se dirige a revelar en el sujeto un sentimiento, una representación o una decisión. Pero es de hacer notar que varias de estas palabras son ambiguas. Así, “calumniar”, por ej. puede significar “expresar una calumnia”, como también “suscitar una calumnia”.

² A probar esta dependencia se consagra el instructivo libro de SCHMIDT-ROHR, *Mutter-Sprache*, 2ª ed., 1933.

Más significativa aún es la expresión "intentar", la que indica simultáneamente que el resultado pretendido no aconteció. Por el contrario: cuando una acción ha sido causal de un resultado y queremos expresar que también la voluntad del autor está dirigida al resultado, la señalamos como dolosa.

Mostrándolo en un ejemplo significa:

Él ha matado: él ha causado la muerte.

Él ha intentado matar: él ha dirigido su conducta hacia la muerte, pero la muerte no ha acontecido.

Él ha realizado la conducta de matar: él ha dirigido su conducta hacia la muerte, pero si la muerte no ha acontecido, da igual.

Él ha matado dolosamente: él ha dirigido su conducta hacia la muerte y ha causado la muerte.

De este análisis surge para la dogmática penal el conocimiento de que el legislador tiene fundamentalmente dos posibilidades para explicitar una conducta humana antijurídica. Puede asentar la norma solo sobre el aspecto exterior y prohibir una conducta causal de un resultado, o bien, puede tomar como fundamento la voluntad del autor y poner bajo pena una conducta dirigida a un resultado. Las conductas podrán ser señaladas como antijurídicas, tanto objetiva como subjetivamente. Dicho con modernas palabras de moda: tenemos aquí derecho penal de acto y allá derecho penal de voluntad.

Ambas formas permanecen una al lado de la otra en forma independiente. No es cierto que el tipo subjetivo sea secundario, pues solo desviadamente podríamos construirlo a partir del puro tipo objetivo. Más bien, el contenido de ambos tipos es distinto. Pueden ciertamente superponerse, vale decir, una conducta puede dirigirse a un determinado resultado y ser causal de él; pero cualquiera de ambas es posible también sin la otra.

También en el tipo subjetivo hay una conducta exterior puesta bajo pena. Por ello no significa ningún derecho penal de ánimo, ninguna punición del puro querer. Pero la conducta amenazada con pena se comprenderá mediante un retroceso hacia lo abarcado por la voluntad del autor. Su contenido es el que señala a la conducta externa como adecuada al tipo.

La decisión por el tipo subjetivo no significa ninguna "etización" del derecho penal. La valoración ética se funda en la relación de la voluntad con la norma. Solo quien consciente o negligentemente infringe la norma, se hace acreedor a un reproche ético. El tipo subjetivo, la norma que abraza una conducta querida, no contiene tal relación del querer con la norma. No puede en modo alguno contenerlo, porque la consciencia de la antinormatividad no puede ser al mismo tiempo contenido de la norma. Cuando el legislador, para tutelar la paz jurídica, designa como antijurídica la empresa realizadora de un determinado resultado, la norma abarca cualquier clase de conducta, sin tomar en cuenta si el autor la conoció, debió conocer o no pudo conocer la norma. Esto no excluye, naturalmente, que este acontecimiento pueda ser presupuesto de la punibilidad, solo que con la antijuridicidad de la conducta no tiene nada que ver.

Si ubicamos el actuar doloso en el injusto y con ello lo sustraemos al ámbito de la culpabilidad, si con ello negamos el principio ordenador que —al menos básicamente— envía todo lo objetivo a la antijuridicidad y todo lo subjetivo a la culpabilidad, debemos responder a la pregunta de qué es lo que deberá entenderse como propio de la culpabilidad. Si le quitamos una parte nuclear, como es el dolo ¿podrá aún el resto ser abarcado en su conjunto en forma unitaria? Resulta a todas luces osado, en vista del mucho ingenio que se ha aplicado a la solución del problema de la culpabilidad⁵ querer responder satisfactoriamente a esta pregunta con brevedad. Y sin embargo, las cosas resultan aquí francamente sencillas, con solo querer despejar a la culpabilidad de todos los elementos síquicos del dolo. Lo decisivo está en el fundamento, que tampoco fue nunca del todo conocido como para abrirse paso.

Fuera de duda está el principio "no hay pena sin culpabilidad". El reproche, que yace en la pena, presupone la culpabilidad como reprochabilidad, si culpabilidad. Cuando se ha señalado a bien ello es cierto, no aporta ninguna explicación sobre la esencia de la culpabilidad. El objeto del reproche está dado por la antijuridicidad. Le reprochamos al autor que se haya comportado antijurídicamente. Todo intento de buscar la esencia de la culpabilidad en el contenido de la conducta, colocando al lado de la norma jurídica lesionada una paralela norma de deber lesionada, se adelanta y yerra el camino. Nosotros, en vez, erigimos el reproche cuando el autor "puede algo para eso", cuando ha realizado la acción punible que le era evitable, cuando no le era un destino ineludible. De este modo podemos decir: acciona culpablemente quien acciona antijurídicamente, no obstante que pudo conducirse conforme a derecho. A quien no ha tenido en modo alguno la posibilidad de conducirse de otra manera, lo consideramos libre de todo reproche.

Con esto se beneficia el principio que permite mostrar a la antijuridicidad y a la culpabilidad como los dos elementos fundamentales de la acción punible. La culpabilidad se halla en el poder, la antijuridicidad en el deber. El lugar de la antinomia objetivo-subjetivo lo ocupa el deber y el poder.

III. ¿Cómo se configura sobre estos fundamentos el sistema del derecho penal?⁶

La antijuridicidad de una conducta puede determinarse tanto conforme a circunstancias objetivas como subjetivas. Sobre esto conocemos la teoría de los elementos subjetivos del injusto, pero vayamos aún un paso más adelante, el

⁵ Cfr. la síntesis de ERIK WOLF, *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1928.

⁶ He intentado realizar este sistema por primera vez en mis *Grundriss des tschechoslowakischen Strafrechts*, 1929. En cuanto los interrogantes en particular, cfr. sobre culpabilidad, DJZ, 1931 y 663 y ZStW 53, 656; sobre la tentativa, *Zentralblatt f. d. Jur. Praxis*, 1932, 490; y sobre la participación, el trabajo por mí comentado de KAPERINICK, *Die Akzessorietät der Teilnahme und die sog. mittelbare Täterschaft*, 1932 (Cuaderno 10 de las Untersuchungen zur deutschossterreichischen Rechtsangleichung).

que la doctrina no se atrevió a dar⁷: también conducirse dolosamente es conducirse antijurídicamente. Cuál de ambas formas elige el legislador para prohibir las conductas perturbadoras de la paz jurídica, depende de puntos de vista político-criminales. Nuestra ley penal conoce, como lo demuestran nuestros ejemplos, ambas formas de modo paralelo y, también el futuro derecho penal, según la Comisión Oficial de Derecho Penal, utilizará una similar combinación relacionante. El mismo escrito ideológico prusiano *Derecho penal nacional-socialista*, que prefirió los tipos de emprendimiento, no los considera como un dominio excluyente. No es tampoco correcto que los fundamentos dogmáticos y la pureza del sistema fomenten la decisión por una de estas formas⁸. Las dificultades sistemáticas se originan, en verdad, si la teoría de la antijuridicidad malentende la diferencia de las formas, queriendo basarse sobre una sola de ellas y violentando a la otra. Pero estos inconvenientes desaparecen cuando se conoce el defecto. El legislador tiene la posibilidad de erigir paralelamente ambas formas de construcciones típicas, reforzando así la protección de los bienes jurídicos. Sus efectos no se compensan, sino que se acumulan.

Ambas formas permanecen independientes una al lado de la otra. La consideración no puede salir de los delitos dolosos de resultado como del caso que se supone normal, en que ambas formas están conjuntamente legisladas. Las formas más simples, son, por el contrario, las conductas causales por un lado y las dolosas por el otro.

Para las conductas causales —para la teoría del resultado (lesión y peligro) y de la dependencia causal— sobre la base de esta sistemática no resulta en general ningún nuevo punto de vista, pero en lugar la conducta dolosa requiere una consideración más profunda. El contenido mismo del concepto de dolo queda prácticamente intacto. Solamente, claro está, la conciencia de la antijuridicidad no está contenida en el dolo. Pero el cambio de su posición sistemática tiene significativas consecuencias en todo aquello donde la relación del accionar doloso con la conducta causante del resultado es puesta en cuestión.

La forma más frecuente en que se pena la acción dolosa es la tentativa. Pero ya no podremos comprender a la tentativa como una “forma de aparición” de los delitos dolosos de resultado. Es tan escasamente una forma de aparición del delito doloso de resultado, como lo sería el delito culposo de resultado. Más bien, el accionar doloso es un elemento del delito doloso de resultado que recobra su independencia en la tentativa, una independencia que de antemano tiene en otras formas —en los delitos de emprendimiento y en todos los delitos contruidos con verbos finales—. Estas formas permanecen paralelas y, del mismo modo, requieren igual consideración. Solo hay que poner atención a que

⁷ Así expresamente MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, 1926, pág. 15. Más cerca de esto el conde DOHNA (ZStW, 52, 96 y 105), reconoce que la juridicidad de una acción puede depender de la dirección de la voluntad del autor, sacando el dolo de la culpabilidad y ubicándolo en el tipo, aunque manejándolo como indicio de culpabilidad. Cfr. su artículo *Der Subjektivismus in der Lehre von der Rechtswidrigkeit*, en *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, 1934, págs. 177 y ss.

⁸ Así ZIMMERL, *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930.

en el concepto de la tentativa la no inclusión del resultado está decidida, en tanto que en las otras formas se admite indiferentemente el resultado. Se comportan como otros tantos verbos finales que abarcan tanto casos de consumación como de tentativa (cfr. § 87 StGB).

Como la tentativa no es otra cosa que la acción dolosa, necesariamente, es solo concebible en los delitos dolosos. En la querrela de las teorías objetiva y subjetiva de la tentativa tomamos la defensa de esta posición en forma contraria a todos los ataques llevados contra la jurisprudencia y el derecho penal futuro. Se debería decir incluso que, la teoría objetiva de la tentativa, si pretende determinarla en forma puramente objetiva, pretende algo imposible, porque de este modo se reduce una conducta solo a su relación objetiva con un resultado, y eso es describir la causación. La tentativa presupone que no se causa el resultado, pero cada determinación objetiva conduce a una conducta causal de un resultado, que no es causal; esto es una imposibilidad lógica⁹.

Que la tentativa sea subjetivamente determinable no significa que sea una mera posición interior. Por el contrario: una conducta tentada es un acontecimiento que sobreviene en el mundo exterior, pero que solo se hace comprensible a través de la dirección de la voluntad del autor. Por lo tanto, es obvio que la tentativa es algo objetivo, un hecho, lo que nunca fue negado por la teoría subjetiva.

Es aun menester una mayor delimitación. Tentativa no es cualquier acción dirigida a un resultado. Aquí distinguimos entre acciones que quieren preparar y acciones que quieren realizar, siendo solo las últimas acciones de tentativa. La delimitación de preparación y tentativa es una cuestión que aun no ha hallado una solución satisfactoria, ni práctica ni teóricamente. La cuestión no se limita solo a la tentativa en sentido propio, sino que toca incluso a los delitos de emprendimiento, como también a todos los tipos contruidos finalmente¹⁰. No obstante, esta distinción no obliga a introducir un elemento objetivo en el concepto de tentativa. Ello se demuestra con la posibilidad de la distinción, tanto desde un punto de vista objetivo, como del autor: también este quiere, con determinadas acciones, preparar su hecho particular, y con otras realizarlo. Se trata de una valoración de acciones dirigidas al resultado. Las acciones preparatorias son las que posibilitan las acciones de ejecución; las acciones ejecutorias conducen al resultado. En la tentativa no hay objetivamente una ejecución. Acción ejecutoria es aquí, pues, toda acción que hubiese conducido al resultado, si la correspondiente representación del autor hubiese sido correcta; todo lo que queda delante de eso, formando la base para la ejecución, es acción preparatoria. Ahora bien, qué es acción conducente al resultado, cuando meros movimientos corporales son considerados como una acción, es una cuestión cuya aclaración depende de la unidad de la acción.

⁹ Que la tentativa es un concepto que solo se puede determinar desde un punto de vista subjetivo, lo reconoce el mismo MEZGER *Lehrbuch*.

¹⁰ Cfr. la síntesis de KERN, *Die Auserungsdelikte*, 1910, págs. 25 y ss.

La relevancia práctica de las teorías subjetiva y objetiva de la tentativa, yace en la delimitación de la punibilidad exigida en los casos de tentativa imposible y de defecto en el tipo. En los hechos debe admitirse que la teoría subjetiva sostenida por la jurisprudencia lleva a puniciones que van demasiado lejos en el sentimiento jurídico, porque no deben entrar en el concepto de perturbación de la paz jurídica, acciones que, sea por la potencialidad del medio o por el objeto del ataque, sean irrisorias¹¹. La exigencia de punición solo se halla donde el juzgador imparcial haya calculado la posibilidad de un perjuicio. Pero este elemento —peligrosidad— no se encuentra en el concepto mismo de tentativa, sino que más bien es una consecuencia que se toma como presupuesto de la punibilidad de la tentativa. Esta limitación no necesita asirse al concepto objetivo de tentativa, sobre todo porque la teoría objetiva de la tentativa, en lo que hace a esta explicación, no ha tenido éxito, tanto en cuanto a su determinación y claridad como con referencia a sus resultados prácticos.

La pregunta acerca de cuándo una tentativa debe ser vista como peligrosa, precisamente por esta oscuridad, requiere respuesta más clara. Conforme al principio básico de suficiencia, ninguna tentativa ha sido peligrosa, como inevitablemente lo prueba la ausencia del resultado. Podemos allí formular una distinción entre tentativa idónea e inidónea solo cuando visualizamos desde el acontecer conocido de la realidad concreta. Resulta así que el problema para la delimitación se perfila sobre la pregunta acerca del criterio para esta visualización. Como es correcto que la punibilidad se ligue solo a la tentativa peligrosa, el criterio es el desconocimiento de esta circunstancia, que solo hace aparecer como desconocido al resultado. El juicio es "objetivo", o sea, el juicio conforme a un pensamiento humano razonable. Al autor siempre le son desconocidas las circunstancias¹². Para el momento del juicio pueden tomarse en consideración el de la conducta o el de la malogración. Podemos considerar una tentativa como no peligrosa cuando, conforme a las circunstancias conocidas al tiempo del juicio, nunca hubiesen podido conducir al resultado. Pero para la pregunta de si una conducta significa una perturbación de la paz y despierta un requerimiento de pena, es decisivo el momento del hecho, cuando, conforme a la naturaleza, también el complementario descubrimiento de circunstancias que excluyen el hecho puede disminuir esta exigencia de pena.

Justamente en atención al momento de la apreciación, son falsos los ejemplos usualmente escogidos de tentativa inidónea. No es conforme a eso que se muestra la punibilidad o impunidad de la tentativa, no es conforme a lo que un medio o un objeto de agresión "es" en la realidad, sino de como sería

¹¹ Cfr. FREISLER, en el relato de la Comisión Oficial de Derecho Penal (Amtl. B), pág. 84.

¹² La diferencia entre tentativa idónea e inidónea con la distinción entre error normológico y ontológico, nada tiene que ver. Por cierto que en el primer caso el juicio del autor se desviará de un juicio razonable que se conduzca según el conocimiento de las leyes de la naturaleza, pero no siempre. Ya que este conocimiento puede también ser inaccesible a la experiencia general, puede, por otro lado, conformarse un error sobre la realidad de tal manera que un hombre razonable no sería víctima de él. Todos los intentos de querer delimitar la impunidad de la tentativa a los casos de error sobre leyes naturales, son al par que demasiado estrechos, demasiado amplios.

considerado por quien tuviere una visión del hecho conforme a un juicio razonable. Una tentativa de homicidio no es ya inidónea porque el autor en lugar de veneno use azúcar¹³ e igualmente resulta ello válido para los casos del llamado defecto de tipo. Tampoco aquí se deduce el de la preexistencia del elemento del tipo como dado en la realidad, sino de lo que en el momento del hecho apareciera como dado. Se usa frecuentemente el remanido ejemplo del disparo a un árbol. Es sabido que nadie querrá la punición del que dispara contra un árbol, porque se representa la existencia de un hombre con total carencia de fundamento. Pero se pone el caso de un encuentro en la penumbra en que el sujeto tira contra un árbol, para eliminar al guardamontes que le perseguía y que él creyó ver, pero que en realidad se hallaba fuera de peligro unos pasos más lejos, estando la punición de esta tentativa completamente en consonancia con el sentimiento jurídico¹⁴.

Podemos decir sintéticamente como resultado: hay tentativa cuando el autor ha puesto en marcha su decisión de comenzar un delito mediante acciones que deban llevar a la producción del hecho. Pero solo será punible la tentativa cuando en la visión del hecho debió contar con la posibilidad de advenimiento del resultado.

Mas en la conducta querida la pura voluntad no funda la punibilidad, sino que debe agregarse una puesta en peligro, e inversamente, tampoco basta en los tipos objetivos la causación del resultado como tal. No toda conducta no dolosa causante de un resultado es punible. Para llegar a eso debe ser cometida culposamente. En todas las querellas sobre la esencia de la culpa, está el contenido de reproche de la culpa bien unívocamente determinado. La culpa conduce al resultado a quien, en vista del resultado, lesiona deberes obligatorios de cuidado, no obstante ser capaz de satisfacerlos. Se trata de un doble reproche: el autor se ha comportado de modo diferente a como había debido y a como había podido. En razón de nuestra distinción la culpa resulta un concepto complejo, cuyo elemento normativo cae en el ámbito de la antijuridicidad, mientras que el poder es una cuestión de la culpabilidad. Pero la síntesis de ambos elementos en un concepto es exterior, pues se trata de una simple suma, como que también la ubicación de su existencia concreta resulta en dos estados separados. Ideológicamente, ambos elementos se separan.

Aquí interesa muy de cerca el elemento normativo de la culpa. En atención a la posibilidad de producir un determinado resultado, el cuidado debido en el tráfico exige una particular conducta. Siendo atendido el cuidado, la conducta misma no es antijurídica si causa el resultado. Así sucede, particularmente, en

¹³ También SCHOETENSACK, que se apoya en la teoría objetiva sobre las costas de las secuelas para los "casos de confusión", se ve precisado a hacer una excepción. Cfr. los "Denkschrift des Strafrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht", pág. 65.

¹⁴ Sobre el sentimiento jurídico del pueblo respecto de la punición de la tentativa inidónea y del defecto del tipo, ver el informe de ASCHAFFENBURG en Mon-KrimPsych, 1927, págs. 502 y ss. Sus resultados, que muestran la predominante exigencia de punición de estas tentativas no los podemos tomar nosotros al pie de la letra, porque la pregunta está erróneamente formulada, ya que la tentativa inidónea de la teoría dominante incluye casos que son de peligro punible como de tentativa no peligrosas.

ciertas formas de conducta que, en vista de su valor social, acarrearán un riesgo. Así es como la culpa determina la antijuridicidad, pero no se agota allí. Si con la afirmación de la antijuridicidad de la conducta, también fue capaz el autor de evitar el resultado, es un interrogante del "poder", que pertenece al campo de la culpabilidad.

En los delitos dolosos de resultado, el tipo objetivo y el subjetivo están apareados. La cobertura debe ser total, para lo cual deberán existir, tanto en la realidad como en la representación del autor, todos los elementos del tipo. No obstante, es también posible que el tipo interno supere al externo (delitos de tendencia interna trascendente), o también, quedar rezagado respecto de este (en los delitos cualificados por el resultado).

También aquí cabe subrayar que la consciencia de la antijuridicidad no pertenece al dolo. Al tipo pueden muy bien pertenecer relaciones jurídicas, como concretos objetos exteriores —como la ajenidad de la cosa en el § 242 del StGB—, perteneciendo esta relación jurídica tanto al tipo interno como al externo. Pero la antijuridicidad de la acción no es en este sentido un elemento del tipo objetivo, porque ella constituye la valoración y no lo valorado. El conocimiento de la antijuridicidad no funda la antijuridicidad de las conductas dolosas. Esto también es válido aunque el legislador haya expresado en el tipo la antijuridicidad como presupuesto de la punibilidad.

En algunos casos el tipo interno y el externo pueden separarse. Es entonces cuando hablamos de error. En los delitos dolosos de resultado, la existencia de los tipos externo e interno es necesaria y suficiente, siendo esencial el error que afecta al tipo mismo, si el autor no conoce una circunstancia del hecho. Por el contrario, es indiferente en el marco del tipo, si el curso exterior del hecho corresponde a su representación, concordando en esto con la teoría dominante. Solamente en cuanto al problema de la *aberratio ictus* tiene como consecuencia que, ya que el error esencial recae sobre la tipicidad y no sobre el resultado concreto, su consideración particular no se justifique. Al contrario: también aquí habrá un delito doloso de resultado. Parecido es también el caso en que una conducta dolosa no conduzca al resultado, sino que este sobreviene por una nueva cadena causal no dolosa: habrá allí un delito doloso de resultado, pues aquella primera conducta es también causal y la causalidad y el dolo son en ella coincidentes¹⁵.

Estas mismas consideraciones, que son válidas respecto del tipo, encuentran aplicación en casos similares, cuando estudiamos las causas de exclusión del injusto. Para ello nos basamos en la teoría de las circunstancias negativas del tipo, de la que surge la consideración de que la forma lógica "regla-excepción" es de naturaleza formal en el tipo, no pudiendo fundamentar ninguna diferencia material. Por ejemplo, si el legislador quiere tutelar con una norma una institución nacional, no tiene relevancia que como tal le dé entrada en el tipo, o bien, que hable de la institución a secas y en una ampliación excluya a las extranjeras. La conducta que cae en la exclusión es exactamente tan jurídica como la que es desde el comienzo atípica.

¹⁵ V. RGSt 67, 256.

Al tipo objetivo corresponden causas de justificación objetivas, y al subjetivo subjetivas. En los delitos dolosos de resultado ambas deben coincidir para justificar una de las conductas típicas. En la defensa necesaria, por ejemplo, la aplicación de esto significa que para que el agredido se conduzca jurídicamente es menester que él se defienda de un ataque objetivo a través de la causación del resultado, como también que subjetivamente quiera defenderse. Dándose solo la segunda y no la primera (por ejemplo, porque no precede ninguna agresión antijurídica), no hay acción dolosa, pero bien puede haber un delito doloso de resultado (defensa necesaria putativa). En el caso inverso está solo lesionada la norma subjetiva y no la objetiva, de modo que el autor es responsable solo por emprender la producción del resultado.

IV. Actúa culpablemente quien actúa antijurídicamente, siempre que hubiese podido actuar de otra manera. Nos hemos ocupado antes de las posibilidades de exclusión de la culpabilidad en razón de la necesidad, reclamando ello una prueba del sentido general en que se puede hablar del "poder de una conducta diferente". Las consideraciones que contribuyen al dominio del principio "no hay pena sin culpabilidad" se hacen fácilmente comprensibles. Quien hace la apreciación objetiva se coloca en la situación del autor y sabe en qué casos no hubiese actuado de otra manera en esa situación, porque fuerzas externas o internas a él le hubiesen llevado a la perpetración de un hecho similar. También para él la pena hubiese devenido como destino inevitable. No habrá de reconocer pena para tales circunstancias. Solo cuando él mismo se dice que más prudentemente, más valerosamente se hubiese comportado, caerá el juicio de que también el autor hubiese tenido la posibilidad de otro comportamiento y por ello se le formulará un reproche. No obstante, con fundamento determinista, se sostiene que se puede afirmar la necesidad para todas las conductas, ya que nosotros no somos capaces de probar las causas en particular. Pero esta incapacidad no nos da el derecho a considerar a la acción como evitable. No tiene ningún sentido prescindir de los casos de fuerza interna o externa como causas de inculpabilidad, y colocar todas las conductas bajo la ley de la necesidad. Se hace comprensible que con una cosmovisión determinista, el concepto de culpabilidad —y con él todo el derecho penal en general— caiga en una seria crisis, lo que se hará visible principalmente en el concepto de imputabilidad, en que la libre determinación de la voluntad era reconocida como presupuesto en el § 51 del StGB, y que también hoy regresa en el concepto vigente como "capacidad" de entendimiento y de determinación de la voluntad. Esto, por si no quiere reconocérselo aquí, no es menos válido en todos los casos en que la culpabilidad aparece como posibilidad de otra conducta, como sucede en la "evitabilidad" del error y, sobre todo en la culpa, toda vez que ella existe cuando el autor es "capaz" del cuidado debido. Para el punto de vista de un determinismo riguroso, todo error es inevitable, y toda culpa que alguien haya cometido, revela precisamente que el autor no era capaz de satisfacer el deber de cuidado.

Nuestra investigación dogmática, por su naturaleza, no puede contribuir al esclarecimiento de los interrogantes de la cosmovisión. Consecuentemente, solo aclaramos los puntos de partida de que arranca la estructuración del siste-

ma. En consonancia con la intuición del común, que halla su expresión en el principio "no hay pena sin culpabilidad" —y con la totalidad de nuestro orden social— edificamos nuestro derecho penal futuro, como el presente, sobre la responsabilidad fundada en la libre voluntad del autor. No se escucha al que dice: "no puedo hacer otra cosa"¹⁶. Esto, naturalmente, no significa que siempre que haya una conducta ordenada, se tenga por probada la capacidad. También el derecho penal venidero reconoce supuestos de exclusión de la culpabilidad, pero fundamentalmente surgen de la posibilidad de un accionar jurídico; con base en esa posibilidad se determinan las causas de exclusión.

En un orden social establecido sobre base indeterminista, la calidad de partícipe del derecho solo podrá serle reconocida al que siendo "libre" es capaz de responder por sus hechos. La responsabilidad y la participación en la comunidad jurídica deben corresponderse. Por ello la comunidad jurídica no puede comprender a los miembros que no son capaces de conducirse conforme a derecho. Ellos pierden su libertad y, simultáneamente, su responsabilidad: dejan de ser sujetos para devenir objetos de la comunidad jurídica. Este es el caso de la inimputabilidad.

En la vida social pueden darse también situaciones (por ej. el estado de necesidad) en las que no solo el autor concreto no ha podido conducirse conforme a derecho, sino que tampoco hubiese podido hacerlo la imagen ideal del partícipe del derecho, por haberse tornado dominantes las motivaciones para la realización del hecho. Cuando ninguno de los partícipes hubiese tenido otro comportamiento, sería injusto que al que no ha hecho otra cosa, la comunidad le hiciera un reproche. También aquí cede la responsabilidad, sin que por ello se hubiese puesto en juego la calidad de partícipe del derecho.

En ambos casos el orden jurídico determina la responsabilidad conforme a una tabulación, conforme a la imagen ideal de un partícipe del derecho que puede ser ubicado más alto o más bajo y que, por ello, requiere la determinación positiva. Es ahora cuando podemos decir que la disputa en torno de la voluntad libre, al menos para el derecho legal, carece de importancia: en cualquier caso este considera al autor como si hubiese tenido la posibilidad de actuar de otra manera.

Pero aún se sostiene otra dificultad ideológica que interesa a la relación del deber y el poder. Si se afirma que alguien no puede seguir las normas del orden jurídico, se muestra carente de todo sentido que la norma se dirija a él. Esto no solo tendrá relevancia para los inimputables —que conforme a este punto de vista no pueden realizar ningún injusto— sino también para los otros casos de exclusión de la culpabilidad, particularmente para el estado de necesidad y para la culpa. En estos, parecen confundirse deber y poder¹⁷, porque el deber de cuidado depende de la capacidad personal. Pero esta consideración no obliga a renunciar a una apreciación objetiva de la conducta, y por cierto que de la

conducta tanto objetiva como subjetiva. También la acción del inimputable dirigida al resultado es antijurídica; también la determinación normativa se habría de dirigir a él si fuese imputable. Nada diferente sucede con la culpa. Aquí también la valoración objetiva puede depender de características personales. Así, por ejemplo, el deber de cuidado cambia conforme a la profesión. Pero dentro de esta categoría existe una tabulación unitaria, cuya falta de cumplimiento es una cuestión que se halla fuera de los fundamentos personales. Así sucede con el deber de atención de los automovilistas, que es único. Características personales y estados como cansancio, debilidad física, ligereza, falta de instrucción, en lugar de excluir el deber de atención, ponen en cuestión el "poder" del autor.

Y aquí cabe la pregunta, puesto que en la culpa la unidad es crítica, ¿cuáles calidades personales mantienen la autoría y cuáles exculpan? También aquí consideraciones deterministas muestran a la acción como puramente necesaria; por otro lado el orden jurídico reconoce que el principio "puedes, luego debes", debe sufrir excepciones. Si nuestra consideración de que el "poder" debe reservarse al observador objetivo es correcta, resulta que tales incapacidades personales disculpan cuando son de la general naturaleza y porque también podrían comprender al partícipe del derecho cuidadoso. Así, el cansancio, la excitación fundada y otras, podrían exculpar, mientras que la falta de atención o la exagerada sensibilidad no excluyen la responsabilidad.

Y algo similar sucede en el estado de necesidad. También aquí hay situaciones que aparecen completamente independientes del poder del autor, puesto que la acción es vista como necesaria desde el ángulo del bien común, como deseable, porque con ínfimo costo salva un bien jurídico valioso. Para estos casos excepcionales se abre una brecha en la norma prohibitiva general —en el sentido del § 904 del Código Civil—; la acción es adecuada al derecho. Pero, sin embargo, existen casos en que la acción necesaria no es socialmente valiosa, permanece antijurídica, pero la situación de violencia del autor necesario —como en la necesidad vital— es tan fuerte que la acción será para él prácticamente inevitable. Caemos en el juicio de que ningún partícipe del derecho en situación similar hubiese actuado de otra manera y que, por ende, tampoco pudo el autor actuar de otra manera. Allí él es inculpable.

Si la responsabilidad y la libertad social deben corresponderse, el legislador deberá determinar las condiciones de la irresponsabilidad conforme a las expectativas sociales de conducta. Solo podrán ser empíricamente aceptados para comportarse en forma adecuada al derecho, aquellos que son dignos de ser partícipes del derecho. El derecho vigente niega esto en dos casos: la edad juvenil y la enfermedad mental. El no desarrollado, como futuro partícipe del derecho, es objeto de educación; ante el enfermo mental la sociedad será asegurada mediante su internación. Esta privación de la calidad de partícipe del derecho y de la potencia de responsabilidad para la pena, se hallan en una relación, o bien, solo en un grado de la posición jurídica y de la responsabilidad penal, como en los jóvenes, en que deben desarrollarse sucesiva y paralelamente. Cabe en la dirección de esta regulación —también en los delincuentes habituales

¹⁶ FREISLER, en Amtl.B, pág. 12.

¹⁷ Cfr. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930, págs. 349 y ss.

peligrosos, que se someterán a medidas de seguridad, siendo separados de la comunidad jurídica —hacer ceder a la responsabilidad penal.

En la determinación de los presupuestos de la inimputabilidad debemos distinguir entre estados transitorios y permanentes¹⁸. Conforme a ello, después del examen siquiátrico se determina si el estado es de naturaleza tal que no haga esperar conductas adecuadas al derecho en el futuro. Aquí corresponde solo la elección entre responsabilidad e irresponsabilidad. No hay lugar para los estados intermedios de disminución de la imputabilidad: no graduamos entre libertad social e internación.

También en los estados pasajeros se trata de si ellos, conforme a la experiencia, imposibilitan el actuar adecuado a derecho. Estos estados disculpan si son de naturaleza tal que también el partícipe del derecho cuidadoso podría caer en ellos, como por ejemplo, el delirio febril. No se habla en tal caso de una medida asegurativa. Es concebible una gradación cuando estos estados son de tal clase que dificultan, pero no imposibilitan, la conducta adecuada al derecho. Pero el presupuesto para el sujeto es que se trate de un destino inevitable, al que no pueda sustraerse. Siendo el estado evitable, producido mediante su propia conducta, no cabe disculpa alguna. Este es, en particular, el caso de la embriaguez provocada.

El problema de la punición de la embriaguez provocada fue muy discutido recientemente. Un sentimiento jurídico no deformado muestra como obvio que, quien comete un delito en estado de embriaguez provocada, es penalmente responsable por ello. También la praxis ha introducido ampliamente este principio, frenando fuertemente la aplicación del § 51 del StGB mediante la aplicación del concepto auxiliar de la ebriedad. Pero la ley quiere también asegurar la responsabilidad para el resto de los casos. Puesto que teme fundar directamente la responsabilidad en la correspondiente limitación de la inimputabilidad, elige en el 330^a un rodeo en forma de penalización de la embriaguez completa en particular.

Pero este temor es infundado. El principio de que el enfermo mental es inimputable, de ninguna manera es obvio. Encuentra su fundamento en que el enfermo mental no puede actuar jurídicamente y por ello no se hace acreedor a reproche. Pero también allí encuentra su limitación. La embriaguez provocada no es ningún destino, sino un ejercicio de la libertad social. Corresponde dejar aquí la responsabilidad completa. Cualquier otra posición conduce a la prohibición.

Pero la acción punible, para la que se sostiene la responsabilidad, es la acción antijurídica en el sentido antes desarrollado. Ella también requiere dolo. Una concepción que sostenga la acción punible solo en el sentido de la acción objetivamente antijurídica, caerá en dificultades prácticas y teóricas¹⁹. Dolo, en

¹⁸ La Comisión Oficial introduce la distinción solo para los casos de imputabilidad disminuida; pero ella también resulta distinta en la inimputabilidad, con referencia a la aplicación de la medida de internación.

¹⁹ Correctamente GRAF, *Aus der Praxis der Rauschtat*, en Richter Z, 1984, pág. 235.

el sentido de una conducta regida por la voluntad se halla también en los casos de embriaguez, prácticamente más importantes, donde solo quedan excluidos los supuestos normales. Un error que se suscita por la embriaguez, excluye el dolo, dejando subsistente la más alta punibilidad por culpa. No hay tampoco ninguna necesidad de penar al compañero de taberna que se ha llevado a su casa un sombrero o un paraguas equivocado, cuyo hurto obedece a su embriaguez completa. Cuando en el estado de inconsciencia alcohólica el curso imaginativo del autor también está perturbado, se excluye la acción dolosa. La punibilidad por provocación culposa de un daño puede permanecer. Cuando no se haya producido daño, corresponde la pregunta acerca de si debe pensarse como delito particular la provocación de la embriaguez que vuelve peligroso al bebedor.

Con los pasajeros estados de inimputabilidad, nos hallamos en medio de los casos en que la responsabilidad del autor no está excluida en general sino solo en el caso concreto: La exclusión del poder puede atribuirse a circunstancias internas o externas. Estas causas de inculpabilidad aparecen en su mayoría en las formas dolosas. Por supuesto que también son válidas para las formas culposas, solo que el elemento poder de la culpa se agota en la posibilidad de actuar de otra manera. Incluimos aquí también otras situaciones de necesidad (en tanto que no excluyan la antijuridicidad), exceso en la legítima defensa, orden jerárquica y error de derecho.

Al respecto, el error de derecho requiere una consideración más profunda.

El problema del error pertenece a los más espinosos de nuestra dogmática. Sin duda, es aquí correcta en muchos puntos la crítica a la jurisprudencia. Es una tarea realmente imposible —tanto lógica como prácticamente— distinguir entre error penal y extrapenal, puesto que las normas de que aquí se trata, provienen desde todos los campos jurídicos para subordinar a ella la conducta humana, pero nunca el mandato o la prohibición podrán subordinarse al derecho penal como tal. Es también incorrecto que el inculpable error de derecho sea irrelevante. Y sin embargo ha hecho bien la jurisprudencia al no colocar la consciencia de la antijuridicidad en el dolo y renunciar así a la diferencia entre error de hecho y de derecho. ¿Cuáles han sido, pues, las consecuencias? No es cierto que de no hacerlo la praxis hubiese tenido que luchar solo contra las dificultades conocidas, las que quizá fuesen superables, sino que la consciencia de la antijuridicidad faltaría también en hechos que son dignos de pena. Cuando el delincuente comete un hecho, debe tener en su consciencia los objetos y medios necesarios y, en general, el curso mismo del hecho. Por el contrario, que él se haga consciente de que su hecho contraviene al orden jurídico, o que es en general injusto, no es necesario. Naturalmente, la mayor parte de las veces sucederá que el autor, cuando se le ocurre pensar en el orden jurídico, no desconocerá la antijuridicidad de su acción. Pero que él en la ejecución del hecho piense en ello (*daran denkt*), que la consciencia de la antijuridicidad se encuentre presente como realidad síquica actual en la ejecución del hecho, particularmente en hechos en que las dificultades en la ejecución requieren la total atención del autor o que provengan de pasión o emoción, frecuentemente no será el caso. Por ende, resultaría imposible la punición por el hecho doloso.

Hay aquí aún una ulterioridad. La toma en consideración del error de derecho inculpable sería, sin duda, lo adecuado. Pero restan las dificultades respecto del error de derecho no disculpable. Aquí correspondería la punición culpable en los delitos que son punibles culposamente. Pero ¿qué sucede con el actuar que solo es punible dolosamente? Allí hay un hueco. A menudo se funda la limitación en estos delitos en que una comisión culpable no es concebible o, al menos, no es práctica. Así sucede en los delitos contra las buenas costumbres o en la falsificación de moneda o dinero. Una falsificación de dinero o una acuñación falsa, por ejemplo, apenas se conciben no dolosamente. Pero una ausencia de conciencia del injusto es concebible en tales casos. Por mucho que no fuere disculpable, deberá tenerse por no punible.

Ahora bien, ¿cómo se ve el problema desde nuestro punto de vista? Si el legislador prohíbe una acción dirigida al resultado, el dolo exige el conocimiento de todas las circunstancias del hecho, pero no más. Naturalmente, también es cierto que el desconocimiento de una circunstancia de hecho no le permite al autor conocer la antijuridicidad de su hacer, pero no es esto lo decisivo. La conducta errónea no se halla contra el tipo subjetivo y, por ende, no es antijurídica.

Con esto no quiere decirse que el error de derecho no sea significativo, sino que esta significación no yace en el campo del deber, sino en el del poder. A un autor que no podía conocer la injusticia de un hecho, no se le puede formular ningún reproche; era inevitable para él. Se excluirá su culpabilidad. El reproche se disminuirá cuando el autor, también en error de derecho no disculpable, no se haya hecho consciente de la contrariedad de su hecho para con la ley. Llegamos así a la solución, que también habían hallado los proyectos partiendo de consideraciones prácticas, de consagrar la impunidad del error de derecho excusable y la disminución facultativa para el inexcusable. Si bien cabe rechazar la jurisprudencia hasta hoy vigente sobre error de derecho, cabe reconocer que ella no era tan mala en la práctica. Justamente, como no podía distinguir entre error penal y extrapenal, esa fue su ventaja. Con ello quedó abierta la posibilidad de considerar errores extra-penales no punibles los casos de inevitable error de derecho, y viceversa. La jurisprudencia no ha seguido en todos los casos esta dirección, pero siguió en general la línea correcta, llegando a soluciones acertadas.

La pregunta polémica se ha complicado porque se ha ido introduciendo la oscuridad en la delimitación del error de hecho y de derecho. El error de hecho se relaciona con el contenido real concreto del tipo. Ya se expresó que también allí pueden hallarse relaciones jurídicas, pero que la antijuridicidad de la conducta no pertenece a estas relaciones. Podríamos también decir que en el error de hecho el autor acepta un contenido real cuya efectiva realización no sería típica. Esto es válido tanto para la realización de las circunstancias positivas como para la no realización de las negativas. En contra de una extendida opinión, cabe sostener aquí que el error sobre una causa de justificación es también un error de hecho²⁰, en tanto que el autor acepta un contenido real cuya realiza-

²⁰ Así también SCHAFFER en la Comisión Oficial, pág. 50.

ción hubiese justificado el hecho. Por el contrario, existe un error de derecho cuando el autor, si bien reconoce correctamente el contenido real, como consecuencia de error sobre la subsistencia o aplicabilidad de los principios jurídicos, tiene su hecho por permitido²¹.

V. Nos dedicaremos ahora, pues, al capítulo “más huérfano de esperanza” de la dogmática jurídico-penal: la teoría de la participación. Dos consideraciones configuran el fundamento de su estructuración. La distinción entre autoría, instigación y complicidad, no es un hallazgo del derecho penal. Son conceptos que más bien, se encuentran en la vida diaria, que hallan aplicación a cualquier clase de actividad, incluso extraña a la esfera del derecho. Son tomados por el derecho penal, y por ello se hace necesario fiar su sentido a partir del lenguaje usual. Pero la distinción entre autoría y participación importa la imputación del hecho como propio o ajeno. Autor es quien quiere cometer el hecho como propio, con dominio del hecho a él imputable; cómplice el que quiere proteger el hecho de otro; instigador, quien quiere inducir a otro a un hecho. Se observa que la distinción entre autoría y participación tiene significación solo en el ámbito del hacer doloso. Quien favorece no dolosamente un hecho, aligera al autor la ejecución, pero no le ayuda; quien induce no dolosamente, despierta la decisión al hecho, pero no la genera. No es por casualidad que nuestro StGB coloca solo bajo pena la instigación y la participación dolosas, sino que se funda en la esencia de las cosas.

La otra consideración concierne a la accesoriedad de la participación. Toda acción de participación se relaciona con la acción ejecutiva punible de un autor y, por ende, es necesariamente accesoría. Si esta accesoriedad debe configurar de tal modo que la punibilidad de la participación dependa de la ejecución del hecho o que deba ser suficiente que ella exista en la imaginación del partícipe, como si también la tentativa de instigación o de complicidad debe ser punible, es cuestión que se halla en la voluntad del legislador. Pero es importante establecer qué se deberá entender por “conducta punible” en la participación. La doctrina de la accesoriedad sufre, sobre la base de la antijuridicidad objetiva, la dificultad de considerar acción punible, o bien a la acción objetivamente antijurídica y renunciar así a la presencia de dolo en el autor, o bien, entender por ella a la acción culpable y antijurídica e incluir así el dolo, pero también a la imputabilidad y a algunos otros momentos subjetivos de la imputación. Nuestro

²¹ La Comisión de Derecho Penal intenta introducir la conciencia de la antijuridicidad en el dolo mediante un precepto expreso. Ante todo, no debe ser relevante un error que se fundó en una posición del autor contraria a la sana intuición jurídica del pueblo. Conforme a ello esta conciencia del injusto será fingida en los delinquentes por convicción, demostrándose así la inconsistencia de este punto de vista. Mas esta ficción tampoco ayuda en los casos en que el autor no ha tenido ninguna representación acerca de si su hecho era o no injusto. El ladrón sorprendido que en una rapidísima decisión mata al perturbador, ¿deberá ser en realidad penado por homicidio culposo en lugar de asesinato, ya que él no tuvo tiempo para pensar en lo injusto de su hecho? Quizá también aquí la praxis se ayudará poniendo el injusto al amparo de la conciencia de la antijuridicidad, pero ninguna ficción ayudará donde un error de derecho tan ligero se funda en hechos que solo son punibles como dolosos. Aquí la conducta no será punible, pese a ameritar pena. La sencilla y práctica solución del proyecto de 1927 evita todas estas dificultades.

punto de vista posibilita aquí una separación diferente. Acción punible es la acción antijurídica, o sea, la acción tanto objetiva como subjetivamente antijurídica. Ella es la que debe existir para que se pueda hablar de participación; por el contrario, la participación no cae sobre la culpabilidad, sobre la responsabilidad en el sentido de posibilidad de otra acción.

De estas consideraciones surge, pues, que podríamos justificar también dogmáticamente la teoría subjetiva de la participación dominante en la jurisprudencia. Es un esfuerzo inútil pretender establecer la diferencia de las distintas formas de participación sobre criterios objetivos, pues el criterio objetivo siempre es causalidad, no ulteriormente diferenciable. La distinción depende, por el contrario, de la voluntad del actor y también tiene significación solo para la acción dirigida al resultado. La responsabilidad por una acción causal de un resultado, en general, no se fundará en la regulación de la participación. Que en un resultado varias personas como causantes —sea simultánea o sucesivamente— pueden tomar parte, y todos ellos ser considerados autores, no es problema tratándose de delitos no dolosos. Solo para la afirmación de la culpa deberá probarse si el autor debió contar con el hacer causal del otro, sea doloso o no doloso. Cuando el hacer doloso se pone en duda, es entonces necesario mostrar la relación interna al hecho.

También es equivocado pretender extraer de la regulación de la participación, cualquier conclusión para el ámbito de los delitos culposos de resultado. La llamada prohibición de regreso, o sea, la teoría que sostiene que si el resultado es causa por un hacer doloso no se toma en consideración cualquier acción culposa paralela, se basa en un sofisma. Está ampliamente justificada la negación de este principio en la jurisprudencia del tribunal del Reich.

Dentro de las conductas dolosas distinguimos autoría y participación. Autor es quien comete el hecho con voluntad de propio dominio del hecho. Puede suceder que el autor cometa el hecho solo. Pueden también unirse varios en una sociedad y cometer el hecho. Este es el caso de la coautoría. Puede, finalmente, acontecer que alguien, para la realización de una conducta dirigida a un resultado, se sirva de otra persona que, por su parte, actúa sin la voluntad de autoría. Tendremos, pues, al autor mediato. A la figura del autor mediato no podemos renunciar. Se trata aquí de un frecuente fenómeno de la vida, en que el hacer doloso y el hacer causal son realizados por personas diferentes. Allí no solo sería artificioso considerar autor al que actúa no dolosamente y al que para la realización del acontecimiento delictivo le usa, como instigador o correalizador, sino que esta concepción conducirá también a resultados incorrectos en delitos en que solo es punible el daño ajeno y no el daño a sí mismo, si el autor induce dolosamente a la víctima a su propio daño. Los casos en que el instrumento se comporta de modo no doloso, configuran la mayoría de las acciones cometidas por autoría mediata. Por cierto que también habrá casos en que se reconozcan instrumentos dolosos, cuando fuera del dolo están colocadas otras condiciones subjetivas de la punibilidad que no se hallan en el instrumento. Ello acontece cuando el tipo requiere una particular intención o cuando se trata de un delito especial. Aquí la norma se dirige a un determinado

círculo de personas. Con ello cuenta el legislador, pero también el partícipe de este círculo de personas y solo a ellos el hecho corresponde como propio.

Cuando reconocemos el concepto de la autoría mediata, también lo delimitamos esencialmente. El autor debe llenar todos los elementos de la acción antijurídica, pero no más. Si él es responsable o si se hallaba en estado de inimputabilidad, de necesidad, en obediencia jerárquica, en error de derecho exculpante o si ha actuado en circunstancias que excluyen su poder, es indiferente. Por cierto que la jurisprudencia llega al mismo resultado en muchos de estos casos, cuando exceptúa las "causas personales de exclusión de pena". Mas esta fue una solución de aplazamiento; se trata de un concepto global vacío de contenido, que se aplicaba siempre que no se querían relevar las exigencias de la accesoriedad en la participación. También la ley había excluido la accesoriedad en la inimputabilidad por minoridad. Pero en el caso más importante, la inimputabilidad del § 51 del StGB, no se había decidido a aplicar la ayuda de las causas personales excluyentes de pena. De este modo, por necesidad urgente, se llegó a la aceptación de una autoría mediata, que no solo atrajo al contenido real, sino que también condujo a dificultades prácticas y teóricas, particularmente cuando el inspirador tuvo representaciones erróneas sobre la imputabilidad del autor, en tanto que en este dado el dolo. Dándose esto, todo estará dado igualmente que en los casos de instrumentos imputables en la autoría mediata. Pero tampoco en los otros casos de exclusión de la culpabilidad necesitamos trabajar con el concepto de causas personales de exclusión de pena. El poder del autor no es significativo para la valoración del hecho; funda la reprochabilidad personal por el hecho, siendo por ello la culpabilidad un presupuesto personal de la punibilidad. Con esto hemos llegado también en la teoría de la participación a una estructuración básicamente sencilla y a deshacer los interrogantes desatinados²².

VI. La "corrección" de un sistema se prueba mediante la utilidad práctica para el orden de la materia. La clasificación básica aquí expuesta reclama una significativa reorganización del pensamiento jurídico-penal tradicional. Mas la abundancia de preguntas polémicas, por cierto que no revela que la dogmática clásica se decida por tomar todos los intentos de modernización en cuanto a las posibles jerarquías de sistemas jurídico-penales, atendiendo a su más alto grado de utilidad. La tentativa de erigir el sistema sobre otro fundamento, como aquí se esboza, halla su justificación en que depura la totalidad de la materia de una cantidad de interrogantes polémicos aparentemente inconexos y conduce a una solución.

²² Anotemos al margen que esta interpretación del concepto "acción punible", también en otros casos de accesoriedad (por ejemplo los §§ 139, 259 StGB) elimina la indeseable consecuencia de la impunidad del autor principal. Cfr. también supra la comisión mediante embriaguez completa.