

**LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA**

**PRINCIPIOS  
DE DERECHO PENAL  
LA LEY Y EL DELITO**



**ABELEDOPERROT**  
EDITORIAL SUDAMERICANA

Todos los derechos reservados  
© by ABELEDO-PERROT S. A. E. e I.  
EDITORIAL SUDAMERICANA S.A.  
Lavalle 1280 - 1328 — 1048 - Buenos Aires — Argentina  
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-0536-6

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

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

IMPRESO EN ARGENTINA

A JOSÉ RAFAEL MENDOZA.

Dedico estas páginas, llenas de recuerdos, de afanes de trabajo, y de reposo en vacaciones, a uno de los más gratos compañeros, admirado por su ciencia y querido por su modestia llena de humana cordialidad.

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

**Nota de los Editores:** El autor, fallecido en noviembre de 1970, desempeñó en vida los siguientes cargos:

Profesor de Dedicación Exclusiva y Director del Instituto de Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Buenos Aires - Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Madrid - Profesor de Derecho Penal y Director del Instituto de Ciencia Penal y Criminología en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe (Universidad del Litoral) - "Doctor Honoris Causa", "Miembro de Honor" o "Profesor Honorario" de las Universidades de Lima, Cuzco, Arequipa, El Litoral (República Argentina), La Habana, Río de Janeiro, Santiago de Chile, Chuquisaca, La Paz (Bolivia), Cochabamba, Potosí, Oruro, Quito, Guayaquil, Cuenca (Ecuador), Loja (Ecuador), Cauca (Popayán, Colombia), Costa Rica, Guatemala, El Salvador, y de otras Academias e Institutos Científicos - Vicepresidente de la Asociación Internationale de Droit Pénal y Miembro de la Dirección de la Société Internationale de Criminologie y de la Société Internationale de Défense Sociale.

## PRÓLOGO DE LA TERCERA EDICIÓN

*Cuanto decimos en el Prefacio de la segunda conserva su vigencia. Pocas reformas hemos hecho en ésta: las impuestas por algunas nuevas disposiciones argentinas, como la que se refiere a la edad menor, elevada recientemente.*

*Otras pocas modificaciones se han introducido, como la que afecta a la preterintención, y la referente al delito putativo y al imposible, en cuyos conceptos ha puesto excepcional claridad Blasco Fernández de Moreda.*

*Queremos terminar reiterando la promesa de que en breve daremos a la estampa el tomo segundo de estos Principios de Derecho penal. Nos anima a ello el favor de los estudiantes y estudiosos que han agotado tan rápidamente la anterior edición.*

*Con gratitud y esperanza enviamos a las prensas esta tercera.*

*Buenos Aires, 5 de septiembre de 1958.*

**LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.**



## PRÓLOGO DE LA SEGUNDA EDICIÓN

*Como se dice en el Prefacio de la edición primera —conservado a fines ilustrativos, y que se inserta después del Prólogo presente— el origen de este libro fué un Curso dado en la Universidad de Caracas el año lectivo de 1945.*

*Ya al publicarle por vez primera le hicimos perder, intencionalmente, el aspecto oratorio que revistió al ser expuesto. Tratábase de unas lecciones sobre el Código penal venezolano, por lo que era correcto titularlas, como se hizo, Curso de Dogmática penal.*

*Por otra parte, advertimos en las aludidas palabras preliminares puestas al frente de la primera edición que mientras no se publicase mi Tratado, este libro podría servir de sucedáneo para quienes deseaban conocer mi sistemática jurídico-penal. Parecía indicarse, con ello, que en el instante en que dicho Tratado viera la luz, La Ley y el Delito carecería de científica vigencia.*

*El rumbo de los acontecimientos ha dejado sin efecto mucho de lo indicado. En primer término, este volumen ha tenido mucha más aceptación en Cuba, en Panamá, en El Ecuador y en otros países hispanoamericanos, que en Venezuela, sobre cuya legislación se hicieron las construcciones dogmáticas. Y en cuanto concierne a la jubilación de este libro al aparecer mi Tratado, también falló la profecía. Los tomos de esta mi obra han adquirido un vuelo inusitado. Circunstancias imprevisibles cuando la proyecté me han permitido —sin funciones docentes, sin trabajo profesional, sin otro quehacer alguno— consagrarme por entero a la gran tarea de componer mi Tratado. Dos viajes a Europa y la reanudación de mis relaciones con los penalistas alemanes e italianos me han procurado material bibliográfico copiosísimo, además del que tenía acumulado en mis ficheros y papeletas desde hace cuarenta años. Así se explica las proporciones que mi Tratado ha adquirido.*

*Sólo los estudiantes excepcionalmente aplicados y los que piensan, mientras cursan su carrera, en hacerse una biblioteca para cuando la ejerzan, pueden hallar en mi obra grande, utilidad inme-*

*diata o futura. Pero la inmensa masa, que sólo quiere —por desgracia— superar el trance del examen, no hallarán ayuda en tomos de tan copiosa erudición y de enfoque superior al de la cultura que tiene un principiante. Es así cómo La Ley y el Delito puede seguir circulando con fortuna.*

*Pero, advertido queda que son, aparte de Venezuela, muchos los países de Hispanoamérica donde la obra ha interesado. Al reimprimirla no tendría sentido mantenerla vinculada a esa legislación que sirvió de base a las primitivas lecciones. Es un lastre inútil para los cubanos, panameños o ecuatorianos que deseen valerse de este Manual. Por ello hemos suprimido las referencias más directas y esenciales al Código penal de Venezuela, que sólo se mantienen, junto a las de otros Códigos hispanoamericanos, al tratar de ciertas instituciones y con meros fines ejemplificadores. En esta nueva edición se han añadido otras indicaciones relativas a varios Códigos de Hispanoamérica, sobre todo de la Argentina, y también de España.*

*Por cuanto antecede, ya no podía titularse la obra Curso de Dogmática penal, y le cuadra más el que adoptamos: Principios de Derecho penal. Está en nuestro designio completarla, en un plazo que esperamos no exceda de dos años, con un segundo tomo sobre El Delincuente y la Sanción.*

*Dejamos, pues, reducido este libro a un Manual para esuuiantes, que pueden precisar legislativamente sus conocimientos con la consulta de nuestros Códigos penales iberoamericanos, donde se encuentran, comparativamente estudiados, todos los que rigen en la América que habla español y portugués (e incluso en el pequeño territorio francohablante).*

*Una última advertencia debemos hacer: en algunos puntos (el del fin de defensa en la defensa legítima; el de la naturaleza de la culpa, etc., etc.) hemos actualizado nuestro criterio, y en otros pasajes se fijan mejor los pensamientos, además de haber aumentado, como se ha dicho, los ejemplos relativos a los Códigos penales hispanoamericanos. Cuando no lo esperábamos, un gran favor público acogió nuestra obra presente. ¿Nos faltará ahora que la hemos preparado para mejores éxitos? Esperamos que la juventud estudiosa de la América que habla nuestra admirable lengua, siga prestándonos la atención que desde que tomamos la pluma, hace ya ocho lustros, nos ha venido dispensando con sostenido interés y paladina generosidad, agradecida ferrosamente por nosotros.*

*Buenos Aires, 20 de noviembre de 1953.*

**LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.**



## PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN

*Este libro contiene las lecciones que di en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Me parece inexcusable delimitar bien su origen, alcance y extensión.*

*Los cuarenta y seis capítulos que la obra abarca son las cuarenta y seis conferencias que expliqué en aquellas aulas, desde el 8 de enero hasta el 9 de mayo de 1945. Lo que ahora se publica no es una mera versión estenográfica. Isidro de Miguel, mi amigo y compatriota, que vive ahora en Caracas refugiado, después de larga estancia en la República Dominicana, taquígrafió cada disertación; pero, aprovechando su trabajo, volví yo a dictar cada uno de los capítulos, revisándolos con el mayor esmero.*

*El lector apercibirá, a primera vista, que este libro no lleva circunstanciada lista de las obras a que en la exposición se alude. Sólo se han invocado textos concretos con expresa nota del artículo o del libro a que pertenecen, en muy contados casos. Voy a decir el porqué. No se debe olvidar, para comprenderlo, que el origen de las presentes páginas ha sido un largo curso universitario, desarrollado en lecciones de tipo magistral, que se completaron con preguntas y casos prácticos. Documentarlo con notas al pie de las hojas impresas, sería desnaturalizar su índole. Por otra parte, el auditorio caraqueño, más que en busca de mi erudición, iba en demanda de mis personales opiniones. Aconsejo a quienes deseen conocer las fuentes bibliográficas que lean mis obras anteriores, sobre todo mi libro La teoría jurídica del delito (Madrid, Universidad, 1931), mis cinco volúmenes de El Criminalista (editados en Buenos Aires por "La Ley", desde 1941 a la fecha) y mi monografía El error de Derecho en materia penal (Bs. As., "El Ateneo", 1942).*

*Me apresuro a advertir que la doctrina del delito encerrada en el presente tomo es mucho más completa que la expuesta en Madrid en mi citado discurso académico.*

*•Mientras no imprima mi Tratado —del que se hallan prestos los*

*tres primeros volúmenes—, este Curso de Dogmática penal puede hacer sus veces. Aunque toda obra de este linaje ha de apoyarse en un Derecho vigente, y ésta se ha construído sobre el Código penal de Venezuela, lo cierto es que puede ser utilizada, acaso con provecho, en la Argentina o en cualquier otro país hispanoamericano, y hasta en España, si no le impiden la entrada los cancerberos totalitarios.*

*Complemento indispensable de este Curso que ahora ve la luz es la obra que en colaboración con Francisco Carsi Zacarés va a circularse bien pronto por la misma casa editora: Códigos penales iberoamericanos (editada por "Andrés Bello" de Caracas y difundida por "Editorial Sudamericana" de Buenos Aires). En ese largo y paciente trabajo, en que se estudian comparativamente todos los Códigos de Iberoamérica, más los de Haití y Puerto Rico, se encontrarán indicaciones indispensables para quien quiera adaptar la doctrina de este Curso a un Código determinado.*

*Una advertencia más me resta por hacer a los lectores. Para que este Curso fuese entero, debería añadirse la teoría de la sanción y, tal vez, una parte más sobre el delincuente. El limitadísimo tiempo de que dispuse en Caracas no me permitió construirlas. Si los azares de la vida por demás agitada para los españoles republicanos de esta hora, no me señalan otro rumbo, quizá en los tres primeros meses del año venidero pueda dar cima a mi tarea. Entonces los dos volúmenes de mi Curso venezolano constituirán un completo estudio dogmático de la Parte general del Derecho penal.*

*No ha dejado de ser trabajosa la composición de la presente obra. Exigió de mí un exceso de horas laborables, en Caracas primero y en Buenos Aires después. El auxilio de Mercedes de Briel, de Francisco Carsi y de Isidro de Miguel en la corrección de originales y pruebas de imprenta, ha sido para mí sumamente precioso. Por eso les doy las gracias a la cabeza de este libro, que es tanto de ellos como mío.*

*Al repasarlo, he revivido días inolvidables de aquel Caracas lleno de inquietudes y de futuro tan prometedor. El recuerdo de mis temporales discípulos y perennes compañeros me quedó indeleblemente grabado por el buril de la amistad. A uno de ellos, acaso el más fraterno, van dedicadas estas páginas. Su nombre es representativo de cuantos afectos me ligan con los venezolanos y con su suelo prodigioso.*

*Buenos Aires, 11 de agosto de 1945.*

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.

**PARTE PRIMERA**  
**EL DERECHO PENAL Y SU FILOSOFÍA**



## CAPÍTULO I

### CONCEPTO DEL DERECHO PENAL

#### 1 - DENOMINACIÓN

Nuestra disciplina ha recibido distintas denominaciones. En Alemania fué llamada antiguamente *peinliches Recht*. Así la designaron Engelhard, Kleinschrod, Feuerbach, Savigny, Köstlin y Zumpft. Sin embargo, estos cuatro últimos también le dieron el título de *Kriminalrecht*. Modernamente hay en Alemania completa unanimidad. Nuestro Derecho se llama allí Derecho penal: *Strafrecht*.

En Italia emplean la expresión *Diritto penale*, aunque los positivistas prefieren denominarle *Diritto criminale*, para desterrar la palabra "pena", que, como es sabido, reemplazan por "sanción". En Francia está equilibrado el empleo de *Droit pénal* y de *Droit criminel*, en tanto que en España y los países de este continente que hablen nuestra lengua se le denomina *Derecho penal*.

Eugenio Cuello Calón yerra al decir que el título de "Derecho criminal" es anticuado. Es exacto que su empleo es arcaico en Alemania; pero, como hemos visto, no ocurre así ni en Francia ni en Italia.

No han faltado autores que empleen expresiones más o menos extravagantes para nombrar a nuestra disciplina. Así, por ejemplo, Puglia la llamó *Derecho represivo*; Luca, *Principios de Criminología*; Dorado Montero, *Derecho protector de los criminales*, aunque nuestro gran maestro no innovó sólo las palabras, sino que fundó nuevos contenidos; y Thomsen, *Verbrechenbekämpfungsrrecht* ("Derecho de lucha contra el crimen"), etc., etc.

Ahora se usa en algunos Códigos hispanoamericanos el título que le dió al de Cuba su autor, José Agustín Martínez: *Código de defensa social*. De él tomaron tal nombre los Códigos mexicanos de los Estados de Chihuahua, Yucatán y Veracruz-Llave.

Acaso porque soy un viejo europeo abomino de los cambios de palabras, que, por otra parte, suelen dejar intactas las viejas esencias. El "histerismo" no dejan de padecerlo los hombres, que, sin embargo, carecen de útero; "hecatombe", que es, etimológicamente, sacrificio de cien bueyes, lo empleamos hoy para significar una catástrofe en que pueden morir mil personas; y "Pontífice", que en la Roma antigua significó guardador del puente, designa hoy a los altos dignatarios y hasta al Papa.

## 2 - DEFINICIONES

Toda definición es un silogismo, que si bien plantea correctamente los problemas, los resuelve luego tautológicamente. Sin embargo, no queremos romper con la costumbre de comenzar el estudio de una ciencia exponiendo su definición.

Muchas se dieron de nuestra disciplina. De carácter subjetivo, unas, y de índole objetiva, las otras. Pertenecen al primer grupo las que nos ofrecieron Berner y Brusa: La ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado. De carácter objetivo son las dadas por Renazzi, Tancredo Canonico, Holtzendorff, etc.: Conjunto de normas que regulan el Derecho punitivo. En esta clase pueden ser incluidas también las más recientes de Franz von Liszt, Prins, Garraud, etc.: Conjunto de normas que asocian, al crimen como hecho, la pena como legítima consecuencia.

El estudio del delincuente y de las medidas asegurativas amplió el concepto de nuestra rama jurídica. Alimena menciona aquél y Mayer nos habla de estas últimas, incluyendo en su definición los "otros medios de lucha contra el crimen". Igual hace Mezger, que pone una coletilla a la definición del Derecho penal, en que sólo habla de pena, para comprender otras medidas que tienen por fin prevenir los delitos.

Ensayemos, por nuestra parte, un concepto propio de la disciplina que cultivamos: *Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.*

De propósito hemos dejado fuera de esta definición las medidas educativas que se refieren a los menores, porque éstos salieron para

siempre del Derecho penal y las normas que se les aplican no tienen como base el delito, sino la necesidad de resocializar a los niños y adolescentes, a fin de que no se transformen en criminales adultos. Pero todo esto es ajeno al Derecho penal.

### 3 - CARACTERES

El Derecho penal de hoy es un Derecho público, normativo, valorativo y finalista que tiene la norma y el bien jurídico como polos de su eje y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora.

Necesitamos explicar con algún detalle estas características enunciadas.

#### a) *Derecho público*

El Derecho penal de hoy es un Derecho público, porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones en holocausto al apotegma liberal *nullum crimen, nulla poena sine lege*. El Derecho disciplinario, que una sociedad puede aplicar a los miembros que la forman —por ejemplo: un casino, una asociación de deportes, etc., etc.—, nada tiene que ver con el Derecho penal de carácter público, y por eso, al fijar el “tipo”, puede permitirse la vaguedad que le está prohibida al legislador en sus Códigos. Una ley establece un tipo concreto y determinado; el reglamento de una sociedad sólo dice que será impuesto un correctivo o que se separará del seno de la corporación al que “observe mala conducta”, al que “realice actos groseros”, etc., etc.

Hoy nadie puede controvertir la índole pública de nuestra disciplina; pero en el siglo xviii y comienzos del xix, frente a la tesis de Feuerbach, que afirmaba la índole pública de nuestra rama jurídica, pensaron Hugo y Kleinschrod que se trataba de un Derecho privado. Grolmann asume una postura ecléctica.

#### b) *Derecho normativo, valorativo y finalista*

Por influjo de Windelband y Rickert, los juristas de hoy aceptan una clasificación de las ciencias que tiene su origen en el neokantismo y que Kelsen y Mezger, en Derecho penal, han llevado a sus últimas consecuencias. De un lado están las ciencias del ser (que

incluyen a las naturales), del otro, las del deber ser (entre las que se halla el Derecho). La filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el Derecho, y por eso hemos afirmado que nuestra disciplina es valorativa. Las corrientes a que acabo de aludir afirman la índole normativa de la Ciencia jurídica, hasta el punto de que sólo en ese carácter de norma se halla su esencia científica.

Siguiendo a Heidegger, Erik Wolf ha tratado de emplear otra terminología, la de "realidad" y "significación", e incluye también el aspecto teleológico en el contenido del Derecho.

Con esto tocamos uno de los más arduos asuntos que pueden presentársele al jurista de hoy. Los kelsenianos afirman que el fin no pertenece al Derecho, cuyo contenido es la Política. El fin lo determinará ésta o la Sociología, pero no las leyes. A nuestro entender, la Dogmática jurídica no puede quedar desnuda de finalidad, y nuestro Derecho penal tiene carácter finalista. En efecto; el Derecho, pues que se ocupa de conductas, no puede menos de tener un fin. El Estado debe recoger y enfocar, teleológicamente, todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida.

### c) Norma y bien jurídico

La norma, que no puede identificarse con la Ley, según hemos de ver más tarde, es uno de los polos del eje del Derecho. El otro es el bien jurídico. Cuando los intereses fueron protegidos por el Derecho, se elevaron a bienes jurídicos. Estos son de inapreciable importancia para indicar el fin de un determinado precepto y de todo el ordenamiento jurídico; es decir, el bien jurídico ha de ser tenido en cuenta en la interpretación teleológica.

### d) ¿Constitutivo o sancionador?

Al ocuparnos en la antijuridicidad, como característica general del delito, veremos que no existe un injusto penal, otro civil, otro administrativo, etc. (vid. *infra*, cap. XXV-174 y sigts.). Sino que lo ilícito es común a todo el Derecho. Por otra parte, se verá también que el delincuente no vulnera la Ley, sino que lo que quebranta es la norma. Con estos dos elementos de juicio hay bastante para decidir la índole sancionadora y no constitutiva de nuestra disciplina. Los que siguen a Hegel y los técnico-juristas italianos,



como Rocco, creen que nuestro Derecho es constitutivo, porque en él se hallan ínsitas las normas. Nosotros, que afirmamos la índole general de lo antijurídico y que, según acabamos de decir, creemos en la norma de que la Ley surge, no podemos aceptar la índole constitutiva del Derecho penal y afirmamos su naturaleza sancionadora. El Derecho penal garantiza, pero no crea las normas.

#### 4 - DERECHO PENAL SUBJETIVO Y OBJETIVO

Es frecuente leer en los viejos tratados de Derecho que éste se divide en subjetivo y objetivo. El primero consiste en la facultad de hacer o no hacer una cosa; el segundo es "ley, regla o norma que nos manda, que nos permite o que nos prohíbe"

En nuestra disciplina, el Derecho subjetivo sería el *ius puniendi*, que resulta limitado por las propias leyes que los Estados dictan. Esto es así en garantía de la libertad, ya que las actividades estatales han quedado, por lo mismo, concretadas a lo que la Ley establece: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Tenemos, sin embargo, que revisar esas viejas concepciones. Ya Manzini nos dijo que no había tal Derecho subjetivo del Estado, sino que la facultad de penar era un atributo de soberanía. En Francia, Duguit y sus discípulos han combatido contra los supuestos derechos subjetivos, y Kelsen ha hecho del deber jurídico base de su doctrina. En puridad, no hay derechos subjetivos, sino, más bien, pretensiones del sujeto activo. Así, por ejemplo, el Estado tiene la pretensión punitiva, que se extingue por numerosas causas que ahora no interesan, y también el individuo es capaz de poseerla aun en nuestra propia esfera jurídica: hay delitos que sólo se persiguen a instancias de parte.

Sin embargo, conservamos la vieja fórmula *ius puniendi*, tan expresiva y cargada de problemas, para tratar más tarde, en el aspecto filosófico, el fundamento de la penalidad.

#### 5 - ELEMENTOS

En las más viejas leyes, las penas se asociaron ya a los delitos. Es decir, que nuestra rama jurídica posee dos elementos fundamentales: delito y pena. Los partidarios del positivismo, con sus aspiraciones subjetivas, dieron un inusitado relieve al "protagonista". Sabido es que Enrique Ferri, más que otro alguno, insistió en la

necesidad de que el delincuente asumiera relevantísimo papel en la sistemática penal.

Los antipositivistas, que ya van siendo numerosos en Hispanoamérica, y en particular en Cuba, en la Argentina y en Chile, lanzan acusaciones de positivismo a los que comparten el sistema de tripartición: delito, delincuente y pena, añadiendo un nuevo elemento a los dos clásicos.

Sin embargo, observemos que un penalista ajeno a la escuela positivista, Givanovitch, profesor de Belgrado, escribió, ya hace muchos años, un libro en francés sobre los fundamentos del Derecho penal, en que la tripartición se elevaba al extremo de hacerla repercutir en la tentativa.

El problema es muy otro. Cuando un Código positivista o de índole político-criminal, como lo son casi todos los de fecha moderna, incluye en su texto el estado peligroso, nos da material bastante para construir un título nuevo en la Parte general: el delincuente. Es lícito, pues, hacer Dogmática sobre el sujeto del delito, con cierta independencia del hecho que cometió y que asume la calidad de ente jurídico.

El dogmático de Colombia o de Cuba que escriba un "Tratado" sobre su Código penal, tendrá perfecto derecho a incluir un elemento más en su Dogmática de la Parte general: el delincuente.

## CAPÍTULO II

### CONTENIDO, MÉTODO Y SISTEMA

#### 6 - EXTENSIÓN

Antes de ocuparnos del contenido de nuestro Derecho, interesa aludir a la extensión de las disciplinas que abarcó en otro tiempo y a lo que ha de quedar reducido en el porvenir.

Dice Hippel que podemos hablar de un conjunto de principios jurídicos relativo a las sanciones de la conducta humana que comprendería estas disciplinas, capaces de asumir vida propia:

- a) Derecho material, también llamado substantivo;
- b) Derecho formal, al que se ha denominado adjetivo, y
- c) Derecho ejecutivo (penitenciario).

Los penalistas *sensu stricto* sólo se ocupan del primero; es decir, del Derecho penal; que abarca las normas substantivas o materiales; pero no siempre ha sido así. En su origen, el Derecho penal estaba integrado, no sólo por las leyes materiales, sino también por las de carácter procesal. Pueden verse al respecto los famosos libros de Feuerbach, Grolmann y Carnignani. En la actualidad conservamos todavía penalistas y procesalistas algunas zonas comunes, como la "acción", que ciertos Códigos, como el argentino, incluyen en su texto, y las causas por las que se extingue la pretensión penal, que algún eminente autor, como B. Alimena, consideraba propias del Derecho procesal criminal y no del Derecho punitivo.

En orden a lo que hemos denominado Derecho ejecutivo o penitenciario, se observa, en los tiempos que corremos, una gran corriente que desea independizarle y construirle como disciplina autónoma. El título de *Diritto penitenziario* lo adopta la revista de Novelli, que se publicaba en la Italia fascista. Yo no creo que todavía pueda asumir la preceptiva penitenciaria el prestigioso título de Derecho; pero es lo cierto que los juristas vamos desembarazándonos cada vez más de las cuestiones relativas a la ejecución

de la pena, aunque a los jueces les interesa ahora más que antes, ya que se tiende a que los magistrados que condenaron no se desentendían del reo sentenciado.

## 7 - CONTENIDO

Ya hemos dicho que el Derecho es una ciencia del deber ser. Pero el mundo de normas puede también concebirse como fenómeno que pasa, como objeto que cambia en la cultura y también puede reclamar la curiosidad de la Filosofía, que se demanda el porqué del castigo. El científico, a su vez, puede hacer la crítica de las leyes y reclamar su reforma.

Todos estos son aspectos del Derecho penal, que es susceptible de ser estudiado filosófica, histórica y críticamente.

Pero si nos circunscribimos al mundo del deber ser, al que el Derecho propiamente pertenece, la cuestión varía. Entonces no se estudia filosóficamente el *quid* de la penalidad, ni la historia de las leyes penales, ni su crítica, sino la Dogmática.

De ella se habla por doquier con vaguedad y desconocimiento. Por eso importa que fijemos su auténtico significado: la Dogmática jurídico-penal consiste en la reconstrucción del Derecho vigente con base científica. Muchos Códigos penales, tras de ocuparse de la Ley penal y de su validez, legislan sobre las penas y luego tratan del delito. El dogmático desarticula el Código, y como el *prius logico* es la infracción, construye primero ésta con ordenado estudio de sus caracteres, positiva y negativamente concebidos; pero lo hace conforme al Derecho vigente en el país cuyas leyes estudia. Cierto que Francisco Carrara edificó su famoso *Programma* fuera de toda ley, y si acudió a citas de los Códigos sardo, napolitano o de las dos Sicilias, lo hizo sólo por vía ejemplificadora. Por eso, Carrara, más que Dogmática jurídico-penal, lo que hizo fué un estudio filosófico de las instituciones penales y de los delitos *in species*.

Hoy no puede construirse la Dogmática penal sino en base del Derecho vigente; pero el Derecho no es únicamente la Ley. Los dogmáticos legalistas que, en holocausto de la Libertad, creen que la Ley lo ha agotado todo y que sólo debe interpretarse gramaticalmente ésta, se aproximan más a los prácticos de los siglos *xvi* y *xvii* que a los dogmáticos modernos.

La Dogmática se edifica sobre el Derecho que existe y que cambia al adaptarse progresivamente a las conductas de hoy. El

Derecho vive y se aplica, y aunque el Derecho penal se halle limitado por la Ley, que es la única que lo crea, es Derecho cuanto en el marco de esa Ley rige y se actúa por la voluntad y la inteligencia de los jueces.

Mas la Dogmática rechaza la idea de un Derecho superior y racional que se halle por cima del vigente, lo que sería resucitar el Derecho natural, ya sepultado; y también huye de ocuparse en problemas causales y explicativos del crimen y del delincuente, porque con ello caería en la confusión positivista, a que aludiremos en momento oportuno.

A esto se debe el descuido de la Dogmática en estos países. Los positivistas lograron resonantes triunfos en los pueblos ibero-americanos y les hicieron mirar el fenómeno jurídico como objeto, más que como deber ser. La crítica, ya que los Códigos vigentes no son positivistas, sustituyó a la interpretación, y los jueces y abogados olvidaron que la peor Ley es más imperativa que el mejor libro, como Soler ha dicho.

## 8 - LAS CIENCIAS PENALES

No vamos a ocuparnos de la Enciclopedia de las Ciencias penales, porque en un curso de Dogmática jurídica carecen de actualidad; pero sí expondremos el cuadro de ellas con algunas observaciones explicativas:

### A) Criminología

Antropología criminal	
Psicología	"
Biología	"
Sociología	"

### B) Criminalística

### C) Derecho penal

Filosofía
Historia
Dogmática
Crítica y Reforma (Política criminal).

### D) Derecho procesal penal

- E) Derecho (P) penitenciario
- F) Ciencias auxiliares

Estadística  
Medicina legal  
Psiquiatría forense

Algunos escritores niegan la calidad de ciencia a la *Criminología*, porque dicen que toda ciencia necesita un objeto delimitado y un método propio. La Criminología, con su heterogéneo contenido, no tiene un objeto único, ya que la Antropología estudia al hombre y la Sociología a la sociedad; ni es susceptible de un método común para todos los fenómenos que estudia, puesto que el método experimental sólo es propio de la Antropología, sin que pueda servir a los que se ocupan en Sociología. No vamos a entrar ahora en un debate que nos llevaría muy lejos. Si fuéramos a exigir con rigor absoluto tales elementos, muy pocas serían las ciencias que quedarán en pie. Sea ciencia o disciplina, lo cierto es que la Criminología está llena de promesas.

La *Criminalística*, que ahora ha sido objeto de definición, más o menos hipertrofiada, en el Congreso de Chile, que tuvo lugar en el mes de mayo de 1944, se refiere al arte de la pesquisa. Creó la palabra Hans Gross, en un libro que llevaba ese título en un largo epígrafe y que fué vertido al castellano con la denominación de *Manual del Juez*. Por lo mismo que se refiere al arte de descubrir el delito y al delincuente, es más amplia que la Policiología; pero de mucho menor rango que la Criminología, de la que acaso pueda formar parte. Una de sus más importantes tareas es la formación científica y profesional de cuantos administran la Justicia.

Del *Derecho penal* y del *procesal penal* ya hemos dicho bastante ha poco, así como del *penitenciario*.

Si tomáramos la expresión *Ciencias auxiliares*, en el más lato sentido, podríamos decir que todas contribuyen a prestar ayuda al penalista. La balística y la cerrajería pueden contribuir al esclarecimiento de un delito, y han de ser apreciados los peritajes de armeros y cerrajeros por los jueces que sentencian. Pero, propiamente, son las que hemos enunciado.

En cuanto a la *Política criminal*, importa esclarecer que no es tal ciencia, como nos dijo Liszt, sino más bien el arte de legislar, previa una crítica científica de las leyes y la indagación causal de la delincuencia. Forma parte del Derecho penal, e incluso no le es

indiferente a la Dogmática, ya que, para interpretar progresivamente las leyes en vigor, puede atenderse a la aspiración presente y hasta a los proyectos de reforma que existan en el país, como hace Mezger en su famoso *Tratado*.

## 9 - LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

No podríamos pasar adelante sin decir unas pocas palabras sobre una tendencia muy sagaz que se dibuja siempre en las preocupaciones de los juristas: la creación de una *Teoría general del Derecho*. No se trata de una "Filosofía jurídica", y menos de una "Introducción al Derecho", como materia universitaria. Hemos olvidado en demasía los hombres de leyes la unidad de nuestra ciencia, y preocupados por la especialidad, hemos ido insensiblemente dando un sentido propio a conceptos e instituciones que deben ser comunes a todo ordenamiento del Derecho. Así, acontece que el *ius-penalista* pretende tener una noción propia de la causalidad, de la ilicitud, de la culpabilidad, del dolo, del domicilio, etc., etc., cuando son conceptos comunes a todos los ramos legales.

Cierto que nuestro Derecho, por su característica sanción —más grave que las que se usan en Derecho civil, administrativo, etc.—, reclama principios limitativos, tales como el de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que tiene sus bases filosóficas y hasta científicas. Pero no es menos exacto que nos debemos esforzar en construir una *Teoría general*, para que cuando hable un penalista de dolo, de culpa o de domicilio, coincida con las concepciones que sobre la materia tiene el privatista o el cultivador del Derecho público.

Pero hemos de cuidarnos de que quienes edifiquen esa *Teoría general* no traten de suplantar nuestra misión especificadora y respeten las bases con las que, desde hace tantos años, hemos construido nuestra disciplina. Pretender que de la noche a la mañana un joven partidario de la *Teoría general del Derecho* nos amoneste por haber perdido nuestro tiempo en construcciones técnicas incompatibles con la noción que él tenga de la ciencia jurídica, sería tanto como parodiar a los que, en la esfera política, crean partidos postulantes de unidad llenando de insultos a los partidarios de otras tendencias y queriendo someter a todos a la disciplina recién ideada.

## 10 - MÉTODO

Método es la serie ordenada de los medios con los que el hombre busca la verdad, y tiene que estar adaptado a la ciencia que investiga.

*a) Método jurídico*

El Derecho, como ciencia cultural, no puede ser indagado con métodos experimentales, y si, como hemos dicho, una ciencia se caracteriza por su objeto y su método privativo, el Derecho ha de poseer un método jurídico. Parece ser que fué Brugi quien habló de él en el año 1890, a pesar de que Radbruch atribuye a Otto Mayer la gloria de inventarlo.

Se dice a menudo que el método lógico-abstracto es propio del Derecho, y nada hay más falso que esta afirmación. No sólo porque hablar de método lógico se presta a confusiones, sino también porque el contenido del Derecho es muy vario y no puede esclarecerse con esa metodología.

*b) Método experimental*

Los positivistas trataron de sustituir aquel mal llamado método lógico-abstracto por el método experimental, creyendo que el Derecho era susceptible de ser estudiado como las Ciencias naturales. Por entonces resonó, con acento apocalíptico, el grito de Ferri: "¡Abajo el silogismo!" Pasaron los años, y la Filosofía positiva, en que la escuela criminológica italiana se basó, hubo de hundirse a los embates críticos de un neoidealismo activista, que culminó en Gentile. Entonces Ferri dijo, con gran desenfado, que la escuela que él capitaneaba no tenía como esencia la Filosofía positivista, sino el método experimental, que hasta fué por él cambiado de nombre, recordando que Galileo, en el *Saggiatore*, el año 1618, hubo de proponerlo por vez primera. En una interesante conferencia, el joven profesor argentino Francisco Laplaza demostró también que el denominado método experimental fué incluso requerido en la esfera jurídica por algunos de los antiguos clásicos.

Pero es lo cierto que hasta los positivistas, que dieron a la escuela



un sesgo jurídico, tales como Florián y Grispigni, tuvieron que reconocer que, para el Derecho, ese método experimental es inaplicable. En cambio, Ferri siguió en sus últimas obras —como en sus *Principii*, escritos poco antes de su muerte— abominando de la “jerga jurídica” y del método jurídico.

### c) Método teleológico

Si el Derecho es una ciencia finalista, requiere un método teleológico, que se ha defendido como reacción al formalismo últimamente imperante. Este método teleológico, que en Derecho civil recibe el nombre de *Interessenjurisprudenz*, ha sido hoy ilustrado en interesantes monografías por Grünhnt, Schwinge, Hippel, Treves, etc. Pero antes de ellos, Liszt había construido su teoría de la pena finalista, y hasta había fundado su famoso *Lehrbuch* en las ideas de “fin” expuestas por von Ihering.

El método teleológico averigua la función para que fué creada la Ley; explora la formación teleológica de los conceptos; esclarece el bien jurídico; desentraña el tipo legal; se vale del método sistemático, etc., etc., y con ello logra una correcta interpretación de la Ley, descubriendo la voluntad de ésta, según veremos más tarde. El método teleológico admite todas las variedades: es *inventivo*, para los nuevos hechos; *ordenador y constructivo*, para la Dogmática, y *expositivo*, para la docencia. Se vale del análisis, de la síntesis, de la deducción, y hasta de la inducción cuando es preciso.

## 11 - SISTEMÁTICA DEL DERECHO PENAL

Desde los tiempos de Carrara se halla afinado de un modo inmutable el sistema bipartito de nuestra disciplina: Parte general y Parte especial.

Pero si el jurista no quiere caer en la seca práctica, ha de dedicarse al estudio de otros problemas que por no estar dentro de la Dogmática propiamente dicha, deben ir a parar a una Introducción, conforme han hecho Liszt y Hippel en sus más conocidos libros.

En ésta han de ser estudiados conceptos filosóficos, históricos, político-criminales y de legislación penal comparada. Hasta las fuentes del Derecho penal deben ser incluídas en esta parte introductiva,

aunque la Ley penal ya entra en la Dogmática, a pesar de que von Liszt la trató en la Introducción.

Según hemos dicho, en la Parte general debe incluirse el delincuente, como elemento autónomo, en aquellos países cuyos Códigos lo autoricen.

La sistemática del Derecho penal sería, pues, ésta:

<i>Introducción</i>	{	1 Concepto del Derecho penal
		2 Historia del Derecho penal
		3 Filosofía del Derecho penal
		4 Legislación penal comparada
		5 Fuentes
<i>Parte general</i>	{	1 La Ley penal
		2 El delito
		3 El delincuente
		4 La sanción

*Parte especial*      Los delitos en particular.

En estos *Principios de Derecho penal* nos es imposible tratar de todos estos problemas. Vamos a reducir nuestra enseñanza a las indispensables materias de la Parte introductiva que se refieren al concepto de nuestra disciplina; a una breve evolución histórica del Derecho penal liberal; a esquemáticas nociones filosóficas sobre el *ius puniendi* y las escuelas penales; y al debate sobre las fuentes productoras de Derecho en la esfera punitiva.

Tras de esta breve exposición preliminar, nos ocuparemos de la *Ley penal y del delito*, dejando *El delincuente y la sanción* para un segundo volumen.

## CAPÍTULO III

### EVOLUCIÓN HISTÓRICA

#### ORÍGENES DEL DERECHO PENAL LIBERAL

Es preciso advertir, antes de pasar adelante, que no nos proponemos hacer una historia completa del Derecho penal. Sería inútil para los fines que nos hemos señalado recordar ahora cómo se castigaban los delitos en el antiguo Oriente, en la culta Roma o en la sombría Edad Media, hasta llegar, a través de los Estados nacionales, al Derecho vigente.

Pero como deseamos, siguiendo el consejo de Carrara, que cuanto sea dicho derive de un principio y tenga armónicas consecuencias, nos importa ver cómo nace la filosofía penal liberal y cómo se asienta en el Derecho legislado, ya que esos principios han de influir en la interpretación de la Dogmática de los Códigos que pertenecen al liberalismo, y lo son casi todos los vigentes, entre ellos los de los distintos países de Iberoamérica.

#### 12 - EL DERECHO PENAL PÚBLICO

Desde muy antiguos tiempos el Derecho penal lucha por hacerse “público”, es decir, objetivo, imparcial. En último término, para lograr ese rango que andando el tiempo se titulará liberal. La lucha entre la “venganza de sangre” o la “expulsión de la comunidad de la paz”, reacciones de las tribus contra el delincuente, sin medida ni objeto, y el “poder del Estado” para convertir en *públicos* los castigos, es un combate por la imparcialidad (y por ende, por el liberalismo) de nuestra rama jurídica. Con el talión, que da al instinto de venganza una medida y un fin, se abre el período de la *pena tasada*. Así se transforma en Derecho penal público el poder penal ilimitado del Estado.

Es, a este respecto, sobremanera interesante observar en Roma la lucha entre los *delicta privata* y los *crimina publica*. Con motivo de una reforma, originada en cuestiones políticas, de apariencia modesta, se reafirmó el Derecho penal público de Roma. Ello se debe al procedimiento de las *quaestiones* y tiene su momento culminante en la ley de Sila (años 672 al 674 de la Era romana, 88 a 80 a. de J. C.).

### 13 - LA TENDENCIA HUMANISTA

Todo el Derecho penal, que está cubierto de sangre y que amadruga en su recóndito seno tanto sadismo, es un espejo donde se reflejan los esfuerzos liberales de la Humanidad. De este tremendo afán iba resultando el Derecho penal liberal. Alboreaba el siglo XIX y aun no lo era, a pesar de Beccaría y de Howard.

Durante muchos siglos, después de proclamado el Derecho penal público, la pena sigue siendo durísima expiación del delito. Fué una inmensa época, de propósitos retributivos y a lo sumo intimidantes, con fines de prevención general, en que se aspiraba a utilizar al delincuente en provecho del Estado (minas, galeras). Parece que la Iglesia abre una etapa humanitaria, aunque no falten autores, como Schiappoli, que lo pongan en duda.

### 14 - LA ÉPOCA DE LAS LUCES Y EL DERECHO PENAL

Los filósofos alemanes pusieron su prócer mano en el Derecho penal antes que los enciclopedistas franceses le removieran, sobresaltando el joven espíritu de César Beccaría.

La exaltación del Derecho natural al rango de ciencia autónoma, proclamada por Hugo Grocio († 1645), reproduce y enardece la lucha en pro del Derecho penal público. Hobbes († 1679), Spinoza († 1677) y Locke († 1704) demuestran que el fin de la pena no puede ser otro que la corrección o eliminación de los delincuentes y la intimidación de los individuos proclives a la mala conducta, arrumbando el concepto de la pena como retribución jurídica por mandato divino. Los iluministas alemanes, siguiendo a Pufendorf († 1694), desechan la finalidad meramente retributiva. Descuellan entre todos, por su espíritu de lucha, Christian Thomasius, profesor de Halle, en protesta contra los atropellos de la

Inquisición, y Christian Wolff, que se caracteriza por haber adoptado políticamente la filosofía iluminista del Estado policía.

Los tiempos eran de iniciación y de dudas. El rígido espíritu prusiano se aferraba a la concepción de Wolff. Incluso hombres tan eminentemente liberales como Goethe, votaban, más de medio siglo después (en 1783), por la pena de muerte. El eco de los agudos clarines de la Enciclopedia resuena en el *Aufklärung* e influye en el espíritu alemán, al expandirse por el mundo. Lo ha confesado Franz von Liszt.

En Francia, en el propio siglo xvii, donde se había manifestado la indiferencia por los castigos crueles, como lo atestiguan algunas cartas de Mme. de Sévigné, comienzan a estremecerse algunos espíritus selectos. A fines de esa centuria, La Bruyère, en sus *Caractères*, y luego Nicolas, Presidente del Parlamento de Dijon, así como el Abate Fleury, protestaron contra la atrocidad de ciertos suplicios. Pero la evolución culmina, favorecida por las ideas liberales que llegan de Inglaterra, con los enciclopedistas. Diderot, D'Alambert, Holbach y Helvétius se revelan contra la penalidad dominante, y se agudiza la campaña en la pluma de Montesquieu († 1755, que con fina ironía atacó al Derecho penal en sus bases, "desalojando del espíritu inquieto de Federico el Grande los últimos restos de la influencia de Wolff". Voltaire († 1768) y Rousseau († 1778) continúan la obra iniciada por el político Montesquieu: aquél con su destreza de hombre de mundo y Rousseau con las penetrantes palabras del pensador espiritual.

Se consumía lentamente el viejo Derecho penal, cuando un hecho externo a su propia naturaleza levantó llamas cuyo resplandor iluminó los ojos de Beccaría, dos años más tarde. Fué uno de esos errores judiciales, tan frecuentes en la historia antigua, y aun contemporánea, de la Justicia penal. En 1762, en Toulouse, era condenado injustamente a la rueda el comerciante hugonote Juan Calas, por supuesto filicidio. Voltaire, ya viejo, escribió aquella famosa "Defensa de los oprimidos", tremendo panfleto contra los Tribunales franceses, acusándoles de homicidio judicial. El clima era por demás propicio. Toda la opinión pública se puso en pie y a su lado. Si Beccaría hubiese podido medir lo favorable del ambiente no hubiera juzgado tan arriesgada su aventura.

## 15 - CÉSAR BECCARÍA

César Beccaría Bonesana, marqués de Beccaría, era hijo de una noble familia. Nace en Milán el 15 de marzo de 1738.

A los veinticinco años de edad escribió su famoso libro *Dei delitti e delle pene*. Lo comenzó en marzo de 1763 y estaba terminado en enero de 1764. No lo imprimió en Milán por prudencia. El 12 de abril lo envió a Livorno, a Giuseppe Aubert, director de la imprenta del Abate Marco Coltellini. En julio circulaba ya en Toscana, donde la fama lo coronó pronto. Apareció sin fecha, sin el nombre del autor y sin división de párrafos o capítulos. Beccaría tuvo su primer ejemplar el 16 de ese mes, pero en la ciudad no se habló de él hasta primeros de septiembre.

La celebridad fué repentina. Ya en octubre de 1765 la Sociedad Patriótica de Berna le asignaba una medalla de oro, ignorando aún quién lo hubiese escrito.

Este pequeño libro, cuya notoriedad e influjo sorprendieron a su autor y a sus inspiradores, anatemiza con dureza singular los abusos de la práctica criminal imperante, exigiendo una reforma a fondo. Beccaría, siguiendo a Grocio, proclama que la justicia humana es cosa muy distinta de la justicia divina; que la justicia penal no tiene nada que ver con la de Dios. La justicia penal encuentra su fundamento en la utilidad común, en el interés general, en el bienestar del mayor número. Este fundamento, esencialmente utilitario, debe, sin embargo, ser modificado, limitado, completado por la ley moral, ya que es principio fundamental en Beccaría la alianza de la ley penal, o como él la denomina, "política", con la ley moral.

La Filosofía penal liberal se concreta en el pensamiento de Beccaría en una fórmula jurídica que resultaba del *Contrato social* de Rousseau: *el principio de la legalidad de los delitos y de las penas*: nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley.

No faltan autores muy serios, que han investigado a fondo la vida y los tiempos de Beccaría, que nieguen al notorio milanés originalidad y arrestos. Los hermanos Verri —Pedro sobre todo— ejercían entonces en Milán una verdadera dictadura intelectual. Parece cierto que fueron ellos quienes dieron a César Beccaría el

impulso —ya que éste, como se probó luego a lo largo de su no muy larga vida, era un abúlico— y acaso algo más: el plan y el consejo sobre el libro, facilitándole obras de consulta.

Muere Beccaría a los 56 años, el 28 de noviembre de 1794. El resto de sus días fué un funcionario sin brillo mayor, sólo preocupado de sus cargos.

No habían pasado más que dos años desde la publicación de la famosa obra, cuando ya se pretendió debatir su originalidad de fondo. Pablo Rissi escribió un opúsculo, en el que quería demostrar que era posible extraer las mismas conclusiones que Beccaría, escribiendo, según la tradición, en el bello latín y citando, en lugar de a Hobbes, Rousseau, Montesquieu, etc., sólo a autores romanos o a padres de la Iglesia.

No sólo se ha querido restar a Beccaría originalidad en la iniciativa —atribuída a los Verri— y en la argumentación y resultados —según quiere corroborar el libro de Pablo Rissi—, sino la prioridad en la entonces peligrosa aventura de hacer crítica implacable de la práctica punitiva. Impallomeni y Guardione han recordado en las postrimerías del siglo XIX el nombre y la obra del siciliano Tomás Natale, que algunos años antes de que Beccaría editase su obra había escrito otro libro de pareja índole. Pero no es menos exacto que este precursor no imprimió su libro hasta ocho años después de publicarse el de César Beccaría, y que la causa de haberlo mantenido inédito fué el temor a las consecuencias.

La necesidad de humanizar las leyes penales postuladas por el marqués de Beccaría con tanto ardor, movió a varios monarcas a introducir reformas en las leyes criminales de sus pueblos. Así, Catalina II de Rusia, que en 1767 ordena la elaboración de un nuevo Código; Federico el Grande de Prusia y José II de Austria. Pero preciso es confesar que las insignes páginas del milanés no influyeron demasiado prontamente en el desarrollo de la administración de justicia en Lombardía, pues hasta el 11 de septiembre de 1789 no se suprimió allí la tortura.

## 16 - JOHN HOWARD

Otra gran figura renovadora vive por los mismos años en que Beccaría postula la humanización penal, clamando, con emocionado y encendido acento, por la reforma carcelaria. Fué John Howard, nacido en Hacney (hoy arrabal londinense) en 1726, y que en 1772

recibió el nombramiento de *sheriff* del Condado de Bedford. Con motivo de su cargo surgió su vocación, al ver el pésimo estado en que se hallaban las prisiones inglesas por él visitadas.

Howard había estado preso de un corsario francés y concibió el más profundo horror por las cárceles de su tiempo. Movidó por ese recuerdo y por su espíritu filantrópico, criticó las prisiones inglesas, y visitó las de casi todos los países europeos, en sus viajes por la "geografía del dolor" —como dice Bernaldo de Quirós—, que duran desde 1775 a 1790. El 20 de enero de este último año muere en Kherson (Ucrania), de fiebre carcelaria (tifus exantemático), contagiado del medio que vivió tan apasionadamente.

Las infectas prisiones europeas, sin luz, sin aire, con su población penal enferma, mal alimentada, maltratada, merecieron la censura áspera y dolorida de este gran filántropo inglés. Concretó sus observaciones y sus propuestas reformadoras en su notorio libro *State of prisons*, en el que después de criticar el inmundo y cruel estado de las prisiones fija estas bases para remediarlo: 1º Higiene y alimentación. 2º Disciplina distinta para los detenidos y los encarcelados. 3º Educación moral y religiosa. 4º Trabajo. 5º Sistema celular dulcificado.

#### 17 - MARAT Y SU "PLAN DE LEGISLACIÓN CRIMINAL"

El 15 de febrero de 1777 apareció en la *Gazette de Berne* el anuncio para premiar un plan completo de legislación criminal. Marat —el que después fué famoso revolucionario— se puso seriamente a trabajar y dos años después envió el manuscrito que será conocido en lo sucesivo con el título de *Plan de Législation criminelle*, considerado por su autor como "la menos imperfecta de todas sus obras".

No se olvide que Marat no era abogado, sino médico; por eso su trabajo está lejos de ser una simple disertación técnica. A propósito del tema que se propone desarrollar expone múltiples cuestiones de su repertorio favorito, y no es de extrañar que en esta Memoria reproduzca párrafos enteros de su obra anterior, *Les Chaînes de l'Esclavage*.

Las convicciones políticas de Marat, a medida que avanza en la existencia, ganan en amplitud y profundidad, pero en el fondo permanecen siendo las mismas.

El "Discurso preliminar" que abre su Memoria es de una vio-



lencia extrema. Es cierto que no encierra pensamientos nuevos y que Marat ha puesto a contribución las obras de los autores entonces en boga: Rousseau y Mably, Beccaria y Morellet, y hasta su enemigo jurado, Voltaire. Pero al pasar por su ardiente temperamento, las disertaciones académicas se transforman en gritos de revuelta.

La idea fundamental de Marat es que todas las leyes existentes, nada valen, que son por excelencia ilegítimas, arbitrarias, contra la moral y el buen sentido, y no se deben tomar en cuenta. Contra el régimen de clase dispara sus más terribles adjetivos, y como estima que todo lo disfrutan los ricos y nada los pobres, advierte a éstos que deben prepararse a la reconquista de sus derechos. El primero de éstos es el de asegurar su existencia material. Ante todo, es preciso que el hombre pueda subsistir.

El jurado de Berna no parece que gustó de estas reflexiones, pues aunque no consta cómo se apreciaron las teorías sociales y jurídicas de Marat, es lo cierto que no se le otorgó el premio. Dos juristas alemanes, von Globing y Helster, se lo repartieron. Pero Marat no se desalentó por eso. Se puso al habla con un impresor de Neuchâtel y le confió la impresión de su trabajo. Una vez terminada la tirada, Marat hizo enviar toda su edición a París. Una decepción enorme le esperaba. El guardasellos fué informado de que el libro de Marat contenía numerosos pasajes "subversivos", y al llegar los ejemplares a Francia, los párrafos incriminados fueron arrancados y destruidos. Tres años más tarde vió la luz, pero sin llevar el nombre del autor. En 1783 se imprime nuevamente en la "Bibliothèque criminelle" de Brisot.

En 1790 se publica en París, otra vez, el "Plan de legislación criminal", ya con todos los honores para el autor, y aunque esta obra es más bien un pequeño tratado doctrinal que un verdadero Proyecto de Código de delitos y penas, el editor se lo brinda a la Asamblea Nacional para su adopción.

## 18 - LA REVOLUCIÓN PENAL EN ESPAÑA

Ya se habían destacado nuestros compatriotas Chaves, Sandoval y Cerdán de Tallada y una serie de teólogos, médicos, juristas y frenólogos de la España del siglo XVI, y de antes y después de esta fecha, que fueron los precursores de las ideas liberales y hasta de las concepciones criminológicas que constituyeron una segunda re-

volución —no ciertamente liberal— en las ciencias penales de las postrimerías de la centuria pasada.

Las doctrinas de Beccaría llegaron a España y allí circularon también, aunque con menos influjo que en otros países.

El principal representante de la tendencia de Beccaría en España —aunque en numerosos extremos contradiga las ideas de su inspirador— fué don Manuel de Lardizábal y Uribe, muerto el 25 de diciembre de 1820, Consejero del Rey, Alcalde del Crimen, Hijodalgo de la Real Chancillería de Granada, Secretario de la Real Academia Española y uno de los jurisconsultos más notables en el Reino de Carlos III. Este monarca, a semejanza de otros de su tiempo, quiso modificar la antigua legislación española, infundiéndole el espíritu humanitario que inspiraba algunas de las extranjeras, y dictó, en 25 de septiembre de 1770, una real resolución por la que se encomendaba al Tribunal Supremo una reforma de nuestras leyes penales. Lardizábal recibió el cometido de prepararla y escribió su famoso *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma* (Madrid, Ibarra, 1782), que es, indiscutiblemente, la base de nuestra cultura penológica y penitenciaria de fines del siglo XVIII, dando origen a un importante movimiento social y legislativo.

Lardizábal no se limitó a copiar a Beccaría, pues como Jerónimo Vida señala, expuso puntos de vista propios y en algunos extremos combate las ideas del gran italiano. Además, su obra trata principalmente de la pena, aunque no deje de referirse también, en sus páginas, a los delitos.

## 19 - EL DERECHO PENAL REVOLUCIONARIO

Como siempre, una revolución, primero en las ideas (Enciclopedia y *Aufklärung*) y luego en la realidad política, ha parteado un nuevo modo de ser. La Filosofía penal liberal ha nacido revolucionariamente en las postrimerías del siglo XVIII. Como siempre en toda labor revolucionaria, su acento fué primero crítico y se preocupó ante todo de destruir. Las tres figuras de la época: Beccaría, Howard y Marat, más que edificar un Derecho penal y carcelario nuevo, censuran lo existente, procuran destruir lo ya caduco. Por eso son revolucionarios.

Lo que de la revolución nace quiere ante todo afianzar su existencia. La Revolución Francesa vino a favorecer de manera deci-

siva el movimiento de reforma penal. La nueva Francia inspiró en las páginas del *Contrato social* de Rousseau y en la Enciclopedia sus Códigos penales: el de 25 de septiembre de 1791; el de Brumario del año IV (más procesal que punitivo), y el de 1810, que rige aun hoy, y que promovió la Codificación penal en Europa. El Código de Napoleón templa, en parte, la injusticia de las penas fijas, cláusula penal del citado libro de Rousseau, establecida en el Código de 1791. Un "nuevo liberalismo" surge en la legislación penal francesa, al extenderse las "circunstancias atenuantes" en 1824 y 1825.

## 20 - LOS CREADORES DEL DERECHO PENAL LIBERAL

Al mismo tiempo se iniciaba en Italia, Alemania e Inglaterra la creación de una doctrina penal liberal, con Romagnosi, Feuerbach y Bentham, que luego se construiría con caracteres al parecer definitivos, por Carmignani y Carrara y por los penalistas alemanes, desde el gran bávaro citado, hasta Binding y Beling, por no mencionar más que los dogmáticos puros, para no hacer la lista interminable.

Sobre el pensamiento de esos grandes autores se basó el fundamento del Derecho de penar y se edificó la escuela que más tarde se llamaría clásica. Pero todo esto ya no es Historia, sino Filosofía y pertenece al próximo capítulo.

## CAPÍTULO IV

### FUNDAMENTO DEL DERECHO DE PENAR

#### 21 - EL "IUS PUNIENDI"

No creo que sea posible centrar el tema de las escuelas que hace unos años encendía el ánimo de todos los penalistas y que hoy ha plegado ya su orgulloso vuelo, sin resolver antes esta pregunta inquietante: "¿Tiene el Estado derecho a castigar?"

Siguiendo la terminología hegeliana, ocupémonos de la Tesis, de la Antítesis y de la Síntesis.

#### 22 - TESIS

A primera vista, parecería superfluo preguntar si hay derecho a penar, ya que desde hace muchos siglos, el organismo colectivo que hoy denominamos Estado descargaba sobre los infractores los más tremendos castigos. *Homines non requirunt rationes carum rerum quas semper vident.* El derecho de penar ha seguido las vicisitudes de la norma de cultura, y cuando ésta, en los siglos pasados, permitía las mayores crueldades, la pena iba acompañada de bárbaros sufrimientos.

Pero el jurista no puede contentarse con afirmar que un hecho ha existido. Necesitamos abocarnos al tema filosófico de por qué se pena. El jurista precisa ser filósofo, si quiere que sean perdurables las soluciones dadas a los problemas que le preocupan.

Incluso la investigación histórica cobra nuevo sentido si la interpretamos con aliento filosófico. Los suplicios de las épocas pretéritas eran reflejo de la norma de cultura que el mundo vivía. Por eso es por demás injusto medir con las normas de hoy los hechos del pasado. Se ha dicho que los españoles cometieron cruel-

dades innúmeras con los indígenas primero y con los insurgentes después. Si nuestros antepasados clavaron en una pica a Caupolicán, y si ataron a un poste, abriéndole las entrañas, a Tupac Amaru, no hacían más que aplicar las penalidades entonces vigentes. En las postrimerías del siglo XVIII, Damiens murió en el cadalso de modo análogo, además de haber vivido dos horas atormentado, por haber hecho un leve rasguño al monarca francés.

Hoy, como antes, el Estado tiene derecho a castigar, pero repetimos que es preciso que investiguemos el porqué.

Cuanto hemos de decir más tarde sobre las escuelas penales explica las razones del castigo, ya que las tendencias relativas no conciben más que penas finalistas. Cuando el Estado impone una sanción, canaliza así los instintos ancestrales del hombre: la retribución, la venganza y el sadismo.

El psicoanálisis nos ha dado mucha luz sobre estos temas. Nos ha enseñado que venganza y represión son formas tan distintas que hasta el destinatario es diverso. Reprimimos el delito porque la impunidad incita a nuestro *ello* a rebelarse contra el control del *super yo*. Esta instancia anímica no se ha formado sino a expensas de grandes dolores: los instintos trataban de brotar del *ello* y vencer a la conciencia. Así, por introyección del padre se ha ido formando el *super yo* del hombre. De todos es sabido que padre y autoridad se identifican para los psicoanalistas. Si un crimen quedara impune, la autoridad podía ser burlada, y al ver nuestro *ello* que alguien lo ha podido hacer impunemente, desde nuestra inconsciencia trataría de imitar el mal ejemplo. El castigo sirve de refuerzo a nuestro *super yo*, y por eso la pena es difícil que desaparezca mientras no tome otro rumbo la vida. Esperemos, como he de decir al final de este estudio filosófico, que así ocurra.

La venganza se proyecta contra el criminal, y no han añadido nada los exploradores de psicología profunda a la vieja concepción. Pero en cambio, sí interesa subrayar que la pena es la compensación de la renuncia al sadismo. El hombre de antaño satisfacía su instinto de crueldad con mil espectáculos cotidianos. Al de hoy apenas si le quedan algunas diversiones, como las corridas de toros, el boxeo, las peleas de gallos y el castigo de los delincuentes.

Todos estos instintos ancestrales han canalizado el derecho de penar.

La pura tesis, es decir, la afirmación de esa facultad punitiva del Estado, se representa por la vieja descarga sin medida y sin fin. Ese es el supremo derecho. Cuando surge el *talión*, el puro

derecho subjetivo empieza a tener limitaciones objetivas. Esta *tesis*, que la moderna filosofía ha transformado en *síntesis*, según después veremos, tiene una robusta *antítesis*. No todos admiten que el Estado tenga derecho a castigar. El *ius puniendi* tiene sus negadores.

### 23 - ANTÍTESIS

Han sido los anarquistas puros quienes, al negar el Estado, repudian toda autoridad, todo juez y toda pena. Pero antes que ellos, aunque destaque también el hondo sabor de comunismo libertario, hay precursores para quienes el Estado y la pena no debieran existir.

Contursi Lisi afirma que Tomás Moro y Tomaso Campanella, en la *Utopía* y en *La ciudad del sol*, respectivamente, negaban el derecho de penar. Ciertamente esas Utopías del Renacimiento, a las que hay que añadir *La nueva Atlántida*, de Francis Bacon, tienen como fondo ese comunismo libertario a que acabamos de aludir. Pero no es menos exacto que la pena subsistía en ambas y con inusitada dureza. Así, vemos en la obra de Moro que para hacer más despreciables las riquezas, colgaban “a cuantos han sido infamados por la comisión de algún crimen” zarcillos de oro y les adornaban los dedos con anillos del mismo metal, rodeándoles la garganta con collares áureos y ciñéndoles coronas en la frente. Más tarde, al hablar del trato carnal de las mujeres antes del matrimonio, se decía que el padre y la madre “en cuya casa se cometía el delito, quedaban “infamados” por no haberlo vigilado con la necesaria diligencia”. El adulterio se castiga “con la más dura esclavitud”, y al reincidente se le aplica la pena capital. En la *Utopía*, “ninguna ley fija para los demás delitos determinada pena, sino que el Senado la establece, más o menos grave, según la naturaleza de aquéllos... Casi todos los crímenes graves se penan con la esclavitud, castigo que consideran más temible para el delincuente y ventajoso para el Estado que el apresurarse a dar muerte al reo... Mas a los condenados que se muestran rebeldes o recalcitrantes, los matan como a bestias indómitas, incapaces de ser cohibidos con cárceles ni cadenas”.

No menos dura es la penalidad que se aplica en la famosa imaginaria *Ciudad del sol*, de Campanella. Allí figuran como penas el destierro, los azotes, el deshonor, la privación de la mesa común, la prohibición de asistir al templo y la abstención del comercio carnal, pero “cuando el hecho culpable es injurioso, se castiga con la

muerte. Si la culpa ha sido voluntaria y reflexiva, se paga (según la pena de talión), ojo por ojo, nariz por nariz y diente por diente, etcétera. Ésta se ejecuta por manos del pueblo, que mata al delincuente o le apedrea. Se precisa que, convencido el reo, acepte su muerte y elija el medio de ejecutarla. "Mas si el delito cometido va contra la libertad de la República, contra Dios o contra los magistrados supremos, entonces se cumple sin compasión."

Basta con lo transcrito para demostrar cuán precipitada ha sido la afirmación de Contursi Lisi. Uno de mis discípulos más queridos, Francisco Blasco, ha compuesto en el exilio un interesante trabajo sobre el Derecho penal en la *Utopía* de Moro que hace años vió la luz.

En cambio, si debemos recordar que un grupo de protestantes alemanes, los originarios, profesaban el comunismo, y para ellos toda pena debía quedar proscripta.

Dejando este remoto precedente, volvamos al anarquismo, en el que se vincula por derecho propio la absoluta negación del derecho de penar. Así, el anarquista naturista Bruno Wilde repugna todo castigo, y si en el régimen por él soñado surge un crimen, mejor es que el propio pueblo reaccione con lo que se ha dado en llamar "ley de Lynch", que sostener policías, magistrados y verdugos. Emilio Girardin niega la legitimidad de la pena, y, sobre todo, la estigmatiza por inútil, y Luis Molinari dedica su famosa obra a los que sufren las penas del infierno, diciendo que el delito es una "vana sombra".

Vamos a referirnos ahora a dos grandes escritores contemporáneos, dos literatos de máximo valor: León Tolstoy y Anatole France.

El famoso aristócrata ruso, que renuncia a las pompas y vanidades del mundo, ha negado el derecho a imponer penas en sus famosas obras *La guerra ruso-japonesa*, *La sonata a Kreutzer* y *Resurrección*. El gran penalista español don Pedro Dorado Montero ha hecho un estudio sagacísimo del Derecho penal en esta última novela tolstoiana. Se pronuncia Tolstoy contra los jueces y las cárceles, y no sólo adopta posiciones negativas, sino que busca solución al arduo problema. Lo halla en las enseñanzas del Evangelio, en el perdón, y por eso se ha denominado al conde ruso anarquista-cristiano. Un viejecito pasa fugazmente por la novela y encuentra al príncipe Nihendoff, protagonista de *Resurrección*, en el que el propio Tolstoy está simbolizado, primero en una barca y después en la cárcel. Este anciano vendedor de Biblias contesta al príncipe, cuando éste le pregunta qué hacer con los delincuentes, que hemos

de imitar a Cristo y perdonarlos, no siete veces, sino setenta veces siete, y añade al final: "Sólo Dios sabe castigar. Nosotros no sabemos."

Anatole France, mucho más irónico y desconcertante que Tolstoy, ha sembrado sus concepciones sobre la pena en sus maravillosas obras: *Opiniones de Jerónimo Coignard*, *Crainquebille*, *El jardín de Epicuro* y *El lirio rojo*. Mariano Ruiz Funes ha estudiado en una obra interesantísima las ideas penales de Anatole France, al igual que Dorado Montero analizó las de Tolstoy, y también lo hizo el Profesor de Jarkof, Chelchof Bebutof. La breve historia de *Crainquebille* es a este respecto ejemplar. Es Craiquebille un modesto vendedor de verduras, que transita por París con su carro. En un atasco de la circulación es amonestado por un vigilante, y como Craiquebille trata de explicarse, es conducido a la Comisaría y después ante los jueces. Éstos no hubiesen tenido motivo para penarle si el guardia no hubiera repetido lo que ya en la calle afirmó como resumen de lo que, como "frase litúrgica", creyó que expresaba la protesta del vendedor ambulante: "Es que me ha llamado 'Mort aux vaches'." Craiquebille se queda otra vez absorto; él no había dirigido insulto alguno al representante de la autoridad, y cuando quiere así explicarlo, el juez le ordena callar y es condenado al fin. Craiquebille sale de la cárcel y reanuda su trabajo, pero la "opinión pública le señala por haber estado en la prisión y sus clientes le abandonan". Craiquebille, "desmoralizado", bebe. Llega a la mayor miseria; y un día de invierno en que, hambriento y helado, recorre las calles, se acuerda de que en la cárcel al menos tenía techo y pan. Había un vigilante cerca de él; se aproxima, y para poder hallar alimento y vivienda en la prisión, le llama: "Mort aux vaches!" Pero este gendarme era un hombre comprensivo y mira a Craiquebille con lástima, y en vez de conducirlo a la Comisaría, como desea el protagonista, se encoge de hombros con desdén magnánimo. El desconcierto de Craiquebille es mayúsculo. Por no llamar a un agente de la autoridad "Mort aux vaches", le encierran en la prisión, y por llamárselo realmente, no le detienen.

Como Tolstoy, llega Anatole France a fundar la justicia en la piedad, y con tono menos dramático y más irónico, escribe así: "Cuanto más pienso en la vida humana, más me persuado de que conviene darle por testigos la ironía y la piedad, como los egipcios invocaban en favor de sus muertos a la diosa Isis y a la diosa Neftys; la ironía y la piedad son dos buenas consejeras: la una, sonriendo, nos hace la vida amable. La otra, llorando, nos la hace



sagrada. No se burla del amor ni de la belleza; es dulce y bondadosa. Su risa calma los dolores, y ella es la que nos enseña a mofarnos de los malos y de los imbéciles, a quienes, sin ella, pudiéramos tener la debilidad de despreciar.”

No todos los anarquistas han sido tan radicales. Algunos, como Hamond y como Kropotkin, definen el delito y consienten ciertas penalidades.

Ya en la esfera de los penalistas, no han faltado negadores del castigo. Recordemos a Goldenweiser, que desde el título de la obra revela su pensamiento: *El crimen como pena, la pena como crimen*. También Vargha se pronuncia en contra de la “servidumbre penal”.

Solovief y luego Dorado Montero repudian el Derecho penal vigente y la pena como sufrimiento. Pero ya no pueden citarse como enemigos de la intervención estatal en la delincuencia. No son, pues, negadores del Derecho penal, sino artífices de la auténtica síntesis, a que ahora nos referiremos.

#### 24 - SÍNTESIS

En cuanto la filosofía pone mano en el Derecho penal, la tesis se convierte en auténtica síntesis. Las teorías sobre el fundamento del Derecho de penar, surgen y aparecen las doctrinas absolutas, que penan al hombre porque ha delinquido; las relativas, que procuran que no delinca; y las mixtas, en que se trata de conciliar la utilidad y la justicia.

No podríamos ocuparnos ahora de esclarecer esas teorías que Bauer clasificó. Por lo demás, sería una tarea inútil porque han sido superadas en su estructura sistemática. Lo único que nos interesa es decir que la síntesis se logra cuando, tras pasado el criterio expiacionista y retributivo, se llega al que Dorado denomina “Derecho protector de los criminales”. A la síntesis pertenece la historia de las escuelas, pero no sólo tratan de esclarecer el fundamento del Derecho de penar, sino que se ocupan, en la más amplia acepción, de la teoría del delito y de la pena.

#### 25 - ESCUELA CLÁSICA

Este nombre fué adjudicado por Enrique Ferri con un sentido peyorativo, que no tiene en realidad la expresión “clasicismo”, y

que es, más bien, lo consagrado, lo ilustre. Ferri quiso significar con este título lo viejo y lo caduco. En verdad, dentro de la Escuela clásica hay muchas variedades; así, por ejemplo, en la teoría de la retribución y de la prevención, no hubo en su época similitud alguna. Pero cuando el positivismo concibió al hombre y al delito como objeto natural de la indagación, las muy diversas escuelas que existían pudieron ser unificadas por contraste.

## 26 - SUS CARACTERES

La Escuela clásica ofrece estos caracteres comunes:

a) Método lógico-abstracto, puesto que el Derecho penal, por ser Derecho, había de trabajarse con esa metodología.

b) Imputabilidad basada sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral: Carrara dijo ya que no podía concebirse el Derecho penal sino construido sobre esas bases.

c) El delito como ente jurídico, ya que para los clásicos la acción delictiva no es un "ente de hecho", sino el concepto jurídico del que, según Carrara, se derivan todas las consecuencias de su sistema de Derecho penal.

d) La pena se concibe por los clásicos como un mal y como un medio de tutela jurídica.

Cierto que entre los penalistas de aquellas épocas hay algunos que no creen en el libre albedrío o que asignan a la pena un fin de defensa. Por eso, a Romagnosi, Feuerbach y Bentham se les ha llamado padres del positivismo.

## 27 - SUS VARIEDADES

Sus variedades podrían esquematizarse así:

### a) *Teorías morales*

a') Contrato social (Grocio, Rousseau, Hobbes, Fichte).

b') Retribución:

a") Divina (Jarcke, Bekker, Stahl, Rosmini y Brun).

b") Vindicativa (Dhüning).

c") Expiatoria (Kohler: purificación por el dolor).

d") Moral (Kant: talión).

- e") Estética (Leibniz, Herbart, Geyer. El segundo dijo: La ley de la justicia no es una ley de la conducta, sino un criterio del juicio sobre la conducta misma).
- f") Jurídica (Hegel le da dirección dialéctica y le siguen: Abegg, Köstlin y Berner. Pessina y Birkmeyer son también secuaces de la retribución).
- c') Resarcimiento (Welker dice que la pena es resarcimiento intelectual).
- d') Transformación del Derecho a la obediencia (Binding).

b) *Teorías utilitarias.*

Son sus precursores Platón y Aristóteles con su medicina en virtud de contrarios, así como Beccaría. Luego presenta estas formas:

- a') Prevención general:
  - a") Por intimidación (Gmlin y Filangieri).
  - b") Por coacción psíquica (Feuerbach, Impallomeni).
  - c") Por advertencia (Bauer)
  - d") Por defensa (Romagnosi, Bentham, Schulze).
- b') Prevención especial por intimidación (Grolmann).
- c') Prevención general y especial (Janka y Liszt).

c) *Teorías eclécticas.*

- a') Eclecticismo francés (Rossi dice que la ley moral es la fuente, y la medida, la utilidad; Ortolan, Trebutien, Haus, Pacheco).
- b') Eclecticismo italiano (Carmignani: utilidad y justicia; Carrara: necesidad y justicia).
- c') Eclecticismo alemán (Mittermaier, Mayer).

## CAPÍTULO V

### LA ESCUELA POSITIVA

28 - LO QUE FUÉ

#### *a) Lombroso y los fundadores del positivismo*

Antes de dar comienzo a la exposición y crítica<sup>1</sup> de la llamada Escuela positiva, nos importa subrayar que no vamos a reducirla a la mera narración de sus principios y consecuencias, como pudiera hacerlo el profesor en cátedra para un conjunto de alumnos que cursan la carrera de Derecho. Como hemos dicho, pensamos desarrollar nuestra disciplina conforme al principio liberal que la caracteriza y que, asentado de un nuevo modo, es el núcleo rector de nuestros pensamientos. De aquí que, al hablar de la Escuela positivista, no reduzcamos nuestra misión a la del mero expositor, sino que carguemos el acento crítico al hablar de una tendencia que vivió apasionadamente medio siglo, que fulguró con inusitado esplendor y que hoy está en su más extremo otoño. César Lombroso, médico hebreo de origen español, quiso aplicar el método experimental al estudio de la demencia y trató de encontrar las notas diferenciales, para que fuese más fácil el peritaje médico, entre el delincuente y el loco. Mas, a medida que el genial israelita avanzaba en sus estudios y observaciones, los resultados eran contrarios a los que él esperó: lo que parecía dibujarse indeleblemente no era la distinción entre el loco y el criminal, sino su parecido, a virtud de la semejanza que ambos tenían con un tercer término que Prichard bautizó con la denominación de *moral insanity*.

No llegó Lombroso a obtener consecuencias sino de un modo paulatino, aunque las explicaciones le vengan, como él ha dicho, en verdaderas *ondate*. Había recogido datos sobre los cráneos y mandíbulas, arcos cjomáticos y fosas oculares, medidas de la braza y de la altura, sinostosis prematuras, etc., etc., sin saber por qué eran

esos estigmas más frecuentes en el hombre delincuente que en el honrado. Pero un día, hacia el año 1870, haciendo la autopsia del bandido Vilella, encuentra en su cráneo la que él denominó "foseta occipital media" y que es rarísimo encontrar en el hombre, siendo, en cambio, frecuente en los animales inferiores como los peces. No volvió a hallar Lombroso la dicha foseta, o, al menos, no la encontró en tal medida, a lo largo de sus geniales experiencias; pero entonces le bastó para ver, como en un chispazo súbito, la interpretación de todas aquellas anomalías somáticas halladas en los criminales.<sup>1</sup> En realidad, el hombre delincuente reproducía al salvaje, en verdadero atavismo que a veces se remontaba, en la escala zoológica, a los seres prehumanos.

En 1876 publica su famoso libro *El hombre delincuente*, pequeño opúsculo al principio y que se transforma, en virtud de sucesivas ediciones, en una obra de tres tomos y un atlas. Al mediar la composición de la estampa segunda se produce en Italia el crimen del soldado Misdea, que, en un raptó epiléptico, dió muerte a varias personas. Lombroso perfila su etiología de la delincuencia con las explicaciones epilépticas y al fin llega a una compleja constelación de causas que Paul Näke, conocido antropólogo criminalista alemán, concreta así: "El delincuente nato es idéntico al loco moral, con base epiléptica, explicable por atavismo y con un tipo físico y psicológico especial."

César Lombroso había creado la Antropología criminal. Hacia el año 1878 se aproxima a él Enrique Ferri y poco después Rafael Garófalo. Era el primero un joven abogado que se paseaba por las orillas del Arno para hacerse orador como Demóstenes. La Sociología, que entonces empezaba a brillar, sedújole, y dió, a la que había de denominarse Escuela positiva, la tendencia sociológica que el propio Lombroso hubo de aceptar, junto a la predominante antropológica, en el tercer volumen de la definitiva edición de *El hombre delincuente*. Rafael Garófalo era juez y barón; es decir, per-

<sup>1</sup> Es curioso señalar que en el examen de los restos de Francisco Pizarro encontraron los doctores José de los Ríos y Manuel A. Muñoz, el 29 de junio de 1891, al estudiar el cráneo, "la existencia perfectamente distinta de la fosita occipital media de Lombroso, profunda y bien limitada" (vid. Guillermo Fernández Dávila, *El asesinato de Francisco Pizarro, Estudio histórico y médico-legal*, Lima, Imp. Luz, 1945, pág. 77). No podemos menos de comentar este inusitado hallazgo. Pizarro era un hombre sin cultura, e incluso analfabeto, pero por eso mismo, por no tener la posible compensación de un hombre de letras, destaca su maravillosa organización cerebral, que no es, en verdad, la atávica estructura del delincuente nato.

tenecía a la clase atacada por el positivismo criminológico: ejercía la justicia que Lombroso y Ferri criticaban y ello fué muy significativo para una posible síntesis que no se realizó y a la que ahora aludiremos.

### *b) Significado de la Escuela positiva*

Fué en verdad una verdadera revolución. El delincuente y el delito no habían sido estudiados, hasta que Lombroso iluminara el aspecto causal explicativo, más que como entidades jurídicas. Por eso, la Escuela positiva fué al principio ardoroso ataque, como lo son todos los revolucionarios que tratan de destruir. Pero toda revolución, si no degenera en catéresis, tiene que llegar a la síntesis. Tal vez ésta pudiera haberse cumplido con Garófalo, juez y barón, según hemos dicho, que, quiérase o no, representaba la contrarrevolución. Por eso, su sistema penal es duro, y su concepción del delito, del "delito natural", en vez de partir de los hechos, como tenía que haberlo practicado un buen positivista, se deduce del análisis de los sentimientos. Repitamos que Garófalo pudo haber logrado la síntesis con su concepción del delito natural y con la temibilidad, que pudo y debió ser, como él dijo, un criterio positivo del Derecho penal. A la postre, y al cabo de los años, Garófalo volvió, en la senectud, a las concepciones de que saliera y se hizo fascista y reaccionario.

La revolución, en la época en que esplendía, tuvo sus evangelistas: Lombroso, Ferri y Garófalo, y acaso hubiera podido tener un cuarto, para que la comparación fuese así más exacta: Fioretti, que se suicidó en su magnífica biblioteca, desesperado por la muerte de su padre.

### *c) Unidad y variedad*

La Escuela clásica, en la diversidad en que la vemos dividida al final del pasado capítulo, era eminentemente nacional; por eso se dispersó en tendencias en cada país. El positivismo, mejor recibido fuera que en la propia Italia, aspiraba a ser internacional, como todas las ciencias naturales, y ésta fué la causa de que sus jefes, a pesar de las discrepancias internas, apareciesen como unidos y la Escuela positiva como un bloque homogéneo.

Sin embargo, fueron muchas sus variedades, sobre todo al tomar tierra en otros pueblos. Con Lacassagne surgió la "Escuela de Lyon", que, tomando el ejemplo de la Medicina, cree que no basta el medio

sino que se precisa en el delincuente proclividad al crimen. En Alemania, la Escuela de Liszt, llamada "joven escuela" o "escuela sociológica", echa agua al vino positivista y procura suavizar las más puntiagudas ideas expuestas en Italia: niega el tipo delincuente y la responsabilidad social y acaba en un político-criminalismo que será estudiado en el capítulo próximo.

#### *d) Ramas en que se dividió*

Mas, incluso dentro de la ortodoxia positiva, hay direcciones muy diferentes, que luego habrían de crear ciencias distintas. El propio Ferri, en su *Sociología criminal*, clasifica la explicación del delito conforme a las teorías de los que de él se ocuparon, y frente a las tesis de Albrecht y Durkheim, que creyeron en la normalidad del delincuente, figuran las muy numerosas explicaciones de la anormalidad como causa del delito, que forma tres series: la de la anormalidad biológica, la de la anormalidad social y la de la biológico-social, de la que Ferri se atribuye el invento.

En suma: podríamos distinguir una tendencia antropológica, que evalúa de un modo primordial el factor endógeno; otra, sociológica, que da más importancia a los factores exógenos del ambiente físico y social; y, por último, una moderna concepción dinámica biológico-criminal que, en última instancia, constituiría, como ciencia de síntesis, la Criminología.

#### 29 - CARACTERES

A pesar de estas variedades, puede decirse, como hemos dicho de la Escuela clásica, que el positivismo está caracterizado por estos principios enteramente opuestos a los que distinguían a los clásicos:

a) Método experimental. Si el delincuente es un hombre y a él hay que atender, y el delito un producto de factores, para su estudio y para el hallazgo de remedios puede y debe emplearse ese método y no el lógico-abstracto.

b) Responsabilidad social, derivada del determinismo y temibilidad del delincuente. Enrique Ferri dedicó su tesis doctoral a la negación del libre albedrío, y como determinista, tuvo que basar la responsabilidad en un hecho meramente objetivo: vivir en sociedad. Antes, por Garófalo, y luego por positivistas disidentes, se han inten-

tado fundar la responsabilidad en el estado peligroso del delincuente.

c) El delito, para los positivistas, es un fenómeno natural y social producido por el hombre.

d) Y la pena no debe ser un castigo, sino un medio de defensa social.

Nos interesa sobre todo señalar que la denominada responsabilidad social fué el más grande error de Ferri, y que la impuso sobre las concepciones garofalianas. En la "temibilidad" de Garófalo, que ahora se denomina "estado peligroso" o "peligrosidad" del delincuente, hubieran encontrado los positivistas base más sólida para la responsabilidad, que, ligando el acto con un proceso psíquico-físico, no hubiese dejado caer la responsabilidad criminal en una concepción meramente objetiva, tan injusta como difícil de plasmar en las leyes.

### 30 - BASES FILOSÓFICAS Y BIOLÓGICAS DEL POSITIVISMO

Filosóficamente, aparece la Escuela positiva como una reacción contra el excesivo individualismo y, a través de las evoluciones de Ferri, llega a encontrar en la doctrina socialista su fundamento político-social.

En el plano metafísico halla su base en la doctrina de Comte, y hasta el nombre de positivismo arranca de la "Filosofía positivista", que el famoso autor puso en boga.

Biológicamente considerada, la Escuela criminológica italiana halló sustentación en las teorías evolucionistas que creó Darwin y que Lamarck y Häkel elevaron a imponente sistema. Cuando, como veremos en seguida, Enrique Ferri trata de salvar su positivismo congraciándose con las escuelas espiritualistas imperantes, tuérce el gesto ante las imputaciones de que su doctrina se basaba en las ideas de la evolución. Pero es lo cierto que en la parte tercera de la *Criminología* de Garófalo, consagrada a la "represión", leemos, como lema, el párrafo en que Darwin nos dice en qué consiste la selección natural.

Las explicaciones que Lombroso dió del hombre delincuente, creyendo que la herencia retrotraía a los primitivos seres humanos, responden a los puntos de vista imperantes entonces y que en parte han sido después revisados.



## 31 - LO QUE PUDO SER

Cuando en 1923 fuimos a Buenos Aires, por requerimiento de la Facultad de Derecho, creímos ver, sin comulgar con el positivismo, que podía hablarse de una tendencia "neo-positivista", fundada en las nuevas concepciones biológicas y en el sesgo que tomaba la Filosofía en el mundo. Juan P. Ramos, con razón que hoy se apercibe, negó que un neo-positivismo se instalara en el mundo.

Nos fundábamos para ello en que las bases filosóficas de aquella escuela estaban derruidas. Nadie sustenta ya concepciones positivistas en Filosofía, en Sociología ni en Psicología. Es más: el neo-espiritualismo activista de Gentile, que había de ser la filosofía del fascismo, daba golpes terribles sobre los positivistas, y éstos respondían, humildemente, elogiando la nueva tendencia del espiritualismo y diciendo, por boca de Ferri y de Santoro, que el neo-idealismo activista llegaba a iguales conclusiones que el positivismo.

El giro ferriano había de ser en política aun más sorprendente: después de haber sido socialista y de haber dirigido el "Avanti", el famoso orador y sociólogo inclinó su rodilla septuagenaria ante el fascismo, deseoso de llegar a los bancos del Senado.

El positivismo, conforme hemos dicho en el capítulo II (10 b), queda reducido, en las últimas evoluciones ferrianas, al método llamado "galileano" para huir incluso de toda la terminología de los tiempos de oro.

## 32 - LAS NUEVAS CONCEPCIONES BIOLÓGICAS

Las leyes de la herencia mendeliana, la Endocrinología, el Psicoanálisis, la Psicología de la forma y de la personalidad, etcétera, fueron totalmente ignoradas por Ferri cuando preparó la última edición de su *Sociología criminal*. Si en vez de componer notas esporádicas y de tipo analítico hubiera renovado las bases de su concepción bio-sociológica, tal vez nosotros no nos hubiésemos equivocado al predecir un neo-positivismo. Pero éste se frustra *non-nato* porque los partidarios del positivismo italiano no se dedican a estudiar estas nuevas ideas, que en Biología van asentándose, y se contentan con vivir de lo de antaño. Lo acredita la quinta edición

de la *Sociología criminal*, publicada al cuidado de Arturo Santoro, después de muerto su autor.

### 33 - SESGO JURÍDICO

Tras de haber abominado del Derecho y de haber creído que las normas jurídicas sólo serían, a lo sumo, un capítulo de la Sociología criminal, los propios positivistas dedican al Derecho penal sus postreros entusiasmos. Es cierto que ya Puglia tituló *Derecho represivo* su conocida obra, y que Florián hizo, con otros colaboradores, su gran *Tratado de Derecho penal*. El propio Ferri se dedicó en sus últimos años a escribir una obra de Derecho que recibió el título de *Principios de Derecho criminal*. Su discípulo preferido, Felipe Grispigni, es aun más extremoso en su sesgo jurídico. Su *Curso de Derecho penal* es una obra de rígida Dogmática, y su *Introducción a la Sociología criminal*, en vez de seguir los rumbos del maestro, se pierde en logicismos.

Pero donde culmina la posición jurídica de los positivistas es en el muy conocido Proyecto de Código penal que se compuso para Italia en 1921, por una comisión que Enrique Ferri presidió y en la que sólo figuraban positivistas. Bien es cierto que, como las genuinas concepciones del positivismo criminológico italiano eran irreductibles a normas jurídicas, el proyecto, tan difundido en Hispano-América, es una terminante renuncia de las ideas positivistas que, en su tiempo, tomaron el aspecto de una revolución.

### 34 - LO QUE EL POSITIVISMO HA SIDO EN AMÉRICA

Ya hemos confesado en el tercer tomo de *El Criminalista* el error cometido al prologar la edición argentina de la obra de Gina Lombroso sobre su padre. Hubimos de pensar antes de ahora que la expansión del positivismo en América no se explicaba, como pudo hacerse la del krausismo en España. La teoría de Krause dejó de ser una doctrina filosófica puramente especialista para transformarse, en la Península Ibérica, en un modo de conducta, en base política y social, en suma, en la verdadera *Weltauschauung* de los hombres españoles de aquel tiempo. Nosotros creímos que no había acontecido lo mismo con la tendencia positivista, y nos engañamos de medio a medio. Lo que en España fué el krausismo para los espa-

ñoles revolucionarios, lo fué el positivismo para las clases constructoras en Hispano-América durante la última mitad del siglo pasado. Alejandro Korn, en la República Argentina, ha estudiado la evolución de las ideas filosóficas y ha abierto nuestros ojos al respecto. En Méjico ha señalado, a su vez, Leopoldo Zea, en un libro publicado en 1943, el influjo del positivismo en aquel país. Su nacimiento fué eminentemente político: la "Oración cívica" de Gabino Barreda, del 16 de septiembre de 1867, en Guanajuato. Después, llamado por Juárez, redactó el propio Barreda, con aquellas ideas, la reorganización educativa. Había traído el positivismo de París, y la burguesía mejicana se apropió de él para crear el ideario de su clase y conciliarlo con el liberalismo, aunque éste bien pronto lo combatió, cuando los burgueses mejicanos se alían con clericales y conservadores. Mas es el caso que el positivismo se había hecho teoría de la clase burguesa, y con otro tono también defiende la propiedad privada y el catolicismo contra los jacobinos, así como la libertad individual.

Uno de los discípulos de Barreda fué Miguel S. Macedo, penalista insigne. Para todos los positivistas burgueses mejicanos la gran aspiración fué "el orden y la paz", que se lograría por la uniformidad de las mentes. El porfirismo viene a dar realidad a las ideas positivistas, aunque esa realidad no sea más que una sombra de los ideales, según confiesan los propios partidarios del positivismo en Méjico.

*Esta estructura conservadora, incluso católica e individualista, que toma en Méjico el positivismo, explica que su Código, en el fondo positivista —porque esa era la cultura que los iuspenalistas mejicanos habían recibido—, niegue inspirarse en tal corriente, aunque se acepten sus postulados esenciales, y busca otra teoría más nueva —el pragmatismo—, aunque esté ausente de prestigio y hasta de seguidores.*

Al nacionalizarse la corriente positivista en cada uno de estos países de Ibero-América y formar el pensamiento de las clases dirigentes, se adapta, como es lógico, a las necesidades de cada nación hispanoamericana, y a veces a la personalidad de sus defensores. Así como se hace burgués en Méjico, se hace católico en Colombia, donde Escallón habla de una escuela católico-positivista, y en Chile se convierte en ameno y discursivo por lógica exigencia de quien allí lo personifica.

En casi todas partes los positivistas se hacen —valga la frase— escolásticos y citan a Ferri y a Garófalo como podían invocar los

nombres de Carrara o de Berner. No investigan la realidad delincente, ni estudian las características del criminal ni las causas del delito. Sólo citan lo que hicieron, hace sesenta años, aquellos revolucionarios en su tiempo.

Acaso es en la Argentina donde realmente se conserva un positivismo más conforme a la primera hora, y que no renuncia ni a su carácter combativo ni a su aspecto revolucionario. Eusebio Gómez es, al respecto, ejemplo de noble fidelidad y de inteligencia luchadora.

### 35 - LO QUE QUEDA DEL POSITIVISMO

No podríamos terminar esta exposición crítica del positivismo sin hablar de lo que queda. Se explica que un combatiente, por estar apasionado, adopte la más extrema posición y diga que nada resta de aquella antigua escuela que tanto esplendor tuvo. Mas la verdad es que para hacer un balance justo tendremos que ceder el paso al razonamiento, abandonando la pasión.

Lo primero que nos parece indispensable es distinguir a Lombroso de la denominada Escuela positiva. Ciertamente que el gran creador de la Antropología criminal llegó a envanecerse de ser jefe de escuela y que la defendió con denuedo. Pero Lombroso, según hemos visto, lo que hace es crear una ciencia denominada por él Antropología criminal, que no es otra cosa que una disciplina causal-explicativa de la criminalidad. El positivismo se crea, realmente, por Ferri y también por Garófalo y se sustenta por el gran abogado y orador. Funda una revista con el título de *La Scuola Positiva*, bien distinta del *Archivio de Antropologia Criminale*, que Lombroso creó y que se ha estado publicando hasta hace poco, dirigido por Mario Carrara.

Una vez que hemos abandonado el gesto pasional y distinguimos a Lombroso del positivismo, hagamos cuenta con éste:

a) Paralizó el Derecho penal, porque al mezclar una ciencia causal-explicativa, cual es la Criminología, con una ciencia cultural y normativa, que es el Derecho, produjo un resultado híbrido que tenía que ser por esto infecundo. Aplicar el método experimental a las normas jurídicas, abominando de lo jurídico, como Ferri quiso, era tan imposible como discurrir sobre pulmonía sin ver un enfermo.

Tan cierto es lo dicho, que los italianos, saturados de positivismo, que habían renunciado a la Dogmática y que sólo se dedicaban a la crítica, tuvieron que volver sus ojos hacia Alemania, donde siempre se hizo Derecho penal liberado del influjo del positivismo,

cuando quisieron escribir realmente sobre nuestra disciplina normativa, cultural y sancionadora. Los libros de los modernos penalistas italianos están todos plagados de citas alemanas.

b) Aunque parezca paradoja, retrasó al mismo tiempo el progreso de la Criminología por esa confusión e hibridez. Al igual que hemos dicho al hablar del Derecho penal, en la propia Italia los últimos estudios de Criminología son de bajo estilo, teniendo que acudir a los nombres de Lenz y Mezger, austriaco y alemán, respectivamente, para encontrar trabajos de verdadera enjundia en la materia. Y ahora a los de Exner von Hentig y Seelig.

c) Como hemos señalado, cae en escolasticismo, al renunciar a sus investigaciones primigenias y dedicarse a la cita de los viejos autores.

d) Así, se hace tímido y borroso, y finalmente, traidor, cuando Ferri lo afilia al fascismo, afirmando que éste había hecho por el positivismo, en pocos años, más que el régimen liberal en varias décadas.

e) Impuso la crítica y el deseo de reforma, puesto que los códigos no habían podido realizar el positivismo, porque, como hemos afirmado, éste es irreductible a normas jurídicas. Por eso presenciamos, especialmente en Ibero-América, el espectáculo de ver cambiar los códigos sin que realicen sus misión, malográndose al igual que los seres humanos que mueren jóvenes.

f) Al suplantarse la Dogmática con la crítica y la reforma, degradan la calidad de la Ley y la ponen al mismo nivel que las opiniones de los autores. Esto explica que muchas de las sentencias hispanoamericanas vayan plagadas de citas doctrinales junto a los artículos de la ley invocada, olvidando —como Soler escribe— que la peor ley es más imperativa que el mejor “Tratado”.

No todo ha de ser un balance peyorativo para la Escuela positiva. Podemos apuntarle estas dos ventajas:

a) Como toda ley tiene una base fáctica, al descubrir nuevos hechos se ha ampliado el contenido del Derecho con nuevas experiencias. El positivismo atacó el formalismo excesivo de las normas de Derecho, llenándolas de realidad. Cierto que ha sido la Política criminal y no la Escuela positiva quien ha adaptado esos hechos a la posibilidad jurídica; pero su observación corresponde a la Criminología.

b) El principal mérito de Lombroso, más que de los positivistas *sensu stricto*, fué crear una ciencia inédita hasta entonces. Una ciencia causal-explicativa del fenómeno de la criminalidad, que

hasta que él la captó, sólo era capaz de crear conceptos de Derecho en los que el delito era un ente jurídico y el delincuente sujeto del acto, como en Derecho civil lo es del contrato o del testamento.

Esta ciencia nueva, el día en que no hagamos valoraciones —desvalorizaciones, más bien— sobre la conducta criminal, reemplazará al Derecho punitivo. Repetimos lo que tantas veces hemos dicho, con indignación de algunos “juristas”: “La Criminología se tragará al Derecho penal.” (Vid. el desarrollo de esta idea, *infra*, cap. VII-49.)

## CAPÍTULO VI

### ESCUELAS INTERMEDIAS Y NUEVAS TENDENCIAS

#### 36 - TEORÍA CORRECCIONALISTA

La colocación de esta escuela en la sistemática ha sido por demás debatida. José Antón la sitúa entre las utilitarias. B. Alimena cree que puede ser absoluta o relativa, según se mire la enmienda en sí o como fin transcendente para la sociedad.

Se señalan ilustres precursores como Platón, que en "Protágoras", en el "Gorgias" y en "Las Leyes" habló de la enfermedad del alma y de la pena como medicina, que, en cierto modo, también deriva de las tesis aristotélicas. Por su parte, San Juan Crisóstomo y Clemente XI pretendieron corregir a los reos, y el mismo John Howard quiso transformar los presidios, para que los hombres no se corrompieran en ellos. Más próximos antecesores de la teoría correccional se hallan en Alemania: Grolmann, Henk, Abegg y Spangenberg. Y sobre todo, aparecen ceñidos al pensamiento correccional estos autores: Stelzer, que en 1811 habló de la "corrección jurídica", y Gross, que en 1829 se ocupó de la "corrección intelectual".

El camino estaba preparado para que Carlos David Augusto Roeder escribiera en 1839, y en la hermosa lengua latina, su folleto sobre la pena correccional, en el que defendía la fórmula de la "corrección moral". Harto sabido es que Roeder fué discípulo de Krause y que aplicó al Derecho penal el sistema filosófico de éste.

Extínguese en Alemania, con las bases krausistas, que apenas si tuvieron alguna importancia, la doctrina de la corrección penal, que en sus días tampoco fué muy apreciada, ya que el propio autor no logró llegar a la cátedra, extinguiendo su vida como profesor extraordinario. Pero, andando los años, renació, aunque con otro sentido, el fin de la enmienda en la pena. En el sistema finalista con objetivos plurales que von Liszt expuso, se pretendía que aquélla

intentase la "corrección civil" —y no moral— de los susceptibles de enmienda.

En Francia, doce años antes de Roeder, defendió la fórmula correccional Lucas, y más tarde, Marquet-Vasselot.

En Italia se opone Carrara a las doctrinas de Roeder, y es preciso descender hasta estos últimos años para escuchar voces que postulen la enmienda en vez del castigo. Son los recientes católicos italianos, y principalmente Vianello, quienes hablan de la "pena en favor del reo", frase que ha repetido tantas veces Dorado Montero y que ahora resuena en Italia, sin que tengan la justicia de citar su nombre.

En Norteamérica, la llamada Política penal tiene fines correccionales, y Spaulding y Smith defienden la enmienda civil como los lisztianos, y no la moral, porque alegan, con razón, que no se pueden transformar los hombres en ángeles y que no es posible pedir a los presidiados más de lo que pueden dar.

En España, puesto que hemos dicho en el pasado capítulo que el krausismo tomó un desarrollo inusitado, no es de extrañar que floreciese la teoría correccionalista con ideas originales y con extensión más grande que en la propia Alemania. Roeder fué traducido por don Francisco Giner de los Ríos, y basándose en aquellas teorías, creó nuestro gran pensador la doctrina de la "tutela penal", más eficaz y humana que las anteriores, y que, en sucesivos desenvolvimientos, originó la famosa tendencia de Dorado Montero del "Derecho protector de los criminales", a la que aludiremos al final del capítulo próximo.

### 37 - POSITIVISMO CRÍTICO

Los extremismos de la Escuela Positiva, que en la primera época subordinaron lo jurídico a lo biológico y social, fueron causa de que los juristas, desconcertados ante la negación de la independencia del Derecho punitivo, adoptaran posiciones a las que Enrique Ferri, en los mejores tiempos de su ardor combativo, llamó eclécticas. Repitamos, de pasada, que así como la Escuela clásica tuvo variadas ramas de carácter nacional y el positivismo se caracterizó por su índole internacionalista, el positivismo crítico se desarrolló en Escuelas nacionales también. Podríamos decir que ésa fué su nota típica, al ser engendrado por el positivismo internacional sobre la base nacional del respectivo clasicismo.



## 38 - "TERZA SCUOLA"

La variedad italiana del positivismo crítico fué designada con el título de *Terza scuola*, puesto que la primera era la clásica y la segunda la positiva. Sus más conocidos representantes fueron Carnevale y B. Alimena. Muerto el segundo en la más fecunda época de la vida, después de haber escrito sus geniales *Principios de Derecho criminal*, y vivo hasta hace poco el primero, que, incluso muy anciano, continuó escribiendo sobre nuestra disciplina. Las características de la *Terza scuola* fueron éstas: a) Afirmación de la personalidad del Derecho penal contra el criterio de la dependencia que propugnaba Ferri en sus primeros tiempos; b) Exclusión del tipo criminal, y c) Reforma social como deber del Estado.

En Alemania podemos hablar de una escuela tercera, constituida por Merkel, Liepmann, Oetker, etc. Conciliar la justicia y el finalismo fué el afán de estos escritores, que continúan la tradición de las escuelas mixtas, en que la justicia y la utilidad se amalgaman.

## 39 - LA POLÍTICA CRIMINAL Y SUS CARACTERES

Sería necesario, al tocar esta famosa dirección de origen y florecimiento alemanes, explicar por qué deben distinguirse dos acepciones diversas en la Política criminal. Cuando se habla de Política criminal podemos designar una disciplina o una escuela. Nos apresuramos a decir que de escuela político-criminal no han hablado los alemanes, aunque en puridad su existencia es obvia.

Acaso fuera excesivo titular una de las acepciones de la Política criminal con el desmesurado vocablo de "ciencia", como lo hicimos hace años. Una ciencia existe cuando tiene objeto y método propios, y la política, incluso la apellidada criminal, acaso no tenga un método característico ni un objeto definido. Más aun: la política y la ciencia son dos expresiones que se contradicen. Dejemos tan sólo la famosa frase Política criminal como hipótesis de trabajo o, en todo caso, como un arte de legislar, en vista de los datos de la Filosofía y de las ciencias causal-explicativas. De todos modos hemos de reconocer que Edmundo Mezger dió el nombre de *Política cri-*

*minal* a su famoso libro de *Criminología*, con cuyo último epígrafe ha aparecido la excelente traducción española. Con este significado de disciplina o de ciencia, la Política criminal ha asumido contenidos muy varios. Para unos es la prevención del delito, y como tal, tiene remotos antecedentes en el famoso libro de Beccaria, en Romagnosi, en Bentham, en Carrara y últimamente en Enrique Ferri, que crea la famosa tesis de los substitutivos penales. Pero en realidad esto es Política social y no Política criminal.

Thomsen —muy criticado por los penalistas alemanes que comentaron su libro— da a la Política criminal un contenido amplísimo: todo lo que sirve para combatir el delito, antes o después que éste surja.

En realidad, la Política criminal es un conjunto de principios fundados en la investigación científica del delito y de la eficacia de la pena, por medio de los cuales se lucha contra el crimen, valiéndose, no sólo de los medios penales, sino también de los de carácter asegurativo.

Hace muchos años que hemos dicho que la Política criminal es una disciplina dinámica. Todo lo que no es dogmática del Derecho criminal no cabe, según la acepción rigurosamente técnica, dentro del Derecho penal. Pero aquellas instituciones que aún no han sido legiferadas pertenecen a otros campos y no pueden menospreciarse por los penalistas. La disciplina que las estudia se denomina Política criminal y aspira a llevarlas a la ley. Cuando esto se cumple, la Política criminal queda henchida de nuevos aportes, hasta que a su vez éstos logren carta de naturaleza en la legislación. Y así indefinidamente.

Pero no deseamos ocuparnos aquí de la Política criminal como arte o disciplina, sino señalar tan sólo la dirección de tipo político-criminal. Dorado Montero, con su acostumbrada penetración, ya escribió que la Política criminal trataba de abolir las diferencias de Escuela; pero al hacerlo creaba en puridad una Escuela nueva. En Alemania no se denominó así la tendencia a que aludo, sino que más bien se designó la doctrina que Liszt mantenía con el título de "Joven escuela" o "Escuela sociológica". Puede decirse que ella está llena de "compromisos", y, como veremos, esa fué la causa de su éxito entre los legisladores.

Determinemos ahora sus caracteres comunes tomando como base los que ya hemos fijado al hablar de la Escuela clásica y de la positiva, teniendo en cuenta que esa Escuela de Liszt a que venimos refiriéndonos, diferenció, dentro de la por él denominada "ciencia

de conjunto del Derecho penal", el Derecho penal *sensu stricto* y la Criminología, así como otras disciplinas de menor monta:

a) La Escuela clásica proclamó el método lógico-abstracto para investigar el fenómeno penal en el ámbito del Derecho, y los positivistas defendían los métodos experimentales. La dirección político-criminal proclama la necesidad de emplear un método jurídico para indagar el contenido del Derecho positivo y el método experimental como único útil para el trabajo criminológico.

b) La imputabilidad se basó en el libre albedrío por los clásicos, y fué negada por los positivistas. La política criminal proclama la necesidad de considerar un nexo subjetivo en la responsabilidad, si bien independizándolo de la libertad moral. Los político-criminologistas reconocen la imputabilidad de los delinquentes normales y, en cambio, proclaman el estado peligroso como base de la medida que ha de tomarse sobre los delinquentes que se desvían de la norma.

c) Reconoce la política criminal que el delito es un concepto jurídico; pero como fenómeno natural, surge en la vida por impulso de factores endógenos y exógenos, y la Unión Internacional de Derecho penal, auténtico portavoz del político-criminalista, subraya el factor económico en la producción del crimen.

d) Los político-criminalistas no abjurán de la pena, aunque sí proclaman que debe tener un fin; pero ésta sólo se aplicará a los delinquentes imputables, en tanto que los peligrosos serán corregidos o inocuizados por medidas de seguridad.

Como vemos, el más caracterizado dualismo tipifica la Política criminal: métodos jurídicos de un lado, y experimentales de otro; concepción del delito como entidad jurídica y como fenómeno natural; imputabilidad y estado peligroso, y como consecuencia, penas y medidas de seguridad.

Reconozcamos que desde el punto de vista filosófico la Política criminal presenta abigarrado contenido, muy poco digno del rango de ciencia. En cambio, ese pragmatismo ha sido causa de que pudieran injertarse en las leyes las más nuevas medidas. Hoy podemos decir que desde el Código noruego de 1902 hasta los más modernos documentos, como el Código brasileño de 1940 y el Proyecto de Peco para la República Argentina, todas las legislaciones penales tienen carácter político-criminal.

## 40 - OTRAS TENDENCIAS. — NEOCLASICISMO

Con este título designó Enrique Ferri un numeroso grupo de doctrinas, entre las que se incluía la denominada Escuela técnico-jurídica. En puridad, el nombre puede ser extendido a muy variadas direcciones, aunque yo me limito a incluir tan sólo con el título de neoclásicos a autores como Lucchini, Vidal, Cuche, etc. Puede decirse que todos los escritores que mantienen posiciones clásicas hoy, no son clásicos en el viejo sentido, sino nuevos clásicos, ya que se hallan poderosamente influídos por los estudios antropológicos y sociológicos que iniciaron los positivistas. Incluso ocurre así con el Padre Jerónimo Montes, que también puede ser denominado neo-clásico.

## 41 - TENDENCIA DUALISTA

Ya hemos dicho que la denominada Política criminal es un conjunto de "compromisos" en que el dualismo se manifiesta de un modo poderoso. He aquí por qué todo buen partidario de la Política criminal puede figurar en este grupo que hemos bautizado con el epígrafe "tendencia dualista", y que hemos visto, como si fuera término de clasificación corriente, en el libro de un autor que blasona de no haber aprendido nada en las obras españolas.

Pero no sólo figuran en él, aunque esto sea paradójico, los partidarios de la Política criminal, sino incluso un enemigo de ella tan destacado y turbulento como el profesor Birkmeyer. Desde 1911, en que hizo la crítica del Anteproyecto del Código penal alemán, y más tarde, cuando se ocupó de los trabajos de Thyrén, preparatorios del Proyecto sueco, Birkmeyer lanzó la idea de que lo mejor era componer dos Códigos: el penal, de índole retributiva, y el Código preventivo, en el que debían figurar las medidas de seguridad. Cuando en 1913 se ocupaba en los trabajos preparatorios del Proyecto de Suecia, alegaba Birkmeyer que por esa senda iban a ir en lo futuro todos los legisladores. Repetimos que el viejo profesor alemán no era político-criminalista, y, sin embargo, postulaba ya la composición de dos Códigos. Más claramente aparece esta idea en el año 1922, expuesta por dos profesores que probablemente no se han influído entre sí, y que escribieron, respectivamente, en Ale-

mania e Italia. Beling compuso en su famosa obra de *Metódica de la Legislación*, páginas sumamente agudas a este respecto. Al final del libro aparece en forma articulada la idea de dividir la legislación en dos sectores: el "Código penal" y el de "seguridad". Como acabamos de decir, en la misma fecha Silvio Longhi publicó un largo estudio en que el propio título enuncia el contenido: *Per un Codice de la Prevenzione criminale*. Para estos escritores debe existir el Código penal propiamente dicho, en que se definan los delitos y se establezcan las penas, y un Código de prevención o de seguridad en que se enuncie el estado peligroso y se apliquen las medidas asegurativas.

Con un criterio muy distinto, que el tiempo nos impide exponer, hemos postulado también un criterio dualista, aunque fundado en la necesidad de separar la peligrosidad sin delito. Para este último caso es para el que debe componerse una ley especial, y así se realizó por la República Española al legislar sobre Vagos y Maleantes en agosto de 1933.

#### 42 - TEORÍA PENAL HUMANISTA

Vicente Lanza, discípulo de Impallomeni y Carnevale, escribió el año 1905 un libro por demás seductor. Allí se echaban las bases del Derecho penal humanista, que después, en 1923, se concretaron en un *Boletín*, cuyo nombre se mudó el año 1925 por el de *La Scuola Penale Umanista*.

La dirección del sentimiento es la única que vale en la conducta humana, dice Lanza. Y prosigue: todo lo que viola nuestros sentimientos morales es delito. Conforme a estos criterios delictivos, es preciso penar el suicidio y la legítima defensa, así como el estado de necesidad, y en cambio, no pueden constituir infracción punible los denominados delitos políticos. La pena sólo puede tener misión educativa, y conforme a esa finalidad hay que establecer todo el sistema de los Códigos y de las cárceles.

Esta tendencia, desenvuelta con gran elegancia por Lanza, ha tenido seguidores: Papalardo y Falchi. Este último ha escrito el año 1936 un interesantísimo libro de "Filosofía del Derecho penal", en la que la *Scuola umanista* alcanza sus máximas perfecciones.

Justo es reconocer que este esfuerzo ha tenido muy escaso eco.

## 43 - IDEALISMO ACTIVISTA

La nueva filosofía ha sido considerada en obras de Derecho penal. Así, el intuicionismo bergsonianos fué estudiado por Luis Peregó en ese aspecto, tratando de conciliarlo con el racionalismo anterior. Pero ha sido el idealismo activista el que ha tenido repercusión más extensa en nuestro campo.

Harto conocida es la respectiva dirección filosófica de Croce y de Gentile. Hubo un instante en Italia en que este neo-idealismo pareció estar llamado a grandes empresas. No es de extrañar, por tanto, que invadiera el Derecho penal con Spirito, Orestes y Maggiore. La única realidad es el espíritu. El único y verdadero fin del espíritu es obrar. No hay distinción entre responsables e irresponsables. Todos son plenamente imputables, aunque diferentemente punibles. Así pensó Maggiore, que luego toma otro rumbo. El hombre es el mismo todo, dice Spirito. Y ambos alegan que existe un auténtico derecho a la pena; que no hay dualismo entre pena y medida de seguridad, y que toda pena debe ser indeterminada, durando cuanto dure la necesidad del cuidado.

Estas conclusiones coinciden en parte con las de la Escuela positiva. He aquí por qué Enrique Ferri, al ver claudicantes, en su ancianidad poco ejemplar, los principios en que basa sus teorías, se dedicó sin rebozo alguno a loar a aquellos que coincidían por azar con los efectos de sus viejos postulados. Grispigni, Coco y Florián, más modestamente, señalan también el fenómeno. Pero ninguno de ellos dice que los neo-idealistas lanzaron tremendos dictérios contra el positivismo y que la coincidencia en los resultados se originó por caminos bien distintos. Tampoco este idealismo activista tiene hoy importancia para nuestra ciencia.

## 44 - LA ESCUELA TÉCNICO-JURÍDICA Y LA DOGMÁTICA

Es frecuente que con el epígrafe de tendencia "técnico-jurídica", se designe en América toda dirección penal de carácter jurídico. Pero la verdad es que cuando algún autor, como Giribaldi, trata de esta teoría penal, alude concretamente a la verdadera Escuela técnico-jurídica que tiene su campo en Italia y que a menudo se confunde con la tendencia dogmático-jurídica de los alemanes.

Empecemos por subrayar que el *Tecnicismo* está aquí comprendido a lo Geny, que aplicó el vocablo al Derecho, inspirado en concepciones de Savigny, trasladándole de las disciplinas técnicas *sensu stricto*, y subrayemos, además, que el carácter de esta Escuela es el de ser rabiosamente antifilosófica. Figuran en ella Manzini, Rocco, Massari y otros más. Carnelutti, que apareció como técnico-jurista, ha escrito luego con agudeza sobre temas *ius-filosóficos*. Nada de discutir el libre albedrío, ni de plantear problema filosófico alguno. El jurista ha de resolver sus asuntos con su técnica propia. Obsérvese que esta repugnancia a la filosofía no es otra cosa que resto, más o menos inconsciente, de la Escuela positiva. Por otra parte, tuvo razón Spirito cuando dijo que esta Escuela cae en un "estéril verbalismo".

Florián clasificó esta tendencia como "clásica". Ferri la llamó "neoclásica", y Grispiñi la incluyó en el grupo de la *Terza scuola*.

Ya hemos señalado antes la urgente necesidad de separar esa tendencia meramente técnica, de la ciencia del deber ser en derecho, que se llama dogmática jurídica y que, por tanto, no está desvinculada de la Filosofía. Aunque Binding sea un técnico, no lo es en el sentido antes señalado. Beling y Mayer son auténticos juristas que construyen la dogmática del Derecho penal alemán sin abjurar de la Filosofía, hasta el punto de que tanto el uno como el otro eran además profesores de esa disciplina en sus respectivas Universidades. Max Ernesto Mayer sigue la famosa Escuela de Baden de la filosofía de los valores, con fuerte impregnación hegeliana. Así se aplicó la dirección ontológica de la filosofía al Derecho penal por Mezger, Wolff y Zimmerl.

La Escuela alemana ha llegado a la mayor altura dogmática. Tan lejos, que no puede ser comprendida por los viejos positivistas. Florián se esfuerza en llegar hasta ella, y Enrique Ferri, mucho más pragmático, se contenta con despreciarla, tildando al enorme esfuerzo dogmático alemán con el calificativo de "abstruserías". En la propia Italia abandonan el puro tecnicismo y ahondan el aspecto dogmático en Derecho penal: Delitala, De Marsico y Antolisei, que buscan inspiración en los estudios alemanes, aunque ahora el último proclame la vuelta a Carrara. En puridad, no se debe hablar de una Escuela dogmático-jurídica, sino considerar que la dogmática es la ciencia del Derecho, de la que hemos tratado antes (vid. *supra*, cap. II, núm. 7º).

## CAPÍTULO VII

### EL FINAL DE LA LUCHA DE ESCUELAS Y EL PROBLEMA POLÍTICO

#### 45 - TREGUA DE ESCUELAS Y PLANTEAMIENTO DEL CONFLICTO POLÍTICO-PENAL

Podemos llegar a esta conclusión: las Escuelas penales pertenecen al pretérito. El antiguo esplendor polémico ha plegado sus alas. Hoy, ni aun en Italia se debate ya en nombre del positivismo o de la dirección clásica. Muertos sus jefes, han desaparecido los contrastes. Ya Franz von Liszt, en su gran *Tratado*, nos habla de la dulcificación de las oposiciones, y Borettini señala que la lucha pervive por interés de los jefes.

De aquí que pudiera considerarse llegada la hora de crear una Escuela más: la *Escuela Penal Unitaria*, de la que fué portavoz Sabatini, que incluso fundó una revista con ese título. También Girolamo Penso, en su periódico *Il Pensiero Giuridico Criminale*, expresó iguales propósitos. Mas, bien mirado, ésta no es una Escuela, sino el reconocimiento de que es preciso llegar a la unidad en la estéril batalla de viejos principios.

La lucha de Escuelas ha terminado. Pero en el mismo instante en que sus enconos se acallaban, otro problema más ingente e insoluble se dibuja en el horizonte: el conflicto político-penal.

Desde el plano técnico, ya lo señalamos en nuestras conferencias de Buenos Aires, pronunciadas en 1923 y recogidas en 1928 en un libro. Nos preocupamos entonces de conciliar las tendencias nuevas del Derecho penal con los inmutables derechos de libertad. Examinamos en aquel año el estado peligroso, el libre albedrío y la sentencia indeterminada, como los tres institutos que más directamente podían hacer peligrar los derechos del hombre, que la Revolución francesa proclamó. Mas ahora no es un problema de técnica, ni



quizá de política, sino de concepción vital. Se trata de saber si predominará el Derecho liberal o si será reemplazado por el Derecho autoritario.

#### 46 - EL DERECHO PENAL LIBERAL

En efecto; el Derecho penal liberal, que Dannenberg estudió y que todavía en 1933 hubo de defender Kern, era la expresión de la época individualista y el que mejor garantizaba las conquistas del liberalismo. En el Código penal francés de 1791 quedaron plenamente plasmados los principios revolucionarios de libertad, igualdad y fraternidad. El *principio de libertad* está encarnado en el famoso apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que los alemanes quieren vincular a Feuerbach, y que en realidad se origina en la filosofía de Rousseau. El de *igualdad* se plasma en la figura del delito —“tipo”, dirían más tarde los penalistas modernos—; es decir, en la definición objetiva de cada una de las especies delictivas, y con tanto rigor se exigió, que el Código de 1791 no admitía diferencias subjetivas en cada delito concreto, lo que era absurdo, ya que la verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente a los seres desiguales. Por eso se introducen luego circunstancias atenuantes en la legislación francesa. Mas el tipo o ígura de delito se mantiene en el Derecho penal liberal, como garantía de la libertad, puesto que es consecuencia de la máxima *nullum crimen sine lege*, y como esencia de la igualdad penal, ya que ante el delito *in species* no hay privilegios personales. Por último, el *principio de fraternidad* se traduce en Derecho penal en la dulcificación y benignidad de las penas. La Revolución Francesa asegura definitivamente el movimiento, de antes citado, en pro de la abolición del tormento y de los suplicios atroces.

Todas las legislaciones contemporáneas, con excepción de los estados autoritarios, han consagrado los principios liberales del Derecho penal, y fué el clasicismo el que más enérgicamente los protegió.

El primer ataque vino del campo científico. El positivismo naturalista, con sus nuevas doctrinas, quebranta aquellas garantías al atacar al clasicismo; pero de la Escuela positiva ya dijimos bastante.

## 47 - EL DERECHO PENAL AUTORITARIO

En tres países se ha instalado un Derecho penal autoritario: Rusia, Alemania e Italia, aunque con distinto fin y con diferente signo. El vigente autoritarismo de Rusia ejerce una dictadura del proletariado para acabar con las clases sociales que mantienen la desigualdad y la opresión. En Alemania se practicó un régimen dictatorial en beneficio de la comunidad de raza y de sangre, que necesitaba una "conducción" (*Führung*) y que encarnó en un "conductor" (*Führer*). En Italia la dictadura fué de un Estado con pretendido carácter nacional.

Expresamente hemos omitido mencionar otro país bajo régimen de dictadura: España. Y no sólo lo he silenciado por mi calidad de español, sino porque en mi patria la dictadura existente no tuvo en su origen nada de española. Fué producto importado de Italia y de Alemania. Y hoy no es cosa moderna, sino un Estado cesáreo-papista.

a) *Autoritarismo del Derecho penal soviético*

Cuando se instaura el bolchevismo en Rusia, se derogan las leyes del zarismo, y con ellas cae el Derecho penal. Las comisiones encargadas de impedir la contrarrevolución y el sabotaje juzgan conforme a la "conciencia revolucionaria". Los "Principios" de Derecho penal de 1919 son breves y elementales. Luego aparece el Código penal de 1922; más tarde los "Principios" de 1924, y, por último, el vigente Código de 1926. Se trata de una legislación de tipo intermedio entre lo viejo y lo por venir. Su institución más típica es la analogía; es decir, la facultad otorgada al juez de incriminar acciones que no están definidas y penadas en la ley, siempre que se halle definida y penada una figura delictiva similar (análoga). Como un paso más avanzado figura el proyecto Krylenko de 1930, que no llegó a discutirse, y que hoy, después de caer en desgracia su autor, no cuenta para nada en la Unión Soviética.

Si nos referimos a los mismos caracteres del Derecho penal liberal, podremos caracterizar el Derecho penal ruso por estas notas antiliberales:

Se ataca el *legalismo*, que garantizó la *libertad individual*, al quebrantar el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, con

la *analogía*. Se ataca la *tipicidad*, en que encarnó la *igualdad*, puesto que el Código penal ruso declara que no basta para ser inculpable que un delito esté definido en la ley, puesto que ha de existir *peligrosidad del autor*. Y se desconoció el principio de *fraternidad* aplicando en grande escala la *pena de muerte*, si bien hay que hacer notar que fué más como defensa revolucionaria que como medida jurídica, y que las sanciones propiamente penales del Código ruso tienden a ser más humanas y menos largas que las de los Códigos de Occidente. En los últimos tiempos la U. R. S. S. modifica sus leyes punitivas en un sentido de mayor severidad.

### b) *Autoritarismo del Derecho penal alemán*

En el III Reich la polémica ha sido predominantemente doctrinal, y la actividad legislativa no logró la reforma completa del Código vigente. En 1933, al poco tiempo de llegar Hitler al poder, el Ministro de Justicia de Prusia publicó un *Denkschrift* o Memoria para la reforma del Derecho penal en el que destaca la característica del voluntarismo, en un Derecho de raza y de sangre. El 3 de noviembre de 1933 trabajó en el proyecto del nuevo Código una comisión de peritos y profesores, y la Academia de Derecho intervino en la empresa desde 1934. Se han publicado los trabajos, pero el nuevo Código no ha visto la luz. En cambio, por disposiciones legiferantes, se ha reformado el Código penal hasta destruir sus garantías liberales, y leyes concretas han pretendido ejercer una protección de raza y de pureza de sangre con sentido severísimo. Las enumeraremos ahora al tratar de los caracteres de este Derecho alemán.

La *libertad* consagrada en el principio *nullum crimen sine lege* queda destruída con la ley de 1935, que reforma el § 2º del viejo Código penal alemán. En ella, no sólo se establece la *analogía*, sino que se declara que es fuente del Derecho penal el *sano sentimiento del pueblo*. La *igualdad* encarnada en el tipo como carácter del delito, que respalda además la libertad, desaparece con la pretendida *captación de la voluntad criminal*, donde quiera que se encuentre. De aquí que en el citado *Denkschrift* del Ministro prusiano de 1933, se castiguen los actos preparatorios como la tentativa; se niegue toda diferencia entre autor y cómplice, etc., mientras que los autores alemanes del régimen, como Schaffstein y Dahm, abjuran de la tipicidad y de la antijuricidad objetiva, para poder perseguir mejor la

voluntad delictuosa. La *fraternidad* queda definitivamente muerta. En el nacionalsocialismo se niega, a los que no están dentro de esa comunidad, la categoría de semejantes. La pena de muerte ejecutada con fines selectivos de política, según la ley de 4 de abril de 1933; la de esterilización de anormales, de 14 de junio del mismo año, y, sobre todo, la de castración de delincuentes, de 24 de noviembre de 1933, también son prueba de que la fraternidad traducida en la dulcificación de los castigos, no existió en Alemania.

Al ser derrotado el Reich hitleriano, la Comisión de Control de los países aliados derogó el parágrafo 2º del Código penal, y con él caen la analogía y el "sano sentimiento del pueblo" (vid. *infra*, núm. 92).

### c) *El caso de Italia*

Por blasonar Italia de cuna del Derecho, no se atrevió a proclamar la existencia de un Derecho penal autoritario, aunque Rocco caracterizara como "político" el Código de 1930. Lo cierto es que en la legislación punitiva del fascismo no se ha borrado la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Lo reconoce Georg Dahm, que se cuidó de distinguir el Derecho del Tercer Reich y el de la Italia del Duce. Sin embargo, el Derecho penal fascista fué antiliberal. Lo prueban los preceptos del Código vigente sobre la delincuencia política y los delitos estatales; pero más que nada, la ley de Defensa del Estado y las que la complementan.

Cuando Benito Mussolini liga su patria al Reich, las leyes racistas alemanas se copian en Italia. El R. D.-Ley de 17 de noviembre de 1938, convertido en Ley el 1º de enero de 1939, y en el África italiana el R. D. del 1º de abril de 1937, completado y extendido por la ley de 29 de junio de 1939, son triste ejemplo de este tipo de legislación, que también imitó la Francia de Petain, y que hoy se ha derogado.

## 48 - REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE EL DERECHO PENAL LIBERAL Y EL AUTORITARIO

Ya destacamos que el Derecho penal liberal sabía defender los derechos individuales. Ahora sólo nos resta decir que mientras la norma de cultura de la mayor parte de los pueblos descanse en

el individualismo demo-liberal, el Derecho punitivo, puesto que es meramente sancionador, deberá resguardar esos principios. Por eso ha de mantenerse el Derecho penal liberal, y hasta definirse y pensarse todo ataque a los sistemas liberales y democráticos. Es peligrosísimo injertar en un régimen dado principios que se piensan y construyen para otro. Esto ocurrió con el positivismo, que trazó sus disposiciones de acuerdo a criterios universalistas. El fascismo los aprovechó, y Ferri tuvo la avilantez de aplaudirlo, sin reconocer que lo proyectado para una civilización socialista se desnaturalizaba en favor de la dictadura de Mussolini.

Ahora bien, no nos damos cuenta exacta de que en la hora que corre somos a la vez espectadores y actores en el nacimiento de un mundo nuevo. No asistimos a un cataclismo, sino a la muerte de una era y al nacimiento de una edad futura. En estos tiempos que han de llegar, ¿la libertad será concebida como antaño? ¿Volverá el liberalismo del siglo XIX, que inauguró la Revolución Francesa y que claudicó en 1914? La llamada libertad política pretendía liberar al hombre del Estado y hacía de la libertad un valor en sí. Pero este punto de vista era errado. La libertad es, en efecto, un don del hombre; pero, como todos los atributos que el hombre posee, ha de ser manejada con un criterio finalista. Si la libertad fuera un valor por sí sola, admitiría la maximización: cuanto más libertad, mayores bienes. Y basta hacer mentalmente el ensayo, para convencerse de que la libertad llevada a tales extremos caería en el libertinaje.

La libertad es un instrumento para bienes más altos. El hombre es libre para conseguir la exaltación de la personalidad, de la humanidad y de la cultura.

No debe olvidarse esto cuando se construya el Derecho penal del futuro. Mientras tanto, y puesto que la libertad no es un valor en sí, sino que persigue un fin, tendremos que proclamar que no hay libertad contra la libertad, y que el Estado tiene derecho de defenderse.

Pero, mirando al futuro, acaso pueda llegarse más lejos.

#### 49 - EL PORVENIR

Hemos augurado, y lo venimos repitiendo con inquebrantable tenacidad, que en un futuro más o menos lejano la Criminología imperará sobre el Derecho penal.

Puesto que la libertad, para el liberalismo, consistía en ser má-

ximamente libres, el conflicto entre la defensa social y ese derecho aparecía paladino. Pero acaso llegue un día en que el Derecho penal deje de existir. Ya sé que junto al argumento sentimental que hube de escuchar en Chile, de que los penalistas hemos vivido afanados en construir nuestra disciplina, y que no podemos verla periclitar —lo que no tiene más que un valor afectivo y carece de toda estima científica—, se dijo que, puesto que el Derecho es una disciplina de valores, jamás se dejará de valorar (desvalorizar, más bien) la conducta del hombre que quebranta la norma. No negamos que el Derecho fundado en los valores pervivirá. El problema lo situó de muy otro modo: lo mismo que antaño se valoraba al loco por creer que era un endemoniado y se le sometía a verdaderos castigos, se valora hoy también la conducta del hombre criminal. Mas, del mismo modo que después de Pinel, imbuído de los ideales revolucionarios, los dementes ya no son objeto de *valoración* sino de *cuidado*, así puede llegar un día en que no hagamos juicios de valor sobre las acciones que hoy llamamos delitos, ni tampoco sobre los autores. Entonces no nos perturbarán el ánimo las garantías y derechos del hombre y del ciudadano, y no habrá riesgo de que nuestros principios sirvan a regímenes dictatoriales. Al delincuente se le corregirá, curará o inocuizará en establecimientos que nada tendrán de cárceles.

Así lo vió ya Dorado Montero con sus ojos románticos y lo predicó insistentemente en libros famosos. Al final acertó incluso con el título: *El Derecho protector de los criminales*. Yo voy más allá. Nuestro Derecho será cancelado y sólo la Criminología, ciencia causal explicativa, completada con remedios, imperará en el futuro. Acaso se me diga que ésta es una utopía. Rechazo la imputación: de ningún ideal puede decirse que es ajeno a este mundo. Utopía pareció antaño el hecho de volar con aparatos más pesados que el aire; utopía era el cisne negro, pero se descubrió. Australia y aparecieron esas aves sombrías, y se ingenió el hombre y los aeroplanos surcan el espacio.

PARTE SEGUNDA  
LA LEY PENAL





## CAPÍTULO VIII

### LA LEY Y LA NORMA

#### 50 - EL SISTEMA JURÍDICO

Los escritores de Derecho en Italia emplean la expresión norma en un sentido lato y también la usan así muchos *ius-filósofos*. Nosotros, los penalistas, desde los tiempos de Binding, diferenciamos Ley y Norma. Por eso podríamos decir que es posible hablar de norma en sentido lato y en sentido estricto. Norma *lato sensu* es igual ( $\equiv$ ) al conjunto de leyes y disposiciones legiferantes, más (+) norma *stricto sensu*, de la que al final hablaremos.

El sistema jurídico está integrado por todo ese mundo de normas y disposiciones legiferantes que vive en un país.

La Norma *lato sensu* es, filosóficamente, un pensamiento provisto de poder, y no se limita a decir lo que *son* los objetos, sino lo que *deben ser*, y en ordenar, bajo una sanción, lo que *debe hacerse* cuando aquel deber no se cumple.

Puesto que todo sistema de normas surge y se basa en realidades; es decir, en la cultura de un país y de un instante, es posible distinguir, como hemos dicho (vid. *supra*, cap. II-7), el estudio de esas normas de Derecho, como fenómeno en sí, y como mundo del deber ser.

#### 51 - EL MUNDO DEL SER Y DEL DEBER SER

Hoy hemos llegado, especialmente con Husserl en la Filosofía y con Kelsen en el Derecho, a distinguir el ser y el deber ser. En efecto, la realidad contiene siempre un tipo de *proposición predicativa*, mientras que el Derecho es una *proposición normativa*. A la primera pertenece la afirmación de que “un cuarto *es* pequeño”;

la segunda se formula diciendo que "todos los cuartos pequeños *deben ser ventilados*".

La índole normativa no es sólo propia del Derecho, sino que también son normativas la Lógica y la Ética. Ahora bien: más que contener una obligación, encierra un valor. Ello se ve muy claro en el ejemplo de Husserl sobre el guerrero que debe ser valiente. No se le exige arrojo, sino que, más bien, se presupone que todo guerrero, para ser buen soldado, necesita tener valor. De aquí se deduce que toda la construcción jurídica es disyuntiva. La ley, y en particular la ley penal, complementa esa norma *sensu stricto* con una disposición que no la reemplaza ni puede hacerla cumplir por imperio de la fuerza, sino que la sustituye por otro deber hacerse. Los viejos penalistas estaban en un tremendo error, y por eso, nosotros debemos rechazar la idea de que nuestra disciplina pueda tener índole reparadora del orden jurídico. El Derecho no puede obligar a que se dé la vida al muerto, ni se restituya la honradez al deshonorado, sino que establece una sanción cuando el deber no se ha cumplido. En el ejemplo del guerrero se ve esto de un modo nítido: si no es valiente se le separa del ejército, porque hacerle arrojado es imposible.

La norma primitiva se formula por Kelsen y sus discípulos, diciendo: Dado A, *debe ser B*; si no es B, se hará C; pero adviértase que esto lo hace otro sujeto. Esta norma puede tener otras sucesivas: El sujeto que no cumple la condena, recibe otra sanción; el que es turbulento en la cárcel, es corregido disciplinariamente, etc.

## 52 - VALOR DE LAS CONCEPCIONES DEL MUNDO

Para los que creemos que el Derecho es una sanción finalista, la Ley, hija de un estado de hecho, tiene un telos y valora en orden a los fines. De aquí surgen estas dos grandes verdades:

a) La Ley nace de una determinada serie de hechos y por eso puede hablarse de que tiene una base fáctica.

b) La Ley supone un estado de cultura que la norma encauza y dirige, lo que constituye su base axiológica.

El hombre construye sus leyes en vista de la realidad. Por ejemplo: la prostitución es fuente de contagio y por eso se necesita una ley que se enfrenta con ella; mas esto no basta: se necesita, para hacerlo, valorar la prostitución y ver si ésta es un mal o una necesidad. La ley valora esto y se enfrenta con la prostitución pro-

hibiéndola, regulándola, o si el valor se sitúa sólo en la salud, como perfección o instrumento de trabajo, mira indiferente la conducta de la meretriz al prostituirse y, en cambio, aprecia los hechos de su contagio y el valor de la salud que ella pone en peligro. Así, vemos que, a través de los tiempos, la prostitución se ha regulado, se ha prohibido o se ha abolido.

Lo mismo podríamos decir con respecto al discernimiento en el Código francés. Éste permite que el menor sea castigado desde los primeros años de la vida. Cuando los hombres creían en la pena, solía declararse capaces de discernir a los infantes; cuando los penalistas de hoy no creen en la prevención especial de los castigos, el discernimiento se niega hasta muy entrada la adolescencia.

Mas no debemos contentarnos con ver en tan pequeños fenómenos los cambios de las leyes, en relación con las concepciones del mundo. Si nos situamos en un escenario más vasto, destacarán los problemas de una manera más clara y podremos ver formidables mutaciones y aguardar grandes progresos.

El profesor Sebastián Soler ha escrito un breve libro titulado *Ley, Historia y Libertad*, que, en su primera parte, es acertadísimo resumen crítico de cómo concibieron el Derecho los hombres de la Enciclopedia y del "Aufklärung", aunque en la segunda mitad hubiéramos querido que su autor no se ciñese a la Escuela de Viena, con la que él mismo está en desacuerdo, sobre todo en cuanto al contenido de justicia y libertad que el Derecho ha de tener.

El hombre, al modo de Dios, hace las cosas a imagen y semejanza suya, y por eso, según se concibe a sí mismo, da a las normas uno u otro sentido. Cuando se estima bueno, todo lo espera del hilo sutil y simbólico del Derecho (Ilustración, liberalismo, democracia); cuando se cree malo, emplea la violencia en vez de preceptos jurídicos (dictadura, totalitarismo).

Los pensadores de los siglos XVII y XVIII dieron a la Psicología un carácter abstracto y metafísico, sin lograr que obtuviera el verdadero rango de ciencia. No estudiaron el hombre vivo y efectivo y se refirieron a una abstracción que nada tenía que ver con la auténtica psique del ser humano, lo mismo que las medias estadísticas no responden a la realidad de los fenómenos o de los seres que se han observado, que se han medido o que se han pesado.

La Psicología facultativa dió a cada una de las facultades en que el alma parecía dividirse, un fin: la inteligencia sólo podía tender a la verdad; la voluntad sólo podía realizar el bien. Estos dos valores: verdad y bien, fueron decisivos en la construcción ju-

rídica de la Época de las Luces; pero, en realidad, en vez de buscar psicológicamente el ser, se puso el deber ser en su reemplazo. El hombre real volatilizóse. El hombre es bueno y para esos hombres buenos y verdaderos hubo de legislarse. La Constitución española del año 1812 es uno de los documentos que mejor responden al concepto de la Ilustración. En efecto; uno de sus artículos decía que “los españoles han de ser justos y benéficos”.

También la Enciclopedia y el *Aufklärung* tuvieron su concepto de la Sociología que influyó en la norma jurídica impuesta por ellos. No consideraron a la sociedad como un todo, sino como un agregado de individuos; y como esos individuos eran todos buenos y verdaderos, habían de ser *iguales*.

El Derecho de la Época de las Luces fué para esos hombres *buenos y verdaderos* que eran *iguales*. Se aspiraba a la felicidad y la Ilustración quiso obtenerla por medio del Derecho. Siempre el ser humano ha querido ser feliz; las Utopías del Renacimiento pretendieron lograrlo a su modo; antes, la religión prometió la dicha para el otro mundo. Ahora, se quería lograr en la tierra y mediante normas jurídicas. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos —que es anterior a la Tabla francesa de la Declaración de los Derechos del Hombre— incluyó la “felicidad” entre los “derechos inalienables” de que los hombres se hallan “dotados”. Por eso se identificó el Derecho con la Justicia. Los derechos del hombre son anteriores y superiores a toda ley. Carrara construyó, sin Códigos, su maravilloso “Programa”, en el que todo deriva de una ley suprema del orden emanada de Dios.

Al Derecho se le da categoría de ley natural y aquí surge la cuestión de la libertad. Para los enciclopedistas, el hombre sólo es libre para el bien, aunque, como luego veremos, se filtra la libertad real a través del “Derecho de resistencia”.

El sujeto del Derecho era, en suma, el hombre *bueno, igual y libre* (para el bien).

Ha subrayado Soler —y éste, acaso, es el mayor mérito de su libro— que a virtud de estas grandes mutaciones de lo que debían ser la Psicología y la Sociología, de una parte, y el Derecho, de otra, resultaban aquellas ciencias del *deber ser*, en vez de serlo del *ser*, y el Derecho, que recibía un sujeto predeterminado para la bondad y para la libertad, y que era igual, se convertía en una ciencia del *ser*.

No sólo el investigador de Psicología ha derrocado aquellas ingenuas concepciones, sino que los sociólogos no pueden ya man-

tener el viejo criterio de agregado de individuos, y miran a la Sociología como un todo social y ven al hombre inmerso en él.

Al desmoronarse así la elegante construcción de antaño, el ser humano ha perdido su fe en el Derecho, excesivamente individualista, y lo ha criticado en nombre del socialismo y del anarquismo. Recordemos los negadores del *ius puniendi*, de que antes hablamos (vid. *supra*, cap. IV-23).

Dos críticas convergieron para terminar con la ilusión del Derecho instrumento de la felicidad humana: la científica y la política.

En vista de que el hombre no es bueno, ni libre, ni igual, sino que, a veces, es malo, desigual y sometido, los científicos del Derecho puro han negado que las normas jurídicas reciban realmente hombres vivos y efectivos. Se ha hablado de una "plenitud hermética", de una "finitud lógica" y de una "relatividad hipotética". Se ha construido la ciencia del Derecho sólo en base a los elementos formales de todo sistema de Derecho positivo, es decir, vigente, con expresa prescindencia de todo juicio político, moral y religioso que se proponga valorar ese Derecho en otras instancias. Se ha construido la famosa pirámide invertida, en cuya punta está la Constitución y en cuya base se hallan los actos de los jueces que individualizan las normas. El Derecho no recibe más que espectros, y es falso que tenga como contenido la Justicia y la Libertad. Esta posición de los racionalistas más extremos, de un lado, y de los kelsenianos formalistas, de otro, se está superando, incluso por la propia escuela de Kelsen. Ya se habla de que en la primera etapa el famoso autor vienés sólo construyó una Lógica jurídica y que ahora hay que edificar la ciencia del Derecho, lo mismo que hay una Metafísica que se trabaja con la Lógica aristotélica.

La crítica política ha sido mucho más demoledora. Ha buscado los contrastes con la Época de las Luces. El hombre no es bueno, ni libre, ni igual, sino que es malo, sometido a todas las reacciones y desigual por naturaleza, ya que no son idénticas las razas superiores que las otras agropecuarias, destinadas a obedecer a los hombres industrioses del Norte y que constituyen la raza aria. De aquí nació, como antítesis de la tesis de la Ilustración, el totalitarismo, en que el hombre desaparece fundido en la masa que está llamada a ser conducida por el caudillo (vid. *supra*, cap. VII-47).

## 53 - LA JUSTICIA Y LA LIBERTAD COMO CONTENIDO DEL DERECHO

Para nosotros, el Derecho se dirige a las conductas y es finalista porque enfoca éstas hacia el telos de la existencia. Recibe en su seno los bienes jurídicos y tiene, como fundamental contenido, la justicia y la libertad.

Siempre nos ha parecido un sofisma afirmar que las sentencias injustas constituyen Derecho injusto y que, sin embargo, es tal Derecho obligatorio.

En primer término, observemos que la justicia la hacen los hombres y que las injusticias contenidas en una sentencia son la negación del Derecho más que el Derecho mismo. Decir que la sentencia injusta es obligatoria por ser sentencia, constituye el sofisma a que aludí, ya que es obligatoria, no por ser sentencia, aunque sea injusta, sino porque hay una norma generalizada, que es justa, en la que se ordena que todos los fallos ya inapelables son ejecutivos.

El Derecho que tiene como contenido la justicia y la libertad, es una norma en sí misma viviente y el juez la actúa.

Creemos que es un tremendo error afirmar que el verdadero Derecho es sólo el que se contiene en las sentencias y en los actos administrativos. Como veremos en su momento oportuno, la ley es la única productora del Derecho penal, aunque el sistema jurídico, como viviente que es, esté formado por ese conjunto a que antes nos hemos referido y que se integra por las leyes y disposiciones legiferantes y por la norma *stricto sensu*, así como por el Derecho aplicado.

Puesto que hemos dicho que la justicia y la libertad son contenido del Derecho, Stammler tiene razón al distinguir entre concepto e idea del Derecho. Lo primero es la síntesis de los datos que nos permiten conocer lo que el Derecho es; y la idea del Derecho es la síntesis de categorías ideales que hacen *justo* un Derecho. Hemos creído demostrar que no hay Derecho ideal injusto y que la injusta aplicación que la sentencia supone es obligatoria a virtud de la norma justa que manda que las sentencias firmes sean cumplidas.

Con respecto a la libertad, ya dijimos bastante en el capítulo anterior (vid. *supra*, cap. VII-48). La libertad, como bien jurídico, se distingue de la oposición, de la libertad diabólica de "hacer lo que me da la gana". Y puesto que no es un valor en sí, sino que

se determina por un telos, la libertad sólo es legítima cuando se dirige a un fin que exalta la personalidad individual y la convivencia en sociedad.

#### 34 - LA LEY Y LA NORMA

Como se ha dicho al principio de este capítulo, debe distinguirse la Ley y la Norma. En las tendencias *ius-filosóficas* contemporáneas la palabra Norma se ha llenado de significaciones muy varias: Norma primitiva y secundaria, norma y peri-norma, etc., etc.

Para explicar esta cuestión, que importa superlativamente en Derecho penal, hemos de retornar a Binding, el insuperable maestro alemán. Él descubrió que el delincuente no infringía las leyes, sino que, más bien, llenaba con su conducta real la flácida fórmula de la ley. Lo que quebrantaba era algo que se encuentra por detrás y por encima de la ley misma: la Norma. El Decálogo es un libro de normas. La Norma crea lo antijurídico; la ley, el delito. La disposición penal se compone de preceptos y de sanciones y la Norma es prohibitiva o imperativa; de ahí nacen la acción y omisión que el Derecho penal castiga.

Franz von Liszt también mantuvo, más o menos latente, la concepción de la Norma, cuando distinguió la antijurídica material de la formal, creyendo que aquélla estaba constituida por lo contrario a la sociedad.

Pero ha sido Max Ernesto Mayer quien, a nuestro juicio, ha alcanzado la mayor perfección en la materia, al construir, desde comienzos de este siglo, aplicándola después a su elaboración del Derecho penal, la famoso teoría de las normas de Derecho y de las normas de cultura. Sobre ellas vamos a edificar la antijurídica y serán allí aplicadas (vid. *infra*, cap. XXV-177 y sigs.). Mas, aquí queremos dejar bien claro que la norma de cultura no presupone un concepto metajurídico, aunque sí superlegal. En el árbol, la raíz no se ve y sólo contemplamos el tronco, las ramas y las hojas; pero aquéllas, hundidas en la tierra, forman parte de la especie herbórea y le nutren de las substancias terrestres. Así, la ley no es todo el Derecho; no es el Derecho a secas, sino que las normas lo constituyen también.

Kelsen atacó la concepción bindingiana, diciendo que se trataba de una cuestión de palabras y que el deber está tanto en la ley como en la Norma. Lo que se quebranta es el estado real de paz,

y los fines de las leyes no están en ellas sino que pertenecen al mundo de la Política, de la Filosofía o de la Sociología. Recordemos que ya nuestro Suárez había dicho: *finis legis non cadit sub lege*. Pero las leyes tienen una finalidad, puesto que sabemos que el Derecho es finalista, y hasta a veces lo consignan en su propio texto, como lo hace la ley argentina 12.331 cuando declara que su fin es proteger la salud.

Esta concepción de la norma de cultura, evita reducir el Derecho a un puro concepto legalista, y no acepta dar a la norma jurídica escrita extensión tal que todo sea inmanente a ella.



## CAPÍTULO IX

### FUENTES DEL DERECHO PENAL

#### 55 - FUENTE PRODUCTORA DEL DERECHO PENAL

Harto sabido es que fuente se llama al lugar de donde surte o mana un líquido, y aplicada al Derecho, se podría decir que es el origen de éste.

Cuando el jurista toma esa expresión para llenarla de contenido, puede atribuirle significado doble: fuente de producción y fuente de conocimiento. La primera se refiere a la voluntad que dicta las normas jurídicas; la otra, a la manifestación misma de esa voluntad, a la forma que el Derecho objetivo asume en la vida social.

Sólo el Estado produce Derecho penal. Hoy ya no emana de la Iglesia, ni del *pater-familias*, ni de las sociedades, aunque cada una de esas agrupaciones, Iglesia, familia o sociedad, produzcan su derecho disciplinario, que, según hemos visto en el capítulo I (vid. *supra*, cap. I-3), no es propiamente Derecho penal, puesto que éste es público y sólo del Estado emana.

Como ha de verse en el capítulo inmediato, la ley es la única fuente productora de nuestra norma punitiva, por las razones filosóficas, científicas y políticas que luego se han de dar.

#### 56 - LA COSTUMBRE

Roberto von Hippel ha escrito: "En general, se dice que el Derecho consuetudinario y el Derecho legal son las únicas fuentes del Derecho." Reconoce preponderancia de la costumbre en los primeros tiempos y añade: "En cuanto a su validez, ambas fuentes del Derecho tienen, fundamentalmente, el mismo valor." "El Derecho con-

suetudinario puede, asimismo, ser modificado y dirigido por el Derecho legal, y viceversa." Pero antes ha consignado en sus sabias páginas que "es posible que el Derecho legal excluya o limite expresamente, durante el tiempo de su privativo imperio, el nacimiento del Derecho consuetudinario". Y, en orden a nuestro Derecho, reconoce, de un modo expreso, el legalismo: "Esto último es lo que ocurre en Derecho penal, en el que impera la necesidad de la certidumbre jurídica y, con ello, del Derecho legal."

No todos los autores opinan de este modo. La Escuela histórica, que en España tuvo a Costa como su mejor representante, creyó que la costumbre debía ser fuente del Derecho con tanto imperio como la ley misma, y Dorado Montero defendió su validez en el Derecho penal, afirmando que es la más popular de todas las fuentes en que el Derecho se origina.

Observemos, contra estas opiniones, que hay en ellas una grave contradicción. El Derecho penal es el más científico, el más independiente del pasado y, por ello, requiere que el instrumento en que se plasme sea de la más fina estructura. Decir que la costumbre, por ser la más popular de todas las fuentes, debe tener eficacia en el Derecho punitivo, es desconocer esa índole moderna que exige tan complejas esencias, únicamente posible de contenerse y de manifestarse en la ley.

Belloni se ocupó también de la costumbre en el Derecho penal, pero ni él ni Hippel han visto las verdaderas razones por las cuales ésta no puede ser fuente productora de normas punitivas. Cuantos argumentos se han dado antes son de índole superficial. Los hondos motivos radican en la naturaleza filosófica y política del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que en el capítulo próximo hemos de consignar.

Resumiríamos nuestra opinión diciendo que la costumbre *contra legem* y la supletoria no son fuentes productoras del Derecho penal. En cuanto a la integrativa, su función es distinta. Hay leyes en blanco que se refieren al Derecho civil, comercial, administrativo; es decir, que se hallan integradas por contenidos civiles o comerciales, a menudo regidos por la costumbre. En este caso, ésta sería, aunque de segundo grado, fuente productora en Derecho penal. Así lo reconocen Franz von Liszt, Ernesto Hafter, Adolfo Schönke, etc.

Max Ernesto Mayer fija con mayor extensión el alcance de la costumbre, eficaz para decidir ciertas justificantes, y también en las normas interpretativas de la ley. Augusto Kohler alega, por su parte, que el verdadero fundamento de la exención otorgada al

tratamiento médico-quirúrgico estriba en que consuetudinariamente el médico cura. En realidad, esto no es así, y como veremos al hablar de las causas de justificación, han de encontrarse más sólidos basamentos a estas exenciones que se justifican porque sus actos se dirigen a la ejecución de un fin reconocido por el Estado.

### 57 - LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia, prescindiendo ahora del que se le dió antaño, identificándola con la ciencia del Derecho y que todavía recibe hoy (así se hable de Facultad de Jurisprudencia o de Leyes), puede tener un significado estricto y correcto y otro desmesurado y falso.

*Sensu stricto*, la jurisprudencia no es más que la doctrina sentada por el superior Tribunal de Casación en sentencias numerosas y contestes. Así lo entendemos en España, aunque Dorado Montero, siempre fiel a sus ideales, afirmara, no sólo que ésta es fuente de Derecho, así como la costumbre, sino que ha de entenderse por tal toda decisión emanada de jueces o tribunales.

Anticipemos que nuestra opinión se halla en un todo de acuerdo con la de Hippel. La jurisprudencia es de importancia descollante para interpretar las leyes penales y también para el nacimiento del nuevo Derecho; pero no es fuente independiente ni productora de Derecho penal. Todos los tribunales pueden apartarse, al resolver casos concretos, de lo que hasta entonces hizo la práctica. Y además, y sobre todo, no existe una sanción contra los jueces que deciden sin tener en cuenta los fallos que precedieron a sus decisiones, aun cuando aquéllos emanaran del más alto Tribunal de la nación.

Este es el estado de Derecho que ha asumido, ante la jurisprudencia, la democracia vigente en la mayor parte de los países. En cambio, los derechos totalitarios dan un papel mucho más preponderante a quienes administran justicia. El *Denkschrift* del Ministro de Justicia de Prusia, publicado en 1933, como "esqueleto" del futuro Código penal del Tercer Reich, subraya el carácter "creador" de los jueces y de su jurisprudencia. Ésta tiene un valor enorme en la analogía y en la supresión de las figuras delictivas. Sin embargo, recordemos que en los Estados democráticos, ese papel de anular los tipos de delito existente, no se reconoce, sino que, por el contrario, se proclama, como lo hacen muchos Códigos civiles, que "las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar

contra su observancia el desuso ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean". Y esto que declara el Código civil es también válido en nuestra disciplina.

Dorado Montero, a quien acabamos de aludir, no sólo da a la jurisprudencia un sentido amplio, sino que la considera capaz de producir Derecho penal. Antes que él, don Luis Silvela, uno de los más geniales penalistas que España ha tenido, dijo que, al fijar en cada caso concreto, junto al precepto legal, el alcance y sentido de éste, la jurisprudencia es fuente de legislación.

Aunque, como después se dirá, la Escuela de Viena no puede reconocer a la jurisprudencia, entendida como hasta aquí se está haciendo, valor de fuente productora de Derecho penal, interesa sobremanera tratar ahora, ya que el papel del juez será ampliamente expuesto por nosotros, si éste puede o no crear Derecho.

Ya hemos hablado en el anterior capítulo de la simbólica pirámide que Kelsen construyó, en cuya base se hallan los actos judiciales de naturaleza individualizadora. Esa norma individualizada es, a juicio de Kelsen y de sus discípulos, creadora de Derecho, ya que la "voluntad" del magistrado decide entre los extremos que la ley le deja libre, creando una situación obligatoria para aquel que condena, si nos referimos a las leyes penales. Obsérvese que cuanto deriva de la Constitución es concretizador, y en última instancia, individualizador. Pero la ley obliga en cuanto es ella norma generalizada, no como concretización de un precepto general.

Obliga la sentencia en cuanto existe un precepto generalizado que la hace ejecutar. Es decir, la sentencia no obliga ella, porque en el fallo los jueces manden ejecutarla, sino porque hay una norma generalizada —y no individualizada, puesto que es una ley— que ordena que las sentencias, cuando se agotaron los recursos o no fueron apeladas, sean obligatorias. Lo manda el Código procesal y no la propia sentencia.

Por otra parte, no se olvide que si fuera cierto que el juez, al individualizar la norma, crea Derecho, también lo crearía el funcionario de prisiones. El juez ha decidido, dentro de los límites que la ley establece para penar el homicidio, que el caso concreto de la muerte de un hombre merece diez años de encerramiento. Si esto fuese crear Derecho, también lo sería la corrección disciplinaria que impusiese el alcaide de la cárcel al reo insumiso, puesto que en el margen de los años que la sentencia decidió lo hay también para que esos años sean más graves si se le priva al sujeto de visitas, de alimentos extraordinarios y hasta de paseo y de luz, mediante una

reclusión en calabozo. Y sin embargo, nadie ha dicho, ni siquiera los más exagerados ególogos, que el funcionario de prisiones cree Derecho.

Ya dije antes que la Escuela de Viena no podría defender la índole de fuente productora del Derecho en la jurisprudencia *sensu stricto*. Por lo mismo que esa escuela proclama, más que otra alguna, la naturaleza normativa de nuestra ciencia, tiene que reconocer la heteronomía del Derecho y su coercibilidad, y como antes hemos dicho, aquélla no es susceptible de ser respaldada con una pena para los jueces que se aparten de los fallos superiores.

Hay, además, razones prácticas para no otorgar a la jurisprudencia, en Derecho penal, tan alta categoría. En la mayor parte de los países hispanoamericanos no suelen aparecer las sentencias con la nítida estructura como las vemos en Europa. La declaración de hechos probados y los fundamentos jurídicos no suelen verse con la clara independencia con que los vemos en un fallo español o francés. Los magistrados razonan sus votos y polemizan con los hechos y aun con sus propios colegas de tribunal, lo que da a sus sentencias una falta de precisión que las haría incompatibles con el carácter de fuente productora de Derecho. Rodolfo Rivarola lo reconoció ya así en la República Argentina el año 1910. A pesar de ello, la nueva Constitución argentina considera la jurisprudencia como fuente del Derecho.

Con todo, no negamos el enorme valor interpretativo que la jurisprudencia tiene y que más adelante hemos de reconocer. Y hasta confesamos que en muchas ocasiones y para los fines prácticos de un pleito o de una causa, una sentencia oportuna puede tener mayor eficacia que el artículo de una ley. El que fué Presidente del Tribunal Supremo de la Habana y Decano de la Facultad de Derecho de aquella Universidad, José Antolín del Cueto, tomando la frase de un antiguo jurista español, tituló uno de sus mejores discursos con este significativo epígrafe: "La ley reina y la jurisprudencia gobierna."

#### 58 - LA ANALOGÍA Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Algunos Códigos civiles (como el español) hablan de los *principios generales del Derecho*; otros (como el argentino) se refieren taxativamente a la *analogía*, y no faltan aquellos, (como el venezolano), en que se invocan *unos y otra* como fuente supletoria, *aplica-*

ble cuando no hubiese disposición precisa de la ley. No es ésta una declaración meramente interpretativa, sino que al decir *se aplicarán*, se demuestra que la legislación que tal diga, en materia de Derecho privado, da a la analogía y a esos principios generales de Derecho, valor de fuente.

Como veremos más adelante (cf. *infra*, caps. XIII y XIV), el Derecho penal liberal no admite la analogía como fuente del Derecho, ni aun siquiera como complemento analógico. En cambio, en Alemania —mucho más claramente que en Rusia— la llamada analogía, y más aun el “sano sentimiento del pueblo”, constituyó fuente del Derecho en el mismo rango que la ley. No queremos desflorar ahora una materia que será tratada más adelante con toda extensión. Nos limitaremos a decir que en Derecho penal la analogía no es válida.

En cuanto a los principios generales del Derecho, ha habido largas polémicas sobre lo que trata de expresarse con tan conocida frase. En la época en que el Derecho natural tenía aún prestigio, podía pensarse en que éste era el aludido con tales palabras.

A nuestro juicio, esos principios generales del Derecho no son otra cosa que la norma de cultura de la que hemos hablado en el capítulo anterior (vid. *supra*, cap. VIII-54). Toda interpretación va más allá de los límites del texto literal de la ley. Incluso el fin de la ley misma, tan importante, debe ser superado y buscarse todo el fin social del ordenamiento jurídico. No podemos detenernos en el precepto aislado. Hemos de remontarnos a los propios fines del Derecho. Ello importa sobremanera en la valuación de los bienes jurídicos para la justificación supra-legal y para la no exigibilidad de otra conducta (vid., luego, caps. XXVIII y XXXV-259 y sigs.).

Así es como debemos entender esos principios generales del Derecho en la función individualizadora y creadora de nuevas posibilidades que le compete al juez, si bien es preciso proclamar que sólo son valiosos para la interpretación y que no constituyen fuente productora en el Derecho penal.

#### 59 - LA DOCTRINA

Podemos afirmar de un modo rotundo que la doctrina científica no es fuente productora de nuestro Derecho; no lo es de Derecho alguno, aunque tenga un valor descollante en la creación de un nuevo Derecho. Los legisladores, cuando componen un nuevo Có-

digo penal, tienen bien en cuenta lo que la doctrina de los autores ha dicho sobre los defectos del que se abroga y las necesidades penales del futuro.

Pero esto no es, en modo alguno, dar valor de fuente productora de Derecho a la opinión de los científicos. No estamos en la época de Bartolo y Baldo, ni en la de la Ley de Citas.

Repitamos que la doctrina científica tiene un valor superlativo en la formación del nuevo Derecho y acaso pueda depositarse en ella la esperanza de unificar, en lo posible, las normas jurídico-penales. Con este pensamiento se celebraron en Europa "las Conferencias Internacionales para la Unificación del Derecho penal". La primera de ellas se celebró en Varsovia, en 1927, y le siguieron: Roma, en 1928; Bruselas, en 1930; París, en 1931; Madrid, en 1933; Copenhague, en 1935; El Cairo, en 1938, y Bruselas, en 1947. Era difícil en la vieja Europa obtener buenos resultados. Acaso en la América mal llamada latina y que mejor sería adjetivar de ibérica, fuera más hacedero lo que en el viejo Continente se hizo tan difícil.

La doctrina científica, sin ser fuente productora de Derecho, ha tomado en estos pueblos exagerada importancia en la práctica de los jueces. Cuando hablemos de la interpretación doctrinal hemos de ser más extensos en este tema que nos parece de subida transcendencia (vid. *infra*, cap. XI-74).

## CAPÍTULO X

### LA LEY PENAL Y SU EXCLUSIVISMO

#### 60 - LA LEY PENAL COMO FUENTE ÚNICA

Ya hemos dicho (vid. *supra*, cap. IX-55) que la única fuente productora del Derecho penal es la ley. Tomada ésta en su sentido formal y más solemne, es la manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales, en la que se definen los delitos y se establecen las sanciones.

Como luego veremos, no ha de exigirse una especialidad absoluta y también pueden considerarse leyes que producen Derecho penal las especiales y las civiles, políticas y administrativas con sanción penal.

La ley es la expresión del Derecho penal desde el *punto de vista objetivo*. Mientras el delito acarree penas y éstas consistan, a despecho de la propaganda científica, en la inflicción de un mal, la necesidad de las leyes penales es evidente. La ley penal es, hoy por hoy, el supuesto necesario de los delitos y de las sanciones. Mas la ley penal no es tan sólo la garantía de los que no *delinquen*; de ella dimanán pretensiones para el Estado y para los propios delincuentes. De la ley surge la pretensión punitiva del Estado a reprimir los actos catalogados en su texto como delitos, con la pena conminada, y por eso, la ley es, a la vez, fuente y medida del derecho de penar. En consecuencia: el Estado no puede castigar una conducta que no esté tipificada en las leyes, ni imponer pena que no esté en ellas establecida para el correspondiente delito. Al mismo tiempo emana de la ley penal una pretensión subjetiva para el delincuente, que no podrá ser penado más que por las acciones y omisiones que la ley establezca, ni sufrir otra pena que la que esté señalada en las leyes para cada infracción. Por eso ha dicho F. von Liszt que el Código penal es la *Charta Magna* del delincuente. afirma-



ción exacta desde el punto de vista político, aunque la combata von Hippel. Por tanto, la ley penal es garantía de libertad para todos. Finalmente, las leyes aseguran también las pretensiones punitivas y reparadoras de la víctima, puesto que en ellas se consagra la responsabilidad penal y civil oriunda de los hechos punibles.

#### 61 - CARACTERES DE LA LEY PENAL

Los caracteres de la ley penal son éstos:

a) Ser *exclusiva*, puesto que sólo la ley crea delitos y establece sanciones.

b) Ser *obligatoria*, ya que todos han de acatarla. En este punto importaría aclarar quién es el destinatario de las leyes penales. Ihering, Binding y Hippel creen que las leyes obligan a los órganos del Estado. La opinión más difundida es que se dirigen al pueblo en general. El problema carece hoy de la importancia que antes se le daba. La norma obliga a todos los que habiten en el territorio sobre el que ejerce su imperio y la ley se destina a la autoridad, puesto que, aunque suene a paradoja, el delincuente más bien encausa su conducta en la ley que la vulnera. De este asunto nos ocuparemos más adelante (vid. *infra*, cap. XXV-177).

c) Ser *ineludible*, puesto que las leyes sólo se derogan por otras.

d) Ser *igualitaria*, ya que las Constituciones modernas proclaman que todos los individuos son iguales ante la ley. Esto no obsta para la individualización: el Derecho penal debe adaptarse a la conducta concreta de cada hombre.

e) Ser *constitucional*, puesto que en algunos países, como aconteció en Austria antes del cooperativismo de Dolfuss, y en España antes del asalto falangista, la ley inconstitucional excluye su aplicación o se invalida *erga omnes*. Así acontece en Venezuela, en cuya Constitución se declara la nulidad de las leyes nacionales, de los estados o municipalidades, "cuando coliden" con la Constitución de la República (núm. 9 del art. 123).

#### 62 - FORMAS DE LA LEY PENAL

a) *Por su especialización*, éstas se dividen en *leyes penales codificadas* (Código penal común, Código penal militar, etc., etc.) y en *leyes especiales*, comprendiendo bajo esta amplia denominación,

no sólo las que particularmente definen delitos y establecen penas, sino las de índole civil, política y administrativa que encierran infracciones y señalan una sanción penal.

b) *Por la manera de determinar las penas*, se clasifican en determinadas, indeterminadas y relativamente indeterminadas. Algunos viejos Códigos, como el español, pertenecen al primer grupo; ciertas disposiciones de las más modernas leyes, referentes a medidas de seguridad, pueden incluso ser absolutamente indeterminadas; la mayoría de las legislaciones penales hoy en vigor suelen adoptar una relativa indeterminación, que faculta al juez para señalar el límite temporal de las penas entre confines más o menos alejados y que aceptan incluso un amplio arbitrio del juzgador para establecer la duración de las medidas asegurativas.

#### 63 - ESPECIES DE LA LEY PENAL

a) *Ley penal "sensu stricto"*. Al tratar de la ley penal nos hemos referido a ella y cuanto se ha dicho en orden a su definición y caracteres le es singularmente aplicable.

b) *Convenios internacionales*. El tratado internacional sólo es obligatorio para los súbditos de un país cuando una ley interna lo ha convertido en legislación del Estado. Mientras ello no acontece, el convenio autoriza a cada una de las altas partes contratantes para que pida la aprobación del convenio y se convierta así en derecho de cada uno de los países que lo suscribieron.

De este modo, los tratados internacionales no son más que leyes *sensu stricto* que tendrán los mismos efectos que las leyes auténticas.

c) *Plenos poderes*. En tiempo de guerra, en caso de catástrofe, cuando una revolución ha triunfado o cuando otra se tema, pueden asumir los gobernantes, con el jefe del Estado a la cabeza, plenitud de poder. Algunas Constituciones —la de Venezuela no está entre ellas— facultan al Poder Ejecutivo para asumir estos plenos poderes, estableciendo una temporal dictadura; así lo hacía la Constitución de Weimar.

d) *Leyes delegadas*. Aunque el Código constitucional no hable de ellas, son posibles, cuando no estén prohibidas, porque facilitan la aprobación parlamentaria de los Códigos técnicos, tales como el civil, el penal y el de comercio. En Italia, aun antes del fascismo, se usó la ley delegada para aprobar todos los Códigos existentes: el civil, el comercial, y, sobre todo, el penal de 1889. En España, el

Código de 1932, que fué una reforma del de 1870, hecha por la República, también se aprobó por una ley delegada, después de acordadas las bases por las Cortes.

e) *Decretos-leyes*. Todas las dictaduras han acudido a decretos-leyes para disciplinar aquellas materias que no pueden ser objeto de decreto *sensu stricto*. En Italia discutióse sobremanera la validez de estas disposiciones legiferantes, y se pronunciaron en su contra Siotto-Pintor, Arangio-Ruiz y Florián. El año 1926 se reglamentaron por ley los llamados decretos-leyes, y desde entonces la opinión italiana hubo de acatarlos.

Nos interesa distinguir esos falsos decretos-leyes de los de carácter auténtico. La Constitución de Weimar, que los llamó "ordenanzas de necesidad"; la española, que denominólos decretos-leyes, y la cubana, que los designa con el título de "acuerdos-leyes", crean esta institución legiferante en su sentido puro. Suelen emanar del Poder Ejecutivo en momentos de urgencia, no estando reunidos los Cuerpos Colegisladores, y, como acontecía en España, a veces se exige la participación en ellos del Parlamento: la Diputación Permanente de Cortes ha de aprobar, con exigente mayoría, el decreto-ley emanado de la Presidencia de la República.

f) *Decretos, órdenes, reglamentos, ordenanzas, bandos, etcétera*. No es posible crear por decreto del Presidente, ni por orden ministerial, disposiciones penales *sensu stricto*. Sí se puede por el Poder Ejecutivo reglamentar las leyes, incluso las de carácter penal.

#### 64 - LEYES EN BLANCO

Los Reglamentos desempeñan una especialísima función en las llamadas leyes en blanco, entidad legal completada por un Reglamento o por órdenes de la autoridad. Fué Carlos Binding quien puso por vez primera en circulación las expresiones leyes en blanco (*Blankettstrafgesetze*) o leyes abiertas (*offene Strafgesetze*), para denominar aquellas leyes penales en las que está determinada la sanción, pero no el precepto, que deberá ser definido por un Reglamento o por una Orden de la autoridad, y raras veces por una ley especial, presente o futura. Surge esta clase de leyes como entidad técnica, cuando Binding estudia en Alemania algunos casos particulares del Derecho del Reich, que dejaba a los Estados autónomos el desarrollo o concreción de ciertas disposiciones. Son más frecuentes en referencia a las faltas que a los delitos.

Es preciso no confundir las leyes en blanco con las leyes incompletas o imperfectas, en las que se contiene una parte de la norma penal tan sólo, y aquella otra especie *minus quam perfecta*, en que el precepto penal se completa reuniendo diversas disposiciones de leyes, a las que el artículo sancionador hace referencia. Estas leyes invocadas no son futuras, sino preexistentes, y si cambiaran, forzarían a variar también el texto punitivo.

#### 65 - NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE

El monopolio que la ley ejerce en cuanto a la producción de Derecho penal se expresa, como es sabido, en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, completada por los conocidos aforismos *Nemo iudex sin lege* y *Nemo damnetur nisi per legale iudicium*.

Los Códigos penales suelen decir: nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviese expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente. El principio de reserva que la completa y que impide la analogía en nuestra disciplina se halla establecido en las Constituciones: todos tienen el derecho de hacer lo que no perjudique a otro y nadie estará obligado a hacer lo que no estuviere legalmente ordenado, ni impedido de ejecutar lo que la ley no prohíbe.

#### 66 - SUS FUNDAMENTOS

Siempre se ha pensado que la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* tenía predominante carácter político, y sin embargo, posee un claro fundamento filosófico y un notable aspecto científico, además.

##### a) Su fundamento filosófico

En Filosofía sólo la identidad es principio, y nada más lejano a la semejanza que delito y pena. Ya Moddermann, en Holanda, y Ferri, en Italia, ridiculizaron la pretendida igualdad y correlación entre delito y castigo. Equivaldría a preguntar: ¿cuántos kilos de hierro se necesitan para hacer un traje de paño? Pero ha sido modernamente cuando Carlos Cossio ha puesto de relieve la base filosófica de las restricciones que suponen el universal apotegma

*nullum crimen, nulla poena sine lege*. Si tal identidad entre delito y sanción no existe, debe limitarse la pena cuanto más sea posible.

No olvidemos que la cabeza filosófica mejor dotada que ha habido en estos tiempos, la de Manuel Kant, consideraba la justicia punitiva vinculada a la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre. Es decir, la identidad campeaba en ella: al que mata, se le da muerte; al que lesiona, se le infiere igual daño.

### b) Su significación científica

En la ciencia de nuestro Derecho, los principios *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, y nullum crimen sine poena legali*, fueron afirmados por vez primera en el *Lehrbuch* de Anselmo von Feuerbach, con alcance *meramente científico*. La teoría de la *coacción psíquica*, defendida por el gran escritor, está íntimamente ligada a estos principios enunciados: para que la pena produzca su función de coaccionar psíquicamente, han de hallarse definidos el delito y la pena en la ley, ya que para producir una amenaza efecto intimidante, el amenazado tiene que saber por qué se le conmina y con qué se le coacciona. De la teoría de la prevención deduce Feuerbach que el “más alto principio del Derecho penal” se formula así: “Toda pena jurídica en el Estado, es la consecuencia jurídica de una ley fundada en la necesidad de la conservación del Derecho exterior y que amenaza la lesión jurídica con un mal sensible. De aquí surgen las siguientes máximas no sometidas a excepción alguna: I. *La existencia de una pena supone una ley penal anterior*, «*nulla poena sine lege*». Pues solamente la amenaza del mal por la ley, fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II. *La existencia de una pena está condicionada por la existencia de la acción amenazada*, «*nulla poena sine crimine*». Pues la pena conminada está ligada por la ley al acto como supuesto jurídicamente necesario. III. *El acto legalmente amenazado* (el supuesto legal) *está condicionado por la pena legal*, «*nullum crimen sine poena legali*». Pues el mal, como una consecuencia jurídicamente necesaria, está ligado por la ley a la concreta lesión jurídica.”

Importa advertir que, modernamente, R. Goetzler afirma que también es posible encuadrar científicamente el principio *nulla poena sine lege* derivándolo de la idea de la retribución.

Ernesto Beling que ha expuesto la teoría de la *tipicidad* por vez primera, la ha dado desde su primer libro un valor decisivo en la

construcción técnica del delito, y ha estudiado últimamente el significado del principio *nulla poena sine lege* para la determinación de los conceptos fundamentales de las infracciones. Ahora bien; puesto que no hay delito sin *tipo legal* claramente formulado, es posible, en el sentir de Beling, llevar más allá el principio *nullum crimen sine lege*, diciendo: "no hay delito sin tipicidad" (*kein Verbrechen ohne Tatbestand*).

También J. Goldschmidt cree que el principio *nullum crimen sine lege* tiene no sólo justificación por razones de Derecho público, sino en el propio Derecho penal, pues responde a la "tipificación de la antijuridicidad". Pero también halla motivaciones de estricta índole jurídico-penal a la máxima *nulla poena sine lege*, pues la "cuantía de la pena conminada valoriza el bien jurídico protegido por el señalamiento de la pena".

#### 67 - SU ASPECTO POLÍTICO

Mas, cualquiera que sea la trascendencia que estos principios tengan en filosofía o en el ámbito técnico penal, lo cierto es que su origen y predominante sentido fueron y son fundamentalmente políticos.

Ya en 1215, en el artículo 39 de la *Magna Charta* inglesa, concedida por el rey Juan Sin Tierra, se proclamó el principio a virtud del cual, *nullus liber homo* podría ser penado *nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae*. Los emigrantes ingleses llevaron este principio a Norteamérica, donde fué consagrado en la Declaración de los derechos del hombre en Filadelfia, el año 1774, y luego adoptado por la Revolución francesa, por influjo de la doctrina de Montesquieu sobre la división de poderes, y por las ideas de Rousseau, así como por la difusión de la doctrina de Beccaría, que en su famoso libro escribió: "sólo las leyes pueden decretar penas para los delitos, y esta autoridad no puede residir más que en el legislador". El artículo 4º de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789 decía: "*La loi ne doit établir que les peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée.*" El principio pasa a las Constituciones revolucionarias francesas de 1791 (art. 8º), de 1793 (art. 14) y del año III (art. 14), aunque no siempre fué respetado: el Decreto que facultaba al Tribunal para darse por enterado y poner fin al proceso, que Robes-

pierre escribió de su puño y letra para el caso de los Girondinos, fué aplicado en abierta infracción del artículo 14 de la Constitución de 1793, entonces vigente.

Esas máximas, fundadas sobre los ideales de la Época de las Luces, son impuestas en todos los países democráticos como piedra angular de su Derecho punitivo.

### 68 - SU VALOR PRESENTE Y FUTURO

En los tiempos anteriores a la primera guerra universal parecía tan definitivamente asentada la libertad, que los penalistas pudieron vacar en su propia disciplina hacia aspiraciones técnicas que, en cierto modo, no resguardaban, como antaño, la libertad de los hombres.

En particular se dibujaron dos extremas teorías en las que hubiera sido inútil el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. En la tesis de Garófalo y de Fioretti, en que el individuo no significa más que una molécula de la sociedad y no puede hacer valer su derecho, cuando su conservación pondría en peligro la del organismo social, y que, por ser más una fiera que un ser humano, no tendrían para qué discutirse sus derechos, la garantía penal no sería precisa.

Tampoco ha de ser necesaria en la concepción de Dorado Montero, en la que el juez, auténtico "médico social", llegaría a ejercer libremente su profesión, como los médicos del cuerpo, ya que no impondría penas, sino verdaderas medidas protectoras de los delinquentes y de la sociedad.

Pero, por fortuna, las ideas de Garófalo y de Fioretti ya pasaron de moda; y, por desgracia, aún está lejano el ensueño del maestro salmantino.

Por otro lado, la creencia de que la libertad se había asentado de un modo definitivo entre los hombres, se ha visto defraudada por las modernas instalaciones de dictaduras y de derechos autoritarios. Es hoy más urgente que nunca defender la libertad y su principal garantía, que en el ámbito político y penal se halla en el mantenimiento del apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*, aunque dotando, especialmente a la segunda parte del aforismo, de la suficiente flexibilidad para que puedan establecerse en los Códigos modernos el arbitrio judicial y la necesaria indeterminación de las medidas penales.

## CAPÍTULO XI

### CONCEPTO Y CLASES DE INTERPRETACIÓN

#### 69 - NECESIDAD DE INTERPRETAR LAS LEYES PENALES

Ante la ley se eleva la múltiple variedad de la vida a la que hay que aplicarla; es decir, que la ley debe ser interpretada.

En holocausto exagerado al principio antes expuesto sobre legalismo (vid. *supra*, cap. X-65 y sigts.), y al estrecho ligamen que debe existir entre el juez y el Derecho escrito, aparecieron las *prohibiciones de interpretar la ley penal*, de que se ocupó primero von Bar, con original maestría, y luego Binding, von Hippel, E. Schmidt y Mezger. Podemos decir, incluso con la misma frase que empleó Carlos Binding, que ya está superada para siempre la "barroca prohibición" de interpretar las leyes. Sin embargo, fueron ilustres los nombres de los que recelaron de la interpretación en materia penal. Beccaría pensaba que el soberano es el único depositario de las leyes y el juez hace un mero silogismo (dos silogismos serían la incertidumbre).

En materia legislativa ya existió un precepto prohibitivo de interpretar las leyes penales. Los comentarios u observaciones al Código penal bávaro de 1813-1814 se oponían taxativamente a todo otro comentario y se mandaba a los profesores de las Universidades atenerse a aquéllos.

La labor de interpretación es inseparable de cierto subjetivismo. Apenas la ley entra en vigor surgen varios modos de entenderla por quien la interpreta por estudio u oficio. De esta divergencia derivan a veces las sentencias contradictorias. De ese temor surgió el afán de prohibir o fijar las interpretaciones legales. Recordemos que Napoleón, ante los comentarios de Toullier, exclamó: "Mon code est perdu!"

Sin volver a las antiguas prohibiciones, se ha propuesto, para evitar esos peligros, acabar con la interpretación libre o inevitable-



mente varia. Filangieri y Romagnosi propusieron un "Censor Supremo" o un "Supremo Consejo" que, con carácter oficial, interpretase las leyes, al modo como se hizo con el Código bávaro antes citado y como ha ocurrido en la Alemania nazi con la ley de 28 de junio de 1935 que reformó el párrafo segundo del Código del Imperio. Fué Ambrosoli quien propuso esto en Italia, en 1859, diciendo que "al lado de la ley lapidaria, debía dictarse otra de tipo explicativo". Por último, no ha faltado quien solicite que se dé carácter de interpretación obligatoria a las sentencias del Tribunal de Casación.

El inconveniente de tales sistemas sería insuperable: se estatificaría la ciencia sin provecho alguno, ya que, cuando cambiasen los componentes de tal Consejo Supremo o de la Corte de Casación, variaría, incuestionablemente, la manera de interpretar las leyes que les estaba confiado esclarecer. Por otra parte, como Carrara observó, si pudiera encontrarse un hombre tan sabio que nos diese en pocas palabras y de modo nítido la voluntad de la ley, sería mejor encargarle que compusiera leyes, en vez de que hiciese los comentarios de ellas.

En suma: es forzoso aceptar la interpretación de las leyes y proclamar que todas han de serlo, no sólo las oscuras. El hecho de aplicar la ley supone interpretarla, ya que al hacer el cotejo de su contenido con el hecho real se precisa un proceso de subsunción al que contribuyen los órganos interpretativos —a veces el legislador, con eficacia obligatoria, el científico y siempre el juez— con medios literales o teleológicos y con resultados declarativos, restrictivos, extensivos o progresivos.

A menudo, los Códigos civiles dan normas interpretativas que pueden ser aplicadas al Derecho penal, aunque teniendo en cuenta su especialidad.

## 70 - NATURALEZA DE LA INTERPRETACIÓN

Es fuerte la polémica sobre si la interpretación es o no creadora. Ya vimos que el juez no crea Derecho (cf. *supra*, cap. IX-57) y después diremos que sólo descubre la voluntad de la ley. Para nosotros, la función del juez no es creadora de Derecho, pero cosa distinta es si la interpretación tiene o no función creadora. Atendiendo a su propia existencia, ello nos parece indudable. Desde el momento en que la *ciencia del Derecho* (que interesa a la inter-

pretación y que difiere del *problema de los principios legislativos*, como dice Schwinge en su libro sobre la lucha de métodos en Derecho penal) tiene que orientarse con arreglo a *finés*, aparece como formación conceptual, que no sólo reconoce (función cognoscitiva), sino que forma (función emocional) y, por tanto, y de modo necesario, como *formación conceptual creadora*.

Ahora bien, lo que se crea son posibilidades de aplicación, que tienen que ser siempre ordenadas a la ley, como veremos al ocuparnos de la interpretación progresiva.

La función creadora se demuestra también por otra vía: Toda interpretación se propone el descubrimiento del verdadero sentido (espíritu) de la ley; es decir, su *voluntad*, para contribuir a la tarea de aplicarla al caso concreto. Este hecho de vivificarla para que se produzca la subsunción judicial es, como ha observado Mezger, una auténtica función individualizadora y, en consecuencia, creadora.

Este aserto lleva a Max Ascoli, en su penetrante obra sobre la interpretación de las leyes, a decir que “el problema sobre la naturaleza de la interpretación no es técnico o interno de la Filosofía del Derecho, sino que es un problema continuamente suscitado por el Derecho a la Filosofía”, que el dogmatismo provoca y que no puede afrontar. Por eso, Ascoli sitúa al margen de la Dogmática los problemas de la interpretación. A nuestro juicio, no es posible afirmar que la interpretación de las leyes penales esté fuera de la Dogmática, y por ello de la Parte general, sino, en todo caso, que supone la existencia de una previa indagación filosófica sobre el concepto abstracto de la interpretación de las leyes, como el Derecho penal supone el debate filosófico del concepto del Derecho y del Derecho penal, sin negar que sobre él puede edificarse una Dogmática.

#### 71 - CLASES DE INTERPRETACIÓN

La interpretación se divide conforme al sujeto que la hace, a los medios que se emplean y al resultado a que se llega. Conforme al *sujeto*, puede ser auténtica doctrinal y judicial. Según los *medios* usados, será literal y teleológica. Y de acuerdo con los *resultados*, podemos considerarla declarativa, extensiva, restrictiva y progresiva.

Vamos a ocuparnos ahora de las clases de interpretación en orden al sujeto, para ocuparnos de los medios y de los resultados al hablar de la que hacen los jueces.

## 72 - INTERPRETACIÓN AUTÉNTICA

Es la explicación del contenido de la ley o del precepto legal hecho por el propio sujeto de que emana (legislador en caso de ley formal).

Se discute por los autores la naturaleza de la llamada ley interpretativa. Los civilistas piensan que se trata de una nueva, y Grisigni nos dice que, en realidad, más que interpretación de la ley antigua, debe hablarse de *normas de interpretación*. Este es también nuestro criterio.

La ley formal sólo puede ser interpretada por el legislador. Y las disposiciones legiferantes lo serán por el propio sujeto de que proceden. Sin embargo, las leyes delegadas no transmiten al Poder Ejecutivo facultad de interpretarlas, salvo si también esto se delega expresamente, ya que la delegación se agota al publicarse el Decreto-ley.

## 73 - INTERPRETACIÓN CONTEXTUAL Y POSTERIOR

### a) Interpretación contextual

Es la hecha por el legislador en el propio texto de la ley. Ello es frecuente en el Derecho anglosajón y puede caracterizarse como modelo la *Interpretation Act*, de 1789, que rige en Inglaterra. Algunos Códigos, como el argentino y el suizo, contienen preceptos de interpretación auténtica en los que definen ciertas expresiones usadas en el texto: funcionario, menor, etc., etc. Y lo mismo hacen los proyectos de Alemania, de Austria y de Checoeslovaquia.

A menudo, los Códigos contienen definiciones suplementarias que son la verdadera interpretación contextual.

Extraordinariamente importante es la fijación del poder interpretativo contextual de la rúbrica o epígrafe de títulos y capítulos. Cuando el tipo no se ha descrito, la rúbrica puede hacer imposible la subsunción de ciertos hechos. Por ejemplo: en los Códigos como el español y el argentino, en donde no se define expresamente la violación de prostituta, ésta no puede inculparse, a no ser como simple coacción, porque el título en que la violación se contiene dice: *Delitos contra la honestidad*. En cambio, en Venezuela, aunque el título consiguiente lleve por epígrafe *Delitos contra las bue-*

*nas costumbres*, se ha legislado expresamente sobre la violación de la prostituta.

No es posible incriminarla en España, ni en la Argentina, porque la prostituta no tiene honestidad y la rúbrica alude al bien jurídico que ese delito protege; pero, en cambio, el epígrafe no tendría valor bastanté para desincriminar lo que el propio tipo ha dicho en Venezuela, porque la disposición especial predomina sobre la general. Por eso la interpretación contextual de las rúbricas ha de ser manejada con suma prudencia.

*b) Trabajos preparatorios, discusiones parlamentarias, exposición de motivos, etc.*

No pueden considerarse tales documentos como interpretación auténtica, puesto que sólo aluden al proceso de generación de las leyes. Nos descubren la voluntad del legislador, pero no el espíritu de la ley, la voluntad de ésta, que, en última instancia, es la que debe esclarecer el juez, como veremos en el capítulo próximo.

En la Argentina, y en la mayor parte de los países hispano-americanos, se llegó, por una extensión mal entendida, a considerar como interpretación auténtica la exposición de motivos, las notas de los codificadores y las discusiones parlamentarias, sobre todo en lo que respecta a la opinión de las comisiones informantes del Parlamento. Ahora, en la Argentina se ha rectificado este criterio, saltando al extremo opuesto. Negar todo valor a estos documentos que nos enseñan la generación de las leyes, equivale a oponerse al elemento histórico que, a veces, puede ser interesantísimo para descubrir sus telos.

*c) Interpretación auténtica posterior*

Esta es la que hace el legislador (o la instancia de donde el documento legiferante emane) después de dictada la ley, en casos de excepcional importancia, para fijar su intención y alcance. Ya hemos dicho que, más que leyes nuevas, se trata de normas interpretativas, y ello tiene extraordinaria trascendencia para su retroactividad, conforme veremos luego (cf. *infra*, cap. XVI-105 a).

#### d) *La fe de erratas y la ley con errores*

La fe de erratas no es una interpretación auténtica; no es interpretación Sólo corrige los yerros materiales, y en el caso de que, como ocurrió en España con la ley de 1º de enero de 1871, se permitiese establecer preceptos nuevos, como la penalidad de las faltas frustradas, entonces la fe de erratas, en este punto, se convierte en una nueva ley que crea disposiciones penales y que como tal nueva ley se comporta.

Tampoco se trata de interpretación *sensu stricto*, sino de fijar y depurar el contenido de las leyes, cuando se dictamina el alcance de los errores de imprenta y conceptuales no enmendados. Mezger opina que si frente al documento original existe una falta de imprenta, decide aquél. Si puede enmendarse debe hacerse, aunque sea tardíamente.

Pero, si no se enmienda, el propio juez puede, en holocausto de la voluntad legislativa, corregir los defectos. Esto es valedero y exacto si la errata da un sentido absurdo e ilógico al propio texto que se necesita interpretar. Pero, a veces, la errata, tardíamente descubierta, no puede cotejarse con el original, por haberse éste extraviado. Si esto ocurre, y si el error de imprenta no da un sentido absurdo al texto, éste es el que vale, aun errado. Así ocurrió en España con la agravante de "cuadrilla" (núm. 15, art. 10), que necesitaba ir unida al "despoblado" para que produjese efectos de agravación. Esto fué producto de una errata, como lo prueba su enmienda en el texto del Código de Cuba y Puerto Rico de 1879, que era el mismo Código español con muy pocas correcciones. En él figuraba la "cuadrilla" separada del "despoblado", como ahora está en el Código español, después de la reforma de 1932.

Los errores de redacción y conceptuales deben ser tratados con mayores precauciones. A pesar de que la ley declare lo que el legislador no quiso, si el espíritu de ella es terminante, vale lo que dice, y no lo que el legislador deseó consignar. Lo mismo puede decirse del error en el motivo.

## 74 - INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

Es la explicación del contenido de las leyes penales por el científico, y consiste en descubrir la voluntad de la ley acudiendo a la Dogmática jurídica.

Su valor es descollante, ya que divorciar la teoría de la práctica conduciría al absurdo. Pero ello no supone que volvamos, como en la época de Roma, a dar suprema valía a las opiniones de los juriconsultos, ni a volver a la Ley de Citas, ni a considerar las opiniones de los prácticos como integrantes de las normas jurídicas.

Suele ser usual en los países hispanoamericanos apuntalar la ley con numerosas citas de autores. Las sentencias toman así un carácter distinto del aspecto imperativo que han de tener, y asumen más bien la índole de una monografía escrita sobre el tema que el juez decide.

Yo no niego que, a veces, la opinión de un escritor que influyó decisivamente en la composición del Código, o que ha interpretado con acierto indiscutido un texto concreto, incluso extranjero, siempre que sirviera de modelo al nacional, puede ilustrar el propio criterio del intérprete y darle más vigor. Pero de esto a llenar los pliegos oficiales con párrafos de autores que a veces son exóticos y radicalmente ajenos al Derecho que se trata de esclarecer, hay un abismo.

Las sentencias han de tener un aspecto terminante y claro. Estas invocaciones de autores extranjeros más empañan que aclaran su contenido jurídico.

Los jueces deben formarse en el estudio, y cuanto más copiosas sean sus bibliotecas y sus lecturas, mejor acertarán en la interpretación; pero lo mismo que el arquitecto manda quitar los andamios cuando el edificio está ya enhiesto, el juez no necesita traslucir el manejo científico con el que construyó los resultandos, los considerandos y el fallo.

## 75 - INTERPRETACIÓN JUDICIAL

*a) Concepto e importancia*

Es la que se hace por los órganos jurisdiccionales con el fin de aplicar las leyes descubriendo la verdadera voluntad en ellas con-

tenida. A diferencia de la auténtica, *no es obligatoria para todos*, y sólo ejercita su fuerza para el caso concreto.

Su importancia es enorme. Por eso vamos a destinar un capítulo —el próximo— a tratar de ella, y allí nos ocuparemos de los medios interpretativos y de los resultados. En verdad, ni aquéllos ni éstos son exclusivos del intérprete judicial, y lo mismo los aplican, y con iguales resultados, los científicos. Pero, por ser la interpretación del juez cotidiana y mucho más eficaz que la doctrinal, diremos, al estudiarla, cuanto se precisa sobre los medios y resultados. Estudiemos aquí, a modo de preámbulo, la función de los jueces.

### *b) La función del juez*

Por lo mismo que en manos de los jueces se halla la suerte de los hombres, deben reunir las máximas condiciones de competencia y responsabilidad. Han de hallarse especializados, y no sólo deben conocer el Derecho, para juzgar de los hechos, sino también deben ser peritos en Criminología, puesto que juzgan hombres.

A nosotros, predominantemente juristas, nos interesa fundamentalmente la función del juez como descubridor de la voluntad de la ley penal.

Ha de ser intérprete y no creador del Derecho, según venimos repitiendo reiteradamente. Esta es la auténtica función en la época actual, aunque en la pasada los jueces creaban también normas productoras de Derecho. En la Edad Media extraían de su conciencia jurídica las disposiciones imperativas, y en España dejaron nombres imperecederos al respecto Nuño Núñez Rasura y Laín Calvo. El Rey Sabio se preocupó de terminar con la función creadora de los jueces y habló de ella en el prólogo de Las Partidas y del Fuero Real para condenar la libertad de los que aplicaban justicia en su reino.

La formación de las normas jurídicas pone fin a la impropia misión creadora de los jueces, pero la numerosa y contradictoria variedad de las leyes hizo que los magistrados tuvieran la más plena libertad para elegir unas u otras. Los jueces poseyeron así carácter de árbitros, aunque en menor medida de lo que se ha dicho, hasta las postrimerías del siglo xviii. La reacción fué extremada, y a ella se debe el afán, del que Beccaría se hace eco, de acabar con la interpretación judicial. Con razón, Adolfo Prins dijo que la Bastilla era la arbitrariedad; pero también suponía la sentencia indeterminada.

Ahora que los jueces tienen especialización, preparación y responsabilidad, puede ponerse en sus manos un arbitrio más amplio que el que tuvieron al inaugurarse la época codificadora.

### c) Examen del llamado Derecho libre

Varios autores y algunas legislaciones vigentes tratan de dar un papel mucho más amplio al juzgador, o por el camino de la analogía o por la más ancha ruta del Derecho libre. Como es bien sabido, Kantorowicz transforma al juez en creador del Derecho, para llenar las lagunas que dejó el legislador en sus preceptos. Más lejos aún ha ido Viazzi, que concibe la sociedad futura sin leyes, en la que el juez deberá resolver todo género de hechos conforme a la equidad, sin tener que aplicar al caso concreto el Derecho taxativo de fórmulas preexistentes.

Las legislaciones autoritarias comenzaron por dotar al juez de un arbitrio extremo. En Rusia había de atenderse a la *conciencia socialista*, cuando se cancelaron las leyes de los zares. En Alemania, la analogía ha ido mucho más allá que en la propia Unión Soviética, y al imponer la ley de 28 de junio de 1933 el *sano sentimiento del pueblo como fuente de Derecho*, se ha aproximado tanto al Derecho libre, que Fleisner, Klee, Nithhamer, etc., discuten el tema, que luego Glispach trata, sobre si la función del juez es creadora de Derecho o si debe llegarse a un Derecho libre. La Sociedad Alemana para el Derecho penal, en su sesión de Munich, celebrada del 27 al 29 de octubre de 1938, trató como primer tema el de "la creación del Derecho por el juez".

Más adelante veremos (vid. *infra*, cap. XIV-91) cómo la analogía de Alemania ya no fué tal. Lo dijo, con su alta autoridad, Edmundo Mezger. El Derecho es una cosa tercera que lo mismo emana de la ley que del sano sentimiento del pueblo. Acaso no se trate de Derecho libre, ya que los jueces del Tercer Reich lo que hacen es interpretar la ley conforme al espíritu de Hitler, mas es algo extraordinariamente semejante.

Para nosotros, el Derecho libre es inaceptable. Mientras la pena mal impere y no se llegue al Derecho protector de los criminales de que Dorado habló, la función del juez es sólo interpretativa y creadora de nuevas posibilidades de subsunción, puesto que, al mismo tiempo que aplica la ley al delincuente, salvaguarda la libertad humana.



## CAPÍTULO XII

### LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

En el pasado capítulo definimos el papel del juez como descubridor de la voluntad de la ley, en función de intérprete, pero no de creador de fuentes jurídicas.

#### 76 - FORMAS DE LA INTERPRETACIÓN HECHA POR LOS JUECES

Todos los jueces, desde la Instancia más ínfima hasta el Tribunal de Casación, interpretan las leyes, y en su forma ordinaria es la que se hace en el proceso de subsunción. Podría decirse que la jurisprudencia constituye una interpretación privilegiada. No voy a decir más de ella, sino sólo reafirmar que, por alta que sea la Corte de que proceda, jamás puede ser fuente productora de Derecho y el juez inferior puede apartarse de la doctrina sentada en casación, cuya sentencia sólo obliga al Tribunal *a quo*, que es su destinatario, lo mismo que obligan los fallos a los condenados a quienes se destinan, y esto no en cuanto son normas individualizadas, sino porque, según dijimos ya, hay una norma generalizada en el Código de Enjuiciamiento Criminal que así obligatoriamente lo ordena a los jueces a quienes se casa la sentencia, o que declara que es ejecutivo el fallo no apelado, o que agotó sus trámites (vid. *supra*, capítulo XI-75 b).

#### 77 - SU OBJETIVO

Lo que el juez ha de esclarecer con su interpretación es la “voluntad de la ley”, que es el único derecho obligatorio, y no la “voluntad del legislador”, que se refiere al proceso generativo de las disposiciones jurídicas.

Antes se hablaba de la intención de quien legisla, y ello no dejaba de ser lógico, porque las leyes procedían del autócrata, del rey absoluto. No había discusiones parlamentarias, ni resultaba la ley modificada por enmiendas. Ahora ocurre así, siendo imposible considerar la voluntad del legislador, que es sobremanera heterogénea. Hasta los votos negativos, que indican la adversa opinión de quienes los emiten al contenido de las leyes, pueden ser decisivos para la aprobación de éstas. Pensemos en aquellas de carácter especial que requieren constitucionalmente un alto *quórum*. Los grupos adversarios a la ley podrían impedir su aprobación no asistiendo. Al concurrir, aunque sea para votar en contra, contribuyen al nacimiento de las disposiciones legales que combaten.

Repitamos que debe esclarecerse por el juez la voluntad de la ley, considerada objetivamente, y no la que sus autores han querido que fuese. Así deben entenderse preceptos que como el artículo 3º de las disposiciones preliminares del Código Civil italiano, aluden a la *intención del legislador*.

Pero lo que en verdad busca el juez es el espíritu, propósito y razón de la ley; esto es, *su voluntad*, no sólo por cuanto acaba de decirse sino también porque puede ocurrir que sea necesario atender, no al momento en que la ley fué elaborada, sino al instante de su aplicación, teniendo en cuenta las modificaciones sobrevinidas en otros sectores del ordenamiento jurídico, considerado en su conjunto y en su unidad. Una ley no tiene sólo valor *per se*, sino que recibe limitaciones y coloridos de otras leyes. Si alguna de éstas se modifica, puede resultar reformada la significación y el alcance de otras que siguen inalterables en su texto. Esto es irrefutable en caso de remisión expresa o tácita a otras leyes; pero puede ser incluso cierto sin tales referencias, dada la solidaridad de las distintas piezas del sistema jurídico. La voluntad de la ley se descubre según reglas y medios de los que hablaremos en seguida, llegando, en su virtud, a resultados que también trataremos.

## 78 - REGLAS Y FRONTERAS

### a) Valor de los precedentes

Los precedentes, es decir, la interpretación judicial en casos anteriores y semejantes, carecen de fuerza obligatoria, puesto que hemos dicho que la jurisprudencia no es productora de Derecho,

ya que interpretar una ley no significa elaborar una norma aplicable a toda la serie de casos futuros. Sin embargo, los precedentes tienen un gran valor, al dar una directiva para los casos análogos y futuros, sobre todo si los jueces de donde la doctrina procede son de máxima jerarquía.

### *b) Misión del juez y su límite*

Como ya hemos venido afirmando, el juez no crea Derecho. No puede colmar las mal llamadas lagunas de la ley, aunque, al respecto, ha de distinguirse su actuación, según interprete Derecho civil o Derecho penal.

La plenitud hermética del Derecho no debe ser invocada en materia penal en la misma forma que se hace en Derecho privado. En éste los jueces tienen el deber de fallar los pleitos y demás negocios jurídicos. La norma está en el Código civil, que, como el español, afirma que el tribunal que rehusare fallar, a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Los Códigos penales establecen el precepto y la sanción de esa norma civil. El artículo 369 del Código penal español y el 263 del Código penal argentino son buenas pruebas de lo que decimos. También el Código civil venezolano, en holocausto de la plenitud hermética del Derecho, ordena que "cuando no hubiere disposición precisa de la ley se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del Derecho".

Mas, como hemos venido afirmando tan reiteradamente, esto no acontece en Derecho penal, en el que los tipos son como islotes comunicados, en holocausto del principio de reserva que la Constitución proclama y del principio de legalidad que ya hemos estudiado (vid. *supra*, cap. X-65 y sigts.).

A pesar de cuanto acabamos de decir, el juez penal tiene también facultades para adaptar la ley a la vida, y aun cuando no aceptemos la interpretación correctiva, que, según dice Kohler, es peligrosa, puesto que la pretensión de extraer de las leyes lo que hay en ellas latente puede conducir a la analogía y hasta al Derecho libre, no puede ser negada la interpretación progresiva de que nos ocuparemos al final de este capítulo.

### c) Interpretación e índole del delincuente

Sumo cuidado ha de tenerse al manejar la doctrina de Ferri y de Lessona de que las leyes se interpretan según la índole de los criminales. Benignamente, si se trata de delincuentes de ocasión y pasionales, y *ad literam* en caso de criminales locos o de hábito. En realidad, esto no es problema de interpretación, sino de aplicar las penas en orden a las categorías de delincuentes —si la ley las enuncia— o conforme al juego de agravantes y atenuantes que aparecen en todos los Códigos vigentes y que también se consignan en los de Hispanoamérica.

El juez, para descubrir la voluntad de la ley, debe usar medios interpretativos gramaticales y teleológicos y elementos muy varios para descubrir el fin de la ley.

#### 79 - INTERPRETACIÓN GRAMATICAL

Advirtamos que la interpretación debe ser siempre única y que el juez ha de valerse armónicamente del medio gramatical y del teleológico.

El primero de esos medios busca el valor de las palabras. La ley escrita puede ser interpretada en forma literal y sintáctica.

A nuestro modo de ver, se trata de un grado inferior de la interpretación, aunque se parta del supuesto de que todas las palabras tienen significado, de que nada hay superfluo y de que el texto expresa exactamente la voluntad de las leyes.

Las palabras pueden ser de uso común o del lenguaje técnico. Las primeras deben interpretarse según el sentido del idioma del país, aunque, a veces, el legislador les ha dado significación especial. Cuando la ley emplea términos técnicos, éstos deben interpretarse con el contenido que tienen en el Código o en la ley, a no ser que conste otra cosa de modo indubitable. Cuando una palabra tiene significado usual y técnico, sería erróneo creer que, por estar en el Código, ha de ser interpretada siempre técnicamente. A veces, como ha ocurrido en España, al desentrañar la índole de la frase “acciones u omisiones voluntarias”, consignada en el artículo primero del Código penal, o la palabra *daños*, que se usaba en 1870 en la parca fórmula del estado de necesidad, en el número séptimo del

artículo octavo, han tenido que interpretarse esas palabras de un modo inverso. Técnicamente, la primera, y conforme al significado corriente de la palabra "daño", la segunda.

En cuanto encontramos dificultades para hallar el sentido de una frase, tenemos que extravasar la mera interpretación gramatical e ir a parar a la teleológica, indagando el espíritu de las leyes mediante el manejo de la *ratio legis* y del sistema del ordenamiento jurídico total.

En suma: hemos superado la etapa en que sólo se consideraba justa la interpretación literal y ya no pensamos, con Beccaría, que el espíritu de la ley puede depender de la buena o mala lógica del juez, de su buena o mala digestión, de sus pasiones, de su debilidad, de sus relaciones con el ofendido, etc., etc. Alegatos ciertos, puesto que son seres humanos, pero que no bastan para reducir la empresa de juzgar a una tarea filológica. Ya dijo Cicerón que la interpretación apegada a las palabras, sin tener en cuenta la *mens* legislativa, sería *callida et malitiosa iuris interpretatio*.

#### 80 - CONCEPTO DE LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

Hemos abandonado los *ius-penalistas* la usadera terminología de interpretación lógica. Roberto von Hippel la combatió, y Mezger la enterró definitivamente.

Si nuestra disciplina es finalista y sólo puede ser trabajada con el método teleológico, teleológica ha de ser también la interpretación de las leyes. Ésta es la que mejor descubre la íntima significación de los preceptos, la verdadera voluntad de la ley, deduciéndola, no sólo de las palabras, sino de los múltiples elementos que contribuyen a formar las disposiciones legislativas.

Cuando el uso de la interpretación gramatical y de la teleológica nos conduce al mismo resultado, podemos decir que nos hallamos en posesión de la verdad. Pero ¿y si hay conflicto? Dorado Montero, exagerándolo, nos dice que si se hace prevalecer la letra habrá *injusticia*, y si, por cumplir el espíritu de la ley, se descuida aquélla, hay *peligro*. Dorado cree que la solución sólo puede hallarse en el arbitrio de los tribunales y, sobre todo, en conquistar una etapa en que la pena, en vez de ser un mal, se convierta en un bien. Esto es exacto de *lege ferenda*; pero el juez interpreta todavía de *lege lata*. Carrara, en caso de que no coincidieran esas dos interpretaciones, *distingue*, para allanar el dilema, entre "la declaración de punibilidad" y "la aplicación de la pena". Cuando se quiere atribuir

al ciudadano una violación de la ley, hay que atenerse estrictamente a la letra. El particular —continúa Carrara diciendo— no tiene conciencia de delinquir cuando la ley es muda. Pero, al aplicar la pena, según el maestro de Pisa, hay que atenerse al espíritu. Es decir, que no se castigará cuando la letra indujo a uno a creer que delinquía y el espíritu de la ley era no penar. En el primer caso falta la “voluntad criminosa” y en el segundo la “voluntad del legislador”.

El elegante párrafo de Carrara no deja de tener defectos. Incluso cuando la ley es muda, el hombre puede conocer que comete un acto injusto, puesto que la norma habla en el estado de cultura de cada país, aunque la ley esté callada.

Para nosotros, cuando hay divorcio aparente hay que resolverlo siguiendo el camino que los dos métodos indican y llegar hasta el fondo de la finalidad que la ley pretende con su disposición. No queremos con ello reivindicar el aforismo de que “la letra mata y el espíritu vivifica”, pero sí repetimos que, en cuanto la letra es oscura, hay que iluminarla con el método teleológico.

#### 81 - ELEMENTOS DE LA INTERPRETACIÓN FINALISTA

Son elementos de esta clase de interpretación: el teleológico *sensu stricto*, el sistemático, el histórico, el comparativo extranjero, el extra-penal y el extra-jurídico.

##### a) La “*ratio legis*”

Buscar el fin de la función para que fué creada la ley es, en última instancia, la excelsa labor de quien juzga. La formación teleológica de los conceptos, que como reacción contra el excesivo formalismo, de una parte, y de otra, contra la interpretación excesivamente sociológica de los mismos, es una característica de la ciencia penal alemana anterior al advenimiento de Hitler, tiene valor decisivo en la interpretación que se logra determinando todo el fin que inspiran las concretas disposiciones legales.

Ya nos hemos ocupado de este asunto al hablar del método teleológico, y hemos traído a colación los nombres de von Liszt, Grünhut, Wolff, Schwinge, Hippel, Mezger y Treves (vid. *supra*, capítulo II-10 c).

En la etapa del III Reich ha tratado de destruirse en Alemania

cuanto se ha elaborado pacientemente y abominaron de los "bienes jurídicos" los partidarios de la Escuela de Kiel, Dahm y Schaffstein. Sin embargo, la concepción del bien jurídico es decisiva y a ella ha de atenerse, desentrañándose el tipo legal en todos sus elementos y requisitos, pero además del objetivo de la concreta disposición ha de fijarse el de los institutos a que se refiere, e incluso el conjunto de instituciones que regulan determinadas materias. Ello nos lleva a ocuparnos del segundo elemento de la interpretación teleológica.

### *b) Elemento sistemático*

Aunque menos perfecto que en un tratado, también existe en el Derecho positivo un orden y un sistema. Ninguna disposición jurídica vive aisladamente, sino conectada a las otras.

El profundo sentido de un artículo se nos revela en su relación con las otras leyes que regulan el mismo instituto jurídico.

A veces hay que calar más hondo y llegar hasta los principios generales del Derecho para averiguar el fin inmanente de éste.

### *c) Elemento histórico*

El Derecho vigente no surge de una vez, ni por capricho o arbitrariedad, sino que es producto de la evolución histórica. El intérprete debe seguirla paso a paso, y para conocerla pueden ser interesantísimos los trabajos preparatorios, las discusiones parlamentarias, la exposición de motivos, etc., etc. A ellos hemos aludido (vid. *supra*, cap. XI-73 *b*, al declarar que no pueden constituir interpretación auténtica. Pero ello no quiere decir que no posean una importancia descollante, como elemento histórico, para la interpretación teleológica. Ciertamente Binding ha tronado contra el valor que se asigna a los trabajos preparatorios y dice que son enemigos mortales de toda sana interpretación. Reconociendo que el subjetivismo del legislador puede no haber tenido traducción en las disposiciones legales, insistimos en que, para conocer la génesis de éstas, esos documentos son preciosos.

#### d) *Elemento comparativo extranjero*

Siempre puede usarse por razón de sistema para esclarecer aquellos preceptos que poseen valor universal; pero, únicamente tienen significado relevante cuando las leyes extranjeras han influido en la formación de la ley propia.

#### e) *Elemento extrapenal y extrajurídico*

El elemento político-social tiene relevancia grande puesto que el Derecho es forma de la vida social. Los fascistas han insistido mucho en este tema, y Romano di Falco, así como Scialoja, nos dicen que las normas de la interpretación están determinadas por la estructura del cuerpo político al que la ley pertenece.

A menudo nos encontramos en las leyes con preceptos extra-jurídicos y, tratándose de un Código penal, con términos que aluden a contenidos de la Psiquiatría. A ella hemos de acudir para saber qué es "enfermedad mental" y qué se ha querido decir con la trasnochada frase de "loco o demente", que algunos Códigos hispano-americanos emplean todavía.

### 82 - RESULTADOS DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Reiteradamente hemos dicho que el juez, aplicando los métodos gramaticales y teleológicos, puede llegar a resultados declarativos, restrictivos, extensivos y progresivos.

#### a) *Interpretación meramente declarativa, restrictiva y extensiva*

La interpretación es *declarativa* cuando la eventual duda del juez se resuelve con exacta correspondencia entre letra y espíritu. No se da a la fórmula legal ni resultado más amplio ni más restringido del que aparece en la *verba legis*.

En la *interpretación restrictiva* se reduce el alcance de las palabras de la ley por entender que su pensamiento y voluntad no consienten atribuir a su letra todo el significado que en ella podía contenerse.



Manzini ha hablado de la *interpretatio abrogans* como caso extremo de la restrictiva, a virtud de la cual se ha eliminado una ley por suponerse que otra la derogó tácitamente. No sería éste un supuesto de interpretación, sino de concurso aparente de leyes en que más tarde nos hemos de ocupar (vid. *infra*, cap. XV).

La *interpretación extensiva* existe cuando el intérprete cree que se debe ampliar el alcance de las palabras legales para que la letra corresponda al espíritu y voluntad del texto.

### b) *Error de fijar como regla inmutable el principio "odiosa sunt restringenda"*

Desde antiguo juzgóse seguro guía de la interpretación este aforismo: *Favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda*.

Por eso se decía entre los viejos jurisconsultos que las leyes penales debían interpretarse favorablemente, de acuerdo con el supuesto principio *in dubio pro reo*. Y como las leyes le son generalmente adversas, generalmente también han de interpretarse en sentido restrictivo.

Ese principio secular desdóblase en estos otros: *in dubis benignus interpretandum, in dubio mitius, in dubio pro reo, in poenis benignior est interpretatio facienda*.

Harto sabido es que los positivistas protestaron de estas antiguas prácticas y que quisieron reemplazar el principio *pro reo* por el apotegma *pro societate*.

Con mucho más moderno estilo, Hippel primero y Crispigni después (tomándolo de la doctrina alemana), han dicho que el axioma *in dubio pro reo* nada tiene que ver con la interpretación y sólo se refiere a la prueba de los hechos. Toda una monografía ha sido escrita en Alemania por Moser, como tesis doctoral, afirmando, en efecto, que *in dubio pro reo* no tiene nada que ver con la interpretación de las leyes penales substantivas.

Debemos combatir también el principio *in dubio mitius*, porque equivaldría a anular toda interpretación, ya que siempre debería escoger el juez la hipótesis más benigna.

c) *Necesidad de admitir en ciertos casos la interpretación extensiva, incluso de las leyes penales que no favorezcan al reo*

En resumen, nosotros afirmamos:

a') Que si el medio literal y el teleológico llevan a un resultado armónico y terminante, conforme a él deben interpretarse las leyes penales, sea éste *restrictivo o extensivo*, puesto que con esos elementos se ha logrado hallar la voluntad de la ley. Ya Suárez en el siglo XVII sentó doctrina sagacísima: No basta la  *semejanza de razón*  para producir la extensión de la ley, pero en caso de  *identidad de razón* , incluso las leyes penales pueden ser interpretadas extensivamente, siempre que el caso, además, esté comprendido bajo alguna propia significación de las palabras. El Profesor Mendoza lo reconoce también así en cuanto a las leyes venezolanas y se funda en que la parte especial del Código es casuística, lo que obliga a dar al juez "cierta libertad de juicio".

b') Que, si a pesar de la cuidadosa búsqueda literal y teleológica, no se llega a un resultado concluyente y persiste la duda sobre la voluntad de la ley, ésta debe interpretarse restrictivamente cuando es perjudicial para el reo y extensivamente cuando le es favorable. Sólo para este supuesto aceptaríamos el aforismo de Marcelo contenido en el Digesto:  *in re dubia benigniorum interpretationem sequi, non minus iustus est, quam tutius* .

d) *La jurisprudencia en algunos países*

La jurisprudencia española siempre proclamó la necesidad de interpretar las leyes penales de un modo restrictivo. La francesa, estudiada primero por Coste Floret y después por Ancel y Dupré, ha evolucionado en estos últimos tiempos. En la época en que primaba el individuo sobre la defensa social, la interpretación era restrictiva y se mantuvo incólume el principio  *nullum crimen, nulla poena sine lege* . Ahora, la "Haute Cour de Justice", por confusión lamentable entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, no se considera ligada al principio legalista. Las otras jurisdicciones francesas siguen la interpretación restrictiva en caso de leyes penales que establecen incriminaciones o penas, y cuando se trata de otras leyes penales "no creadoras de infracciones y penalidades" admiten una interpretación menos estricta, por creer que no interviene en ese

dominio el axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Pero el estudio de Coste Floret prueba que a veces se han hecho aplicaciones extensivas y hasta analógicas en la primera clase de leyes y se han interpretado restrictivamente las de la segunda.

La jurisprudencia argentina ha sido sagacísima y ha destacado, según los casos, los medios literales y teleológicos, así como el elemento racional y el sistemático.

La jurisprudencia venezolana, según el profesor Mendoza, ha variado en el famoso caso judicial de "Palmolive-Lahoud". Este último fué condenado en Primera Instancia a virtud de una interpretación extensiva de la ley sobre falsificación de marcas de fábrica y fué absuelto en Segunda Instancia por una interpretación restrictiva.

### e) Votos de los Congresos Internacionales

Al tratar de la analogía en el próximo capítulo (vid. *infra*, cap. XIII-86), nos haremos cargo del desarrollo que ha tenido el tema del legalismo y de la analogía en el Cuarto Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en París del 26 al 31 de julio de 1937, y en el Segundo Congreso Internacional de Derecho Comparado, que tuvo lugar en La Haya del 4 al 11 de agosto del mismo año. Sólo nos interesa consignar aquí que se afirmó a rajatabla el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y que, con excesivas precipitaciones, fué rechazada la interpretación extensiva. Todo se debió al influjo del problema político, a la reacción contra la jurisprudencia francesa de tipo pretoriano y a la mala redacción que Denedieu de Vabres dió a su ponencia, en que se reconocía la facultad del juez para interpretar extensivamente la leyes punitivas.

## 83 - INTERPRETACIÓN PROGRESIVA

El juez no puede ser ajeno a las transformaciones sociales, científicas y jurídicas. La ley vive y se desarrolla en ambientes que cambian y evolucionan, y si no queremos estarla reformando de un modo frecuente, preciso es que la adapte, como su propia voluntad permite, a las nuevas necesidades de la época.

Así, viejos textos, como el Código penal francés, han podido vivir siglo y medio. Cornil, el famoso Profesor belga, lo hace notar muy hábilmente.

El intérprete debe estudiar el problema a fondo y las modificaciones que haya podido experimentar la ley con el transcurso del tiempo, aunque los nuevos aspectos a que ha de adaptarse estuvieren lejanos de la razón originaria con que fué promulgada. Claro está que todo tiene límites. La interpretación progresiva puede hacerse siempre que las nuevas concepciones sean capaces de entrar en la fórmula general de la ley, como Geny ha observado.

Por ejemplo: *enajenado* y *cosa mueble* se han de interpretar hoy conforme a los progresos de la Psiquiatría y de las industrias modernas. Por eso, no sólo es irresponsable el "loco de teatro", sino el enfermo mental, según se trata de él en la Psiquiatría y en la Psicopatología. Así, también el flúido eléctrico se reputa cosa, y por ende, es susceptible de sustracción.

La jurisprudencia francesa ha sido, al respecto, sobremanera acertada, y proclama que los textos legales han de aplicarse incluso, a situaciones resultantes de descubrimientos científicos posteriores, cuando son susceptibles de caer bajo su imperio (sentencia de la *Cour de Dijon* de 8 de enero de 1936).

A esta clase de interpretación, que es la más interesante de todas, hemos aludido al afirmar, en repetidas ocasiones, que el menester de los jueces reviste la índole de función creadora. Dotado de medios científicos, con una carrera independiente, formado en las modernas ciencias y responsable de sus actos, el juez moderno no crea el Derecho, pero sí ejerce función creadora. Las leyes yacen inertes, flácidas, y el juez, a virtud del proceso de subsunción, las vitaliza.

## CAPÍTULO XIII

### LA ANALOGÍA

Los problemas de la interpretación se han puesto sobre el tapete jurídico a causa de la analogía. Ella ha agitado las mansas aguas de los viejos principios y de los vetustos aforismos, y aun cuando la repudiamos de plano en nuestra disciplina, tenemos que agradecerla la revisión de las antiguas máximas.

Sobre la analogía se ha escrito ya tanto que con los artículos y trabajos monográficos que la conciernen sería posible formar toda una biblioteca.

#### 84 - CONCEPTO Y CLASES DE LA ANALOGÍA

##### *a) Definición de la analogía y su diferencia con la interpretación extensiva*

A veces las leyes no han considerado en absoluto el caso que el juez tiene que decidir. No tratan de él con expresiones inadecuadas o dudosas que pudieran autorizar una interpretación extensiva. Nos hallamos ante situaciones que suelen considerarse lagunas del Derecho positivo, estudiadas por Zitelmann, Stier-Somlo, Donatti, Brunetti, Cossio, etc.

Aquellas llamadas lagunas, ¿pueden colmarse mediante el procedimiento de analogía, en holocausto de la plenitud hermética del Derecho?

La analogía consiste en la decisión de un caso penal no contenido por la ley, argumentando con el espíritu latente de ésta, a base de la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto y, en los casos más extremos, acudiendo a los fundamentos del orden jurídico, tomados en conjunto. Mediante el procedimiento analógico, se trata de determinar una vo-

luntad no existente en las leyes que el propio legislador hubiese manifestado si hubiera podido tener en cuenta la situación que el juez debe juzgar.

La analogía lleva siempre a una extensión de la ley, pero ella se distingue de la interpretación de esta índole, porque en ésta, aunque el intérprete se sirva del elemento sistemático, el caso está previsto por los legisladores, incluso con palabras inadecuadas, mientras que en la aplicación analógica no ha sido contemplada aquella hipótesis por la ley. Por eso no debe hablarse de interpretación analógica, o mejor dicho, ésta es cosa distinta de la analogía, porque la interpretación es el descubrimiento de la voluntad de la ley en sus propios textos, en tanto que con la analogía no se interpreta una disposición legal, que en absoluto falta, sino, por el contrario, se aplica al caso concreto una regla que disciplina un caso semejante. En la interpretación extensiva falta la expresión literal, pero no la voluntad de la ley, y en la analogía falta también la voluntad de ésta. Sin embargo, no se olvide que al comienzo se formula esa institución con la frase *interpretatio analogica*, por el jurista holandés Joaquín Hopper, en el año 1553, teniendo, en el sentir de este autor, más bien la acepción de lo que hoy llamaríamos interpretación sistemática.

Ahora, Norberto Bobbio ha escrito en 1938 un libro sobre *L'Analogia nella logica del Diritto*, de carácter general y filosófico y de interesantísimo contenido. Según el *ius-filósofo* italiano, no existe distinción lógica entre la interpretación extensiva y analogía y se opone a que ésta sea confundida con la libre creación del Derecho por el juez. Para él, la analogía es una forma de interpretación, y dice que los que afirman otra cosa lo hicieron, o por desconocimiento de lo que es la analogía ante la Lógica, o por el deseo de poner remedio a la insuficiencia del ordenamiento jurídico. Por eso se atribuyeron a la analogía significados impropios.

Para Bobbio, la analogía es interpretación, pero no la interpretación que supone reproducir mecánicamente los textos en forma de traducción literal, sino "interpretación en el sentido más genuino de la palabra, puesto que reproduce, no repitiéndolo sino desarrollándolo, el núcleo mismo de la norma, configurado en su razón suficiente; y no va fuera del sistema, sino que permanece dentro de él, contribuyendo a configurar el orden jurídico como un organismo que crece y se desarrolla, pero siempre por fuerza interior y jamás, por ser imposible, fuera de sí mismo". De aquí que, de un modo terminante, Bobbio niegue la diferencia entre interpretación exten-

siva e interpretación analógica. Por esto, en el último capítulo de su libro, consagrado a la analogía en Derecho penal, dice, apoyándose en su concepto de la interpretación analógica, que nada hay que la prohíba en el artículo primero del Código italiano, e insiste en que nada tiene que ver con el arbitrio judicial. En el sentir de Bobbio, todo lo que se cuestiona sobre las innovaciones del Soviet y del Tercer Reich no interesa, porque a pesar de que se llamen analogía, no lo son. Se trata de arbitrio del juez, de libre creación del Derecho, de falsa analogía y, en todo caso, de abuso de ella. En resumen: la analogía no es más que la propia interpretación extensiva, "un razonamiento jurídico".

Enteramente conformes con Bobbio en cuanto a una gran parte del contenido de su libro, pero es que el penetrante *ius-filósofo* italiano llama analogía a la interpretación analógica y todo el problema se reduce a una discrepancia de palabras. Si entendemos por analogía lo que acabamos de decir, al fijar su concepto, nos convenceremos de que ésta no es forma de interpretación.

### b) *Especies de analogía*

Los autores —principalmente Grolmann y, mejor aún, Wächter— la han dividido en *analogía legal* y en *analogía jurídica*.

La primera se obtiene acudiendo a otro precepto de la ley que regula el caso afín. La segunda surge cuando la regla para el caso omitido se deduce del espíritu y del sistema del ordenamiento jurídico tomado en su conjunto.

Con harto motivo decía Carlos Binding, que no era un adversario de la analogía, que esa distinción es incierta y que carece de importancia práctica.

Max Ernesto Mayer la divide, a su vez, en *intra legem*, *praeter legem* y *contra legem*. La primera estaría permitida y las otras dos condenadas. Pero, es el caso que no puede hablarse de analogía según ley, ya que ésta no sería otra cosa que la interpretación extensiva o la interpretación analógica, cosa bien distinta de la analogía *sensu stricto*.

Manzini y Paoli distinguen la *interpretación analógica* y el *suplemento analógico*. La primera, interpreta una ley que presenta una laguna; el segundo, suple la inexistencia de una institución general o particular. En el sentir de los dos autores citados, la primera se admite y el segundo se prohíbe.

No estamos en total desacuerdo con este criterio, porque también nosotros aceptamos la interpretación analógica y repudiamos la analogía, pero es de advertir que Manzini da un sentido amplio al primer término.

Los autores modernos hacen otros distinguos al hablar de la analogía y consideran que puede existir una forma aceptable, que llaman *in bonam partem*, y otra inadmisibile, que denominan *in malam partem*. Este aspecto de la cuestión se refiere a un asunto que hemos de tratar al final de este capítulo y allí será estudiado.

### 85 - POLÉMICA EN TORNO A LA ADMISIÓN DE LA ANALOGÍA

No se resuelve su admisión o repudio mediante clasificaciones sino tomando el tema en toda su integridad. El abuso que en el pasado se hizo del método de la analogía motivó las críticas del siglo XVIII y su radical destierro del Derecho penal liberal. Sin embargo, von Weber dice recientemente que el juez ha estado sometido a la ley mucho antes de la Época de las Luces. El sometimiento existía no como baluarte de las libertades individuales, sino como regla de "juiciosa política". Sólo durante un cierto período el arbitrio del juez se ejerció ampliamente.

Por contrapartida, ciertas exageraciones del liberalismo revolucionario motivaron que surgieran defensores de la analogía.

Ya hemos dicho que Binding y Manzini simpatizaron con ella. Más modernamente, Massari nos dice que como el juez penal es ante todo psique y elemento del ambiente, desde el que convergen presiones incoercibles y vivas corrientes del pensamiento, resulta inevitable cierta forma de analogía. Battaglini adopta una dudosa posición. En Austria, Exner propuso legitimar el uso generalizado de la analogía. De Alemania ya hemos nombrado a algunos autores. Recordemos también a Rumpf y Benedix, y en Holanda a Verkauteren.

La cuestión ha tomado ahora un aspecto muy diferente, según veremos. Los nacional-socialistas del Tercer Reich defendieron la analogía por motivos políticos. Debe citarse a Günthner, Freisler, Peters, Siegert, Schaffstein y, sobre todo, a Mezger. En Rusia ha escrito Anosof muy interesantes páginas sobre el tema que ahora nos ocupa. Mas de la analogía en la Unión Soviética y en la Alemania hitlerista trataremos en el capítulo próximo.

Mario Carrara la ha defendido por motivos científicos. La ana-



logía va al encuentro de la Antropología y reconoce de modo implícito en el delincuente su propia individualidad biofísica y su peligrosidad social independiente de acciones delictuosas, propiamente dichas.

Sin embargo, los positivistas se han manifestado claramente en contra. Así lo hizo Florián últimamente, en 1936, proponiendo una serie de remedios ingenuos para evitar la fórmula analógica. También se han manifestado sus adversarios Giacomo Perrando y, sobre todo, los juristas de la *Scuola*: Altavilla, Crispigni, Santoro, Frosali, etcétera.

En Francia, la libertad política fué siempre incompatible con la analogía. Últimamente, Dupré, en su tesis doctoral de 1938, se declaró su enconado enemigo y dice que, si bien se propone admitir la analogía para evitar la “enfadosa consecuencia” de dejar un hecho no previsto impune, ello sería poner en peligro la garantía de la libertad. “El remedio sería peor que el mal.”

#### 86 - LA ANALOGÍA EN LOS CONGRESOS INTERNACIONALES

En el Congreso Penitenciario Internacional, celebrado en Berlín en 1935, Günthner repitió lo que se venía diciendo en el Tercer Reich en defensa de este instituto: el nacional-socialismo reemplazaba la máxima *nullum crimen sine lege* por ésta: *nullum crimen sine poena*.

En el Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal, celebrado en París en el mes de julio de 1937, todas las ponencias fueron desfavorables a la analogía. La tercera cuestión del programa estaba formulada así: “¿Es deseable que el juez pueda considerar y penar un hecho que no entra expresamente en los términos de una disposición legal?” La asamblea se pronunció resueltamente “en contra del método de la analogía en la interpretación de las leyes penales” y dijo: “La exclusión del método analógico concierne únicamente a los textos que encierran las incriminaciones que determinan las penas o que prevén causas de agravación de éstas.” La prohibición del método analógico gobierna las medidas de seguridad.

Muchas serían las objeciones que podríamos presentar a este voto del Congreso de París. Nos basta con afirmar que para nosotros tampoco debe ser aceptada la analogía *in bonam partem*.

En el Tercer Congreso de Derecho Comparado, que se celebró en La Haya en agosto de 1937, se trató también del tema de la

legalidad en Derecho penal y se declaró intangible el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Las pocas defensas hechas por Dahm del sistema de su país, expuestas, en verdad, de un modo moderadísimo, recibieron franca repulsa. La excelente ponencia de Röling convenció al Congreso, en el que el voto tuvo gran valor político.

También el Congreso Jurídico holandés, en su sesión del 13 de noviembre de 1937, trató de nuevo el asunto con no menos infortunio para la analogía.

#### LA ANALOGÍA EN LOS ESCRITORES DE AMÉRICA DEL SUR

En el año 1933 defendió la analogía el Profesor de la Universidad de Montevideo Salvagno Campos. Para aplicarla en caso de "delito innominado" exigía su defensor los siguientes requisitos: 1º, la violación de una norma o de un interés jurídico individual consagrado del modo que sea en la ley punitiva; 2º, carácter eminentemente injusto de la conducta por la ausencia de todo derecho legal o natural que hubiera podido favorecer al autor. Además establecía una serie de garantías, entre las que descuellan: la previa querrela de la víctima; la demostración de la voluntad de dañar, y la necesidad de que la pena que se imponga sea atenuada. Para decidir, en definitiva, si hay o no analogía se someterá el caso a "un jurado de Derecho constituido por asesores abogados-consejeros", que tendrá a su cargo el decidir sobre los hechos. Dupré critica el sistema de Salvagno Campos y dice que las muchas garantías que almacena son buena prueba de que él mismo desconfía del propio instituto que postula.

Eusebio Gómez, en la República Argentina, se pronunció resueltamente en contra de la analogía y también lo hizo así José Peco. En su gran ponencia sobre la materia, presentada al Primer Congreso Latinoamericano de Criminología que tuvo lugar en Buenos Aires en julio de 1938, dice que la "analogía" pertenece a la norma penal, a diferencia de la "extensión", que se refiere a la interpretación propiamente dicha. La repudia por creer que lleva en germen un verdadero Derecho libre. Cree que no funcionaría realmente en los delitos comunes, ya que el legislador captó en las normas de la parte especial todos los aspectos. "Por el contrario, la arbitrariedad de los gobiernos crearía figuras delictivas que extrañarían las normas legales en la esfera político-social." Además,

se apoya en motivos científicos y no únicamente políticos: el Código penal desempeña el doble papel de readaptación de los delincuentes y de prevención de los delitos. Por ende, la catalogación específica de hechos "sirve a la vez como garantía política, como vehículo de instrucción y como medio de prevención".

En el mismo Congreso, Madureira de Pinho repudió este instituto en un trabajo un tanto confuso, en el que llama a la analogía interpretación analógica, y después de repudiarla, incluso para las circunstancias que excluyen y atenúan la pena, dice que "la *analogía legis* es la única aplicable en materia penal".

En la discusión intervino Giribaldi Oddo, que en nombre del Uruguay pronuncióse en contra de toda aplicación analógica.

El Primer Congreso Latinoamericano de Criminología resolvió:

"a) Que el principio de la estricta legalidad de los delitos y de las sanciones debe mantenerse en el Derecho positivo como garantía de las libertades individuales que consagran todos los regímenes democráticos de América. b) La analogía, como fuente creadora de delitos o de sanciones, debe proscribirse, no sólo por contrariar el principio de legalidad, sino también por razones fundamentales de técnica jurídica."

### 88 - TOTAL REPUDIO DE LA ANALOGÍA EN DERECHO PENAL

Salvo contadas excepciones en la doctrina y en el Derecho positivo, la analogía se halla repudiada en nuestra disciplina. La razón estriba en que cuando la ley quiere castigar una concreta conducta la describe en su texto, catalogando los hechos punibles. Los casos ausentes no lo están tan sólo porque no se hayan previsto como delitos, sino porque se supone que la ley no quiere castigarlos. Estamos en presencia del principio de reserva, que en Derecho penal se complementa por el ya tratado aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* y por el más moderno de que no hay delito sin tipicidad. Ello no quiere decir que el tipo legal no siga funcionando en el régimen analógico. En el supuesto de que se trate de *analogía legis*, es imprescindible la existencia de un tipo análogo al que el juez pueda referirse. La función de la tipicidad en los sistemas de analogía ha sido ya señalada por Berling, y en años posteriores puesta de relieve por Mezger, que cree que todavía conservaba un valor instrumental después de la reforma del párrafo segundo del Código penal del Imperio, hecha en 1935.

89 - LA ANALOGÍA EN LA HISTORIA Y EN ALGUNAS LEGISLACIONES  
VIGENTESa) *Leyes históricas y Códigos modernos*

Recordemos que en Roma podía castigarse *ad exemplum legis* y que el Derecho germano *la Carolina*, en sus artículos 104 y 105, admitió la analogía.

En los primeros Códigos alemanes del siglo XIX la analogía legal está expresamente invocada. Sirvan de ejemplo los Códigos de Sajonia y de Brunswick. En el artículo primero del Código sajón se decía que su texto era aplicable a las acciones sancionadas con pena por la *palabra* o el *sentido* de las disposiciones del Código. El rescripto que acompañaba al Código penal de Wurtemberg prohibió expresamente la analogía jurídica, pero admitió la legal.

En las legislaciones contemporáneas la analogía no se acepta. El artículo tercero de las disposiciones preliminares del Código civil italiano así lo expresa.

En la Argentina y Venezuela la analogía se recibe en Derecho civil, en cumplimiento de su plenitud hermética, y, como es sabido, se dice que cuando no hubiere disposición precisa de la ley se tomarán en consideración los principios de *leyes análogas*; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los *principios generales del Derecho*.

Sin embargo, en el Derecho público se consignan principios, como el llamado *de reserva*, que figura en la Constitución argentina, que impiden la analogía en materia penal, puesto que nadie estará obligado a hacer lo que no estuviere legalmente ordenado, ni impedido de ejecutar lo que la ley no prohíbe.

Por fin, en algunos Códigos penales se halla entronizado de la manera más terminante el axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Así ocurre en el Código penal español.

Reconozcamos, sin embargo, que, como Dupré señala, subrepticamente se introduce la analogía en la práctica judicial de aquellos países que se mostraron más enemigos de ella. Por ejemplo, en Francia.

Vamos a estudiar ahora muy brevemente las legislaciones inglesas y canónicas, donde se ha afirmado que no existen reglas legalistas, así como la tendencia japonesa a admitir la analogía y la razón técnica de este instituto en Dinamarca.

La analogía en la Unión Soviética y en Alemania es otra cosa y será objeto del capítulo próximo.

### b) La Gran Bretaña

Es frecuente leer y escuchar que en Inglaterra no está consagrado el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y por ende, que en el Derecho inglés cabe la analogía. Ancel, en sus penetrantes estudios sobre la ley penal, nos dice que el principio legalista se ha ido formando en la Gran Bretaña de un modo paulatino a través de ocho siglos ininterrumpidos de *Case Law*. Por eso, en la hora actual no es posible la creación de infracciones nuevas por el juez. El *Statute* ha intervenido ya para sancionar todos los hechos punibles que pueden presentarse y las reglas del "precedente" le obligan a atenerse a las determinaciones del *Common Law*. Stephen, en la propia Inglaterra, ha hecho notar cómo el juez francés está menos ligado que el inglés, puesto que el Código sólo establece normas elásticas y definiciones generales, en tanto que los "casos" del Derecho inglés han resuelto hasta los detalles y por eso obligan más específicamente a los magistrados.

### c) El Derecho canónico

Estudiando los precedentes y el canon 20 del Código canónico actual, Felici dice que puesto que este Derecho se da *propter animarum favorum*, se abre una brecha en el *nullum crimen sine lege*. Lo mismo piensa Fedele. Giacchi lo niega y Lefebvre afirma que la analogía que el Derecho canónico usa no es sino un "razonamiento jurídico con resultados ciertos y objetivos".

### d) Tendencia hacia su admisión en el Japón

El Código de 1870 contenía una vieja disposición originada en el Derecho penal chino del siglo VII que permitía aplicaciones analógicas, y otro precepto que facultaba al juez para penar las acciones no previstas por la ley. El de 1880 y el vigente de 1907 no contienen esas disposiciones, pero Makino señala una tendencia favorable en su país hacia la analogía.

*e) Admisión técnica de la analogía en Dinamarca*

El nuevo Código penal danés de 1939, que empezó a regir tres años más tarde, dice en su artículo primero que "sólo cae bajo la ley el acto cuyo carácter punible está previsto por la legislación danesa o una acción enteramente asimilable a ese acto".

Abonan en Dinamarca la admisión de la analogía razones técnicas y una larga práctica judicial que jamás se ha extraviado ni puesto en peligro las garantías políticas.



A nuestro juicio, según hemos dicho, la analogía debe ser proscrip-  
ta del Derecho penal, si no queremos que se arriesgue todo el  
sistema democrático que sus disposiciones garantizan y defienden.

## CAPITULO XIV

### EL DERECHO "POPULAR", LA ANALOGÍA Y LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA

La forma más reciente de la analogía, que apoyó un Derecho "popular", parece patrimonio de las dictaduras. Sin embargo, no se aceptó en Italia. D'Amelio la repudiaba, afirmando la necesidad de mantener el axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Georg Dahm, en un interesante estudio, publicado en 1936, señaló las diferencias que separaban, al respecto, el Derecho penal fascista del que existía en el nacional-socialismo.

Vamos a estudiar ahora la analogía en el Derecho soviético y en el Derecho penal alemán.

#### 90 - LA ANALOGÍA EN EL DERECHO SOVIÉTICO

##### *a) El valor del Derecho en Rusia*

El vigente Código penal ruso acepta la analogía, como veremos en seguida, pero es preciso antes partir del escaso valor que tiene en Rusia el Derecho.

Refiriéndose a Marx, Goichbarg, que hace bastantes años tuvo influjo como legislador en el Soviet, decía que la idea del Derecho sólo aprovecha a las clases opresoras y que es un opio peor que el de la religión. Stuschka, que fué Comisario del Pueblo y Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, definió las leyes soviéticas como instrucciones técnicas en que sólo son obligatorios los principios generales. En 1924 decía la "Revista de Derecho Soviético" que todo fetichismo de la ley y de la legalidad es imposible en un Estado en que la dictadura se define como poder y en que no está sojuzgado por ninguna clase de leyes. El citado Stuschka, en un artículo que vió la luz en 1927, con motivo del jubileo por el

décimo aniversario del régimen, comprobaba el arraigo del pensamiento jurídico y que en el curso de diez años no se había podido estirpar el "concepto legalista".

El proyecto de Krylenko, acaso inspirado por Pachuckanis, lleva los principios penales del comunismo a su último desarrollo, como más tarde hemos de ver.

### *b) La analogía como situación intermedia*

Caracterízase el vigente Derecho penal soviético como una etapa transitoria que lleva al comunismo integral. Por eso ha aceptado la analogía.

Esta se define por el profesor de Kiev, Pasche-Osersky, y por J. J. Anosof como fórmula transitoria entre lo nuevo y la vieja idea individualista. Es harto sabido que ésta no goza de crédito en la U.R.S.S. y que ha sido reemplazada por el imperio de la colectividad. Si se considera el Derecho punitivo como límite de la libertad individual, es necesario el *nullum crimen sine lege*; pero no se precisa en una concepción transpersonalista.

Entre dos párrafos de la ley penal, dice Anosof, queda siempre un espacio libre. Se pueden dar en un hecho elementos del delito *a* y del delito *b*, pero, aunque el caso aparezca peligroso, si no reúne todos los caracteres para ser el delito *a* o el delito *b*, su autor no puede ser castigado. Esto les parece lógico, a los autores rusos, que ocurriera en la Escuela clásica, pero no puede ser válido en un Derecho penal que pretende fundarse en la defensa de la sociedad. Los delitos en la vieja escuela eran átomos, el Derecho penal de la defensa social no admite lagunas. Si se piensa que el Derecho penal soviético pretende fundarse en la defensa social, no puede maravillarnos que acepte la analogía.

La estableció el artículo 3º de los Fundamentos del Derecho penal de la U.R.S.S., arquetipo de los incisos semejantes que adoptaron los Códigos penales de las Repúblicas soviéticas. Así, el artículo 16 del Código penal de la República Rusa. Pero el poder del juez no es absoluto, como antes de 1922, en que su función se ejercía conforme a la "conciencia socialista". El arbitrio está limitado por las normas que rigen la analogía. En última instancia, ésta se halla sujeta a las decisiones de la Corte de Casación.

La parte especial, que subsiste en el vigente Código soviético, no ha perdido su importancia. La aplicación combinada de un tipo



concreto con la norma analógica constituye el control que en manos de los Tribunales Superiores evita el Derecho libre. Por eso la tipicidad, desprendida del *nullum crimen sine lege*, subsiste, como hemos dicho (vid. *supra*, cap. XIII-88), aunque con valor de simple instrumento. En la incriminación analógica el juez *debe* indicar el artículo del Código penal a que se refiere; por eso no puede dar curso libre a su fantasía creando delitos y está forzado a juzgar sin perder de vista el Código.

Anosof, según hemos apuntado, cree que la analogía es parte integrante del Código soviético, hijo de una época transitoria. Reúne en sí elementos del pasado y del porvenir. El Derecho penal del siglo XIX no permitió la analogía y el Derecho penal del porvenir no la necesitará porque la parte especial de los Códigos está llamada a desaparecer.

La última exposición hecha por un autor soviético, escrita en ruso, es la de Sargorodskij. Empieza definiendo la analogía y determinando sus clases, y tras de una prolija e interesante historia, plantea los problemas de dónde nace el Derecho en la Unión Soviética, afirmando que no puede ser creado por los Tribunales, que sólo resuelven en casos concretos, incluso en la analogía, y sin que el precedente sea obligatorio. Se pronuncia contra Krylenko y le llama "salteador de la práctica y de la teoría del Derecho penal" por haber defendido la analogía *contra legem*.

### c) Aplicación de la analogía en la U. R. S. S.

Parece que se ha aplicado muy raramente. No se admite para las infracciones que el legislador ha reconocido como pertenecientes al dominio civil —amenaza y *furtum usus*— o declaradas como irrelevantes para el Derecho. Tampoco se acepta la analogía cuando el legislador ha previsto para el hecho sanciones administrativas; por eso no se puede castigar al viajero que va sin billete.

Según una circular del Comisariado de Justicia, la analogía sólo se aplica cuando la Corte de Casación puede establecer de modo evidente que el hecho es peligroso para el orden público. Como principio fundamental, que ha de servirnos para diferenciar la analogía rusa de la alemana, se establece que cuando el hecho se halla ya castigado, aunque la pena parezca insuficiente, la analogía es imposible.

El Proyecto de Krylenko de 1930 —que ha sido olvidado al caer

en desgracia su autor— proseguía la ruta, señalada antes, hacia el comunismo integral. En ese Proyecto la analogía ya no era necesaria, pues que la parte especial, como repertorio de delitos, desaparecía. El título mismo de la exposición de motivos no dejaba lugar a dudas: “Un Código penal sin parte especial y sin dosimetría.” Según Krylenko, “querer sistematizar y prever en un código todas las múltiples formas de los fenómenos de la vida y todas las especies de delitos que puedan surgir, es una tentativa destinada a fracaso seguro”.

En la actualidad parece que, cada vez de un modo más enérgico, se somete la analogía en Rusia a los auténticos principios que la gobernaron siempre; es decir, que requiere un tipo legal semejante.

#### 91 - LA ANALOGÍA EN EL DERECHO PENAL ALEMÁN DEL TERCER REICH

El nacional-socialismo, según hemos dicho antes (vid. *supra*, cap. VII-47 b), creó un Derecho penal voluntarista para una comunidad de raza y de sangre. Pretendía atrapar la voluntad criminal dondequiera que se halle y es lógico que no desease someterse a leyes tasadas.

Ya vimos que, en defecto de un Código penal nuevo, se dictaron varias leyes a fin de que nuestra disciplina garantizase el *status* político allí creado. De entre esas leyes, la más importante ha sido la del 8 de junio de 1935, que reformó el parágrafo segundo del Código penal alemán.

##### a) *La ley de 28 de junio de 1935 sobre analogía y Derecho “popular”*

Recordemos que en el Congreso de Berlín de 1935 proclamó el Ministro de Justicia, parafraseando lo dicho en el comentario oficial de la citada ley, que la máxima *no hay delito sin ley* había sido reemplazada por esta otra: *no hay delito sin pena*.

La ley del 28 de junio de 1935 reformó el texto del parágrafo segundo del Código penal del Imperio, que desde entonces dijo así: “Será castigado quien cometa un acto declarado punible por la ley o que merezca sanción según el pensamiento fundamental de una ley penal y el sano sentimiento del pueblo (*gesundes Volksempfinden*). Si ninguna ley penal determinada puede aplicarse directamente al delito,

éste será penado conforme a la ley cuyo pensamiento fundamental sea más exactamente aplicable."

Esta disposición estaba destinada a injertarse en el futuro Código penal *non-nato*.

La noción del *gesunden Volksempfinden* se repite, cuatro veces en los principios generales en preparación, y después veremos qué es lo que se quiere significar con tan pretenciosa frase.

El principio interpretativo de la ley en los trabajos preparatorios del nuevo Código penal era éste: "Las leyes penales deben ser interpretadas conforme a su espíritu y a su finalidad. Éstos deben ser ilustrados a base de las manifestaciones del *Führer*, del sano sentimiento del pueblo y de los pensamientos jurídicos que constituyen la base de las leyes." Este sistema es inherente al nacional-socialismo, en que la idea de culpabilidad y de inocencia se inspiran en la salud del pueblo y en las necesidades racistas. La ley escrita es imperfecta y sólo constituye una guía práctica para el juez. La última decisión sobre lo jurídico y lo antijurídico no suele figurar en regla escrita alguna. Hay, pues, que permitir, no sólo la analogía, sino la existencia de una fuente popular distinta a la ley.

La de 28 de junio de 1935, que modificó el parágrafo segundo del Código del Reich, iba acompañada de un comentario oficial, de alta significación en tiempos en que no existían discusiones parlamentarias y en que la crítica de las leyes no era libre. Ese comentario fué hecho por Leopoldo Schaefer, funcionario del Ministerio de Justicia que había asistido en representación de su gobierno a las últimas reuniones internacionales de Derecho penal.

No era fácil hacer el comentario de una ley que no satisfacía plenamente a nadie. Los magistrados, imbuídos de las tradiciones juristas, no veían con buenos ojos los ataques al principio *nullum crimen sine lege*, y los políticos deseaban que la ley fuese aún más lejos. Por eso, el comentario de Schaeffer era por demás contradictorio. Constaba de una parte general y de otra especial. En la primera no se escatimaron los ataques al legalismo que imperó en el viejo régimen, y en la parte especial, a pesar de que verbalmente se colocaba en el mismo plano la fuente popular y la legal, se reconocía el imperio de la segunda, ya que las leyes eran directa manifestación del espíritu de Hitler.

La ley iba acompañada de reformas judiciales para hacerla más eficaz. El Ministerio público podía pedir, aunque estuviese apelada la sentencia, que la causa fuera directamente a Casación, y para el Tribunal del Imperio fueron nombrados, conforme a otra

ley, de un modo directo, jueces devotos del régimen. A pesar de todo, como vamos a ver ahora, la práctica no hizo el uso que los políticos deseaban ni de la analogía ni del "sano sentimiento del pueblo".

### *b) Examen de la jurisprudencia alemana*

Están en franco desacuerdo los autores, incluso alemanes, sobre la aplicación de la ley de 1935. La opinión corriente cree que se aplicó con mucha parsimonia. En cambio, Schwarz piensa que se hizo uso de ella con frecuencia. Los trabajos publicados fuera de Alemania por Vassali, Mittermaier y Hamburger no arrojan mejor luz sobre el problema.

Beppler y Goedel hacen interesantes declaraciones que podríamos resumir así: Primero, se excluye la analogía cuando es posible la aplicación inmediata de una ley penal. En efecto, la sentencia de 18 de febrero de 1936, que es la que decidió por vez primera el alcance de la analogía, dice que no está destinada ni a modificar las leyes existentes ni a rechazar la aplicación de disposiciones que no corresponden ya a las ideas actuales. Segundo, la aplicación analógica no puede llegar a romper la relación entre el contenido fundamental de la norma y la tipicidad correspondiente. Tercero, no se pueden superar los límites expresamente puestos a la interpretación de una ley. Cuarto, se excluye cuando falta el elemento de culpabilidad. Y quinto, la aplicabilidad del párrafo segundo puede no estar limitada sólo a los casos en que el reo quedaría impune.

Este tema es el más candente de todos y el que necesita mayor esclarecimiento. Por sentencia dada en 1936, declaróse que el nuevo párrafo segundo no debe aplicarse cuando la pena exista consignada para un concreto delito, aunque ella no resuelva adecuada a la naturaleza de la acción. Freisler y los más caracterizados nazis tronaron contra el parco uso que se hizo de la ley de 1935 y, sobre todo, contra esta limitación, e intimidados los altos jueces, declararon en su sentencia de 24 de mayo de 1938, con un pobre subterfugio, que es constante la jurisprudencia en rechazar la analogía cuando es posible aplicar una pena que satisfaga al "sano sentimiento del pueblo" y a la justicia. Con este final se desdican de cuanto antes dijeran, puesto que si la pena establecida no satisface al "sano sentimiento del pueblo", debería entrar en función la analogía.

### c) Deformación del concepto analógico

Como hemos dicho más arriba (vid. *supra*, cap. XI-75 c), en Alemania no existió propiamente la analogía, sino que se aplicaba el Derecho libre, so pretexto de buscar el espíritu de Hitler en las leyes. Recordemos que lo dijo Gleispach, al reconocer que el juez crea Derecho, y así resultó del debate habido en la sesión de la Sociedad para el Derecho penal, que se celebró en Munich en octubre de 1938. Lo que interesa, sobre todo, es la interpretación que hizo Edmundo Mezger, por su alta autoridad. Este, primero en un artículo y después en su *Grundriss*, decía que hay dos concepciones del Derecho: la del *positivismo legal* y la del *Derecho viviente*. A ésta es a la que el nacional-socialismo se atuvo. Antes, el Derecho era la Ley a secas. Luego, estimóse como una cosa viva que puede emanar del pueblo. Edmundo Mezger negó por eso que el párrafo segundo, tal como fué redactado, consagrara la analogía, ni la legal ni la jurídica, pues "la expresión y el pensamiento de la analogía está influido por una concepción de positivismo legal que no merece consideración alguna para nuestro pensamiento jurídico de hoy" El párrafo segundo, en su nueva concepción, contrariamente a la analogía jurídica y legal, "crea un nuevo origen de las fuentes de conocimiento del Derecho, que en modo alguno se origina en la ley, sino en el sano sentimiento del pueblo".

Peters determinó finalmente qué es ese "sano sentimiento del pueblo": "control y creación del Derecho"; "el sentimiento sano del pueblo se basa en la moral"

Ante estas consideraciones, aparece paladino el grave error del catedrático de París, Donnedieu de Vabres, que creía que la legislación soviética había destruido más a fondo el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* que el Derecho nacional-socialista. La equivocación se repite por Ancel y Dupré.

Lo cierto es que el Tercer Reich hizo tabla rasa de la legislación penal.

## 92 - LA VUELTA AL PRINCIPIO LEGALISTA

El parágrafo segundo del Código penal alemán —tal como quedó después de la “nueva concepción” de 1935— se abolió al terminar la guerra por el artículo I de la ley núm. 11 del Consejo de Control de 30 de enero de 1946. La supresión emana de disposiciones anteriores, pues la penalidad por analogía se prohíbe taxativamente por la ley núm. 1 del Jefe Superior de las Fuerzas Aliadas y por la Proclama núm. 3 del Consejo de Control sobre los principios para la transformación de la Justicia, de 20 de octubre de 1945.

Ahora bien; al abrogarse expresamente el parágrafo segundo del Código penal alemán, según la redacción de 1935, no recobra de nuevo su vigencia el antiguo precepto de dicho artículo, anterior a la reforma nacional-socialista, conforme lo dispuso el art. IV de la citada ley 11 del Consejo de Control. Aclaremos: lo que no se hizo fué escribir de nuevo el parágrafo segundo, que figuraba vacío en el Código penal alemán; pero el principio legalista impera ya conforme a otros textos. El art. 103, párrafo 2º de la ley fundamental de Bonn, dice: “Sólo puede ser castigado un hecho si la penalidad estaba legalmente determinada antes de que el hecho fuese cometido.” Y la vigente Constitución de la República Democrática alemana, en su art. 135, párrafo 1º, se expresa también así: “La penalidad sólo deberá ser infligida cuando al tiempo del hecho estuviera legalmente conminada.” Por fin, la llamada tercera ley de reforma del Código, de 4 de agosto de 1953, inscribe, en el § 2, este primer inciso: “Un acto sólo será castigado si la penalidad legal estaba determinada antes de que el acto fuese cometido.”

93 - ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR LEYES PENALES EN RELACIÓN  
CON LA ANALOGÍA?

Antes de llegar a los problemas de la interperitación analógica y su diferencia con la analogía, interesa que fijemos, puesto que el procedimiento analógico ha de ser rechazado en Derecho penal, qué debe entenderse por leyes penales para los fines de tal repulsa. Eberhard Schmidt, en las notas adicionales a las últimas ediciones del “Tratado” de Franz von Liszt, dice que sólo debe entenderse como

ley penal el conjunto de reglas que prevén los delitos en particular y que establecen penas, y, además, aquellas disposiciones, bien de la parte general, bien de la especial, que integran las primeras en el sentido de restringir el libre ejercicio de los derechos. Por tanto, no lo son las disposiciones que prevén una eximente, una atenuante o una causa de exención de pena. La misma doctrina se encuentra mantenida por Edmundo Mezger, y en Italia por Maggiore.

Los escritores italianos, que llegan a conclusiones parecidas, parten de la diferencia entre la analogía *in malam partem* y la analogía *in bonam partem*. Del Giudice, Bettiol, de Marsico y Delitala proclaman que la primera debe aceptarse y que la segunda es inadmisibile.

Rocco quiere llegar por otro camino a la misma consecuencia: las eximentes son la negación de la negación, y por ello son Derecho común y no lo excepcional, que es el Derecho punitivo.

Antes que ellos, sentaron la misma doctrina dos de las más altas autoridades penales de Italia y de Alemania. Carrara dijo: "Por analogía no se puede extender la pena de caso a caso; por analogía se debe extender de caso a caso la excusa." Y Binding afirmó: "Como jamás las causas que eximen de la pena están completas en un Código, debe ser lícito aplicar la analogía en este orden."

Todavía debe hacerse una distinción más: Si la ley penal se refiere al Derecho administrativo o al civil, con carácter integrativo, los conceptos que se hallan en esas ramas jurídicas pueden ensancharse por analogía. Nosotros creemos que hay que manejar con suma cautela este criterio ampliatorio. Cuando proclamamos la posibilidad de incriminar como hurto la substracción del flúido eléctrico, no lo hacemos a virtud de una interpretación analógica de un concepto civil, sino como consecuencia de una interpretación progresiva.

Por lo demás, rechazamos de plano la existencia de un Derecho común contenido en el Código penal y la admisión de la analogía *in bonam partem*. Nuestro Derecho no es un conjunto de leyes excepcionales, sino un Derecho penal común de naturaleza garantizadora, en el concepto más amplio.

Se puede llegar a resultados parejos por un camino más correcto. No hay que interpretar analógicamente las causas de justificación y las de inimputabilidad, sino partir de la noción del delito, que está expresa en unos Códigos y supuesta en otros. Incluso en éstos, el concepto del delito, por una interpretación supra-legal, no puede ser otro que el de acto antijurídico y culpable. Pues bien; si ocurre una circunstancia no prevista en el artículo en que se enumeran las

eximentes, en que la antijuricidad no existe, el delito desaparece sin necesidad de acudir a la analogía. Logramos eximir a virtud de una interpretación teleológica y sistemática con resultados progresivos, pero de índole restrictiva, del concepto del delito en el que está basada toda la legislación penal.

### 93 bis - LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA

Hemos rechazado de plano la analogía, pero cosa harto distinta es la interpretación analógica. La primera debe proscribirse, porque no está en la voluntad de la ley incriminar los actos que con ella se captan; la segunda es forzoso admitirla, como vamos a ver ahora. Hay casos en que el legislador ha previsto que la fórmula casuística empleada no comprende todas las hipótesis y agrega una frase más o menos exacta, para que el juez la aplique a hechos similares o análogos.

Es la propia ley la que ordena, y por eso no se trata de analogía, sino de interpretación analógica, puesto que ella se vincula a la misma voluntad de la ley.

En numerosos Códigos, en el español, en el chileno, en el venezolano, en el cubano, y hasta en el del Ecuador, que proclama en sus primeros artículos la interpretación restrictiva de las leyes penales, aparecen a menudo preceptos en que se ordena que lo definido se aplique a otros casos, y será forzoso que los jueces designen los que son análogos y que entran en la propia disposición. El más importante ejemplo es el de las atenuantes por analogía.

En suma: En nombre del Derecho penal liberal ha de afirmarse el principio legalista. Debe el juez descubrir la "voluntad de la ley", mas no crear Derecho, teniendo facultades para interpretar las leyes penales extensivamente. La analogía es inadmisibles, pero es forzoso aplicar la interpretación analógica cuando así lo exija la voluntad de la ley.



## CAPÍTULO XV

### CONCURSO APARENTE DE LEYES

#### 94 - CONCEPTO

A más de las reglas examinadas sobre los principios generales de aplicación e interpretación de las leyes punitivas, hay otras, en forma taxativa o implícita, dentro del ordenamiento jurídico, que complementan los fundamentos de aplicación del Derecho penal.

Vamos a ocuparnos ahora de un importante grupo de esas reglas que resuelven las relaciones interferentes entre las diversas disposiciones penales, coordinándolas según su diverso rango, de modo que la aplicabilidad de unas se condicione a la aplicabilidad o no aplicabilidad de otras. El problema surge en el proceso de subsunción, en el que hay que estudiar, por tanto, cómo se relacionan y jerarquizan entre sí las diversas figuras penales y hasta las variadas disposiciones de orden general.

Ya sabemos que todo el ordenamiento jurídico, formado por distintas disposiciones, es uno y armónicamente dispuesto: algunas de esas leyes son independientes entre sí, y otras se hallan coordinadas de modo que se integran o se excluyen recíprocamente. A menudo es sencillo decidir cuál de las dos normas del ordenamiento jurídico, concurrentes en el mismo tiempo y lugar, es la aplicable al caso concreto; pero a veces se presentan dificultades y es preciso trazar reglas para saber cuándo una disposición consiente o excluye la coetánea o sucesiva aplicación de otra, respecto a la misma situación de hecho. A esto se llama *conflicto aparente de disposiciones penales*, que no sólo se presenta en orden a los tipos delictivos, sino en cuanto a los preceptos de la Parte general (una circunstancia agravante o atenuante, por ejemplo). Decimos que es un *conflicto aparente*, porque el ordenamiento jurídico ofrece, de modo explícito o implícito, criterios para determinar la aplicabilidad de una u otra dispo-

sición penal en cada caso concreto. Este conflicto sería verdadero si el ordenamiento jurídico no brindase reglas para resolverlo; pero afortunadamente no es así.

Se diferencia del concurso ideal de delitos, con el que a menudo se le ha confundido, porque en éste hay realmente encuadramiento múltiple y en el concurso aparente de leyes sólo se trata de decidir la subsunción. Beling ha dicho que este aparente conflicto es de previa resolución para el concurso ideal.

#### 95 - LA DOCTRINA Y LA SISTEMÁTICA DEL ASUNTO

La doctrina alemana era, hasta hace muy poco, la única que se ocupó en este asunto, distinguiendo el concurso formal de delitos, del concurso de leyes. La distinción se remonta a Adolfo Merkel, y se halla consagrada en los Tratados de Binding, Mayer, Hippel, Liszt-Schmidt, Mezger, etc., y ha sido objeto de trabajos monográficos, como los de Lent, Baumgarten, Hirschberg, Honing y otros. Por su parte, Beling reveló la importancia de la tipicidad para resolver estos problemas, ignorados en Italia —a pesar de que Vannini afirme, infundadamente, que los había previsto el artículo 78 del Código de Zanardelli— hasta que Crispigni ha escrito su “Curso de Derecho penal”. En España y luego en la Argentina hemos expuesto nosotros este importante tema. Después lo han estudiado los Profesores argentinos Sebastián Soler y Gavier. El primero en su Tratado y el segundo en una excelente monografía.

A pesar de que la doctrina alemana vió certeramente la diferencia entre concurso de infracciones y concurso aparente de leyes, trató la cuestión en lugar impropio: al exponer lo referente al concurso de delitos. La impropiedad —reconocida por Liszt-Schmidt— no alcanza a Binding, que en su *Handbusch* y en su *Grundriss* ha estudiado la alternatividad, subsidiaridad y consunción al tratar del “Derecho objetivo”, donde expone la ley penal, y en el capítulo rubricado: “La relación recíproca de las leyes penales coexistentes.”

En Italia, Crispigni sigue la sistemática correcta, y Florián se ocupa en este problema al tratar de la interpretación de las leyes. Sebastián Soler, en la Argentina, desarrolla el concurso aparente de leyes al referirse a la subordinación al tipo legal.

## 96 - PRINCIPIOS PARA LA RESOLUCIÓN DEL APARENTE CONFLICTO

No todos los autores están de acuerdo en recibir todos los principios que luego enumeraremos, ni en adoptar el criterio de los efectos que producen.

Being parte de las relaciones lógicas entre tipos y las reduce a éstas:

1ª *Exclusividad*, que encierra contradicción e independencia y conduce a la *alternatividad* de las leyes penales.

2ª *Especialidad*, que supone un subconcepto (comprendido en otro: encina-árbol) y que conduce a la *subsidiaridad* de la amenaza correspondiente al tipo principal o supertipo, y ella será aplicable cuando el subtipo con su amenaza no lo sea.

3ª *Neutralidad*. La afirmación de un tipo no importa, ni la afirmación ni la negación de otro. La acumulación parece posible, pero la niega el Derecho positivo (puede ser concurso ideal o de leyes). Sólo una amenaza es aplicable; es decir, está negativamente condicionada por la primera. En última instancia, se trata de un proceso de *subsidiaridad*, que sería mejor llamar *consunción*.

Roberto von Hippel simplifica los términos y limita los casos a la *especialidad* y *subsidiaridad*. Por su parte, Edmundo Mezger reduce el problema a dos situaciones:

1ª Cuando la precedencia de una ley frente a la otra descansa en fundamentos lógicos, hay *especialidad*, que por razones lógicas excluye a la general.

2ª Cuando la precedencia resulta de la relación valorativa, hay *consunción*: una ley conforme a su propio sentido incluye ya en sí el desvalor delictivo de la otra.

Grispigni trata de *especialidad*, *subsidiaridad* y *consunción*; Soler, de *exclusividad* (por *alternatividad* o *consunción*), *especialidad* y *subsidiaridad*, y Gavier, de *exclusividad*, *especialidad* y *neutralidad*, desdoblando esta última, con cierta *contraditio in terminis*, en *subsidiaridad* y *consunción* (consumir una ley por otra no es, ciertamente, *neutral*).

Preferimos dejar a un lado la relación lógica, que trata Being, y ceñirnos a los efectos de las leyes, como ha hecho Binding.

Los criterios para resolver el aparente concurso de éstas son, desde ese punto de vista: *alternatividad* —así denominado por Binding y que Grispigni estudia bajo el extenso epígrafe “aparente

concurso de disposiciones penales, respecto a un hecho único”—, *especialidad* —que Binding no distingue de la “subsidiaridad”, considerando esos casos como subespecies de ésta—, *subsidiaridad* y *con-sunción*. En Italia, Vannini considera la absorción como un caso de concurso distinto de los otros; pero Crispigni le objeta, con motivo, que “la absorción de una norma en otra es un carácter común a todos los casos del concurso aparente de normas”.

No es frecuente que los Códigos penales den reglas sobre este asunto que modernamente se suscita. El Código peruano en sus artículos 105 y 106 y el ecuatoriano en su artículo 9º, regulan el “concurso de varias leyes penales” y sobre todo el caso de especialidad. También lo hace el proyecto argentino de José Peco (1941). El Código civil de Venezuela se ocupa de este concurso en su artículo 14: “Las disposiciones contenidas en los Códigos y leyes nacionales especiales se aplicarán con preferencia a las de este Código en las materias que constituyan la especialidad.”

Las legislaciones que no dan reglas sobre este concurso contienen, no obstante, normas que hay que resolver conforme a los principios que señalaremos, y hasta concretas disposiciones sobre subsidiaridad.

#### 97 - PRINCIPIO DE ALTERNATIVIDAD

En cuanto a este concepto no están absolutamente de acuerdo los escritores. Binding trata así la alternatividad: “El contenido de dos leyes-penales puede ser idéntico en todo —esto muy raramente— o en parte, sin que en este último caso una de las dos leyes deba comportarse como regla y la otra como excepción. En caso de identidad parcial, los tipos están en la relación de dos círculos secantes, para cuya superficie de contacto existen varias leyes que conminan con una pena”; es decir, que hay alternatividad cuando “dos tipos de delito se comportan como dos círculos secantes”. “Si las distintas leyes amenazan con la misma pena, es indiferente cuál ha de aplicarse”; pero si las penas son diferentes, “el juez debe basar su sentencia en la que, en concreto, sea más severa”. En cambio, para Beling, y sobre todo para Liszt-Schmidt, hay alternatividad “cuando dos tipos de delito, que tutelan un bien jurídico, se excluyen entre sí, en cuanto exigen caracteres contradictorios”. Max Ernesto Mayer y luego Crispigni han objetado que no se concibe cómo en ese supuesto puede hablarse de concurso de leyes: si los requisitos del delito están en contradicción, significa que las dos leyes no pueden

aplicarse a un mismo hecho. Según Honig, habrá alternatividad cuando dos disposiciones se comportan, respecto a la tutela de un mismo bien, como medios diversos para un mismo fin; en tal caso, a la diversidad de los medios correspondería la inconciliabilidad de aplicación de uno de los dos tipos. La alternatividad, pues, se podría verificar, o al subsumir un mismo hecho en el tipo, o al subsumir varios hechos; en este último caso habrá impunidad para el hecho posterior; por ejemplo: hurto y apropiación indebida de la cosa sustraída al propietario. Bien explorada esta hipótesis, parece más de consunción que de alternatividad.

Felipe Crispigni niega la existencia de los casos alternativos estudiados por los tratadistas alemanes, y trata el problema general de "aparente concurso de disposiciones penales respecto a un hecho único", que se da "cuando dos o más disposiciones de un ordenamiento jurídico, vigente en el mismo tiempo y en el mismo lugar, se presentan *prima facie* como igualmente aplicables a un mismo hecho, pero siendo de tal naturaleza que la aplicación de una excluye la aplicación de la otra". Puesto así el asunto, con caracteres generales, es absolutamente necesario precisar la diferencia entre el concurso aparente de leyes y el concurso formal de delitos, puesto que también en este último se da el caso de que un mismo hecho sea subsumible en diversos tipos legales. Ciertamente que la diferencia consiste en que, mientras en el concurso aparente de leyes se excluyen entre sí las diversas disposiciones, en el concurso formal de delitos no ocurre de ese modo; pero esto es más bien la consecuencia que el requisito diferencial, y por eso es preciso investigar el *porqué* las disposiciones se excluyen en un caso y en otro no.

En sentir de Crispigni, la diferencia radica en esto: "Tanto en el concurso aparente como en el concurso formal, un mismo hecho está conforme con dos tipos legales. Pero, mientras en el concurso aparente las diversas partes del hecho correspondientes a los dos tipos legales son las mismas, en el concurso formal *una parte* del hecho *corresponde* igualmente a los dos tipos legales, y las otras partes del hecho se conforman una a un tipo legal y la otra al otro. Es decir, en el concurso formal las dos disposiciones toman en consideración una misma parte del hecho, y, además, cada una, una *distinta* parte del hecho mismo."

Contra el criterio de Binding, el Profesor italiano considera que la referencia de la conducta a los tipos, como dos círculos secantes, es constitutiva de concurso formal de delitos, y que, en cambio, en el concurso aparente de leyes, los dos círculos son coincidentes y

“siempre el uno está por entero comprendido en el otro”. Con esta doctrina ha dado Crispigni un golpe de muerte a la alternatividad, de la que lógicamente prescinde.

Y, sin embargo, en muchos casos es preciso hacer uso del principio de alternatividad para, dar correcta solución al concurso aparente de leyes. Su mantenimiento nos obliga a buscar otros criterios para distinguir el concurso aparente del concurso formal. Acaso pudieran encontrarse en el camino emprendido por R. Hirschberg, que agrupa el concurso ideal o formal bajo la denominación de *concurso externo* de leyes, y reúne bajo el nombre de *concurso interno* de leyes los llamados casos aparentes de concurso; es decir, *especialidad, consunción, subsidiaridad y alternatividad*. El elemento común del concurso interno, que le diferencia del concurso formal, es la *unidad del bien jurídico violado*.

#### 98 - PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

El principio de especialidad puede formularse diciendo que en el caso en que una misma materia sea regulada por dos leyes o disposiciones de ley, la ley o la disposición especial será la aplicable: *Lex specialis derogat legi generali*.

Se dice que dos leyes o dos disposiciones legales se hallan en relación de general y especial, cuando los requisitos del tipo general están todos contenidos en el especial, en el que figuran además otras condiciones calificativas a virtud de las cuales la ley especial tiene preferencia sobre la general en su aplicación. Las dos disposiciones pueden ser integrantes de la misma ley o de leyes distintas; pueden haber sido promulgadas al mismo tiempo o en época diversa, y en este último caso puede ser posterior tanto la ley general como la especial. Pero es preciso que ambas estén vigentes contemporáneamente en el instante de su aplicación, porque, en el supuesto contrario, no sería un caso de concurso, sino que presentaría un problema en orden a la ley penal en el tiempo.

#### 99 - PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD

Este principio consiste en que, cuando una ley o disposición legal tiene carácter subsidiario respecto de otra, la aplicabilidad de ésta excluye la aplicación de aquélla. *Lex primariae derogat legi*

*subsidiariae*. No podemos deducir la subsidiaridad de la "neutralidad", como lo ha hecho Gavier, porque lo que se relaciona e influye no es neutral.

Una ley tiene carácter subsidiario respecto a otra principal, cuando ambas describen grados o estadios diversos de la violación del mismo bien jurídico, de modo que el descrito por la disposición subsidiaria, por ser menos grave que el descrito por la principal, queda absorbido por ésta. Max E. Mayer, Lent y Honig niegan que el principio de subsidiaridad se refiera propiamente al concurso aparente de leyes, y le estiman como concurso real impropio, porque las dos leyes o disposiciones legales presuponen dos hechos distintos. Ciertamente que a veces la subsidiaridad se refiere a esta hipótesis, pero a menudo resuelve también la subsunción de un mismo hecho. En el caso más frecuente de subsidiaridad, en que una disposición sólo debe aplicarse cuando el hecho no constituya un delito más grave, aparece paladino que el *mismo hecho* ha sido previsto por dos disposiciones. Y puesto que se aplica de ordinario la ley principal, sólo rige la subsidiaria cuando el hecho está previsto exclusivamente por ésta.

Las más importantes disposiciones subsidiarias son las referentes a la tentativa, que sólo es punible como tal manifestación del delito cuando éste no se ha consumado; y a la complicidad, puesto que sólo es punible por este título el sujeto que no perpetra actos de autoría.

En muchos Códigos —por ejemplo, el de España— menudean en las faltas los casos de subsidiaridad.

#### 100 - PRINCIPIO DE CONSUNCIÓN

Este principio —a diferencia de lo que cree Mezger— ejerce su imperio cuando el hecho previsto por una ley o por una disposición legal está comprendido en el tipo descrito en otra, y puesto que ésta es de más amplio alcance, se aplica con exclusión de la primera: *Lex consumens derogat legi consuptyae*. La mayor amplitud de la ley o de la disposición legal puede derivar del bien jurídico tutelado —que comprende también el tutelado por la otra ley— o de la naturaleza de los medios adoptados o de los efectos producidos, o bien de que aquélla asuma como elemento constitutivo o circunstancia calificativa el hecho previsto por la otra ley.

Aunque Hippel considera que el principio de consunción no tiene sustantividad propia y distinta del de especialidad y subsidia-

ridad, porque los casos que se hacen entrar en aquél pueden todos encuadrarse en uno u otro de estos criterios, los autores suelen distinguir dos especies de consunción: el *delito progresivo* y el *complejo*.

El *delito progresivo* existe cuando el agente pasa de una conducta inicial que realiza un tipo de delito más grave, en el que se incluyen los elementos constitutivos del delito más leve. Por ejemplo: el que perpetra unas lesiones que después causan homicidio.

Los *delitos complejos o compuestos* —que, a nuestro juicio, pertenecen al problema de la unidad y pluralidad de acciones y de delitos más que al aparente concurso de leyes— se dan cuando dos o más tipos previstos por otras disposiciones legales, se conjuntan como elementos constitutivos de otro, o cuando un tipo se califica por una circunstancia agravante.

A pesar de lo dicho, es necesario razonar sobre casos limítrofes y otros de completa y de clara índole de concurso aparente de leyes. Vamos a discurrir en orden a las leyes de España y de la Argentina.

a) *Forma progresiva "minus-plus"*. En caso de que el autor lesione a una persona que después muere, sólo hay homicidio y no lesiones y muerte. Es distinto el caso que se ha considerado por algunos autores como delito continuado y que a nuestro juicio no lo sería en España, en el que primero se sustrae una suma por hurto y del resto que se decidió tomar se apodera el autor por robo.

b) *Delito complejo o compuesto*. El robo con violencia en las personas está integrado por el apoderamiento de que trata el hurto y por la violencia; el asesinato está compuesto por el homicidio y la alevosía. El robo, pues, consume la violencia, y el asesinato, la agravante de alevosía cuando ésta le califica.

c) *Acciones anteriores y posteriores*. El allanamiento de morada para robar o violar, es caso interesante de acción anterior consumida. El robo y la violación consumen el acto anterior de entrar arbitrariamente en la casa. Más importante aún es el problema de la consunción de actos posteriores que ilustra Honig. Por ejemplo: el que hurta un objeto lo hace para aprovecharse de él. Por eso es inadmisibles la jurisprudencia argentina, que ha considerado la existencia de dos delitos (concurso) si el que roba o hurta vende después a otro la cosa sustraída (arts. 162 a 164 y núm. 9º del art. 173 del Código argentino), en vez de proclamar que esta forma de defraudación se debe considerar como *agotamiento* del hurto o del robo.



## CAPÍTULO XVI

### VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PUNITIVA

La Ley es acto de voluntad y, como tal, no tiene la eficacia universal y permanente del Derecho, sino circunscripta a la voluntad que la anima; es decir, limitada al *tiempo* y al *espacio*. Además, esa voluntad, manifestada por órganos que encarnan en personas, a ellas y a sus acciones se refiere; por eso, a pesar de la igualdad proclamada en las Constituciones, existen *privilegios personales*.

#### 101 - NACIMIENTO Y DEROGACIÓN DE LA LEY PENAL

La vida de la Ley se desenvuelve entre dos momentos: el instante en que nace por promulgación y publicación y aquel en que muere por derogación.

Son los actos formales que siguen a la sanción de las leyes. Más nos interesa destacar que de la *promulgación viene la ejecutoriedad* y de la *publicación surge la obligatoriedad*.

La validez temporal de la ley cesa:

- a) Por otra posterior que expresamente deroga a la primera o que tácitamente la abroga.
- b) Por llevar en el propio texto o en otra ley, de igual o superior rango, la fecha de su caducidad (*leyes temporales*).
- c) Por haber desaparecido el objeto, circunstancia o privilegio que le dieron nacimiento (*leyes excepcionales*).

## 102 - EFICACIA DE LA LEY PENAL EN ORDEN AL TIEMPO

*a) Sucesión de leyes penales*

El ordenamiento jurídico no permanece inmutable en el tiempo: unas leyes se extinguen y otras nuevas nacen. Hay, pues, sucesión de leyes penales cuando un hecho se regula por una ley nueva que describe un tipo legal que antes no existía; cuando hace desaparecer el tipo existente, y cuando modifica la descripción o la penalidad de las figuras de delito. No dejarían de surgir problemas en torno a si plantea sucesión el hecho de que una ley dé nacimiento a un tipo de delito que antes no se hallaba descrito, siendo antes la conducta a que se refiere jurídicamente indiferente o lícita. En todo caso, no cabe duda alguna de que las otras situaciones pueden ser llamadas correctamente de sucesión.

Para determinar ésta es decisiva la fecha de su promulgación y no la entrada en vigencia.

*b) Aplicación de una ley no vigente*

Hay casos en que una ley en vigor se refiere a otra que después se extingue. La exigencia del ordenamiento jurídico hace que en caso de que un Código, u otra disposición legislativa, se refiera a un precepto abrogado, con el que se integraba el precepto vigente, se incorpore aquél a éste.

Muy distinto es el caso de las leyes en blanco que se refieren a una figura no trazada en la ley —por eso es abierta o en blanco— y que se define por una regla administrativa o por una disposición de la autoridad. La ley en blanco no alude a un precepto concreto, sino a disposiciones legiferantes o a actos de funcionarios que pueden ser presentes o futuros y cuya índole varía sin que la disposición en blanco quede perjudicada.

El problema del que van a surgir luego todas las cuestiones se vincula también al hecho de aplicar una ley no vigente ya. Nos referimos a las acciones u omisiones perpetradas bajo el imperio de una ley extinguida, que plantea la ingente cuestión de la retroactividad y de la ultractividad de las leyes punitivas.

## 103 - LA NO EXTRACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES

a) *Concepto y posición del problema*

Se excluye la aplicabilidad de una ley cuando el hecho ocurre *antes o después* de su vigencia. Con esto afirmamos el principio de no retroactividad y de no ultractividad. *Tempus regit actum*.

En Derecho penal vale este apotegma, pero la índole restrictiva de libertad de nuestras leyes punitivas impone la retroactividad de la más favorable.

Modernamente se llega a una unificación terminológica, la de *no extractividad*, expresión que se debe a Lucchini y que el Profesor Mendoza emplea en Venezuela.

Podemos fijar al fin la siguiente máxima: *no extractividad de las normas penales más restrictivas de la libertad*. Con ello queda planteado y casi resuelto el problema de la retroactividad o ultractividad de la más favorable.

A diferencia de lo que acontece en Derecho civil, en que los asuntos retroactivos son más bien de técnica, la no retroactividad de la ley punitiva y la extractividad de la más favorable es máxima de Derecho constitucional.

En materia penal, ya hemos visto que se trata de un principio de Derecho constitucional que se impone hasta a los legisladores *del futuro* y que no se puede modificar por ley ordinaria posterior. La no retroactividad como axioma constitucional se deduce de la regla, unánimemente reconocida, de que los hombres deben ser juzgados y condenados por "ley anterior a su perpetración". La máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* lo corrobora.

En varios países, la no retroactividad de la ley penal, salvo si es más favorable, figura incluso en las Constituciones. Sin embargo, en doctrina y hasta de *lege ferenda* puede discutirse la no extractividad de la ley penal.

b) *Teoría sobre la retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*

Algunos escritores, como Hälschner —que luego cambia totalmente de parecer— y Bekker, proclaman la *irretroactividad absoluta*

debida al derecho adquirido por el reo a ser juzgado por la ley que existía en el instante en que perpetró su delito.

La doctrina imperante establece la *irretroactividad*, salvo en caso de nueva ley más benigna. Abbeg alega como fundamento el principio de justicia; la mayor parte de los escritores franceses invocan las garantías del ciudadano, que la Constitución de 1793 recogió. Van der Poll y Civoli dicen que se trata de un principio de derecho adquirido por el Estado, que si aplica la ley más benigna es porque renuncia a su pretensión. Meynne invoca la necesidad de la pena, que es legítima en cuanto se precisa. Blondeau se basa en que la pena ejerce una tutela preventiva y que no debe aplicarse sino cuando la defensa lo reclama. En realidad, la aplicación del criterio más favorable se deduce, en última instancia, del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* y se apurítala con el criterio de humanidad.

No han faltado muchos notables penalistas que hayan invertido los términos y que defiendan la *retroactividad de la nueva ley*, salvo que sea más severa. Así opinan Segger, Köstlin, Binding, Janka, von Bar, Olivi, etc. Puede decirse que en sus consecuencias no varía mucho este principio del imperante y que hemos enunciado antes. Sin embargo, hay una pequeña variación: en caso de paridad en el rigor, se impone la ley vieja en la fórmula antes desarrollada, e impera la ley nueva según el sentir de los escritores que acabamos de mentar, que fué seguido por el Código penal austríaco.

La *retroactividad como principio absoluto* se proclamó en el Derecho romano clásico y defendióse por Hälschner —después de haber mantenido el criterio opuesto, según dijimos—, Geyer, Finger, Birkmeyer —que, por paradoja, coincide con los positivistas—, Gabba, Ferri, Florián, Dorado, etc. Los clásicos que adoptan esta postura la justifican por ser el juez el destinatario de la norma, debiendo seguir la nueva porque así es justo. Sólo motivos humanitarios o prácticos, como subrayan Finger, Birkmeyer y Gabba, pueden oponerse a que se aplique la nueva ley más severa.

Con afanes de novedad defendieron los positivistas la retroactividad, salvo en el caso de que se creara por la ley un delito no existente. Florián aduce múltiples motivos: Necesidad de adaptar la ley a las condiciones de vida; que si un precepto nuevo llega es porque el antiguo no llenaba las condiciones de defensa; que la ley penal es el termómetro que mide las variaciones de los sentimientos sociales, etc., etc. Enrique Ferri reproduce más o menos esos argumentos y va más allá que Florián, ya que éste reconoce la excepción del nuevo delito, para no crear irregularidad en la vida cotidiana

y porque sería difícil la prueba de un hecho que se ejecutó como ilícito, en tanto que el elocuente Profesor de Roma cree que tratándose de un delito natural, hasta para el caso de que la nueva ley describa una nueva infracción es aplicable la retroactividad.

El Código uruguayo siguió este criterio, pero se modificó en 1934. El proyecto de Código penal italiano de 1931, que redactó Enrique Ferri, renunció al criterio tradicional positivista y sólo hizo retroactivas las leyes para los reos habituales.

#### 104 - EXTRACTIVIDAD DE LA LEY MÁS FAVORABLE

##### a) *El principio*

En defensa de las garantías individuales debe ser proclamada la fórmula que antes hemos citado: *no extractividad de las leyes penales más restrictivas de la libertad*.

Además de tener carácter constitucional, conforme se ha expuesto, lo proclaman muchos Códigos penales iberoamericanos, siguiendo el texto español: "Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo... aunque al publicarse aquéllas hubiere recaído sentencia firme y el reo estuviese cumpliendo la condena."

Suscítanse al respecto numerosos problemas que vamos a tratar.

##### b) *Casos que pueden presentarse*

*Creación de un nuevo tipo.* Rige la máxima *tempus regit actum*. La irretroactividad es absoluta, aceptándola hasta los positivistas en holocausto al apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

*Abolición de tipos delictivos.* La retroactividad es completa. La norma de cultura ya no considera como punible el hecho que antes se estimó como delictivo.

*Nuevas disposiciones modificativas.* Pueden serlo de los principios generales (eximentes, atenuantes, agravantes, etc.) del tipo y de su consecuencia (pena mayor o menor). Aquí es donde impera la máxima de no extractividad de la ley más restrictiva de la libertad. Sin embargo, no quedan vencidas todas las dificultades porque, al aplicarla, surge la cuestión de cuándo la ley es más favorable.

### *c) Determinación de la ley que más favorezca al reo*

Son dadas por los autores numerosas reglas de tipo casuístico. Muchos ordenan atender a la consecuencia: la ley que contenga penas menos severas es la más benigna. Ranieri considera que es menos grave el castigo que priva de un bien menos importante. Haus cree que debe atenderse al máximo más bajo. Crispigni se refiere a la especie de la pena y no a su duración. En cambio, Chaveau y Hélie creen que es preciso atender al carácter del delito.

Hemos de prescindir de estas fórmulas y ha de atenderse a toda la ley, como quiere el Profesor Mendoza. A nuestro juicio, la fórmula más exacta es la propuesta por Franz von Liszt: el juez debe hacer una mental aplicación de las dos leyes, la vieja y la nueva, y usar aquella que, en el caso concreto, arroje un resultado más favorable para el delincuente.

La propuesta de que en caso de duda elija el reo, grata a Silvela, a Dorado Montero y a Cuello Calón, nos parece absurda en disposiciones de orden público.

Tampoco debe permitirse la combinación de varias leyes. El juez crearía, entonces, una tercera ley.

### *d) Tiempo en que el delito se estima cometido*

Si entre la manifestación y el resultado media un lapso, debe atenderse al instante en que aquella manifestación de voluntad se produjo. En caso de delito permanente y continuado, no aceptamos la fórmula de Crispigni de incriminar la parte de delito que se ejecutó bajo el imperio de la nueva ley, y entendemos, como Schmidt, que se trata de un delito único y que debe imperar la tesis de la ley más favorable. En los delitos que crean un estado (la bigamia, por ejemplo), decide el momento en que el estado se crea.

### *e) Retroactividad y prescripción*

Harto sabido es que la prescripción puede ser considerada como ley formal y como ley sustantiva. El Código penal del Uruguay manda que esta forma de extinción de acciones y de penas se regule conforme al criterio que rija para las leyes procesales. A nuestro

juicio, no debe ofrecer especialidad alguna porque en los Códigos se halla regulada la prescripción en su texto y por ello queda sujeta a las normas generales: irretroactividad como principio y retroactividad de la ley más favorable como excepción.

105 - VALIDEZ TEMPORAL EN ORDEN A LAS ESPECIES  
DE LEYES PENALES

a) *Leyes interpretativas y fe de erratas*

La *ley interpretativa*, según ya hemos dicho (vid. *supra*, capítulo XI-77 b), no es una nueva ley sino que reviste el carácter de norma interpretativa y por eso rige *ex tunc*, según han dicho Manzini, Battaglini, Crispigni, etc. Ya había iniciado este correcto criterio el Profesor belga Haus, pronunciándose en contra Pessina, Bossari, Tolomei y ahora Ranieri.

La *fe de erratas*, conforme ya se estudió (vid. *supra*, capítulo XI-73 d), no es una ley, puesto que lo que hace es restituir a su prístino estado la que con errores fué impresa. Pero si se aprovecha la coyuntura para añadir nuevos tipos o disposiciones que no se hallaban en el Código o en la ley errada, cuyas equivocaciones se subsanan, entonces, en la parte en que esas adiciones figuran, la fe de erratas se comporta como una nueva ley y debe regirse por el criterio de no extractividad de las leyes más restrictivas de la libertad.

b) *Tratados internacionales*

Como hemos dicho (vid. *supra*, cap. X-63 b), para que tengan vigencia han de transformarse en ley interna y no ofrecer especialidad alguna. Es más, si un tratado de extradición enumera un delito que después una ley interna estima que el autor que lo comete no debe ser objeto de entrega, será esta la ley que valga, con todos los efectos retroactivos, sobre el convenio que así taxativamente modifica, en cuanto a sus efectos internos.

c) *Leyes temporales y excepcionales*

Entendemos por *ley temporal* la que lleva un plazo previo de vigencia; expirado éste, la ley caduca. Y se llaman *excepcionales*

las que tratan de servir a una transitoria circunstancia: guerras, epidemias, bandolerismo, intensificación de un delito, etc., etc. A veces, las leyes excepcionales pueden ser temporales, por llevar en sí la cláusula de caducidad, como ocurrió en España con la Ley de Anarquismo.

No se deroga el principio de retroactividad, pero la cuestión se hace más grave cuando nos referimos a la ultractividad. Es decir, ¿se aplicarán a los hechos que se juzguen después de cesar su vigencia y continuará la eficacia de las sentencias que se empezaron a cumplir conforme a ella? Segger, Bekker, así como las viejas sentencias prusianas, y luego von Bar y Binding, en Alemania, y Arangio Ruiz, en Italia, pronunciáronse por la *completa ultractividad*, que después proclama el Código italiano en 1930. Crispigni alega como razonamiento que de otro modo sería ineficaz la prohibición.

Un criterio intermedio de *ultractividad según los casos* se defiende por Gabba. Las leyes temporales que crean un delito deben ser ultractivas; no así las que aumenten una pena. Como Crispigni dice mucho después, se funda Gabba en que la eficacia de aquellas leyes sería, si no, ilusoria. Civoli, por su parte, considera *ultractivas* las leyes transitorias, porque, a veces, se mantienen luego o se reproducen las circunstancias que las motivaron; pero no acepta esa *extractividad* en las excepcionales. Lo mismo piensa Ferri. En cambio, Franz von Liszt dota de ultractividad a las temporales y se la niega a las de índole circunstancial.

La no ultractividad fué ardorosamente defendida por Manzini antes de que rigiese el Código penal de 1930. Primero hubo de decirlo Brusa. En cambio, Florián, incluso cuando escribía en tiempos de la vigencia del Código de 1889, manifestó cierta simpatía hacia la ultractividad de esta clase de leyes, aunque pensaba que el Código penal de Zanardelli lo impedía. Después de que entrara en vigor el Código fascista, Florián ha visto satisfechos sus anhelos.

Ni la ley temporal ni la contingencia derogan los preceptos de las leyes que estaban en vigor antes de su vigencia y que renacen al cesar aquéllas. Por eso no deben tener efectos ultractivos ni cuando crean delitos ni cuando aumentan penas. Reconozcamos, en efecto, que ello atenúa en mucho la eficacia de esas leyes temporales y de excepción. He aquí por qué no es imposible que ellas mismas puedan fijar al nacer su índole ultractiva. No creemos que se oponga a ello ningún precepto constitucional. Las Constituciones impiden la retroactividad de la ley desfavorable, pero nada dicen de la ultractividad.



## 106 - LEY PENAL INTERMEDIA

Entre la comisión y el enjuiciamiento de una conducta pueden variar las leyes dos, tres o más veces. Esto da lugar al problema de la ley intermedia.

Berner, Segger, Gabba, Ranieri e Hippel creen que ésta no debe aplicarse. En cambio, la mayoría de los autores franceses, así como el Profesor Mendoza, en Venezuela, se pronuncian por la afirmativa. Trebutien y Olivi alegaban que el perjuicio por la lentitud de la justicia no debe cargarse sobre el reo.

En primer término, no hay fundamento científico para afirmar la aplicabilidad de la ley intermedia cuando es más favorable; pero sí lo abonan los sentimientos humanitarios. Algunos Códigos, como el argentino, en su artículo segundo, legislan expresamente en este sentido, y también se ha pronunciado en favor de la aplicabilidad de la ley intermedia la jurisprudencia chilena (sentencia del 17 de abril de 1935). El Tribunal de Casación de Venezuela, en su fallo del 14 de diciembre de 1916, ha resuelto el asunto en favor del reo.

## 107 - DISPOSICIONES SOBRE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Es bien sabido que los penalistas no han cesado todavía de discutir si las medidas de seguridad pertenecen al dominio ius-penalista o al meramente administrativo.

Para los que piensan que entran en esa última esfera, no ofrece dificultad alguna la posibilidad retroactiva absoluta. También Florián, Ferri y Longhi abonan la extractividad de las medidas asegurativas. Los proyectos de Códigos penales más modernos así lo proclaman. También el Código penal italiano de 1930, y el del Perú entre los de la América Hispana. El Proyecto de Enrique Ferri adoptó igualmente esta solución de radical incongruencia, ya que es harto sabido que para los positivistas genuinos no debe haber distingos entre las penas y las medidas de seguridad.

En mi sentir, es preciso diferenciar:

a) Medidas para combatir el peligro extradelictivo u originado por delitos, que se establezcan en puro beneficio del sujeto peligroso: extractividad posible.

b) Medidas tomadas en beneficio social, como las de custodia: no extractividad, salvo en lo favorable.

c) En cuanto a las medidas educativas y resocializadoras, tomadas con los niños y adolescentes, la extractividad tiene franca vía.

#### 108 - LA VALIDEZ TEMPORAL EN REFERENCIA A LAS DISPOSICIONES CIVILES Y PROCESALES

Los preceptos de *orden civil* contenidos en los Códigos, como las indemnizaciones, reparaciones, etc., etc., se rigen por las normas propiamente civiles. El reo no podrá ampararse en la ley que le sea más favorable cuando se trate de responsabilidad civil y tampoco el ofendido podrá alegar que una ley le es más beneficiosa porque cree nuevas indemnizaciones o las haga más eficaces.

En materia de *procedimiento criminal* se ha discutido mucho. En principio, los autores son favorables a su retroactividad.

Algunos Códigos penales, como el uruguayo, tratan del tema y conceden extractividad, salvo cuando se suprime un recurso o una prueba.

Nosotros resumiremos así nuestro criterio:

Como *principio general*, las leyes de organización, competencia y procedimiento que se modifiquen en bien de la justicia, pueden ser retroactivas. En particular, en cuanto a *organización judicial y competencia*, es necesario, no obstante, que observemos el caso excepcional de que se creen tribunales especiales o comisiones *ad hoc*. Éstas jamás podrán tener *efectos retroactivos ni ultractividad*. En orden a la *acción para perseguir el delito*, hay que atender a lo favorable al reo; así, por ejemplo, en el caso de que una disposición legal transforme en público un delito que antes sólo se perseguía por querrela, tal disposición no debe ser retroactiva. Tampoco lo serán las nuevas disposiciones sobre *pruebas*, salvo en lo favorable, si afectan a elementos del tipo o si versan sobre culpabilidad o intención, y menos todavía si una prueba útil al reo se suprime. No hay inconveniente en que el *rito* sea retroactivo, salvo si refluye contra la defensa del reo. Y, finalmente, no podrán ser retroactivas aquellas leyes que supriman un *recurso*, pero sí las que lo creen.

## 109 - RETROACTIVIDAD Y COSA JUZGADA

No ofrece duda alguna que el principio de retroactividad de la ley más favorable tiene curso sin obstáculos cuando la sentencia no es definitiva. Los problemas surgen cuando nos encontramos ante un fallo firme. En holocausto a la santidad de la cosa juzgada, los franceses proclaman la irretroactividad en esta situación. Así opinan Garrand, Laborde, etc. Y para enmendar la evidente injusticia se amparan en el indulto.

Los italianos, siguiendo sus Códigos —tanto el de 1889 como el vigente de 1930—, distinguen el caso de que la nueva ley suprima delitos o que queden tan sólo modificados en su tipo o sanción. En la primera hipótesis, la cosa juzgada no es óbice para que la ley tenga efecto retroactivo; en el segundo supuesto, la cosa juzgada impera y sólo puede remediarse el conflicto mediante disposiciones transitorias.

Por nuestra parte, proclamamos la retroactividad de la ley más favorable, aun cuando haya recaído sentencia firme y el reo esté cumpliendo la condena, según declara el artículo 24 del Código penal español y el 2º del de Venezuela. No son muchos los autores que abonan esta tesis. Citemos, en Italia, a Zuppeta, Tolomei y Crivellari. Este sistema es el más correcto y noble. La supuesta santidad de la cosa juzgada y los argumentos de orden público no pueden convencernos. El indulto es una ficción y nosotros proclamamos la necesidad de encararnos con realidades.

## CAPÍTULO XVII

### VALIDEZ DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

#### 110 - CONCEPTO DEL LLAMADO DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Las facilidades de las comunicaciones y la comunidad de intereses y de culturas han hecho que se conceda más importancia que nunca a los problemas de la ley penal en el espacio, que dan lugar al llamado Derecho penal internacional. Parece ser que el nombre le fué dado por Bentham y hoy tiene como contenido el conjunto de reglas del Derecho nacional sobre la aplicación de la ley en el espacio y las normas de auxilio para asegurar la justicia punitiva que deben prestarse entre sí los Estados.

Subrayan el primer aspecto de esta pretendida disciplina von Rohland Martitz y Meili. Se refieren predominantemente a la competencia judicial von Bar y Frank. Martens hace mayor hincapié en el concepto de auxilio y, en cierto modo, también Crispigni. Diena y Taub aceptan aquellos dos aspectos y Donnedieu de Vabres da una larga definición, bastante exacta, dejando fuera el Derecho extradicional y la ejecución de sentencias que pertenecen, a su juicio, al Procedimiento penal internacional.

Verdad es que entre el título y su contenido hay profunda incongruencia, que ya señalaron Binding, Franz von Liszt, Garraud, Manzini, Battaglini, Anziolotti y Ferri. En efecto; llamar Derecho penal internacional al conjunto de normas internas que deciden los problemas de la ley penal en el espacio de un modo unilateral, no puede ser más incorrecto. Franz von Liszt, entre otros, lo ha dicho con toda exactitud, indicando que el verdadero Derecho penal internacional se halla formado por el conjunto de tratados que imponen a las potencias signatarias la obligación, fundada en el Derecho internacional, de decretar las leyes penales nacionales correspondientes a la protección de bienes jurídicos de interés común. Así,

por ejemplo, los convenios sobre la filoxera de 1881, el tratado sobre la protección de los cables submarinos, etc., etc.

Vespasiano V. Pella ha ido mucho más allá, considerando que el Derecho penal internacional debería denominarse "Derecho penal interestático" y que nada tiene que ver con lo que hasta ahora se ha designado con aquel epígrafe. En realidad, sería una ramificación del Derecho público internacional que determinaría las infracciones, establecería las penas y fijaría las condiciones de responsabilidad penal internacional de los Estados y de los individuos.

También se ha discutido mucho sobre el lugar que debe dársele en la sistemática jurídica. Para Diena y Liszt es parte del Derecho internacional. En el sentir de Lainé y Westlake está dentro del Derecho internacional privado. Y von Bar, Despagnet-de-Boeck y Pella piensan que es una rama del Derecho internacional público.

Florián resueltamente se pronuncia por enclavar este conjunto de normas en el propio Derecho penal; y en Francia, Donnedieu de Vabres, que es el que, probablemente, hace argumentos más certeros, cree que el Derecho penal internacional positivo es el fruto de una elaboración unilateral, y que, por tanto, es un Derecho interno y sólo puede considerársele como un capítulo del Derecho criminal.

### III - PRINCIPIOS DEL LLAMADO DERECHO PENAL INTERNACIONAL

En orden a la fuerza de las leyes penales en el espacio se han expuesto y defendido por los escritores diversas teorías que, en mayor o menor medida, se han acogido por los Códigos y que pueden reducirse a estos cuatro sistemas: a) *Principio de territorialidad*, b) *Principio de personalidad o nacionalidad*, c) *Principio real o de protección*, y d) *Principio de la justicia mundial o principio de la comunidad de Estados*.

#### a) *Principio de territorialidad*

Este sistema afirma que la ley penal de un Estado debe aplicarse a todos los delitos cometidos en su territorio, sin atender a la nacionalidad del autor ni a la del titular del bien jurídico lesionado. Es consecuencia de la soberanía y debe aceptarse como principio básico.

Llevado a su último extremo y establecido como criterio exclu-

sivo, fatalmente nos llevaría a extremos monstruosos. No obstante, la territorialidad estricta ha sido proclamada por los juristas anglo-americanos en la sesión del Instituto de Derecho Internacional habido en Cambridge, en 1931. James Brown Scott, Secretario General de la Fundación Carnegie, fué uno de los que defendió tal tesis; mas, para lograr su imperio, tiene que acudir, como lo hacen los ingleses, a una ineludible ficción: a la llamada teoría de la *jurisdicción territorial objetiva*, basándose en donde se realiza la *intención* y no donde se *forma*. Esta teoría alcanza al inculpado, tanto en el país en que materialmente ejecutó el acto como en el sitio en que es aprehendido. Ciertos Tribunales norteamericanos han condenado así al ladrón donde se le halló con una parte de su botín, suponiendo que cada vez que se desplaza con el objeto robado manifiesta de nuevo su propósito de apropiarse del bien sustraído; es decir, que cada vez comete de nuevo el robo y puede, por tanto, perseguírsele.

Rechazamos este inelegante juego de ficciones y supuestos, para proclamar que la territorialidad es el principio imperante que debe completarse, como después veremos, con los demás.

### b) Principio de personalidad

Este sistema surge como una exageración de la doctrina de las nacionalidades y pretende que la ley siga al sujeto como la sombra al cuerpo. Todo nacional debe ser juzgado conforme a la ley de su país.

Mas aquí también ha habido que acudir a ficciones, y fué un penalista francés muy ilustre, Faustino Hélie, quien acudió al subterfugio del *subditus temporarius*: todo el que habite en un territorio, mientras esté en él, queda asimilado a los ciudadanos mismos.

Fedozzi, en nombre de la Escuela positiva, defiende este criterio por entender que nadie juzgará mejor a un hombre que su compatriota. Según veremos más tarde, Florián y Ferri han rechazado, en nombre de la *Scuola*, esta doctrina.

### c) Principio real

El sistema real, cuya tradición es antigua, y que sería mejor denominar *principio de protección*, exige que se aplique la ley del Estado a todas las infracciones que amenacen su seguridad interior

o exterior, hasta cuando han sido preparadas y consumadas fuera de su territorio, e incluso cuando han sido cometidas por un extranjero.

La hegemonía del principio real coincide en Alemania con el entronzamiento de Prusia, y tiene como penalista representativo a Carlos Binding. Ciertamente que no deja de tener algún representante en Francia: el voluminoso libro de Travers se asienta sobre tal criterio. Pero en la propia ciencia alemana ha tenido enemigos la doctrina realista: Köhler, en nombre del concepto liberal, la repudia, y en Francia la rechaza Donnedieu de Vabres.

#### *d) Principio de la justicia mundial*

Los partidarios de la represión universal o de la universalidad del Derecho de penar, que atribuyen vocación a los tribunales represivos de *todos* los Estados para conocer de un crimen cometido por un individuo cualquiera y en cualquier país, invocan hasta palabras de Caín en las Sagradas Escrituras y viejos textos del Código de Justiniano, en que se habla del *iudex deprehensionis*.

En los comienzos del Derecho internacional defendió este criterio Grocio y luego se han mostrado sus partidarios Geyer, Hälschner, Mohl, Lammasch, Hamburger, von Lilienthal, Carrara, Florián y Ferri.

Eugenio Florián, en nombre de la Escuela positiva, acepta la justicia mundial como la más correcta y eficaz, pero considera que sólo debe ser aplicada a los delincuentes natos, que en cualquier parte pueden y deben ser enjuiciados; mas no así a los delincuentes por ocasión, en los que el medio es demasiado importante para que puedan ser substraídos al juez del lugar. Más o menos, así opinan Ferri, Graud y Franz von Liszt; y nosotros mismos, cuando en colaboración con José Antón escribimos sobre el tema, hemos hecho una crítica de este generoso postulado, creyendo que sería inaplicable por la desigualdad de las leyes y civilizaciones de los diversos pueblos.

#### *e) Principios dominantes: territorialidad y complementos*

Tenemos que proclamar, según ya indicamos, el *principio de territorialidad* de las leyes penales como base de la validez punitiva en el espacio.

Mas debemos complementarlo con el de la *nacionalidad*, para aquellos casos en que no se entregue al nacional, y por la *representación* de la que hablara Kohler y después von Cleric. En efecto, hay veces en que los Códigos o las leyes proclaman que no se entregue a los nacionales cuando han cometido un delito en el extranjero y se han refugiado en su propio país. Para este caso, así como para aquellos otros en que es preciso juzgar al diplomático que por cortesía y función de extraterritorialidad no es penado en el país en que ejerce sus funciones, interviene la justicia del propio nacional. Sería más justo decir, con los autores antes invocados, que se trata de un Derecho penal de representación, ya que si castigamos a nuestro súbdito no entregado o a nuestro diplomático que delinquiró fuera, es en representación de la justicia del lugar en que las acciones delictivas fueron perpetradas.

También es necesario que se complemente el principio de territorialidad con el de *protección*. Un nacional nuestro o un extranjero pueden conspirar contra el Estado o contra los derechos de nuestros súbditos, fuera del territorio. Esas acciones no suelen estar incriminadas por las leyes del lugar en donde se cometen y por eso es preciso que el Estado agredido, cuando el delincuente vaya a su país, pueda hacerle allí objeto de enjuiciamiento y de sanción.

Finalmente, el sistema territorial se ha de completar por el *principio de la comunidad de intereses*, sancionando, cualquiera que sea el sitio en donde el delito se comete, aquellas infracciones que atenten a los intereses generales de los Estados y de la Humanidad. Por eso se penan, donde quiera que sean aprehendidos, los *hostes generis humani* y los delitos internacionales, como se ha pedido insistentemente en algunos importantes Congresos de Derecho penal. Sirva de ejemplo el de Palermo de 1933, y las Conferencias de Bruselas, de París y de Madrid.

## 112 - TERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL Y CONCEPTO DEL TERRITORIO

### a) *La ley penal es territorial*

Lo declaran así, de un modo terminante, muchos Códigos penales que empiezan diciendo —como el argentino en su artículo 1º— que “este Código se aplicará: ... Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación”.



Como luego veremos, se admiten, para completar ese criterio, los otros sistemas. La legislación nacional de muchos países hispano-americanos, en materia de ley penal en el espacio, se halla complementada por la Convención de La Habana, que en la Sexta Conferencia Internacional Americana aceptó y puso en vigor el Código de Derecho internacional privado, conocido más comúnmente con el título de *Código Bustamante*, que también declara la territorialidad de la ley punitiva y dice en el artículo 296 que "las leyes penales obligan a todos los que residan en el territorio, sin más excepciones que las establecidas en este capítulo".

Los casos de extraterritorialidad los ha estudiado muy bien Celestino Farrera, y el Profesor Mendoza sigue la clasificación por él hecha: a) Disposiciones pertinentes a los sólo nacionales; b) Disposiciones referentes a los nacionales y extranjeros, y c) Disposiciones especiales sobre los extranjeros. Mas es lo cierto que este último grupo, más o menos innecesario, contiene tres o cuatro casos, que Ferrara enuncia, de estricta territorialidad, conforme observa el Profesor Mendoza.

Por eso, nosotros nos permitimos incluir aquí: a) los empleados diplomáticos, en los casos permitidos por el Derecho público de las Naciones; b) los extranjeros que entren en lugares de la República no abiertos al comercio exterior o que sin derecho se apropien sus producciones terrestres, marítimas, lacustres o fluviales, o que sin permiso ni títulos hagan uso de sus terrenos despoblados; c) los extranjeros que infrinjan las cuarentenas y demás disposiciones establecidas en beneficio de la salud pública.

### *b) Concepto del territorio*

No basta con proclamar que la ley penal es territorial. Tenemos que saber en qué consiste el territorio, ya que éste no se circunscribe a la noción geográfica, sino que debe ser tomado en su índole jurídica, como Binding subrayó. Se trata, en puridad, de todo lugar al que se extiende la soberanía del Estado y está constituido por toda porción del suelo, mar y espacio aéreo, así como por el conjunto de cosas sobre las que esa soberanía se ejerce.

a) *Suelo nacional*. Es el conjunto del territorio geográfico y de las islas que lo componen, así como de los mares interiores, si los contiene, de sus lagos y de sus ríos.

b) *Mar territorial*. Este problema ha adquirido ahora propor-

ciones ingentes y los tres tomos de Gidel lo acreditan. La lucha por el mar libre que llevó Grocio, con singular fortuna, acabó triunfando; pero no hay más remedio que reconocer que hay un mar territorial que pertenece al Estado por motivos de defensa. Precisamente, en atención a ella, se quiso fijar su extensión y se dijo que llegaba hasta el alcance de un proyectil. Después se ha establecido su límite por millas marinas, que oscila, según los Estados, de tres a seis.

El Código Bustamante se ha ocupado del caso de posibles delitos en alta mar o en aire libre y dice en su artículo 309: "En los casos de abordaje culpable en alta mar o en el aire, entre naves o aeronaves de distinto pabellón, se aplicará la ley penal de la víctima."

c') *Espacio aéreo.* Se proclamó la libertad del aire por Fauchille y ello sería lo justo en un conjunto de Estados pacíficos. Pero, de igual modo que consideramos que hay un mar territorial, sobre el que se extiende la soberanía de la Nación, asimismo podría decirse que también debe haber un aire territorial. Con este pensamiento llegó a fijarse la extensión del aire nacional en 500 metros, primero, y 1.500, después, contados desde tierra, puesto que éste era el límite en que la fotografía podría hacerse. Binding y Rivière quieren que alcance hasta donde llegue el disparo de un arma desde el suelo. Error gravísimo, porque, si tratamos de defendernos contra la agresión que venga por encima de nuestro territorio, lo cierto es que no hay límite, ya que, cuanto más alto vaya el aparato, más violentamente se estrellará contra nosotros la bala o la bomba que desde él se arroje. Por eso hay que proclamar que todo el aire es territorio nacional.

d') *Naves.* Los buques y las aeronaves constituyen, en principio, el conjunto de cosas que pertenecen al Estado, pero la determinación de si pueden estimarse, a virtud de función jurídica, como parte del territorio estatal, exige distinguir, en cuanto a los buques, estas categorías: naves del Estado y naves privadas, así como si se encuentran en alta mar o en aguas territoriales.

a") *Buques públicos del Estado.* El viejo nombre de buques de guerra debe modificarse y ya Manzini lo hizo al denominarlos "naves militares". Los tratadistas alemanes Meili, Allfeld, Liszt, Hippel, etcétera, prefieren llamarlos buques públicos del Estado, para comprender en ellos, no sólo los que se destinan a hospitales marítimos, sino también a todos los que tienen carácter público, como los navíos en misión diplomática o en representación estatal. Todos ellos gozan de extraterritorialidad y, por así decirlo, son un pedazo de la patria donde quiera que se encuentren. Los delitos cometidos

a bordo de estos buques se consideran siempre como perpetrados en el territorio del Estado a que pertenecen. El artículo 300 del Código Bustamante establece que "la misma excepción se aplica a los delitos cometidos en aguas territoriales o en el aire nacional, a bordo de naves o aeronaves extranjeras de guerra".

Se ha discutido si los buques postales deben equiparse a las naves del Estado. A nuestro juicio, no pueden considerarse así, aunque algunos Tratados —Francia e Italia celebraron uno al respecto el año 1889— les den semejante privilegio.

b") *Buques privados*. No ofrece dificultad alguna cuando se trata de naves en alta mar. Aunque sean privadas se consideran entonces como parte del territorio de la nación a que pertenecen. El asunto se hace más arduo cuando tenemos que resolver el caso de delitos perpetrados en un buque particular, que puede ser mercante o de recreo, cuando se halla en aguas territoriales de otro país o surto en un puerto extranjero. La práctica francesa e italiana diferencia la hipótesis de que los delitos a su bordo cometidos trasciendan o no al exterior. En caso negativo no interviene la jurisdicción del puerto o del mar estatal. En el supuesto afirmativo, las autoridades territoriales serán las que juzguen. La práctica inglesa y norteamericana se pronuncia resueltamente por la ley del país en que el buque está surto o cuyas aguas surca. Lo mismo piensa la jurisprudencia alemana. Binding, en cambio, cree que el buque es territorio nacional dondequiera que se halle.

El Código Bustamante declara en el artículo 301 que "lo propio sucede —es decir, que se aplica extraterritorialmente la ley— con los delitos cometidos en aguas territoriales o aire nacional en naves o aeronaves mercantes extranjeras, si no tienen relación alguna con el país y sus habitantes, *ni perturban su tranquilidad*".

c") *Aeronaves*. Consecuencia del principio sentado, en el que se proclama la índole territorial de todo el espacio aéreo, deberán ser, en cuanto a los delitos cometidos en aeronaves, los principios que se adopten por los Estados en sus leyes nacionales. Pero no suele ser siempre así, deseosos los países de atraer a su jurisdicción los delitos perpetrados en aviones de su bandera.

f) *Colonias, protectorados, territorios consulares, etcétera*. Vamos a prescindir de este tema, puesto que el coloniaje está llamado a desaparecer. La reunión habida en Suiza el año 1937 acabó con las capitulaciones en China y en Siam, y en Egipto ya no existe el famoso "Tribunal mixto".

g) *Territorios ocupados en guerra*. Hay que distinguir, al respec-

to, la ocupación en caso de operaciones bélicas y el tránsito consentido de un ejército por una porción de nuestro territorio. La primera hipótesis se resuelve fácilmente. El ocupante impone sus leyes militares al país ocupado, o le consiente las suyas, según los bandos lo estimen necesario o útil. El segundo supuesto está regulado por el Código Bustamante, cuyo artículo 299 dice así: "Tampoco son aplicables las leyes penales de un Estado a los delitos cometidos en el perímetro de las operaciones militares, cuando autorice el paso por su territorio de un ejército de otro Estado contratante, salvo que no tengan relación legal con dicho ejército." En aquel caso, el país al que pertenece el cuerpo armado deberá ser el que imponga los castigos precisos; a virtud del principio de representación.

*h') Sede de las Legaciones o Embajadas.* Una vieja práctica, imperante todavía entre los más conspicuos internacionalistas hispano-americanos, considera territorio nacional la sede de las Embajadas y Legaciones doquiera que estén; es decir, que más que de un caso de extraterritorialidad, se trata de considerar como territorio de la nación el edificio en que la diplomacia se ejerce, substrayéndole a las leyes del suelo en que el Ministro o el Embajador se halla acreditado. En la actualidad esta doctrina se encuentra totalmente arrumbada, aunque el Código de Méjico la reciba y consigne en su texto. La necesidad de que el diplomático goce de independencia le otorga un privilegio personal (vid. *infra*, cap. XIX-129). Pero jamás puede alcanzar la ficción hasta el extremo de considerar como territorio del Estado al que pertenece el Ministro, la casa de la misión diplomática. En la guerra de España se mantuvo el viejo postulado por la mayor parte de los Ministros y Embajadores hispanoamericanos y, en particular, por el representante de Chile, con grave daño para la vida de la República Española y de la moralidad internacional, a causa de los abusos a que se llegó.

### 113 - LUGAR DE COMISIÓN DEL DELITO

Los denominados delitos en tránsito y delitos a distancia, presentan a veces enfadosos problemas en cuanto a la jurisdicción. Sobre todo si un delito comienza a perpetrarse en un país y obtiene en otro su resultado, o si se manifiesta la voluntad en uno y se produce el efecto en otro. A fines de dogmática interna, suele proclamarse lugar de comisión del delito aquel en que se produce la manifestación de voluntad; mas, como suele ser aquí donde el de-

linciente se halla, no faltan leyes que, para imponer su texto también en los casos en que el resultado se produzca en el país, aceptan la fórmula de que es lugar del delito aquel en que la infracción se consuma. El artículo 302 del Código Bustamante dice al respecto: "Cuando los actos de que se componga un delito se realicen en Estados contratantes diversos, cada Estado puede castigar el acto realizado en su país, si constituye por sí solo un hecho punible. De lo contrario, se dará preferencia al Derecho de la soberanía local en que el delito se haya consumado." El artículo 303 añade: "Si se trata de delitos conexos, en territorios de más de un Estado contratante, sólo estará sometido a la ley penal de cada uno el cometido en su territorio."

#### 114 - DELITOS COMETIDOS EN EL EXTRANJERO

No importa que se trate de nacionales o de extranjeros desde el punto de vista en que vamos a enfocar el asunto. A nuestro juicio, la extraterritorialidad de la ley penal ha de ser calificada conforme a su fundamento.

##### *a) Penalidad basada en el principio de protección*

El Código Bustamante declara en dos de sus artículos la extraterritorialidad de la ley penal de un país por motivos de protección. Art. 305: "Están sujetos en el extranjero a las leyes penales de cada Estado contratante los que cometieren un delito contra la seguridad externa o interna del mismo o contra su crédito público, sea cual fuere la nacionalidad o el domicilio del delincuente." Art. 306: "Todo nacional de un Estado contratante o todo extranjero domiciliado en él, que comete en el extranjero un delito contra la independencia de ese Estado, queda sujeto a sus leyes penales."

##### *b) Sanción en orden al principio de nacionalidad*

Puesto que la extradición del nacional se suele negar en casi todos los países, deberá ser enjuiciado, a solicitud de parte agraviada o del Ministerio Público, si el delito que se le imputa mereciere pena por la ley de su nación.

También el Código Bustamante, al declarar en su artículo 345

que los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales, se ve en la necesidad de aplicar la extraterritorialidad de la ley conforme al principio personal: "La nación que se niegue a entregar a uno de sus ciudadanos estará obligada a juzgarlo."

### *c) Penalidad por representación*

En puridad, la aplicación extraterritorial de la ley de un país, en caso de nacionalidad, no deja de suponer una hipótesis en que se pena por representación del Estado en que el delito se cometió y que no puede lograr la extradición del delincuente cuando se refugia éste en su propio país. Con mayor motivo han de ser considerados como debidos al principio de representación los casos en que serán penados conforme a la ley de su nación los agentes o empleados que cometan cualquier hecho punible en el extranjero, según dicen, entre otros Códigos, el argentino y el venezolano.

### *d) Sanción universal por comunidad de intereses internacionales*

En el Código Bustamante hay dos artículos que se refieren a esta materia. El 307 dice: "También estarán sujetos a las leyes penales del Estado extranjero en que puedan ser aprehendidos y juzgados, los que cometan fuera del territorio un delito, como la trata de blancas, que ese Estado contratante se haya obligado a reprimir por un acuerdo internacional." Art. 308: "La piratería, la trata de negros y el comercio de esclavos, la trata de blancas, los actos de destrucción o deterioro de cables submarinos y los demás delitos de la misma índole contra el Derecho internacional, cometidos en alta mar, en el aire libre o en territorios no organizados aún en Estado, se castigarán por el captor, de acuerdo con sus leyes penales."

### *e) Requisitos*

En algunos de los casos enumerados se imponen por las leyes ciertos requisitos. Se precisa que el delincuente *haya venido* a la República, y que no *haya sido juzgado* en el extranjero. Además, suele añadirse que cuando se condene de nuevo en la República a una persona que haya sido sentenciada en el extranjero, se com-

putará la parte de pena que haya sufrido en el otro país. Esto no necesita ser comentado, porque se rige por el principio de *non bis in idem*.

En cambio, sí merece que nos ocupemos de la frase *que haya venido al territorio de la República*. La presencia del reo, ¿ha de ser voluntaria? En Francia, Garraud se pronuncia por la resuelta afirmativa, interpretando la expresión estar de *retour*. Por fortuna, no tenemos en España materia polémica al respecto, puesto que el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial sólo exige *que se halle* en territorio español. ¿Qué ocurre, por ejemplo, en Venezuela y en Francia, cuando el sujeto ha sido traído por la fuerza o cuando ha llegado a consecuencia de una catástrofe: naufragio o aterrizaje forzoso? Nos inclinaríamos a exigir la voluntariedad y, en todo caso, extenderíamos la expresión *venir*, a la hipótesis catastrófica de que una nave se estrelle en la costa o un aeroplano caiga a tierra. Podría decirse que *ha venido*, aunque a la fuerza; pero jamás ha de extenderse al supuesto de que se le detenga fuera y se le traiga arrestado, porque entonces *se le trae y no viene*.

#### 115 - VALOR DE LAS LEYES Y RESOLUCIONES REPRESIVAS DICTADAS EN OTROS PAÍSES

Tema interesantísimo, que nos llevaría muy lejos si quisiéramos exponerlo en todo su detalle. Por ello vamos a prescindir de consideraciones teóricas, para ceñirnos tan sólo a decir lo que se halla vigente en los países que han aceptado el Código Bustamante en cuanto a reincidencia, reiteración, interdicciones civiles y prescripción.

El artículo 310 dice que para el "concepto legal de la reiteración, o de la reincidencia, se tendrá en cuenta la sentencia dictada en un Estado extranjero contratante, salvo los casos en que se opusiere la legislación local".

El artículo 311 dispone: "La pena de interdicción civil tendrá efecto en los otros Estados mediante el cumplimiento previo de las formalidades de registro o publicación que exija la legislación de cada uno de ellos." El artículo 312 establece: "La prescripción del delito se subordina a la ley del Estado a que corresponda su conocimiento."

Y el artículo 313 manda: "La prescripción de la pena se rige por la ley del Estado que la ha impuesto."

## 116 - LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PENAL

Hemos hablado ya (vid. *supra*, cap. XVII-110 *d*) de la doctrina que postula la justicia internacional, cualquiera que sea el lugar de comisión de las infracciones, y también de aquellos casos en que, excepcionalmente, por intereses comunes a todos los pueblos, se puede enjuiciar a un pirata, a un tratante de esclavos o de blancas por quien lo capture, cualquiera que sea el territorio en que cometió sus delitos.

En esta misma vía, y empujando las posibles consecuencias hasta sus últimos extremos, se ha llegado a predecir, e iniciar, la unificación del Derecho penal internacional y, mientras llega, se ha pensado en la posibilidad de redactar un Código penal internacional para ciertos delitos cosmopolitas y someter a esta clase de reos a un Tribunal represivo de las naciones.

La Unión Internacional de Derecho penal, los Congresos internacionales de Policía, algún Congreso Penitenciario, como el de Londres de 1925, y sobre todo, las Conferencias para la Unificación del Derecho penal, que ya han sido recordadas (vid. *supra*, cap. IX-59), han pretendido, hasta ahora sin lograrlo, unificar ciertos sectores del Derecho represivo de los pueblos. Ultimamente, renunciando a ambiciones desmedidas sin objeto, se pretende asimilar las normas de institutos que se refieren a problemas internacionales o de delitos que son igualmente amenazadores en todas partes: principios de la ley penal en el espacio, extradición, falsificación de moneda y papeles de valor, trata de blancas, terrorismo, etc., etc.

Como hemos dicho antes, no han faltado, incluso desde los lejanos tiempos de Jorge de Podebrady, ensayos de Sociedades Internacionales, que tuvieron realidad con la denominada Liga de Naciones que se fundó después de la guerra pasada.

Al mismo tiempo surgió la pretensión de castigar los crímenes cometidos contra la paz, sea por los propios Estados o por los individuos.

Con el fin de penar la "ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los Tratados", que constituye la declaración de una guerra injusta, el Tratado de Versalles instituyó un Tribunal penal internacional formado de representantes de las potencias aliadas, ante el cual debería comparecer Guillermo II (art. 227). El Tratado de Versalles obligaba, además, al Gobierno



alemán a entregar a los Tribunales militares de las Potencias aliadas o asociadas a las "personas acusadas de haber cometido actos contrarios a las leyes y costumbres de la guerra" (art. 228). Disposiciones semejantes fueron inscritas en los otros Tratados de paz, salvo el de Lausana. La primera parte de aquel programa no pudo ejecutarse porque Holanda se negó a entregar a Guillermo II, que se había refugiado en su territorio. La segunda ha permanecido, igualmente, entre las disposiciones incumplidas del Tratado de Versalles. Solamente un cierto número de militares acusados de violación de las leyes de la guerra comparecieron ante sus Tribunales nacionales (Tribunal Supremo de Leipzig); pero sus decisiones no satisficieron a las Potencias aliadas.

Incluso era breve la lista de alemanes denunciados por "brutalidad despiadada". Según los datos publicados por Allan A. Michie, en *Reader's Digest* el número de germanos acusados sólo se elevaba a 889. A 49 se redujo esa cifra antes de ser sometidos a proceso, y menos de la mitad fueron condenados a penas leves: dos de los culpables, por el torpedeamiento sin aviso del buque-hospital "Llandovery Castle", lo fueron a cuatro años, pero se escaparon de la cárcel y la "nueva Alemania" los glorificó como héroes.

Las sanciones son ineficaces cuando un clima propicio en un determinado país presenta como actos dignos del mayor encomio los ataques a otros pueblos; y mucho más cuando un Estado adopta una política interna y exterior radicalmente agresiva y de predominio universal.

También contra el crimen de la guerra de agresión emprendida por un Estado, se trazaron normas jurídicas y sanciones de varia índole en el "Protocolo de Ginebra" (1924), que sigue el espíritu y desenvuelve la letra del Pacto de la Sociedad de Naciones. He aquí el delito esencial imputable a los Estados, porque es a éstos y sólo a ellos a quienes, según el Protocolo aludido, debe atribuirse el crimen de guerra.

Por nuestra parte, no disimulamos nuestras dudas ni nuestra falta de fe en sistemas de esa índole, que hallarían insuperables obstáculos para ejecutar sus sentencias. El camino para el logro de la paz del mundo es muy otro. La simple labor jurídica de los Estados particulares no es eficaz. La Constitución de la República Española dió cabida en su texto al Pacto Kellogg-Briand, declarando, en su artículo 6º, que "España renuncia a la guerra como instrumento de política internacional", y prohibiendo toda guerra injusta y prematura, ya que impuso en el artículo 77 condiciones

para que pueda ser declarada, y sin embargo, en cuanto el régimen de democracia cayó, los falangistas se mofaron de tan románticos preceptos y proclamaron, verbalmente, "la voluntad de imperio".

La protección de la paz se ha querido lograr por vía del Derecho interno, estableciendo tipos de delitos para incriminar a los responsables de guerra injusta o para sancionar la propaganda de la guerra de agresión, dentro de su territorio, por sus propios jueces y conforme a sus leyes.

Ejemplos del tipo de delito consistente en la propaganda de la guerra de agresión nos ofrecen el artículo 113 del vigente Código penal polaco de 11 de julio de 1932; el artículo 508 del Proyecto de Código penal brasileño de 1928; el artículo 213 del Proyecto rumano de 1933, que bien pronto fué Código vigente; el artículo 163 A) del Código de Defensa Social de Cuba de 1938, y el artículo 379 del Proyecto de Código penal argentino de 1941, redactado por José Peco.

De nada han servido esas disposiciones. Como hemos dicho, el Código penal de Rumania incorporó a su texto el delito de propaganda de guerra de agresión, y un rumano representante de su país en asambleas cosmopolitas, Vespasiano V. Pella, Diplomático y Profesor de Derecho penal en la Universidad de Jassy, hizo discursos y libros en apoyo de tan pacíficos programas. ¿Qué utilidad han tenido tales preceptos legales cuando la "guardia de hierro" tomó el mando? Rumania se lanzó a una guerra de agresión, y las disposiciones de sus leyes de nada sirvieron para evitarlo.

Enjuiciar al Estado o a los individuos responsables de delitos contra la paz requeriría resolver una serie de problemas que aun no se hallan hoy solucionados. ¿Cómo conciliar el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*? ¿Cómo decidir la responsabilidad de los Estados, que son personas sociales? Y, finalmente, ¿cómo enjuiciar esos delitos y cómo ejecutar las sanciones?

A este fin se propuso también la creación de un Tribunal penal internacional que, desde los más amplios proyectos, quedó reducido, en forma optativa, para decidir los casos de terrorismo en la Convención Diplomática de Ginebra, habida en 1937. Ahora, la Organización de las Naciones Unidas prepara un Proyecto de Código penal universal y una Corte internacional. Como secuela de la guerra 1939-1945, se ha juzgado y condenado en Nuremberg a los jefes nazis. No creemos que haya sido una justicia ejemplar, con sus procedimientos anglosajones y su absurda publicidad tipo norteamericano. Lo que más importa es que se ha vulnerado el principio

*nullum crimen, sine praevia lege.* Por otra parte, un Código penal o una ley punitiva se dicta para los crímenes corrientes, para el ladrón vulgar, para el homicida común, no para los que han atemorizado al orbe con extraño beneplácito de los que luego protestaron. Nosotros preferiríamos, a los Tribunales falsamente organizados, la propia reacción popular, como ha ocurrido con el *maquis* francés. No se olvide que el artículo 27 de la Constitución francesa de 1793 decía que "todo individuo que usurpa la soberanía debe ser muerto por los hombres libres".

Por lo demás, tampoco se enjuició en Nuremberg a todos los auténticos culpables de la guerra: junto a ellos tendrían que haber estado los viejos apaciguadores, muchos de los cuales todavía gozan de favor político.

También desearíamos nosotros descartar del orbe hasta la sombra de los tiranos, y dar definitiva paz a los hombres. Pero esto no se consigue con leyes penales ni con magistrados —aunque su rectitud pueda influir en el bienestar de cada nación—, sino con la justicia política y social que sólo la verdadera democracia puede darnos.

## CAPÍTULO XVIII

### EXTRADICIÓN

#### 117 - CONCEPTO, FUNDAMENTO Y FORMAS DE LA EXTRADICIÓN

La territorialidad de las leyes penales y la no ejecución de las sentencias extranjeras, de una parte; y de otra, la facilidad de comunicaciones, que permite escapar al infractor de la norma, hacen necesaria la extradición.

Esta es la entrega del acusado o del condenado, para juzgarle o ejecutar la pena, mediante petición del Estado donde el delito perpetróse, hecha por aquel país en que buscó refugio.

Son muy varias las *definiciones* dadas por los autores y la que antecede no es más que una descripción.

Se ha discutido mucho sobre la *naturaleza* de este instituto que ahora nos ocupa. Franz von Liszt y J. Kohler creen que es un acto de asistencia jurídica internacional, en tanto que Garraud sólo ve en él la reciprocidad jurídica. A nuestro juicio, trátase, en efecto, de un acto de asistencia jurídica entre los Estados y no de una simple reciprocidad entre ellos.

Por creer que carecía de *fundamento*, negó la extradición Pinheiro Ferreira, alegando que el delincuente debe ser juzgado en el país en que entró. Otros autores, con Pufendorf a la cabeza, la admiten tan sólo por motivos meramente utilitarios, y Martens cree que sólo emana de los Tratados.

Nosotros estimamos que se trata de un deber jurídico independiente de todo convenio, como ya dijeron Grocio y Diego Covarrubias; pero condicionado por el tratado. Ciertamente que ese fundamento de Derecho se completa con el interés, es decir, con la utilidad.

En Venezuela, el Profesor Mendoza cree que "el cimiento en que estriba la extradición es hacer efectiva la competencia judicial internacional en materias penales".

Sus principales *formas* son la *activa* y la *pasiva*, de que después hemos de tratar. No faltan autores que hablen también de la extradición *voluntaria*, que Travers niega, con razón, porque aquella se caracteriza por la demanda del Estado requirente, según hemos dicho al dar el concepto de ella, y la voluntaria no es extradición, sino propia entrega del reo.

Distínguese también la denominada *extradición de tránsito*, que Florián considera como un trámite administrativo y Travers como verdadera extradición. El Código Bustamante la estima meramente administrativa en su artículo 375.

Denomínase *reextradición* cuando una tercera potencia, fundándose en que el delincuente había cometido antes un delito en su país, la demanda de aquel que obtuvo antes la extradición del lugar de refugio. Unas leyes la regulan y otras la silencian, mas, en verdad, se trata de un *concurso de extradiciones* que ha tratado el Código Bustamante: Si la solicitud es por el mismo hecho, tiene preferencia el Estado donde se cometió (art. 347); si se demanda por hechos diversos, deberá entregarse al país donde se perpetró el delito más grave (art. 348); en la hipótesis de gravedad igual, ha de preferirse al que primero la solicitó, y si fué simultánea la demanda, decide el Estado requerido; sin embargo, deberá preferir al país de origen del delincuente o a aquel donde habita (art. 349).

## 118 - FUENTES DE LA EXTRADICIÓN

En la situación jurídica actual las fuentes de donde la extradición emana son éstas, según orden de jerarquía: *Tratados, leyes internas, costumbre y reciprocidad*.

Parece indudable que, a pesar de la existencia de viejos tratados, que pueden remontarse al antiguo Oriente, la extradición tuvo su primer origen en la costumbre y en la reciprocidad, perfeccionándola luego los convenios y dictándose leyes internas. El ideal, según veremos después, sería una *ley cosmopolita* y un *tratado tipo*.

### a) *Tratados*

Los tratados suelen ser las fuentes ordinarias de donde la extradición surge en Europa, mas no en los países de América, que

han descuidado estos convenios hasta el punto de que sólo una minoría de Estados se protegen entre sí con pactos de esta índole.

### *b) Leyes internas*

Ya dijimos (vid. *supra*, cap. X-63 *b*) el valor de los convenios internacionales en conflicto con las leyes internas; nos basta ahora con hacer aplicaciones de lo consignado al problema de la extradición.

Los Códigos penales o procesales, o las leyes especialmente destinadas a regular el Derecho de extradición, producen un doble efecto: sólo podrá entregarse por delitos que la ley enumera, y no se harán tratados en oposición a la ley interna. Esto se debe a que entre el convenio y la ley interna no hay diferencia alguna para el súbdito. El tratado se dirige a las altas partes contratantes y la ley a los que habitan en la nación; pero a éstos sólo les obliga el convenio en tanto en cuanto se convirtió en ley interna. Por eso, si el tratado posterior que se ratificó es restrictivo, predomina sobre la ley interna, y viceversa, aunque el Código o la ley posterior sólo abroguen el tratado en lo que pugne con la ley o el Código.

### *c) Tratados y leyes tipos*

Algunos autores, como Franz von Liszt, propusieron ya un tratado o una ley que fuera paradigma para todos los países. Antes, el Congreso de Estocolmo de 1878 lo había postulado. En una de las reuniones de la Unión Internacional del Derecho penal, la que se verificó en 1910, proyectóse una "Liga internacional de extradición", que también defendió Martitz y el propio von Liszt. Más tarde, el Congreso de Londres de 1925 insistió en el tema, que después estuvo a punto de cobrar realidad.

La Comisión Permanente penal y penitenciaria dió el encargo a los profesores Delaquis y Gleispach de componer un tratado tipo, que se publicó, en efecto, el año 1931. También la Sociedad de Naciones, en su sesión del mismo año, preocupóse del tema, y la *International Law Association* compuso otro convenio modelo. Las Conferencias Internacionales para la Unión del Derecho Penal hicieron, a su vez, otro tratado tipo, que empezó a trabajarse en la de Varsovia de 1927 y que se redactó en las siguientes: Bruselas, 1930; París, 1931; Madrid, 1933, y Copenhague, 1935. No quedó

enteramente concluso, y las preocupaciones internacionales primero, y la guerra después, lo han frustrado por ahora.

En América, el Tratado de Montevideo de 1889 y el Código Bustamante han conseguido dar normas sobre la extradición, de índole típica, que han aceptado numerosos países sudamericanos. La República Argentina ha ratificado, el 31 de enero de 1956, el Tratado multilateral de Montevideo de 1933.

Vamos a tratar de los principios de la extradición, empezando por los que regulan la activa y la pasiva y dividiendo después la materia en orden al delincuente, al delito y a la penalidad. Luego trataremos de si los problemas de extradición hacen nacer para el reo una verdadera pretensión subjetiva y de las excepciones a la entrega de delincuentes.

#### 119 - EXTRADICIÓN ACTIVA Y PASIVA

##### a) *Extradición activa*

Los Códigos de Procedimiento criminal o las leyes especiales suelen dar normas para pedir la extradición. El Código Bustamante manda, por su parte, que para solicitar un reo que se refugió en otro país, ha de presentarse sentencia condenatoria o mandamiento de prisión, la filiación del reclamado y copia auténtica de las disposiciones que establezcan la calificación legal del hecho (art. 365).

##### b) *Extradición pasiva*

El citado Código Bustamante limitase a decir que "para conceder la extradición es necesario que el delito se haya cometido en el territorio del Estado que la pida o que le sean aplicables sus leyes penales de acuerdo con el Libro tercero de este Código" (art. 351). Advirtamos que son muchos los países que subordinan la entrega a una resolución judicial (vid. *infra*, núm. 125).

#### 120 - PRINCIPIOS DE LA EXTRADICIÓN EN ORDEN AL DELINCUENTE

En época pasada, y no muy lejana, sólo se concedía la extradición en caso de autores. La mayor parte de los tratados la extiende ahora a los cómplices, y el Código Bustamante, con un poco de exageración, estima que también debe aplicarse a los encubridores (art. 352). En

suma: la extradición opera sobre toda clase de delinquentes, si bien los nacionales, desertores y reos políticos no suelen ser entregados.

A esta lista de excepciones, más o menos discutible y discutida, añaden Fedozzi, Florián y Ferri los que han delinquido por mera ocasión.

### 121 - PRINCIPIOS EN REFERENCIA AL DELITO

Es aquí donde se encuentran los más importantes problemas que el jurista debe inquirir y resolver. Para su mejor estudio, vamos a tratar por separado las cuestiones que más frecuentemente se suscitan.

#### a) *Repertorio de delitos*

Los tratados de extradición que enumeran los delitos por los que ésta puede pedirse y otorgarse, suelen consignar, en sus primeros artículos, los que van contra la vida y la integridad corporal, los que lesionan el pudor, los contrarios a la propiedad, las falsedades y las lesiones a la libertad.

Los viejos tratados suelen tener una larga lista de infracciones por las que puede extraerse a un delincuente. Los nuevos, para evitar la fatigosa enumeración, se limitan a consignar que pueden ser objeto de ella aquellos delitos cuya pena sea superior a un año.

El famoso Tratado de Montevideo, que liga a muchos países sudamericanos, sigue también, en su artículo 19, el régimen de gravedad, y en vez de fijar delitos, enuncia tan sólo las excepciones. No se concede extradición en caso de adulterio, injuria y calumnia, infracciones políticas y comunes con fines políticos, delitos militares y los castigados por jueces de excepción.

#### b) *“Nulla traditio sine lege”*

Este principio es consecuencia del muy conocido apotegma *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Fuera del Tratado no hay delitos por los que deba concederse extradición. Sin embargo, no faltan autores, alguno tan eminente como Crispigni, que afirmen la posibilidad de convenios de extradición para la entrega de delinquentes cuyo delito no se haya establecido en el Tratado, siempre y cuando éste no lo prohíba de un modo taxativo. A nuestro juicio, la cuestión debe ser resuelta afirmando que el reo tiene una pretensión subjetiva según la cual su ley es el Tratado, y cuando el delito no se consigne



en los artículos del convenio, bastante pena es la expatriación. Así se señala por el Tribunal Supremo de España en su sentencia de 22 de junio de 1934. La máxima *nulla traditio sine lege* puede desdoblarse, a su vez, del siguiente modo:

a') *Principio de especialidad*. No se puede extender el enjuiciamiento, una vez que la extradición se concedió, a hechos distintos de aquellos por los que otorgóse la entrega. El Tratado es la *Charta Magna* del extraído. El Código penal interno sólo rige al respecto bajo la función del convenio. Así lo declaró la sentencia aludida del Tribunal español.

Algunos tratados consignan especialmente que no podrá juzgarse al reo más que por el delito que motivó la extradición. Lo contrario sería aceptar el régimen analógico, que también rechazó al respecto la tan citada sentencia española.

El Tratado de Montevideo de 1889, en su artículo 24, dice que no podrá pensarse al reo por los delitos anteriores o que no se hayan consignado en el texto del convenio, salvo si aquél consiente. También el Código Bustamante tiene una fórmula parecida, aunque más amplia: El artículo 377 dice que podrá castigarse por delito distinto al que motivó la entrega, si consiente el Estado requerido o, si una vez libre el acusado, permanece tres meses después de ser absuelto.

Permítasenos observar que la disposición del Código Bustamante, en cuanto hace posible extender la extradición a delitos por los que no fué concedida si lo consiente el Estado requerido, es radicalmente incompatible con el espíritu que informa otras disposiciones del conocido cuerpo de leyes internacionales. Como veremos luego, se dan en los artículos 368 y 369 amplios derechos al sujeto acusado para que entable recursos ante el país requerido y el requirente. De ahí se deduce que el reo tiene un verdadero derecho a no ser extraditado más que conforme a las prescripciones del convenio. La más importante de todas es la *nulla traditio sine lege*, y ésta es la que se vulnera con la disposición citada del artículo 377.

b') *Principio de "identidad de la norma"*. La mayor parte de las legislaciones declaran que no se concederá la extradición por hecho que no esté calificado de delito por la ley propia. Es decir, que necesita la extradición que el hecho se considere delictivo por la ley de los dos países contratantes. También lo declara de este modo el artículo 353 del Código Bustamante.

La identidad debe existir en el momento de cometerse el hecho y en el que se hace la entrega, aunque no se precisa el mismo *nomen iuris*.

### c) *Gravedad de la infracción*

Sólo se pide la entrega del delincuente, y sólo puede concederse, cuando el delito por el que se le acusa sea de cierta gravedad. Generalmente se dice que únicamente opera la extradición en casos de "delitos" y no cuando se trata de "faltas". Y no se concederá tampoco, aunque se trate de un delito, si la pena con que se halla conminado es menor de un año de privación de libertad (art. 354 del Código Bustamante).

## 122 - PRINCIPIOS DE LA EXTRADICIÓN EN ORDEN A LA PENALIDAD

### a) *Excepciones*

No se concede la extradición cuando el acusado ha sido *absuelto*, cuando *prescribió* la acción penal para perseguir el delito o para ejecutar la pena, o cuando se extinguió la pretensión penal del Estado por cualquier otra causa. Así lo establecen los artículos 358 y 359 del Código Bustamante, y el Tratado de Montevideo de 1889 en su artículo 19 *h*. El Código de Derecho Internacional aludido dice, además, que si con anterioridad al recibo de la solicitud de extradición un procesado o condenado ha delinquido en el país en que se pide su entrega, puede diferirse ésta hasta que se le juzgue y cumpla la pena (art. 346).

A menudo, en numerosos tratados europeos y en muchos hispano-americanos, se fija una cláusula especial sobre la pena de muerte. Los países que la han abolido, y que suelen ser los que formulan la reserva, condicionan la entrega a que se conmute la pena de muerte —y en ocasiones las perpetuas—, sin lo que la extradición no se otorga. Es curioso que en Venezuela, el Código penal, en el párrafo 4º del artículo 6º, niegue "la extradición de un extranjero acusado de un delito que tenga asignada en la legislación del país requirente la pena de muerte o una pena perpetua". El precepto, según observa el Profesor Mendoza, ha servido para que en el país puedan vivir libremente los penados que escaparon de Cayena después que la sentencia de 20 de septiembre de 1918 negó la extradición de uno de ellos porque su pena era a perpetuidad. Un tanto se modificaba la rigidez del principio que el Código penal adopta, por el Código Bustamante, que no niega la extradición cuando el

delito por el que se pide está castigado con pena capital, sino que, simplemente, dispone: "En ningún caso se impondrá o ejecutará la pena de muerte por el delito que hubiese sido causa de extradición" (art. 378). Pero el Gobierno venezolano se reservó la aceptación de este artículo al ratificar el Código de Derecho internacional.

### *b) La extradición y las medidas de seguridad*

Ahora que las medidas de seguridad tienen tanta importancia en los nuevos Códigos, es preciso resolver si aquellas infracciones o estados de peligrosidad a los que se asocia una medida asegurativa pueden o no ser objeto de extradición. El caso está previsto en la ley alemana de 1929, y también por el artículo 28 del Tratado de Montevideo. Cuando se impongan a esas infracciones o estados de peligro subjetivo medidas de detención superiores a un año, la entrega del acusado debe practicarse. Tan absoluto precepto es inaceptable y nos inclinamos más bien a no tratar en la extradición las puras medidas impuestas al sujeto peligroso.

## 123 - EXCEPCIONES A LA ENTREGA DE DELINCUENTES

Ya hemos dicho (vid. *supra*, núm. 120) que se entrega a toda clase de autores y cómplices y, a veces, también a los encubridores, salvo si se trata de nacionales, de desertores o de delincuentes políticos. De estos últimos vamos a ocuparnos extensamente en apartado propio, y nos corresponde examinar ahora el caso del nacional y de los delitos militares.

### *a) Nacionales*

Ya en el siglo *xiii* los Estatutos de las ciudades italianas prohibían la entrega de sus ciudadanos; mas, en cambio, en las monarquías absolutas sí se concedió la extradición de ellos.

Hoy, excepción hecha de Inglaterra y los Estados Unidos, rige, casi de modo absoluto, la no entrega de los propios nacionales. La mayor parte de los Códigos o leyes declaran que la extradición de un nacional no podrá concederse por ningún motivo; pero deberá ser enjuiciado en el país, a solicitud de parte agraviada o del Ministerio público, si el delito que se le imputa mereciera pena por la ley

de su Estado. El artículo 345 del Código Bustamante dice, a su vez: "Los Estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales." Así, también en el Tratado convenido entre Venezuela e Italia se prohíbe la entrega del propio ciudadano, pero ambos Estados contratantes "se obligan a procesarlos" (art. 4º). Sobremanera interesante, por su índole sincrética, es la fórmula del Tratado de Montevideo de 1933, ratificado por la Argentina en 1956.

Para defender este privilegio en favor de los nacionales se han alegado supuestas razones. Tittmann habla de la protección del Estado a sus súbditos; Le Sellyer se apoya en la supuesta ofensa a la dignidad del país, y F. Hélie dice que así se les ampara del rigor máximo que suelen tener los jueces con los extranjeros. El propio Hélie y Trebutien presentan argumentos más científicos y menos falsamente sentimentales: si se entrega al delincuente extranjero refugiado en nuestro país es porque no se tiene sobre él potestad jurídica; pero no hay por qué entregar al nacional, porque sobre él sí existe potestad semejante.

Los autores alemanes, y excepcionalmente algún escritor italiano, como Manzini, así como la Exposición de motivos de leyes de Noruega de 1908 y de Suecia de 1913, interponen el derecho del ciudadano de habitar en su patria.

Ninguno de estos argumentos tiene poder suasorio. Contra la pretendida injusticia y rigor, podríamos alegar, con Traverso, que el Estado que envía a su ciudadano al lugar donde ejecutó el delito facilita así su prueba de descargo.

Son ahora muchos los autores que contra aquel criterio excepcional abonan la entrega de los propios súbditos. Junto a ellos se han pronunciado las asambleas científicas: las resoluciones del Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Oxford; el Congreso Penitenciario Internacional de Bruselas de 1900, y la propia Sociedad de Naciones. En nombre de la defensa social, abonan la entrega de los nacionales, Garçón, Rolin, Garraud, Florián, etc., etc. El Decreto de Napoleón de 1811 permitía la entrega del ciudadano requerido, que después fué negada. Inglaterra fué siempre de aquel parecer, y la Comisión de extradición de 1878 pronuncióse resueltamente por la entrega de los nacionales. Sin embargo, por reciprocidad, suele consignar la Gran Bretaña —como en el tratado que celebró con Francia— la norma imperante.

A nuestro entender, debería comenzarse por un régimen facultativo, concediendo a los Estados requeridos la posibilidad de no entregar a su ciudadano cuando, por motivos muy varios, recelase

que no había de ser enjuiciado por el país requirente con la debida imparcialidad.

El criterio intermedio se ha defendido por von Bar, Lammasch y Mendelsshon-Bartholdy.

### *b) Delitos militares*

Puesto que el Derecho militar es disciplinario, suele negarse casi siempre la entrega de los acusados de delitos castrenses. En la mayor parte de las situaciones son asimilables a la delincuencia política y, por ende, carecen de peligro en el país en que se asilan. Por lo demás, Francia tenía causas utilitarias: de esos refugiados solía nutrirse, en gran parte, la Legión Extranjera.

A menudo se ha solido pactar entre países la entrega de los desertores marinos, pero no era, ciertamente, a virtud de un convenio de extradición.

## 124 - ASILO DE LOS DELINCUENTES POLÍTICOS

### *a) Historia y situación vigente*

Harto sabido es que los primeros Tratados de extradición, como, por ejemplo, el celebrado en el siglo XII entre el rey de Inglaterra y el de Escocia, el que se pactó en el XIV entre el rey de Francia y el conde de Saboya, y por lo que respecta a España, el que se convino entre Pedro I de Castilla y el rey de Portugal en 1360, versaban justamente sobre la delincuencia política y, en particular, sobre el delito de lesa majestad.

Fué a partir de 1815 cuando Inglaterra rechaza la extradición de culpables de delitos políticos. Su conducta se sigue por otros Estados y halla consagración solemne en el artículo 6º de la ley belga de 1º de octubre de 1833, en la que se dice: "Será expresamente estipulado que el extranjero no podrá ser perseguido o castigado por delito político anterior a la extradición ni por ningún hecho conexo a dicho delito."

Las legislaciones vigentes y los tratados que actualmente aceptan tal asilo se dividen en tres grupos:

a') La inmensa mayoría proclama el refugio de los delincuentes que han cometido un delito político o de los que han perpetrado alguno en conexidad con aquél. Lo mismo establece el artículo 355 del Código Bustamante, y agrega que "tampoco se acordará si se

probare que la petición de entrega se ha formulado de hecho con el fin de juzgar y castigar al acusado por un delito de carácter político..." La calificación será hecha por el Estado requerido.

b') Algunas leyes internas sólo excluyen los delitos estrictamente políticos. Así acontece con las de Suiza, Brasil y Finlandia.

c') También es breve el número de las disposiciones vigentes que excluyen no sólo los delitos políticos, sino también los sociales, con la fórmula que dió el Proyecto ferriano de delitos "político-sociales". Ello acontece en el citado proyecto de Italia de 1921, en el artículo 30 de la Constitución española y en el 9º del Código penal colombiano.

### *b) Motivación del asilo*

La práctica precedió a la doctrina en orden a la exclusión de entrega de aquellos que habían vulnerado normas políticas o con motivación de esta índole. El libro de Provo Klutt, que defiende y razona el asilo político, fué escrito en 1729. Apenas si se necesita explorar las razones que apoyan la no entrega de los delincuentes políticos. Es común oír decir que así se evita el despotismo y que, como lord Palmerston afirmaba, se vigoriza el concepto de humanidad. Muy agudamente dijo Geyer que antes que entregar al que ha cometido un delito de esta clase sería preciso decidir la legitimidad del gobierno que le persigue.

En verdad, un delincuente político no es peligroso cuando se expatria. Si va a una república huyendo de su país, donde impera la monarquía, es obvio que el pueblo de refugio nada puede temer de él. Tampoco ofrece peligrosidad para otro Estado regido por reyes, porque al puro delincuente político sólo le interesa el problema de su nación.

### *c) Concepto del delito político en el Derecho internacional*

Mariano Ruiz Funes, en su hermoso libro *Evolución del delito político*, ha tratado de su concepto con máxima erudición y elevado sentido liberal. Harto sabido es que existen varios criterios para definirlo. El que atiende al bien jurídico lesionado, y que es meramente objetivo, y el que explora el móvil, adoptando así principios subjetivos. Ordinariamente se vincula a la Escuela positiva la doctrina del móvil en el delito político, cuando en realidad podemos

decir que se trata de una tradición francesa y que viene de los tiempos revolucionarios. En la ley interior de Francia sobre el tema de extradición, dictada en 1927, se atiende al móvil, que ha de apreciar el Estado requerido.

Con todo, no ha sido fácil hallar una definición que a todos contente. Cuando se preparaba la Conferencia de Copenhague, que se celebró en 1935, formamos un Comité internacional para formular el concepto de delito político, principalmente referido a la extradición. A pesar de que hubimos de buscar el criterio sincrético, lo cierto es que, en el instante del voto, se abrió paso la noción del móvil.

Como es sabido, no sólo se exceptúa de la entrega al delincuente político, sino también cuando la demanda tiene como fin perseguirle por una infracción política. En esto se amparó Holanda para negar la entrega del Káiser cuando le fué pedida por los aliados.

#### d) *Delitos complejos y conexos*

Es necesario distinguir:

a') *Delitos políticos puros*. Lo son en realidad los que se cometen contra la forma de la organización política de un Estado.

b') *Delitos políticos complejos*. Son aquellos que lesionan a la vez el orden político y el derecho común, como el homicidio de un jefe de gobierno.

c') *Delitos conexos*. Lo son aquellos que se ligan estrechamente al fin político, aunque de por sí constituyan un delito común: el homicidio en la revolución, substracción de caballerías y armas para un levantamiento y el robo de un aeroplano para huir en la hipótesis del fracaso. La ley francesa, al hablar de delitos conexos, los declara amparables cuando lo fuesen según los usos de la guerra.

#### e) *Tendencia restrictiva*

Según vemos, Francia ya ha limitado en su ley la exclusión de cierta clase de delitos políticos, y lo mismo hace la legislación alemana, exceptuando del asilo los autores de actos reprobables.

Por la vía de la restricción ha llegado al máximo el Código fascista, donde no se halla acogido el asilo para la delincuencia política.

Hace muchos años que Lammasch exceptuaba los delitos contra la vida de los semejantes, y lo mismo hace luego Conti, Martitz

no comprende el incendio. Y Pella, las acciones muy graves e inmorales.

El Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Ginebra habida en 1892, y el artículo 6º del Tratado tipo de la Comisión Internacional penal y penitenciaria, representan esta tendencia restrictiva de la inmunidad política en materia extradicional. El acuerdo del citado Instituto exceptúa de aquel favor los crímenes conexos de índole grave, desde el punto de vista de la moral y del Derecho común, tales como el asesinato, homicidio, envenenamiento, etc., etc. El artículo 6º del Tratado tipo a que acabamos de referimos, exceptúa, a su vez, los casos de homicidio ejecutados o intentados con una brutalidad particular.

Ya veremos nuestro criterio al respecto cuando se trate del delincuente social.

### f) *Excepción de los magnicidas*

A consecuencia del atentado de Jaquin contra Napoleón III el año 1854, la ley belga de 22 de marzo de 1856 declaró que "no se considerará político ni hecho conexo a un delito semejante el atentado contra la persona del Jefe de un Gobierno extranjero o contra miembros de su familia, si este atentado constituye un hecho de asesinato, de homicidio o de envenenamiento". El Tratado que se celebró entre Francia y Bélgica aquel mismo año es el primero que contiene esa fórmula, que desde entonces se conoce como "cláusula belga relativa al atentado".

La inmensa mayoría de los convenios de extradición la aceptan, si se exceptúan Inglaterra y Estados Unidos. Suiza somete a examen minucioso el problema, e Italia también rechazó la famosa cláusula hasta este siglo. Desde la muerte del rey Humberto, en 1900, sigue la *communis opinio*.

La excepción de la excepción se ha ido ampliando y hoy son varios los tratados y, sobre todo, las leyes internas que proclaman la entrega de los magnicidas; es decir, de los autores de homicidio contra los Ministros y altos funcionarios. Por eso entregó la República de Weimar a Nicolau, el matador del Presidente del Consejo Eduardo Dato: Mas reconozcamos que la materia se halla sujeta a los avatares políticos. En 1921, Alemania negó la entrega de Emerich Csernyak, acusado de la muerte del conde Tisza, ex Presidente del Consejo de Ministros de Hungría. Ello dió motivo a que tres



años después el Gobierno húngaro negase la extradición de Schultz (Foerster), homicida de Mathias Erzberger.

El Código Bustamante, en su artículo 357, dice que "no será reputado delito político, ni hecho conexo, el de homicidio o asesinato del jefe de un Estado contratante o de cualquier persona que en él ejerza autoridad".

A nuestro juicio, no hay motivo alguno para semejante excepción. El más característico de los delitos políticos es la muerte dada al tirano, que en la inmensa mayoría de los casos es el Jefe del Estado. Cuando el móvil político causa el magnicidio, su autor tiene que recibir asilo.

### g) *¿Debe ser entregado el delincuente social?*

Los atentados anarquistas, por constituir un peligro común que alcanza a todos los Estados, a diferencia de lo que se ha dicho del delincuente político, suelen quedar exceptuados del asilo. Ya lo decía Blundtschli en 1882.

La Segunda Conferencia Panamericana, que se celebró en Méjico en 1901-02, fué del mismo parecer, así como la Centroamericana de Wáshington de 1907.

Acontece ahora que la delincuencia se ejecuta con un fin social. No es éste el momento para definir los denominados delitos político-sociales, mas ya nadie duda que una revolución sólo se alza con fines más profundos que los meramente políticos. Pero el denominado delincuente social no es tan inocuo como el político puro, puesto que dondequiera que se encuentre hay opresores del proletariado.

Ya hemos dicho antes que sólo el Proyecto de Enrique Ferri, la Constitución española y el Código colombiano dan amparo a los delincuentes de esta índole. En cambio, los Tratados suelen excluirlos de la inmunidad política, y entre ellos el Tratado tipo, varias veces aludido, que en su artículo 6º dice que no se considerarán como políticos los delitos contra la organización del Estado.

En nuestro criterio, ni los delincuentes anarquistas ni los sociales puede decirse que son malhechores. Les guía el mismo telos altruista que antes iluminó al mero delincuente político. Manzini, en su buena época, dijo que con el criterio restrictivo que va imperando, a Cristo se le hubiera considerado como a un facineroso.

A nuestro juicio, reconociendo, como observaron Lombroso en

Italia y Concepción Arenal en España, que entre los delincuentes anarquistas y sociales, e incluso en los denominados políticos, suele haber criminales instintivos y genuinos, se impone examinar cada caso que ofrezca aparente brutalidad, sobre todo en los delitos complejos y conexos de la delincuencia político-social.

### *h) El asilo en Embajadas y Legaciones*

He aquí un tema que está de actualidad en los países hispano-americanos y que la cobró superlativa con motivo de la guerra de España. El segundo Tratado de Montevideo de 4 de agosto de 1939, que reforma el anterior —pero que aún no ha entrado en vigencia—, trata del tema con mucha extensión y comete el grave error de creer que la función de extraterritorialidad alcanza hasta considerar territorio del país del diplomático los lugares en que se hallan edificadas las Embajadas y Legaciones. Ello resulta obvio, puesto que en el artículo 2º enumera éstas junto con los buques de guerra, con los campamentos y con las aeronaves militares.

Es del todo abusivo que ese excepcional asilo, no sólo se extienda a las Embajadas o Legaciones propiamente dichas, sino que se amplíe a la posibilidad de alquilar locales para amparar en ellos a los que buscan refugio. Véase al respecto el artículo 8º de este nuevo Tratado de Montevideo. Ciertamente que en él se imponen limitaciones: sólo se asilará a los delincuentes políticos contra los que no proceda extradición (artículo 2º). Mas, cabe preguntar: en la urgencia con que tal asilo se presta, ¿quién decide y quién investiga si ha lugar a extraer a los que en la Legación se amparan? Es verdad que también se ordena no asilar a los acusados de delitos políticos ya procesados o condenados por delitos comunes, ni a los desertores (art. 3º del Tratado de Montevideo). Pero en esos momentos de apuro, ¿cómo saber que ya se habían hecho reos de delitos comunes los asilados? Como garantía se propone también entregar una lista al Ministro de Relaciones Exteriores del país en que la Legación está acreditada, en la que se contenga el nombre de los refugiados (art. 4º). Mas, adviértase que se añade: si la comunicación no pone en peligro a los protegidos. Se prevé además que los favorecidos por la Legación no alteren la tranquilidad pública ni ejerzan acción política, ni se comuniquen con el exterior (art. 5º del mismo Tratado). En España se dió el triste caso de que desde muchas Legaciones y Embajadas se conspiraba impunemente. El

Tratado de Montevideo añade que puede exigir el Estado donde el Cuerpo Diplomático ampare a los delincuentes políticos, que los saquen del territorio, prestando los medios necesarios y la debida seguridad (art. 6º). No se les permitirá detenerse en su país ni volver a él. Y en este caso no gozarán de nuevo asilo (art. 7º). Todos los refugiados de la Embajada checoslovaca que se trasladaron a Praga, huyeron de allí y volvieron a España para combatir con los facciosos. Finalmente se establece que, en caso de ruptura de relaciones diplomáticas, se permitirá la salida a los refugiados o se confiarán a alguno de los Estados que continúen teniendo representación en el país (art. 10 del Tratado de Montevideo).

### 125 - DERECHO FORMAL DE EXTRADICIÓN

No creemos que la extradición sea siempre Derecho procesal, error en que incide el Código Bustamante, mas muchas de sus reglas son formales. Véanse los artículos 361 y siguientes del citado Código. No nos vamos a ocupar de ellas, pero sí nos pronunciaremos por la juricidad en la decisión.

Al respecto hay tres sistemas distintos:

a) En *España* no intervienen los jueces para decidir la extradición de los delincuentes y todo queda confiado a la vía diplomática.

b) La ley *belga* de 1874 establece la intervención del juez, pero éste no toma decisión obligatoria alguna.

c) En la *Gran Bretaña* y en los *Estados Unidos* la resolución judicial obliga siempre al Poder Ejecutivo, ya sea favorable o adversa a la extradición. Este es el sistema chileno y parece ser el seguido en Venezuela. El Profesor Mendoza dice que el procedimiento consta de dos partes: administrativa la primera, en que el Ejecutivo resuelve la detención, y judicial la segunda. En efecto; según los artículos 392 y 393 del Código de enjuiciamiento criminal, el artículo 6º del Código penal y la atribución 19 del artículo 11 de la Ley Orgánica de la Corte Federal y de Casación, ésta, en Sala Federal, decidirá obligatoriamente si la entrega debe o no efectuarse.

d) El sistema que nos parece más acertado es el seguido por la ley *francesa* de 1927 y la *alemana* de 1929. En ellas, cuando el Tribunal ha decidido que la demanda de extradición es correcta y que debe hacerse la entrega, el Gobierno tiene facultad para ceñirse o

no al fallo; pero, en cambio, le obliga si los jueces declaran que no procede la extradición. Hemos dicho que nos parece el régimen preferible, porque el Estado no podrá entregar injustamente, si bien, cuando ha lugar a la extradición según las leyes, pueden existir razones políticas para negarla.

## CAPÍTULO XIX

### LA LEY PENAL Y LAS PRERROGATIVAS FUNCIONALES

#### 126 - LA IGUALDAD ANTE LA LEY

Antaño los hombres se dividían en libres y esclavos, no siendo éstos personas, y en nobles y plebeyos, correspondiendo a los primeros la plenitud de derechos; pero la Revolución Francesa proclamó la igualdad (vid. *supra*, cap. VII-46). Lo hizo de un modo tan terminante, que en materia punitiva no reconoció circunstancias que atenuaran las penas, llevando el sentido igualitario hasta la ejecución de las mismas. Así, para imponer la pena capital inventóse el artefacto que se ha conocido con el nombre de la "guillotina". Acertó una hoja realista al profetizar que el instrumento llevaría el nombre de su autor, el doctor Guillotin.

Todas las Constituciones dicen que los hombres son iguales ante la ley, mas es lo cierto que la desigualdad se ha entronizado en la tierra y que la igualdad de la oportunidad es la única que puede conseguir que el desnivel social y de clase vaya desapareciendo. En vista de ello se dice que todos serán juzgados por las mismas leyes, gozarán por igual de la protección de éstas en todo el territorio de la Nación y estarán sometidos a los mismos deberes, servicios y contribuciones, no pudiendo concederse exoneraciones de éstas sino en los casos en que la ley lo permita.

A pesar de ello, en todos los países se reconocen excepciones al principio de igualdad, que en materia penal están constituidas por la inviolabilidad y la inmunidad, verdaderos privilegios, por razón del cargo, que disfrutaban ciertas personas, y prerrogativas procesales de la misma naturaleza, derivadas unas y otras del Derecho público constitucional o del Derecho internacional público. Así las expone Florián y también se hace cargo de ellas el Profesor Mendoza.

Ernesto von Beling escribió una interesante monografía sobre el

privilegio personal, demostrando cómo al través de los tiempos va disminuyendo.

Nosotros no expondremos la materia, que muchos consideran referente a la validez de la ley penal en cuanto a las personas, amparándola en el Derecho interno o externo de que emanan, sino dividiendo la índole de tales excepciones en *inviolabilidad*, *inmunidad* y *prerrogativas*.

La *inviolabilidad* supone que aquel que goza de ella no puede ser castigado; la *inmunidad* le resguarda contra toda persecución penal mientras el cargo transitorio dura, y la *prerrogativa* alude tan sólo a las garantías de antejuicio o de procedimiento especial en favor de ciertas funciones.

#### 127 - INVOLABILIDAD DEL JEFE DE ESTADO

Desde antiguo se ha dicho que "la persona del rey es sagrada e inviolable". Así lo proclamó la Constitución española de 1876. A pesar de la nitidez del aserto, no dejan de surgir problemas en cuanto se le indaga. Binding se ocupó del caso de abdicación —para una mentalidad alemana, el destronamiento era imposible—, creyendo que todavía el ex monarca goza de la inviolabilidad del cargo. Se han buscado, incluso derivados del Derecho divino, los motivos de esta inviolabilidad del soberano, y, más a ras de tierra, Carlos Binding dijo que era inviolable para no empañar el esplendor del trono.

En nuestro sentir, si un soberano es depuesto puede enjuiciársele por los actos delictivos que cometió durante su mandato, siempre que se trate de delitos comunes. El *substratum físico* de la realeza pervive después que ésta ha sido negada. Este hombre que fué rey debe responder por cuantos delitos comunes perpetró durante su reinado, y no vale decir que la pretensión penal prescribió, ya que las acciones no pueden prescribir cuando están impedidas. El principio de la inviolabilidad del soberano sólo quiere decir que la acción penal no le puede ser dirigida.

El Presidente de la República Francesa, a virtud del régimen transaccional de la Tercera República, semeja un rey sin corona. Así se explica que sólo responda por el delito de alta traición, a pesar de que cuestionan, al respecto, Laborde y Garraud.

Fuera de estos casos, el Jefe del Estado no es hoy inviolable, pero puede y debe ser inmune. En España, el Presidente de la República respondía, no sólo por su conducta política, sino por los

delitos de índole común. Sin embargo, no se le podía perseguir hasta que expiraba el período presidencial, y mientras tanto, la acción no prescribía.

### 128 - "INVOLABILIDAD" DE LOS PARLAMENTARIOS

La Constitución de la República Española, al igual que la de casi todos los países del orbe, dice que: Los miembros de las Cámaras no son responsables por las opiniones que emitan en ellas. están contestes los autores, y nosotros creemos que esa inviolabilidad, parlamentaria (que es realmente inmunidad). Todos están de acuerdo en que cubre las opiniones y votos emitidos en la sesión, así como el fiel relato taquigráfico que aparece en el Diario de Sesiones y en las reseñas periódicas. Ya el tema se hace más debatible si se encara la hipótesis de que el diputado o senador defienda en los diarios aquellas opiniones y votos emitidos y hasta transcriba por carta abierta o sueltos lo que en las sesiones dijo. En Alemania no están contestes los autores, y nosotros creemos que esa inviolabilidad, por lo mismo que es tan amplia, debe interpretarse extensivamente y alcanzar a los supuestos planteados.

### 129 - INVOLABILIDAD DE LOS JEFES DE ESTADO EXTRANJEROS Y DE LOS DIPLOMÁTICOS

A los *Jefes de Estado de otras potencias* se refiere el artículo 297 del Código Bustamante al decir que "están exentos de las leyes penales de cada Estado contratante los Jefes de los otros Estados que se encuentren en su territorio".

La inviolabilidad diplomática puede ostentar rancia estirpe. Ya los feaciales en Roma se amparaban en ella. Es un privilegio personal de la función y no se deduce de la ficción territorial del país a que la misión diplomática pertenece. El privilegio del diplomático que, como hemos dicho, se refiere a su cargo, debería estrictamente alcanzar a la persona, pero también llega hasta los miembros de la familia y, a veces, a su séquito. Al respecto, dice el artículo 298 del Código Bustamante: "Gozan de igual exención los representantes diplomáticos de los Estados contratantes en cada uno de los demás, así como sus empleados extranjeros, y las personas de la familia de los primeros que vivan en su compañía." También alcanza a los

objetos: valijas diplomáticas, archivos, etc., y por cortesía, hasta al equipaje del Embajador y Ministro Plenipotenciario.

Mas obsérvese que esa inviolabilidad no es más que relativa. Se refiere al enjuiciamiento en el país donde está acreditado, pero no es absoluta como la del parlamentario, puesto que se le juzgará en su propia nación, conforme dicen algunas legislaciones, como la argentina, venezolana, etc.

### 130 - INMUNIDAD DE DIPUTADOS Y SENADORES

En la mayor parte de las Constituciones se dice que los diputados y senadores, no sólo son "inviolables" por los pareceres emitidos en las Cámaras, sino que gozan también de "inmunidad" por los delitos que cometan. En España las propias Cortes podían levantar la inmunidad del diputado, previo suplicatorio de los jueces.

Estas inmunidades se remontan al Imperio Romano y parece que ya rigieron en la Inglaterra del siglo XIII. En 1770 aceptáronse en Norteamérica y de la Constitución de Filadelfia la tomaron muchas Constituciones hispanoamericanas. Su objetivo estriba en la necesidad de mantener la independencia de los parlamentarios, en que deben evitarse posibles coacciones del Gobierno, artimañas políticas y de partido. Es, por tanto, una prerrogativa del cargo y no es mero privilegio de la persona, a pesar de ser ella quien la ostente.

### 131 - PRERROGATIVAS PROCESALES DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

En muchos países hispanoamericanos (por ejemplo: Argentina, Venezuela, etc.) el Presidente de la República no goza ni de inviolabilidad ni de inmunidad. Sólo tiene jurisdicción privilegiada en el antejuicio político. Tal vez esta norma, grata desde el punto de vista democrático, no sea del todo justa. En los países de régimen presidencialista, el Presidente asume papel descollantísimo y es poco equitativo que el parlamentario sea inmune durante sus funciones y que no lo sea el más alto mandatario. Me parece paradigma el sistema seguido en la República Española: debe concederse inmunidad durante todo el período presidencial, y como la prescripción no corre, será juzgado el Presidente cuando su etapa de mando finalice. Claro que nos referimos a los delitos comunes, pues si se trata de los cometidos en el ejercicio de sus funciones la responsa-



bilidad política —que es urgente exigir— impera sobre la propiamente penal.

### 132 - PRERROGATIVAS PROCESALES DE LOS ALTOS FUNCIONARIOS

El caso de los Ministros asume importancia descollante en Europa. Predominan allí, como es harto sabido, los regímenes parlamentarios, y por eso hay que dar al Ministro, que no es un mero Secretario de Despacho, muchas más garantías que en los regímenes presidencialistas, en que el cargo ministerial tiene menor prestandia. Es conocido que en la mayor parte de los países europeos el sistema, que se inició en Inglaterra, y que por eso recibe su nombre, consiste en acusar el Congreso y juzgar el Senado. Ahora bien; en el sistema presidencialista quizá sea más conveniente la jurisdiccionalización.

### 133 - PRERROGATIVAS PROCESALES DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

El *antejuicio*, que se exige para proceder contra los altos funcionarios y los jueces, más que un privilegio procesal o una prerrogativa, es una garantía para la buena administración y sobre todo para la entera libertad de la justicia, que no puede quedar abandonada a las acusaciones de los que resulten condenados o de los que se crean, sin motivo, desposeídos de un derecho.



PARTE TERCERA  
EL DELITO



## CAPÍTULO XX

### CONCEPTO DEL DELITO

#### 134 - CONCEPTO PROVISIONAL

La definición del delito —como toda definición— es siempre o casi siempre el resultado de un silogismo que plantea bien el problema pero que nada nuevo descubre. Decir del delito que es un acto penado por la ley, como disponen el Código penal español, el chileno y el mejicano, y aun añadir que es la negación del Derecho, supone hacer un juicio *a posteriori*, que por eso es exacto, pero que nada añade a lo sabido. Es una *taulogía* (decir dos veces). Aceptemos, sin embargo, que el delito, desde el plano jurídico, es un acto u omisión antijurídico y culpable. Cuando entremos en el aspecto técnico veremos cómo se desgranar sus caracteres.

#### 135 - EL DELITO COMO VALORACIÓN JURÍDICA A TRAVÉS DE LOS TIEMPOS

Sin pretender estudiarlo a través de la Historia, vemos que siempre fué una valoración jurídica; por eso cambia con ella. Primero aparece lo objetivo en la valoración. En el Derecho más remoto, en el antiguo Oriente, en Persia, en Israel, en la Grecia legendaria y aun en la Roma primigenia, existía la responsabilidad por el resultado antijurídico. El Pritaneo juzgaba a las cosas: árboles, piedras, etcétera. Esquines decía: arrojamos lejos de nosotros los objetos sin voz y sin mente, y si un hombre se suicida enterramos lejos de su cuerpo la mano que hirió. Platón en "Las Leyes" afirma lo mismo, exceptuando el rayo y demás meteoros lanzados por la mano de Dios. En la Edad Media se castigó profusamente a los animales y hasta hubo un abogado que se especializó en la defensa de las

bestias. Es que la valoración jurídica no se hacía como hoy. No descansaba el reproche en los elementos subjetivos y sólo se contemplaba el resultado dañoso producido. Por otra parte, razones de orden religioso hicieron pensar que las bestias podían ser capaces de intención. Refiriéndonos ya a las personas, vemos también cómo la valoración jurídica que recae sobre sus conductas varía a través del tiempo. Hasta las proximidades del siglo XIX se encendieron hogueras en Europa para quemar a las brujas. Acaso fué entonces la hechicería el delito más tremendo. La valoración jurídica de aquellos tiempos así lo consideró, y por ello, infelices mujeres, algunas de ellas enfermas de la mente, pagaron en la hoguera sus excen-tricidades en holocausto a la valoración de la época.

Esto prueba que el delito fué siempre lo antijurídico y por eso un *ente jurídico*. Lo subjetivo, es decir, la intención, aparece en los tiempos de la culta Roma, donde incluso se cuestiona la posibilidad de castigar el homicidio culposo, que hoy figura en todos los Códigos. Con el afinamiento del Derecho aparece, junto al *elemento antijurídico*, que es multiseccular, la característica de la *culpabilidad*.

### 136 - EL DELITO COMO ENTE JURÍDICO

A pesar de que esto era así, hemos de reconocer que la expresión y el contenido conceptual de *ente jurídico* sólo aparece al ser construida la doctrina del Derecho liberal y sometida la autoridad del Estado a los preceptos de una ley anterior. El delito como ente jurídico sólo es, pues, incriminable en cuanto una ley anteriormente dictada lo define y pena.

La doctrina de Carrara, que perfeccionó la de Carmignani y que antes fué formulada por Romagnosi y Feuerbach, asume esa actitud. Carrara es el técnico, el gran técnico. El Derecho penal está perfecto; tanto, que aconsejaba a sus discípulos dedicarse al Derecho procesal.

A él se ha vinculado la doctrina del delito "ente jurídico". Según su definición, éste es la "infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso".

El lo explica. Lo de *contrario a la ley* habría de ser pocos años más tarde, menos de un cuarto de siglo, rectificado por Binding. En *proteger la seguridad* estaba la esencia de la entidad delito,

Sólo las leyes de seguridad lo crean. El *acto externo* separaba los pensamientos. La fórmula "ente jurídico" revela claramente, en la tesis carrariana, su diferencia del delito *como hecho*. Este último alude a su origen, a la pasión humana. El otro alude a la naturaleza de la sociedad civil, que requiere frenar los deseos.

### 137 - LA REVOLUCIÓN POSITIVISTA

Carrara creyó que su doctrina era inatacable. Y de tan perfecta que era, como todo lo perfecto, llevaba en sí la caducidad. Ya no era futuro, sino presente, y, por tanto, futuro ido. Y a pasos gigantados, pasado, residuo. Una revolución la descoyuntó, la enterró, aunque, como en "Los espectros" de Ibsen, vuelva luego. Y su vuelta da más vigor a lo reencarnado. Pero la revolución fué terrible. Se llamó el *positivismo* (vid. *supra*, cap. V).

### 138 - EL DELITO NATURAL DE GARÓFALO

Ya hemos dicho (vid. *supra*, cap. V-28 b) que toda resolución, para no degenerar en caterisis, y para producir la adecuada síntesis, necesita aprovechar materiales de la doctrina derruida. Y los que al principio tratan de hacer cara a la revolución en actitudes contrarrevolucionarias, acaban adscribiéndose a ella para ver si pueden salvar algo de lo condenado. Garófalo no era como Lombroso, un renovador; ni como Ferri, un rebelde. Al contrario: era reaccionario. No se olvide que la revolución se hacía contra el Derecho y contra la Justicia imperante, y Garófalo representaba la Justicia y el Derecho de entonces. Sus aportes producen la síntesis o, al menos, parecen producirla. Es él quien habla del delito, del "delito natural", con tal originalidad que los que hoy invocamos como certera la teoría de las normas de cultura de Mayer, tenemos que reconocer que Garófalo fué el precursor. Pero Garófalo, repitámoslo, era un reaccionario. Cuando leemos, comparándolo con la benignidad que preside el sistema represivo de Ferri, el cuadro de sus medidas penales, tenemos que reconocer que la pena de muerte en grandes proporciones y el abandono en una isla desierta de los criminales más tenaces, significan posturas que un buen positivista ha de repudiar.

Pero en el aspecto netamente jurídico, es decir, en lo que se

refiere al delito, la posición de Garófalo es auténticamente sintética. Los positivistas no habían dado definición del delito; éste seguía siendo lo que antes fué. Garófalo provee a las nuevas necesidades con la teoría del "delito natural". Un verdadero positivista debería haber emprendido el análisis de los hechos. Garófalo, con razones especiosas, elude ese camino. Nos dice que hasta los más terribles crímenes no fueron siempre delitos. Por ejemplo: el parricidio era en ciertas tribus excusado cuando estaba el padre enfermo o era ya valetudinario. Con este pretexto elimina Garófalo la vía que acaso debió seguir desde su punto de vista, o, mejor dicho, desde el plano del positivismo en que quería figurar. Decimos que la razón es especiosa, porque también la legítima defensa, a pesar de que hay un hombre muerto, queda justificada en las más remotas legislaciones y en todos los pueblos. Si el parricidio, en ciertas épocas y en ciertas tribus, se disculpa por razón de enfermedad o de vejez, es porque la valoración jurídica de esa época o de esos grupos considera excusable o justificada la muerte que se da en tales condiciones. Pero es el caso que Garófalo emprende el análisis de los sentimientos para fundamentar su teoría del delito natural, y en los de naturaleza altruista fundamental, los de piedad y probidad halla las bases de su famosa definición: "*el delito social o natural es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad) según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad*". No importa que Vaccaro, Ferri, Colajanni, Durkheim, etc., pusiesen reparos a ese concepto garofaliano y dieran a su vez nuevas definiciones. Todas ellas giran en torno al núcleo de lo que Garófalo enseñó y que aún, con nuevos nombres, invocamos hoy los juristas.

Por motivos que antes estudiamos (vid. *supra*, cap. V, 31 a 35), la síntesis iniciada no se logró y el positivismo, a nuestro juicio, cayó en cateresis.

### 139 - EL CONCEPTO DOGMÁTICO DEL DELITO

Deshecha la confusión que engendró el positivismo y restablecido el valor de la dogmática (vid. *supra*, cap. II-7 y VI-43), ha renacido en Italia, España y varios países de Hispanoamérica, la teoría jurídica del delito, que jamás se abandonó en Alemania, Suiza y Suecia.



En España, nuestras explicaciones de cátedra y nuestras monografías sobre la dogmática de la infracción, han formado en la teoría jurídica a nuestros mejores discípulos, Profesores y Ayudantes de las Universidades españolas: José Antón, José Arturo Rodríguez Muñoz, Emilio González López, Mariano Jiménez Huerta y Francisco Blasco. El ambiente jurídico se hizo tan penetrante que hasta Eugenio Cuello Calón, que durante veinticinco años de enseñanza explicó la materia conforme a una simple exposición analítica, carente de sistema, desde la edición de 1935 habla en su *Derecho penal*, con cierta inseguridad, del tipo y de los restantes caracteres del delito, arduo tema para estudiarlo en los umbrales de la vejez.

En la Argentina, Sebastián Soler y sus discípulos Ricardo C. Núñez, y Gavier, e incluso José Peco, en su *Proyecto de Código penal* (1941), así como ahora Fontán Balestra, se ocupan del delito conforme a las exigencias de la dogmática, y el propio Juan P. Ramos en la última edición de su *Curso de Derecho penal*, trata de la tipicidad y de las demás características de la infracción, subrayando la importancia de que se aprecien en conjunto. La juventud estudiosa ha emprendido ya la ruta de la reivindicación jurídica, abandonando el positivismo. La monografía de Jorge Frías Caballero es prueba ejemplar.

En Chile, Rafael Fontecilla, Pedro Ortiz, Abraham Drapkin y, últimamente, Luis Cousiño Mac-Iver, estudian las características del delito con todo rigor jurídico.

Lo mismo hacen en la cátedra de La Habana, Guillermo Portela, José Ramón Hernández Figueroa y Francisco Carone; en Méjico, Raúl Carrancá Trujillo; en Venezuela, José Rafael Mendoza; en Lima, Manuel G. Abastos y Luis Bramont Arias; en Panamá, Publio Vázquez; en Guayaquil, Leonardo Espinel; en Colombia, Gutiérrez Anzola; en Bolivia, Manuel Durán, y en El Salvador, Manuel Castro Ramírez (hijo).

Veamos ahora la iniciación y desarrollo de la más completa noción del delito.

#### 140 - EL CONCEPTO DEL DELITO SEGÚN BELING, MAYER Y MEZGER

Cuando el año 1906, espoleado su talento orgánico por las profundas enseñanzas de Carlos Binding —uno de los más grandes maestros alemanes—, trata el Profesor Ernesto Belling de definir el delito, nos dice que es “la acción típica antijurídica, culpable, some-

tida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad". Esta es la definición dada por Beling en su famoso libro *Die Lehre vom Verbrechen*. Pero no es la que conserva a través de las sucesivas ediciones de sus *Grundzüge des Strafrechts*. Últimamente, como veremos luego, desaparece lo de sancionada con una pena y hasta se modifica la independencia de la calidad típica de la acción (vid. *infra*, cap. XXXVI).

De aquel concepto se deduce que para ser delito un acto necesita reunir estos requisitos: acción descripta objetivamente en la ley, es decir, tipicidad; contraria al derecho, esto es, que exista anti-juricidad; dolosa o culposa, es decir, que medie culpabilidad; sancionada con una pena, o sea, que tenga fijada una penalidad; y que se den las condiciones objetivas de punibilidad.

Por su parte, Max Ernesto Mayer define el delito como "acontecimiento típico, antijurídico e imputable". Obsérvese que Mayer emplea la palabra imputable en el amplio sentido de culpabilidad, y por ello, en este punto, no difiere esencialmente su concepto del delito del expuesto por Beling; pero su definición nos ha sugerido la necesidad de intercalar un nuevo carácter de las infracciones penales. La imputabilidad, en todo su volumen, corresponde a la parte del delincuente más que a la consagrada al delito, pero es indispensable aludir a ella en una construcción técnico-jurídica del crimen.

Edmundo Mezger, el famoso penalista que reemplaza en la Universidad de Munich a Ernesto Beling, y cuyo "Tratado" se tradujo a la lengua española poco después de publicado, reduce la definición a señalar en el delito estos elementos: "acción típicamente antijurídica y culpable". Para nada alude a las condiciones objetivas de la penalidad, que ha de tratar en otro sentido, y tampoco a la penalidad, que es para él una consecuencia del delito y no una característica; pero más tarde, en su *Grundriss*, esto se modifica (vid. *infra*, cap. XXXVI).

#### 141 - DEFINICIÓN DEL DELITO Y ENUMERACIÓN DE CARACTERES

Por nuestra parte, en el "Tratado" sistemático que estamos publicando se centra el concepto del delito conforme a estos elementos: *acto típicamente antijurídico y culpable, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal*. Sin embargo, al definir la infracción punible, nos interesa establecer todos sus requisitos, aquellos que son constantes y los que aparecen variables. En este aspecto diré que

el delito es el *acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal*. A nuestro juicio, en suma, las características del delito serían éstas: *actividad; adecuación típica; antijuricidad; imputabilidad; culpabilidad; penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad*.

Ahora bien; el acto, tal como nosotros lo concebimos, independiente de la tipicidad, es más bien el soporte natural del delito; la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad; y las condiciones objetivas son adventicias e inconstantes. Por tanto, la esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, constituyendo la penalidad, con el tipo, la nota diferencial del delito.

#### 142 - NUESTRA CONCEPCIÓN DE LA DOGMÁTICA DEL DELITO

Todos estos problemas yacen en la denominada dogmática del delito, que no es un tiquis-miquis jurídico; es decir, una serie de "abstruserías" tudescas, como dijo Enrique Ferri al hablar irreverentemente de que en Alemania los tratadistas complican y oscurecen los temas que abordan.

Pero ahora la moda —que también influye en la esfera científica y filosófica— pretente acabar con la división de requisitos marcados y quiere proclamar la *unidad del delito o su índole de totalidad o conjunto*.

El fuerte sismo político que sacudió a Alemania trajo esta moda, que se extiende luego, con pretensión autónoma, a Italia y a España.

Después expondremos la tendencia del Reich nacionalsocialista contra la tipicidad y la distinción de caracteres del delito y recordaremos que Edmundo Mezger se ve en la necesidad de renunciar a la antijuricidad objetiva y a reducir el papel del "tipo legal-penal" a un "medio auxiliar técnico", en su nueva concepción del "hecho penal como todo" (vid. *infra*, cap. XXII-165). Y, sin embargo, no han faltado autores, como el Profesor vienés Kadecka, que al definir el delito, conforme al "Derecho de voluntad", crean posible mantener los conceptos fundamentales de la definición de Beling (vid. el artículo de Kadecka en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1939).

En Italia, donde se había ido, siguiendo a los alemanes, "de la

dicotomía a la tricotomía”, se trata de volver hoy “a lo antiguo”, incluso más allá de la diferenciación de elementos objetivos y subjetivos (sistema bipartito de Carrara), proclamando una teoría de unidad en que hasta lo antijurídico y lo culpable se esfuman en un concepto común. Esta tendencia de Antolisei, recuerda la aludida concepción alemana que llega a los más culminantes extremos con la Escuela de Kiel, patrocinada por Schaffstein y Dahm.

El trance es demasiado fuerte y, como dice Rodríguez Muñoz, nos llevaría a revisar el concepto de culpabilidad que no podría ser entendido como ahora, si la antijuricidad deja de ser un elemento propio del delito y se la proyecta sobre el acto material y sobre la culpabilidad. Sin embargo, José Arturo Rodríguez Muñoz —traductor y apologista del “Tratado” de Mezger, en que resplandecían aquellas construcciones de dogmática repudiadas hoy por los totalitarios— hace signos benévulos a lo que él llama “dogmática novísima”, porque la de antes “llevaba en sí un vicio de origen: el empleo de un método de atomización del fenómeno real delito, que a poco que se exagere —y se ha exagerado en demasía—, daría origen a unas construcciones vueltas por completo de espaldas a la realidad”.

No queremos acusar a todos los que sustentan ese criterio sobre el delito, de ser partidarios del despotismo penal que impera en la “novísima” escuela alemana. Pero lo cierto es que la exacta división de caracteres del delito, reafirma la índole liberal de nuestra disciplina.

Los que propugnamos semejante diferencia entre los elementos del acto punible, jamás hemos negado que el fenómeno delito viva existencia conjunta. Como el organismo fisiológico o patológico, es un todo que sólo puede comprenderse si se estudia o se aprecia en su total armonía o en su complejo doliente. Pero el fisiólogo no sabrá cómo funcionan en conjunto huesos y músculos, vísceras y vasos, si no los estudió uno a uno en la disciplina que se llama anatomía.

Estudiemos analíticamente el delito para comprender bien la gran síntesis en que consiste la acción u omisión que las leyes sancionan. Sólo así escaparemos, a la par, del confusionismo dogmático y de la tiranía política.

Nos urge decir que para nosotros la dogmática ha de edificarse sobre el *Derecho* vigente y no sobre la mera *ley*. El Derecho no es la ley a secas. Para los que no creemos que el Derecho sea puramente lo formal, sino que tiene un contenido realista, el Derecho abarca también las vivencias del pueblo en que rige. Hay un Derecho supralegal al que a menudo tenemos que acudir para establecer los

conceptos positivos y negativos de la antijuricidad, es decir, de lo injusto, y de las causas de justificación, así como para individualizar la culpabilidad, que en su aspecto negativo se corona con la causa general de exclusión que se denomina en Alemania "no exigibilidad de otra conducta".

#### 143 - ASPECTO POSITIVO Y NEGATIVO

Guillermo Sauer —antes de que se despeñara por el rigorismo autoritario— construyó con designio filosófico, frente a la faz positiva de los caracteres del delito, su aspecto negativo. Pero el filósofo-jurista alemán no llega al logro de su propósito, puesto que no consigue exponer orgánicamente todos los problemas que la infracción abarca. Completando su doctrina, diremos que cada ausencia de los requisitos del delito crea un instituto jurídico-penal de importancia superlativa.

Veámoslo en el siguiente esquema:

ASPECTO POSITIVO	ASPECTO NEGATIVO
a) Actividad	a) Falta de acción
b) Tipicidad	b) Ausencia de tipo
c) Antijuricidad	c) Causa de justificación
d) Imputabilidad	d) Causas de inimputabilidad
e) Culpabilidad	e) Causa de inculpabilidad
f) Condicionalidad objetiva	f) Falta de condición objetiva
g) Punibilidad	g) Excusas absolutorias

He ahí el plan de nuestro trabajo en que nos proponemos ilustrar cada uno de los caracteres positivos del delito, y junto a ellos, su aspecto negativo. Al final, ese esquema se completará con un cuadro sinóptico más detallado y con el epílogo crítico de la teoría dogmático-jurídica de la infracción penal.

## CAPÍTULO XXI

### LA ACCIÓN Y SU AUSENCIA

#### 144 - CONCEPTO DEL ACTO

El primer carácter del delito es ser un *acto*. Empleamos la palabra *acto* (e indistintamente *acción*, *lato sensu*) y no *hecho*, porque hecho es todo acaecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano del hombre que del mundo de la naturaleza. En cambio, *acto* supone la existencia de un ser dotado de voluntad que lo ejecuta.

Adviértase, además, que usamos de la palabra *acto* en una acepción más amplia, comprensiva del aspecto positivo *acción* y del negativo *omisión*.

Así aclarado el vocablo, puede definirse el acto: *manifestación de voluntad que, mediante acción, produce un cambio en el mundo exterior, o que por no hacer lo que se espera deja sin mudanza ese mundo externo cuya modificación se aguarda.*

El acto es, pues, una conducta *humana voluntaria* que produce un resultado. Mas al llegar a este punto se impone la necesidad de ilustrar otra palabra usada por nosotros: la *voluntariedad* de la acción u omisión. No vamos a entrar aquí en el magno debate que consumió las fuerzas de penalistas y filósofos en la pasada centuria. Lejos de nuestro designio disputar sobre el libre albedrío o el determinismo de la conducta humana. Cuando decimos *acto voluntario*, queremos significar acción u omisión *espontánea* y *motivada*.

#### 145 - EL ACTO SÓLO PROVIENE DEL HOMBRE

Harto sabido es que en la actualidad existe crecido número de autores, con Franz von Liszt a la cabeza, partidarios de la responsabilidad de las personas sociales. Se fundan los que tal creen en

la teoría de la "voluntad real" de Gierke. Reconozcamos que cierta fuerza han recibido quienes así piensan de la "imputación" de Kelsen, con la que este famoso autor ha querido resolver el debate sobre la personalidad de las sociedades.

Nosotros creemos que, sin perjuicio de hacerlas objeto de medidas asegurativas, de sanciones disciplinarias y de responsabilidad civil, es imposible castigarlas con penas, porque la llamada persona moral no puede cometer delitos.<sup>1</sup>

Cuando estudiemos los elementos intelectuales del dolo se verá que ellos son el conocimiento de los hechos y de su significación. Estos elementos intelectuales se reputan por muchos penalistas de nombradía como problema general de la culpabilidad. Sea así, o, como nosotros creemos, tan sólo contenido del dolo, es lo cierto que sin tal conocimiento fáctico o antijurídico, la culpabilidad no puede edificarse; al menos no puede construirse en su más distintiva especie.

Las personas morales no son capaces del conocimiento de los hechos y de su significación injusta, y en consecuencia no pueden ser culpables. Si la culpabilidad es una de las características básicas de la infracción penal, es obvio que las sociedades no pueden perpetrar delitos.

Por lo demás, si la pena finalista pretende intimidar o corregir, *tampoco* la persona social es susceptible de ser corregida o intimidada.

Por eso decimos, resueltamente, que sólo el hombre es capaz de delito, porque sólo él realiza acciones voluntarias.

#### 146 - PROBLEMÁTICA DE LA ACCIÓN

El acto, que ha sido negado por M. E. Mayer como elemento general del delito, puesto que comienza el concepto de éste (vid. *supra*, cap. XX-140) hablando de "acontecimiento" y no de acciones, desaparece en la definición dada por Mezger en su *Grundriss*, en la que se menciona el hecho (*Tat*), cuyo valor en la lengua alemana es más extenso, ya que comprende, junto a los actos humanos, los acaecimientos de la naturaleza.

No es nueva esta crisis del acto, como requisito básico del concepto del delito, y desde hace muchos años se habla de la "proble-

<sup>1</sup> Esta es la correcta terminología. Enrique Aftalion, en un interesante trabajo, nos atribuye haber afirmado que las personas sociales "son irresponsables". Jamás hemos dicho tal cosa.

mática de la acción”, negándola su carácter realista, su independencia y su posibilidad unitaria.<sup>1</sup>

### a) *La teoría de la acción sintomática*

En verdad, fueron algunos positivistas quienes se levantaron contra el valor objetivo del acto al negar el delito como entidad primordialmente jurídica. Para esos partidarios de la *Scuola*, y para muchos de los que predicen un porvenir criminológico, el delito sólo vale como índice de peligrosidad del sujeto.

Por otra vía, se ha defendido por Liszt y Tesar la llamada doctrina *sintomática*. Este último busca, mediante la crítica de los dogmas psicológico y político, negar la base o fundamento de existencia a la acción, y combate, por tanto, el criterio realista. El concepto generalmente admitido del delito no puede responder a las exigencias de los modernos pueblos de cultura; sobre todo, no sirve frente a la reincidencia ni frente a los delinquentes habituales. Por eso, las ideas de Tesar representan un punto de vista extremo de prevención especial. En lugar de aquel concepto realista debe aparecer el sintomático. Sobre todo, tiene valor este concepto en lo que respecta a la política legislativa del futuro. Kollmann es también partidario de la concepción sintomática. Aunque en su libro *Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem* no acepta el método de Tesar, cree que el acontecimiento externo debe entenderse como “función del autor” (lo que supone la concepción sintomática). Una crítica de la relación de causalidad muestra, según Kollmann, el fracaso de la fórmula realista del delito.

Mezger se opone a este criterio, pues dice que no es el del Derecho positivo. El Derecho vigente establece su juicio de desaprobación sobre el acto, sobre las acciones concretas. Y está en lo cierto.

<sup>1</sup> La doctrina del acto ha sido profundamente modificada por la *teoría finalista de la acción*, cuyo representante genuino es Hans Wetzels, y que se adopta, principalmente, por H. von Weber y Reinhart Maurach. No la exponemos aquí por tratarse de una concepción difícil para los alumnos y principiantes que tienen el presente libro como destinatarios. Pero quienes deseen informarse de ello pueden consultar mi *Tratado de Derecho penal*, tomo III, 2ª edición, Buenos Aires, Losada, 1958, págs. 358-378, y tomo V, Buenos Aires, Losada, 1956, págs. 196-215.



*b) Teorías de la acción dependiente de la imputabilidad, de la antijuricidad o del tipo*

Por otros escritores se niega también la independencia de la acción y se entiende que sólo la imputable lo es. Este criterio se sustenta por los penalistas que siguen la filosofía de Hegel, y luego, en Italia, por los "activistas" como Maggiore y Spirito. Pero, según Mezger, esta acción no es la acción natural que él utiliza en la teoría del delito. Asimismo, Binding niega (como los escritores bajo la influencia hegeliana) que la acción pueda concebirse como acción natural y repite lo de la imputabilidad. (En este punto véase la crítica de Radbruch, *Der Handlungsbegriff im seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904.) Siguiendo el criterio de Binding, rechaza también Dohna el concepto de la acción natural. Para este tratadista lo que es de esencia en la acción es la característica de antijuricidad. Por su parte, Sauer considera que lo primario es lo injusto, y después, la acción. Lo que se trata es de determinar los objetos relevantes para el Derecho. Se sirve, al exponerlo, de los procesos de construcción y reconstrucción (*Grundlagen*, sobre todo la página 416).

Finalmente, M. E. Mayer, seguido por Emilio González López, suelda la acción al tipo legal.

*c) ¿La acción no comprende la omisión?*

Radbruch niega la posibilidad de un concepto superior que abarque las dos especies. A la acción, en sentido estricto, pertenece la voluntad, el movimiento corporal y el resultado. En la omisión faltan estos requisitos. La consecuencia es, pues, que no cabe subsumirlas bajo un concepto superior que es la acción en sentido amplio. Ya veremos después (núm. 149) que hoy se logra unificar acciones y omisiones en una teoría sincrética.

*d) La acción acromática*

A nuestro juicio, de acuerdo con von Liszt, se debe dar a la acción personalidad propia. Es lo natural, que no debe teñirse prematuramente de valor jurídico. Cierto que es susceptible de soportar valoraciones, y por eso se insertarán en ella los atributos jurídicos de

antijuricidad y culpabilidad. La teoría finalista de la acción de Hans Welzel —que sigue también von Weber— es la que más enérgicamente se opone a este punto de vista. Con este criterio el dolo debe ir a parar a la acción, y ha de tratarse separadamente el “hecho culposo”.

A nuestro juicio, el acto, como hemos visto al definirle, está compuesto de tres elementos: a) manifestación de voluntad, b) resultado, y c) relación de causalidad, aunque, como sabemos, M. E. Mayer hable de delitos sin manifestación de voluntad y sin resultado.

#### 147 - EL RESULTADO

El resultado no es sólo el daño cometido por el delito, no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral. El *peligro corrido*, de que habló elegantemente Carrara, es el resultado en la tentativa. No se produjo muerte del sujeto en el conato de homicidio, pero se alteró el mundo exterior, lesionando la seguridad, la tranquilidad de la víctima.

Para nosotros no existe delito sin resultado. La vieja categoría de *delitos formales* era falsa. Lo que acontece en ciertas infracciones es que la manifestación de voluntad y el resultado aparecen contemporáneamente y con aspectos inseparables. Así, suele decirse: si se prohíbe bajo pena el paso por un puente, la manifestación de voluntad que consiste en el tránsito por cima de él y el resultado de pasar, son dos momentos coetáneos unidos inseparablemente, pero el resultado existe.

Mayer trata de delitos con dos resultados: delitos con resultados casuísticos y acumulativos; delitos con resultado permanente; delitos con resultado presuntivo; delitos sin resultado, y, según hemos dicho antes, delitos sin manifestación de voluntad y sin resultado.

Muy atrevida es la doctrina de Edmundo Mezger. Según el Profesor de Munich, resultado es todo: hasta la manifestación de voluntad. La acción sin su efecto sería un “querer interno”. No podemos aceptar esta tesis de Mezger que acaba en confusionismo.

#### 148 - DELITOS “FORMALES” Y “MATERIALES”; DE LESIÓN Y DE PELIGRO

La distinción de delitos *materiales* y *formales* no es clara y tal vez no pueda guiarse por los criterios que habitualmente se exponen. Es mejor acudir a otra terminología para designar esos dos grupos de infracciones que se hallan en íntima conexión con el concepto

de *resultado externo* y no dependen del propósito. Los llamados delitos formales son delitos de *simple actividad* o *meros delitos de acción*, y los delitos materiales son los *delitos de resultado externo*. Roberto von Hippel tiene razón al criticar la terminología de “delitos formales” y “materiales”, “pues es indudable que en ambos casos se trata de ataques materiales contra intereses jurídicamente protegidos”. Los escritores partidarios de distinguir ambos grupos dicen que en los delitos de simple actividad se agota el tipo en el movimiento corporal del agente, no siendo necesario un resultado externo. Como puede observarse, la *actividad (los actos)* son necesarios en ambas formas de delitos, ya que la diferencia radica en el resultado existente o ausente. Sin embargo, a nuestro juicio, la controversia respecto a si todo delito tiene un resultado es puramente terminológica, y se halla incluso negada por muchos escritores, entre los que descuellan Max Ernesto Mayer y Hippel. Este último, combatiendo a von Liszt, dice que no es correcto afirmar que hay delitos sin resultado, después de haber definido éste como “modificación en el mundo exterior”, pues también el simple movimiento corporal sin resultado externo es modificación en el mundo exterior.

Por nuestra parte, como acabamos de decir, creemos que lógicamente existe en todo delito actividad y resultado. Lo que ocurre es que en los mal llamados “delitos formales” o de *simple actividad*, esos dos momentos coinciden en el tiempo y se sueldan íntimamente. Con su agudeza acostumbrada escribió Mayer que “a pesar de la coincidencia temporal de la manifestación de voluntad y del resultado en los delitos de simple actividad, la unidad temporal no debe engañarnos respecto a la dualidad lógica”.

No queremos insistir más en este punto, porque lo cierto es —y en ello están conformes todos los escritores modernos— que la distinción entre delitos formales y materiales no tiene ya hoy la importancia que antes se le atribuía.

Ahora parece que asume mucha mayor trascendencia la división en *delitos de peligro* y *delitos de lesión*. Estos últimos son los que aparecen con más frecuencia en las legislaciones penales, y en ellos pertenece a la tipicidad la lesión de un determinado bien jurídico, como, por ejemplo, la muerte en el homicidio, y las heridas en las lesiones. El otro grupo de delitos —los denominados *de peligro*— sólo exige que se haya puesto en riesgo el bien jurídico protegido por el Derecho. Puede ser relevante en Derecho penal, no sólo la *realidad* del curso causal de hecho (*delitos de lesión*), sino la *producción* de un curso causal esperado (*delitos de peligro*). En

resumen: el concepto de peligro significa la posibilidad inmediata, la posibilidad *cognoscitiva* de la producción de un acontecimiento dañoso determinado. Los autores modernos acostumbran a diferenciar este grupo de delitos de peligro, en delitos de *peligro concreto* y delitos de *peligro abstracto*. En los primeros se exige, para que pueda decirse que el hecho encaja en el tipo, la demostración en cada caso de que realmente se ha producido el peligro. En cambio, en los segundos, si bien el delito representa un peligro específico de los bienes jurídicos protegidos, la consecuencia penal no depende de que se demuestre en el caso concreto la situación de peligro especial.

#### 149 - ACCIÓN Y OMISIÓN

Ya hemos dicho, al ocuparnos en el concepto del acto, que éste abarca tanto el *hacer* como el *omitir*. De esta doble y contrapuesta forma de actividad ha nacido una clasificación de las infracciones, objeto de polémica y largo estudio. Las primitivas categorías de delitos de acción y de omisión han sido completadas en el siglo XIX con los llamados en Alemania impropios delitos de omisión y en Francia "delitos de comisión por omisión". Ahora los penalistas tudescos aceptan la más certera denominación francesa.

La omisión simple y la comisión responden a la naturaleza de la norma. Si ésta es prohibitiva: "no matarás", su quebrantamiento crea un delito de acción; si es imperativa: "socorrerás", el hecho de vulnerarla supone un delito de omisión. Esto es de naturaleza absolutamente meridiana.

Pero la claridad cesa cuando queremos discernir el fundamento punible de las omisiones y esclarecer el tema de su causalidad (vid., a este último respecto, el capítulo siguiente, núm. 160 b).

Edmundo Mezger emprende una nueva construcción que no deja de ser discutible, pero que es muy certera. La clave de su sistema se halla en la *acción esperada*, cuyo antecedente (si bien no extrae de su idea las mismas consecuencias) se encuentra en Guillermo Sauer, que habla de una *realidad pensada*. Mezger dice: "Lo que hace que la omisión sea omisión, es la *acción esperada* que el autor ha omitido emprender. *Porque* no ha emprendido esta acción que de él se esperaba, *es por lo que es* punible, siempre que esa acción esperada le sea exigible." Ahora bien: como sólo la *acción esperada* hace surgir la omisión en sentido jurídico, "resulta absolutamente correcto que ésta sólo se *fundamente desde fuera* (*externa, norma-*

tivamente), y que, por tanto, no el que omite, sino el que juzga, da existencia a la omisión". Esto que escribe Mezger en orden a los "propios delitos de omisión" (delitos de omisión simple), es valedero, por tanto, con mayor motivo, para los delitos de "omisión impropia" (delitos de comisión por omisión), de cuyo asunto en particular nos ocuparemos al exponer la causalidad (vid. *infra*, cap. XXII-140 b).

El Tribunal del Imperio aplicó ya en Alemania esta doctrina. Son varias las sentencias dictadas en este sentido, destacando de entre ellas la de 10 de mayo de 1931.

Como ya hemos dicho, la idea de la *acción esperada* no es original de Mezger. No sólo hay antecedentes en la *realidad pensada* de Sauer, sino sobre todo en la fórmula anterior de Kollmann: "La omisión es el juicio de discrepancia entre la conducta real de una persona y la que, como relativamente posible, se ha representado." Ya desde su nacimiento esta concepción de las omisiones ha tenido detractores. Entre ellos descuella M. E. Mayer, que considera esa definición artificial y falsa, ridiculizándola con este ejemplo: "Un delincuente ha contado con no ser descubierto por la policía; y, sin embargo, es descubierto; según Kollman, el descubrimiento es una omisión de la policía." Recientemente se critica la opinión de Mezger y sobre todo la expresión *acción esperada*, por Drost, que considera infeliz esa frase y el contraste que se busca entre "acción esperada" y "acción exigida", ya que la primera, aun correcta en el idioma normal, no lo es en el orden jurídico, donde sólo es correcta la segunda.

Podíamos, por nuestra parte, intentar poner más claridad y amplitud en el tema sin desconocer el intento unitario. En algunos delitos de comisión por omisión, no debe haber distinguos por el modo de perpetrarlos. Así, en el clásico ejemplo de la madre que para dar muerte a su niño de pecho no le da de mamar, la infanticida, más que un delito de comisión por omisión, comete un delito francamente comisivo. La ley no toma nota taxativa de los medios con que se cometen homicidios o infanticidios. Igual se denomina asesinato a la muerte alevosamente dada con un revólver que la que se causa con un cuchillo o una piedra. Al Derecho no le interesa de modo tan principal el medio usado. Lo mismo es infanticidio por acción la muerte de un recién nacido dada por su madre con las manos apretadas en torno al débil cuello, que mediante la privación del alimento.

Por otra parte, en esta hora en que la solidaridad se impone,

importa meditar si conviene abrir la esfera de los legítimos delitos de comisión por omisión. Acaso no deben reputarse tales únicamente los que se perpetran en quebrantamiento de un deber nacido de un contrato u otro género de obligación jurídica, sino los que surgen contra el deber moralmente exigido por la convivencia social. Quien al borde de un río, sin peligro para su persona, no arroja una cuerda o alarga su bastón a quien encuentra ahogándose; quien ve avanzar al precipicio a un ciego y no le detiene con sus voces o su brazo, deben considerarse reos de un homicidio de comisión por omisión. Estos impropios delitos de omisión se caracterizarían porque no son equiparables a las acciones, en tanto que el caso antes dicho de la madre que no amamanta a su hijo, no tiene forma omisiva propia ni impropia, sino que es absolutamente equiparable a los delitos que se cometen por acción.

#### 150 - LAS OMISIONES EN LOS CÓDIGOS IBEROAMERICANOS

Refirámonos primeramente, por haber sido el modelo de muchos Códigos hispanoamericanos, a lo establecido por el Código penal español. El artículo primero dice que "son delitos o faltas las *acciones y omisiones* voluntarias penadas por la ley". Se equiparan, pues, las unas a las otras. La inmensa mayoría de los Códigos de Iberoamérica enuncia también, taxativamente, *la acción y la omisión* como formas de la conducta delictiva. Así acontece con los de Bolivia (art. 1º), Chile (art. 1º), Nicaragua (arts. 1º y 2º), Puerto Rico (§ 10), El Salvador (art. 1º), Honduras (arts. 1º y 2º), Paraguay (arts. 6º y 16), Panamá (art. 43), Perú (art. 3º), Venezuela (art. 61), México (art. 7º), Uruguay (arts. 1º y 3º), Cuba (arts. 17 y 18), Colombia (art. 11), Guatemala (arts. 1º, 3º y 15), Ecuador (arts. 11 y 15), Brasil (art. 11) y Costa Rica (arts. 18 y 19). En casi todos estos Códigos se dice taxativamente *acción y omisión*, salvo en los de Bolivia, en que se habla de *hacer y omitir*; Panamá, en que se ha escrito *hecho u omisión*; Puerto Rico, que prefiere decir *acto cometido u omitido*.

El Código de la Argentina no se refiere en definiciones generales a *acciones y omisiones*; pero son bastantes los delitos de omisión que en la Parte especial se configuran,

## 151 - EL LUGAR Y EL TIEMPO DE LA ACCIÓN

Se ha pretendido dar trato unitario al problema: el delito se comete en un determinado lugar un día concreto. Gerland cree que ésto es un absurdo lógico, pues a menudo el delito se ha cometido en un sitio y se ha realizado en otro tiempo. (A perpetra el 10 un delito en Berlín y sigue el 11 actuando en Leipzig.) Frank, en cambio, estima natural el trato unitario.

En verdad, la relación temporal y espacial debe decidirse atendiendo al caso concreto y a si el Derecho toma en cuenta una u otra de esas relaciones y para qué consecuencias jurídicas:

a) El lugar es relevante en Derecho penal internacional para saber qué ley se aplica (vid. *supra*, cap. XVII-113), y en Derecho interno para la competencia de los jueces.

b) El tiempo es relevante:

a') Para la validez temporal de la ley: retroactividad, extractividad (vid. *supra*, cap. XVI-104 d; 105 c, y 106).

b') Para fundamentar la antijuricidad y la culpabilidad acciones *liberae in causa* y para la imputabilidad del adolescente, etc.

c') Para la prescripción.

¿Se entiende cometido el delito en todo lugar o tiempo en que una parte de la acción se desarrolla? Mezger cree que sí: querer, movimiento corporal, resultado. Ahora bien: ¿qué se hará cuando no se realizan todas estas etapas de desarrollo en un mismo tiempo y lugar? Para resolver el asunto de los delitos a distancia ya hemos dado nuestro criterio (vid. *supra*, cap. XVII-113). En orden a las cuestiones particulares será difícil sentar doctrina común y más vale resolver los problemas concretos.

## 152 - AUSENCIA DE ACTO

Los escritores que como Beling (*Die Lehre vom Verbrechen*), P. Merkel (*Grundriss*) y Emilio González López (*La Tipicidad*) consideran la acción como elemento integrante de la tipicidad, miran, como es lógico, la falta de acto como ausencia de tipo. En cambio, los que damos personalidad y autonomía al acto, estimándole como el primer carácter del delito, hacemos de la falta de acción un elemento negativo del crimen con sustantividad propia.

Por tanto, la fuerza irresistible, por ejemplo, no es ausencia de tipicidad, sino falta de acción. En general, puede decirse que toda conducta que no sea voluntaria —en el sentido de espontánea— y motivada, supone ausencia de acto humano. Así, la fuerza irresistible material. Importa advertir que ni la demencia ni la coacción moral (miedo insuperable) pueden ser falta de acción, pues aunque anormal la primera, supone conducta voluntaria y motivada, y esos mismos requisitos reúne la segunda, pues el que obra en virtud de miedo invencible, pudo también, según el grado de éste, decidirse por el propio sacrificio o el de los suyos amenazados, en vez de ceder a la coacción y perpetrar el acto punible. Estos casos serán motivos de inimputabilidad y de inculpabilidad.

Es constante en los escritores de España y Francia considerar la *vis* física y moral como forma de inimputabilidad, cuando no se incluyen erróneamente como justificantes. Así pensábamos nosotros hace treinta años. De cuanto viene expuesto se comprende que es preciso rectificar tan falso aserto.

Cuando a un sujeto se le obliga, con la mano apresada, a que clave un puñal a un individuo desconocido a quien no quiere herir ni matar, pero que es adversario de quien emplea la fuerza, si el agente no puede oponerse a ese movimiento corporal forzado, estamos en un caso de falta de acción, puesto que para que ésta exista se precisa que proceda de un ser provisto de voluntad, y el violentado físicamente es un instrumento como el revólver o el cuchillo: el golpe de puñal o el disparo no son actos en el sentido exacto del vocablo. Se nos dirá que es excepcional ese caso de acción homicida, tan inútil en su procedimiento, puesto que quien nos toma del brazo y nos fuerza a clavar el arma, pudo hacerlo por sí mismo más llanamente. Cierto; pero, en cambio, no es insólito “caso de laboratorio” el de un hombre a quien se obliga a perpetrar una omisión punible, atándole. Esta forma de acto omisivo no es voluntaria, ni, por tanto, constituye el acto humano, base primera del delito. Los meros autores inmediatos están en este caso libres de pena, no por ser inimputables, sino porque no hay en tal hecho verdadero acto.

No se agotan los casos de este aspecto negativo de la infracción en el ejemplo estudiado. En un trabajo de este orden, de pura síntesis, no es posible penetrar en el examen analítico de todas las formas de ausencia de acto. Nos basta con enumerarlas: fuerza irresistible y sugestión hipnótica.



## CAPÍTULO XXII

### LA CAUSALIDAD

#### 153 - CONCEPTO DE LA CAUSA

Ya hemos dicho que delito es en primer término una conducta, mejor dicho, un acto humano, que comprende, de una parte, la acción ejecutada (acción *sensu stricto*) y la acción esperada (omisión), y de otra, el resultado sobrevenido. Para que éste pueda ser inculpatado precisa existir un *nexo causal* o una *relación de causalidad* entre el acto humano y el resultado producido.

Existe esa relación causal *cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto ("conditio sine qua non")*. Esta es la prueba hipotética negativamente formulada, más que una definición de la causalidad: *sublata causa tollitur effectus*.

Con razón señala R. von Hippel que "la controversia científica sobre la relación causal es una conquista de los tiempos más recientes". En efecto, hay un gran contraste entre el planteamiento del problema en el antiguo Derecho y el esclarecimiento del asunto según las nuevas concepciones. En los comienzos de la que llaman los historiadores Edad Moderna, sólo se suscitó la cuestión del nexo causal en algunos hechos especiales y concretos (homicidio, lesiones, participación de varias personas en un delito), y, en cambio, la moderna dogmática la investiga en todos, como ha vuelto a subrayar hace más de cuatro lustros el maestro Beling, en su interesante artículo "El estado actual de la doctrina de la causalidad en Derecho penal". En efecto: al preguntarse, de un modo general, la moderna doctrina jurídica "¿cuál es la causa de un resultado?", hace de la causalidad un elemento del concepto delito, que pertenece así a la parte general del sistema.

Sería, pues, un grave error creer que sólo ha de suscitarse controversia sobre la causalidad en aquellos casos en que la ley habla

expresamente de "causar". Ha de plantearse el problema de la relación causal en todos los delitos dolosos o culposos, puesto que el acto requiere tal nexos entre el movimiento corporal y el resultado.

En gran número de artículos de los Códigos penales se dice *causar*, u otras expresiones sinónimas. Así, por ejemplo, se habla de *causa* o *causado*; de que *pueda causar* un perjuicio; de *resultar*, o de que *pueda resultar perjuicio*; de que *por consecuencia* de una conducta se produzcan daños o males, lesiones, muertes, etc.; de *por efecto*, o de *efectuarse*; de *producir*; de *ocasionar*; de *hacer surgir*; de *acurrar*; de *provocar*; de *sobrevenir*, etc.

Ahora bien; muchas de estas voces —todas o casi todas en las que se usa el verbo *resultar* o las expresiones *a consecuencia de...*, *efecto de...*, etc., y hasta algunos de los casos en que se emplea el verbo *producir*—, más que referirse concretamente al nexos causal, configuran delitos de peligro o esa anticuada especie de "delitos calificados por el resultado". Más aún: esas expresiones de *causar*, *producir*, *ocasionar*, *a consecuencia de...*, etc., etc., que ya estudió Binding en referencia al Código penal alemán, suponen, como característica del tipo, un concepto-valor, más que un concepto teórico-causal de la causa.

En suma: la relación de causalidad ha de ser suscitada en todo delito en que la causación material del resultado pueda estar sometida a controversia, y no sólo en aquellas definiciones en que aparece como un elemento o característica de la tipicidad.

Para precisar el concepto de la causa de que se debe partir, nos interesa establecer estos extremos: a) El concepto de la causalidad no es jurídico: es filosófico. Consiste en la *referencia* entre la conducta humana y el resultado sobrevenido. Si el nexos existe, aplicamos a esa *referencia* la categoría de *causalidad* como una "forma de nuestro conocer". b) Pero es preciso no olvidar que la ley de causalidad que estudiamos, sólo se refiere a los cambios sobrevenidos en el espacio y en el tiempo y no al nexos lógico de los conceptos, ni a la apreciación ético-social del acto. La confusión impera en la bibliografía sobre este asunto, pero ya von Liszt lo esclareció con trazo certero. En suma: con esta "forma de nuestro conocer" tratamos de comprender las conexiones dentro del mundo de la experiencia.

Es preciso que retengamos estos asertos para que se entienda bien lo que luego expondremos sobre la correcta resolución del problema.

## 154 - TEORÍAS SOBRE LA CAUSALIDAD EN DERECHO PENAL

Como sería imposible e inútil hacer aquí el acopio total de las doctrinas formuladas sobre la causalidad, presentaremos un mero esquema. F. von Liszt y Givanovith exponen las teorías sobre la causalidad en cuatro grupos, mientras que Mezger los reduce a dos (equivalencia de condiciones y causación adecuada). Si nos propusiéramos hacer aquí una historia doctrinal del asunto, las repartiríamos en estos órdenes<sup>1</sup>:

a) *Causa eficiente*, que distingue la causa productora del resultado, de las condiciones. (Heilbron, R. Horn, Kohler, Kraus, von Rohland, Stoppato, Luchini, etc. Max E. Mayer siguió este criterio hasta 1899, pero lo abandonó en 1903.)

b) *Causa necesaria*, de sentido inaceptablemente restricto, según la cual la causa significa una situación a la que debe seguir de un modo absolutamente necesario y rigurosamente general, otra situación. (Ranieri piensa así, si bien exige en su interesantísima monografía, *sucesión, necesidad y uniformidad*, en orden a los tipos legales.)

c) Como una variedad se presenta un grupo de doctrinas que estima causa la de *índole jurídica* (Mosca, Angliolini, Tosti, Ferri).

d) *Causa en sentido individualizado*, que designa como causa una de las condiciones del resultado. Esta teoría tiene variedades: "doctrina de la preponderancia" (Binding), de la "condición más eficaz" (Birkmeyer), etc.

e) *Causa humana y causa racional*, expuestas por Antolisei en Italia y Soler en la Argentina, que fatalmente desembocan en un aspecto de la causalidad adecuada.

f) *Causación adecuada*, que es la que atribuye la categoría de causa sólo a aquella condición que generalmente es apropiada para producir el resultado; es decir, sólo a la condición adecuada al resultado. Su más decidido mantenedor es von Bar, que al principio sostuvo el criterio antes expuesto, proclamando en 1871 que debe excluirse de la causalidad, en el ámbito jurídico, todo lo que no corresponda a la denominada "regla de la vida". El fisiólogo J. von

<sup>1</sup> Hemos seguido una clasificación muy sencilla, y por tanto, incapaz de abarcar todas las expuestas y sus múltiples matices. Más completa y exacta es la que damos en nuestro *Tratado de Derecho penal*, tomo III, Buenos Aires, Losada, 1951, págs. 444-445.

Kries, al dar los fundamentos de esta doctrina, crea la "teoría subjetiva de la causación adecuada", considerando como causa la propia para producir un resultado de la índole concreta del que se halla en cuestión, en el sentir del sujeto que actúa. Max Rümelin establece una teoría "objetiva", y para escapar a los reproches que se hicieron a von Kries, afirma que el problema de la probabilidad, en que descansa la adecuación, debe ser resuelto desde el punto de vista del observador objetivo, es decir, según el criterio del juez. Con discrepancias más o menos voluminosas, siguen esta doctrina: Liepmann, Merkel, Meyer-Allfeld, Perroni-Ferranti, Massari, etc. A este grupo deben adscribirse, además, las teorías de la "circunstancia generalmente favorecedora" de Träger; de la "adecuación como cuestión previa" de Tarnowski, y en última instancia, y a pesar de partir de la equivalencia de condiciones, la de R. von Hippel.

g) *Equivalencia de las condiciones o teoría de la condición*, que es la dominante en el Derecho penal alemán. Según esta teoría, se estima causa toda condición del resultado concreto, y todas las condiciones deben considerarse equivalentes, no sólo en el sentido causal, sino también en el jurídico. En suma: toda condición debe ser tenida como causa del resultado. Por ello se formula también diciendo doctrina de la *conditio sine qua non*. Su más genuino representante es von Buri, que tiene como precursores a Burner, Hälschner, Köstlin y Glaser. La equivalencia de condiciones se acepta por Franz von Liszt, Finger, von Lilienthal, Stoos, van Calker, Radbruch, Paul Merkel, Schwartz, etc. Incluso en cuanto a sus resultados, ésta es la opinión que parece seguir Thyrén, a pesar de las diferencias que hace entre condiciones "positivas" o "favorecedoras", "negativas" e "indiferentes".

Las teorías imperantes son las reseñadas en los dos lugares posteriores. Incluso pueden reducirse a estos dos grupos las variadísimas doctrinas ideadas por los escritores. Por ello trataremos sólo de estas últimas concepciones de la causa, en el aspecto crítico.

#### 155 - CRÍTICA DE LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES

Apresurémonos a dejar sentado que, desde el punto de vista causal, ésta es la única tesis correcta. El principio de *conditio sine qua non*, ya formulado, es absolutamente indispensable para decidir sobre el nexo causal entre la acción humana y el resultado concreto. Cuando se contempla, pues, la relación de causa en su aspecto filosófico y

en su *aplicación causal* al Derecho punitivo, no hay más teoría correcta que la de la *equivalencia de las condiciones*.

Pero el error de sus partidarios estriba en creer que con ello ya se ha solucionado el fundamento de la responsabilidad penal. En efecto: la doctrina de la condición (*conditio sine qua non*), correctísima como concepto *teórico-causal*, llegaba a injusticias que constituían verdaderas monstruosidades, en numerosos casos de la vida penal; sobre todo en las rigurosas aplicaciones de esa teoría a los delitos calificados por el resultado, y en las situaciones en que intervienen otras series causales. Los correctivos que se han querido poner a los excesos de esa teoría, con la exigencia de la culpabilidad, o son insuficientes o suponen la intromisión de una característica del delito en un instante en que aún no deben suscitarse los problemas de índole subjetiva.

Carlos Binding, con su acre ironía, criticó ya las teorías del nexo causal de tipo generalizador, y particularmente la doctrina de la equivalencia de condiciones, diciendo que si éstas tuvieran esa importancia en el orden penal, habría que castigar como coautores en el adulterio no sólo a la mujer que cohabita con varón que no es su marido y al que yace con ella, sino al carpintero que hizo la cama.

Tan erróneas resultaban las consecuencias de la doctrina que ahora estudiamos, en los delitos calificados por el resultado, que algunos escritores que se adscribieron a la citada fórmula, se vieron en la inexorable precisión de exceptuar esa categoría de infracciones y aplicar a ella la doctrina de la *causa adecuada*.

No menos exorbitantes eran las aplicaciones de la teoría de la condición a las mal llamadas concausas. Examinemos el asunto acudiendo a un ejemplo de F. von Liszt. Según el antiguo profesor de Berlín, cuando una nueva serie de causas independientes produce el resultado, no existe relación de causalidad entre el movimiento corporal y aquel cambio en el mundo exterior, pues “la supresión del movimiento corporal no hubiera modificado en nada la producción del resultado”. Así, por ejemplo: “si A hiere mortalmente a B, patrón de una lancha; pero éste se ahoga antes de que la herida haya producido la muerte, porque la barca naufraga por un golpe de viento inesperado, entonces falta la relación de causalidad entre la manifestación de voluntad de A y el resultado producido, y A sólo puede ser condenado por tentativa de homicidio. Por el contrario, si la serie causal que parece nueva ha sido provocada por la primera manifestación de voluntad... y sólo ha motivado el resultado en concurren-

cia con la primera manifestación de voluntad, entonces existe relación de causalidad entre la manifestación de voluntad y el resultado producido. Cuando el marinero herido es colocado, precisamente a causa de la herida, en la imposibilidad de gobernar las velas, siendo ésta la causa de que se produjera el naufragio de la lancha, entonces "A causó la muerte de B por ahogamiento".

En este ejemplo, singularmente en la segunda hipótesis, aparece claramente la exageración a que puede llegar en materia de responsabilidad penal la teoría de la equivalencia de condiciones. Cierto que en el último de los supuestos, la exigencia de la culpabilidad templaría la injusticia, pero el problema queda de este modo resuelto falsamente.

En efecto, mantener en toda su importancia y alcance la teoría pura de la *conditio sine qua non* y enmendar sus excesos con la exigencia del dolo o culpa, es un método lógicamente absurdo. Max Ernesto Mayer, que a más de penalista era un gran filósofo del Derecho, lo vió con claridad. A menudo se le cita como el representante típico de la doctrina de la equivalencia de condiciones templada por la culpabilidad. Realmente, lo que hace M. E. Mayer es negar que la discusión y recepción de una teoría de causalidad sean absolutamente necesarias en Derecho penal. Reconoce, en efecto, que "toda conexión causal es relevante para el Derecho punitivo", pero afirma que la comprobación de ese nexo causal es de "escasa importancia" y todavía no resuelve la "punibilidad", pues "aun debe esclarecerse la anti-juricidad del acto y la responsabilidad del autor". Mayer, con su penetrante inteligencia, está ya al borde de resolver el arduo problema, si bien no llega a la solución correcta (vid., más adelante, núm. 158).

#### 156 - CRÍTICA DE LA CAUSACIÓN ADECUADA

Esta doctrina trató de corregir los excesos de la anterior; mejor dicho, de evitar las injusticias que producía la equivalencia de condiciones en orden a la responsabilidad penal. Pero, con recto propósito, siguió un camino falso: pretendiendo resolver el arduo asunto antes de tiempo, incidió en un dislate metódico. En vez de preguntarse, una vez aceptada la tesis de la *conditio sine qua non*, si el nexo causal evidente era relevante para la responsabilidad, trató de fundar una teoría causal que solucionase *a priori* el asunto. Su más voluminoso error no está en esta impaciencia antilógica, sino en haber

elaborado una doctrina jurídica de la causalidad, distinta de la física y filosófica. No es posible, en materia de tanta monta general y unitaria, elaborar una doctrina para “andar por la casa del Derecho penal”.

#### 157 - LA RELACIÓN CAUSAL Y SU RELEVANCIA

Durante cerca de un siglo se cuestiona en Alemania sobre el problema del nexo causal entre la conducta humana y el resultado delictivo. El combate doctrinal no parecía tener tregua, y hasta se llegó a decir que por ser teóricamente insoluble, acababa siendo tan apasionado e irreductible como lo fué la polémica sobre el libre albedrío y el determinismo. Tan perplejos nos hallábamos los penalistas ante el tremendo asunto, que yo llegué a escribir en 1922 estas palabras: “Abandonemos, pues, la estéril discusión filosófica sobre la causa eficiente —vivero de discordias— y apliquemos otra base a la responsabilidad. Háblese de dolo y de culpa, de causalidad moral (*culpabilidad*), y sobre todo, acudamos definitivamente a la fórmula realista y pragmática del *estado peligroso*. Pero no esterilicemos los esfuerzos mentales en un problema insoluble.” Esta actitud nuestra era hija de la desesperanza, y por ende, infundada, aunque disculpable en la época en que fué escrita.

La posición correcta se ha ido abriendo lento camino, y en treinta años de labor parece llegar, al fin, a una meta satisfactoria, tanto desde el punto de vista teórico como práctico.

El gran talento de M. E. Mayer supo atisbar ya el punto de arranque. De un modo taxativo, dijo: “En vez de formular la pregunta, que engendra confusión, sobre la causalidad, procede formularla sobre la importancia o relevancia de la relación causal.” Por su parte, Beling centró el problema en referencia a los tipos. En uno de sus últimos trabajos —ya recordado— trata del estado actual de la doctrina de la causalidad en Derecho penal, y acusa a la teoría imperante, de la equivalencia de condiciones, de haber incurrido en el grave defecto de servirse de un concepto de causa de valor general y apriorístico, que ni aun siquiera se basa en un determinado ordenamiento jurídico, cuando menos en la disciplina de que se trata, o en los preceptos jurídicos respecto a los que el problema surge. Para Beling, el único camino correcto para solucionar el problema de la causalidad consiste en acudir a los tipos legales delictivos, y dentro de ellos a las imágenes rectoras. El jurista ha de contemplar muy especialmente

en cada tipo el verbo activo que el legislador empleó (matar, lesionar, apoderarse, etc.). Beling está al borde de la solución exacta del problema, pero yerra por querer hallarla *dentro* de la causalidad misma, reduciendo ésta a una doctrina que resuelve el asunto con el "buen sentido". Las opiniones de Beling se siguen por Proebsting, e incluso debe señalarse el influjo que ha ejercido la teoría de los tipos legales en el sistema expuesto por Ranieri.

Pero mejor que esas grandes figuras de la ciencia penal, intuyó la solución exacta, en 1912, Max Ludwig-Müller. Al promover este autor la incorporación de la idea de la adecuación a la doctrina de la antijuricidad, atisbó ya el criterio correcto de que la relevancia o importancia jurídica de la conexión causal sólo puede lograrse adentrándose en los tipos legales, mejor dicho, en el sentido de cada uno de los tipos descriptos en la ley. En efecto: al expresar Ludwig-Müller su criterio de relacionar la adecuación con la antijuricidad, traspasa los límites de lo antijurídico en general y penetra en el ámbito de la tipicidad específica.

Finalmente, Mezger, que comienza a perfilar su teoría en 1921, construye, con menos originalidad que los predecesores citados, ya que toma de cada uno lo que estima mejor, una satisfactoria doctrina en que se acepta la conexión causal de toda condición, entre el acto y el resultado, como punto de arranque, y se suscita después la relevancia para la responsabilidad, adentrándose para determinarla en el sentido de los tipos legales. Finalmente ha de contemplarse la existencia de la culpabilidad. Bien pronto esta doctrina de la *relevancia* se expuso con más detalles en la monografía de Engisch, aunque su teoría difiera de la de Mezger por las críticas que asesta a la *conditio sine qua non* como fundamento de la causalidad. A medida que el tiempo avanza crecen los secuaces de este sistema, en que se armoniza la ciencia con la práctica. Deben ser citados: Honig y Welzel, en Alemania, y Cernelutti en Italia. La importancia de la doctrina se revela por el cambio experimentado en el propio "Tratado" de Franz von Liszt. En las ediciones compuestas durante la vida de su notorio autor, la conexión causal fundamentaba la responsabilidad penal, mientras que en las ediciones 25ª y en la 26ª, rehechas y totalmente reelaboradas por Eberhard Schmidt, "la comprobación de que una manifestación de voluntad humana ha sido causa de un resultado, aún no tiene valoración penal alguna de esa manifestación de voluntad", pues esa valoración, a partir de ese primer momento, debe ser varias veces investigada, para esclarecer si dicha manifestación de voluntad se ajusta a las características del delito, es decir, si es "típicamente



antijurídica y si el autor merece por ella un reproche de culpabilidad". Abraham Drapkin ataca esta solución por creer que carece de lógica, pero en cuanto a consecuencias prácticas, su fórmula nos lleva al mismo resultado. Admite la teoría de la equivalencia de condiciones sin interferir, en esta etapa de la acción, la relevancia típica. Pero al llegar a la tipicidad decide si existe o no aquella adecuación, aunque el movimiento corporal haya *causado* el efecto.

La doctrina que exponemos imperaba en Alemania hasta 1933 (antes de que el fervor nacionalista destruyera las más finas construcciones jurídicas), y es la más correcta por *unir la conexión causal, basada en la equivalencia de condiciones, y la relevancia en orden a la responsabilidad*. Merece ser expuesta con detalle, sobre todo por ser la única que, a nuestro juicio, soluciona el arduo problema tan largamente discutido, sin perjuicio de que, al llegar al nexo subjetivo de la culpabilidad, se haga valer la peligrosidad del agente.

#### 158 - LA TEORÍA CORRECTA

En vez de establecer sólo dos presupuestos de la punibilidad de una acción y de la responsabilidad penal de su autor —a) el nexo causal de la conducta voluntaria del agente con el resultado, y b) la culpabilidad del agente en orden a los efectos, lo que traía como consecuencia que en los delitos calificados por el resultado, en que la causalidad moral no se considera, se creyese suficiente el mero nexo de la causalidad material, con lo que se producían los excesos que ya hemos señalado— se precisa introducir un tercero.

La punibilidad de la responsabilidad del autor (dando ahora de lado otras características del delito, como la antijuricidad, así como las condiciones objetivas de punibilidad que la ley exige en ciertas infracciones) ha de determinarse conforme a tres supuestos, en vez de los dos únicos antes enunciados:

a) *La relación causal entre la conducta voluntaria y el resultado*, que ha de establecerse conforme al único criterio correcto en materia de causalidad, es decir, según la *teoría de la equivalencia de condiciones* (también denominada *doctrina de la condición* o de la *conditio sine qua non*).

b) *La relevancia jurídica de la conexión causal*, que ha de determinarse en cada tipo, es decir, en cada una de las descripciones típicas de la parte especial de los Códigos, investigando su sentido, para decidir concretamente si el nexo causal, que une evidentemente

la conducta voluntaria al resultado, es relevante para responsabilizar penalmente al autor, conforme a la tipicidad legal. Así resulta —como ha escrito taxativamente Mezger— que la “adecuación constituye una parte integrante especial de la *tipicidad jurídico-penal*”.

c) La *culpabilidad* del sujeto en orden al resultado, que es un tercer momento de índole subjetiva y, por ende, de naturaleza totalmente distinta a la de los dos presupuestos anteriores.

### 159 - CAUSALIDAD Y CULPABILIDAD

Conforme ya hemos dicho, el *tercer presupuesto* en el sistema del nexa causal y relevancia, para exigir responsabilidad por un resultado concreto, a un determinado agente, es la culpabilidad.

A mi juicio, debe exigirse, en el sistema escogido de causalidad y relevancia, el tercer presupuesto de la *culpabilidad del resultado*, cuando aparezcan demostradas la causalidad y su relevancia penal; es decir, una vez que se ha comprobado la *tipicidad de la acción*. Ciertamente, ese presupuesto tercero —y no siempre constante, ya que acaso falte en ciertos delitos (vid., luego, núm. 160 a)— es de índole distinta a los otros dos, atrás estudiados, ya que aquéllos son de *índole objetiva* y éste es de *naturaleza subjetiva*. Por ello nos parece exagerada la tesis de Thyén, y sólo aceptamos de la afirmativa de Givanovitch un significado más estricto que el que el propio autor da a sus frases. La “responsabilidad no existe sin causalidad” en cuanto la prueba de ésta es un punto de partida que debe después depurarse a través de la relevancia y de la culpabilidad *sensu stricto*. Por otro lado, la naturaleza evidentemente diversa de ambas nociones, la independencia, aunque desde otro punto de vista vuelvan a relacionarse de nuevo, ya que para que pueda existir la responsabilidad a título de dolo, es necesario que la representación del sujeto abarque también el curso causal que lleva a la producción del resultado.

A pesar de su independencia relativa, se relaciona el nexa causal y la culpabilidad, en otro aspecto largamente estudiado y que no deja de estar controvertido. La exigencia de la culpabilidad ejerce el papel de corrección o freno a los excesos en que pueden caer las doctrinas de la causalidad. Pero forzoso es confesar que ese correctivo falla totalmente en dos grupos de casos enteramente contrapuestos: en aquellas hipótesis en que el agente *contaba de modo intencional con que se produjera un curso anormal de causalidad*,

y en aquellas otras en que el *delito está calificado por el resultado*, que pasamos ahora a esclarecer.

#### 160 - EL NEXO CAUSAL EN ORDEN A CIERTAS CLASES DE DELITOS

El problema de la causalidad ofrece casos singulares, de no muy fácil solución, y que, sin embargo, según veremos, pueden resolverse conforme al sistema adoptado de *nexo causal y relevancia*. Vamos a ilustrar estos dos grupos de infracciones: a) delitos calificados por el resultado, y b) delitos de omisión.

##### a) *Delitos calificados por el resultado*

Precisamente en este grupo de delitos es en el que la teoría de la equivalencia de condiciones denunciaba su mayor quiebra. Las injusticias a que daba lugar la excesiva amplitud de la noción de causa, no podían ser corregidas por la exigencia de la culpabilidad.

Las soluciones que idearon los escritores eran hasta ahora de tipo excepcional: los *delitos calificados por el resultado* —lo mismo se decía de los *delitos de peligro*—, puesto que no son la regla en los Códigos, deben recibir soluciones extraordinarias. Así lo entendieron sobre todo los partidarios de la teoría de la *conditio sine qua non*. Frank propone un *trato especial* de esas infracciones: la responsabilidad por el resultado más grave sólo se exige cuando el curso causal corresponda a la naturaleza propia del delito simple o básico, o a las circunstancias en que se perpetraron los hechos.

Debe citarse además un escritor de alta nombradía, Franz von Liszt, que ha modificado sus opiniones a este respecto. Hasta la novena edición de su *Tratado*, siguió la doctrina imperante de considerar excepcionalmente, conforme a la causación adecuada, los delitos calificados por el resultado. Pero luego abandona ese criterio, porque “esa concepción implica una reforma de la ley, para la cual sólo está autorizado el legislador”.

Para los partidarios de combinar el *nexo causal* con la *relevancia*, es decir, de instalar la *adecuación en el ámbito de la tipicidad*, este asunto —así como el de los delitos de peligro— se soluciona con las normas generales, es decir, sin criterios de excepción. Así se prueba, una vez más, lo certero de la doctrina correcta. Claro es que en los delitos calificados por el resultado no funcionarán los

tres presupuestos que estudiamos antes (véase núm. 158), ya que la culpabilidad no es exigible, porque, según hemos dicho, ésta no tiene para qué cubrir el resultado último, a juicio de los penalistas alemanes. Pero en vez de quedar estos delitos, como antes ocurría, sujetos al único presupuesto de la relación causal, ahora se regula su funcionamiento y se corrigen los excesos con la *relevancia*, es decir, con el segundo de los presupuestos exigidos para hacer efectiva la responsabilidad criminal.

### b) Delitos de omisión

La opinión dominante consideraba imposible hablar de causalidad material en los delitos omisivos, ya que la condición causal de un resultado encierra en sí la idea de *fuera motriz*, que no existe en las omisiones. Este fué el criterio de eminentes autores modernos, pero ya desaparecidos en su enorme mayoría: Zitelmann, Leoning, Endermann, R. Merkel, Mittermaier, Ötker, Kraus, Höpfner, Träger, Finger, F. von Liszt, Beling, Stooss, etc. Un pequeño grupo de escritores no menos selecto pensaba, sin embargo, que podía hablarse de nexo de causalidad en la omisión, en sentido limitado y convencional. Así pensaron Landsberg, M. E. Mayer, Liepman, von Rohland, etc. Nosotros nos adscribimos al primer criterio, y dijimos en 1922: "pero ni aun en este sentido, lleno de reservas, podemos admitir la causalidad material en las omisiones, en las cuales se prefiere hablar de *relación analógica*".

La nueva concepción de las omisiones (tanto de los llamados "propios delitos de omisión" como de los titulados "impropios" o delitos de comisión por omisión) de que hemos hablado (vid. el capítulo anterior, núm. 149), hace que este importante asunto se resuelva en sentido afirmativo, como en las acciones. Así dice Mezger, haciendo aplicación de la causalidad a las omisiones: "La solución de este desesperante problema de una llamada causalidad en la omisión, se llega a conseguir en cuanto se pone en claro que el delito de comisión por omisión jamás puede ser fundamentado tan sólo «desde dentro (*internamente*)», sino *exactamente igual que el propio delito de omisión*, siempre, tan sólo, «desde fuera (*externa, normativamente*)». El eje del delito de omisión es la «*acción esperada*»: el problema de la causalidad en los delitos de comisión por omisión se plantea *exactamente* del mismo modo y *exactamente* en la misma forma que en el hacer activo, sólo que no en referencia

a la omisión como tal, sino en relación a la acción positiva *pensada* y a su resultado. La pregunta decisiva se formula así: *¿Hubiera sido impedido por la «acción esperada» el resultado que el derecho desaprueba?* Cuando esta pregunta se responde afirmativamente, *la omisión es causal en orden al resultado.*"

No faltan objeciones a la "solución", por esta vía, de la causalidad en los delitos omisivos. Eberhard Schmidt, a pesar de no reproducir en el reelaborado *Lehrbuch* de von Liszt el primer pensamiento de éste, de que la "punibilidad de la omisión es independiente del supuesto de su causalidad", no acepta la fórmula de Mezger, y aunque saluda a la "reciente dirección" de la Bibliografía que desea resolver el problema de la causalidad en las omisiones, critica la concepción "mecánico-naturalista" de la causalidad, que para él es una relación "lógico-gnoseológica", y afirma, en consecuencia, que el difícil asunto sólo puede solucionarse teniendo en cuenta que la causalidad es una "forma de nuestro conocer".

En suma: este último esfuerzo para no dejar fuera de la doctrina de nexo causal y relevancia, forma alguna de infracciones, es sobremanera loable, pero no deja de ser debatible, si bien, a nuestro juicio, constituye hoy la teoría más correcta. Impera, en efecto, el criterio de reconocer en las omisiones una relación causal. Por su parte, ha dicho Vocke que de ella puede hablarse no sólo jurídicamente, sino incluso en el orden material de las cosas, en cuanto lo contrario de un determinado hacer no es la "nada, sino un no hacer determinado".

#### 161 - LA CAUSALIDAD EN LOS CÓDIGOS PENALES

Las antiguas legislaciones trataron, con largos distingos, de esclarecer cuándo la lesión era *lethalis* y acudieron a clasificar las lesiones que acarreaban la muerte, en *lethalis* absoluta y relativa, en abstracto y en concreto, *per se* y *per accidens*.

Los Códigos de los Estados italianos—el de Parma de 1820, el Estense, el Pontificio, el Sardo de 1859—, siguiendo a las viejas leyes alemanas, acudieron a la fijación de plazos para saber cuándo la muerte ha de imputarse al que produjo la herida. El plazo más común era dentro de los cuarenta días.

Sesenta fué el término fijado por el Código penal español de 1822 (arts. 629 y 630). Igual plazo establece el vigente Código penal boliviano (art. 507), el salvadoreño (art. 360) y el mexicano

(art. 303, II). Los Códigos de Haití y de la República Dominicana determinaron para que en ciertos delitos (la castración, por ejemplo) se imputara al agente la muerte sobrevenida, el término de cuarenta días (arts. 190 y 213, así como 216 y 316, respectivamente). Con ello no hicieron más que copiar disposiciones del Código francés de 1810. Más largo es el plazo del Código portorriqueño: un año y un día (§ 205). Y de fecha indeterminada el adoptado por Venezuela, en cuyo Código se imputa la muerte al autor de las lesiones, cuando aquélla sobrevenga "antes de dictarse sentencia de última instancia" (art. 412). Quien conozca la lentitud de la justicia venezolana, sabe bien que ello equivale a cinco o más años, en cuyo lapso cargará el reo con la muerte ocasionada por la herida.

Pocos son los modernos Códigos penales que se han atrevido a dar en su texto reglas concretas sobre la causalidad, como disposiciones de la Parte general. Lo hace así el vigente Código italiano en sus artículos 40 y 41. La fórmula es tan vaga que se ha interpretado diversamente por los penalistas de Italia, si bien predomina el criterio de que en esos textos se ha seguido la teoría de la equivalencia de condiciones.

Los Códigos del Uruguay (art. 3º), de El Ecuador (art. 12) y del Brasil (art. 11) han seguido al Código italiano —aunque con disposiciones distintas— en su infructuoso intento de resolver legislativamente el arduo problema de la relación de causalidad.

## CAPÍTULO XXIII

### LA TIPICIDAD

#### 162 - CONCEPTO DE LA TIPICIDAD

##### *a) El hecho concreto y el tipo legal*

La vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que, por dañar en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El Código o las leyes los definen, los concretan, para poder castigarlos. *Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo —según el creador de la teoría—, es lo que constituye la tipicidad.* Por tanto, *el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.*

Errados andan los que piensan que puede distinguirse un “tipo de hecho” de un “tipo legal”. No hay tipos de hecho. Se trata de una conducta del hombre que se subsume en el tipo legal.

Como después veremos, hay auténticos tipos de mera descripción objetiva, otros más detallados en que se dan modalidades de la acción referentes al sujeto activo, al pasivo y al objeto; y numerosos más en que aparecen elementos normativos y subjetivos de lo injusto. Estos elementos del tipo, y sobre todo, su valor funcional, han cambiado, o, mejor dicho, se han discutido apasionadamente en estos últimos años.

##### *b) Terminología*

Nosotros hemos traducido, desde la primera época en que dimos a conocer la doctrina del tipo, como *tipicidad* esta característica del delito de índole descriptiva que se designa en alemán con la palabra *Tatbestand*.

Hay grande anarquía para verter esa expresión. Los italianos hablan de “hecho-especie”, y Juan P. Ramos, en la Argentina, trata del “caso penal” o “caso legal”. Nos parecen estas expresiones sobremanera expuestas a equívocos. El “hecho-especie” se confundiría con el tipo de hecho que acabamos de rechazar, y el “caso legal” más bien parece aludir a los casos prácticos que se ponen en los seminarios y a los que juzgan los tribunales y que luego se coleccionan en revistas o libros de jurisprudencia.

Pedro Ortiz, en Chile, traduce esta característica con el inelegante término “encuadrabilidad”. Y Sebastián Soler denomina la parte en que se ocupa de este tema con el epígrafe “Teoría de la subordinación”. Estas versiones del concepto de tipicidad también nos parecen expuestas a error. Más bien aluden a la adecuación típica (*Tatbestandmässigkeit*), de la que luego se hablará, y que en el sentir de Beling nada tiene que ver con el *Tatbestand* o imagen rectora.

La jurisprudencia chilena y la doctrina mejicana parecen preferir la expresión “cuerpo del delito”, que tampoco aceptamos por la fuerte confusión que se engendra sobre lo que debe entenderse por tal. A nuestro modo de ver, el cuerpo del delito es el objeto material del mismo y, en todo caso, el instrumento con que se perpetra.

Cuando Marcelo Finzi vertió a la lengua italiana un interesantísimo trabajo de Beling en que se estudia la tipicidad en función con el *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tradujo el tan debatido *Tatbestand* por “delito-tipo”. Esta es la traducción que ha aceptado ahora Sebastián Soler, al verter en lengua castellana el trabajo de Beling: “Teoría del tipo”, y que también sigue el profesor Mendoza en su “Curso de Derecho penal venezolano”.

Permítasenos que, no por terquedad, sino por motivos de sencillez, mantengamos la traducción que hace tantos años hicimos, denominando “tipicidad” a la característica del delito que se expresa en alemán con la voz *Tatbestand*. No podemos negar que la palabra tipicidad tiene un significado propio, y acaso distinto, que bien pudiera ser la necesidad de que los delitos se “acuñen en tipos” y no en definiciones vagamente genéricas; pero no es menos cierto que, al igual que con la palabra *imputabilidad* —propriadamente aplicable a la calidad que “constituye imputable alguna cosa”—, extendida hoy en la técnica nuestra, a la capacidad penal, aquel vocablo puede recibir un contenido más amplio. Importa —me importa a mí al menos —aclarar que no sólo fui yo quien ha empleado este con-



cepto al traducirlo, con un poco de libertad, al castellano, sino un autor alemán de tan enorme prestigio como Franz von Liszt, que en su "Tratado" escribió, haciéndose breve cargo de la teoría de Belink: *Tatbestandmässigkeit oder Typicität* (adecuación al tipo o tipicidad).

### c) Historia

No nos parece propio de este lugar perdernos en investigaciones sobre quién fué el primero que destacó la palabra alemana *Tatbestand*, del artículo 59 del Código del Reich, con un sentido técnico relevante para nuestra disciplina jurídica. La teoría del delito basada, entre otras características, en el tipo o tipicidad, fué expuesta por Ernesto Beling en 1906. El Profesor de la Universidad de Munich dió al *Tatbestand* sentido enteramente distinto al que asume en las obras de Stübel (1805), Luden (1840) y Karcher (1873. Antiguamente el "tipo" era el delito específico en la totalidad de sus elementos (incluido el dolo o la culpa), es decir, lo que los antiguos escritores españoles llamaron figura de delito. Desde Beling adopta la tipicidad el sentido formal que hemos dado al definir esta característica de la infracción punible.

## 163 - EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE TIPO

### a) Primera fase: la independencia

En su primera fase la tipicidad tiene una función *meramente descriptiva*, absolutamente separada de la antijuricidad y de la culpabilidad. "Matar a un hombre" es el *tipo* del delito de homicidio. Es una *mera descripción*. Establecer si la muerte fué contraria a la norma que prohíbe matar, o si se realizó en legítima defensa, es función valorativa que se concreta en la característica del delito llamada *antijuricidad*. Finalmente: el *juicio* que permite la atribución a un ser imputable del acto cometido y de reprochárselo a título de dolo o de culpa, se hace en virtud de la *culpabilidad*. Beling modificó y amplió su teoría del tipo en 1939, manteniéndole, no obstante, su papel independiente de mera función descriptiva, como veremos luego.

La teoría de la tipicidad, cuando fué expuesta por Beling en 1906, no recibió acogida favorable por parte de los tratadistas alemanes, que desdeñaron su importancia, motejándola de inútil

complicación. Binding, el gran maestro, dedica a Beling y a su doctrina una nota tan llena de violencia como de injusticia. En el extranjero la noción del tipo se ignora entonces en absoluto. Sin el genial libro de Max Ernesto Mayer la tipicidad se hubiera olvidado.

### b) Segunda fase: carácter indiciario

La segunda fase de la teoría de la tipicidad se halla expuesta en el aludido "Tratado de Derecho penal" de Mayer, que aparece en 1915. En este libro, uno de los más geniales que se han escrito sobre nuestra disciplina, resurge la doctrina del tipo. Pero para él la tipicidad no es ya una mera descripción; le atribuye un valor indiciario. Sigue manteniendo la independencia entre la tipicidad y la antijuricidad, pero afirma que el hecho de que una conducta sea típica es ya un indicio de su antijuricidad. La función indiciaria se cumple principalmente en relación con los elementos normativos, como, por ejemplo, la inclusión en el tipo del hurto de la cualidad *ajena* de la cosa.

### c) Tercera fase: "ratio essendi" de la antijuricidad

La tercera fase, extremadamente opuesta a la concepción de Beling, se halla representada por Edmundo Mezger. Aunque desde 1926 comenzó a constituir su doctrina, ésta recibe organización definitiva en 1931, cuando publica su "Tratado de Derecho penal". La teoría de Mezger transparenta ya clara en su definición del delito: "acción típicamente antijurídica (*rechtswidrig-tatbestandmässige*) y culpable". Puesto que para Mezger no es ya el delito una acción típica, antijurídica, etc., es decir, un conjunto de características independientes, sino que constituye, en primer término, una conducta típicamente antijurídica, el estudio de la tipicidad no se hace en sección o capítulo propio, sino que, por el contrario, se incluye en la antijuricidad, tratada primero como "injusto objetivo" y después como "injusto tipificado". En la concepción de Mezger la tipicidad es mucho más que indicio, mucho más que *ratio cognoscendi* de la antijuricidad, llegando a constituir la base real de ésta, es decir, su *ratio essendi*. En verdad, Mezger subraya que la "antijuricidad de la acción es un carácter del delito, pero no una característica del tipo", puesto que pueden existir acciones que no son antijurídicas; pero en cambio es esencial a la antijuricidad la

tipificación. Esta tesis lleva inevitablemente a crear una antijuricidad penal frente a la antijuricidad general, absolutamente inadmisibles en las concepciones actuales. El propio Mezger trata de defenderse contra las consecuencias a que le lleva su doctrina e insiste vigorosamente en que sus ideas no engendran una antijuricidad penal específica. Pero por mucha que sea su habilidad, los razonamientos que expone no son capaces de convencernos. En resumen: esta tercera fase, que dota a la tipicidad de una función desmesurada, debe rechazarse.

## 164 - FASE DEFENSIVA

Ernesto Beling, en 1906, destacó por vez primera la importancia y sentido estricto del "tipo". La crítica que en torno a su teoría hicieron los escritores alemanes le llevó luego a reelaborarla. En su interesante trabajo, compuesto para el homenaje a Frank en 1930 —que luego imprime en folleto aparte con el título *Die Lehre vom Tatbestand* ("La teoría del tipo")—, trata de aclarar el asunto con nueva y plural terminología. Acaso algunas de sus concepciones son de gran acierto, pero el uso de nuevas expresiones técnicas complica el tema en vez de iluminarle. Como después se verá, queda sin resolver el importante extremo de la consciencia del dolo, que era uno de los principales defectos de su genial doctrina y que debió superar en este nuevo estudio.

Me parece, no obstante, de tan subido interés la nueva monografía de Beling —cuya doctrina apunta ya en la edición de sus *Grundzüge* de 1930—, que me permito transcribir sus partes más esenciales, dejando en alemán los términos característicos.

Comienza el autor diciendo que el "*Tatbestand* abstracto especialmente objetivo", abreviadamente el "*Tatbestand* legal (penal)", ha sido objeto de muchas y concienzudas investigaciones desde la aparición de su "Teoría del Delito" (1906). Descuellan las críticas de Guillermo Sauer y Edmundo Mezger. En ellas aparecen en primer plano las cuestiones referentes a la relación de la *Tatbestandmässigkeit* con la antijuricidad, y el problema atinente a la participación de la *Tatbestandmässigkeit* en orden al concepto del delito, así como lo tocante a los elementos "normativos" y "subjetivos" del *Tatbestand*. Toda esa bibliografía es rica en indicaciones dignas de agradecer y han convencido a Beling de que su doctrina del *Tatbestand*, tal como la expuso en la "Teoría del Delito", estaba afecta

de imperfecciones. Pero el punto en que ha de ser corregida no fué hasta ahora descubierto, o no lo ha sido con suficiente exactitud, por los escritores. He aquí de lo que se trata: es preciso destacar más acusadamente el *Tatbestand* legal, del *Deliktstypus*, y en consecuencia, aclarar el papel que juega la *Tatbestandmässigkeit* en orden al mismo *Tatbestand*, y por otra parte, en referencia a la *Typizität*. Esto es lo que intenta Beling en las páginas de su breve, pero densa monografía.

### a) Tipo de delito (“*Deliktstypus*”)

No cabe duda, en vista del artículo 2º del Código alemán —antes de ser reformado por los nazis— y del art. 116 de la Constitución de Weimar, que, conforme al Derecho positivo, la conducta culpable antijurídica sólo es punible con arreglo a las fórmulas de amenaza penal (*Strafdrohungen*) y en la extensión que ellas determinan. Éstas influyen de tal suerte en la definición del delito, que sólo los tipos (*Typen*) de conducta por ellas captados son objeto de penalidad, y cada conducta en tal sentido típica (*typischen*) sólo es punible en adecuación precisamente á aquella pena abstracta que va unida al *Typus* en cuestión. La *Typizität* es una característica esencial del delito.

Los *Deliktstypen* están enclavados en el vasto terreno de la conducta antijurídicamente culpable; yacen totalmente dentro de él, y representan sólo el destaque de determinada *species*. Conforme a su contenido interno, son en primer término tipos de lo injusto (*Unrechtstypen*) (conducta antijurídica de esta y aquella especie), que, mediante la incorporación de las exigencias que la pena legal abstracta (*Strafdrohung*) presupone en orden a la dirección específica de la culpabilidad, se transforman en *Deliktstypen*.

Una división de importancia fundamental de los *Deliktstypen* se deduce del hecho de que el legislador se sirve en parte de tales penas abstractas (*Strafdrohungen*), las cuales se unen de modo matemáticamente preciso con el *Typus*, que es captado por ellas; y, en parte, de otras conminaciones penales que, matemáticamente móviles, buscan la unión con los *Typen* de la primera especie y representan, consiguientemente, magnitudes distintas. Las primeras caracterizan sistemáticamente la “parte especial”, del Derecho penal, con sus especies y subespecies delictivas; los *Typen* aquí son independientes, *sui generis*, en el sentido de que va una línea recta

de cada tipo a su *Strafdrohung*. Las segundas destacan también, ciertamente, una conducta *typische* que yace dentro de lo injusto culpable, pero con la particularidad, no obstante, de que desde aquí (esto es, desde la conducta) no va ninguna línea recta a la *Strafdrohung* correspondiente, sino más bien la línea de unión sólo puede obtenerse merced a un rodeo sobre una u otra de las *Strafdrohungen* matemáticamente firmes y sobre el *Typus* por ella captado. Esto produce las “formas de aparición”, como *Deliktstypen* no independientes. *Typen* de carácter accesorio, figuras accesorias *typische*, por sí solas inservibles, sólo utilizables en conexión con un *Typus* independiente.

Para el jurista, toda conducta que no pueda incluirse en los *Typen* legalmente acuñados, aunque sea antijurídica y culpable, representa lo *atípico*, esto es, una conducta *no punible*, y, al revés, significa la conducta *typische* una conducta *punible* conforme a la *Strafdrohung* a ella adecuada, en unión de los demás preceptos legales concernientes a la punibilidad.

Para el legislador, naturalmente, no significa la formulación de los *Deliktstypen* un juego caprichoso. Mediante ella realiza una valoración, y en verdad, en doble sentido: clasifica lo injusto culpable, atendiendo a si es *de tal modo* antijurídicamente culpable, que procede o no la pena; y además establece en el imperio de lo *typische* una escala de valores en forma de *Typen*. Los *Deliktstypen* son imágenes normativas, igualmente normativas como lo injusto y la culpabilidad en cuya esfera yacen.

### b) “*Tatbestand*” legal y “*Leitbild*”

Cada *Deliktstypus* forma un todo compuesto de diversos elementos. Pero por muchos y distintos que estos elementos puedan ser, hacen referencias, sin embargo, conjuntamente —en los *Deliktstypen* independientes que en primer término son objeto de nuestro estudio— a una imagen de pensamiento que fundamenta la *unidad de este Deliktstypus*, y sin la cual dichos elementos perderían su sentido como características de este *Typus*. Dicha imagen es el *Tatbestand* legal para este *Deliktstypus*.

Esto necesita un examen más detenido.

a') *Exempla docent*: Si tomamos el *Typus* “hurto” encontramos que todas sus características, tanto objetivas como internas, están orientadas en la imagen o figura rectora (*Leitbild*), “sustracción de

una cosa mueble ajena”, puesto que para que el hurto exista es preciso que dicha sustracción de una cosa mueble ajena se haya realizado y haya sido captada por el dolo del autor, y aparece también en la otra característica típica, “intención de apropiación”, en tanto que esta característica se refiere precisamente a cosa ajena sustraída. De esta suerte domina el concepto “sustracción de una cosa mueble ajena”, a las conjuntas características típicas (*typischen*) del hurto. Dichas características se refieren a dicho concepto en forma distinta, pero por él se fundamenta la homogeneidad y pertenencia de las características en cuestión dentro del *Typus*. De igual modo, es básica para el *Typus* “lesión corporal con resultado de muerte”, la imagen de representación (*Vorstellungsbild*) de “malos tratos o daño en la salud”; tal daño o mal trato debe haberse realizado, haber existido en el dolo del autor, y de él (del daño o mal trato) debe haber surgido la muerte. La prueba puede hacerse en todo *Deliktstypus*: cada uno de ellos está acordado a un sonido fundamental, tiene su tónica, que repercute de esta o de otra manera en las características del *Typus*.

En primer término, sólo el *Leitbild* hace posible que podamos reunir un *Typus* de lo injusto y un *Typus* de culpabilidad en el sentido de constituir “éste” determinado *Deliktstypus*. Con un *Typus* de lo injusto “muerte de un hombre” y con el *Typus* de culpabilidad “dolo de prevaricación”, no llegaríamos nunca a un *Deliktstypus* de “asesinato” o de “prevaricación”. Siempre es necesario que el lado objetivo y el subjetivo coincidan en un punto, de tal suerte que tanto aquél como éste (dolo, culpa) estén dominados por un *Leitbild* idéntico. Sólo la muerte real de un hombre y el dolo dirigido a ella hacen posible la representación de la especie delictiva asesinato. Es posible y frecuente que ya con tal integración la especie delictiva de que se trata aparezca terminada ante nosotros (así en el cazar sin permiso, en las detenciones ilegales, en los daños, en el homicidio culposo). Es posible, ciertamente, que un *Deliktstypus* exija aún una característica externa, a la que no es preciso que corresponda nada interno (concurso en la bancarrota, muerte en la lesión corporal con resultado de homicidio) o una puramente interna, a la que no es preciso que corresponda nada externo (delitos de intención, premeditación en el asesinato). Pero tales momentos se muestran tan sólo como complementarios, cuya incorporación al correspondiente *Deliktstypus* sólo puede tener lugar visiblemente mediante su unión al *Leitbild* dominante.

b') Este *Leitbild* es el “*Tatbestand* legal”. Ahora bien; segura-

mente representa cada uno de ellos, a su vez, un *Typus*: el *Typus* “muerte de un hombre”, el *Typus* “sustracción de una cosa mueble ajena”, etc. Pero es preciso precaverse ante la identificación de estos *Typen* —puramente *tatbeständliche*— con los *Deliktstypen*. Tan poco idénticos son con estos últimos que ni siquiera pueden ser concebidos como partes integrantes de ellos. Son más bien imágenes de representación, las cuales, sólo *reguladoramente*, condicionando su comprensión, se anteponen lógicamente a los correspondientes *Deliktstypen*. Si se desmembra un *Deliktstypus* en sus características constituyentes, parece, en verdad, que la primera de estas características ha de ser precisamente el “*Tatbestand* legal” propio del *Deliktstypus*: se dice, por ejemplo, que el asesinato consiste en la “muerte de un hombre”, la cual es ejecutada dolosamente y con premeditación; y “muerte de un hombre” es precisamente el “*Tatbestand* legal”, que aquí, como “*Tatbestand* objetivo”, parece ser un elemento del concepto de asesinato. Pero al decir esto se comete una inexactitud; inexactitud que consiste, para decirlo en pocas palabras, en la confusión de una representación conceptual con su realización. Ciertamente, la imagen de representación es la “muerte de un hombre”, abstraída de acontecimientos reales que a ella corresponden. Pero una vez hecha esta abstracción, se independiza lógicamente, de tal suerte, que no sólo es algo distinto de los acontecimientos en ella subsumibles, sino que hasta posee su contenido, aun cuando se diga de ella que tal cosa *no* haya sucedido. Aquella primera característica del concepto asesinato no es, por tanto, la “muerte de un hombre”, sino la *acción que realiza y produce* la muerte de un hombre. Expresado de otro modo: no el *Tatbestand* legal, sino la *Tatbestandsmässigkeit* de la acción es el primer *constituens* del *Deliktstypus* (independiente). Éste únicamente es regulado por el *Tatbestand* legal. Se puede traer aquí, en forma de comparación (como *grano salis*), la relación que existe entre la pieza de música y el concierto: la ejecución de la pieza no es sólo *no idéntica* al concierto, sino que más bien ni siquiera forma “parte integrante” de él; es más bien una creación de pensamiento del compositor, que constituye el programa para el concierto.

Y aun es mucho más evidente la sola referencia al *Tatbestand* (*Tatbestandsbezogenheit*) en las restantes características del *Deliktstypus*: el dolo de matar y el dolo premeditado de matar no son “muerte de un hombre”, sino momentos psíquicos orientados en la muerte.

Se puede, por tanto, decir en verdad que los “tipos” *tatbestand-*

liche son típicos (*typische*) para los correspondientes *Deliktstypen*: estos últimos, con todas sus características, están ordenados en hilera en aquéllos como en una cuerda. Pero siempre permanece el *Tatbestand* únicamente *Leitbild* para el *Deliktstypus*: las características del *Deliktstypus* (con inclusión de la realización del *Tatbestand*) surgen aplicando el *Leitbild* desnudo en especiales referencias.

c') El "*Tatbestand* legal", como categoría, aparece *vacío de contenido*; su contenido no se lo determina él mismo. Los cientos de *contentidos* que tienen una *Tatbestandfunktion* (dicho brevemente, los *Tatbestände*) no se infieren de su concepto (del concepto del *Tatbestand*). Más bien han de ser obtenidos de los *Deliktstypen* independientes; de éstos, retrospectivamente, se obtiene el *Leitbild* que a ellos corresponde.

Dicho de otra manera: el "*Tatbestand* legal" es un puro concepto *funcional*. Sólo expresa aquel momento de valor rector para el *Deliktstypus* que interesa. De ello se deduce que no hay *Tatbestände* legal "en sí". Todos son relativos en cuanto al contenido; cada uno significa un *Tatbestand* solo para el *Deliktstypus* regulado por él en cada caso. La "muerte de un hombre" es *Tatbestand* legal para el asesinato; no para el allanamiento de morada. Este carácter funcional-relativo del *Tatbestand*, la dependencia de todo contenido del *Tatbestand* de un determinado *Deliktstypus*, lleva consigo cuatro consecuencias:

En primer término, que no hay ninguna especie de conducta humana de la que *a priori* pudiera decir el jurista que sea un *Tatbestand* legal perteneciente al Derecho positivo.

En segundo término, la posibilidad de que una especie de conducta que se descubre como *Tatbestand* de un *Deliktstypus*, acaso para otro *Deliktstypus* pueda ser de importancia, pero para éste representa un papel distinto. Así ocurre con la muerte de un hombre, de importancia para el asesinato, como para la lesión corporal con resultado de muerte: ambos *Deliktstypen* la exigen; pero sólo para el asesinato constituye el *Leitbild* común a la parte objetiva y subjetiva; en cambio, respecto a la lesión corporal con resultado de muerte, sólo se refieren conjuntamente el lado objetivo y el subjetivo al "maltrato o daño a la salud", y el resultado de la muerte sólo es un momento que se añade al aspecto objetivo.

En tercer término, se abre la posibilidad de que exactamente el mismo *Leitbild*, por identidad del *Tatbestand* legal, sea propio de varios *Deliktstypen*, y la diferencia de éstos encuentre su raíz en el hecho de que uno de ellos exija un dolo referido al *Leitbild*, el otro,



por el contrario, una culpa, o en que, supuesto que sean idénticos en orden a la culpabilidad, la diversidad se produzca por razón de características del *Typus*, las cuales, ciertamente, se añaden a la realización dolosa o culposa del *Tatbestand* (*Tatbestandsverwirklichung*), pero que en sí mismas sólo representan añadidos objetivos a la realización del *Tatbestand* (lesión corporal con resultado de muerte en comparación a la simple lesión corporal) o sólo añadidos subjetivos al dolo o a la culpa (homicidio doloso con premeditación; homicidio doloso sin premeditación).

Por último, el *Leitbild* obtenido de un *Deliktstypus* y el deducido de otro pueden mostrar rasgos materialmente comunes, ofreciéndonos, v. gr., como la imagen de representación amplia y restringida (*Tatbestand* del hurto: *Tatbestand* del hurto con fractura).

d') La parte especial del Derecho penal puede ser imaginada a la manera de un repertorio en el que se hallan recogidos los *Deliktstypen*. Pero también los *Tatbestände* legales forman un tal catálogo, por así decirlo, un libro de imágenes, en el que la "muerte de un hombre", la "sustracción de una cosa mueble ajena", etc., se representan esquemáticamente "estilizados". Es preciso hojear previamente este libro de imágenes si se quiere avanzar en las consideraciones del estudio penal. Sólo el legislador puede añadir nuevas hojas a este libro de imágenes, o cambiar los dibujos, o suprimir imágenes.

Naturalmente, es cosa del jurista la correcta comprensión y el manejo de las imágenes. En esta tarea pueden ser también de valor heurístico *Leitbilder* que, sin ser *Tatbestände* legales, podrían, sin embargo, serlo.

e') Hasta ahora se ha mostrado la importancia del *Tatbestand* en orden a los *Deliktstypen* independientes a que siempre nos hemos referido, considerándole como el *Leitbild* regulador de cada uno de tales *Typen*. Pero con ello no se ha agotado su trascendencia. El *Tatbestand* legal es más bien un concepto básico que domina el Derecho punitivo en su total extensión y profundidad. Ello se deduce del hecho de que sin referencia a un *Deliktstypus* independiente, todas las discusiones de orden penal caerían en el vacío (si se suprimiera toda la "Parte especial" no habría Derecho penal, supuesto, naturalmente, que el principio básico *nulla poena sine lege* permaneciese en pie), y precisamente estos *Deliktstypen* están, a su vez, referidos a los *Tatbestände* legales.

### c) Difusión de la importancia del "Tatbestand"

Se cuida Beling de señalar la trascendencia de su teoría. Para los *Deliktstypen* no independientes, para las "formas de aparición", tampoco es posible pasar por alto los *Tatbestände* legales. En primer término, poseen, ciertamente, también sus propios *Leitbilder*: la forma de aparición "tentativa": el "comienzo de ejecución"; la de la complicidad: el "prestar auxilio mediante consejo y acto"; la de la instigación: la "determinación de otro". Y en estos *Leitbilder*, lo mismo que en los *Deliktstypen* independientes, están orientadas las conjuntas características que determinan el carácter delictivo (la actuación del principio de ejecución, etc., el dolo dirigido a él). Pero estos *Leitbilder* son *tan no* independientes como las mismas formas de aparición; por sí solos son huecos, y sólo adquieren relevancia penal al unirse con una *Tatbestand* legal. "Comienzo", "determinar", "auxiliar", son comienzo, determinar, auxiliar, respectivamente, a la "muerte de un hombre", a la "sustracción de una cosa mueble ajena", etc., según los casos. También las formas de aparición son necesariamente *Tatbestandsbezogen* (referidas al *Tatbestand*); los *Leitbilder* que aparecen en forma de *Tatbestände* legales son también reguladores para ellas; sólo que las formas de aparición no exigen, al revés de lo que les ocurre a los *Deliktstypen*, una acción *Tatbestandmässige*, es decir, la realización del *Tatbestand*; su referencia a éste es más bien de distinta índole, conforme y de modo adecuado al *Leitbild* propio de la forma de aparición.

Es indudable también que todos los preceptos penales que fundamentan la impunidad en orden a una especie delictiva o a un grupo de ellas, a pesar de la existencia del *Deliktstypus* (impunidad del hurto entre cónyuges), carecerían de sentido si se les desconectara de los *Tatbestände* legales correspondientes.

Pero también conceptos generales como "autor" y "coautor" están bajo el imperio de los *Tatbestände*. Porque estos conceptos son igualmente relativos. Sólo puede ser autor en el asesinato el que haya "matado a un hombre"; en el hurto sólo el que haya "sustraído una cosa mueble ajena", etc.; coautores, sólo los que de consuno hayan realizado tales conductas. Naturalmente, la *Tatbestandmässigkeit* aún no supone la punibilidad. Pero, y esto es lo esencial, sin haber comprobado como dada en alguien la *Tatbestandmässigkeit*, no se puede hacer un solo paso hacia adelante para llegar a

afirmar en el sujeto en cuestión, la punibilidad *sub* título "autoría" (incluso "coautoría").

Tampoco las discusiones sobre la antijuricidad adquieren interés penal sino en vista de conductas referidas al *Tatbestand*. Las relaciones entre la referencia al *Tatbestand* y la antijuricidad (*zwischen Tatbestandsbezogenheit und Rechtswidrigkeit*) son hasta tal punto estrechas, que sólo es suficiente para la punibilidad aquella antijuricidad de la conducta que precisamente desde el punto de vista del *Tatbestand* en cuestión, lleva en sí la conducta. La acción necesita ser antijurídica precisamente en su propiedad de corresponder a *este Tatbestand* (esto es, al *Tatbestand* en cuestión en cada caso).

Y lo mismo cabe decir respecto al carácter de culpabilidad del acto.

No es preciso explicar cómo todos los problemas del "concurso" están también en el aire si no se presupone una conducta referida al *Tatbestand*. Incluso las discusiones en orden a las causas generales de exclusión y supresión de la pena no pueden prescindir del soporte *tatbestandliche*.

Así, resulta el *Tatbestand* legal concepto troncal penal (*der strafrechtliche Stammbegriff*), del que proceden todos los demás conceptos penales, en el sentido de que sin aquél no pueden éstos producir resultados penales determinados y definitivos. A esto no se opone que se separe la "Parte general" del Derecho penal de todo su restante contexto, pues al hacerlo se toman los *Tatbestände* como una masa unitaria, pero "el" *Tatbestand* no desaparece en modo alguno, como lo prueba el hecho de que las doctrinas generales, para adquirir plasticidad, se ven obligadas siempre a tomar como ejemplo uno de los *Tatbestände*.

#### d) Resumen

Podríamos resumir así esta variada nomenclatura y la serie de elementos y conceptos que se mueven en torno al tipo, según la doctrina de Beling expuesta en 1930 y que he transcripto en los apartados precedentes.

a') *Tipo de delito (Deliktstypus)*. Se trata de la figura de delito, como diríamos en castellano, o también de la vieja acepción que dió Stübel a la tipicidad. Tan sólo se procura destacar especies.

b') *Tipo de lo injusto (Unrechtstypus)*. Como hemos dicho, se

trata de la conducta antijurídica de esta o aquella especie. Para el intérprete, pues, una valoración, ya que se trata de imágenes normativas.

c') *Tipo de culpabilidad*. También es interno y consiste en el dolo que se exige en cada caso. Con un tipo de culpabilidad de estafa no se califica la muerte.

d') *Figura rectora (Leitbild)*. Es en realidad el antiguo *Tatbestand*, al que da Beling este nuevo nombre para evitar confusiones. Esa imagen (apoderamiento de cosa mueble ajena, por ejemplo) lo rectora todo: en ella se concreta y a ella se dirige lo injusto normativo y la culpabilidad. Pero la "figura rectora" es objetiva, descriptiva; por eso hace posible reunir en su tipo todos los demás tipos internos, el de lo injusto y el de la culpabilidad.

e') *Adecuación típica (Tatbestandmässigkeit)*. En realidad, el tipo o figura rectora no es, en esta concepción de Beling, parte del tipo de delito (*Deliktstypus*). Si éste se desmembra, parece que debería surgir la imagen rectora. Pero no es así. Esa figura rectora es independiente en absoluto y tiene su contenido; mejor dicho, lo espera, puesto que está vacía. "Matar a un hombre" es la imagen rectora de homicidio, abstracción hecha de todos los acontecimientos reales que corresponden a la acción; pero la primera característica del tipo de delito de homicidio no es la figura rectora "matar a un hombre", sino la acción de matar. Esto es la adecuación típica (*Tatbestandmässigkeit*).

f') *Tipicidad sensu stricto (Typicität)*. En sentido estricto, la tipicidad sería "un elemento esencial del delito": la descripción hecha por el legislador. Las imágenes rectoras están como colgando de una cuerda, mejor dicho, están en el Código penal como en un libro de figuras. Sólo puede añadir una nueva el legislador, ya que no hay delito sin tipicidad y la analogía se repudia en Derecho penal.

### e) Crítica

Merece elogios esta forzada concepción de Beling que considera el tipo *sensu stricto* o la imagen rectora como representación; en cambio, el esfuerzo de crear una figura directriz no parece logrado, ya que en aquellos países en que el parricidio constituye un tipo independiente, el hecho de matar al padre sin saber que lo es, no podría servir para conectar todos los elementos internos de

la figura delictiva en una imagen que sería externamente de parricidio e interna de homicidio.

### 165 - FASE DESTRUCTIVA

Como la doctrina del tipo, lo mismo que la teoría objetiva de la antijuricidad, son incompatibles con las concepciones extremas del nacionalsocialismo, al ser éstas aplicadas al Derecho penal, desorganizan todo el armazón liberal de nuestra ciencia.

En la "Memoria" del Ministerio de Justicia de Prusia, publicada en 1933, como "esquema" o "esqueleto" de la reforma penal nacionalsocialista, se dice que ya la pena no depende de que se produzca un resultado; que el "nuevo Derecho" pretende alcanzar la voluntad y no la acción; que el delito no es más el reproche de la culpabilidad de un resultado posible, y que el punto de arranque no es ese resultado lesivo, sino la conducta peligrosa del agente.

Georg Dahm, representante del más agudo extremismo, aplica sus ideas a demoler el concepto de tipicidad. Empieza por reconocer el mérito de los juristas anteriores y confiesa que la ciencia del Derecho penal alcanza su apogeo con la doctrina de Beling, acusándole, sin embargo, de no haber tenido en cuenta más que los hechos. Diferenciar la tipicidad de la antijuricidad, y distinguir estos dos caracteres de la culpabilidad, "¿no es realmente atentar a la idea misma del Derecho penal?" Según Dahm, desde el comienzo del siglo xx se entabla la lucha contra esta concepción abstracta, a la que sirve de base el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y que sólo toma en cuenta las consecuencias exteriores del acto, la violación de una prescripción jurídica, haciendo abstracción del culpable, del lugar que éste ocupa en la comunidad y de las circunstancias en que el acto se ha ejecutado. A juicio de Georg Dahm y de las ideas que representa, sólo debe apreciarse el acto individual en sus relaciones con la comunidad; más concretamente: con la comunidad de raza. El Derecho es el orden concreto; el delito, desorden. El hecho de matar a un hombre sólo será castigado como asesinato si la comunidad ha sufrido o está en riesgo de sufrir un perjuicio por ese acto; todos los demás criterios, que supongan la noción de "valor", deben ser rechazados. Los adeptos de esta doctrina han de inspirarse, no en las nociones jurídicas provenientes de una realidad empírica, sino de un "orden moral" que surge del pueblo y de la raza. El papel del juez es, por ende, interpretar este orden moral;

la misión de la pena consiste en sancionar esas violaciones. El Derecho penal nacionalsocialista "sólo considera la voluntad criminal y no tiene en cuenta el resultado". Pero esto no es todo; para juzgar es preciso poner en la balanza al individuo culpable y a la colectividad ultrajada. Con esta elemental y primitiva comparación, Dahm rechaza toda diferencia entre acto típico antijurídico y acto culpable, en el sentido de la doctrina "clásica". Conforme a esas reglas debe ser interpretada la ley, que es la expresión obligatoria de este "orden moral". El intérprete ha de librarse de la presión de los conceptos puramente formales e inspirarse en las ideas que acaban de ser expuestas. Los Profesores más eminentes de Alemania, obligados a acatar estas doctrinas y sin valor para oponerse a ellas, se ven en el triste deber de retractarse de cuanto escribieron durante sus mejores años de labor científica. Así ha ocurrido con Mezger. El Profesor de Munich había edificado su teoría del delito a base de la "acción típicamente antijurídica", de la "antijuricidad objetiva" y de un concepto sutil y muy bien razonado sobre la "culpabilidad". Para Mezger no era carácter del delito la "amenaza de pena" (es decir, la penalidad), por entender que la enunciación de esta característica, habida cuenta de la manera como construyó la "acción típicamente antijurídica", hubiera sido una verdadera tautología.

Edmundo Mezger, a pesar de haberse agotado hace varios años la segunda edición de su libro, sólo lo ha reimpresso sin mayores correcciones, y después de derrotado el nacionalsocialismo. Pero fué urgente para él publicar las rectificaciones a fin de ponerse a tono con el nuevo régimen. Lo hizo primero en unos cortos *Fundamentos del Derecho penal*, que sólo constan de 94 páginas; después en un artículo en que defiende la noción de "conjunto" del delito, y por último, en un importante *Grundriss*. Basta transcribir su nueva noción del "acto penal", para darse cuenta de los profundos cambios que Mezger introduce en su meditada construcción de 1931. "Acto penal es el hacer u omitir de un determinado autor, típicamente antijurídico (*tatbestandlich-redhtswidrige*), personalmente imputable y amenazado con una pena."

Dejando aparte la inclusión de la última característica del delito, y la modificación profunda de la teoría de la acción, hagamos notar que si bien es cierto que Mezger mantiene, transmutada en cuanto a la enunciación de los términos, la característica de que el hacer u omitir ha de ser típicamente antijurídico y que incluso se ocupa de esta importante característica, no es menos exacto que lo hace con harta brevedad, y después de sentar estas

dos observaciones: Que "los tipos penales han de entenderse en sentido amplio, después de la nueva redacción del § 2º del Código penal que ordena la aplicación analógica", y que "la antijuricidad es toda lesión o riesgo de un orden vital concreto del pueblo alemán", que para ser delimitada en Derecho penal necesita de un "medio auxiliar técnico" que también debe ser empleado por el Derecho penal venidero: el "tipo legal-penal". Resumamos: Mezger se ve forzado a proclamar el concepto de "conjunto" en el delito y a renunciar a su construcción de la antijuricidad objetiva; pero aún se aferra, en discrepancia contra los extremistas, al mantenimiento de la tipicidad, si bien reduciéndola a un "medio auxiliar técnico". Ello dice bastante sobre el enorme poder vital de la concepción del tipo. El Profesor de Munich, en sus más recientes obras, vuelve a su primer criterio de destacar la importancia del tipo dentro de lo injusto.

#### 166 - FUNCIÓN DE LA TIPICIDAD

Reconozcamos ante todo que, funcionalmente, el delito es una unidad (vid. *supra*, cap. XX, núm. 142) en la que analíticamente deben distinguirse sus características. La descriptiva es la tipicidad. Esta no debe asumir el descollante papel de *ratio essendi*; pero no lebe desaparecer, como desea el nacionalsocialismo extremo ni otros inconscientes dictadorzuelos.

La tipicidad no es *ratio essendi* de la antijuricidad, sino más bien un indicio de ella, como Mayer expuso con acierto, o a lo sumo función de concreción y de conocimiento de la antijuricidad a los efectos penales. De mera concreción cuando, existiendo la norma anteriormente, la tipicidad delimita y enmarca la antijuricidad; y de conocimiento, cuando coinciden en el tiempo la aparición de la antijuricidad y del tipo.

Según demostraremos más adelante, la separación de las características del delito tiene un valor liberal y técnico de importancia máxima, y por ello nos inclinamos a mantener, para fines forenses, la independencia relativa de los caracteres del hecho punible. Se equivocan quienes piensan que esta construcción independiente murió en manos de Mezger. Su valor, no sólo práctico, sino científico, se reivindica luego por Class, que en una monografía de suma importancia, actualiza el mérito y las ventajas de las construcciones de Beling y de Mayer. Cuquiera que sea el papel que se asigne a la tipicidad, no puede negarse, ni aun discutirse, su significación

decisiva en la teoría jurídica del delito, y quienes tratan de negarla inciden en el más voluminoso error. Mezger, que, como he expuesto, no cree en la independencia de la característica típica, dice en el prólogo de la segunda edición de su Tratado: "La *teoría del tipo* llega a ser cada vez más la piedra angular de la dogmática jurídico-penal y el lazo de unión entre la parte general y la parte esencial." En efecto, Erik Wolf —en aquellos momentos inspirado filosóficamente en Heidegger— ensaya el bosquejo de una Parte general de la Parte especial, basada en una estructura de los tipos legales. Finalmente, acreditan su importancia los trabajos de Hans von Wendel, de K. A. Hall, de Bruns, de Stefan Glaser, y, sobre todo, de W. Class, antes citado, que proyectaba una monografía en dos volúmenes, de los que sólo se ha publicado el primero.

En otro orden de ideas, es oportuno señalar que la teoría del tipo tiene una vitalidad tan grande que incluso puede concebirse en el Derecho consuetudinario y en la analogía, según Beling dijo ya en 1906. En efecto; la analogía exige, para que un hecho no tipificado expresamente sea castigado, que exista un *tipo* rigurosamente análogo. De aquí se deduce que la función de la tipicidad es compatible hasta con el procedimiento analógico, que nosotros repudiamos en Derecho penal.

La tipicidad no puede ser absolutamente independizada de los restantes caracteres del delito; pero sería erróneo hacer con todas las características de la infracción un todo indisoluble, presidido de una parte por la voluntad criminal, y de otra por el resultado lesivo de la comunidad o del pueblo. Ello supone poner en manos de los jueces la libertad de los ciudadanos, ya que se volatizan los principios objetivos en la determinación de los actos contrarios a las normas, y someter a los individuos a una concepción que anula la personalidad en beneficio de vagos e imprecisos conceptos de comunidad de pueblo y de raza.

Es indispensable el mantenimiento de la tipicidad, de la antijuricidad objetiva y de la culpabilidad, como caracteres funcionales que, si bien forman a la postre el todo conceptual llamado delito, son capaces de ser distinguidos separadamente, ya que cada uno posee función propia en la diversidad armónica del conjunto.

Por lo que respecta a la tipicidad, nuestra opinión es ésta: Función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal, y tiene, además, funcionamiento indiciario de su existencia.



## CAPÍTULO XXIV

### LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

Fijada ya la noción del tipo, vamos a ocuparnos de su núcleo y referencias, de sus elementos y de sus especies, para terminar con la ausencia de tipicidad.

#### 167 - TIPOS DE MERA DESCRIPCIÓN OBJETIVA

La ley, al definir los delitos; es decir, al establecer los tipos legales, se limita a menudo a dar una mera *descripción objetiva*.

En la mayor parte de los Códigos la definición del homicidio es por demás simple y puede ser paradigma de brevedad. Limitábase a decir las legislaciones que el homicidio consiste en “matar a un hombre”.

En cambio, son mucho más complicadas las nociones del hurto y del robo. El legislador argentino los caracteriza por el verbo “apoderarse”, que forma el núcleo del tipo, y añade: una referencia al objeto —*cosa mueble*—; una alusión a las valoraciones jurídicas consistente en que la cosa sea *ajena*; y un elemento normativo —quitarla *ilegítimamente*, cuyo término interpreta Soler de modo subjetivo—. Al definir el robo se habla, además, del medio: *violencia* contra las personas o *fuerza* en las cosas (arts. 162 y 164).

La pura descripción objetiva tiene como núcleo la determinación del tipo por el empleo de un verbo principal: *matar*, *apropiarse*, etc. Pero el tipo, sin dejar de ser meramente descriptivo, presenta casi siempre referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al *sujeto activo*, al *sujeto pasivo*, al *objeto*, al *tiempo*, al *lugar*, a la *ocasión* y al *medio*.

A veces, en ciertos delitos se exige un determinado *sujeto activo*, como, por ejemplo, la función militar en los delitos castrenses, y la

calidad de funcionario público en el peculado, en la concusión, en los numerosos delitos, de abusos de la autoridad y de las infracciones de los deberes de los funcionarios públicos, etc., etc. En otros casos sólo puede infringir la norma a que el delito se refiere el empleado público, el empleado de Correos o Telégrafos, el ministro del Culto, etc.

A un determinado *sujeto pasivo* se refieren otros artículos de los Códigos penales: Han de serlo el Gobierno legítimo de la patria, el Presidente, el Vicepresidente; los jefes de potencias extranjeras, o los representantes de ellas; los ministros de un culto, los funcionarios públicos o autoridades, los ascendientes o los cónyuges; la niña menor de doce años en ciertas clases de violación; la mujer honesta en la seducción, la mujer en el rapto y en el aborto; los parientes dentro de grados consanguíneos en el homicidio calificado; el niño recién nacido en el infanticidio, etc.

A un determinado *objeto* aluden ciertos tipos de los Códigos: cosas destinadas al culto, cadáver, el objeto mueble en el hurto, etc.

El *tiempo* se halla también determinado como una modalidad de la acción en ciertas infracciones, ora sea tiempo de guerra, o caso de guerra entre naciones extranjeras, etc.

Al *lugar* se refieren estas modalidades de la acción: dentro o fuera del territorio nacional, territorio de la República, lugar público, lugares destinados al culto, reunión pública, etc.

En otros tipos se alude a las *ocasiones*: hallándose reunidas las corporaciones a las que el vilipendio se dirige, encontrándose en el ejercicio de sus funciones, ocasión de peligro para un mayor número de gentes, o calamidades o desastres públicos, abuso de confianza o calamidad o miseria en el hurto, etc.

También suelen expresarse determinados *medios*: clandestinamente o con engaño, violencias, amenazas, temor, tumultos, sevicias, engaños, regalos, promesas, etc.; armas, dinero u otras dádivas, medios fraudulentos, seducción o promesa matrimonial, veneno, incendio o sumersión, etc.

En caso de *tipos de mera descripción objetiva*, que no dejan de serlo por contener las referencias y modalidades expuestas, la función del Instructor es sencilla. Le basta con el *proceso meramente cognoscitivo*; es decir, con dejar establecidas en los autos las pruebas del hecho que acreditan el proceso de subsunción en el tipo legal.

A esta clase de tipos los hemos denominado *tipos normales*, por creer que la función de la ley en la parte especial es ante todo hacer una mera descripción objetiva; en tanto que designamos

como *tipos anormales* aquellos en que la impaciencia del legislador le ha hecho penetrar en el juicio valorativo de la antijuricidad, incluyendo en la descripción típica elementos normativos o excesivas alusiones a elementos subjetivos de lo injusto. De estas dos clases de elementos paso a tratar, para esclarecer la función del juez en tales hipótesis.

## 168 - ELEMENTOS DE LOS TIPOS

### a) *Elementos subjetivos*

En numerosos casos el tipo no presenta una mera descripción objetiva, sino que se añaden a ella otros elementos que se refieren a estados anímicos del autor en orden a lo injusto. Este aspecto subjetivo de la antijuricidad liga a ésta con la culpabilidad, estableciendo así un contacto entre ambas características del delito. El legislador, como hemos dicho, los incluye a menudo en el tipo y son los *elementos típicos subjetivos de lo injusto*, que han sido valorados de distinto modo.

Desde el año 1867, Merkel y von Ihering aludieron a problemas que se relacionan íntimamente con estos elementos subjetivos de la antijuricidad. Después se refieren más o menos impropriadamente a ellos, Thon, en 1878; Hertz, en 1880; Löefler, en 1901; Kolhrausch, en 1903; von Ferneck, en 1905; Dohna, en igual fecha; Fischer, en 1911; Nagler, en el mismo año; Hegler, en 1914, y Mayer, en 1915. Este famoso autor ha insistido mucho en que las fronteras de lo antijurídico y de lo culpable no son coincidentes con los límites de lo objetivo y de lo subjetivo. Los ejemplos de los delitos de tendencia, a que luego aludiremos, lo demuestran. Mezger, desde 1923, da una importancia extraordinaria a estos elementos subjetivos, que también reconocen Zimmerl y Wolf. Últimamente ha hablado el conde de Dohna del "subjetivismo en la teoría de la antijuricidad", y Tierfelder, de "elementos de la culpabilidad objetivamente concebida".

El debate radica en la índole que debe atribuírseles. Los vincula a la culpabilidad Goldschmidt, y la mayor parte de los autores a lo injusto. Por nuestra parte, hubimos de integrarlos con la culpabilidad cuando escribimos, el año 1931, sobre la *Teoría jurídica del delito*, posición que todavía sustentan algunos escritores, como acabamos de ver. Ahora nos parece absolutamente preciso distinguir entre los elementos de culpabilidad que hacen alusión al dolo, y los

elementos subjetivos de lo injusto propiamente dichos, que no son, como antes se decía, dolo específico, aunque aluden a veces a un propósito y a un fin.

Son elementos subjetivos concretamente referidos al dolo los expresados con las palabras “maliciosamente”, “voluntariamente”, “intención de matar”, etc., con cuyos vocablos se alude al dolo para diferenciar los casos de homicidio, de lesión o de aborto intencional, de aquellos otros de naturaleza culposa.

Son propiamente alusivas al fin o al móvil las expresiones siguientes: “para” alguno de estos fines..., “para” derrocar al Gobierno, “para” destruir la forma política republicana o “para” trastornar la paz de la República; “con el objeto” de..., “para” deponer al Gobierno o “para” cambiar la Constitución, “para” poner a los nacionales al servicio de otra nación, con “un fin injurioso”, “para” retardar u omitir algún acto, “para” impedir el despacho de algún asunto, “con el objeto” de constreñir a hacer o a omitir algún acto a la autoridad, violencias o amenazas “para” impedir o perturbar las reuniones de cuerpos políticos, electorales, etc., o que tengan “por objeto” impedir la captura del autor de un delito, asociarse “para” cometer delitos, actos que tengan “por objeto” exponer alguna parte de la República a la devastación o al saqueo; secuestrar “para” obtener rescate; destruir cosa propia “con el objeto” de cobrar la prima de un seguro, etc.

Son propiamente elementos subjetivos de lo injusto, a los que se alude en estos términos: “por desprecio” o “por actos de menosprecio”; “por ofender”, “por hostilidad”, “por espíritu de venganza o lucro”, o “con el fin o pretexto de religión”; por “interés privado”; “en daño” de alguna persona; “con el solo objeto de producir terror”; “por favor”; miras deshonestas o de matrimonio en el rapto; “para satisfacer las pasiones de otro”; para apropiarse de un objeto mueble; con el objeto de cobrar la prima de un seguro; para apoderarse de un inmueble; por venganza contra un funcionario público; abusar en “provecho propio o de otro de las necesidades, pasiones o inexperiencia de un menor”. El móvil de “evitar la deshonra” figura en ciertos tipos privilegiados de infracciones. Así, en muchos Códigos se atenúa *honoris causa* la supresión del estado civil, el infanticidio, el aborto, el abandono de niño, etc.

### b) Elementos normativos

Otras veces el legislador instala en el tipo *elementos normativos*, diversamente concebidos por Mayer y Mezger. Este último, no sólo engloba bajo esa rúbrica los elementos de mera índole normativa en que el juez ha de desentrañar el verdadero sentido antijurídico, sino también los que exigen una valorización jurídica (como la ajenedad de la cosa en el hurto y en el robo), o una valoración cultural (como la honestidad exigida a la mujer en ciertas formas de los delitos sexuales). Dado el papel que, a nuestro juicio, desempeñan esos elementos normativos, lejos de ampliar su número nos interesa fijarlos restrictivamente. Es preciso separar los meros elementos valorativos, sea esta valoración jurídica —como el concepto de “documento”, de “funcionario”, etc.—, o sea cultural —como el “desprecio” en la difamación y la “honestidad” en la seducción.

Los elementos propiamente normativos y que sólo por impaciencia del legislador se formulan en los tipos, suelen ser frecuentes en muchos Códigos, si bien en algunos de los de Iberoamérica no lo son tanto. Se expresan con los calificativos de “ilegítimo” o “ilegítimamente”, “indebidamente” “sin autorización del Gobierno”, “sin estar autorizado por la ley”, “ilícitamente”, sin autoridad o derecho para ello, faltando a las condiciones o formalidades establecidas por la ley, sin justo motivo, sin motivo justificado, o sin razón legal, sin el consentimiento o licencia de su dueño, matar un animal ajeno “sin necesidad”, etc.

### c) Naturaleza de los elementos subjetivos y normativos

Ernesto Beling insiste, en 1930, en su afirmación de que todos los elementos del tipo son puramente descriptivos. Para él, los conceptos de *ejercicio legítimo* al hablar de actos de la autoridad, o el carácter *ajeno* de la cosa en el robo y en el hurto, no son elementos normativos, sino “referencias jurídicas” de la conducta, que “conservan su función descriptiva”, puesto que sólo sirven para delimitar dicha conducta en sentido de una especie de delito. De igual modo repudia Beling los elementos subjetivos, pues en su concepto la *intención impúdica* o el *ánimo de lucro* no son más que frases que se refieren a la descripción. “De manera totalmente análoga han de manejarse todas las demás palabras del texto de la ley que se

acostumbran a presentar como caballo de batalla de los *Tatbestände* legales. Tal procedimiento —el seguido por él— sólo podría espantar a la jurisprudencia que rinde culto a la palabra, que ve en las palabras de la ley la última conclusión de la sabiduría y que no quiere penetrar más profundamente en la *vis ac potestas* de las *verba legis*. Ya hemos dicho que este criterio de Beling nos parece erróneo, por lo que respecta a los elementos normativos *sensu stricto*, pero lo creemos correcto en lo que atañe a los valorativos, sean éstos de orden jurídico o empírico-cultural.

Erik Wolf da a los elementos normativos una extensión muy grande y un concepto totalmente opuesto al de Beling. En el fondo —dice—, “todos” los elementos del tipo tienen carácter normativo, puesto que son conceptos jurídicos y, en consecuencia, conceptos valorativos teleológicamente elaborados. Interesante es por demás el trabajo de K. A. Hall sobre los elementos normativos del tipo. En cuanto a los otros elementos, también divergen las opiniones; por ejemplo: Thierfelder edifica una teoría en que aparecen como verdaderas contrafiguras de los elementos subjetivos de lo injusto, las “características de la culpabilidad objetivamente concebidas”.

Mezger estima, con bastante acierto, que los elementos subjetivos de lo injusto son elementos “subjetivos del tipo”, en cuanto se refieren a un injusto típico legal, siendo a la vez elementos descriptivos, mientras que los elementos normativos son presupuestos de lo injusto tipificado. Los primeros, que son “partes integrantes” del tipo penal, establecidas *descriptivamente* por el legislador como determinados procesos anímicos, han de comprobarse *cognoscitivamente* por el juez en cada caso, mientras que los segundos sólo pueden determinarse mediante una valoración especial de las situaciones reales.

Nosotros nos adscribimos a lo fundamental de este razonamiento, si bien aplicándole a nuestra tesis esencial sobre la misión del juez instructor, de que luego volveremos a tratar. En estos *tipos anormales*, en que a más de los elementos *puramente descriptivos* hay *elementos normativos* y *subjetivos*, el juez no puede contentarse con el mero proceso de *conocimiento*. Incluso ante *elementos subjetivos* del tipo, la *función objetiva* debe ser superada, y, sin quebrantar su *papel cognoscitivo*, penetrar en el *ánimo del agente*. Con mayor motivo aún, en presencia del *elementos normativos* el juez instructor no ha de reducirse a su habitual menester. En tales hipótesis, que han de ser fijadas cuidadosamente en cada caso, el juez de instrucción está obligado a hacer un *juicio valorativo* sobre la índole antijurídica de la conducta del autor.

## 169 - ESPECIES DE LOS TIPOS

En orden a sus *fundamentos* podemos clasificar los tipos en *fundamentales, cualificados y privilegiados*. Los primeros constituyen la médula del sistema de la Parte especial de los Códigos. Los segundos constituyen los tipos derivados, pero cuya índole es más grave que la de los arquetipos; por el contrario, en los segundos su específica condición es la benignidad. En los Códigos penales es *tipo fundamental* el homicidio; *tipos cualificados*, el parricidio, el filicidio, el conyugicidio, el magnicidio, etc., y es *tipo privilegiado* el infanticidio.

En más íntima referencia a la *autonomía* de los tipos, éstos se dividen en *básicos, especiales y complementarios*. Los primeros son de índole fundamental y tienen plena independencia. El *tipo especial* supone el mantenimiento de los caracteres del tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial; es decir, que éste y el básico se eliminan mutuamente. En cambio, el *tipo complementario* presupone la aplicación del tipo básico al que se incorporará. Ejemplifiquemos: El infanticidio es, a este respecto, *tipo especial* del homicidio, y, en cambio, deben considerarse como *tipos complementarios* el parricidio, el asesinato y el magnicidio.

Junto a los tipos de índole conceptual unitaria, suelen presentarse, sobre todo en los viejos Códigos, otros tipos de naturaleza casuística. Estos se subdividen, a su vez, en *tipos acumulativos y alternativos*. En estos tipos aparecen diferentes núcleos: *fabricar, comerciar, detentar*, etc., etc. A veces, estas variadas modalidades de la acción quedan separadas por la conjunción *o*. Ella expresa que las distintas modalidades del tipo tienen valor igual y que carecen de independencia propia. Por ello, son permutables entre sí alternativamente. Es decir, que basta que se dé una sola de esas conductas o uno de los medios de acción en la vida real, para que esa modalidad típica sea cumplida en el proceso de subsunción. Marcelo Finzi ha escrito muy acertadamente sobre los "delitos con pluralidad de hipótesis en el Derecho penal argentino". No faltan numerosos ejemplos de estos tipos casuísticos alternativos en los Códigos penales iberoamericanos. Tomemos como ejemplo los tipos de introducción, fabricación, comercio, detención o porte de armas.

## 170 - CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS

Ya hemos hablado de que la importancia de los tipos y de los elementos enunciados es tan trascendental que podríamos referirnos a una Parte general de la Parte especial. En ella se agruparían los tipos conforme a su clase. Zimmerl, Lang y Mezger se han ocupado de esta clasificación con singular fortuna, y en referencia a los elementos subjetivos enuncian las clases de los tipos así:

*a) Elementos subjetivos referentes al autor*

a') *Delitos de expresión*, como la denuncia falsa.

b') *Delitos de tendencia o impulso*: a") Lucro o "aprovechamiento", como acontece con los delitos contra la propiedad; b") profesión, como la mendicidad; c") perjuicio o daño que concurre en los delitos maliciosos denominados "daños"; d") lascivos, como la violación y estupro.

c') *Delitos de intención*: a") En ciertos casos, el primer acto, como, por ejemplo, conspirar contra la integridad del territorio de la patria, no necesita otro segundo consistente en que la potencia extranjera hostilice a la nación propia; b") En otras hipótesis, sí son necesarios varios actos: El que se alza públicamente contra el Gobierno, ha de deponerle luego. Por eso los Códigos suelen anticipar los delitos de rebelión, porque si se obtuviera el propósito último, serían ellos los gobernantes y no los delincentes.

*b) Elementos subjetivos que se dan fuera del autor*

Ofrecen el más característico ejemplo los denominados "delitos de impresión", que se dividen así: a') *De inteligencia*: estafa; b') *de sentimiento*: injuria; c') *de voluntad*: coacción.

## 171 - LA TIPICIDAD Y LA FUNCIÓN DEL JUEZ INSTRUCTOR

La instrucción no supone, en principio, juicios valorativos reservados a los jueces o Tribunales de sentencia. Estimamos que el juez de instrucción debe limitarse, por un lado, a probar la existen-



cia del tipo, como carácter descriptivo, y a recoger con escrupulosa imparcialidad todas las pruebas sobre la característica antijurídica del hecho y sobre la participación personal, dolosa o culposa, del procesado, absteniéndose de valorar el primero, salvo en lo que toca a los elementos normativos y subjetivos de lo injusto incluso en ciertos tipos legales, no pudiendo entrar en la última, que requiere un juicio de culpabilidad.

En aquellos contados países, como España, en que existe el *auto de procesamiento*, el comienzo de la acción judicial está perfectamente delimitado, y la misión del instructor, en este momento inicial, bastante bien definida. Para comprenderlo basta con estudiar los arts. 308 y 384 de la ley española de Enjuiciamiento criminal. En el primero se ordena al juez dar parte de la "formación del sumario", que ha de incoar en cuanto tenga noticia de la *perpretación de un delito*. Ello quiere decir que en cuanto exista un hecho que revista caracteres típicos se abrirá sumario por los jueces. Y no puede suponer otra cosa, porque incluso en tal momento puede ser ignorado el autor y por ello imposible de investigar todavía si hubo antijuricidad y, mucho más aún, si existe culpabilidad. El momento es puramente *objetivo* y *descriptivo*. Al autor se refiere el art. 384, en que se dice que "desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada".

De aquí se deduce claramente: a) que el Instructor debe aquilatar primero la *existencia del tipo*, acreditar que en el hecho se dan todos los elementos previstos por la definición legal, y reunir prueba de ello de índole bastante concluyente; y b) que el juez de instrucción ha de comprobar tan sólo que hay *indicio racional de criminalidad* contra determinada persona. El término *criminalidad*, ¿se toma aquí como conjunto total de los caracteres del delito? Indudablemente no. La antijuricidad no juega papel alguno en el vocablo. Se refiere al nexo del hecho con el presunto autor. Conforme a los conocimientos de la época, quiere decir: *imputación, atribución*. No *imputabilidad*, ni *culpabilidad*, como términos técnicos y valorativos, y no se exige prueba, ni, lo que es imposible, el juicio de valor sobre conceptos objetivos o subjetivos, sino sólo *indicio*. La adjetivación de *racional* no desvirtúa el sustantivo. Lo que se exige es que esos indicios no sean fantásticos.

Yo resumiría así la función de Instructor: probar la existencia de la tipicidad, haciendo una subsunción rigurosa del hecho de la vida real, en el tipo de la ley, y establecer los indicios racionales de que

una persona determinada ha participado en el acontecimiento y que por ello debe serle atribuído.

En otras legislaciones procesales no existe este instituto tan certero que denominamos en España auto de procesamiento. Pero siempre suele haber algo semejante: el "encargo de reo", en Chile; la "prisión preventiva", en la Argentina; la "detención", en Venezuela. Con unas u otras palabras, suele exigirse la comisión de un acto calificado de delito y los indicios de la culpabilidad del sujeto a quien el hecho se atribuye (a veces se habla de semiplena prueba). *Mutatis mutandis*, es lo mismo que la ley de Enjuiciamiento criminal española dice al establecer el "indicio racional de criminalidad".

En los Códigos de Procedimiento criminal suelen establecerse los casos en que el instructor puede declarar terminada la averiguación, y así se acredita lo que venimos afirmando; es decir, que el instructor no valora, ya que en todas las situaciones en que debe abrirse juicio no es él quien condena o absuelve, sino el juez de la causa o de sentencia.

Ahora bien; esta función meramente cognoscitiva cambia, como hemos dicho, si existen elementos normativos en el tipo, en cuyo caso el juez precisa valorar; pero no varía cuando sólo se presentan elementos subjetivos de lo injusto, aunque entonces la tarea del instructor ha de ser más honda (vid. *supra*, núm. 168).

#### 172 - IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA DEL TIPO

Ya hemos afirmado (vid. *supra*, cap. XXIII-164 c y 166) que la teoría del tipo tiene en el Derecho penal contemporáneo importancia descolante. Ella nos sirve de guía en la interpretación teleológica, e incluso en el procedimiento analógico, cuando se acepta, según sabemos de antes (vid., *supra*, cap. XIV-93), y en la tentativa y en la consumación, que constituyen verdaderos casos de extensión del tipo, etc., etc.

Ahora, según ya anotamos (vid. *supra*, cap. XX-139), la doctrina de la tipicidad ha penetrado en los países de lengua española, aunque todavía se ignora en Francia, y en los nuevos tratados y recientes monografías se discute o acata la teoría de la tipicidad.

Pero su máxima importancia estriba en que es la piedra básica del Derecho penal liberal. El tema se ve mucho más claro al enfocar la ausencia de tipo.

## 173 - ASPECTO NEGATIVO: AUSENCIA DE TIPICIDAD

La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descripta en la ley, incluso aunque sea antijurídica. Es consecuencia primera de la famosa máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que técnicamente se traduce: “no hay delito sin tipicidad”. Puesto que no se acepta la analogía, cuando el hecho no está tipificado en la ley o cuando le falta alguno de los caracteres o elementos típicos, no puede ser “detenido” el agente.

Podríamos ensayar una división al respecto: *casos específicos de atipicidad y ausencia total de tipo*.

Cuando un hecho de la vida diaria presenta ciertos aspectos que parecen hacerle resubsumible en un tipo legal y explorado éste resulta que faltan las referencias del sujeto activo, como cuando, por ejemplo, el protagonista de un pretendido delito que exige función pública no es funcionario; del sujeto pasivo, como cuando la mujer seducida no es honesta; del objeto, como cuando la cosa hurtada no es ajena, sino propia; del lugar, del medio o de la ocasión (vid. *supra*, núm. 167), entonces nos hallamos ante casos específicos de atipicidad, y por ende, no se puede proceder contra el autor de la conducta en que los elementos del tipo faltan.

El caso de atipicidad general es el que, con más motivo, ha de quedar impune, conforme al apotegma, *no hay delito sin tipo legislado*. Así, por ejemplo, por muy injusta que sea la usura, puesto que en el Código argentino o en el venezolano no se halla incriminada, es imposible perseguir al usurero.

Basta para impedir esas persecuciones analógicas los preceptos de la Constitución o de los Códigos penales, mas no estaría de más que en él se insertara la concreta afirmación de que no hay delito sin tipicidad, que el Código penal español había escrito en elegantísimo lenguaje con palabras indelebles y que ha pervivido en cuantas reformas se le han hecho: “En el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asisten para creer que debiera ser objeto de sanción penal” (artículo segundo del Código penal español). El Código cubano, a pesar de ser de muy reciente fecha, no ha proscrito esta disposición española de su texto.

Cobra así la tipicidad un papel mucho más prestigioso que el de mera pieza técnica. Es, como secuela del principio legalista, garantía de la libertad.

## CAPÍTULO XXV

### LA ANTIJURICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

#### 174 - LO JUSTO Y LO INJUSTO

Lo antijurídico es una expresión desaprobadora que requiere esclarecimiento a fondo, porque tanto lo justo como lo injusto han sido enturbiados por pretendidas exigencias de moral y de política. El desprecio que tuvieron los positivistas por el Derecho hizo que esta piedra angular de todo edificio de Dogmática punitiva haya quedado sin pulimento en los países que bebieron su sabiduría jurídica en fuentes italianas.

Tendríamos que comenzar por esclarecer si el *prius* lógico es lo jurídico (justo) o lo antijurídico (injusto). Schopenhauer afirmó que el *prius* era lo injusto y que a él sucede lo jurídico. Acaso ocurriera así desde el punto de vista de la evolución histórica. Quizá el ordenamiento jurídico, que es un orden de paz, haya nacido de los ataques injustos a los intereses. Pero, si en vez de la prioridad histórica tratamos de averiguar el *prius* lógico, tendremos que reconocer que primero es lo justo, y lo injusto su contrario. Esta es la *communis opinio*, y así piensan principalmente Beling, Sauer, Fischer y Zimmerl.

Otro problema previo que nos importa destacar es si lo *injusto* y lo *antijurídico* tienen distintos significados o pueden emplearse como sinónimos. Guillermo Sauer, después de decir que son lo mismo, afirma que lo injusto abarca la valoración y el concepto, y lo antijurídico sólo la valoración. En cambio, Binding, que trata del asunto más profundamente, dice que *Unrecht* (injusto) es sólo *no-derecho*, y que lo antijurídico es ya un *anti*. Creemos, con Mezger, que si bien es muy exacta la observación de Binding, debemos emplear indistintamente y con carácter sinónimo tanto la voz *injusto* como la de *antijurídico*.

Más honda es la discusión a propósito de si debemos decir *contrario al Derecho* (*Rechtswidrigkeit*) o *contrario al deber* (*Pflichtwidrigkeit*). Dohna y Goldschmidt creen que pueden y deben emplearse ambos, aunque con ciertas diferencias. Nagler prefiere la *anti-juricidad* a lo *contrario al deber*. En cambio, Mayer acepta el segundo término al tratar del contenido de la culpabilidad. A nuestro juicio, teniendo un mismo alcance, cabe hacer distingos. Lo contrario al Derecho es el proceso objetivo del que juzga: el juez comparando la acción con la norma; en cambio, lo contrario al deber es lo que debe captar el agente en el elemento intelectual del dolo (vid. cap. XXXII).

Finalmente, se eleva ante nosotros otro problema de mayor consistencia. A nuestro juicio, el delito, como la infracción civil, caen en el ámbito común de lo *injusto culpable*. Es decir, que a nuestro entender, lo injusto civil, administrativo y penal tienen un mismo origen y sólo se separan al llegar a las consecuencias.

No ignoramos que figuras eminentes de la Filosofía jurídica y escritores notables de Derecho penal han mantenido tesis opuestas. Hegel y su escuela postularon la escisión, definiendo lo injusto penal como consciente y lo civil como inconsciente. Certeramente observó ya Adolfo Merkel que el delito culposo penal y el delito civil doloso contradicen esa doctrina. Luego quiso Mauricio Liepmann conservar la teoría de la naturaleza distinta, construyendo el delito sobre la voluntad, y la infracción civil sobre el resultado. Pero también en este siglo se ahonda más, por Adolfo Prins, en las razones del origen común, ejemplificando con fortuna polémica. En efecto; hay más gravedad intencional en quien incumple un contrato del que depende la subsistencia de un desvalido, que en los delitos culposos de carácter imprevisto (aunque previsible) en que el resultado destaca con más imperio que la propia imprevisión. Arturo Rocco, en Italia, defiende la diferencia de lo ilícito penal de las otras formas de lo ilícito, por creer que nuestra rama jurídica es "constitutiva".

Examen aparte merecen los denominados "delitos de policía". En Alemania se asocia penal criminal a estos delitos. Pero la sustancia de ellos no radica en el contenido esencial de la infracción, y por eso urge, según algunos escritores tudescos, separar estas infracciones del delito *sensu stricto*. Esta separación se inicia por Lorenz, von Estein y Otto Meyer; pero quien la desarrolla más extensamente es J. Goldschmidt, seguido por Umhauer, Pollack, Friedenthal y otros. El delito administrativo —dice— no es un acto contrario al derecho, sino contrario al orden administrativo; no es lesión de un interés jurídicamente protegido, sino de un interés declarado por la

Administración; la omisión de la asistencia debida a la Administración pública conducente a satisfacer el bien público.

La tesis de Goldschmidt quiere tan enteramente escindir lo injusto administrativo de lo penal, que, forzado por sus razonamientos, acaso se le podría atribuir la creación de una antijuricidad especial para lo policiaco. Con motivo se indigna Beling contra semejante doctrina. Pero, en verdad, James Goldschmidt se esfuerza en mantener la unidad de lo antijurídico.

No existe, pues, más que un solo injusto originario. El ordenamiento administrativo es —como dice Fischer— el propio ordenamiento jurídico. En suma: lo injusto administrativo, como lo injusto civil, vienen de idéntica fontana. Por eso es preciso distinguir, como lo haremos en su día, una característica especial del delito, ya que, como injusto, pertenece a ese género próximo (vid. *infra*, cap. XXXVI-269). Como ya hemos dicho, este problema extravasa del restricto perímetro de una distinción terminológica, para referirse nada menos que al concepto del Derecho penal propiamente dicho. Los que creen que nuestra disciplina es constitutiva, afirman la existencia de un injusto penal propio; los que creemos que nuestra rama jurídica es meramente garantizadora, nos pronunciamos por que lo injusto sea general al Derecho (vid. *supra*, cap. I, número 3 d).

### 175 - CONCEPTO

Provisionalmente puede decirse que la antijuricidad es lo contrario al Derecho. Por tanto, el hecho no basta que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al Derecho. Pero esto nada profundo nos expresa, y es una de tantas definiciones tautológicas. Es una de esas traducciones en frase distinta, como la respuesta que nos da el médico cuando le consultamos un dolor de cabeza: "Es una cefalalgia". No se ha hecho más que traducir al griego lo que el profano dijo en lenguaje corriente.

Esta definición provisional de lo antijurídico sólo nos sirve de punto de partida. Pero nada nos dice, porque seguimos sin saber lo que es contrario al Derecho.

Siguiendo la evolución del concepto de la antijuricidad, hallamos que esa definición nominal insuficiente se completa por negaciones; es decir, por el expreso enunciado de casos de exclusión, a los que se llaman causas de justificación por escritores y leyes. Según

este sistema negativo, será antijurídico todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de un modo expreso. En suma: no se nos dice lo que es antijurídico, sino, aunque parezca paradójico, lo que es jurídico, como la legítima defensa, ejecución de un derecho, estado necesario, etc.

Nueva etapa se abre por los esfuerzos de los escritores alemanes que buscan conceptos materiales de la antijuricidad. Inician el camino Merkel en 1867, Hertz con sus estudios sobre lo injusto, publicados en 1880, y Kessler, en una monografía sobre el consentimiento, de 1884. Culminan estos trabajos en el opúsculo de Nathau, impreso en 1923. Hoy las monografías sobre el tema son numerosas y a partir de von Liszt, los Tratados y Compendios alemanes, austríacos y suizos consignan largos capítulos a la *Rechtswidrigkeit*. Así, los de Allfeld, Stoos, M. E. Mayer, Gerland, Hafter, Schmidt, Paul Merkel, R. von Hippel, E. Mezger, etc. En cambio, en los libros de conjunto de Italia, Francia y España, solía estar ausente el problema, y careciendo de esta pared maestra la construcción penal, los Tratados de idiomas latinos eran harto más imperfectos que los de lengua alemana. Cuando los italianos reivindicaban la dogmática, examinan ya con mayor acierto el tema antijurídico. Así, Vannini, en su obra publicada en 1932, y ahora Antolisei, Petrocelli, etc.

#### 176 - LA ANTIJURICIDAD COMO CONCEPTO VALORATIVO

En esta hora se dota a la antijuricidad de un significado valorativo, y el trabajo de Thierfelder sobre lo normativo y el valor es, al respecto, muy importante. El tipo es la descripción; la antijuricidad da la estimativa del acto. Así, el homicidio definido objetivamente por la ley, se castiga por ser antijurídico, salvo si la legítima defensa —por ejemplo— transforma en jurídica la acción. Al mismo tiempo que se forma el concepto valorativo de la antijuricidad se ensancha el ámbito de las causas justificantes. Para conocer el carácter jurídico de un acto, encajado en un tipo del Código, tendremos que seguir estas tres etapas, en las que insistiré luego:

a) Si expresamente la ley acogió la excepción de la antijuricidad (como la muerte de un hombre en legítima defensa).

b) Si, caso de no hallarse expresamente enunciada la juricidad del hecho, éste se verificó en cumplimiento de un fin reconocido por el Estado (como si un boxeador no profesional golpea a otro en el juego, cuyas reglas se observaron escrupulosamente).



e) Si en un acto, conveniente a los fines de la convivencia social, se vulneran bienes jurídicos para mantener otros de mayor trascendencia e importancia.

Creemos nosotros que se debe llegar a la lógica posición de que se dé un concepto real en las leyes sobre antijuricidad y que, en vez de enunciar las causas de justificación prolijamente, se establezca una fórmula amplia *que justifique*. No debe decirse *que excluya la antijuricidad*, porque si éste es un concepto valorativo, lo *no antijurídico* es lo *jurídico*. Ya A. Merkel y luego Stooss intentaron dar este concepto amplio justificativo, sin pleno logro, acaso porque —como dice mi discípulo Emilio González López— ni entonces ni ahora está suficientemente clara y fija la doctrina para que se pueda conseguir una inducción satisfactoria.

Tratemos, pues, de penetrar en la esencia de lo antijurídico como primera jornada en el camino que nos llevaría a la amplia fórmula valorativa y a la no menos amplia fórmula justificante.

#### 177 - NORMA Y LEY. LA "NORMWIDRICKEIT" DE BINDING

Uno de los más sagaces juristas de Alemania es Carlos Binding, que en 1872 comenzó su gran obra *Die Normen-und ihre Ubertretung*, con una afirmación, al parecer, desconcertante.

Era frecuentísimo escuchar que el delito es lo "contrario a la ley". Así, Carrara lo definía como "la infracción de la ley del Estado". Pero Carlos Binding descubrió que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal. En efecto: ¿Qué es lo que hace un hombre cuando mata a otro? Estar de acuerdo con el artículo pertinente de un Código penal. Igual acaece con el que roba. No se vulnera la ley, pero sí se quebranta algo esencial para la convivencia y el ordenamiento jurídico. Se infringe la norma que está por cima y detrás de la ley. El Decálogo es un libro de normas: "no matarás", "no robarás". Si se mata o se roba, se quebranta la norma; mas no la ley. Por eso Binding decía: "La norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible, o, dicho de otra manera más exacta: la norma valoriza, la ley describe. Esta construye la disposición penal que se compone del "precepto", en que se describe y define el acto o la omisión, y la "sanción", en que se determina la pena con que el hecho está conminado."

Nos encontramos, entonces, con que en la vida del Derecho existen normas y leyes referidas a intereses vitales que la protección

jurista eleva a bienes jurídicos. Junto al bien jurídico está la norma que lo protege, y de aquí que el delito, que ataca un bien jurídico, sea lo contrario a la norma. Por eso, en vez de hablar de antijuricidad, sería preferible decir *Normwidrigkeit*; es decir, lo contrario a la norma.

A pesar del avance que supone esta primera conquista técnica, no era bastante. La curiosidad científica inquiría al punto: ¿qué es la norma? Binding dice que para definir la norma no pueden tenerse en cuenta consideraciones de orden moral, de sentido común, etc., pues no tienen carácter jurista, y mientras no exista un precepto del ordenamiento jurídico no puede declararse el concepto de antijuricidad. Cuando el legislador ha dado el concepto de la antijuricidad en la forma negativa de causas de justificación y el hecho real se ciñe al precepto, no hay problema. Cuando muere un hombre en legítima defensa es sencillo afirmar que no hay antijuricidad por que interviene una justificante; pero no es el asunto tan sencillo cuando se trata de casos que no ha previsto el legislador. Por tanto, hay que definir de otro modo, y no en círculos viciosos, el concepto de "normalidad".

Advirtamos, antes de exponer otras doctrinas, que la norma en que Binding pensó pertenece fundamentalmente a otra rama del Derecho, y su carácter común sería ser predominantemente pública. Mas el esfuerzo de Binding no tuvo logro completo. La norma queda flotando en una vaga zona extra o supra-legal. Así le fué acerbamente criticado. Binding y Finger le objetaron, aun siendo partidarios de la doctrina, que muchas normas no están formuladas.

La crítica más negativa contra el sistema de Binding ha venido de Kelsen. Éste afirma que sólo se trata de una cuestión de palabras, sobre las cuales el famoso penalista alemán hizo toda una doctrina. Lo que se quebranta —dice el sagaz Profesor vienés— no es ni la ley ni la norma, sino un estado real de paz. El hecho sería más bien contrario al fin de la norma, y esto es lo que engañó a Binding, puesto que ésta expresa más claramente que la ley el fin que persigue; pero también la ley tiene ese mismo fin, aunque no lo exprese o no lo diga tan claramente. La norma es para Binding —le acusa Kelsen— la formulación autónoma del fin del Derecho; pero olvida —en el sentir de su crítico— que éste no procede del Derecho en sí, sino de la Sociología o de la Política.

Ya hemos defendido la teoría de las normas y a lo dicho entonces nos referimos (vid. *supra*, cap. VIII-53).

178 - NORMA Y DERECHO JUSTO. LA "CONDUCTA INJUSTA"  
DE GRAF ZU DOHNA

Alejandro Graf zu Dohna, siguiendo los principios de la filosofía jurídica de R. Stammler, expuso el año 1905, en interesantísima monografía, una sugestiva tesis sobre el concepto de antijuricidad. Para él lo antijurídico es lo *injusto*. Tomamos de su obra los párrafos más salientes en que expone su teoría:

"Los institutos jurídicos no se agotan ya en su propiedad de ser efectos de causas, sino que se nos aparecen también y de modo preeminente como medios para la consecución de fines. Pero desde este momento se deduce, mediante la introducción del criterio formal... , la exigencia en orden a la apreciación crítica de tales normas, por otra parte plenamente justificada, a saber: que dichas normas representan *un medio justo para la consecución de un fin justo*.

"Esta fórmula, sobre la que hemos de volver más adelante, cuando se trate de aplicar el método que ahora desenvolvemos, no lleva en sí el más pequeño momento empírico, y precisamente en esto descansa su validez absoluta; procede investigar hasta qué punto es apropiada a pesar de ello para aproximarnos a la resolución definitiva del problema de Derecho positivo planteado. Siendo preciso observar que el problema respecto al medio justo para lograr un fin propuesto y determinado, siempre se puede resolver con seguridad suficiente desde el punto de vista de la adecuación; todo medio propuesto puede ser comprendido y se puede demostrar su adecuación o inadecuación en vista a un efecto que se piensa lograr con él. Pero siempre resta *al lado del punto de vista formal* de la adecuación, la *representación* de un *punto-meta concreto* de la conducta y ello constituye una exigencia inevitable en la decisión fundamentada del problema contenido en nuestra fórmula. La máxima formal *por sí sola* no nos ofrece aún, en este extremo, material bastante y sí únicamente, bajo el presupuesto *ulterior* de que la legitimidad (*Berechtigung*) del fin propugnado esté por su parte fuera de toda duda.

"Ahora bien; con arreglo a qué condiciones puede afirmarse esto, es cosa que no puede predecirse en absoluto con generalidad abstracta. *Todo fin*, representado como un resultado que pretende alcanzar el hombre, lleva en sí conceptualmente un elemento de *condicionalidad empírica*, y por ello no puede *nunca* ser perseguido en el sen-

tido de un *fin absolutamente justificado*. Pensar al mismo tiempo algo como concretamente a realizar y como absolutamente justificado es una imposibilidad conceptual; y ello, no porque se pudiera demostrar históricamente que el contenido del querer y de la tendencia a obrar están sometidos en los hombres a un cambio continuo y no se puede encontrar ningún Estado que en todo tiempo y en todo lugar ha subsistido con validez inatacada —todo ello no demostraría aún la imposibilidad que hemos afirmado—, sino porque para la pretendida validez general del fin concreto en cuestión sería necesario presentar una prueba, lo que, a su vez, sólo podría ser posible con referencia a un fin ulterior más alto. Y ello descubriría la contradicción interna.

”De ello se deduce que la justificación material de toda realización humana de fines sólo se puede fijar de manera relativa, en tanto que las actuaciones del individuo sólo pueden ser pensadas como medio para la consecución de ulteriores y más altos fines, a los que a su vez nunca falta por completo la condicionalidad empírica. De la máxima formal de que todo fin propuesto necesita estar fundamentado en sí mismo y por tanto precisa estar objetivamente justificado, no se puede deducir *nunca* un fin concreto propugnabile en toda clase de circunstancias; sólo como *punto rector* (*Richtpunkt*), nunca como resultado a conseguir, puede aquí suministrar el punto-meta la realización de la máxima formal, en la forma del ideal social esbozado por Stammler. Estos límites de la capacidad de prestación de la máxima formal encontrada hemos de tenerlos siempre a la vista si queremos asegurarnos de los servicios que la máxima puede prestarnos para la resolución del problema aquí suscitado.

”La misión del Derecho consiste en regular la vida social en común de los miembros del cuerpo social; por tanto, una norma corresponde a su determinación (finalidad) de ser medio justo para cumplir un fin justo cuando ofrece un manejo (aplicación) adecuado para la adecuada regulación de la vida social común. Esta última (la vida social, etc.), a su vez, encuentra sus condiciones de existencia en el hecho de que cada individuo elija fines objetivamente justificados y aplique los medios adecuados a su consecución; en consecuencia, en que el individuo por su parte enderee su querer y su actuar con arreglo a la máxima formal, de suerte que su querer y actuar se muestren como medio justo para la consecución del fin justo. Tanto la norma como la conducta normada por ella merecen el predicado de *justas* bajo el presupuesto coincidente

de que se haya satisfecho aquel principio varias veces formulado. Y ya se deduce de esta exposición hasta ahora puramente formal, que una conducta humana que aparece como medio justo para el fin justo nunca puede contradecir a una norma jurídica, si por otra parte la norma está de hecho justificada.

"Con ello llegamos a un resultado que aunque aparentemente de poca trascendencia y de un resultado mínimo de conocimiento, en verdad, lleva en sí la solución completa de nuestro problema, necesitando sólo hacerle fructificar para obtener las respuestas de las diversas cuestiones particulares. Ahora sabemos; cuando el mismo orden jurídico designa una conducta como antijurídica, nunca puede ser entendida por tal una conducta que, orientada al fin último de la comunidad social, aparezca como medio justo para el fin justo. Ya que el orden jurídico, que precisamente quiere dirigir a los ciudadanos a realizar acciones de esta especie, se pondría en contradicción consigo mismo si quisiera prohibir estas mismas acciones en determinado estado de cosas.

"Nuestra tesis puede de nuevo expresarse así: la característica antijurídicamente, unas veces recibida de modo expreso en los tipos del Código penal del Reich, otras veces tácitamente presupuesta, y por tanto, debiendo añadirse al tipo que no la expresa, ha de entenderse en el sentido de que con ella debe caracterizarse una conducta que contradice a la Idea del Derecho, a la máxima para la conducta justa, conducta que por tanto no puede ser pensada como medio justo para el fin justo.

"Sin embargo, frente al Derecho positivo y frente a la terminología basada en él, sólo es posible expresar en forma negativa este criterio de la antijuricidad. A saber: no existe antijuricidad cuando la acción de que se trata se caracteriza como justificada según el criterio del principio formal antes indicado. Ahora bien; para hallar la definición positiva de la antijuricidad no es posible, naturalmente, invertir la fórmula diciendo: toda acción que no es medio justo al fin justo es antijurídica. Pues, respecto a que el orden jurídico prohíba toda clase de estas acciones, no existe la menor sombra de prueba; lo contrario es en cambio evidente. Sabemos que el Derecho muchas veces recibe en sí sólo el minimum de los deberes que de manera justa son exigibles a los ciudadanos, que sobre todo hoy sólo en casos muy raros exige una actividad en interés de la comunidad social, satisfaciéndose generalmente con prohibir las intervenciones productoras de lesión. Y en este respecto constituye, sin duda, el tipo firmemente determinado en los diferentes parágrafos del Có-

digo, una Magna Charta del delincuente, en tanto que establece neta y de modo inalterable los límites hasta los que también el actuar antisocial es impune o permanece sin sanción jurídica alguna y los límites a partir de los cuales comienza la reacción estatal. Así se comprueba que el tipo del delito y el carácter antijurídico del mismo se completan recíprocamente, y en verdad de tal suerte, que el último aparece condicionado por la realización del tipo y a su vez éste por aquél.

”La cosa ha de entenderse así: una acción que es medio justo para el fin justo es ‘adecuada al derecho’ (*rechtsmässige*) en el propio sentido de la palabra en tanto que representa aquella conducta en cuya realización está, en último fin, dirigido el orden jurídico. Tal conducta es en realidad ‘adecuada al Derecho’ —siempre bajo el presupuesto de que se trate del Derecho justo— y sólo ella es completamente y en absoluto adecuada al Derecho. Por tanto, toda especie de conducta que no muestre la propiedad indicada, no corresponde, en tanto, al pensamiento y tendencia más íntimos del Derecho, y puede en tal sentido denominársela ‘adecuada al injusto’ (*unrechtsmässige*). Ahora bien; Derecho e injusto (*Unrecht*) no son términos contradictorios. Estamos acostumbrados, no a llamar injusto (*Unrecht*) a todo lo que no corresponde a la idea del Derecho, sino a considerar la extensión de lo injusto (*Unrecht*) delimitada por el Derecho formado técnicamente. Sólo lo que el mismo orden jurídico considera y caracteriza como ataque a su esfera de intereses, nos lo explicamos nosotros también como lo contrario al Derecho, como injusto (*Unrecht*), como antijurídico. No tenemos más remedio que reconocer que los límites de la antijuricidad, en la acepción técnica del hombre, sólo pueden obtenerse de la ordenación jurídica; que, por tanto, sólo podemos designar como antijurídica a la especie de acción que contradice los principios básicos del Derecho, cuando, además de esto, dicha acción produce un contraste con el precepto positivo, y por ende, infringe una norma y realiza un tipo al cual el orden jurídico une una consecuencia de lo injusto (*Unricht*). Pero, como hemos visto, *un presupuesto de validez general de ello, es la contradicción con la idea del Derecho*, con la máxima para el querer y actuar justos. Considerada desde este punto de vista general, denominamos ‘injusta’ a la acción.

”Llegamos al resultado siguiente: En sentido de nuestra legislación del Reich, una conducta antijurídica es ante todo una conducta injusta, es decir, una conducta que no puede ser reconocida como medio justo para el fin justo; una condición ulterior de la antijuri-

cidad lo constituye una aclaración de Derecho positivo en que ahora no entramos. De esta parte del problema no hemos de ocuparnos; pues en general no ofrece dificultad alguna. Para el terreno del Derecho positivo constituye el tipo legal el presupuesto de la reacción jurídica; y desde este punto de vista no es falsa la formulación siguiente: En el sentido de nuestro Derecho penal [del Reich] es antijurídica la conducta que muestra las circunstancias de hecho específicas de un delito legalmente determinado y que en dicho aspecto es injusta; o viceversa: es antijurídica la conducta injusta que además realice el tipo específico de un delito.”

A pesar del gran esfuerzo teórico hecho por Graf zu Dohna en los párrafos transcritos, el gran problema de la antijuricidad queda sin adecuada solución. Es demasiado estrecho el círculo jurista en que se mueve.

179 - NORMA Y SOCIEDAD. LA “GESELLSCHAFTSWIDRIGKEIT”  
DE VON LISZT

Un paso más da el que fué Profesor en Berlín, Franz von Liszt, con su *Gesellschaftswidrigkeit*. Según él, la antijuricidad material significa una conducta contraria a la sociedad y por eso será conforme a la norma toda conducta que responda a los fines del orden público y por tanto a la misma convivencia humana. Este concepto supone otro gran paso hacia la solución, pero adolece de vaguedad. Lo antisocial puede carecer de importancia para el Derecho.

180 - NORMA Y CULTURA. LA “KULTURWIDRIGKEIT” DE M. E. MAYER

Entre la vaguedad de Binding y la excepcional latitud de Liszt, llegó a concretarse la certerísima doctrina de las “normas de cultura”, expuesta por Max Ernesto Mayer el año 1903 en una interesante monografía utilizada después en las construcciones del Derecho penal en su famoso *Lehrbuch*. El Profesor Mayer llega a la conclusión de que el orden jurídico es un orden de cultura y como infracción de las normas de cultura concibe lo antijurídico. La sociedad es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellos en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. “Es antijurídica —concluye el genial maes-

tro— aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado.” Y explicando su tesis, añade: “Se debe repetir una vez más que para *fundamentar* el orden jurídico y no para *suplantarlo* es preciso retrotraer la teoría hasta aquel complejo de normas prejurídicas de las que se obtiene el Derecho. Para poder interpretar las líneas de la ley, para poder leer entre esas líneas, para preservarnos de la confusión y, últimamente, para prestar a las resoluciones de la práctica una medida objetiva fija, se tiene que saber lo que es una conducta antijurídica.”

Guillermo Sauer parte del concepto de Mayer; pero, según él, debe completarse la doctrina y no quedarse detenido, como éste, en las normas de cultura reconocidas por el Estado, sino que se debe fijar el tipo de valoración en la cultura considerada como un todo orgánico. “Mayer —objeta Sauer— buscó el concepto de las normas de cultura en vez de buscar el de la cultura.” Pero esta teoría de Sauer, que hace radicar lo contrario a la norma en el “concepto total de la contradicción de la cultura”, será la explicación filosófica de la tesis de Mayer, pero en el fondo la doctrina es idéntica y lo que al jurista le importa es lo que Max Ernesto Mayer ilustró.

También Mezger considera como directivo el contenido suprallegal de lo injusto. Diríamos que lo antijurídico es, para él, el ataque al bien jurídico. Contra el bien jurídico va el delito. Por ejemplo: la estafa es un desplazamiento ilegal del patrimonio; no debe entenderse como un concepto jurídico formal, sino como un *valor económico*. Pero Mezger cree, contra Mayer, sólo en las normas del Derecho para conciliar el interés de sociedad e individuo.

A este propósito recordemos el significado de precursor que hemos asignado a Rafael Garófalo. Cuando éste definió el delito natural como ataque a los sentimientos altruistas de piedad y probidad en la medida media en que un grupo social concreto los posee, se remonta a normas prelegales, verdaderas normas de cultura, y por ende, la doctrina garofaliana puede ser invocada como antecedente de esta construcción técnico-jurídica de la antijuricidad (vid. *supra*, cap. XX, 138).

#### 181 - LA LUCHA ENTRE LA CONCEPCIÓN JURÍDICA Y LA EXTRAJURÍDICA DE LA ANTIJURICIDAD

Los que profesan del orden jurídico un celoso concepto de pureza legalista, como Beling, Nagler, Fischer, etc., en Alemania; Emilio



González López en España y Soler en la Argentina, rechazan con verbo encendido esa concepción de Mayer, que denominan extra-jurídica, por creer que es intolerable la intromisión de las normas de cultura en el ordenamiento del Derecho. Los adjetivos de “perniciosa” y “vacilante” le son aplicados con particular injusticia.

Los defensores de la doctrina mayeriana empezamos por oponernos a que se denomine extrajurídica esa tesis. La dice Mayer que no *suplanta* sino que *fundamenta* el orden jurídico. Y con respecto a la censurada inseguridad de la norma de cultura y a la fijeza y precisión de la restricta concepción del orden jurídico, diremos que no hay problema cuando la ley ha previsto el caso de legitimidad (en la defensa propia), pues entonces el orden jurídico positivo resuelve el asunto; pero ¿qué hacer cuando no se encuentre solucionado ni en el Derecho escrito (penal, civil, etc.) ni en el consuetudinario, y el caso de la vida real asume fondo de incuestionable justicia? Sólo las normas de cultura pueden darnos una solución correcta.

En suma: al edificar afirmativamente (en sí y por sí) la anti-juricidad, es preciso hallar esa esencia positiva en orden a los derechos subjetivos (Feuerbach), a los intereses (Ihering), a los bienes jurídicos (Liszt), a las normas jurídicas primarias (Binding) o a las de cultura (Mayer y Sauer).

### 182 - ANTIJURICIDAD MATERIAL Y FORMAL

Franz von Liszt, con el deseo —terco siempre en su ánimo— de conciliar todas las tendencias, ha expuesto una doctrina dualista de la antijuricidad. En un aspecto ésta sería lo contrario a la convivencia social, cuyo concepto ya adelantamos (tesis extralegal, o, mejor, supralegal), y en otro sería lo contrario al precepto positivo (tesis de estricto carácter jurídico). Veamos la exposición de estos conceptos de antijuricidad material y formal.

El delito, en cuanto constituye un acto injusto, es como la infracción civil, un acto culpable contrario al Derecho. El delito es, pues, contrario al Derecho. Esta reprobación jurídica que recae sobre el acto es doble: Primero, el acto es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico. Segundo, el acto es materialmente antijurídico en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad.

El acto contrario al Derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas; por tanto, una lesión o riesgo de un bien jurídico. La protección de los intereses vitales es el primer deber de las normas jurídicas. Pero, por muy cuidadosa que sea la delimitación de los intereses vitales —que son elevados a bienes jurídicos por la protección que el Derecho les otorga—, no pueden ser totalmente impedidos los conflictos de los intereses y las colisiones de los bienes jurídicos. El fin de la convivencia humana —garantizar la consecución de la cual es el último y principal deber del orden jurídico— exige que en un conflicto semejante sea sacrificado el interés de menor importancia, cuando sólo puede conservarse a este precio el interés superior. De aquí resulta que la lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será materialmente contrario al Derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regula la vida común; esta lesión o riesgo será materialmente legítima, a pesar de ir dirigida contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico, y, por consiguiente, a la misma convivencia humana. Ese contenido material (antisocial) de la infracción es independiente de su exacta apreciación por el legislador. La norma jurídica se encuentra ante él, ella no lo crea. La antijuricidad formal y material pueden coincidir, pero también discrepar. No es presumible una contradicción semejante entre el contenido material del acto y su apreciación jurídica positiva; pero no es imposible. Caso de que exista, el juez está ligado por la ley; la rectificación del Derecho está más allá de los límites de su misión.

El más leve ensayo de crítica arruina esta concepción dualista de la antijuricidad. Obsérvese, en primer término, que esta teoría, tan aparentemente nueva, es de abolengo viejísimo y se fundamenta en el dualismo entre Derecho natural y Derecho positivo. Todo el que aun crea en ese trasnochado sistema, no sólo podrá aceptar, sino hasta considerar imprescindible la doble valoración de lo antijurídico: según las normas del Derecho natural y según las normas del Derecho positivo.

Los que seguimos la concepción de Mayer y vemos el orden jurídico como un conjunto basado en las normas de cultura, tenemos que rechazar ese absurdo dualismo en lo valorativo.

Bien mirado, todo se reduce a que von Liszt confunde la antijuricidad formal con la tipicidad. En suma: la antijuricidad formal es la tipicidad y la antijuricidad material es la antijuricidad propia.

El error está en que con la terminología de Liszt se hace *valorativo* (normativo) a lo "formal", que es *descriptivo* (típico).

### 183 - LA SUPUESTA CRISIS DE LA ANTIJURICIDAD

El jurista Wolter publicó en 1927 un interesante artículo sobre la crisis de la antijuricidad. El autor empieza por reconocer que parece como si el orgulloso edificio de la doctrina de la antijuricidad, tal como había sido erigido por la ciencia penal alemana después de un penoso trabajo de varios años, hubiera llegado últimamente a tambalearse; como si una jurisprudencia conceptual que se hubiera elevado a cimas abstractas, perdiera el contacto con la vida y pretendiera dominar y explicar los fenómenos de la realidad y del mundo perceptible con conceptos vacíos de contenido, puramente formales y extremados en exceso.

Y que, de la misma manera como al principio se remontara el vuelo constructivo hasta las alturas del vértigo de la teoría del conocimiento, parece que se marca ahora el retroceso. ¿Vuelta a la naturaleza? Ciertamente es ésta la impresión que se obtiene cuando se hojean algunos escritos de polémica contra la doctrina actual de la antijuricidad. Se la ataca afirmando que las causas de justificación son la consecuencia de una exaltación de conceptos abstractos, la consecuencia de la falsa contraposición de excepción y regla. Se propugna por los contradictores *determinar directamente* la esfera de eficacia de la norma sin recurrir al *método de sustracción*. Este punto de vista lo sostienen principalmente Hofacker y Endeman. También en el *Leipziger Kommentar* aparece ya una cierta repulsa contra el concepto de *excepción-regla*. Una postura intermedia toman Wegner y Nathau, que quieren ver distinguidos el problema del conocimiento y la aplicación técnico-jurídica, y, por tanto, sólo aprecian la antijuricidad de un modo subsidiario, como auxiliar para reconocer el concepto *excepción-regla*. Mas el camino que Hofacker propone adolece del vicio del empirismo que no resuelve nada.

La doctrina de la antijuricidad definida de un modo material apelando a las normas de cultura —superando para siempre el concepto tautológico a que parece que unos pocos quieren volver— requerirá nuevos descubrimientos, pero siempre en esa ruta, pues la crisis de la antijuricidad, caso de existir, no es peligrosa, ni siquiera lo que acaba de sufrir con el autoritarismo penal del Tercer Reich, a que aludiremos en seguida.

## 184 - LA ANTIJURICIDAD OBJETIVA

Lo antijurídico es objetivo: liga el acto con el Estado. Por eso, como veremos, no es lo antijurídico lo que capta el dolo, sino el *deber de no violar las normas* (vid *infra*, caps. XXXII y XXXIV). En el aspecto objetivo la muerte antijurídica de un hombre es independiente del dolo, pues se trata de un juicio de valoración objetiva. Véase cómo se va avanzando: Lo primero es el *concepto natural*, con independencia de valor (acto). Luego, es la *comparación cognoscitiva* con lo descripto, sin valorar (tipicidad). Ahora, la *valoración objetiva* con la norma (antijuricidad). Por último, el *juicio de reproche* (culpabilidad).

Una gran corriente de opinión —sin discrepancia hasta 1901— estima objetiva la antijuricidad. Lo objetivo tiene tal fuerza que Mayer dijo que es accesorio el hecho de que se *pueda* combatir el concepto de antijuricidad objetiva; lo esencial es que *no debe* combatírsele, para no confundir la culpabilidad con su presupuesto; es decir, con la antijuricidad, de donde surgiría una confusión imposible de aclarar. Lo mismo creía Mezger antes de plegarse al nacionalsocialismo.

No han faltado antes ensayos en los que la antijuricidad y la culpabilidad se relacionen en demasía —como en la tesis de Dohna—; pero es ahora cuando el problema se agudiza. El nacionalsocialismo estima necesario no rendir culto dogmático a la tipicidad ni a la antijuricidad objetiva, que en las páginas de Dahm quedan arrumbadas (vid. *supra*, cap. XXIII-165), y los modernos partidarios de la “unidad” del delito las ponen en duda, aunque se dan cuenta de los riesgos que supone amalgamar lo injusto y lo culpable (vid. *supra*, cap. XX, núm. 142).

Nosotros defendemos el concepto objetivo de la antijuricidad como pieza indispensable en el Derecho penal liberal.

## 185 - LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

a) *Problemas de técnica y terminología*

Cuando falta la antijuricidad podemos decir que no hay delito, que el hecho se justifica, es decir, que hay una causa de justificación.

Estas causas son conocidísimas desde antiguo; pero la mayor parte de los Códigos no las distinguen de los otros motivos de exclusión de pena; y las formulan en conjunto bajo el título de "eximentes". Así ocurre en el artículo 8º del Código penal español, donde aparecen reunidos, y aun entremezclados, no sólo los motivos de inimputabilidad y de justificación, sino ausencias de acto y causas de inculpabilidad. Empecemos por el deslinde terminológico de las más conocidas formas de exclusión de pena.

Mas hagamos constar antes que ello no supone reproche al método legislativo de exponer juntas todas las eximentes. La ley no debe penetrar en los debates de la ciencia, y por ello ha de abstenerse de establecer categorías. Sirva de paradigma invertido, en España, el Código de la Dictadura de 1928, que clasificó las eximentes en "causas de inimputabilidad" y "causas de justificación" (en las secciones primera y segunda del capítulo II, título II, del primer libro, artículos 55 a 61), en una época en que el repertorio de aspectos negativos de los caracteres del delito se hallaba superado por enriquecimiento. El Código faccioso sólo contenía dos términos en su clasificación, cuando ya los autores hablaban de falta de acto, y, sobre todo, con el mismo carácter general de los motivos de inimputabilidad, de causas de inculpabilidad, de que más tarde trataremos nosotros.

Los escritores germánicos han estudiado, con diversa terminología, las formas de inimputabilidad, como habrá ocasión de decir al exponer el aspecto negativo de ese carácter del delito. Sólo importa hacer constar ahora que existe unanimidad en Alemania y Austria en cuanto a separar aquellas causas de las de *justificación*, aunque no hay la misma coincidencia en el epígrafe técnico de éstas ni en orden al lugar que las corresponde en la sistemática jurídico-penal.

El neoclásico Adolfo Merkel expone las causas de justificación al terminar la parte consagrada al delito ("acciones punibles"), en un capítulo titulado "Consideraciones especiales que pueden ser decisivas para la cuestión de la antijuricidad y culpabilidad" (*Besondere Verhältnisse, welche für die Frage der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit einer Handlung entscheiden sein können*). Carlos Stoss las estudia al fijar los "límites del delito" con el título de "Excepciones de los tipos legales" (*Die Ausnahmen von gesetzlichen Tatbeständen*). Wachenfeld no las designa con una fórmula comprensiva, pero da clara idea de su pensar al tratarlas en el capítulo que denomina "El delito como acto ilícito" (*Das Verbrechen als unerlaubte Handlung*), precisamente como casos que excluyen la antijuridi-

cidad. Sin embargo, la mayoría de los escritores emplean el término "causas de justificación" (*Rechtfertigungsgründe*). Se distinguen entre los que emplean esta técnica: von Liszt, Lammasch, M. E. Mayer, von Calker y Köhler, Mezger prefiere decir: "Exclusión de lo injusto."

Los penalistas italianos modernos siguen, en cuanto al problema que nos ocupa, criterio muy semejante en el fondo, aunque varíe la terminología empleada. Alimena distingue muy bien la *inimputabilidad* (enfermedades mentales, edad, embriaguez, etc.) y la *justificación* (legítima defensa, estado de necesidad, etc.). Francesco de Luca divide las eximentes, que él prefiere llamar *discriminanti* o *dirimenti*, en dos grupos: unas que tienen su causa exclusiva o principal en la psiquis del sujeto, como la enfermedad mental, edad, etc., que son las que designamos con el título de causas de inimputabilidad; y otras que *tienen su razón en hechos externos*, como la legítima defensa, el estado de necesidad, etc., que corresponden a las denominadas causas de justificación. Manzini distingue certeramente las *circostanze generali di esclusione... della imputabilità*, o sea las *dirimenti*, de las *circostanze generali di esclusione della responsabilità penale o giustificanti*; pero al dotar de contenido estos títulos no sigue el criterio de los otros autores. En las primeras comprende el caso fortuito y la fuerza mayor, la ignorancia, el error y la embriaguez; en cambio, no trata aquí las enfermedades mentales, ni la edad, que ha estudiado en lugar anterior, considerando a los locos, menores, etc., como incapaces del Derecho penal. Entre las segundas enumera los hechos justificados por la ley o la autoridad, la legítima defensa y el estado de necesidad.

Eugenio Florián sustenta una posición distinta a la de los penalistas italianos citados. Forma con las eximentes un capítulo, bajo este título: "Exclusión y modificación del elemento subjetivo." Las que le excluyen son repartidas en los siguientes grupos:

1º Por defecto de los requisitos generales de la imputabilidad (edad, sordomudez, enfermedad mental, embriaguez).

2º "Causas que suprimen el nexo psico-físico de la imputabilidad", como el error, la violencia, el sueño y la sugestión hipnótica. "Aquí —dice Florián— la imputabilidad desaparece, porque desaparece la voluntariedad del hecho."

3º "Motivos de justificación" "que, aun dejando subsistir la imputabilidad, suprimen la responsabilidad", como la disposición de la ley y el orden de la autoridad, la legítima defensa y el estado de necesidad.

En Francia, el antiguo y olvidado escritor Aquiles Francisco Le Sellyer expone, sin método y sin diferenciaciones, las varias

causas eximentes (tanto las justificantes como las de inimputabilidad), bajo el epígrafe de la sección segunda del capítulo primero: "De los casos en que, aun cuando el hecho material exista y sea declarado existente, no hay ni crimen, ni delito, ni contravención, y, por consecuencia, ni imputabilidad, ni penalidad, ni siquiera, a veces, responsabilidad civil." Jorge Vidal, con muy recto pensar, divide en dos grandes grupos las "causas que pueden suprimir la imputabilidad y la culpabilidad", que corresponden a las de justificación y de inimputabilidad y que Vidal llama *causas subjetivas* y *causas objetivas*. También René Garraud distingue las *causes de non-culpabilité* —entre las que incluye el estado de necesidad—, y que son las que llamamos de inimputabilidad, y las causas de justificación.

En Holanda, el gran criminalista Gerardo A. van Hamel diferencia las eximentes en dos categorías, empleando una técnica que asemeja a la empleada por algunos alemanes: causas de justificación (*rechtvaardigingsgronden*) y causas de exclusión de la imputabilidad (*gronden van wisluiting der toerekeingsvatbaarheid*).

En España se conoció tarde la técnica y terminología en esta materia. Pacheco comprendió con el nombre de causas de justificación las que tienen este carácter, y las de imputabilidad. Después, comentando el Código de 1848, distinguió ya dos grupos de las que él llama "circunstancias que eximen de responsabilidad criminal": *unas que producen el efecto de que no se imponga pena, por carecer el autor de voluntad, y otras que llevan al mismo resultado, porque el hecho que en otras condiciones tendría que considerarse como criminal, deja de serlo mediante su concurrencia*. Silvela trata el problema con acierto, y distingue las causas de justificación, las de inimputabilidad o no imputabilidad y las "otras causas o motivos mediante los cuales no se impone pena, que pueden llamarse excusas absolutorias". Valdés, que sigue en muchos problemas penales a Silvela, distingue también las causas de justificación y las de inimputabilidad, y lo mismo hace el Padre Jerónimo Montes. El maestro Dorado Montero las menciona, pero, al parecer, sin llegar a hacer suya esa clasificación, pues dice: "las que algunos llaman causas de justificación", las denominadas "excusas absolutorias", las calificadas como "causas de inimputabilidad". Las palabras que preceden a las denominaciones, y el ir éstas subrayadas o entrecomilladas, son indicios que permiten suponer que Dorado Montero, al aludir incidentalmente a ellas, si bien no combate la técnica seguida, no quiere hacerse responsable de ella.

### *b) Concepto de las causas de justificación*

A pesar de que las causas de justificación son conocidísimas desde antiguo en alguna de sus especies (valga la legítima defensa como ejemplo), sólo en estos últimos años adquieren exacta significación técnica, que aun no han logrado captar —como hemos podido ver— los escritores de Francia y de Italia.

Yo las definiría así: Son causas de justificación las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en los que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarios al Derecho, que es el elemento más importante del crimen.

En suma: las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme al Derecho. Su concepto depende, pues, de la antijuricidad, estudiada antes. Ya veremos luego cómo el moderno concepto de la antijuricidad ha variado el alcance de las justificaciones, que hoy no se agota, como antes, en fórmulas tasadas y casuísticas, sino que pueden existir aun cuando los Códigos no las marquen.

### *c) Fundamentación*

Ahora ya no se busca para cada una de las especies justificantes una base propia, como Carrara lo hacía con la legítima defensa, sino que se edifica un sistema como los que nos han ofrecido Mayer y Mezger.

Para el primero, las denominadas causas de justificación se basan, o en la lucha contra lo injusto o en el valor del interés protegido, añadiendo, además, los privilegios conforme al cuadro siguiente:

#### A) La lucha contra lo injusto:

- I. El deber jurídico.
- II. La legítima defensa.
- III. La ayuda propia.

#### B) El reconocimiento del interés protegido:

- I. Norma general. (Lo que no se opone a la norma de cultura.)



II. La esfera de libertad que se deja por el Estado.

- 1) El consentimiento de la víctima.
- 2) La actividad curativa del médico.

III. La corrección.

C) Privilegios.

Según Edmundo Mezger, las causas de justificación se basan, o en la falta de antijuricidad, según el principio de la ausencia del interés, o por preponderancia de aquél, conforme a este esquema:

A) Ausencia de antijuricidad según el principio de la ausencia del interés:

- I. Consentimiento del ofendido.
- II. Consentimiento presunto.

B) Ausencia de antijuricidad según el principio del interés preponderante:

- I. La acción especialmente debida.
- II. La acción realizada en virtud de especiales derechos, en particular el *Notrecht* (derecho de necesidad).
- III. El principio de la valuación de los bienes jurídicos.

Ya hemos dicho que los positivistas italianos engendraron tan enorme confusión en la materia, por desconocer la antijuricidad objetiva, que su sistema es, en este punto, inaceptable. Florián no descarta el elemento subjetivo de los motivos en las causas de justificación, y Enrique Ferri construye una mixtura en la que conviven las causas positivas de colisión jurídica con las que llama causas negativas de justificación.

#### *d) Las causas de justificación en especie*

Como se ha visto, el primero y más elemental de los sistemas para reconocer la ausencia de antijuricidad es acudir al repertorio de las causas de justificación expresamente consignadas en la ley. En la mayor parte de los Códigos hallamos éstas:

a') Actos legítimos ejecutados en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio.

- b') Legítima defensa.
- c') Estado de necesidad.
  - a'') Por colisión de bienes jurídicos.
  - b'') Por colisión de deberes.

Especialmente hemos de tratar de la legítima defensa y del estado necesario, así como de la justificación supra-legal. Aquí me limitaré a una breve nota sobre los *actos legítimos por ejercicio de ley, de derecho o de deber*.

La primera de estas causas, la más normal de todas, es la que está constituida por actos legítimos, ejecutados conforme a la norma expresa y en cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, profesión, cargo u oficio. Así, cuando un abogado, alegando en estrados, pone de manifiesto los vicios o defectos de la parte contraria, porque le es imprescindible hacerlo para defender a su cliente, no comete acto alguno delictivo ni puede ser acusado de injuria, ya que esas expresiones las ha vertido en el ejercicio legítimo de su derecho de defensor y de su profesión de abogado.

Vamos a hacer unas breves consideraciones sobre el consentimiento. Parecía ser *communis opinio* que, puesto que nuestra disciplina es de índole pública, ninguna voluntad privada puede destruir la índole delictiva de una acción u omisión. Era inútil que se invocara el viejo apotegma *volenti non fit iniuria*, de que habló Feuerbach; pero ahora, el Profesor Edmundo Mezger incluye, según hemos visto, en el primer grupo de causas de justificación, con arreglo al principio de ausencia de interés, el consentimiento. A nuestro juicio, yerra Mezger al anunciar en general lo que sólo particular y excepcionalmente puede ser resuelto, como él mismo confiesa.

Para decidir el problema es poco menos que imprescindible retornar a la ya trasnochada división de derechos alienables o inalienables. El propio Mezger distingue en el bien jurídico el poseedor del objeto de la acción (cuerpo en el homicidio), del poseedor del objeto de protección (sociedad en el homicidio), creyendo que en tales casos el consentimiento no actúa.

Por su parte, Sebastián Soler, que acepta el consentimiento como causa de justificación, nos habla de la naturaleza del bien tutelado y dice que para saber si el consentimiento actúa o no, hay que atender, sobre todo, a los motivos de la tutela, siguiendo con ello a Felipe Grisogni. Sólo en lo que constituye un derecho subjetivo es aceptable el consentimiento, pero no en los bienes jurídicos protegidos bajo la forma de interés jurídico.

Si las causas de justificación tienen como importantísimo carácter ser generales a todas las especies de delitos, y actúan en la inmensa mayoría de ellos suprimiendo lo injusto, el consentimiento no puede figurar entre ellas, ya que hasta los partidarios de darle tan descollante papel confiesan que sólo en casos concretos y muy contados puede invocarse.

Por lo demás, el consentimiento lo que hace es destruir el tipo. Si entramos en una casa con permiso del dueño, sería ridículo decir que hay una violación de domicilio consentida, puesto que lo que existe, en realidad, es una visita. Del mismo modo, si permitimos que otro tome nuestro reloj, no hay un hurto consentido, sino otra figura que en el Derecho civil se denomina donación.

## CAPÍTULO XXVI

### LA LEGÍTIMA DEFENSA

#### 186 - ADVERTENCIA

Parecerá que no puede ofrecer a esta altura de la ciencia jurídica ningún aspecto dudoso la justificación de legítima defensa, que desde los tiempos más antiguos fué un hecho inincriminable, hasta el punto de que pudo decir el escritor Geib que "la legítima defensa no tiene historia", y, sin embargo, cada vez surgen más problemas en torno a este instituto jurídico-penal. Hay, sí, aspectos en él de tan clara naturaleza que se deslizan sin dificultades a través de todos los tiempos, y nadie duda ya que la defensa de todo derecho, sometida a las condiciones de agresión ilegítima, actual o inminente y de necesidad y proporción en la defensa, sea una causa justificante, aunque en los días en que nació la filosofía jurídica hubo debate largo e interesante sobre si era un caso de impunidad o un acto conforme a derecho.

Por estas razones no vamos a tratar del tema con la extensión que él requeriría si fuéramos a exponerlo completo. Preferimos dar con brevedad el esquema de lo ya conocido y definitivamente asentado, y destinar nuestro tiempo y lugar a las cuestiones más nuevas o debatidas.<sup>1</sup>

#### 187 - CONCEPTO E HISTORIA

Definió Köhler con acierto la legítima defensa, mas nosotros hemos de dar en una fórmula, deliberadamente breve, un concepto más detallado, incluyendo condiciones que después serán explicadas

<sup>1</sup> Aconsejamos que lo dicho aquí se complete con lo escrito en nuestras *Adiciones al Programa de Carrara*, Madrid, Reus, 1922, y sobre todo en nuestro *Tratado de Derecho penal*, tomo IV, Buenos Aires, Losada, 1953, págs. 19-268.

y que, en parte, fundamentan de otro modo la legitimidad de la reacción.

La legítima defensa *es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedir la o repelerla.*

Su historia ha sido hecha con detalle, y se han analizado sus antecedentes en Romá, entre los bárbaros y en el Derecho canónico, donde estuvo demasiado restringida por la interpretación cerrada de la exigencia de *moderamen inculpatae tutelae*.

Lo que nos importa ahora no es seguir paso a paso la evolución de la legítimas defensa a través de los tiempos, sino juzgarla sistemáticamente en las legislaciones. Al respecto, nuestro instituto ha pasado de la Parte especial, es decir, de su enclavadura junto con los delitos *in species*, a las disposiciones generales que suelen constituir el Libro primero de los Códigos. Todavía los de más viejo tipo, como el francés y el belga, la tratan como institución adicional del homicidio, y así figura en aquellos Códigos de América que, como el de Haití o el de la República Dominicana, se sirvieron como modelo del Código de Francia. También el boliviano legisla esta causa justificativa al definir los homicidios. Esta fórmula tan vieja no fué seguida por el Código prusiano de 1850, que habría de convertirse veinte años más tarde en Código del Imperio, a pesar de que, en su origen, es anterior al de Bélgica.

Reminiscencias de esa arcaica sistemática quedan en el Código de Panamá y en el de Venezuela, en los que, a pesar de haberse inscripto la legítima defensa en la Parte general, se define la de la propiedad, como disposición general de los capítulos en que se describen y penan el homicidio y las lesiones.

## 188 - FUNDAMENTOS

Cuando hace más de un cuarto de siglo tratamos de este tema, dividimos en varios grupos, fundamentalmente en tres, la doctrina expuesta para basar esta causa de justificación. Hoy pensamos que deben reducirse, sustancialmente, a dos: *exención subjetiva* (ora constituya una causa de inimputabilidad o una causa de inculpabilidad) y *exención objetiva* (causa de justificación). La denominada colisión de intereses, que von Buri defendió, no era unitaria, como creíase en aquella época, sino que estaba formada por muy

heterogéneas doctrinas. Si la colisión de intereses se resuelve con el criterio de que no se puede exigir el heroísmo, el fundamento de la excepción sería entonces subjetivo y, concretamente, inculpable; pero si el conflicto de intereses se zanja de acuerdo con el preponderante, entonces nos hallaríamos ante una auténtica excepción objetiva o causa de justificación.

Harto sabido es que Kant estimaba los actos de legítima defensa injustos, pero impunes, y que Pufendorf absolvía a los que obraban defendiéndose, *propter perturbationem animi*.

Hoy nadie cree en fundamentos subjetivos para institución tan importante. La legítima defensa es *una causa de justificación*, mas para fundamentarla no es preciso buscar especiales bases, como Carrara hizo. La legítima defensa no se funda en la defensa general que el sujeto asume por no poderle tutelar el Estado, sino en motivaciones que se invocan para todas las causas de justificación o para un grupo de ellas. La legítima defensa tiene, pues, su base en la preponderancia de intereses, puesto que es preferible el bien jurídico del agredido que el interés bastardo del agresor.

Más concretamente podríamos decir que la legítima defensa es un derecho de necesidad. Así lo afirmó Berner con su gran sabiduría filosófica. Y así también lo ha expuesto el profesor Mendoza. Es un aspecto del derecho de necesidad, una necesidad privilegiada. Dejemos esto bien sentado, porque de aquí han de deducirse importantes consecuencias en cuanto a una de las condiciones *sine qua non* de la defensa legítima, aunque, en verdad, la necesidad no es su fundamento.

Los positivistas enturbiaron terriblemente el problema. Con su deseo de subjetivismo quisieron integrar con el móvil la naturaleza de esta causa eximente de responsabilidad. Cierto que el "ánimo", como luego veremos, tiene una función descollante para definir sobre todo la índole de la defensa, pero no en el sentido que dieron al móvil Enrique Ferri y el propio Florián. Las concepciones subjetivas, sobre las que edificaron su teoría de la defensa legítima Fioretti y Zerboglio, son absolutamente inaceptables.

La legítima defensa, como todas las causas de justificación y como la propia antijuricidad, de la que aquéllas no son más que aspectos negativos, necesita ser rigurosamente objetiva. También esto debe retenerse porque nos servirá para destruir el artificio de la "defensa subjetiva" y para situar en su debido rango la "defensa putativa".

## 189 - EXTENSIÓN DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

La extensión de la legítima defensa puede referirse, o a los bienes defendibles o a las personas que se defiendan.

*a) Bienes defendibles*

El Código penal español y la mayor parte de los de Hispanoamérica, dicen que no es punible: "El que obre en defensa de su persona o derechos..."

El texto de la ley, y hasta su telos, averiguado por el elemento histórico y sistemático de la interpretación, nos convence de que al hablar de "persona o derechos" se hace posible la defensa de toda clase de derechos, vida, integridad corporal, libertad, pudor, honor, patrimonio... El *quid* está en la necesidad de la defensa, de que luego vamos a tratar. No ofrece duda alguna que nuestra vida, nuestra integridad corporal, nuestra libertad y el pudor pueden ser objeto de legítima defensa, aun con los más extremados medios, puesto que se trata de derechos cuya pérdida sería irreparable. Ya Carrara trata del asunto, dándole una solución estrecha, y por ello, insuficiente. Mas el debate se abre cuando se trata del honor y del patrimonio. Repitamos que todos los derechos son defendibles, y por tanto, el honor, al que Carrara llama "reputación", es defendible lo mismo que cualquier otro derecho. Cuando la lesión a nuestra honradez es irreparable, el medio defensivo puede adoptar la forma más drástica. Madame Cailleaux dió muerte a Calmet porque de haberse continuado publicando la correspondencia de su marido, éste hubiera sido inexorablemente deshonorado. Y, al respecto, observemos que en el trabajo monográfico del Profesor Mendoza, sobre la defensa del honor, en que se hacen tan atinadísimas consideraciones y se adoptan normas correctísimas, hallamos un motivo de discrepancia. Madame Cailleaux no defendía el secreto de la correspondencia, sino el honor de su marido. En efecto; conforme a la exigencia de necesidad, que después he de exponer, la muerte de Calmet no era necesaria para defender el secreto de las cartas, y por ende, jamás hubiera podido ampararse la homicida en este instituto. En cambio, si creemos que era necesario llegar hasta los más cruentos medios para defender el honor en el caso que nos ocupa.

Es preciso que examinemos si la muerte dada por un cónyuge a otro *in rebus veneris*, puede o no constituir legítima defensa. A nuestro juicio, el asunto es clarísimo y no necesitaría debatirse, pero lo hemos visto enturbiado en Colombia, donde, contra el criterio de especialidad, se aplica la norma general de legítima defensa del honor, taxativamente enunciado allí, en vez del específico artículo en que se atenúa grandemente, y hasta se faculta al juez para perdonar, en casos no peligrosos, a los que matan a los adúlteros.

En primer término, no es posible aceptar que constituya un ataque al honor del marido la conducta de la mujer y del que yace con ella. El honor está en nosotros y no en los actos ajenos. Será ella quien se deshonne, pero a nosotros no nos deshonrará. Por otra parte, ¿cómo podríamos decir que hay agresión ilegítima de los adúlteros que procuran que nadie se entere, en vez de arrojar públicamente la afrenta sobre el marido? Incluso en aquellos Códigos penales, como los viejos del Uruguay y de Chile, en que aparece la acción homicida del cónyuge contra la adúltera como una causa eximente, no podría valuarse como motivo de justificación. Está entre las exenciones, pero también figura en tal cuadro la locura y la menor edad, que no son causas de justificación, sino de inimputabilidad. Se exime al cónyuge homicida en tales casos, por justo dolor, por trastorno mental transitorio, pero jamás por legítima defensa de la honra.

En muchos Códigos hispanoamericanos (chileno, nicaragüense, salvadoreño, hondureño, paraguayo, argentino, uruguayo, mexicano, colombiano y guatemalteco, en la Parte general, así como el panameño y venezolano, en la Parte especial) se trata separadamente de una forma especial de legítima defensa: la del hogar o patrimonio, estableciendo una especie de presunción de defensa legítima en caso de ataque a los bienes o de asalto a nuestras casas, en ciertas circunstancias que la ley enumera, tales como que haya escalamiento, fractura o ataque, o que sea de noche.

Se impone la total supresión de estos incisos. No hay hoy motivos para mantenerlos. Era muy lógico que en las Partidas del siglo XIII se estableciera esta ficción de legítima defensa. Las ciudades y campos eran inseguros y la autoridad no podía acudir rápidamente en auxilio del atacado. Hoy, los Códigos que mantienen tal disposición dan la apariencia de que en sus países todavía se vive como en la Edad Media. Por eso, el Profesor Peco, en su Proyecto de Código penal para la República Argentina, suprime ese precepto y somete la defensa de todos los derechos a las mismas condiciones.



La naturaleza de tales preceptos o, mejor dicho, la naturaleza de esta ficción de legítima defensa, será después esclarecida.

Los *offendicula*, es decir, los artificios que pueden colocar los dueños en los muros o cercas de sus propiedades (impedimentos *sensu stricto*), o los aparatos de defensa ofensiva situados en las puertas de acceso a sus casas y hasta en las cajas de caudales donde se guardan joyas o dinero (defensas mecánicas predispuestas), han sido objeto de debate en cuanto a su legitimidad. Ya dijimos hace muchos años que esas medidas precautorias contra ataques futuros, son legítimas, siempre que la acción del aparato protector no comience hasta que llegue el ataque y que la gravedad de las consecuencias no traspase los límites de la necesidad y de la proporción. Parecido criterio sustentaban ya Franz von Liszt, Garraud, Alimena, Manzini y ahora los Profesores Mendoza y Peco. Este último ha escrito un trabajo sobre "defensas mecánicas predispuestas" que en realidad deben distinguirse de los *offendicula* propiamente dichos. Suelen servir unas y otros para la defensa de la propiedad, y por eso, cuanto digamos luego sobre la necesidad de defenderla es aplicable aquí.

### b) La defensa de parientes y extraños

El Código penal de España, no sólo admite la legítima defensa propia, sino la de un pariente y la de un extraño. Así se mantiene en los Códigos hispanoamericanos, aunque a veces se haya simplificado la redacción y se hayan tratado juntamente, como defensa de un tercero, la de extraños y parientes. En modo alguno se justifica que el Código venezolano haya omitido la defensa de terceros, la más bella de todas, según dice Alimena.

## 190 - CONDICIONES DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

### a) Cómo ha de ser la agresión

La agresión debe ser tal, provenir de acto humano y, además, ilegítima, presente o de inminencia.

a') *La agresión objetiva y la voluntad de ataque.* — Hemos insistido de manera harto reiterada en que el carácter de la legítima defensa es objetivo y objetiva ha de ser también la naturaleza de la agresión. Cuando ésta no existe objetivamente no hay legítima defen-

sa. Por eso, la mal llamada defensa subjetiva, que debe denominarse putativa; la excesiva, por culpa o por dolo, y en la que el sujeto se excede por terror, podrán ser defensas impunes, pero jamás pueden constituir legítima defensa. De este asunto, preñado de problemas, nos ocuparemos al final del capítulo.

b') *Agresión proveniente de actos humanos.* — Se ha discutido mucho entre los tratadistas si cabe defenderse contra locos y también si es posible hacerlo contra los animales. Nosotros pensamos que quedó ya sentada una regla que ilumina este problema tan debatido. No tienen razón Alimena y Manzini al negar que quepa legítima defensa contra dementes. Cabrá la defensa contra toda agresión y es susceptible de agresión el que es capaz de realizar actos. Recordemos lo dicho sobre la acción y su ausencia (vid. *supra*, cap. XXI-152). El loco tiene voluntad y motivación, aunque sean anormales; por eso, su acto es agresivo y nos constituye en defensores legítimos cuando le repelemos. En cambio, el sugestionado no es capaz de acción; por tanto, no cabe legítima defensa contra sus aparentes agresiones. Al salvaguardar nuestra vida del peligro que nos causa estamos en estado de necesidad. Con mayor motivo nos hallamos en él al repeler los ataques de un animal o al destruir el objeto que nos apresa. Pero si el perro ha sido azuzado por su dueño, o si éste nos ha encerrado en su casa, al matar al animal o al destruir la puerta, obramos en legítima defensa contra el propietario de la bestia y de la madera.

c') *Actualidad o inminencia.* — La agresión ha de ser actual. No cabe defensa contra ataques pasados, porque nuestra reacción sería vengativa y no precautoria. Sin embargo, la defensa no sólo puede ejercerse contra una agresión actual, sino que también es posible contra una agresión inminente. Las Partidas, a pesar de haber sido escritas en épocas tan duras, contenían ya estas sabias palabras: El acometido “non ha de esperar que el otro le fiera primeramente, porque podría acaecer que por el primer golpe que le diese podría morir el que fuese acometido e después no se podría amparar”. Tan juiciosas frases fueron invocadas por la jurisprudencia española.

El texto del Código español, como el de la mayor parte de los hispanoamericanos, permiten la defensa contra la agresión inminente. Las propias leyes hablan de “impedirla o repelerla”. Repelemos lo actual, pero impedimos lo inminente. He aquí por qué no cabe duda alguna de que, incluso conforme a la interpretación literal de la ley, es posible defenderse contra la agresión inminente.

d') *Ilegitimidad.* — La exigencia primera de la legítima defensa

es que se trate de agresión ilegítima por parte del que resulta ofendido por el hecho. Es frecuente que los comentaristas consideren la calificación de ilegítima puesta a la agresión por la ley, totalmente superflua. Nosotros no opinamos así. Hay ocasiones en que el acto reviste aspectos exteriores de agresión y sin embargo la conducta es legítima. Bastaría para justificar aquel calificativo que se piense en que no hay defensa contra la legítima defensa. El que repele una agresión, agrediendo a su vez, no podrá, en retorsión, provocar la defensa del primer agresor. Enrique Ferri, con la elocuente superficialidad que solía caracterizarle, ha hablado de "legítima defensa recíproca", mas ello es una *contraditio in terminis* y un imposible en la lógica jurídica. Lo que acontece es que pueden hallarse conjuntamente una legítima defensa real y una defensa putativa. Mas entonces, como veremos al tratar del tema (vid. *infra*, cap XXXV), quien se halla en legítima defensa verdadera es el que repele la defensa putativa del que se se creyó falsamente agredido.

### b) *Cómo ha de ser la defensa*

Esta debe ser tal y además necesaria y proporcionada.

a') *Ánimo de defensa*. — Con mayor exigencia que al hablar del ataque (en que basta que haya *voluntad* de agredir), debe exigirse aquí un *animus* de defensa. Cuando no haya voluntad de agresión nos encontramos con la "defensa putativa"; cuando no hay ánimo de defensa nos hallamos ante el "pretexto de legítima defensa". Fué Binding quien habló, con su vasta ilustración, de este importante asunto. En efecto; si buscamos *ex profeso* ser agredidos, para vengarnos de secretos resquemores contra otro a quien sabemos excitable; si le excitamos o le provocamos con burlas, en voz baja, haciendo que el individuo explosivo saque un arma, para así matarle con todas las apariencias de una causa de justificación, no ejecutamos una defensa legítima, sino que la hemos buscado como pretexto y no nos será aprovechable.

Nosotros creíamos que estos ejemplos apenas si podrían encontrarse en la vida cotidiana, mas hemos hallado un hecho real en Colombia que puede ser un buen caso de esta hipótesis que estamos estudiando.

La práctica colombiana, interpretando muy erradamente su legislación, admite, según hemos dicho, que cuando un marido mata a su mujer *in fraganti* delito de adulterio, lo hace en defensa de su

honor. En el Código de Colombia existe el conyugicidio *in rebus veneris* específicamente legislado, al que se asocia una pena mínima y que incluso puede perdonarse cuando el agente no es peligroso. El más elemental examen del denominado concurso aparente de leyes (vid. *supra*, cap. XV-198) hace que el precepto especial —y en este caso lo es el conyugicidio por adulterio— desplace a la norma general que, en el caso que estudiamos, sería la legítima defensa. Mas no nos interesa juzgar ahora del acierto o del error con que se interpreta el ordenamiento jurídico colombiano. Retengamos que allí se ampara, bajo la fórmula de legítima defensa, a los maridos que matan a la mujer adúltera. Pues bien: he aquí un caso de pretexto de legítima defensa, pasando por esa aplicación errada de la práctica colombiana: Un hombre tenía una concubina que le era infiel. Se casa con ella y después la sorprende, deliberadamente, con el amante anterior. Entonces la mata. En primera instancia fué absuelto por legítima defensa del honor; mas el tribunal superior condenóle por homicidio, como era harto justo.

b') *Necesidad de la defensa*. — He aquí el tema que nos parece más trascendental de cuanto pudiéramos decir de esta causa de justificación. La necesidad de la defensa es, a nuestro entender, un requisito *sine qua non*, aunque interpretado de modo enteramente opuesto a como la jurisprudencia alemana lo entendió. Allí se exige que la defensa sea necesaria, mas se concibe esta necesidad de un modo material que Franz von Liszt corrobora al decir que “el bien jurídico más insignificante puede ser protegido por medio de la muerte del agresor”, cuando la agresión no puede ser repelida de otro modo. Podría darse en la práctica alemana este caso brutal: si un niño entra en la habitación de un hombre con las piernas paralizadas, que yace en la cama sin poder moverse y ve cómo la criatura se dirige a tomar un objeto de la propiedad del enfermo, éste, puesto que no puede arrojarlo del lecho, puede defender su propiedad disparando el revólver al alcance de la mano, sobre el pequeño ladrón.

No es éste el sentido en que nosotros vamos a tratar de este problema, lleno de fructíferas consecuencias. La legítima defensa, según ya hemos dicho, no es otra cosa que consecuencia del derecho de necesidad. Lo dijo antes que nadie Berner:

Si la legítima defensa no es más que un aspecto del derecho de necesidad, una necesidad privilegiada, es obvio que debe quedar sometida a las condiciones generales del derecho de necesidad. En alemán, prescindiendo de las crueles interpretaciones comentadas, parece claro hasta en la terminología. Se dice “defensa necesaria”

en vez de legítima defensa (*Notwehr*), y hace parangón este título con el de "estado de necesidad" (*Notstand*).

En suma: la necesidad debe ser requisito de la defensa, mas no una condición de la que podamos prescindir y sin la cual habría defensa excesiva, sino auténtica *conditio sine qua non*. Así como no hay defensa legítima sin agresión ilegítima, no habría legítima defensa sin *necesidad*. Aparecen así la agresión y la necesidad como polos en torno a los cuales gira el eje de este instituto. La necesidad ha de juzgarse en orden al bien jurídico y al tipo de delito que se realizaría sin la intrínseca justificación del acto. Es así como solucionamos nosotros una de las cuestiones que parecen más graves en la legítima defensa. En efecto; si proclamamos que todos los derechos son defendibles, según antes dijimos, resultaría que el propietario del manzano que dispara un tiro mortal sobre el niño, encaramado entre las ramas, que le hurta las frutas, realizaría una defensa de la propiedad, aunque ésta fuera excesiva. Nada más bárbaro que creer que se ejecuta un acto de defensa en tales circunstancias y modos. Ahora bien; si, para huir de tan estúpida crueldad, negamos que el propietario del manzano tenga derecho a defender los frutos, negaríamos que hay derecho a defender el patrimonio.

Este conflicto, en el que se vieron las jurisprudencias de casi todos los países y que ha llevado a muchas legislaciones a establecer una norma específica sobre la materia, se ha allanado con nuestra doctrina. El propietario del manzano no necesita defenderlo matando a la criatura. Si la defensa legítima es un estado de necesidad, ha de quedar limitada por esa regla antes dicha: no podemos sacrificar un bien superior para defender otro insignificante; es decir, lo contrario de lo dicho por la jurisprudencia alemana. La falta de necesidad no se refiere a la proporción sino a la existencia propia de la legítima defensa, y si falta, la invalida.

Los Códigos hispanoamericanos hablan de la necesidad en el requisito referente a la "necesidad del medio", y debe interpretarse, no en orden a la proporción, sino a la imprescindibilidad del medio en referencia a la cuantía del bien jurídico que se tutela.

He aquí resuelto el conflicto para las defensas de la propiedad, de ciertos ataques al honor, a la decencia de la mujer, etc., etc.

c') *Causa y proporción*. — La mayor parte de los Códigos de Iberoamérica establecen como tercera circunstancia de la legítima defensa, la falta de provocación suficiente de parte del que se defiende. Cuando esa provocación suficiente se da, aparece lo que los antiguos escritores llamaron *exceso en la causa*. Se ha de ser por

demás prudente al interpretar la suficiencia de la provocación. Almena dijo, con el buen sentido que le caracterizaba, que la provocación no debe invalidar en todos los casos la defensa de la persona que después resulta agredida. Si en un episodio del juego hacemos una sucia jugada de ajedrez o de naipes y recibimos un insulto del perjudicado y en nuestro apasionamiento sacamos un revólver para contestar al que primero injurió, él no debe cruzarse de brazos por haber provocado insuficientemente la agresión nuestra, sino que debe tener el derecho de defenderse, sin perjuicio de que la ley le castigue, tras de absolverle del homicidio, por la injuria primeramente preferida. El *quid* está en saber cuándo la provocación ha de ser suficiente. Buscando la norma directriz, dijimos en 1922 que la provocación era suficiente cuando ella misma constituía una agresión. Fácil salida, ya que en este caso quien estaba en legítima defensa era el primer agredido, y puesto que no hay legítima defensa contra la legítima defensa, el problema quedaba solucionado simplemente. Mas la cuestión no es tal como la vimos en aquella época. Puede haber provocación suficiente sin llegar a constituir agresión. Este problema sólo se resuelve mediante un proceso empírico-cultural.

El *exceso en los medios* empleados es el más típico de los ejemplos de la llamada defensa excesiva. Mas en este caso, como en el anterior, la legítima defensa queda invalidada, aunque pueda hablarse de una forma impune o excesiva con penalidad más o menos leve.

### c) *Cómo ha de ser la defensa del pariente o del extraño*

Salvo el Código venezolano, que no habla de la defensa de otro, la inmensa mayoría de los Códigos hispanoamericanos, inspirados en el español, reconocen esta defensa, modificando sus condiciones. En la del pariente, en vez del requisito de que no medie provocación, se hace constar que, de existir ésta, no haya tomado parte en ella el defensor. El Código cubano llega al absurdo de considerar que no se necesita que haya habido agresión "injusta", viéndose precisada la jurisprudencia cubana a esfuerzos hábiles para no destruir la esencia de este instinto justificante. En la defensa de un extraño suele consignarse —como lo hace el Código español y los que lo tomaron de modelo— el ánimo de defensa: que "el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo"

## 191 - DEFENSAS INculpABLES, PERO NO JUSTIFICADAS

a) *Presunción de legítima defensa*

Ya sabemos que algunos Códigos hispanoamericanos, como en las viejas leyes, regulan la defensa de nuestros propios bienes y nuestra seguridad contra los atacantes. Las expresiones: "se entenderá que concurren" [los requisitos de la defensa legítima], según dice el Código argentino; o "pudiera creerse", que emplea el venezolano, parecerían configurar una defensa putativa más que una defensa real. De lo que se trata es de una ficción de legítima defensa. Presunción *iuris tantum*, como el propio Mendoza reconoce al interpretar el precepto de su ley venezolana. Con rigurosa exigencia dogmática no podríamos decir que esta defensa de los bienes y de la seguridad sea realmente legítima. Mas nos inclinamos a pensar que es una *ficción de legítima defensa*, que opera en ciertas leyes como una auténtica defensa legítima.

b) *Defensa subjetiva y putativa*

En los tiempos actuales es corriente hablar de "legítima defensa subjetiva". Ha tratado de ella, en Italia, Penso, y sobre todo, en Cuba, José Agustín Martínez.

El Código penal cubano reconoce esta especie, híbrida y dogmáticamente inexistente, al hablar de la necesidad. Considera que ésta ha de ser, a más de racional, *objetiva* o *subjetiva*. Hay aquí una gran confusión. Lo subjetivo, en caso de defensa putativa, no es la necesidad, sino la creencia en el ataque.

La *defensa subjetiva*, de la que tanto han abusado los abogados defensores y que la jurisprudencia cubana quiso esclarecer y separar de la falsa defensa subjetiva, no es otra cosa que la denominada defensa putativa en técnica correcta. Ya hemos dicho que hay en este asunto una gran confusión. El Código penal español y los que de él derivan, cuando no han sido malamente enmendados, dicen que la necesidad de la defensa debe ser *racional*. Esta "racionalidad" referíase, más que nada, al medio para ejercitar la defensa necesaria y se ilustró por Pacheco y Silvela. Es exacto que el juicio de la proporción entre la defensa y la gravedad del ataque no ha de hacerse de un modo mecánico y en la frialdad del gabinete, sino subjetiva-

mente y pensando en el apuro del atacado. No es igual sentirse agredido en plena plaza de una gran ciudad y a la hora del mediodía, si además se es hombre fuerte, que verse atacado de noche en parajes despoblados, y, sobre todo, si se es débil, mujer o criatura. La proporción del medio defensivo ha de medirse en orden a esas circunstancias de tiempo, de lugar y de sujeto; pero sin llegar a extremos tales que se confunda el miedo (causa de inculpabilidad) con la legítima defensa. Mas, según dijimos, se ha caído en confusión reprobable al mezclar la subjetividad en el medio de defensa y la índole putativa del ataque. Proscribimos, por tanto, el equívoco título de "defensa subjetiva", y adoptamos el de "racionalidad en la proporción", para aludir a un aspecto de esa falsa defensa subjetiva, y el exacto término de "defensa putativa", para expresar el otro fenómeno, al que muy brevemente nos vamos a referir.

La *defensa putativa*, como lo indica la palabra, es la creencia en que nos hallamos de ser atacados y que, subjetivamente, nos hace pensar que es necesaria la defensa. Imaginemos el caso de unos jóvenes que para dar pesada broma a un compañero, entran en su cuarto de trabajo, armados de pistolas sin cargar y con unos pañuelos en el rostro a la manera de pistoleros de cinematógrafo. Si el pusilánime compañero se cree, fundadamente y en error invencible, en auténtica agresión y dispara causando la muerte de uno de los bromistas, se hallará el hipotético defensor en una defensa putativa. La cuestión ha sido muy debatida, y hoy se halla iluminada a fondo, como veremos en su congruo lugar (vid. *infra*, cap. XXXV-257).

### c) *Defensa excesiva por incertidumbre, temor o terror*

Algunos Códigos penales, como el alemán y el Código español para el Protectorado marroquí, así como el venezolano, entre los de Hispanoamérica, consideran impune el caso de exceso en la legítima defensa cuando fué debido a aturdimiento o terror.

Lo que aquí falta es la racionalidad del medio, y si se incide en desproporción fué por temor, terror o incertidumbre. No se hallará quien tal hace en un caso de legítima defensa, ya que ésta es, según hemos dicho, objetiva. Sólo hay legítima defensa cuando es objetiva y cuando se ejerce dentro de los límites del instituto que la propia legislación trazó.

Ello no quiere decir que nos parezca, como Chiossone ha dicho en Venezuela, confuso o equívoco el texto que comentamos. Al



contrario, nos parece muy en su punto, y en más de una coyuntura hubimos de lamentarnos de que no figure en el Código español de la Península.

Lo que sí debemos destacar es que las defensas aterrorizadas no son otra cosa que una causa de inimputabilidad, y si queremos ser más exactos, una forma de inculpabilidad; mas nunca puede ser, repitámoslo, una causa de justificación, aspecto negativo de la antijuricidad objetiva.

#### *d) Defensa excesiva por culpa o dolo*

Según los Códigos penales, el que se excede en la defensa o en los medios empleados para salvarse del peligro, será castigado, aunque la pena quedará muy disminuída. No sólo hay exceso en los medios, sino, en general, exceso en la defensa, y podrá, por ende, ampararse en la atenuación el denominado "exceso en la causa". Pero jamás puede ser una legítima defensa, sino, simplemente, una *defensa excesiva*. Si el exceso es por culpa, porque erramos en el cálculo entre el medio proporcionado y la gravedad del ataque, se presenta el más genuino caso de defensa excesiva. Mas tampoco podemos eludir el supuesto, que ya Impallomeni presentó genialmente, de que un hombre se exceda por dolo. El exceso culposo es muy justo que se atenúe, como se atenúa el homicidio por culpa, en comparación con el homicidio doloso. Mas tampoco creemos que el dolo en el exceso deba invalidar la atenuación.

Después de esta larga exposición, no podríamos decir, con Geib, que la legítima defensa no tiene historia. Se la hemos hecho los dogmáticos a fuerza de querer esclarecer su contenido.

## CAPÍTULO XXVII

### EL ESTADO DE NECESIDAD

#### 192 - CONCEPTO E HISTORIA

La mayor parte de los tratadistas suelen adoptar la definición de von Liszt: "El estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro («bien jurídico ajeno», dice Allfed) jurídicamente protegidos."

Abandonemos, para no hacer interminables estas páginas, la tentación de hacer una reseña histórica de este instituto, que tiene antecedentes hasta en la India y en Judea. El Derecho romano no fué, al legislar esa institución, tan perfecto como cuando reguló la legítima defensa; pero, en cambio, en el Derecho germánico tiene amplísimas normas que después repercuten en la Edad Media. Fueron los escritores de los siglos XVI y XVII quienes hablaron del estado de necesidad con prolija maestría. En cuanto a España, el padre Pereda los ha recordado en una monografía sugestiva.

Después caen en el olvido disposiciones, comentarios y doctrinas sobre el estado de necesidad, hasta el punto de que los glosadores de nuestro Código penal no supieron hallar la esencia del precepto que a él se refería, aunque embrionariamente, al autorizar la ejecución de un daño para evitar un mal mayor.

En la actualidad, los Códigos suelen tratar de él imponiéndole las necesarias condiciones.

193 - DIFERENCIAS ENTRE EL ESTADO DE NECESIDAD  
Y LA LEGÍTIMA DEFENSA

En un sentido amplio pueden decir algunos autores, como Moriaud, Marchand, Sermet, etc., que la legítima defensa no es más que una especie del estado de necesidad, un "estado de necesidad privilegiado". En España comparte esta idea Constancio Bernaldo de Quirós.

Con más rigor técnico, los antiguos tratadistas alemanes, como Berner, decían que existe un "derecho de necesidad", de donde derivan, a la vez, la "legítima defensa" (literalmente, en alemán, "defensa necesaria") y el "estado de necesidad". En la actualidad sigue Mezger criterio semejante.

Sin embargo, a pesar de que una y otro tengan caracteres comunes, hay entre estas dos causas que excluyen la responsabilidad, diferencias que Carrara atisbó genialmente cuando dijo que la primera era una "reacción" y la segunda una "acción". Con fórmula de idéntico significado dice Moriaud que la legítima defensa es un *contra-ataque*, y el estado de necesidad un *simple ataque*.

Por nuestra parte añadiremos, para aclarar más las ideas, que mientras en la legítima defensa el conflicto surge entre el interés ilegítimo del agresor (matar, robar, violar, etc.) y el bien jurídicamente protegido del atacado (vida, honor, libertad, propiedad, etc.), en el estado de necesidad *sensu stricto* el conflicto se produce entre dos intereses legítimos, procedentes de dos bienes jurídicos igualmente protegidos por las leyes: en el robo que comete el hambriento se hallan en colisión el derecho a la vida del que roba, y el derecho de propiedad del despojado.

194 - FUNDAMENTO Y NATURALEZA DEL ESTADO DE NECESIDAD <sup>1</sup>

a) *La justificación "sensu stricto"*

La impunidad del estado necesario ha buscado su fundamento en varias teorías. Me basta ahora con apuntar que los viejos escri-

<sup>1</sup> Deseoso de no repetir lo que ya he dicho, sólo hago constar en el texto, en síntesis archiviolenta, las más importantes actitudes jurídicas asumidas por los autores ante el debatido problema del estado de necesidad. Del asunto nos

tores alemanes y algunos de los modernos tratadistas franceses, ven en el acto necesario un hecho antijurídico, libre de pena por imputabilidad del agente, originada en la violencia moral en que el necesitado se encuentra; otros autores recientes, como Max Ernesto Mayer, usan una nueva táctica e incluyen el estado de necesidad entre las causas de la inculpabilidad; pero la doctrina más generalizada le considera como una causa de justificación. Según esta teoría, favorita de una buena parte de los penalistas alemanes y suizos contemporáneos, el necesitado tiene el derecho de solventar el conflicto de bienes, salvaguardando el superior, aun a costa del sacrificio del interés jurídico de entidad menos considerable. Así, el que destroza la medianería de una casa para salvar a una persona a quien amenaza la asfixia por los humos de un incendio en la morada contigua, ejerce un verdadero derecho e incluso cumple un deber.

En este sentido es exactísima la frase del gran hegeliano Berner, que rotula estos casos con el epígrafe de "derecho de necesidad", si el bien o interés salvaguardado es superior al que se sacrifica.

No han faltado en Alemania autores que al clasificar el estado necesario, en las varias causas que excluyen la pena, han distinguido, dentro de la legislación alemana, los preceptos del Código civil y los del Código penal del Imperio, según veremos en seguida. También, dentro de los preceptos de éste, se han diferenciado las disposiciones sobre *coacción* (art. 52 del Código penal alemán), de las atinentes al *estado de necesidad* (art. 54 del Código del Reich). A nosotros nos parece correcto, como Erich Kaufmann dijo ya, que este último se considere como *conforme al derecho* (*rechtmässig*), es decir, como *causa justificante*, en tanto que la primera es *inimputable*, o *inculpable* (*schuldlos*).

Max Ernesto Mayer, a quien ya hemos citado, sólo admite que lo necesario, con sus variedades, se considere como una causa de *inculpabilidad* (*Entschuldigungsgrund*), pero no como *causa de justificación* (*Rechtfertigungsgrund*). Trata el asunto bajo la rúbrica general de la necesidad (*Die Not*), y distingue, como especies: el *estado necesario* (*Der Notstand*) y la *coacción* (*Nötigung*). A dife-

nemos ocupado muy extensamente. Pueden verse las siguientes obras nuestras: *Derecho penal moderno y español*, en *Adiciones al Programa del curso de Derecho penal*, de F. Carrara. Parte general, volumen I, Madrid, Reus, 1922, páginas 390 y sigs.; y *El estado de necesidad en materia penal, con especiales referencias a la legislación española y argentina*, Buenos Aires, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1922. Y sobre todo ahora: *Tratado de Derecho penal*, tomo IV, Buenos Aires, Losada, 1953, págs. 269-485.

rencia de Kaufmann, Mayer estima que tanto el primero como la segunda, no pueden aspirar a la categoría de *causas de justificación*, quedando reducido su rango, según hemos dicho, al de *causas de inculpabilidad*. Trátase únicamente, en la opinión de este gran escritor, de un "derecho subjetivo sobre la inculpabilidad de una lesión de un bien jurídico"; en todo caso, un "derecho subjetivo sobre la lesión de ese bien jurídico".

Este criterio está tan a la moda en Alemania, que los más modernos autores consideran el estado de necesidad regulado en el artículo 54 del Código penal, como causa de inculpabilidad, y sólo atribuyen la índole de causa de justificación a la necesidad regulada por los artículos 228 y 904 del Código civil del Reich. Así, por ejemplo, a pesar de que F. von Liszt, en todas las ediciones por él hechas de su *Lehrbuch*, definió el estado de necesidad regulado por el Código penal, como causa de justificación, Eberhard Schmidt, al componer y adicionar las nuevas ediciones de aquel famoso "Tratado", adopta esa "teoría diferenciativa". Más complicada y original, aunque sigue idéntico criterio, es la posición de Edmundo Mezger. Empieza por dar, como en la antigua doctrina alemana que encarna Berner, una gran amplitud al concepto de "derecho de necesidad", o simplemente de la "necesidad" (*Not*), hasta el punto de abarcar la legítima defensa, y enumera entre las formas necesarias que excluyen la antijuricidad, es decir, que constituyen verdaderas causas de justificación: a) el estado de necesidad del Derecho civil, establecido en los artículos 228 y 904 de dicho Código del Reich; b) la legítima defensa del artículo 53 del Código penal del Imperio; y c) el llamado "estado de necesidad supralegal", construido por Mezger al amparo del "principio de la valuación de los bienes jurídicos". Pero el *estado de necesidad penal, sensu stricto*, el configurado en el artículo 54 del Código de 1871, no se estima por Mezger causa de justificación, sino de inculpabilidad o de exclusión de la culpabilidad (*Schuldausschliessungsgrund*). La coacción definida en el artículo 52 del Código penal se equipara con igual título a la eximente regulada en el artículo 54.

La lectura superficial del libro de Julio Battaglini —uno de los más sugestivos autores modernos— podría hacer pensar que sigue el criterio de los más recientes escritores alemanes que han rebajado la categoría eximente del estado necesario, puesto que le cataloga entre las "causas impendentes de la punibilidad". Pero ello se debe a que Battaglini considera incorrecta e incompatible con el sistema del Derecho italiano, la expresión "causa de justificación del hecho"

en la que se estima excluida "la ilicitud". Battaglini da al concepto de "punibilidad" y, por ende, a las causas que la excluyen, un sentido totalmente distinto al que estamos habituados a emplear y no confunde éstas con las de "inimputabilidad", que estudia antes, y entre las que enumera la enfermedad mental, embriaguez, sordomudez, etcétera. En cierto modo, la doctrina de Battaglini viene a ser la contrapartida de la teoría de Enrique Ferri, que sólo habla de "justificación del hecho", y si bien trata del estado de necesidad como forma justificante (al lado del ejercicio del derecho y de la legítima defensa), no es menos cierto que también estudia bajo esa rúbrica la violencia y el error de hecho, sin que baste para atenuar la confusión que engendra este sistema, denominar al primer grupo "causas de justificación positiva" y al segundo "causas de justificación negativa".

A nuestro juicio, no debemos dejar que la moda nos arrastre. Seguimos fieles a nuestro criterio de siempre: el estado de necesidad es una causa de justificación, basada en el principio de salvaguardar el "bien de valor mayor", el "interés preponderante". Autores muy modernos no desertan de este criterio. Lo que interesa es separar la *coacción*, del *estado de necesidad*, como Kaufman hizo. Releguemos la primera a una causa de inculpabilidad; pero reconozcamos, como quiere von Hippel y como también lo afirman enérgicamente, en Italia, Giuseppe Maggiore y Enrique Contieri, y en Francia, H. Donnedieu de Vabres, que el estado de necesidad es una *causa de justificación*, con todas sus consecuencias; es decir, una *causa excluyente de la antijuricidad*.

Apresurémonos a advertir que los autores alemanes modernos, como Mayer y Mezger, sobre todo éste, estiman el estado de necesidad establecido en el Código penal como causa de inculpabilidad, no porque así deba ser en justicia, sino porque *de lege lata* debe considerarse así. De la letra del artículo 54 parece deducirse esa interpretación, puesto que se habla de *schuldlos (inculpable)*, en el texto del propio Código, así como tampoco se reclama la superioridad del bien salvaguardado.

No se trata, al exponer los fundamentos y naturaleza del estado de necesidad, de decidir un mero problema de Filosofía jurídica, puesto que también alcanza el tema a la concreta dogmática del Derecho penal. La cuestión no es, en verdad, indiferente, y las *consecuencias* son muy variadas.

Si es una justificante —por reconocerse la legitimidad intrínseca del hecho, la ausencia absoluta de antijuricidad—, entonces:

a') Tanto eximirá a los autores como a los cómplices y encubridores;

b') caso de otorgarse indemnización al que sufra los perjuicios, no podrá hacérsela radicar, como en las causas de inimputabilidad, en la ilicitud del acto, delictivo en sí mismo, sino en otras razones derivadas de normas civiles (como veremos *infra*, cap. XXXVII-277); y

c') no cabrá legítima defensa contra el necesitado, pues no habrá, en su hecho, ataque ilegítimo, puesto que actúa ejerciendo un derecho.

Si es una causa de inimputabilidad o de inculpabilidad —por considerarse el acto antijurídico, pero sin hallar en el agente la consciencia y espontaneidad precisas—, entonces:

a') Sólo eximirá al autor necesitado, pero no a los que participan del hecho, pues será una circunstancia puramente personal;

b') se otorgará indemnización enraizada en la ilegitimidad del acto; y

c') podrá admitirse legítima defensa contra el necesitado; ya que, no obrando en el ejercicio de un derecho, existirá agresión ilegítima en su conducta.

### *b) La inculpabilidad en caso de colisión de dos bienes iguales*

El estado necesario a que acabamos de referirnos como causa de justificación se ampara en la teoría de la preponderancia de intereses. Por eso requiere que el bien que se sacrifica sea inferior al bien que se salva.

Mas puede acontecer que la colisión se produzca entre bienes iguales y principalmente entre dos vidas humanas.

No vamos a invocar ejemplos históricos, como el de la famosa *tabula unius capax*, de Carneades, que después copian tantos otros escritores, en que dos náufragos, asidos a una misma tabla, capaz para uno solo, luchan por la posesión del objeto salvador, resultando uno triunfante y ahogado el otro; ni el famoso episodio de la *Mignonne*, en que unos infelices marineros ingleses tuvieron que sacrificar a un compañero para no morir de inanición. Recordemos únicamente acontecimientos más recientes, como el del famoso incendio del teatro vienés, o el del "Novedades" de Madrid, y la catástrofe de la Argentina, en que los espectadores de un juego de "foot-ball", alocados, hicieron saltar un paredón y creyéndose en riesgo eminentí-

simo, dieron muerte a otros infelices concurrentes para salvarse de un peligro imaginario.

Estos luctuosos casos, que contemplaron los viejos escritores, recibieron solución muy diversa. Fichte habló en general de que en el estado necesario, el Derecho quedaba en suspenso, y Rodolfo Stammler, con su gran ambición de jurista, quiso dar una norma unitaria para todas las situaciones de necesidad. Frente al caso que nos ocupa afirmó que la vida que tenía fuerza para salvarse, sacrificando a la otra, era un bien jurídico superior. Se le ha objetado por Alimena que el derecho de la fuerza nada tiene que ver con la fuerza del Derecho.

Reconozcamos que hubo una época en que todos estábamos perplejos sin encontrar el *quid* del ingente tema. Ahora, por fortuna, lo hemos hallado. No se trata, en verdad, de una causa de justificación. Pero, invocando aquellos alegatos viejos, tan elegantemente expuestos por los escritores inspirados en la Época de las Luces, volveríamos a decir que no puede exigirse el heroísmo. Traducido al lenguaje de la dogmática vigente, "no se puede exigir otra conducta". Nos hallamos en presencia de una genérica causa de inculpabilidad, en la que hemos de ocuparnos más adelante (vid. *infra*, cap. XXXV-259 y sigts).

Antes de abandonar este sugestivo tema, digamos que no debe seguir figurando entre el conflicto de bienes iguales el caso de aborto necesario. La mayor parte de los escritores así lo hemos considerado con demasiada ligereza. El caso se contempla en varios Códigos hispanoamericanos —con más o menos requisitos— diciendo que no incurre en pena alguna el facultativo que provoque el aborto como medio indispensable para salvar la vida de la parturienta. Repetimos que no hay aquí un caso de colisión de dos vidas, la del feto y la de la madre. Por tanto, no hay que acudir a los argumentos de base sentimental, tales como la preferencia de la mujer, con afectos en la vida y de la que necesita el marido y los demás hijos, en tanto que la criatura es desconocida, en el seno del vientre de la madre. La razón es de orden dogmático y de rigurosa técnica. No hay colisión de dos bienes iguales, no hay conflicto entre dos vidas humanas, porque la del feto no es tal vida. Al concebido se le tiene por nacido para lo que le sea favorable, y ello es una ficción jurídica; pero no es persona hasta que no haya salido del claustro materno. El aborto no tiene como objeto jurídico la vida del embrión, sino el derecho de la sociedad a propagarse. Pues bien: este interés demográfico es muy inferior a la vida humana y, por tanto, la colisión la resuelve el médico



salvando la vida de la madre, que es un bien jurídico superior, y sacrificando ese bien demográfico a que acabamos de aludir.

c) *Las legislaciones y la naturaleza del estado de necesidad*

a') *La fórmula.* Reina enorme diversidad al respecto en los Códigos vigentes. El español, que exigía superioridad del bien que se salva, se reduce a decir, en el Código de 1944, que "el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar".. El Código argentino y el cubano exigen rigurosamente que el mal que se evita sea "mayor". Y el Código peruano —siguiendo literalmente el texto suizo— se contenta con que no pueda "razonablemente exigirse del autor el sacrificio del bien amenazado".

b') *Estado de necesidad "sensu stricto";* es decir, *verdadera causa de justificación*, sólo existe cuando se produce entre bienes jurídicos de desigual valor y se resuelve objetivamente la colisión.

c') *"Vis moral" o miedo insuperable, como causa de inculpabilidad y hasta de inimputabilidad,* se da en caso de perturbación del ánimo y reacción subjetiva, que puede llegar al estado de inconsciencia.

d') *Dos vidas en conflicto originan un caso de no exigibilidad de otra conducta y, por tanto, una causa de inculpabilidad.*

Obsérvese que en los Códigos en que expresamente se exige proporción en el estado necesario quedaría fuera del texto el caso en que colisionen dos vidas, puesto que no es posible hallar la superioridad de una y la inferioridad de otra. Si un intérprete escrupuloso —y nosotros lo seríamos— se hallase ante este repulgo dogmático, siempre le quedaría la más elegante de las salidas juristas. Cuando exponamos la no exigibilidad como causa general de exculpación (vid. *infra*, cap. XXXV-259 y sigts.) nos apoyaremos, para hacer lugar en el ordenamiento jurídico a esta eximente de inculpabilidad, en fórmulas supraleales o en la prueba de que no hay intención anti-jurídica, que ciertos Códigos exigen en el delito. Y ésta no existe, según hemos dicho que se demostrará, cuando no le pueda ser exigida otra conducta al agente, ya que la culpabilidad, en nuestro sentir, es de índole normativa (vid. *infra*, cap. XXXI-224).

## 195 - EXTENSIÓN

Lo mismo que hicimos al estudiar la legítima defensa, hay que dividir el problema en dos partes: extensión en cuanto a los bienes y en cuanto a las personas.

*a) En cuanto a los bienes*

En los mejores Códigos, todos los derechos son salvaguardables, como todos los derechos son defendibles en la defensa legítima: vida, integridad corporal, libertad, pudor, honor, propiedad, etc. Imaginemos a un hombre que tiene que romper la medianería de una casa para salvar un cuadro que pertenece a famosísimo pintor y que es, en verdad, una pieza del Tesoro artístico del país. Ahí no se salva la persona sino el bien jurídico patrimonial y se sacrifica la medianería, que es de la propiedad ajena. Más aún: puesto que, según hemos dicho (vid. *supra*, XXI-145, y XXVI, a', b'), sólo hay agresión cuando puede haber acción humana, en el caso de que una mujer vea atacado su pudor por un individuo en sugestión hipnótica, salvaguardaría su bien jurídico honestidad en estado necesario. He aquí dos ejemplos en que no es sólo la vida la que se salva mediante una acción de necesidad.

*b) Auxilio a tercero*

Lo mismo que en la legítima defensa (vid. *supra*, cap. XXVI, núm. 189 *b*), existe el derecho de salvaguardar la propia persona o la de otro.

Al respecto han cuestionado mucho los escritores, y Janka exige, para que un tercero pueda ejercer el auxilio necesario, que exista "identidad de persona", lo que sería ir demasiado lejos. Ahora bien; puesto que el estado de necesidad no está, como la legítima defensa, causado por un interés bastardo, debe ponerse mayor escrúpulo en el permiso otorgado a terceros para decidir el conflicto que ninguno de los necesitados provocó; sobre todo, si se trata de bienes iguales y, principalmente, de dos vidas. El tercero puede resolver el apuro cuando un bien jurídico es superior a otro; pero sólo influirá en el desenlace, cuando dos vidas humanas colisionen, si una de ellas es la de su pariente, amigo íntimo, etc., etc.

## 196 - CONDICIONES

a) *Peligro grave e inminente*

Lo mismo que en la legítima defensa, el peligro puede ser actual o inminente. Esto no ofrece duda alguna.

Mas hay aquí un tema que nos parece por demás necesario de esclarecer. Algunos Códigos, como el argentino y el venezolano, a diferencia de otros más progresivos, no exigen de un modo expreso que el que salvaguarda su bien jurídico no esté obligado a sacrificarse. Sin embargo, si interpretamos teleológicamente la expresión de *peligro*, o la de que quien obra *haya sido extraño* a la causación del mal, llegaríamos a concluir que no puede invocarse esta eximente cuando tenemos el deber de afrontar situaciones apuradas. El marinerio, el bombero o el guía andino no podrá alegar, si arrojará a un pasajero del bote de salvamento demasiado lleno, si se deshiciera de la víctima accidentada que lleva en brazos, para huir él mismo de las llamas, o si cortara la cuerda del accidentado excursionista, que obraba en estado de necesidad. Para ellos ese riesgo es la vida cotidiana, es su misión y su deber, y no es jurídicamente *peligro*, ni éste les es *ajeno*.

b) *No causado intencionalmente*

El acierto preside la fórmula de los Códigos que así lo demandan. Mas es preciso aclarar: Se provoca voluntariamente una situación peligrosa cuando de propósito la creamos, como cuando pusimos en la sentina del viejo vapor el aparato explosivo para destruir la nave y cobrar la prima del seguro, si luego, inesperadamente, y por haber sido tardía o anticipada la explosión del artefacto, nos hallamos en peligro. No podría, en tal caso, alegarse un estado de necesidad, para arrojar de la tabla capaz para uno solo al primer naufragio que en ella se amparó. En cambio, no se nos inhabilita el estado de necesidad si culposamente originamos la situación. El que un día roba un panecillo para no morir de hambre, no importa que, por haber dilapidado su fortuna, se colocase en la miseria culposamente. La frase no haber *provocado intencionalmente* la necesidad, e incluso la de *no haber dado voluntariamente causa* a ella, debe entenderse en sentido intencional de creación del conflicto y, por ende, no ofrece duda cuanto acabamos de decir.

### c) *Inevitabilidad y proporción*

Aunque la ley no lo consigne expresamente —y sí consta en varios Códigos penales—, debe exigirse la condición de que el necesitado no pueda evitar el peligro de otro modo. La *inevitabilidad* tiene su raíz en la doctrina carrariana y es por demás conocida.

La *proporción* también ha de exigirse. En los Códigos que la consignan, expresando la superioridad del bien que se salva, aquélla no es discutible y la preponderancia del bien que se protege engendra la índole *justa* de esta eximente; es decir, su naturaleza de causa de justificación. Pero tampoco podemos desconocerla en Códigos como el venezolano y peruano —y menos en el español de 1944—, pues aunque no se exija la superioridad del bien salvaguardado, es obvio que éste no puede ser notoriamente inferior al que se sacrifica. No puede autorizarse que un comerciante que viaja a bordo del buque que amenaza naufragar, trate de salvar sus mercancías arrojando al agua pasajeros de la nave, para aliviar el peso, evitando que se hunda.

El trato del exceso no difiere aquí del que hemos expuesto al hablar de la legítima defensa (vid. *supra*, cap. XXVI, número 191, c y d).

## CAPÍTULO XXVIII

### LA JUSTIFICACIÓN SUPRALEGAL

#### 197 - EL DESLINDE DE LO JUSTO Y DE LO INJUSTO

Ya hemos visto que es preciso no detenerse en la mera enumeración de las justificantes al deslindar lo justo de lo injusto (vid. *supra*, cap. XXV, núm. 176).

Hasta aquí no hubo dificultades en nuestro estudio, porque las causas de justificación tratadas corresponden a la separación del acto legítimo de lo antijurídico, hecha expresamente por el legislador al establecer las especies que eliminan lo injusto (caps. XXV, XXVI y XXVII).

El primer supuesto es que el Código haya contemplado de manera expresa y taxativa las causas de justificación. Entonces el juez abre el libro de leyes, mira si el caso concreto se encuentra justificado, y si lo está, hay exención de pena. Mas para el deslinde de los actos antijurídicos y de los provistos de juricidad no es suficiente esa primera fórmula de atenderse de modo exclusivo a lo que la ley ha dicho, sino que tenemos que solucionar las situaciones verdaderamente legítimas que el legislador no ha previsto de modo explícito.

Se han formulado para lograrlo estas doctrinas: a) El fin reconocido por el Estado, de Franz von Liszt y de Garraud; b) la esfera de libertad que aquél deja a los individuos, de Mayer, y c) la justificación supralegal, de Mezger.

Para la mejor comprensión de la materia, hagamos, con más amplitud que la usada antes, una ordenada referencia a los criterios que el intérprete debe adoptar para el exacto deslinde entre lo justo y lo injusto. Para lograrlo es preciso considerar el dominio total del orden jurídico y las valoraciones de la norma de cultura:

a) Toda regla jurídica que ordene o permita la lesión o riesgo de un bien jurídico (propio o ajeno), le da por este medio carác-

ter de acto legítimo y excluye, por tanto, la posibilidad de incluirlo entre los hechos punibles.

b) Si falta este criterio formal, procede examinar el contenido material del acto en cuestión. En esta apreciación deben considerarse como decisivos dos principios fundamentales:

a') Puede ocurrir que por voluntad de la ley sea deducida la legitimidad del conjunto de las disposiciones legales. De esta interpretación sistemática puede resultar que la persecución de un determinado fin puede considerarse como justificada. De aquí se deduce que si el acto ejecutado es el medio adecuado (justo) para la consecución de este fin reconocido como justificado (justo) por el legislador, entonces el acto es legítimo, aunque aparentemente revista los caracteres de un acto punible.

b') Si este criterio es inaplicable, debe examinarse la conveniencia del acto en consideración al fin de la convivencia regulada por el Estado. En este punto parece que el mantenimiento de un interés superior a costa de otro inferior se justifica.

Hasta aquí nos ha podido guiar Franz von Liszt, y hasta Max Ernesto Mayer, e incluso Mezger, con su tesis de la justificación supralegal apoyada en un estado de necesidad generalizado; pero cremos que hay que andar un nuevo paso, incluso por sistemas interpretativos diferentes.

c) En última instancia, si no podemos valorar netamente el expreso reconocimiento del fin por parte del Estado, y si no tenemos medios de apreciar esa especie supralegal de necesidad, se hará el análisis de la norma de cultura por cuantos medios estén a nuestro alcance, y si resulta con absoluta seguridad que ésta no ha sido violada y que consideraba como justo el acto ejecutado, tendremos que reconocer que la conducta del sujeto es justificada, mejor dicho, de acuerdo con el derecho y no en contra de él. Un ejemplo demostrará más tarde la urgencia de dar este paso en el ensanche de las causas de justificación.

Hagamos ahora extenso examen de las doctrinas ideadas por los autores y que antes enumeramos, para lograr el último deslinde entre lo justo y lo injusto.

#### 198 - ACTOS EJECUTADOS EN LA REALIZACIÓN DE UN FIN RECONOCIDO POR EL ESTADO

Franz von Liszt, seguido por René Garraud, ha dicho que son justificados aquellos actos que se producen en ejecución de un fin

que el Estado ha reconocido. Por ejemplo: un país que considere como infracción la mendicidad, y que acepta la instalación en su territorio de una orden de monjes mendicantes, no podrá castigarles luego si imploran la caridad pública, porque habiendo reconocido el Estado el fin que esos ordenados persiguen, la mendicidad es para ellos una consecuencia legítima.

No está muy distante de esta teoría la opinión de Max Ernesto Mayer, que incluye esas conductas y las que vamos a examinar en la "esfera de actividad dejada por el Estado". Por eso no nos ocupamos de ella expresamente.

En esta fórmula lisziana caben acciones típicas, pero no injustas, que el Código penal alemán no reconoció expresamente y que vamos a estudiar con la impuesta brevedad.

#### 199 - TRATAMIENTO MÉDICO-QUIRÚRGICO

Digamos, en primer término, que *debe entenderse por tratamiento médico-quirúrgico* toda intervención en el organismo humano con fines de asegurar o restaurar la salud física o psíquica de la persona o mejorar su aspecto estético con el empleo de medios adecuados.

Se ha discutido grandemente —sobre todo en Alemania— el *fundamento de la impunidad* de aquellos actos cuya apariencia exterior es una lesión corporal, o al menos una intervención en el organismo ajeno, ejecutados por médicos o personas que no pertenecen a la carrera médica, con propósitos curativos o con fines diagnósticos o de embellecimiento. Las principales teorías formuladas pueden reducirse a los siguientes grupos:

a) *Exclusión del concepto de atentado corporal*. Esta doctrina fué formulada clara y exactamente por Carlos Stooss, para quien la voluntad de curar excluye la intención de producir lesiones corporales, porque el tratamiento curativo es, objetivamente, cosa bien distinta del daño a la salud y de las lesiones y malos tratos.

b) *Derecho profesional del médico*. El fin de cumplir un deber profesional, que excluye toda idea de dolo, sirve a otros escritores para fundamentar la justificante del tratamiento médico-quirúrgico. El mismo Carrara parece que sostiene este criterio.

c) *Consentimiento del paciente*. El Tribunal del Imperio alemán ha sostenido en varias sentencias que la causa de quedar impune la operación quirúrgica o el tratamiento médico, depende del consenti-

miento del enfermo. La jurisprudencia francesa mantiene igual criterio.

d) *Derecho consuetudinario*. Algún escritor —como R. Schmidt— alega como justificante del tratamiento médico-quirúrgico, no el derecho profesional de los médicos, sino un derecho consuetudinario consistente en curar, en aliviar los dolores, etc., que en su más amplio sentido, aun refiriéndose a los profesionales de la medicina, llama Schmidt *auxilio (Hilfe)*.

e) *Cuasi-contrato de gestión de negocios ajenos*, que sustentan Rosenberg y Zitelmann. Pero este criterio, totalmente inaceptable, está ausente de partidarios.

f) *Teoría objetivo-subjetiva*. Desarrollada por Filippo Crispigni, y que nos parece recargada en demasía, aunque, en última instancia, coincide con la que luego vamos a desarrollar: falta de figura delictiva y acción ejecutada en cumplimiento del fin reconocido por el Estado.

g) *Fin reconocido por el Estado*. Franz von Liszt, que sustenta esta doctrina, dice que “resulta de las instituciones del Estado (tanto de las educativas como de las sanitarias) que éste reconoce como fin justificado —y lo fomenta— la conservación y el restablecimiento de la salud”. El tratamiento médico-quirúrgico, como acto que persigue un objetivo salutar, se justifica por ser un medio apropiado para la consecución de un fin públicamente reconocido.

Mas obsérvese, tras de esta exposición de ajenos criterios, que no se necesita amparar, *supra-legalmente*, esta conducta del médico en el Código español y en los derivados de él, puesto que dicen que no es punible el que obra en el ejercicio legítimo de un oficio. El médico al operar ejerce su profesión (oficio en el más amplio sentido), y sólo sería punible el tratamiento médico arbitrario.

Pero es el caso que, como creyó Stooss, tampoco hay tipo en tal conducta (vid. *supra*, a). Se equivocó Beling al decir que negar el tipo legal en el *exitus letalis* de una operación, sería negar que murió el enfermo. Conforme a las enseñanzas del propio Beling, negamos la tipicidad de tales hechos porque el médico ni *lesiona ni mata*, sino que *opera*, lo que excluye, por el verbo activo diferente, que exista adecuación típica en el caso, salvo si la muerte del intervenido se *causó* por impericia.

## 200 - VIVISECCIÓN

También han debatido los alemanes el fundamento de que no caigan bajo la acción de las leyes protectoras de los animales y



queden, por tanto, impunes los experimentos, con fines científicos, sobre bestias vivas, es decir, la llamada *vivisección*. Resumamos las opiniones formuladas:

a) Wachenfeld invoca, también aquí, un *derecho profesional*, del mismo modo que lo hace para el tratamiento médico-quirúrgico.

b) Augusto Köhler legitima los actos de vivisección por una *necesidad del fin científico, jurídicamente reconocida por costumbre*.

c) Franz von Liszt y Allfeld defienden el criterio de que tales hechos se justifican por ser ejecutados en la *realización de un fin reconocido por el Estado*.

d) R. von Hippel cree que basta para justificar experimentos en animales vivos la *existencia de un interés preponderante*.

En la mayor parte de las legislaciones es preciso invocar principios supralegales para justificar tales hechos. Pero en el Código italiano de 1889, así como en el vigente, y en el Código de Venezuela —que lo toma del primero— existe una disposición *ad hoc*. Después de castigar el “maltrato” de las bestias, dicen esas leyes: “El que sólo con un fin científico o didáctico, pero fuera de los lugares destinados al estudio o enseñanza, haya sometido los animales a pruebas o experimentos que causen disgusto a las personas que los presencien, incurrirá en la misma pena” que la señalada para los malos tratos de los animales hechos sin aquel objetivo. Es decir, que sólo será punible la vivisección si se ejecuta en lugar público y si causa repugnancia a los que presencien las operaciones.

Por lo demás, conviene destacar que el fin reconocido por el Estado —“científico o didáctico”— es el fundamento de la exclusión de penas en este caso, para los Códigos de Italia y Venezuela.

## 201 - VIOLENCIAS Y LESIONES EN LOS DEPORTES

La crónica de sucesos está llena de accidentes mortales en el “foot-ball” y en el “boxeo”. El año 1927 fué fatal para los deportistas. El 6 de abril, el famoso jugador Coillie falleció en Brujas por perforación del intestino, jugando al “foot-ball”. El 18 del mismo mes y año, Andrés Grenier sucumbe en París por un golpe dado con la rodilla por uno de sus competidores en el mismo juego. El 3 de mayo muere en Valladolid el capitán del equipo chileno “Colo-Colo”, David Arellano Moragas, a consecuencia de un golpe en la región hepática.

El 18 de noviembre del mismo año fallece el boxeador Rough-

ley, a los tres días de haber sido puesto k. o. por el negro Mac Donald. Y en ese mismo año, el campeón de pesos medios Flowers muere a consecuencia de las lesiones que le fueron causadas en el "ring".

En todos los deportes violentos en que hay competición pueden producirse estos acontecimientos luctuosos. Puede hablarse también de la "antropología criminal" del deportista, como ha hecho Giuseppe del Vecchio en una monografía publicada el año 1927.

Los meros juegos de destreza y de lucha indirecta contra adversarios, como las carreras de caballos, de automóviles, las marchas a pie, el lanzamiento de pesos, etc., etc., no ofrecen problemas para los penalistas, ni desde el aspecto antropológico, ni desde el plano dogmático. Tampoco los de mera destreza sin violencia, como la esgrima y el tenis, en que sólo por accidente pueden ocurrir muertes o lesiones.

Sólo nos interesan ahora los deportes violentos: la lucha, el boxeo, el "foot-ball", el "rugby", etc., etc. En este último se prevé en su reglamento la interrupción de menos de tres minutos si se han producido heridas.

El tema, de estricta dogmática jurídica, que consiste en averiguar si debe eximirse a los que han sido causa de una muerte o de una lesión en juegos de esta clase, ha sido objeto de interesantísimas monografías, entre las que descuella la tesis compuesta en la Universidad de Leipzig, en 1902, por Karding. Del asunto se han ocupado, además, Zerboglio, Penso, Altavilla, Pedro Garraud, Orfeo Cecchi (que estima que las muertes y lesiones causadas en el boxeo no son punibles), el Padre Pereda (que opina lo contrario, con respecto al boxeo también), José Agustín Martínez, J. A. Roux, Eugenio Ramírez Silva, Stevenson, Lorenzo Carnelli, etc.

La jurisprudencia francesa ha sido muy interesante. La Cour d'Appel de Douai sentenció, el 3 de diciembre de 1912, estimando lícitos los golpes producidos en el boxeo, por no ser asimilables a los que sancionan los artículos 309 a 320 del Código penal francés. En cambio, una circular belga, debida al Ministro Carton de Wiart, ordenaba considerar como reos de golpes y lesiones a los que participaran en un combate de boxeo. El Tribunal de Amiens, en un fallo posterior, no se atreve a sentar doctrina técnica, como el de Douai, y sólo dice que en el caso concreto que se juzgaba no es posible saber si fueron o no voluntarios los golpes. En cambio, el Tribunal de Burdeos, en su sentencia de 22 de enero de 1931, condenó un caso parecido por homicidio culposo.

La jurisprudencia alemana, en particular la sentencia de 3 de

marzo de 1939, y la jurisprudencia italiana, son, al respecto extraordinariamente importantes.

En la República Argentina, el 26 de agosto de 1936, falló el juez de primera instancia de Buenos Aires un caso en que un jugador de golf, mediante un tiro desviado dentro del campo de juego, lesionó a un *caddy*, estimando en su fallo que no podía escudarse en el simple hecho de la observación del reglamento del juego para eximirse de responsabilidad, mas absuélvase al jugador porque no obró temerariamente. La nota de Carnelli a esta decisión judicial es muy importante. La Suprema Corte de Tucumán, el 15 de febrero de 1938, declaró no ser imputable el homicidio accidental consecutivo a un "match de boxeo", autorizado por la Municipalidad, si su desarrollo fué normal y conforme a las reglas del juego, y no aparece una notoria torpeza imputable a título de dolo o de simple culpa. También la nota de Carnelli a este fallo de Tucumán merece ser leída. La sentencia de Artemio Moreno, fechada el 18 de septiembre de 1941, sólo plantea un caso fortuito en esgrima, que no nos interesa ahora.

Algunas legislaciones, como el Código cubano, inspirado en la jurisprudencia italiana, habla del delito deportivo, que sólo está a cubierto de sanciones si se observaron las reglas del juego (artículo 449). Así también acontece en el Ecuador (arts. 438 y 449).

Previendo ahora de los hechos y de los fallos y acudiendo a los motivos en que pueden ampararse la exención de tales conductas, recordemos que ya Demóstenes, contra Aristócrates, decía que no se cargaba en la intención la muerte en el juego. Han abonado la costumbre, como también se alegó en el tratamiento médico-quirúrgico, Karding en Alemania y José Antón en España; el consentimiento, Demogue, la jurisprudencia francesa, alemana, inglesa y norteamericana; y la justificación por el fin que el Estado ha reconocido, Garraud y Cecchi.

En Venezuela interpone la eximente de obrar en el ejercicio legítimo de un oficio el Profesor Mendoza. Ello prosperaría cuando se trate de profesionales del deporte, pero no podrá servir de fundamento cuando sea un simple "amateur" el competidor.

A nuestro juicio, puede alegarse aquí cuanto se ha dicho al hablar del tratamiento médico-quirúrgico. El tipo está ausente, porque el que da un golpe permitido en el juego a quien con él compete en el "foot-ball" o en el "rugby", y, sobre todo, el que se opone a su contendiente en el boxeo, no puede decirse que comete el delito de lesión, porque no "golpea", sino que carga o boxea. Si quisiera-

mos profundizar en la antijuricidad y en la justificación, a pesar de no ser necesario cuando el tipo no existe, alegríamos, en efecto, la realización de actos conducentes a un fin reconocido por el Estado, ya que el deporte se halla permitido por las autoridades y las leyes: se cobran impuestos en el espectáculo, se mantiene el orden entre los espectadores, etc., etc.

Mas nos interesa sobremanera advertir que muchos de los que se han ocupado de estas muertes y lesiones causadas en el deporte no han hecho la debida distinción entre el mero golpe, no ya autorizado, sino exigido en el juego (boxeo y rugby), y los accidentes que durante él acontezcan: muerte, enfermedad, etc., etc. En las reglas del juego y en su normal desarrollo no entran ni el fallecimiento ni las heridas. Si se producen no son justificadas tan luctuosas consecuencias. En la hipótesis de que se hayan causado sin infringir las reglas del juego y de un modo eventual, nos hallaremos ante el denominado caso fortuito, que es el límite de la culpabilidad y no un motivo justificante.

#### 202 - JUSTIFICACIÓN SUPRALEGAL\*

Ya hemos advertido que, junto a las doctrinas expuestas por Franz von Liszt, por Garraud y por Mayer, figura otra más moderna que se conoce con el título de justificación supralegal y que ha formulado Edmundo Mezger en orden al estado de necesidad. El principio de la valuación de los bienes jurídicos permite que cuando colisionan dos de ellos, y uno es superior al otro, aunque no esté expresamente formulado en la ley se pueda justificar semejante conducta. Por eso ha hablado el famoso Profesor de Munich de un estado de necesidad supralegal.

Es enorme la importancia que hoy tiene el valor en lo normativo. Thierfelder, en su monografía escrita en 1934, destaca la importancia de lo normativo y el valor en la ciencia penal de nuestros días. Lo mismo hizo dos años antes Kempermann que, siguiendo a Heidegger, trata de la valuación de los intereses autorizados como causa general de justificación en un trabajo sugestivo que lleva este título: *Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund*, Bonn y Colonia, 1932.

La teoría de la denominada justificación supralegal, que tuvo tanto imperio en la dogmática alemana antes de 1933, y que, probablemente, ha sido mal aplicada en el Derecho penal del III Reich,

tiene su arranque en la concepción de Binding. Si se diferencia la norma y la disposición legal, y el acto antijurídico está calificado por la primera, es evidente que a esa norma hay que acudir para juzgar de la licitud o ilicitud de una conducta cuando expresamente no la ha autorizado la ley. Las doctrinas de Liszt y de Mayer son también de naturaleza supralegal.

Ha impugnado esa tesis en la Argentina el Profesor Sebastián Soler. Cuando construye su *Derecho penal argentino* parte de una concepción rígidamente racionalista en la que la ley es todo el Derecho. Para él la interpretación debe hacerse principalmente gramatical. Abomina de todo lo que pueda poner en riesgo la libertad, y, por eso, jamás reconoce carácter creativo a la labor de los intérpretes judiciales. Puesta así la cuestión, la crítica de las causas que legitiman supralegalmente una conducta está fundada en motivos científicos. Mas un año más tarde, en una hábil monografía editada en la "Revista de Derecho" dirigida por Couture en Montevideo, cambia toda la motivación de su censura. Reconoce que los autores alemanes se ven en la necesidad de acudir a causas supralegales de justificación porque su viejo Código no trata, por ejemplo, de la eximente por oficio; pero aduce que las perfecciones del Código argentino no necesitan de semejante construcción peligrosa. Ya la argumentación no es científica, sino *política*. Bastará que pensemos que el Código penal, no sólo no es tan perfecto como quiere Soler, sino que es defectuosísimo, como alega Peco, para que sea posible construir sobre tal imperfección las causas supralegales de lo lícito. Más aún: será suficiente que el tiempo pase y que el Código penal argentino envejezca para que lo innecesario hoy, sea preciso mañana.

A nuestro juicio, la cuestión es muy otra, como ahora veremos.

### 203 - LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA Y PROGRESIVA DEL CONCEPTO DEL DELITO

A veces se ejecutan actos en que no aparece el fin claramente reconocido por el Estado y, sin embargo, es patente que el autor no ha ofendido las normas de cultura, porque si hacemos estimativa de intereses, vemos que, aun sin estar en el caso de necesidad, se ha salvaguardado un bien descollante y se ha atropellado otro de menor trascendencia.

Hasta aquí fué el progreso de la técnica; pero, como dijimos

antes, nos parece que hay que empujarla más hacia sus lógicas consecuencias y vamos a tratar de demostrarlo; pero antes expongamos las doctrinas más importantes.

Los más modernos escritores en Alemania, ya invocados, afirman que la antijuricidad es un concepto valorativo; es decir, que la antijuricidad no es en sí misma una noción positiva, que pueda definirse por sí sola con exactitud, sino que representa lo contrario a lo jurídico. Por tanto, si el delito es un acto antijurídico y la antijuricidad un concepto valorativo, es indiscutible que cuando la antijuricidad falta nos hallamos en plena juricidad. La más exigente lógica nos llevaría a dar un concepto de juricidad y otro de antijuricidad, no siendo preciso que estuvieran taxativamente marcadas en los Códigos las causas de justificación, bastando demostrar que el acto debatido está conforme con las normas de cultura para que se estimase, sin más, de correcta índole justa. Como dijimos al exponer lo antijurídico como carácter del delito (vid. *supra*, cap. XXV-176), destacados autores han intentado esto. Así, Carlos Stoops creyó lograr el fundamento unitario para los casos de ausencia de antijuricidad en la "función protectora de un bien jurídico que presenta una conducta que de no serlo sería punible". Ya Adolfo Merkel había hecho ensayo semejante: quiso caracterizar todas las causas de justificación en la teoría de la "colisión de intereses", comúnmente aceptada, tratando especialmente de vencer la separación del estado de necesidad y la legítima defensa en una doctrina central del interés predominante. También dijimos antes (vid. *supra*, cap. XXV-176) nuestra conformidad con Emilio González López, que tildó de prematuros estos ensayos, dado el desarrollo aún incompleto de la doctrina; pero nos parece preciso dar otro paso, por ahora definitivo, en el deslinde de los actos justos y antijurídicos. Cuando no puede verificarse la existencia del fin reconocido por el Estado, ni aun la colisión de intereses desiguales, pero sí se prueba la *no ofensa de la norma de cultura*, procede la absolución, puesto que al no ser el hecho contrario a la norma, es justo.

Por este sistema hemos llegado, sin necesidad de acudir a la aplicación por analogía *in bonam partem*, de causas justificantes, a excluir de penalidad toda conducta conforme a la norma. No es que reconozcamos causas de justificación por analogía, ni siquiera que aceptemos causas justificantes supralegales, sino que hemos interpretado de un modo teleológico y progresivo, con resultados restrictivos, el concepto del delito. Cuando el hecho no es antijurídico, la conducta no puede calificarse de tal. Ya lo dijimos antes (vid. *supra*,

cap. XIV-92) y ahora queda ya recogido en la dogmática del delito cuanto se dijo al hablar de la interpretación de la ley.

Un caso que ocurrió en España nos brinda material viviente para demostrar la eficacia de nuestra tesis. Alcanzó el hecho insólito notoriedad y se le conoce con el nombre de "el caso de la peinadora".

Tratábase de una mujer soltera y con afanes maternales en grado obsesivo. En varias ocasiones había demostrado especial empeño por criar a una niña y dió encargo a una amiga partera de satisfacer su gran anhelo. La comadrona asistió a una pobre mujer que iba a abandonar su criatura en la "Inclusa" y con el fin de beneficiar a la recién nacida se la entregó a la peinadora que tantos afanes de maternidad tenía. Hasta aquí no hay nada delictivo, ni siquiera con apariencias de tal. Pero es el caso que la peinadora, que recibió a la niña con exaltados transportes de júbilo, la inscribió en el Registro Civil como si fuera hija suya, cometiendo con ello una infracción gravísimamente castigada, puesto que se trataba de una falsedad en documento público. La infeliz mujer fué procesada. Esta pobre peinadora, que había demostrado tantos afanes de maternidad y que, siendo soltera, beneficiaba a la niña hasta el punto de que en caso de fallecimiento sería heredera de todos sus ahorros, resultaba castigada gravemente por el delito expresado.

Debatióse el asunto en los Tribunales y la difícil situación se zanjó por los jueces fuera de la técnica: fallaron que había delito de falsedad en documento público, condenándola a ocho años de prisión, pero pidieron en la misma sentencia indulto para la acusada, en mérito de las circunstancias antedichas. El Gobierno lo acordó inmediatamente.

A nosotros nos parece que dentro de la dogmática era posible haber demostrado la juricidad del hecho y, por ende, su justificación. El caso de la peinadora no era antijurídico, aunque fuera típico, pues estaba de acuerdo con las normas de cultura, como lo evidenció el hecho de que todas las personas que concurrieron a la Audiencia hacían consideraciones favorables para esta mujer dotada de sentimientos maternales poco comunes y que, lejos de haber ejecutado un hecho delictivo, demostró con su conducta la heroicidad de afrontar la crítica de ser madre-soltera y de cuidar y educar con su trabajo una criatura destinada al abandono y a la muerte, puesto que en España las "Inclusas" eran entonces deficientísimas. El menos verosado en técnica penal ha de preguntarse: "¿Cómo puede ser que un acto que la sociedad lo se castigue al mismo tiempo en nombre de esa misma sociedad?"

Acaso tuviera esta interpretación una falla grave. Se nos dirá que pudo adoptar a la niña, y que habiendo otro medio eficaz y jurídico, no debió acudir a una conducta tipificada en la ley como delictiva. No es ésta ocasión para perdersnos en disquisiciones de esta índole. Pero para satisfacer a los más exigentes, transplantemos el caso a la República Argentina, donde no existía, hasta hace muy poco, la adopción.

Creemos que los Tribunales pudieron en este caso —sin que ello importara abrir el cauce para otras interpretaciones semejantes— fallar en pro de la justificante de la conducta de esa mujer para no dar a las gentes la sensación de que hay un Derecho injusto en cuyo nombre se condenan actos justos.

En suma: en todas aquellas ocasiones en que una perfecta probanza acredite que el acto típico es conforme a las normas de cultura, debe reconocerse la juricidad del mismo.



## CAPÍTULO XXIX

### LA IMPUTABILIDAD

#### 204 - CUESTIÓN DE SISTEMA

En una sistemática total del Derecho punitivo, la imputabilidad debe ser estudiada en el tratado del delincuente, cuando lo permita el ordenamiento jurídico del país (vid. *supra*, caps. I-5 y II-11); pero en cuanto al carácter del delito y presupuesto de la culpabilidad, ha de ser enunciada también en la parte de la infracción. Por eso no puede prescindirse de ella en una teoría jurídica del delito.

Los escritores alemanes acostumbran a tratar los temas de la imputabilidad y de la culpabilidad *sensu stricto*, bajo la rúbrica común de *culpabilidad*, que, en sentido amplio, abarca todos los problemas atinentes al nexo moral que liga al sujeto con su acto, y que entonces incluye la imputabilidad. El aspecto restrictivo de la culpabilidad supone, a más del estudio general de este ingente problema, el esclarecimiento de la intención o de la negligencia que el sujeto puso en su conducta. Recordaremos que Mayer emplea la voz "imputación" *lato sensu* en el mismo sentido amplio en que Liszt y Mezger emplean el término "culpabilidad".

Como ya hemos dicho, al definir el delito, nosotros damos vida propia a la imputabilidad, como requisito del crimen, a fin de poder ilustrar mejor la base de la culpabilidad (vid. *supra*, cap. XX-141).

#### 205 - EL CONCEPTO CLÁSICO DE IMPUTABILIDAD

Imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable. La culpabilidad y la responsabilidad son consecuencias tan directas, tan inmediatas de la impu-

tabilidad, que las tres ideas son a menudo consideradas como equivalentes y las tres palabras como sinónimas. Pero estos tres conceptos pueden distinguirse y precisarse. La imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona; la responsabilidad resulta de la imputabilidad, puesto que es responsable el que tiene capacidad para sufrir las consecuencias del delito, si bien, en última instancia, es una declaración que resulta del conjunto de todos los caracteres del hecho punible; la culpabilidad es un elemento característico de la infracción y de carácter normativo, puesto que no se puede hacer sufrir a un individuo las consecuencias del acto que le es imputable más que a condición de declararle culpable de él.

El concepto *clásico* de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de responsabilidad moral, cuya doctrina supone Carrara aceptada. Desde este punto de vista, la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino esta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse, con el Padre Jerónimo Montes, como el "conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre".

Pero al llegar a este punto surge el problema metafísico: se trata de saber si la voluntad humana es libre o determinada.

## 206 - LIBRE ALBEDRÍO Y DETERMINISMO

Hallar los orígenes de la teoría determinista es muy difícil. Desde luego, puede afirmarse que no fué Rondeau, como Carrara parece indicar, el primero que la profesa. Viene a dificultar más la labor la existencia de confusiones entre ciertos conceptos que son distintos, pero que todos se refieren al carácter de los actos humanos. La palabra *determinismo* se ha identificado a veces con la palabra *fatalismo*, otras con la *predestinación*, y otras, por último, con la *presciencia*. Bonilla San Martín, tratando de deslindarla, dice: "A mi entender, *fatalismo*, en general, equivale a negación del libre albedrío; *predestinación*, implica la afirmación del orden inflexible de los sucesos individuales, predeterminado por una Voluntad superior; *presciencia* no es sino un conocimiento anticipado, y fuera, por eso mismo, de toda relación de tiempo; y el *determinismo* sólo supone la negación del acaso, mejor dicho de la *acausa*, de la falta de causa, de la no existencia de un motivo, al cual se deban las reso-

luciones o determinaciones de la voluntad y los actos consiguientes”.

El problema del libre albedrío no se planteó hasta Sócrates, o por lo menos no se planteó de un modo manifiesto. Platón negó la libertad. El hombre no es libre, dijo. El que tiene un alma buena, obra bien, y el que la tiene mala, mal. Sobre el pensamiento de Aristóteles, respecto del problema de la libertad, cuestionan mucho los autores. Lo que parece seguro es que para él, el hombre, si no es libre en el momento de cometer el delito, lo es en el tiempo anterior, cuando podía no contraer hábitos delincuentes, y, sin embargo, los contrajo. Los estoicos quieren coordinar su indeterminismo ético-psicológico con el determinismo metafísico: *Ducunt volentem fata, nolentem trahunt*, dijo Séneca.

En un sentido amplio podría decirse que los escolásticos defendieron una indeclinable *predestinación al bien*. Según Santo Tomás de Aquino, la voluntad y el libre albedrío no son dos potencias distintas, sino una misma, consistente en una *vis electiva* que no implica elección de fines (porque la voluntad tiende necesariamente al bien), sino de medios. Esto es negar la libertad absoluta, puesto que la libertad no estriba, según ese concepto, en un querer indeterminado. San Agustín dice que absoluta libertad sólo la tuvo el hombre antes del pecado original.

Con la Reforma nace un determinismo teológico. El concepto de *predestinación*, en que comulgaron Zwinglio, Calvino y Lutero, se concreta claramente en esta fórmula: si Dios queriendo prevé, su voluntad es eterna e inmóvil; si Dios presciente quiere, su saber es eterno e inmóvil; de donde, todo lo que ocurre, ocurre necesariamente.

En Spinoza, para quien sólo Dios es libre, se halla un determinismo metafísico y ético, que también profesan Hobbes y Locke. Entre los enciclopedistas franceses la idea determinista destaca netamente en Voltaire: *Etre véritablement libre c'est pouvoir. Quand je peux faire ce que je veux, voilà ma liberté, mais je veux nécessaire ce que je veux*. Para Rousseau, libertad es obediencia a la ley que se prescribe uno a sí mismo, coincidiendo en esto con Kant, que une el determinismo empírico-fenomenico (psicológico) con el indeterminismo ético-metafísico.

Los penalistas de la escuela clásica hicieron del libre albedrío un supuesto necesario para sus teorías. Y cuando el determinismo surge como escuela filosófica aplicada al Derecho penal, se entabla la polémica. Los cultivadores de las ciencias penales, con tenacidad sin igual, resisten desde sus respectivos puntos de vista, y así, en los países germánicos principalmente, cuando en la Filosofía dominó

casi sin contradicción la teoría del determinismo, los criminalistas estuvieron divididos en dos grupos, aproximadamente de la misma fuerza: indeterministas y deterministas. Hoy, con las doctrinas espiritualistas y neo-idealistas retorna el libre albedrío, y para muchos, al menos la ilusión de ser libres, que es necesario mantener. En Alemania, Carlos Binding, von Birkmeyer, Augusto Köhler y Ernesto Beling son partidarios del libre albedrío.

Entre los varios sistemas que pretenden reemplazar la noción tradicional de la imputabilidad y responsabilidad basadas en el libre albedrío, pueden distinguirse cuatro grupos:

a) El primero niega la responsabilidad moral y la sustituye por la responsabilidad social.

b) El segundo admite una responsabilidad subjetiva, inherente al individuo, y distinta de la responsabilidad objetiva, inherente al estado social; pero intenta explicarla sin el libre albedrío.

c) La tercera se abstiene de discutir el problema filosófico de la voluntad libre, y sin negarla ni afirmarla, se fija, al apreciar la delincuencia, en el peligro que el delincuente supone: estado peligroso.

d) El cuarto, y más certero, sin abominar de la peligrosidad, que será un día la base de la intervención del Estado en los actos contrarios a la norma, proclama la imputabilidad psicológica como carácter del delito y base de la culpabilidad.

Procedamos a su examen.

#### 207 - DETERMINISMO Y RESPONSABILIDAD SOCIAL

Los que reducen la responsabilidad a una relación social, comienzan por negar la libertad, y, por tanto, la imputabilidad moral. La escuela positivista es la que ha presentado con más relieve estas ideas. El determinismo y la responsabilidad social no suponen la negación del derecho de penar, sino su cambio de carácter y de fundamento. Si el hombre es fatalmente determinado a cometer un crimen, la sociedad está igualmente determinada a defender las condiciones de su existencia contra los que la amenazan. Por tanto, aun haciendo abstracción del libre albedrío, el Derecho penal continúa siendo una función necesaria, sólo que se reduce a ser una función defensiva o preservadora de la sociedad. Lo que ésta castigará, si se coloca en este punto de vista, no será una acción inmoral, sino un acto dañoso. La responsabilidad moral no encuentra aquí lugar propio, sólo importa la responsabilidad social.

Tosca y ciega, esta doctrina está arrumbada hoy. Los positivistas, como Ferri, no supieron ver lo que había de fecundo en la temibilidad, que dejan reducida a papel mensurador de las sanciones.

### 208 - IMPUTABILIDAD ECLÉCTICA

El segundo grupo de doctrinas ha intentado modificar, pero sin suprimirlos, los conceptos de imputabilidad y de responsabilidad moral. Su punto de partida común es una explicación de la responsabilidad sin la intervención del libre albedrío, que se considera como una ilusión debida a la ignorancia en que nos encontramos frecuentemente con respecto a las fuerzas que nos determinan; por eso, el hombre sencillo se cree libre, y esta ilusión —como afirma Thyrés—, quizá, un error sumamente útil, porque sobre ella descansan, a menudo, los sentimientos de vergüenza y arrepentimiento; el legislador se beneficia con ello si estas ideas populares coadyuvan a que se logre el fin de la prevención.

Estas teorías han sido combatidas por Ferri, que las denomina “eclécticas”. Entre ellas merecen atento examen las que han tratado de establecer la noción de la personalidad como base de la imputabilidad y responsabilidad y, principalmente, la doctrina de *la identidad individual* y de la  *semejanza social*, de Tarde; la de la *normalidad*, de Liszt; la de la *intimidabilidad*, de Alimena; la de *capacidad penal*, de Manzini, y la de la *voluntariedad*, del Código penal español.

Para Gabriel Tarde, la responsabilidad no está necesariamente ligada a la existencia del libre albedrío, y, sin embargo, continúa siendo la condición y la medida indispensable de la responsabilidad penal; sólo que se funda sobre otros criterios y otros elementos: la identidad personal del delincuente consigo mismo, antes y después del delito, y su semejanza social con aquellos entre los que vive y actúa y por los cuales debe ser castigado. La primera consiste, pues, en la permanencia de la persona: si un loco no es responsable es porque no posee esta identidad, porque no es *él mismo* (enajenado). La segunda supone un cierto fondo de parecido necesario entre los individuos: para que sean responsables los unos con respecto a los otros es preciso que el autor y la víctima sean compatriotas sociales, que presenten un número suficiente de semejanzas de origen social.

Franz von Liszt sostuvo en el Congreso de Psicología celebrado en Munich, en 1896, que la base de la responsabilidad, excluido el libre

albedrío, no es más que la "facultad de obrar normalmente". En su *Lehrbuch* formula claramente su pensamiento: "La imputabilidad (*Zurechnungsfähigkeit*) es la capacidad de conducirse socialmente; es decir, de observar una conducta que responda a las exigencias de la vida política común de los hombres... La imputabilidad supone, pues, que la psiquis del autor disponga de la riqueza necesaria de representaciones para la completa valoración social; que la asociación de representaciones se produzca normalmente y con la velocidad ordinaria; que la base afectiva (*Gefühlsbetonung*) de las representaciones, y, por consiguiente, la fuerza motivadora de las normas generales, jurídicas, morales, religiosas, etc., corresponda a la medida media, y que la dirección y vigor de las impulsiones de la voluntad (*Willensimpulse*) no ofrezca nada esencialmente anormal. Pues como nosotros sólo podemos conocer la conciencia de los otros hombres deduciéndola de la muestra; como sólo podemos presumir, por nuestra facultad de reacción, la de los demás, la semejanza de otro con nosotros, su concordancia con el tipo abstraído por nuestra experiencia, es condición de la imputabilidad. En este sentido, la imputabilidad puede definirse como la *facultad de determinación normal*. Por tanto, es susceptible de imputabilidad todo hombre con desarrollo mental y mentalmente sano, cuya conciencia no se halle perturbada. El contenido normal y la fuerza motivadora normal de las representaciones constituyen la esencia de la imputabilidad."

Bernardino Alimena trata de solucionar la difícil cuestión con su teoría de la *dirigibilidad* o *intimidabilidad*. Después de afirmar que "no solamente no puede hablarse de "libre albedrío", sino que quizá tampoco es exacto hablar de negación del libre albedrío", dice que "la responsabilidad de los responsables, en sentido estricto, debe contener algún elemento más (que el de la responsabilidad social), y este elemento es precisamente la capacidad para sentir la coacción psicológica que el Estado ejercita mediante la pena, y la actitud para despertar en el ánimo de los coasociados el sentimiento de sanción". La doctrina de Alimena fué criticada por Florián con argumentos endebles y desnaturalizados, tales como decir que se cometería la injusticia de penar a un hombre, no por lo que hizo, sino para que no delinca los demás. Por su parte, Luigi Perego ha censurado con acritud la teoría de la llamada "escuela crítica del Derecho penal", sobre la imputabilidad. Después de examinar el pensamiento de Alimena, cree ver en él un semi-inconsciente libero arbitrista, y presenta en esquema numerosas objeciones a su teoría, entre las cuales pueden estimarse como más esenciales las dos siguientes: "Che l'at-

tribuire al potere originario di taluno di sentire una determinata coazione, il termino 'attitudine' anzichè quello di 'facoltà', non risolve la questione della libertà di volere; onde affermare che l'imputabilità è l'attitudine a sentire la coazione psicologica, quando questa attitudine sia alunchè di separato dalle cause determinatrice della volontà è un definire l'imputabilità stessa sulla trama del libero arbitrio, e non già sulla scorta del determinismo." "Che per tanto la scuola critica del Diritto penale, non ha fondamento filosofico, e non è neppure *critica*, perchè stabilisce il principio dell'imputabilità sopra una esperienza empirica del fatto della libertà, come fenomeno del quale non si preoccupa di relevare la genesi e il processo."

Otra teoría es la expuesta por Vicente Manzini en las primeras ediciones de su *Trattato*, denominada de la *capacidad penal*. Dice éste que es capaz de pena todo hombre que reúna actualmente condiciones para llegar a ser cooperador normal de la sociedad. Los incapaces son los absolutamente inadaptables a la ley de sociabilidad. Sobre la personalidad de Derecho penal obran, en el sentido de excluirla, la edad, la criminalidad habitual, etc., de donde se deduce que son incapaces los menores, los locos, los delincuentes habituales. La pena, dice Manzini, está hecha para los hombres normales o ciudadanos; contra los delincuentes habituales, o sea incapaces, no pueden adoptarse más que disposiciones de policía. Como se ve, en ello coincidió con las doctrinas anteriormente expuestas.

Ocupémosnos, finalmente, de la *teoría de la voluntariedad*. La imputabilidad surge solamente como consecuencia de que el hecho haya sido voluntario. Y son conceptos distintos el de voluntariedad y el de libertad de las acciones. En los casos de coacción psíquica, miedo insuperable y estado normal, como quiera que falta la espontaneidad de las acciones, desaparece, según los partidarios de esta teoría, la razón que justifica la intervención del Estado. Este concepto de voluntariedad es el que se acoge —según Antón— en el Código español vigente, cuyo artículo primero dice que "son delitos y faltas las acciones u omisiones *voluntarias* penadas por la ley".

## 209 - EL ESTADO PELIGROSO

Los partidarios de buscar una base más eficaz al fundamento de las penas, admiten, con Kant, que la libertad y la responsabilidad son postulados de la ley moral y, por consecuencia, que son verdades

ciertas, de las que nos hemos penetrado por la razón práctica; pero declaran que estas nociones son incognoscibles desde el punto de vista de la razón especulativa. Existirá, pues, una contradicción entre la ciencia y la conciencia: los deterministas tendrán razón, según la ciencia; los espiritualistas, según la conciencia. La consecuencia de esta concepción es que se precisa separar la responsabilidad subjetiva, de la que nada podemos saber, de la responsabilidad objetiva, y tomar únicamente el peligro que puede amenazar a la sociedad del ejemplo y de la manera de vivir del delincuente. Adolfo Prins es el más genuino representante de esta teoría.

Estas ideas nos llevan a la consecuencia, en el camino pragmático, de que la discusión sobre el libre albedrío y el determinismo es infecunda para el Derecho penal. La resolución de este problema —si es que puede tenerla— debe remitirse al campo de la Filosofía. Lo que interesa a los penalistas es la noción del “estado peligroso” que el delincuente representa para la sociedad.

La primitiva y pura noción integral del peligro que el criminal representa, nace con la temibilidad de Garófalo, como fórmula de un criterio positivo de la penalidad. Esta palabra, que no tiene equivalente en español, la creó Garófalo “para designar la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente”.

La noción del “estado peligroso”, como nueva fórmula, resurge en los Congresos de la Unión internacional de Derecho penal, que representa el criterio de la Política criminal europea. En los comienzos, el “estado peligroso” no se expone como una teoría general, capaz de sustituir a los clásicos conceptos de imputabilidad y responsabilidad, sino como doctrina aplicable tan sólo a ciertas categorías de delinquentes (defectuosos, habituales, etc.). Prins insinúa el concepto cuando en el discurso inaugural del primer Congreso nacional belga, reunido en 1892, decía: “La verdadera misión del juez consiste mucho más en apreciar el carácter más o menos antisocial del culpable y el grado de intensidad del móvil antisocial que le empuja a cometerlo, que en comprobar mecánicamente si los elementos de la definición teórica del delito se encuentran reunidos.” Más tarde, en el Congreso de la Unión, celebrado en Hamburgo en 1905, el mismo autor formula esta ponencia: “Extensión, para cierta categoría de reincidentes, de la noción del estado peligroso del delincuente, que sustituya a la noción, demasiado exclusiva, del hecho perseguido”; y Liszt, al redactar el resumen preparatorio del Congreso, hace notar que la ponencia transcrita es una prueba de la evolución de las



ideas penales, pues del delito aislado se pasa a la integridad del delincuente; del criterio objetivo al subjetivo.

Después, la concepción del estado peligroso ha cobrado mucho mayor vuelo. La trató Grispigni, y nosotros antes que él, como fórmula amplia y comprensiva del fundamento de la intervención estatal. En la Argentina ha sido bien estudiada en obras y monografías.

El hombre, en una concepción del futuro, será sometido a tratamiento por ser temible para los coasociados. Sin renunciar a esta doctrina, enfocada hacia el día en que el Derecho penal deje de serlo, es preciso hoy conservar el concepto de la imputabilidad, aunque desmembrada de su arcaico nexa moral del libre albedrío. Es preciso hallarle un cimiento psicológico.

#### 210 - LA IMPUTABILIDAD PSICOLÓGICA COMO BASE DE LA CULPABILIDAD

La actitud de los positivistas italianos que renegaron totalmente de la imputabilidad debe hoy rectificarse. En Alemania, un jurista y un psiquiatra, Alexander y Staub, nos han abierto horizontes insospechados aplicando el Psicoanálisis al delito. El crimen nace de motivos conscientes y de constelaciones de motivos que pertenecen al inconsciente. Esto está demostrado con toda nitidez. Ahora bien, la responsabilidad penal se halla en razón directa del número y esencia de los motivos conscientes que decidieron el acto humano. En los estudios de estos autores, sobremanera versados en Psicología, aprendemos que la imputabilidad no está soterrada, como creyeron Ferri y sus secuaces, sino que resurge con nueva vida psicológica para así dar apoyo a la culpabilidad.

Como veremos luego, al hacer el estudio del dolo, éste tiene como elemento intelectual la *consciencia de quebrantar el deber*, en la doctrina por nosotros formulada. Pues bien: para que esta concepción tenga un apoyo firme es preciso que la imputabilidad resucite con vida nueva, prestada por la Psicología. Repudiamos el aspecto teológico de la imputabilidad moral, pero reconocemos su índole psicológica.

En suma: como elemento indispensable para la culpabilidad, admitamos la imputabilidad como *facultad de conocer el deber*. Conforme a la doctrina de Max Ernesto Mayer, la imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Por su

parte, ha dicho ahora Mezger que la imputabilidad es la "capacidad de comprensión".

El objeto de la imputación es siempre una conducta típica y antijurídica. Aquélla no comienza hasta que están comprobadas la tipicidad y la antijuricidad. Y el supuesto primero de la culpabilidad es la *imputabilidad del autor*.

Más adelante veremos (*infra*, cap. XXXI) cómo aquélla es la capacidad penal (capacidad de acción, dijo Binding con equívoca fórmula), meramente psicológica, en que se basa la culpabilidad.

## 211 - LA IMPUTABILIDAD EN ALGUNOS CÓDIGOS HISPANOAMERICANOS

Son contadísimos los Códigos iberoamericanos que, inspirados en el positivismo, eliminan la imputabilidad. El de Colombia es tal vez el que lo ha hecho con mayor energía, y sin embargo, no han dejado de infiltrarse en él nociones directamente vinculadas a la imputabilidad y mal avenidas con la *responsabilidad* por las meras actividades "psicofísicas". Lo mismo podríamos decir del Código mexicano, que se afilia al "pragmatismo". El Código de Cuba, por su parte, a pesar de ser confesadamente positivista, mantiene de modo taxativo la imputabilidad, puesto que habla de las causas que la suprimen.

Todos los demás Códigos penales de Iberoamérica se basan en la imputabilidad, incluso aquellos que para nada aluden al libre albedrío. Sin embargo, lo mismo que no definen positivamente la antijuricidad no tienen para qué dar un acabado concepto de la imputabilidad.

No falta una parte de ellos que enumeran de *manera positiva* la imputabilidad como presupuesto de la imposición de pena por hecho u omisión criminosos, aunque la ley no la defina ni diga en qué consiste (Código del Perú, art. 43) o lo haga simplemente exigiendo *voluntad* y *conciencia* (Código del Ecuador, art. 32). En otros Códigos es fácil inducir la posición afirmativa de las fórmulas de irresponsabilidad. Así, vemos que suele reclamarse *libertad* y *voluntad*, *conciencia* y *libertad* o *voluntad* y *conciencia*. Los de Argentina, Perú, Brasil y Costa Rica exigen *comprensión de la criminalidad del acto y poder dirigir las acciones o determinarse conforme a aquella apreciación*.

La palabra *conciencia*, en Psicología profunda, puede recibir distintas acepciones. Que es posible, en el idioma español, caracterizar

con dos próximas voces de contenido muy distinto: *consciencia* y *conciencia*. Es aquélla la presencia de nuestro *yo* en la acción, y ésta significa una instancia valorativa que, en cierto modo, se aproxima a lo que los psicoanalistas llaman *super yo*. Mas en el lenguaje literario, y aun en el jurídico, no se ha llegado todavía a tales distinciones y por ello podemos interpretar, y así creemos que es como los Códigos aludidos dicen la palabra *conciencia*, como referida al acto consciente.

En cuanto a la *libertad*, no es posible decir que con tal vocablo se han afiliado los Códigos que le emplean a la teoría libero-arbitrista, entendiéndose tan sólo que con ese término se alude a la conducta voluntaria motivada y espontánea.

Algunos Códigos hispano-americanos hablan de "responsabilidad" atenuada, cuando el estado mental reduce en alto grado la responsabilidad, sin excluirla totalmente. He aquí aceptada la vieja fórmula de la imputabilidad disminuída o de la semirresponsabilidad de que pasamos a ocuparnos.

## 212 - LA LLAMADA "IMPUTABILIDAD DISMINUÍDA"

El paso de la salud mental a la locura, y de la plena consciencia a la inconsciencia, se verifica por grados sucesivos, apenas sensibles, que constituyen la *zona intermedia* de Maudsley, las *formas de paso* de Forel, los casos *limítrofes* de los alienistas alemanes. Esta misma dificultad se presenta cuando se trata del tránsito del desarrollo mental incompleto a la plena capacidad. El Derecho penal debe tomar en cuenta estos casos; pero el problema estriba en saber cómo debe apreciarlos, y si es posible, entonces, hablar de "imputabilidad disminuída" o "atenuada", o si sería preferible, en atención al estado peligroso, abandonar toda idea de castigo, aunque fuera mitigado.

Esta importantísima cuestión de los defectuosos se resolvía por la escuela clásica mediante la fórmula de la responsabilidad y de la pena atenuadas. Es decir, que puesto que se supone que la imputabilidad no es completa, se precisa tratar de medir la pena por la responsabilidad. Pero este sistema es absurdo: se somete a una pena disminuída a aquellos hombres que por no ser enteramente locos son más peligrosos, porque resisten a los impulsos perversos menos que los hombres enteramente sanos, y saben escoger los medios y las ocasiones para realizar sus propósitos. En efecto —como dice certeramente Adolfo Prins—, puesto que el defectuoso, menos

responsable, puede ser, al mismo tiempo, el más peligroso, la imposición de una pena reducida comprometería el orden público. La situación se considera, pues, por los clásicos, de una manera errónea. El delincuente defectuoso no es un delincuente respecto del cual sea preciso tomar menos garantías que respecto del normal. Los normales cometen, en ciertos momentos, actos amenazadores, pero vuelven después al camino regular; los defectuosos permanecen siendo defectuosos; de una manera permanente se encuentran en un estado peligroso para ellos mismos, para su ambiente inmediato y para la sociedad.

La fórmula del estado peligroso, extendida a toda clase de delinquentes psicópatas, en sustitución del principio clásico, resolvería esta absurda cuestión de la imputabilidad disminuida. La pena dejaría paso a la medida de seguridad.

### 213 - EL MOMENTO DE LA IMPUTABILIDAD ("ACTIO LIBERA IN CAUSA")

Podemos afirmar, como exigencia ineludible, que la imputabilidad debe existir en el momento del acto, y también la culpabilidad que tiene aquélla como presupuesto.

No dejan de poder suscitarse importantes cuestiones al respecto. ¿Cómo podrá imputarse al agente la acción y, mejor aún, la omisión cometida en completo estado de embriaguez que el autor buscó de propósito para cometerla? ¿Cómo imputar al sujeto los delitos cometidos en completo alcoholismo agudo, en el que cayó voluntaria o culposamente? ¿Cómo atribuir los actos perpetrados por una persona que pide y acepta la sugestión hipnótica a fin de darse el valor necesario para ejecutarlos?

A nuestro juicio, este asunto ha sido bien concretado por Franz von Liszt. Para él es decisivo en la imputabilidad el momento en que ha tenido lugar la manifestación de voluntad, siendo indiferente el estado mental del sujeto en el instante en que se produce el resultado. "No tenemos más que aplicar lógicamente esta regla general para zanjar la célebre cuestión escolástica sobre la apreciación de las llamadas acciones *liberae in causa* (*seu ad libertatem relatae*). Estas se presentan cuando se produce un resultado contrario al Derecho, por un acto o una omisión en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fué ocasionada por un acto (acción u omisión) doloso o culposo cometido en estado de imputabilidad. Ejemplos: El guar-

dagujas que se embriaga con la intención de no hacer el cambio de agujas a la llegada del tren expreso; la madre que sabiendo que se agita intranquila durante el sueño coloca, por imprudencia, a su hijo junto a ella en la cama y le aplasta. De ordinario, aunque no exclusivamente, son las omisiones las que pueden ser cometidas en esta forma; más raros son los delitos culposos de omisión; y rarísimos y muy dudosos serán los casos en que una comisión dolosa se presente como *actio libera in causa*. Sin embargo, esto tampoco es imposible; así como nosotros podemos utilizar a los locos y a los ebrios como instrumentos para nuestros fines, porque en ellos la facultad de determinarse por medio de representaciones, aunque irregular, no es imposible, así también podemos utilizarnos a nosotros mismos, en estado de perturbación mental o de embriaguez, para la ejecución de planes preconcebidos. Si la relación causal y la culpabilidad se dan en el resultado, en el caso concreto, la apreciación jurídica no ofrece ninguna otra dificultad. En el momento decisivo (y éste no es la ejecución del resultado, sino el impulso dado para que la cadena causal se desarrolle) existía la imputabilidad. El guarda no estaba ebrio y la madre estaba despierta cuando pusieron la causa del resultado producido. El acto ha sido cometido en este momento y, por tanto, es imputable al autor.”

Este criterio se ha sustentado también, en lo fundamental, por Binding, Hälschner, Frank, von Bar, Meyer-Allfeld, Olshausen, Alimena, etc. Sin embargo, de esta *communis opinio* se han desviado y se desvían algunos que, como Tissot, creen necesaria la presencia del dolo, aun en el momento en que el delito se ejecuta materialmente, o que piensan, como Kleinschrod y Katzenstein, que el mero propósito nunca es punible, ni aun como tentativa, y que es absurdo pensar que pueda dar origen a un delito ejecutado durante una situación de inimputabilidad.

De las *legislaciones europeas*, el Código noruego prevé, mediante una fórmula general, en el artículo 45, las acciones *liberae in causa*, y dispone que si alguno, para cometer un delito, se ha puesto en un estado pasajero de irresponsabilidad, ésta no tiene influencia sobre su imputabilidad, y que si alguien, no voluntariamente, sino por culpa, se ha colocado en tal condición, será castigado, en caso de que se trate de un acto en que sea punible la negligencia.

## CAPÍTULO XXX

### LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

#### 214 - CONCEPTO DE LA INIMPUTABILIDAD

Los tratadistas alemanes han delimitado exactamente el lugar que estas causas ocupan en el sistema jurídico. Tratan los motivos de inimputabilidad al ocuparse en la *imputabilidad* (*Zurechnungsfähigkeit*), en un capítulo o párrafo inmediato o en el mismo. Así lo hacen Adolfo Merkel, von Liszt, Stooss, Max Ernesto Mayer y van Calker. En esencia, lo mismo puede decirse de Wachenfeld, que estudia estas causas al exponer la *culpabilidad* (*Schuldfähigkeit*). Dos de los escritores citados, Stoos y M. E. Mayer, y algún otro, como Augusto Köhler, las dan idéntico nombre al usado entre nosotros: “estados” o “casos” de *inimputabilidad* (*Unzurechnungsfähigkeit*), mientras que von Liszt, aunque coincide en el sentido, difiere en las palabras empleadas, titulando el párrafo en que expone estas causas: *Die Fälle der Zurechnungsfähigkeit*. Mezger también considera estas exenciones de responsabilidad como causas en que la imputabilidad está ausente.

Los criterios de los autores de Italia, Francia y España sobre la metódica de la inimputabilidad no son tan exactos al deslindar las causas de justificación de los motivos inimputables, según hemos visto antes (vid. *supra*, cap. XXV-185 a).

Desde que los positivistas penales lanzan sus críticas contra la imputabilidad y sus formas negativas, son muchos los que han creído que no era preciso definir la inimputabilidad, puesto que todos los sujetos eran responsables socialmente. De aquí que los exponentes de la escuela positivista italiana proclamasen que el demente y el niño debían ser responsabilizados ante la ley.

Como se acaba de decir (vid. *supra*, cap. XXIX, núm. 210), después de meditado serenamente el asunto, hemos vuelto a defen-

der el concepto de imputabilidad en la Psicología, como facultad de conocer el deber. Esto nos obliga a considerar el aspecto negativo, es decir, los motivos de inimputabilidad.

Podemos definirlos así: *Son causas de inimputabilidad la falta de desarrollo y salud de la mente, así como los trastornos pasajeros de las facultades mentales que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber*; esto es, aquellas causas en las que, si bien el hecho es típico y antijurídico, no se encuentra el agente en condiciones de que se le pueda atribuir el acto que perpetró.

### 215 - LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD EN ESPECIE

Debe procurarse, como en orden a las causas de justificación, ensanchar el ámbito de estos motivos de inimputabilidad, reconociendo su existencia en cuantos casos esté excluida la facultad de conocer el deber y no encerrarse en el repertorio de causas que la ley consigna.

Conforme a este criterio, enunciamos en clasificación adecuada, no sólo los motivos de inimputabilidad consignados en los Códigos penales de Hispanoamérica, sino aquellos que surgen de las corrientes interpretativas teleológicas de sus textos:

#### a) *Falta de desarrollo mental:*

a') La menor edad se reconoce en los Códigos como eximente; pero varía el plazo de exención, que en los más antiguos se fija en los diez años de edad; en otros —los más— en los doce; en algunos figuran como límite los catorce; y en los más adelantados en este punto, los dieciséis y hasta los dieciocho. El Código penal argentino, después de la aprobación de la ley 14.394, de 22 de diciembre de 1954, establece la edad de dieciséis años para declarar al menor capaz de delinquir.

b') Sordomudez.

#### b) *Falta de salud mental.*

#### c) *Trastorno mental transitorio:*

a') Embriaguez (sólo atenuante en algunos Códigos).

b') Fiebre y dolor.

El sexo y la vejez por sí solos jamás pueden ser causas de inimputabilidad; a lo sumo lo serán de atenuación de pena, pero no de

responsabilidad penal. Si los trastornos de la mujer (menstruación, embarazo, menopausia) y la evolución de la senectud causan estados psicopáticos o psicóticos, éstos se aprecian como tales, pero no por ser mujer o anciano quienes los padecen.<sup>1</sup>

## 216 - LA ENAJENACIÓN

Una buena fórmula de inimputabilidad ahorraría infinitos conflictos entre jueces y expertos, y en cambio, una mala redacción de las causas de irresponsabilidad, no sólo provoca confusiones entre el perito y el magistrado, sino que, a menudo, encierra en las prisiones enfermos de la mente, con el indeclinable agravio de la justicia y con marcado riesgo de que empeore el paciente.

Ofrécese al legislador, para definir la irresponsabilidad de los enfermos, de los inconscientes y de los que padecen un trastorno mental pasajero, tres fórmulas fundamentales, a las que me voy a referir:

### a) *Fórmula psiquiátrica o biológica pura*

Consiste en enunciar, de la manera más simple, los efectos psicológicos y jurídicos que pueden producir la enfermedad mental, sin establecer límites de orden jurídico ni psicológico. Ofrece ejemplo clarísimo de esta clase de redacciones el Código penal francés, que en el artículo 64 dice: "Il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action..."

A este tipo pertenecen, con parentesco más o menos próximo, los preceptos de los Códigos de Austria (art. 2º); Bélgica (art. 71); España (núm. 1º, art. 8º), y Chile (núm. 1º del art. 10). Como

<sup>1</sup> No podemos ocuparnos específicamente de la minoridad penal —que al *ius penalista* no le interesa, puesto que el niño ha salido para siempre del Derecho punitivo—, de la sordomudez, de la fiebre y del dolor. En el apartado próximo trataremos de la fórmula general de irresponsabilidad por enajenación y del trastorno mental transitorio. En este último caben, cuando está bien concebido, los estados de inconsciencia y las situaciones compulsivas de la pasión. Estos problemas que omitimos pueden ser estudiados en mis invocadas *Adiciones al Programa* de Carrara, págs. 539 y sigs. Por lo que respecta al alcoholismo, vid. mi estudio *Alcoholismo y criminalidad*, en *El Criminalista*, tomo I (Buenos Aires, "La Ley", 1941); y también mi conferencia *Dolor y ceguera*, en *Problemas de Derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires, La Facultad, 1944.



veremos luego, el Código penal español de 1932 se mantiene en este criterio.

### *b) Fórmula psicológica*

En ella se formula la irresponsabilidad del demente, atendiendo al efecto que en Derecho produce el factor psicológico de la enfermedad, expresando que consiste en excluir la voluntad, la "libre determinación de la voluntad", como hace el Código penal alemán en el artículo 51. Aunque no vinculan la exención de un modo taxativo con la libre voluntad, parecen haber adoptado una fórmula de sentido puramente psicológico el viejo Código de Hungría (párrafo 76), así como el de Portugal (art. 26), e incluso los de Finlandia (párrafo 3º del capítulo III) y Holanda (art. 37).

### *c) Fórmula psiquiátrico-psicológico-jurídica*

Conforme a ella debe hacerse constar que la enfermedad de la mente o el estado de inconsciencia, para tener eficacia eximente, han de privar de la consciencia de delinquir o de la posibilidad de obrar conforme a Derecho. El viejo Código ruso de tiempos de los zares (art. 39) adoptó este criterio, que fué copiado por el Código de la Argentina. El vigente Código suizo adopta también este criterio mixto desde el Proyecto de 1918 (art. 10). Los Proyectos alemanes de 1919 y 1925, y los que les siguieron, pueden enrolarse también en este sistema, en el que figuró asimismo el Código penal español de la dictadura, decretado en 1928. El doctor Lafora criticó el artículo 55 de aquella disposición legal de los tiempos de Primo de Rivera, por creer que la frase "privar necesariamente de su voluntad para obrar de acuerdo" con la conciencia, estaba carente de exactitud, y que mejor hubiese sido decir: "falta la inhibición necesaria para abstenerse".

Más tarde (vid. *infra*, núms. 218 y 220-221) veremos cuál de estas fórmulas es preferible y cómo debe ser redactada. Por el momento anticipemos que el jurista debe emplear, para no incidir en confusiones ni afiliarse a sistemas psicológicos o psiquiátricos determinados, una expresión breve y procedente de la lengua popular más que de la técnica, tal como *enajenación*, para expresar con ella la más importante de las causas de inimputabilidad.

217 - LA FÓRMULA DE INIMPUTABILIDAD EN LOS CÓDIGOS  
IBEROAMERICANOS

a) *La enajenación*<sup>1</sup>

Desde los más viejos Códigos se ha reconocido la inimputabilidad del enfermo mental, y sabido es que se han adoptado muy variadas fórmulas: la *biológica o psiquiátrica pura*, la *psicológica* y la *psiquiátrico-psicológico-jurídica*.

A la *primera de ellas* se refieren los textos que se limitan a enunciar aquel estado patológico diciendo que no delinquen los que están en estado de *demencia* (Código de Bolivia, art. 13, circ. 2ª; Haití, art. 48; República Dominicana, art. 64); o el *loco o demente* (Chile, art. 10, núm. 1º; Nicaragua, art. 21, núm. 1º; El Salvador, art. 8º, núm. 1º); los *idiotas y lunáticos* (Puerto Rico, § 39, 1 y 2); el *imbécil* y el *loco* (Honduras, art. 7º, núm. 1º). Sin dejar de ser en el fondo biológicos puros, otros Códigos han aceptado un término más exacto, que en cierto modo lleva en sí una valoración del trastorno mental: *enajenado* (Cuba, art. 35, A; Guatemala, art. 21, número 1º).

Asumen carácter mixto *psiquiátrico-psicológico* los textos que dicen: *enfermedad mental que prive del uso de sus facultades intelectuales* (Paraguay, art. 18, núm. 3º); *debilitación o trastorno de las facultades mentales por causa de enfermedad, de tal suerte que carezca de discernimiento o de conciencia y libertad* (Panamá, artículo 44); *de conciencia o de la libertad* (Venezuela, art. 62); o de *entender o de querer* (Ecuador, art. 34).

A la fórmula *psiquiátrico-psicológico-jurídica* se refieren los Códigos que dicen: *insuficiencia de las facultades mentales o perturbación morbosa de las mismas* (o simplemente *enajenación mental*), *que impiden al agente comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones* (Argentina, art. 34, núm. 1º; Costa Rica, art. 25, número 3º); *enfermedad mental, idiotez o grave alteración de la conciencia y no poseer en el momento de obrar la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto o de determinarse según esta apreciación* (Perú, art. 85, núm. 1º; Brasil, art. 22); el texto del Uruguay)

<sup>1</sup> Al reformarse el Código penal español de 1870, el año 1932, se introdujese ese término en reemplazo de las viejas e inexpressivas palabras: "imbécil o loco". Del texto español republicano lo han tomado los Códigos que se indican.

es semejante, salvo en lo de referirse al *carácter ilícito* del acto, en vez de hacerlo a su índole delictuosa (art. 30).

### b) La embriaguez

La tradición española, que se enmienda al venir la República, *no consintió que la embriaguez fuese causa eximente de responsabilidad criminal* y sólo hubo de dotársela de *carácter atenuante*. El Código de Bolivia dice terminantemente que la *embriaguez voluntaria no exime de pena* (art. 13, último párrafo), y la *aprecia como atenuante* (art. 15, núm. 8º), con ciertas condiciones (art. 16), como lo hacen también otros Códigos, siguiendo al español de 1870 (Nicaragua, art. 22, circ. 5ª) y Honduras, art. 8º, circ. 5ª; Paraguay, art. 33; Costa Rica, art. 28, 5º) y también el venezolano, en el que *atenúa cuando es casual o excepcional* (art. 64, regla 5ª) y hasta meramente culposa (art. 64, regla 3ª), siendo indiferente para graduar la pena si sabía el agente que la “embriaguez le hacía provocador y pendenciero” (art. 64, regla 2ª) y actuando como agravante si es preordenada al delito (art. 64, regla 1ª).

El Código de Puerto Rico declara taxativamente que el hecho delictivo perpetrado en situación de *embriaguez voluntaria no es menos criminal, pero podrá ser tenida en consideración* “siempre que la existencia real de algún fin, motivo o intento determinado fuere elemento indispensable para constituir alguna clase o grado de delito especial” (§ 41).

Algunos Códigos, sobre todo los de vieja inspiración, *estiman que la embriaguez puede incluso ser agravante cuando es habitual* (Paraguay, art. 33, párrafo 2º; Cuba, art. 39, H; Ecuador, art. 37, 5ª; Costa Rica, art. 29, 4ª) o *preordenada al delito* (Venezuela, art. 64, regla 1ª; Cuba, art. 39, H; Ecuador, art. 37, 4ª; Costa Rica, art. 29, 4ª).

Los Códigos más modernos se atreven ya a dar *categoría eximente a la embriaguez*. Así acontece en el de Panamá, cuando es *casual*, atenuando cuando es *voluntaria* e incluso *habitual* (art. 46); en el de México, cuando es *accidental e involuntaria* (art. 15, II); en el del Uruguay, cuando fuese *completa y fortuita* (art. 31), y en el de Cuba, cuando es *plena y fortuita* (art. 35, B). En el del Ecuador, que al igual que el de Venezuela (aunque éste no exime), da reglas minuciosas sobre la embriaguez, tiene efectos absolutorios cuando *prive al agente de conocimiento* y derive de *caso fortuito o fuerza mayor* (art. 37, 1ª); atenuantes cuando es incompleta (ar-

título 37, 2ª); siendo indiferente en otros casos (art. 37, regla 3ª) y agravante si es premeditada y habitual (art. 37, 4ª y 5ª). En el del Brasil, exime cuando es *completa e involuntaria* y atenúa en caso de ser incompleta (art. 24, II, 1º y 2º).

En otros Códigos, en que se habla de la *inconsciencia* o de *alteración de la conciencia*, podrá eximir el estado de alcoholismo agudo cuando deje inconsciente al sujeto (Argentina, art. 34, 1º; Perú, art. 85, 1º), y lo mismo puede decirse en el caso de que se haya incluido en la fórmula de irresponsabilidad el *trastorno mental transitorio*, sin decir nada expreso sobre la ebriedad, como ocurre en el Código de Guatemala (art. 21. núm. 1º). Produce también el efecto de eximir de pena la embriaguez *involuntaria y aguda*, en el Código de Colombia, puesto que la *voluntaria* se aprecia como atenuante (art. 38, circ. 5ª) y la *intoxicación crónica* da lugar a una medida de seguridad (art. 29).

En algunas legislaciones se incluye con iguales efectos que la intoxicación alcohólica el empleo de sustancias *tóxicas, enervantes, heroicas o estupefacientes* (México, art. 15, II; Uruguay, art. 33; Cuba, arts. 35, C; 37, A; 39, I).

## 218 - PREFERENCIA DE LA FÓRMULA PSIQUIÁTRICO-PSICOLÓGICO-JURÍDICA

Debe quedar plenamente descartada la fórmula psicológica-pura del Código alemán, así como la psiquiátrico-psicológica. Son, a nuestro juicio, las más defectuosas.

Durante mucho tiempo pareció ofrecer las máximas posibilidades de acierto la fórmula biológica o psiquiátrica pura. No entraba el legislador en el arduo tema de su eficacia, y sólo mencionaba aquellos estados que deberían ser, mediante peritaje, objeto de irresponsabilidad.

En la época en que la Psiquiatría se constituye con entidades nosológicas, la fórmula biológica o psiquiátrica pura pareció, en efecto, estar colmada de promesas. Mas es el caso que en la actualidad estamos convencidos, psicólogos, psiquiatras y juristas, de que ese cuadro lleno de nombres nos dice poco en cuanto al psiquismo del sujeto que padece las enfermedades en él catalogadas. Recordemos la famosa frase de Alfredo Hoche, que dijo en Alemania, hace ya muchos años, que la fijación de las entidades nosológicas era en Psiquiatría "la caza de un fantasma". La Psicología moderna nos muestra la necesidad de indagar el psiquismo del agente, no

sólo en corte transversal, sino a lo largo de toda su existencia. Ya nada se nos dice con las etiquetas de "esquizofrenia", "paranoia", "locura maníaco-depresiva", "epilepsia", etc., etc. Un paranoico y un epiléptico pueden haber obrado con consciencia plena y haber podido inhibir sus impulsos delictivos, y un epiléptico o un paranoico pueden ejecutar hechos en que les fué imposible inhibir el impulso al crimen o conocer la criminalidad de su acto. Sólo frente al sujeto determinado podrá decidirlo el auténtico perito.

Por lo demás, si hemos afirmado antes (vid. *supra*, cap. XXIX, núm. 210) que la imputabilidad ha de construirse en base psicológica, es obvio que la pura fórmula biológica no podrá satisfacerlos. En nuestra época es necesario construir ésta conforme a elementos psiquiátrico-psicológico-jurídicos.

Por demás delicado es el empleo de la expresión con que tenemos que aludir a la personalidad que padece trastornos capaces de suprimir su imputabilidad. Ha de proscribirse el viejo criterio enumerativo. No podemos decir "imbécil o loco", como constaba en el viejo Código español, ni "loco o demente", como se consigna en otras legislaciones, ni aludir a "perturbaciones de las facultades mentales", porque la Psicología facultativa está para siempre sepultada. Bastará con emplear una expresión que lleve en sí el propio elemento valorativo, que tan necesario le es al hombre de leyes para decidir si el autor del delito es o no imputable. Creemos que la palabra *enajenado* reúne todas las ventajas. No es como *alienado* —aunque signifique lo mismo—, un término técnico, sino un vocablo del lenguaje común. En último extremo, significa el enfermo o débil de la mente, que obra fuera de sí mismo, sin conocimiento de lo que hace o sin control de lo que realiza.

## 219 - INCONSCIENCIA

Algunos Códigos —sirva de ejemplo el alemán, en Europa, y el argentino, en América —han querido completar la fórmula de irresponsabilidad, de origen patológico, con otro término que pudiera comprender situaciones ajenas a las patológicas: *inconsciencia*.

En ella han tratado de comprenderse el sueño, el sonambulismo, la sugestión hipnótica, la fiebre, el dolor y la embriaguez.

No podemos entrar ahora a exponer estos estados, que se hallan muy debatidos, sobre todo el hipnotismo, entre los psiquiatras, psicólogos y juristas. Nos basta con discutir si conviene el empleo de

la voz "inconsciencia" o de otra más moderna, para amparar con ella estas y otras muchas situaciones, como la de la violentísima pasión y el justo dolor, que pueden hacer irresponsables a los hombres.

## 220 - TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO

### a) *Antecedentes*

El Código penal español, reformado el 27 de octubre de 1932, en vez de considerar como eximentes la locura y la imbecilidad, dice ahora, en el núm. 1º del art. 8º, que "Están exentos de responsabilidad criminal: El enajenado y *el que se halle en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito*. —Para que la embriaguez exima de responsabilidad ha de ser plena y fortuita—. Cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como delito, el Tribunal decretará su internamiento en uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal.

La Comisión que redactó la reforma estaba presidida por mí, y formaba parte de ella el Dr. José Sanchis Banús, el más inteligente psiquiatra español, muerto prematuramente en julio de 1932, cuando apenas tenía cuarenta años. No logró ver en vigencia la fórmula por él inspirada, pero a su penetrante sabiduría se debe. Yo había redactado la eximente en que me ocupo ahora, refiriéndome a la "enajenación" y a la "inconsciencia". He aquí cómo razonó Banús su propuesta, que luego convirtió en ley:

"La nueva formulación del artículo 8º nada tiene que discutir en su párrafo segundo.<sup>1</sup>

"La primera parte del párrafo primero («Están exentos de responsabilidad criminal: 1º El enajenado...») tampoco tiene objeción posible dentro de las limitaciones que nos señaló Jiménez de Asúa para la posibilidad de innovaciones en este «Código de urgencia». Hasta la elección de la palabra (enajenado) me parece especialmente afortunada. Esta fórmula está destinada a sembrar concordia entre médicos y juristas.

"Pero la segunda parte ya no me parece tan afortunada. Me refiero al giro «y el que se halla en situación de inconsciencia».

<sup>1</sup> Es el párrafo tercero ahora, después de introducido, como segundo, el referente a la embriaguez.

Conozco la «necesidad legal» y la tradición de esta frase. Pero colocada en este lugar, deja un portillo abierto a las dudas y a las discordias. En efecto:

”a) La conciencia es una noción particularmente imprecisa; y por justa razón lo es tanto como ella misma el término contrario de la «inconsciencia», con la agravante de que las definiciones positivas («la conciencia es... , etc.») son mucho más fáciles de construir que las negativas («la inconsciencia es la falta de... »).

”b) No hay «situación de inconsciencia». Hay «grados de conciencia». La perturbación de la conciencia no es nunca *pura*, además, sino que se acompaña de una perturbación global del psiquismo. Definir un estado mental como una «situación de inconsciencia» es como definir una pulmonía como una «situación de fiebre».

”c) Los médicos no saben psicología. Los juristas no saben medicina: el Tribunal no podrá nunca ser seriamente ilustrado sobre la «situación de inconsciencia».

”Yo pregunto: ¿Por qué separar la situación de inconsciencia de la enajenación? Ni es, ni supone otra cosa sino una enajenación de cierto tipo.

”A poco que se medite se comprenderá en seguida que la diferencia que se quiere llevar al Código entre el «inconsciente» y el «enajenado» representa la expresión científica del giro vulgar «no sabe lo que hace», aplicado a un hombre, que desaparecidas las circunstancias que le colocaron en situación de «no saber lo que hace», volverá a ser normal. En principio, el enajenado afecto de una enfermedad, sólo será normal cuando se cure.

”El «estado de inconsciencia» supone, pues, la necesidad de admitir una perturbación transitoria del psiquismo, ligada a la acción de unas causas exógenas inmediatas, como motivo de exención, al lado de la enajenación, que a su vez es un trastorno duradero y principalmente ligado a causas endógenas.

”Pero desde un punto de vista pragmático, si la exención alcanza a esa situación que se llama «estado de inconsciencia» (tomando la parte por el todo), es justamente por lo que ese «estado de inconsciencia» se parece a la enajenación en sus efectos sobre la conducta.

”Yo buscaría un giro que asimilara los «estados de inconsciencia» a la enajenación; sobre la realidad de una enajenación, aunque sea de causa exógena y transitoria, siempre podrá el Tribunal ser informado por un médico. Sobre el «estado de inconsciencia», nunca.

”Claro es que en este caso habría que orillar la dificultad que

supone el párrafo segundo<sup>1</sup> del artículo, para que no vayan al Manicomio los casos que no deban ir.

"Yo me permito someter a la crítica de mis compañeros el siguiente giro:

"...y el que se halle en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido provocado por el autor, culposa o intencionalmente»."

Sobre esta base iniciamos la discusión, y se llegó, en sucesivas sesiones, al acuerdo de adoptar la fórmula propuesta por José Sanchnis Banús, con esta aclaraciones y reformas:

a) Modificar las últimas palabras, porque el trastorno mental transitorio provocado por "culpa" del agente —salvada, como fué, la embriaguez, que redactóse en inciso propio— no debe eliminar la eximente.

b) Formularla tal como Banús la proponía, pero pensando que también cabe en situaciones *conscientes*, siempre que no pueda el sujeto dirigir sus acciones.

e) Considerarla como referida a situaciones totalmente transitorias, como el sonambulismo, el estado crepuscular del sueño, el delirio de la fiebre, la sugestión hipnótica y hasta multitudinaria, etcétera, etcétera, y tratar especialmente de la embriaguez, a propuesta de D. Ángel Ossorio y Gallardo, debido a que los Tribunales españoles podían, ante el silencio del texto, no apreciarla o continuar viendo en ella una atenuante, como en el viejo Código de 1870.

d) Estimar, en principio, que, puesto que se trata de un trastorno mental transitorio, no ha lugar a imponer medidas de seguridad; pero si el trastorno se origina sobre un sujeto, no sólo de base psicopática, sino de índole peligrosa, recluirle en un hospital de enfermos mentales, según preceptúa el último párrafo del número 1º del artículo 8º del citado Código penal español.

La fórmula empleada por el legislador de España estaba casi inédita hasta que la República la consignó en sus leyes. Cierta que figura una eximente parecida en otras legislaciones, a las que vamos a aludir, pero con el alcance y la índole que nosotros la concebimos no figuraba en Código alguno. El artículo 11 del Código soviético de 1926 excluye las medidas "correccionales", y sólo somete a medidas "médicas", entre otras personas, a las que cometen un delito en estado de "trastorno mental transitorio"; pero al final del párrafo: "...o en otro estado patológico", demuestra que el Código ruso concibe esa situación con un carácter mucho más restringido

<sup>1</sup> Como hemos dicho en la nota anterior, fué luego el párrafo tercero.



que el Código de España. En nuestro estudio hemos insistido sobradamente sobre la posibilidad de que tal situación pasajera no tenga origen morboso.

Más distante está aún nuestra fórmula de la del Código penal mexicano de 1931 —también, como el de Rusia, anterior al español—, ya que en su artículo 11, inciso II, se exime por “estado de inconsciencia”, siendo una de sus especies “el trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio”. Obsérvese que no sólo aparece la índole patológica de la perturbación como requisito para excluir la responsabilidad criminal, sino que se expresa como una forma de manifestarse la “inconsciencia”. Nosotros, por inspiración de Sanchis Banús, instauramos en el Código republicano la eximente de trastorno mental transitorio como medio de obviar los inconvenientes que presenta la “inconsciencia”.

Posterior a la reforma penal española es el Código cubano, que lleva fecha de 1936. La redacción del apartado A) de su artículo 34, parece aproximarse a la nuestra. Dice así: “Son imputables: ...el enajenado y el que se halle al tiempo de cometer el delito en estado de trastorno mental, aunque fuere de carácter transitorio.”

El Dr. Peco ha redactado un Proyecto de Código penal para la República Argentina, en 1941. En su Exposición de motivos hace largos razonamientos, inspirados en el criterio español, sobre la eximente de trastorno mental transitorio, que en su Proyecto figura, con acertada diferencia, según tenga o no base patológica. He aquí los textos:

Art. 26: “El hecho es inimputable cuando el autor obrare... 2º — En situación de trastorno mental transitorio, sin carácter patológico, cuando no pudiese discriminar la naturaleza ética de sus acciones o inhibir sus impulsos delictivos.”

Art. 30: “El que en el momento de cometer el hecho padeciere de enajenación mental, o de trastorno mental transitorio de índole patológica, o de intoxicación crónica producida por el alcohol, drogas o estupefacientes, será internado en un establecimiento especial por tiempo indeterminado.

”La medida curativa cesará judicialmente, con audiencia del Ministerio público, previo dictamen de peritos oficiales, cuando el enfermo no sea peligroso para sí ni para terceros.”

### b) Crítica

A nuestro juicio, es acertadísima la redacción adoptada en España —y puedo hacer su elogio porque no se debe a mi pluma—; pero no le han faltado críticos. Fué el primero un psiquiatra eminente, Gonzalo Rodríguez Lafora, que, con poco fundamento —disculpable por tratarse de un artículo periodístico—, hace reparos sobre la necesidad de contemplar la inconsciencia. Sigue Cuello Calón, cuyas críticas, a más de faltas de base, son singularmente torpes. Decir que no estuvimos afortunados en ese inciso, porque hay el peligro de declarar inimputables hechos en que no siempre falta la conciencia, es desconocer los fundamentos que Banús tuvo para atacar la clásica fórmula de estados inconscientes. Ya hemos dicho que la irresponsabilidad no debe sólo basarse en la inconsciencia, puesto que será también inimputable el que no pudo resistir al impulso de perpetrar su acto contrario a la norma. J. López Ibor, que elogia el criterio seguido, aunque cree, probablemente con justicia, que se debía haber delimitado la intensidad del trastorno consignado que ha de anular la voluntad (como declara la jurisprudencia española), da una indirecta contestación a los críticos citados cuando escribe: “Un paranoico puede tener conocimiento de que mata a su perseguidor en un acto delictivo, pero no está en condiciones de resistir a su impulso a pesar de tener conocimiento de su deber.”

Reconozcamos, para después extraer las debidas consecuencias, que dejamos defectuosa la fórmula del trastorno mental pasajero, por no haberla completado psicológica y jurídicamente. Se adopta un criterio biológico puro, y como antes he dicho, es preferible en los tiempos actuales la fórmula psiquiátrico-psicológico-jurídica.

### c) La jurisprudencia española

La jurisprudencia pareció exigir los requisitos siguientes: Primero, una perturbación mental de causa inmediata, evidenciable, pasajera, que termina por la curación y que por ello se diferencia de la enajenación permanente; segundo, una base patológica probada; tercero, que produzca anulación del libre albedrío y generalmente inconsciencia, no bastando la mera ofuscación. Sin embargo, últimamente parece que el Tribunal Supremo abandona la base patológica y se contenta con una ofuscación que cause la incons-

ciencia del agente, aunque ello no le baste en caso de delitos multitudinarios.

## 221 - LA FÓRMULA LEGAL DE IRRESPONSABILIDAD

De acuerdo con cuanto acabamos de decir, una fórmula de irresponsabilidad que comprenda motivos patológicos y situación anormal del espíritu, deberá formularse conforme a criterios psiquiátricos-psicológicos-jurídicos. Nosotros ofrecemos ésta:

Es inimputable: *el enajenado y el que se halle en trastorno mental transitorio, cuando no pueda discriminar la naturaleza ilícita de sus acciones o inhibir sus impulsos delictivos.*

Con esta redacción, no sólo quedarán eximidos de pena, por ser inimputables, los enfermos de la mente, los que sean sonámbulos, los que deliran en la fiebre, los que perpetran una infracción en el estado crepuscular del sueño, sino también aquellos otros que, presas de una pasión violentísima, causada por justo dolor, no pudieron, por haber caído en inconsciencia, discriminar la naturaleza de sus acciones, o aun cuando sean conscientes, por el carácter compulsivo de las emociones padecidas no sean capaces de inhibir sus impulsos delictivos.

La redacción que ofrecemos, y que el Profesor Peco aceptó para su Proyecto de Código penal de la Argentina, está destinada a poner paz en la multiseccular querrela entre jueces y médicos, como José Sanchis Banús predijo; concordia demandada de antiguo por Jerónimo Merola y Rodrigo de Castro, que también el alto espíritu de Dorado Montero hubo de añorar repetidamente. Ahora la critica Luis Cousiño Mac Iver, en su excelente trabajo *La fórmula legal de la inimputabilidad* (publicado en el primer número de la *Revista de Derecho Penal* de Eusebio Gómez); pero no tiene razón al pretender que se elimine de ella "la conciencia ética sobre la ilicitud del acto", bastando, a su juicio, "la falta de comprensión sobre la naturaleza de sus acciones", porque el dolo demanda aquel elemento intelectual, como luego veremos. Además, en la fórmula brindada por Cousiño hay cierto sabor de arcaísmo psicológico al hablar de "facultades", puesto que la Psicología facultativa está sepultada y lo que hoy importa es el conjunto funcional del psiquismo.

## CAPÍTULO XXXI

### LA CULPABILIDAD

Llegamos ahora a la parte más delicada de cuantas el Derecho penal trata. Mientras nos hemos movido en un terreno descriptivo (tipicidad), o de valoración objetiva (antijuricidad), no ha sido preciso estimar, en la medida como desde este instante es necesario hacerlo, la individualización. En última instancia, nuestra disciplina es individualizadora en alto grado, y al llegar a la culpabilidad es cuando el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró.

#### 222 - NOCIÓN DE LA CULPABILIDAD EN SENTIDO AMPLIO Y EN SENTIDO ESTRICTO

En el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.

La imputabilidad suele quedar encerrada, en los Tratados alemanes, en el amplio capítulo de la culpabilidad *lato sensu*. Ora estimada como parte o elemento de la culpabilidad, según hace Mezger, o bien como problemá previo de capacidad, conforme aparece en la mayor parte de los tratadistas germánicos. La imputabilidad figura, pues, no en una sección correspondiente al título del hombre criminal, sino como pieza dogmática del concepto del delito.

Ya hemos dicho (vid. *supra*, cap. XXIX, núm. 210) que, a nuestro juicio, es preciso resucitar esa noción de imputabilidad que creyeron haber enterrado los positivistas, concebida como presupuesto, como capacidad penal ("de acción", dijo Binding, tal vez erróneamente). La imputabilidad psicológica es, por tanto, la facul-

tad de conocer y valorar el deber y de determinarse espontáneamente, según la concibe Max Ernesto Mayer.

En suma: la culpabilidad, en el más amplio sentido, comprende la imputabilidad, salvo cuando, como hizo Mayer (vid. *supra*, cap. XX, núm. 140, y cap. XXIX, núm. 204), se invierten los términos, denominando imputación a la noción amplia, comprensiva de la culpabilidad.

Ya hemos dicho lo bastante en el capítulo XXIX de la imputabilidad y ahora nos corresponde hablar tan sólo de la culpabilidad *sensu stricto*.

### 223 - TEORÍA GENERAL DE LA CULPABILIDAD

En las legislaciones vigentes no se ha definido de modo afirmativo ni la antijuricidad ni la imputabilidad. Sabemos lo que son en los distintos Códigos del orbe porque debemos deducirlo por procedimientos inversos de las negociaciones que se consignan en las leyes penales. En efecto; éstas, en vez de decirnos lo que es antijurídico, nos dicen lo que no es injusto; esto es, lo que está justificado (causas de justificación), y en vez de definir quiénes son imputables, enuncian quiénes son inimputables (causas de inimputabilidad).

En cambio, aunque no se dé en artículo alguno la noción afirmativa de la culpabilidad, si suelen aparecer en los Códigos más modernos conceptos positivos del dolo y de la culpa, que son las especies de aquélla.

Hasta en los viejos Códigos, en que el esmero no suele presidir las definiciones de la Parte general, encontramos la palabra *intención*, como requisito de las infracciones punibles, que no es otra cosa que el dolo.

Ahora bien; lo mismo que el tratadista construye la noción de la antijuricidad sobre los elementos de su Derecho vigente, así podrá también componerse una *Teoría general de la culpabilidad*.

En los Tratados de Mayer y de Mezger y hasta en el "Compendio" de Paul Merkel, encontramos una elaboración esmerada de la culpabilidad en general. En lengua española se ha hecho eco de tal sistema el Profesor Sebastián Soler.

Sin embargo, ¿cabe, como piensa Paul Merkel, culpabilidad con independencia de dolo o de culpa? Lo negamos y creemos que ello es imposible, puesto que el género culpabilidad ha de encarnar en una de las especies: dolo y culpa.

A la inversa, ¿es posible, como cree Mezger, que el loco, el menor y el coaccionado obren "intencionalmente", aunque no con "culpabilidad"? Si se toma la palabra *intención* (*Vorsatz*, en alemán), o el vocablo *voluntario* o *voluntariedad*, que aparece en el Código de España y en el del Ecuador, en el sentido de la lengua usual, entonces sí puede decirse que el enajenado, que el menor y el que obra bajo una coacción moral, actúan voluntariamente, aunque sin dolo. En tal sentido podríamos hablar de la "intención" en el Código venezolano, que también usa, en el art. 61, ese vocablo. Pero, si en vez de tomar las palabras "voluntariedad" o "intención", como se emplean en el lenguaje corriente, las tomamos en sentido técnico, entonces, si "intención" y "voluntad" significan dolo, no es posible que esas personas actúen intencionalmente (dolosamente). En puridad, lo que no puede hacer ninguno de esos incapaces, o nadie que esté bajo miedo insuperable, es actuar con intención antijurídica; que, en última instancia, es en lo que el dolo consiste.

#### 224 - CONCEPTO NORMATIVO

Aparece la acción culpable como la expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad. Edmundo Mezger, no sólo ha desenvuelto esa noción normativa que queda expresada en la breve fórmula que antecede, en su muy conocido *Lehrbuch*, sino también en una sugestiva monografía, publicada el año 1932, con el título *Schuld und Persönlichkeit*; pero los creadores de esa concepción fueron Frank y James Goldschmidt.

Debemos ahora decidirnos por una de las dos doctrinas que se parten el campo en que se ha querido fijar la naturaleza de la culpabilidad: *doctrina psicológica* y *doctrina normativa*.

##### a) *Doctrina psicológica*

Fúndanse los partidarios de esa teoría en que la culpabilidad halla su fundamento en la determinada situación de hecho *predominantemente psicológica*. De ahí el aserto de que la relación subjetiva entre el hecho y el autor es lo que vale. Según los que así piensan, la culpabilidad reside en ella.

A nuestro juicio, inciden en un error los que tal afirman. La imputabilidad *sí es psicológica*; pero la culpabilidad *es valorativa*,

puesto que su contenido es un reproche. No basta en ella, a pesar de lo que supone Radbruch, lo psicológico puro.

### b) *Concepción normativa*

Frank, en 1907; James Goldschmidt, en 1913; Freudenthal, en 1922; E. Schmidt, en 1927; Goldschmidt, de nuevo, y Higler, en 1930, y Mezger, en 1931, y aun mejor, en 1932, han desenvuelto con insuperable maestría la concepción valorativa de la culpabilidad.

Apresurémonos a subrayar que se trata de una valoración jurídico-penal y no meramente ética. Por eso no entramos en el debate de la existencia o negación del libre albedrío.

Adviértase que a la acción corresponde el efecto del querer, y a la culpabilidad, no sólo el efecto, sino el contenido (contenido de representación). Es preciso, pues, reconocer que la culpabilidad supone un contenido psicológico, pero éste no constituye ya de por sí la culpabilidad. Es el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor. Sólo cuando este juicio de reprobación se hace, es cuando surge el concepto de culpabilidad. Es un juicio valorativo (desvalioso). Las críticas de Rosenfeld, Hippel y Soler a la concepción normativa de la culpabilidad carecen de poderío destructor. Por eso, aquélla se nos presenta como la más certera y la que está más llena de consecuencias eficaces. Nos permitirá, más adelante (cf. *infra*, cap. XXXV), construir esa causa general de inculpabilidad denominada "no exigibilidad de otra conducta".

## 225 - LA CULPABILIDAD Y LO INJUSTO

El concepto de culpabilidad está basado en la culpabilidad del acto concreto injusto. El límite para la imposición de penas está en lo incalculable, en el *caso fortuito* (*casus*).

Yerran, pues, las legislaciones que, como la española y los Códigos que derivan de la tradición hispánica, sitúan el caso fortuito entre las causas eximentes. Este es el límite de la culpabilidad.

La culpabilidad, cuando puede surgir porque no queda impedida por lo incalculable, se basa en el acto injusto. No puede existir una "norma del deber independiente", de que habló Goldschmidt; ni la "culpabilidad del carácter", que Liszt defendió; ni tampoco la "cul-

pabilidad potencial", de Lenz. El juicio de culpabilidad no se refiere exclusivamente al carácter, aunque se tenga en cuenta, como luego veremos, sino a lo injusto concreto.

## 226 - NOCIÓN GENERAL

Mezger cree poder darla. Y piensa que actúa dolosa o culposamente el que se encuentra en tales referencias anímicas a su acción, que ésta puede considerarse como la expresión jurídicamente desaprobada de su personalidad.

Advirtamos, por nuestra parte, que todo cuanto al respecto se dice, está en referencia al querer del que actúa. El esfuerzo de Mezger, sobremanera loable, está hecho para parangonar la culpa con el dolo. Edmundo Mezger, gran conocedor de la Filosofía, pretende construir un sistema y detesta las concepciones aisladas, sin asidero con el todo. Por eso unifica en una superior doctrina acción y omisión, y quiere ahora hacer lo mismo con el dolo y la culpa.

Pero en ésta no se puede comprobar una "referencia anímica", de igual índole que la del dolo. Por eso, Graf zu Dohna tilda de "fantasía" la tesis que Mezger pretende sentar.

El famoso Profesor de Munich ha reconocido que sólo lo representado puede ser contenido del querer. ¿Cómo puede edificarse un querer, en el caso de culpa inconsciente o sin previsión, en la que el autor no se representó el resultado como posible?

Tampoco acompañó la fortuna a Mezger cuando quiso establecer las "características generales de la culpabilidad". Pretendió hallarlas en estos tres requisitos, al decir que el sujeto actúa culpablemente:

1º Cuando es imputable; 2º, cuando procede con dolo o, en determinados casos, culposamente; 3º, cuando no hay en su favor causa de inculpabilidad.

Es erróneo el primero, porque la imputabilidad, como hemos visto, no es un carácter, sino el presupuesto previo de capacidad psicológica. Es igualmente falso el segundo, porque el dolo y la culpa son especies y no caracteres de la culpabilidad, como luego veremos. El tercero tampoco es una característica, como no lo es de la antijuricidad la ausencia de justificación, sino el aspecto negativo de la culpabilidad y consecuencia de su índole normativa.

El nexo común de dolo y culpa estriba en que en ambos casos *se debe y se puede* obrar de otro modo (es decir, de conformidad



al Derecho). En suma: en la *exigibilidad*, que es el contenido de la culpabilidad normativamente concebida.

#### 227 - CONTENIDO DEL JUICIO DE CULPABILIDAD

Se refiere:

Al acto de voluntad (elemento psicológico de la culpabilidad)

Y a sus *elementos*, que son:

Los motivos (parte motivadora), a los que tanta importancia dió ya Mayer y que fueron, en la escuela positiva, piedra angular de su sistema. De ellos ya se hablará cuando se analice el dolo.

Las referencias de la acción a la total personalidad del autor (parte integrante caracterológica). El acto debe ser adecuado a la personalidad del que lo causa. Aquí debe apreciarse, aunque lo nieguen Seelig y Mezger, la *peligrosidad*, como quieren Grünhut y E. Schmidt. Es la única manera de enclavar jurídicamente el estado peligroso del culpable, con independencia de la peligrosidad sin delito, que actúa de otro modo y *no* en la esfera penal.

Errarían los que creyeran ver en este último elemento de juicio, que el juez ha de contemplar para el reproche de culpabilidad, una vuelta a las viejas concepciones positivas. Acaso, si se edificara un Código sobre la noción del estado peligroso, la referencia de la acción a la personalidad de su autor cobrase preponderancia sobre los otros dos elementos; pero en los Códigos vigentes, la parte integrante caracterológica no puede asumir tan descollante papel. La culpabilidad de la conducta se refiere al *acto concreto* y, como hemos dicho, no *sólo* al carácter y a la peligrosidad.

#### 228 - ELEMENTOS

Max Ernesto Mayer ha descrito con sagacidad de filósofo los elementos *éticos* y *psicológicos* que Mezger llamó, acaso con más exactitud, *intelectuales* y *emocionales*. Mayer y Soler creen que deben ser tratados en la teoría general de la culpabilidad. Pero, a nuestro juicio, esto es un vicio de sistema, a no ser que se aprecien como *posibilidad* de *consciencia*, según dice ahora Hans Welzel. Esos elementos no podrán darse en la culpa —que es una especie de la culpabilidad— sino solamente en el dolo. Por eso no debe tratar-

se en una doctrina genérica lo que sólo es propio de una especie del género. Al estudiar el dolo expondremos, pues, esos elementos.

#### 229 - ESPECIES DE LA CULPABILIDAD

Las especies de la culpabilidad —el dolo y la culpa, con las correspondientes subespecies— no son características de aquélla, como Mezger ha creído, ni formas de presentación. Constituyen auténticas especies en las que encarna conceptualmente el género abstracto *culpabilidad*. Y son las únicas especies. A fines de siglo quiso Löffler, seguido luego por Miricka, establecer una tripartición: dolo, previsión a sabiendas y mera culpa. Más tarde, Grossmann ha querido añadir otras de naturaleza fronteriza. Pero dolo y culpa son, en verdad, las únicas que existen, aunque proliferen en clases que estudiaremos en los próximos capítulos.

## CAPÍTULO XXXII

### EL DOLO

#### 230 - EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE DOLO

El dolo, que es paradigma del elemento subjetivo y la especie principal de la culpabilidad, representó un progreso encomiable en la evolución del Derecho penal. En el Derecho romano de la primera época y en el primitivo Derecho germánico, los castigos se descargaban por el mero resultado, sin tener en cuenta la intención del agente.

El dolo apareció con sus finas elaboraciones en el Derecho de Roma, que sería muy interesante invocar ahora. Pero, conforme hemos hecho con otras instituciones penales, tenemos que prescindir de procesos históricos.

Antes de penetrar en los hondos estratos de los elementos del dolo es indispensable dar de una manera provisional su concepto. Pero ocurre con las definiciones, que no pueden abarcar todos los puntos de vista. De aquí que, aunque dejemos para luego la tarea de desentrañar los ingredientes que constituyen la esencia del dolo, tenemos que esclarecer por anticipado si su concepto ha de basarse en la voluntariedad o en la representación.

Los más viejos autores sólo habían percibido la teoría de la voluntariedad; y por eso definieron el dolo en orden a la consecuencia directa que el autor ha previsto y ha deseado. Por ejemplo: se trata de un homicidio doloso cuando un sujeto se propone dar muerte a otro y pone cuantos medios son posibles de su parte para que la muerte de aquél se produzca, queriendo el resultado.

Pero a medida que la técnica evoluciona y se afina, hay autores que creen que no es posible dar una definición del dolo apoyada únicamente en la voluntariedad, porque entonces no habría modo de definir el dolo eventual, y se pasa a sustituir el concepto de la

voluntariedad por el de la representación, como ha hecho Mayer. En tal sentido, "la producción contraria al deber (*pflichtwidrig*) de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá ha determinado al autor a emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria". A mi juicio, es preciso conservar los dos conceptos, construyendo el dolo sobre la voluntad y la representación, como se verá más explícitamente al desenvolver el problema del *dolus eventualis*. Una vez obtenida esa fórmula, basada en la voluntad y en la representación, pasemos al estudio de los elementos del dolo.

Ya hemos dicho, al tratar de la culpabilidad en general (véase capítulo anterior, núm. 228), que los más modernos autores alemanes —Mayer y Mezger— hablan de los elementos de la culpabilidad que nosotros preferimos tratar aquí, porque no pueden considerarse como genéricos de las especies dolo y culpa, sino que sólo se refieren al primero. Vamos a denominar "elementos intelectuales" a los que así se designan por Mezger, mas no daremos el título de "emocionales" a los otros, para evitar posibles confusiones a quienes distinguen pasión y emoción y: consideran a ésta subordinada a aquélla. A lo intelectual se contraponen lo afectivo; por eso designamos la segunda serie de los elementos del dolo con el título de "elementos afectivos".

### 231 - ELEMENTOS INTELECTUALES

Lo primero que hay que explorar es si el dolo supone en el agente la consciencia del tipo, la consciencia de la antijuricidad o la consciencia de otro concepto más eficaz para la conducta de los hombres. La consciencia del *Tatbestand* técnico nos llevaría lejísimos. Sabemos ya que el tipo no es otra cosa que la descripción que ha hecho la ley —no la norma, sino la ley—, partiendo del supuesto de que la vida real nos va a presentar casos que precisan punición. Ahora bien; cuando se dice que el homicidio es *matar* a un hombre; que el robo es el *apoderamiento* de una cosa perteneciente a otro, ¿es preciso que el sujeto, para que obre con dolo, tenga consciencia de que hay un artículo en el Código que define como delito ese acto, tipificando el hecho? Ernesto Beling, cuando demanda la consciencia de la tipicidad, no supone que se conozca por el agente la descripción típica del mismo modo que la sabe el técnico; mejor

dicho: la representación del agente debe ser de la situación real correspondiente a una descripción típica, y no debe exigirse que conozca los *elementos* del tipo legal, pues ello presupondría un estudio jurídico.<sup>1</sup> Cuando en su última construcción exige un tipo de culpabilidad para conectarlo en la figura rectora, ha adelantado mucho, aunque no se han resuelto todos los problemas. En aquellos países en que el parricidio tenga tipo propio e independiente del homicidio en general, la muerte del padre, ignorando que lo es, quedaría, por paradoja, impune, ya que el tipo de culpabilidad de matar a un hombre no se conectaba con el tipo legal o descriptivo de matar al padre, que es el que, en realidad, se perpetró.

Mas ello no quiere decir que debemos negar la consciencia de que se comete un hecho que tiene riguroso encaje en un tipo, por las especiosas razones, tan repetidas por los escritores, de que en ese caso sólo los abogados serían capaces de dolo.

Franz von Liszt ha afirmado también que el dolo debe captar las circunstancias del hecho y cree que, en cambio, no se necesita la consciencia de lo injusto. De tan atrevida afirmación se deducen consecuencias inaceptables en orden a la defensa putativa, de que ya hablaremos (vid. *infra*, cap. XXXV)

Binding exigió la antijuricidad como elemento ético del dolo; en suma: el sujeto debía tener consciencia de que el acto era antijurídico. Pero si recordamos ahora lo que dijimos sobre la antijuricidad, nos encontramos con que lo antijurídico es el concepto que relaciona al acto con la cultura, en sentido de oposición; esta es la *Kulturwidrigkeit*, de Mayer, de que ya nos hemos ocupado. De lo que el autor es consciente en el dolo es de la *violación del deber*. Por eso podríamos resumir diciendo: La *Pflichtwidrigkeit* (lo contrario al deber) es el concepto de relación entre el autor y el acto antijurídico, y la *Rechtswidrigkeit* (lo contrario al Derecho, la antijuricidad) es el concepto que contradice el acto con la cultura.

Acaso se pudiera llegar a esta fórmula un poco más compleja: Debemos exigir en el dolo la consciencia del deber de violar la norma, pero no la consciencia de la *antinormalidad* en sí como noción profunda de norma en cuanto el Estado la ha hecho suya en referencia a la cultura. De todos modos, el elemento esencial

<sup>1</sup> En nuestra *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1931, núm. 35, hemos escrito frases que inducen a confusión. El propio Binding, en 1906, trató este asunto con ambigüedad, que llevó a muchos críticos a reprocharle su exigencia en el delincuente de conocimientos jurídicos; pero en 1930 lo aclaró, conforme consta en el texto.

del dolo no es otro que la consciencia de violar el deber. Sin embargo, conforme ya antes hemos advertido, no es sólo este elemento intelectual el que debe ser demandado, sino también el conocimiento de que el hecho se halla descrito en la ley.

La objeción, antes recordada, de que sólo los técnicos podrían cometer infracciones con dolo, y que también podría invocarse en cuanto al conocimiento de la antijuricidad, queda desprovista de valor si atinamos a fijar la índole del conocimiento de lo típico y de lo antijurídico. Todos, aun los más ignorantes en mecánica, sabemos lo que es un automóvil, y nadie ignora lo que es una pulmonía, aunque no se hayan hecho estudios médicos. Lo que nosotros sabemos del automóvil y de la enfermedad, no es de la manera profunda y acabada como el técnico lo conoce. Nuestro conocimiento es *profano*. Pues bien: debemos exigir como elementos intelectuales del dolo el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica, de esa *manera profana* y no técnica, con lo que se han salvado todos los escollos.

#### 232 - ELEMENTOS AFECTIVOS

Cuando, provisionalmente, perfilamos el concepto del dolo, dijimos que podremos apoyarnos en la teoría de la voluntad o de la representación o en ambas fórmulas. Aquélla es la más sencilla y en el orden cronológico es la primera que aparece en los escritores italianos; y así, en Carrara, en Pessina después, y más tarde en los autores clásicos de Italia que siguen al maestro de Pisa, así como en muchos de Alemania que profesan esta teoría, encontramos que el dolo no es más que la voluntad de ejecutar el acto. "Voluntad y consciencia", decían los autores tradicionales.

Francisco Carrara, sin embargo, no alude a la voluntad de ocasionar un daño, y sólo se refiere a la voluntad de ejecutar el acto, mientras que Pessina identifica el dolo con la *voluntas sceleris*. Mas, en última instancia, el uno como el otro se basan, para construir el dolo, en la voluntad y la consciencia.

Cuando aparece la escuela criminal positiva, se nos dice, por boca de Ferri, que no basta la consciencia y la voluntad, por ser elementos demasiado simples, demasiado ingenuos, y que es preciso el análisis de la voluntad, la intención y el fin, para que exista dolo. Así, dice Ferri: Podemos disparar un revólver queriendo matar, o se nos dispara casualmente. El acto en sí es el mismo, pero es muy

diferente en cuanto al problema doloso. Si se nos dispara casualmente, entonces no hay dolo. Mas, para que haya dolo de homicidio, no basta querer, sino que tenemos que dispararlo con intención de matar. Si el disparo se hace para herir o para hacer ruido, no hay dolo de homicidio. Y todavía no basta. Hay que llegar al efecto: disparamos el revólver para matar, pero para dar muerte por venganza o por defensa. De manera que se requiere: primero, la voluntad de disparar el arma; segundo, la intención de matar a alguien; y tercero, el móvil de matar por venganza y no por defensa.

Ya hemos dicho que, a nuestro juicio, deben unirse la teoría de la voluntad y de la representación para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto. La voluntad sola no basta, debiéndose distinguir claramente la mera voluntad del dolo propiamente dicho. Hemos afirmado repetidamente que el enajenado y el menor obran con voluntad aunque no con dolo. Del mismo modo deben separarse deseo e intención. Podemos tener afán de que una persona muera y aunque obtengamos el resultado, puede no ser éste doloso. Ello se ve muy bien en el ejemplo que se halla en los casos de Franz von Liszt. Un sujeto incita a otro a que se guarezca bajo un árbol un día de tormenta, a fin de que la chispa eléctrica le fulmine. Si el rayo le mata, no podríamos, ciertamente, construir un homicidio doloso. En suma: el deseo no puede identificarse con el dolo. De igual modo, según veremos más adelante, un sujeto puede no desear la muerte de otro; mas, por estar ésta indisolublemente ligada, como consecuencia, a la acción que quiere y que desea, ha de ser aceptado por dolo si inexorablemente se produce.

### 233 - TEORÍA DE LOS MÓVILES

Por impulso de la escuela positiva italiana surge la teoría de los motivos que pretende construir el dolo con independencia de la doctrina de la voluntad y de la representación. Ferri llega a basar en el móvil la esencia del dolo, hasta el punto de que si el agente comete un delito y los móviles no son egoístas, todo queda reducido a una contravención de policía. Florián templa estas exageraciones; pero la doctrina del móvil, que estudian además los escritores alemanes —como Thomson, Friedrich, Fuls, Meinsner, van Calker, Guckenheimer, etc.—, cobra hoy superlativa trascendencia. Mas no seamos injustos y recordemos que ya Carmignani reconoció al motivo toda su importancia cuando afirmaba que la ausencia de él

debía inducir al juez a negar la existencia del delito. En 1945 se ocupa de "los motivos determinantes del delito" el Profesor Eusebio Gómez, en un trabajo por demás sugestivo que aparece en el primer número de su *Revista de Derecho Penal*, en el que destaca el papel del motivo en la "intensidad del dolo".

Pero lo interesante es determinar la esfera de influencia de los móviles en el dolo, sin hacernos secuaces de las exageraciones ferrianas. El motivo no puede ser el único fundamento de la culpabilidad. Piénsese en el ejemplo de Alimena, en el que un hombre da muerte a una huérfana hermosa para sustraerla a su posible corrupción. Comprobada la existencia de semejante motivo, o se trata de un caso de evidente peligrosidad, que el móvil no anula, o de un ser enajenado, y entonces ya no se trataría de ausencia de dolo, sino de falta de razón, y ya sería un problema de inimputabilidad.

Las cuatro funciones del móvil son, a nuestro parecer, éstas: 1º, el móvil debe servir para la investigación sobre la calidad del motivo psicológico del delito; 2º, la calidad moral y social del motivo conduce a un criterio fundamental para determinar la temibilidad y la condición peligrosa del delincuente; 3º, la calidad de los motivos actúa con eficacia permanente en cuanto a la elección del medio represivo que debe adoptarse respecto a los distintos delinquentes; es decir, que actúa como criterio esencial en la elección de la pena, y 4º, cuando el motivo sea de tal naturaleza que haga desaparecer en el acto que se ejecutó toda huella de temibilidad, puede, excepcionalmente, cuando no se opongan otros factores, decidir que no procede la aplicación de medida defensiva alguna, porque sería superflua.

El móvil ha tiempo que se valora como decisivo en la elección de pena. La doctrina que surgió en Francia, hacia 1830, sobre el delito político, hace uso del motivo en orden a la clase de pena que ha de imponerse.

De aquí surge el sistema de las penas paralelas, llamadas así porque corren juntas en su duración, pero una es de naturaleza deshonorante, y la otra, la llamada "custodia honesta", no deshonra ni tan siquiera desacredita.

Toda esta doctrina es ingenua en demasía, y por eso el sistema de las penas paralelas, que, como veremos en seguida, se sustenta en algunos Códigos, ha sido olvidado hoy por los principales tratadistas.

Vuélvese al móvil ahora; pero no para decidir la clase de penalidad únicamente, sino para fundamentar la atenuación o agravación



del dolo. Así, con mucha razón, el Código penal argentino, en el número 2º del artículo 41, considera como circunstancia que modifica la responsabilidad el móvil del agente. Si se compara este precepto con el del viejo Código penal alemán, vemos sus diferencias: en el inciso argentino se contempla el poderío atenuante o agravante del motivo; en el Código penal alemán se legisla sólo sobre el sistema de penas paralelas. El párrafo 20 del Código de Alemania —magistralmente estudiado por Eduardo Guckenheimer— determina que se aplique la pena de reclusión o la de detención en fortaleza según concurra o no en el agente un móvil deshonoroso. Las penas paralelas se han acogido, además, en los Códigos de Italia, de Noruega, etc., y en el Proyecto de Suecia.

#### 234 - DEFINICIÓN DEL DOLO

Si, como consecuencia de cuanto dijimos, quisiéramos ensayar una definición del dolo, diríamos que existe cuando *se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.*

#### 235 - CLASES DE DOLO

Los clásicos acostumbraron a distinguir el dolo por su intensidad y duración, en dolo de ímpetu o pasional; dolo repentino; dolo con simple deliberación, y dolo premeditado. Salvo este último, los demás no encierran hoy arduos problemas de técnica.

Los italianos distinguieron el dolo en directo, indirecto, alternativo y eventual. B. Alimena, entre los más conocidos, adopta esta clasificación. Pero ni logra claridad ni puede ser aceptable el impreciso concepto de *dolus eventualis* que nos ofrece.

En la actualidad sólo pueden y deben distinguirse estas cuatro clases de dolo: a) *dolus directus*; b) dolo con intención ulterior, mal llamado "dolo específico"; c) dolo de consecuencias necesarias, y d) dolo eventual.

El *dolus directus* es, propiamente, el que hemos definido antes

y significa el tipo de dolo que nos sirve de comparación para las demás clases.

El *dolo con intención ulterior*, al que los viejos autores denominaban dolo específico, es el que lleva en sí una intención calificada, a la que los alemanes llaman *Abschit*. A nuestro juicio, no puede hablarse de dolo específico, porque es imposible construir el mal llamado dolo genérico. Todo dolo, al conectarse con la imagen rectora del tipo, se adapta a ella exactamente y constituye un tipo de culpabilidad.

El llamado dolo con intención ulterior, que es el que expresa un fin (el rapto es el robo de una mujer, *para casarse con ella o para corromperla*), así como el *animus* que ciertos delitos exigen (como el *lucrandi* en el hurto), no son propiamente dolos con intención ulterior, sino elementos subjetivos de lo injusto, que ya hemos estudiado al hablar de la tipicidad (vid. *supra*, cap. XXIII, núm. 168).

El *dolo de consecuencias necesarias* y el *dolo eventual* merecen ser estudiados aparte.

#### 236 - EL DOLO DE CONSECUENCIAS NECESARIAS O DOLO DIRECTO DE SEGUNDO GRADO

El Profesor Mendoza tiene el alto mérito de ser uno de los primeros tratadistas de lengua española que se ocupa de esta importante especie de dolo, que nos interesa distinguir del denominado dolo eventual.

Conforme antes hemos dicho, podemos no desear un resultado, pero si lo que queremos se liga a otro efecto, que nos representamos como inexorablemente unido a nuestro deseo, al realizar éste tenemos que acatar las otras consecuencias luctuosas que entran así en nuestra intención. Por eso, el dolo de consecuencias necesarias no es un dolo eventual, ya que la producción de los efectos no es aleatoria sino irremediable. Nosotros consideramos esta clase de dolo como una variedad del directo. Un ejemplo puede aclararlo: Un anarquista quiere dar muerte a un monarca detestable, que siempre viaja con su secretario particular. La bomba, de gran calibre, va a destruir el automóvil en que van el rey, su subordinado y el chófer. La muerte de estos dos últimos, que el anarquista no desea, es absolutamente necesaria para el homicidio del magnate. Por eso pueden imputarse estas dos muertes, no deseadas, pero necesarias para la producción de la querida por el ácrata que lanza la bomba.

Esta especie de dolo ha recibido ahora, en el *Studienbuch* de E. Mezger, una denominación más correcta: *dolo directo de segundo grado* o *dolo mediato*.

### 237 - DOLO EVENTUAL

Hay dolo eventual cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción ratifica en última instancia.

Pertenece el *dolus eventualis* al territorio del delito intencional, aunque se halle en la frontera que delimita el dolo y la culpa, minuciosamente estudiada por Hans Grossmann.

El dolo eventual era de difícil construcción con la pura teoría de la voluntad. Si el querer el resultado fuese el carácter propio del dolo, en esta especie en que se quiere de una manera subordinada y de segunda fila, la infracción intencional resultaba dudosa. Por eso puede afirmarse que la teoría de la representación es la única apta para basar el *dolus eventualis*. Bien mirado el asunto, es aun más incompleta la doctrina de la representación, pues la llamada culpa con previsión se identificaría con el dolo eventual, puesto que en ambos se representa el sujeto la posibilidad de la producción del resultado. Por eso, nosotros unimos, como se ha hecho en el concepto del dolo, ambas doctrinas—la de la voluntad y la de la representación—, y así, el dolo eventual será la representación de la posibilidad de un resultado, cuyo advenimiento ratifica la voluntad. En esto estriba su diferencia con la mal llamada culpa con previsión.

En la culpa típica lo que hay es *posibilidad de la representación del resultado*, y en el dolo eventual, *representación de la posibilidad del resultado*; pero también en la llamada culpa con previsión se representa el agente como posible el evento. La sola diferencia está en que no lo ratifica, como en el *dolus eventualis*, y por el contrario, si estuviere seguro el autor de la producción del resultado, no proseguiría su conducta. En la culpa llamada con previsión, el sujeto espera de su habilidad, o de su fortuna, que el resultado no sobrevenga. Por eso nos parece impropia la frase culpa con previsión, porque, como dijo Carrara, haber previsto que no sucederá es como no haber previsto. Esta clase de culpa debe llamarse *culpa con representación* o *culpa consciente*.

Una hipótesis doble aclarará las dudas si aún existen: el hombre que maneja a gran velocidad un automóvil y penetra en una po-

blación cuyas calles están muy concurridas, si se representa la posibilidad de atropellar a un transeúnte y confía en que su pericia le libraré de ocasionar el accidente, comete homicidio, cuando el paseante se interpone y muere, por *culpa con representación* (mal llamada con previsión), porque ha causado el atropello sin ratificarlo; al contrario, con la esperanza, por su parte, de que su pericia o fortuna lograrían impedirlo. En cambio, hay dolo eventual cuando ese mismo automovilista, en concurso de carreras de velocidad, se representa la posibilidad de un atropello que no confía pueda ser evitado por su pericia en razón de que la marcha que lleva es demasiado grande para ello, y aunque él no quiere, como deseo de primera clase, matar a un transeúnte, hay indiferentismo de su parte con respecto a la muerte del sujeto, que ha ratificado en su ánimo por el afán de ganar la carrera; por eso, a pesar de la representación del peligro, sigue pisando el acelerador y el coche continúa marchando a gran velocidad hasta que sobreviene el accidente.

Los escritores italianos —Alimena, entre otros— han confundido el dolo *indeterminado* con el dolo eventual, y no creen que éste exista sin un previo arranque ilícito y doloso. Hay dolo indeterminado cuando el sujeto *se representa* —teoría de la representación— y *quiere* —teoría de la voluntad— la producción de un resultado; de ese querer doloso del resultado, y sólo de él, surge otro mayor. Por ejemplo: Un hombre desea castigar a otro y le golpea con un bastón: existe dolo de lesiones; pero de resultas de las heridas dolosamente causadas se produce la muerte del hombre golpeado, cuyo fallecimiento es representado también como evento subordinado. Resulta así el dolo indeterminado, unas veces dolo eventual en maridaje con el dolo indeterminado (cuando queridas las lesiones se ratifica la muerte representada) y otras concurso de dolo y culpa (cuando la muerte que el autor se representa se espera que no sobrevenga).

En el dolo eventual, el arranque del hecho no es doloso ni ilícito (correr en un automóvil o fumar en un pajar) y el resultado culpable se lo representa el autor y lo ratifica (como la muerte del transeúnte que se cruza en el camino o el incendio del pajar por el cigarrillo que allí fuma el criado, furioso por el despido del dueño)

La teoría del dolo eventual debe manejarse con sumo cuidado; porque si bien se diferencia, en doctrina, de la llamada “culpa con previsión”, requiere por parte del juez un examen de las representaciones y de los motivos que actuaron sobre la psique del sujeto, obligando al intérprete y aplicador de las leyes a investigar en los

más recónditos elementos del alma humana. De aquí que todo el esfuerzo de la técnica alemana haya sido limitativo de la doctrina del dolo eventual, y que Frank haya dado su famosa fórmula, en la que sólo reconoce *dolus eventualis* en el caso de representación del resultado como posible, si la convicción de la producción necesaria del resultado no hubiera impedido al autor la comisión del acto.

Por ello nos aferramos a la denominada teoría del acogimiento o de la ratificación en vez de seguir la de la previsibilidad. Grossmann, sin duda para huir de las grandes dificultades que aquella doctrina tiene, ha formulado esta otra, que nos llevaría a consecuencias mucho más graves. El ejemplo de los mendigos rusos, conocido en la literatura penal y muy comentado en Alemania, llevó al propio Mezger a aceptar, junto con la teoría del acogimiento, la de la previsibilidad. Examinemos ese caso, aunque sea brevemente. Unos mendigos rusos, para excitar la caridad pública, mutilaban niños, a los que obligaban a pedir limosna. Este ejemplo sirvió a los autores para criticar la teoría de la ratificación por este razonamiento que, al principio, parece verdadero, pero que, bien pronto, denuncia su falsía. Si al mutilar al niño, éste muriera —dicen los críticos de aquella doctrina—, ya no les serviría para sus fines a los explotadores. No quieren un niño muerto, sino un niño vivo, cojo o manco. Confunden los que así razonan, el deseo y el fin con la ratificación de las consecuencias. Los mendigos, al mutilar a las criaturas, no desean su muerte, del mismo modo que en el caso de consecuencias necesarias, el anarquista no desea la muerte del secretario del tirano. Pero ya hemos visto que dolo y deseo no se identifican. No desean la muerte del niño; pero tampoco les sirve la criatura íntegra, sino mutilada. Al mutilarla es cuando ratifican la posibilidad de la muerte; la aceptan como consecuencia de sus maniobras para poner a la criatura en situación de que excite la caridad ajena. He aquí porque en este ejemplo funciona también la teoría del acogimiento y no es necesario acudir a la de la previsibilidad.

Edmundo Mezger maneja ambas porque la primera no podría funcionar en los delitos calificados por el resultado. Mas esto ocurre en la doctrina alemana, que cree, como Franz von Liszt dijo, que estos delitos, calificados por un efecto más grave, lo son con independencia de la culpabilidad del sujeto activo en orden a la producción del resultado ulterior. Los que pensamos que el delito preterintencional (véase el capítulo próximo) es una mixtura de dolo y culpa y que no puede imputarse el resultado más grave si éste no fué previsible, no hallamos obstáculo alguno, ni siquiera en los delitos en que

la preterintención funciona, para aceptar en toda su integridad la teoría de la ratificación, sin acudir para nada a la previsibilidad.

Todavía el escritor suizo Stooss ha creado una categoría más de tipo doloso, que él llama "dolo de peligro", y hace la construcción a base de un ejemplo: Un cazador apunta una pieza; pero está consciente de que hay cercanos ojeadores cuya vida está en riesgo; a pesar de ello hace funcionar el arma y el ojeador próximo es alcanzado y muerto por la munición. Cree Stooss que aquí hay un dolo de peligro, y Ferri, atacando al famoso autor suizo, estima que existe dolo eventual. Por nuestra parte, creemos que puede haber dolo eventual o la mal llamada culpa con previsión, porque si, en efecto, el cazador disparó su fusil ratificando la muerte del ojeador en su ardoroso afán de que la pieza no escape, habrá *dolus eventualis*, y sólo culpa con representación o culpa consciente, si el cazador se dice: "Hay un ojeador en peligro, pero yo soy muy experto en el tiro y es imposible que mate a ese hombre."

Así, pues, esos serán casos de dolo eventual o de culpa con representación; pero no dolo de peligro, cuya figura no existe como entidad autónoma. Carlos Stooss ha confundido las clases de dolo con el llamado por los antiguos escritores dolo específico en referencia a la objetividad jurídica lesionada. Así, en el homicidio habrá dolo de matar y en el hurto dolo de apoderamiento. Por tanto, en los delitos de peligro común o en los de poner en peligro la vida o la salud de individuos concretos, existiría *dolo de peligro*. Pero esto nada tiene que ver con las construcciones de tipo general que estamos ensayando. El Profesor de la Universidad de Basilea, O. A. Germann, en un interesante opúsculo escrito en 1943 sobre el "Concepto del delito según el Código penal suizo", a pesar de que cree ver en el "dolo de peligro" "una especie peculiar del contenido de voluntad", tiene que reconocer, aunque sea tácitamente, que se trata de la culpabilidad típica de los delitos de peligro, al invocar, como ejemplos, artículos de la Parte especial del Código helvético.

El dolo eventual sólo ha sido recibido en Proyectos o Códigos muy modernos. Lo define el Anteproyecto sueco de 1916, en su párrafo 2º del capítulo VI, con la fórmula de Frank, y de manera más amplia, el Proyecto alemán de 1927, en su párrafo 17, y el Código ruso de 1926, en el artículo 10.

## CAPÍTULO XXXIII

### LA CULPA Y EL DELITO PRETERINTENCIONAL

#### 238 - CONCEPTO DE LA CULPA

Construída ya la figura del dolo y de sus formas, incluso la fronteriza, denominada *dolus eventualis*, pasemos ahora a la culpa, que es la segunda especie de la culpabilidad.

Así como la figura técnica del dolo nadie la discute como entidad punible, la culpa, en cambio, es uno de los más debatidos temas del Derecho penal.

El concepto de la culpa como hecho de resultado imprevisto y debido prever, nace en Roma aplicado al Derecho civil, y aun se discute si se conoció la culpa en Derecho penal. Algunos escritores —como Manzini y Alimena, documentados en Ferrini— piensan que después de Adriano fué reconocida en Roma la culpa en el homicidio, desapareciendo en tiempos de Justiniano; pero ésta es tesis excepcionalmente mantenida y la *communis opinio* sigue creyendo que el Derecho romano no valuó la culpa en Derecho penal.

La culpa en su sentido más clásico y general no es más que la ejecución de un acto que pudo y debió ser previsto, y que por falta de previsión en el agente, produce un efecto dañoso. Naturalmente que esta definición se basa en la teoría de la voluntad; y si siguiéramos sólo la doctrina de la representación tendríamos que decir que es la conducta del sujeto sin la representación de un resultado típico, o con la representación del evento, pero al mismo tiempo movido por la esperanza de que el resultado no se produzca.

Uniendo, como en el concepto del dolo, los elementos afectivos de voluntad y representación, más el elemento intelectual del deber que se desconoce, llegamos a decir que existe *culpa cuando se produce un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la repre-*

sentación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo. En esta fórmula va comprendida la culpa con representación (mal llamada con previsión) y sus diferencias del dolo eventual.

#### 239 - DOCTRINAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA CULPA

A medida que se avanza y profundiza en el campo del Derecho se busca el porqué de ser punible la culpa, y la doctrina clásica en este sentido puede formularse así: el elemento esencial de la culpa es la previsibilidad y la razón de su criminalidad estriba en que por un vicio *de la voluntad*, se ha omitido voluntariamente la diligencia que debía prever lo previsible. Carrara sustenta este punto de vista. Al lado de estas doctrinas existieron otras; por ejemplo: Mori cree que la culpa se castiga por excepción; y De Simoni alega la sospecha de dolo. Pero la profunda mutación en la esencia y condiciones de la culpa surge cuando la imprevisión de lo previsible se enraiza, no en un vicio de la voluntad, sino en un *vicio de la inteligencia*. Esta doctrina la desarrolla Almendingen en los últimos años del siglo XVIII y comienzos del XIX. "Imputar —dice el viejo escritor tudesco— significa declarar que uno ha sido autor con voluntad y consciencia, de una mutación en el mundo exterior", y como los actos culposos "son vicios de la inteligencia por falta de reflexión, y todo acto de la facultad cognoscitiva está por completo privado de elección", se deduce de aquí que la culpa no debe ser penada por la ley.

La doctrina del vicio de la inteligencia lleva, pues, a la *impunidad* de los hechos culposos, que luego sostuvieron —sin el renuncio que señalaremos en Almendingen— Lampredi y Ferrao, Parisi, y Giardina, Puglia y Gabriel Tarde. Modernamente sostiene la tesis de que la culpa inconsciente sale de la esfera penal el Profesor Eduardo Kohlrausch. He aquí su razonamiento: donde no hay voluntariedad no puede existir culpabilidad; si no queremos ir a la responsabilidad por el resultado, es preciso expulsar la culpa inconsciente del Derecho penal. Sólo excepcionalmente se admitirá la culpa con previsión como dolo de peligro.

Pero algunos de los partidarios de la teoría del vicio o falta de inteligencia, no admiten en la práctica la impunidad a que les conduce el razonamiento lógico. Así, el propio Almendingen postula una



pena que llamaríamos extravagante, porque marcha —vaga— fuera de la ruta ordinaria de las sanciones. Si se castiga al autor culposo, según Almendingen, es “porque el delincuente por culpa debe ser amonestado por la pena, para que evite, en el porvenir, otras acciones culposas, y para que aprenda a conocer después de realizado el hecho, que omitir una reflexión, capaz de impedir una injusticia, produce consecuencias perjudiciales para él”. De parecido sentir es Tosti, que modernamente vuelve a hablar de un *defecto de la inteligencia* en la culpa, mientras que en el dolo hay un *defecto de sensibilidad*, y que también postula una pena extravagante de índole puramente utilitaria: porque si no fuesen castigados los delitos culposos, determinarían una reacción individual por parte de quien recibe el daño.

Los positivistas se declararon —consecuentes con sus ideas— adversarios decididos de la doctrina de la voluntad y de la previsibilidad en materia de culpa. La sola razón de la responsabilidad penal de los autores de acciones culposas, se halla, para Ferri, en la *responsabilidad social*, en el *carácter antisocial* del acto y en la *temibilidad* del delincuente. La escuela positiva ha tenido un certero especialista de los delitos culposos: Alfredo Angiolini. Después de examinar las doctrinas clásicas, construyó su *teoría físico-psicológica*. Se remonta al estudio de la red nerviosa central y de las neuronas —citando, con la más justa alabanza, a nuestro Ramón y Cajal— y funda la idea de la culpa en un defecto de la asociación, o en un defecto de atención.

En estos últimos años surgen cuatro interesantísimas doctrinas sobre la culpa: la orgánica de von Liszt, la del “acto de voluntad” de Binding, la psicoanalítica de Alexander y Staub y la unitaria de Mezger. Procedamos a su exposición:

### a) *Teoría integral de von Liszt*

La teoría de von Liszt pretende ser *orgánica* más que ecléctica, conciliando la clásica doctrina de la *previsibilidad y vicio de la voluntad* con las opiniones de los autores que hablan de una *falta de atención*, y con el criterio positivista que halla en los hechos culposos una *falta de sentido social*. Franz von Liszt escribe: “El concepto de la culpa requiere: 1. *Falta de precaución* en la manifestación de voluntad; es decir, desprecio del cuidado requerido por el orden jurídico y exigido por el estado de las circunstancias. La medida del

cuidado se determina, *en general*, a este respecto, según la naturaleza *objetiva* del acto emprendido, y no según el carácter particular del agente. La no aplicación de la atención, el no cumplimiento debido, se presenta, en el sentir de la terminología dominante, como *una falta de voluntad*. 2. Pero a la falta de precaución debe añadirse la *falta de previsión*; es decir, que debe haber sido posible al agente prever el resultado como efecto del movimiento corporal (aunque no sea más que en sus trazos generales) y reconocer la existencia de los elementos esenciales del hecho. En la apreciación de este problema debe tomarse por base las facultades mentales del agente, en general, y en el momento del acto (agitación o embriaguez) y su mayor o menor perspicacia, la medida es aquí subjetiva, *especial*. Lo que está aquí en cuestión es la capacidad mental del agente individual. Si ésta se afirma, la falta de previsión se presenta entonces como una *falta de inteligencia*. 3. De este modo se aclara al mismo tiempo el contenido *material* de la culpa como especie de la culpabilidad. Éste consiste en que el autor no ha *reconocido, siéndole posible hacerlo, la significación antisocial de su acto a causa de su indiferencia frente a las exigencias de la vida social*. Por tanto, en último término, se presenta la culpa como una *falta de sentido*.”

### b) *Doctrina de Binding*

El Profesor Carlos Binding —que fué uno de los espíritus más agudos pero más hoscos que ha tenido Alemania— publicó el año mismo de su muerte, en el cuarto tomo de su gran obra *Die Normen und ihre Übertretung*, un volumen copiosísimo sobre la culpa. Según tenía por costumbre empieza con una catilinaria contra la dogmática alemana que no había hecho más que ensombrecer el problema técnico de la culpa, y después de hacer completísimo estudio del desenvolvimiento histórico del tema, funda su teoría de los delitos culposos en estos tres elementos: *voluntad, previsibilidad y evitabilidad*.

Empieza Binding por el reconocimiento de que todo delito culposo es “obra de la voluntad” y por la afirmación de que en un número considerable de estos delitos por negligencia la voluntad se dirige a un “acto claramente previsto en su efecto causal”, tan exactamente como en el delito doloso, con la única diferencia de que en la culpa la antijuricidad del acto es desconocida. Este “delito culposo causalmente previsto”, en el que puede darse, incluso la tentativa, cosa inconcebible en otras formas de culpa, ha sido —según Binding—

completamente ignorado por la dogmática de hoy. Un ejemplo —que nosotros tomaremos de nuestros *Casos de Derecho penal*— aclarará la hipótesis. Supongamos un sujeto que tiene por costumbre dormirse en seguida de acostarse. Una noche está algo desvelado por una indisposición leve y no consigue conciliar el sueño; de pronto siente ruido, se levanta y sorprende en el interior de su casa a un sujeto de extraña catadura; este hombre, al verse sorprendido, toma una actitud que al dueño de la casa le parece sospechosa, ignorando que aquel forastero había entrado allí porque era pariente, novio, o amante de la cocinera, y supone que es un ladrón que lleva el propósito de agredirle. El dueño de la casa, creyendo obrar en legítima defensa, dispara su revólver contra él y le mata. Pero es el caso que la víctima había entrado en aquella morada por una circunstancia que no constituye agresión ilegítima, y como no ha mediado ataque alguno de su parte en contra del dueño, no ha habido lugar para que éste le mate en legítima defensa. Es un caso de defensa putativa, especie del error. Pero si el dueño de aquel hogar pudo y debió prever que no era un ladrón el pobre sujeto y que su actitud, lejos de ser agresiva, era pavorosa, el dueño se hallaría en un error vencible, que según la teoría del error anula el dolo pero deja subsistente la culpa. He aquí, pues, un caso de culpa en que la muerte es querida aunque no existe intención de cometer un acto antijurídico. De este ejemplo se deduce, como antes apuntamos, la posibilidad de tentativa y frustración en la culpa, pues si el dueño de la casa marra el disparo o le hiere levemente, nos hallamos en presencia de un delito frustrado de homicidio culposo. Conviene, sin embargo, no desorientarse. Binding llega a esta anormal conclusión porque ha confundido las doctrinas de la culpa y del error. En puridad, todo es error: yerro en la concepción del deber, en el caso del error *per se*; yerro en los medios, en la culpa *estricto sensu*. Pero esa asimilación nos parece impropcedente y con ella se rompe toda construcción de la culpa. Una cosa, pues, es la culpa estricta, en que no hay voluntad del resultado —aunque sí del acto— ni cabe tentativa; y otra el error, en que es posible lograr por voluntad un evento punible, sin conocer que se quebranta el deber de respetar la norma, y en que por existir dicha voluntad, es posible la tentativa. En suma: para Binding, la culpa es un acto de voluntad. Se quiere el acto. Esto está bien en la culpa consciente, pero no en las hipótesis de querer inconsciente.

### c) *Teoría psicoanalítica de Alexander y Staub*

Una de las más sugestivas doctrinas expuestas sobre la culpa —aunque dudosa, como veremos— la construyen, basándola en el Psicoanálisis, un médico y un jurista, Alexander y Staub. He aquí esta modernísima tesis, con el imprescindible preámbulo de cómo conciben los postulantes del Psicoanálisis el mecanismo de las infracciones delictivas.

Los psicoanalistas consideran el delito en base a la comprobación del grado en que el yo consciente y el inconsciente participan en el hecho. Al lado de otros determinantes, distinguen los psicoanalistas el “yo”, que es lo natural y que es fácil presa de lo antisocial; el “super yo”, que es la parte del yo ordinario que llega a adaptarse al ambiente, debido a los influjos educacionales que enseñan padres y maestros; y el “ello”, que es impulso ancestral que yace en el hombre.

Ahora sabemos el mecanismo del delito. Cuando aparece debilitada la dependencia del “yo”, del “super yo”, que, como hemos dicho, actúa inhibitoriamente, el “yo” cede a su inclinación natural, sucumbiendo a la tendencia del “ello” en la producción de una conducta antisocial. La criminalidad aparece, por tanto, como un “defecto” de adaptación social. En el diagnóstico de la criminalidad distinguen los psicoanalistas la crónica y la aguda, y en la primera clasifican a los delincuentes, según que la función del “yo” esté excluida, según que las acciones estén bajo la tendencia del “ello” o según se deban a un “super yo” criminal, como en el caso de los ladrones de profesión, vagabundos, etc.

No nos interesan ahora estas categorías de delincuencia crónica, pero sí exponer que la primera forma de delincuencia aguda es, para Alexander y Staub, el delito culposo, cuya explicación es ésta, según dichos autores: el delito culposo es una “acción defectuosa” en la que a causa de motivos varios se abre paso una “tendencia criminal inconsciente”. El “super yo” rechaza el acto en absoluto; pero el agotado, el distraído, el enfrascado en una labor difícil, deja la activa vigilancia del “super yo”, y entonces el “yo” cede por un momento a las tendencias impulsivas del “ello” antisocial, produciéndose así la conducta lesiva. Esta hipótesis, sobrado aventurada, precisaría demostración, y por no haberla brindado Alexander y Staub, su criterio se ve rechazado por juristas tan eminentes y comprensivos como Ernesto Hafter.

### d) Doctrina de Mezger

La construcción de conjunto, unitaria, de dolo y culpa, con tanta audacia emprendida por Mezger, radica en la "referencia anímica", que se halla también en las acciones culposas (vid. *supra*, XXXI-226). Piensa el famoso autor alemán que hay un momento en que la acción *se quiso*. Es decir, que hubo un instante de *querer consciente antijurídico*. Esto no ofrece insuperable dificultad en cuanto a la culpa consciente, pero no puede operar en la inconsciente. Edmundo Mezger apoya, en suma, toda su doctrina sobre la culpa en la tesis de la *referencia anímica al resultado, por lo menos establecida de manera general*. Las críticas de Siegert y Graf zu Dohna han demolido el elegante artificio.

### 240 - LO EXCEPCIONAL DE LA CULPA

Ya hemos dicho, al exponer la teoría general de la culpabilidad, que los loables esfuerzos de Edmundo Mezger fracasan por no ser posible construir la "referencia anímica" que abarque el dolo y la culpa (vid. *supra*, XXXI-226). Menos fácil es todavía, según hemos señalado ahora, apoyarnos en el querer consciente. Mejor hubiera sido adoptar el querer inconsciente de que habla Binding y que también los psicoanalistas patrocinan, por rara coincidencia.

La culpa, como ya dijimos (XXXI-226), es una especie de la culpabilidad. Tiene en común con el dolo el *poder* obrar de otro modo y el *deber* hacerlo conforme a las pretensiones del Derecho. Es decir, la *exigibilidad* de actuar conforme a él. El maquinismo contemporáneo aumenta la exigibilidad de la *atención* y la *prudencia*. Por eso la culpa tiene importante puesto en el Derecho penal de hoy. La culpa no es, pues, *excepcional*<sup>1</sup>; lo es su punición, que sólo debe existir en los casos especialmente previstos en los Códigos o leyes penales. Por eso, como se verá después, no admitimos la tentativa y aconsejamos gran prudencia en orden a la participación en la culpa (cf. *infra*, caps. XLI y XLII).

<sup>1</sup> En la primera edición de esta obra exageramos indebidamente "lo excepcional de la culpa", y dijimos, con evidente error, que ésta "aparece en el Derecho penal como cuña de distinta madera" (pág. 475).

## 241 - CLASES DE CULPA

Demos de lado a las viejas especies de la culpa, manejadas más por los glosadores que por el propio Derecho romano, y que en Derecho civil funcionan todavía: *culpa lata*, *culpa leve* y *culpa levisima*. En Derecho penal no pueden tener eficacia, salvo en algunos Códigos, como el español de 1870, en que se habla de "imprudencia temeraria" y de "imprudencia simple".

A nuestro juicio, debe distinguirse la culpa conforme a la representación. Carrara incurrió en confusión, a pesar de su profundo saber, cuando dijo que la denominada "culpa con previsión" no debe ser admitida, porque prever que el acontecimiento no se producirá equivale a no haber previsto.

En el plano psicológico tiene la denominada culpa con representación (mejor es denominarla así, que culpa con previsión) una importancia extraordinaria, ya que ella abona la posibilidad de ser imputada con más fundamento que la culpa simple. Los Códigos que tratan de ella con tendencia de mayor severidad se equivocan. Acaso sea más peligroso el sujeto que no prevé que el que se ha representado el efecto y espera que no se produzca.

Ahora se prefiere emplear otras denominaciones: *culpa consciente*, que es en la que se ha representado el resultado, y *culpa inconsciente*, en la que la representación no se ha producido:

a) *Culpa consciente*: Saber dudoso de las circunstancias del hecho, y sobre esto la no probabilidad de la producción del resultado. En este caso el autor no está interiormente de acuerdo, pues él espera que el resultado que se representó no se producirá. Se añade la conciencia de la antijuricidad material del hecho y el querer de la actividad voluntaria causante del resultado. La falsa esperanza de que el resultado no se producirá, descansa en la negligencia de un deber concreto, cuyo cumplimiento le es exigible al autor como miembro de la comunidad.

b) *Culpa inconsciente*: Ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado (Saber y Poder). Esta ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto, que el autor hubiera debido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado puede revestir las formas de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad (olvido).

## 242 - LA CULPA EN LOS CÓDIGOS PENALES IBEROAMERICANOS

Algunos antiguos Códigos, como ocurre con el español, no legislan sobre la culpa en la Parte general y sólo enumeran, a más de otros casos específicos, la *imprudencia temeraria y simple imprudencia o negligencia* como formas genéricas de delitos culposos<sup>1</sup> (Nicaragua, art. 527; El Salvador, art. 527). El de Chile, que trata de los *cuasi-delitos* en el Libro primero, habla también de *imprudencia temeraria y simple*, con carácter genérico, en la Parte especial (arts. 490 y 492). En cambio, los más modernos dan, de esta segunda especie de la culpabilidad, nociones más o menos afortunadas, sin perjuicio de encuadrar en la Parte especial las formas de delitos culposos.

Es de notar que el más viejo Código iberoamericano, siguiendo lo establecido en el Código penal español de 1822, definía en el Libro primero, destinado a las "disposiciones generales", la *culpa* como forma independiente del delito y lo hacía con estas palabras: "Comete culpa el que libremente, pero sin malicia, infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar." (art. 2º).

Otros Códigos de lengua fecha reciben los delitos culposos en la Parte general, denominándolos *cuasidelitos*, y definiéndolos con estos o parecidos términos: *las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete* (Chile, arts. 2º y 4º; Honduras, art. 2º; Costa Rica, art. 18, párrafo 2º).

En algún Código aparece escuetamente la afirmación, incluida en la Parte general, de que las acciones punibles sólo pueden imputarse a una persona cuando se ejecutan "con intención culpable o por *negligencia*" (Paraguay, art. 6º).

Los más recientes Códigos dan ya una definición del delito culposo, declarando a veces taxativamente (Uruguay, art. 19; Cuba, art. 19; Brasil, art. 15, párrafo último), como también lo han hecho el Código chileno (arts. 4º y 10, núm. 13) y el costarricense (art. 18, párrafo 2º), que la culpa sólo se castiga en los casos que la propia ley establece.<sup>2</sup> El Código peruano vincula la *negligencia*, taxativamente enunciada como denominación de los delitos culposos, a la

<sup>1</sup> En el Código penal español de 1870 la imprudencia se hallaba consignada en el artículo 581, y en el de 1932 figura en el artículo 558.

<sup>2</sup> En el Código mexicano se dice expresamente que el aborto causado por *imprudencia* de la mujer no es punible" (art. 333).

*imprevisión*, considerada como “culpable” cuando “el autor del acto no ha hecho uso de las *precauciones* impuestas por las circunstancias y por su situación personal” (art. 82). El Código mexicano emplea el término *imprudencia* y define ésta como “toda *imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado* que cause igual daño que un delito intencional” (art. 8º). El Código uruguayo considera el *hecho culposo* o *culpable* “cuando con motivo de ejecutar un hecho, en sí mismo jurídicamente indiferente, se deriva un resultado que, pudiendo ser previsto, no lo fué, por *imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos*” (art. 18). En el Código cubano se define el *delito por culpa*, vinculándolo también a la *imprudencia, impericia, negligencia o inobservancia de los reglamentos* (art. 19). El Código colombiano da un concepto más elegante y menos enumerativo de la culpa, basada, como en el Código peruano y en el del Ecuador, en la *imprevisión*, pero comprendiendo además la culpa de resultado *previsto*: “Hay culpa cuando el agente *no previó* los efectos nocivos de su acto, *habiendo podido preverlos*, o cuando a pesar de *haberlos previsto, confió imprudentemente* en poder evitarlos” (art. 12, párrafo 2º). La tradición española pervive en el Código de Guatemala, que habla de *imprudencia* o *negligencia* que causa un mal “que a mediar malicia constituiría delito o falta” (art. 13), dividiendo la *imprudencia* o *negligencia* en *temeraria* y *simple*, mediante reglas embarazosas para distinguirlas, copiadas textualmente del artículo 34 del Código penal español de 1928, que tantas censuras mereció en España por su origen dictatorial y su torpe contenido. En el Código ecuatoriano se parte de la base de la *imprevisión* y se acude para completar el concepto a las sólitus enumeraciones: “La infracción es culposa cuando el acontecimiento, *pudiendo ser previsto* pero no querido por el agente, se verifica por causa de *negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley, reglamentos u órdenes*” (art. 14, párrafo último). Enumerativa, pero escueta, es también la definición del Código brasileño: “Se dice que el delito es: . . . culposo, cuando su autor realizar el hecho por *imprudencia, negligencia o impericia*” (art. 15, II).

Los Códigos —como, por ejemplo, el de la Argentina— que no han definido la culpa en la Parte general, y todos los que han dado un concepto de ella en las disposiciones generales de su Libro primero han consignado en la Parte especial —puesto que sólo se castigan los delitos culposos cuando la ley lo establece expresamente— formas culposas más o menos nutridas, y de algunas de ellas, como



ocurre en la Argentina con el homicidio culposo (art. 84), puede deducirse un concepto general de culpa basado en las habituales enumeraciones: *imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de los reglamentos o deberes del cargo*.

Algunos Códigos, como acabamos de ver, ora en la Parte general, bien en la especial, distinguen al calificar la culpa: *imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia de reglamentos*. En puridad, pueden diferenciarse bien estos términos. La *imprudencia* supone obrar, emprender actos inusitados, fuera de lo corriente y que, por ello, pueden causar efectos dañosos. La *negligencia* estriba en no tomar las debidas precauciones, sea en actos excepcionales o en los de la vida ordinaria. La *impericia* requiere ya una profesión, un oficio o un arte. Con el ejemplo de un médico aclararemos cuanto se acaba de decir. Un cirujano puede ser expertísimo, pero *imprudente*, si quiere, para lucir su arte ante los alumnos o ante los visitantes extranjeros, hacer una intervención con métodos todavía no confirmados y que, por su novedad, no acreditarán el seguro éxito. Con toda su pericia, puede ser *negligente*, si en una operación reglada, por ir de prisa, descuida las precauciones debidas. Y si el sujeto no sabe el arte de curar e ignora las reglas de la quirúrgica, entonces es *imperito*.

Nos queda por esclarecer el último de los términos antes enunciados: la *inobservancia de los reglamentos*. La mayor parte de los autores, y nosotros mismos, hemos opinado que la mera infracción de un reglamento o de un mandato de la autoridad no puede originar *incriminaciones culposas*. La culpa requiere negligencia, imprudencia o impericia, incluso cuando se trata de inobservancia de una instrucción. Esta tesis debe ser rectificada. No negamos que cuando esa infracción reglamentaria es radicalmente ajena a la conducta, no constituirá de por sí título culposo. Mas, en la mayoría de los casos, aun cuando el sujeto que infrinja el reglamento tome toda clase de precauciones, es imprudente el hecho de faltar a las ordenanzas, porque con ello puede provocarse la falta de precaución de otras personas. Un ejemplo aclarará este pensamiento: un chófer entra contramano por una calle. Ojo avizor, precavido el volante y velocidad mínima; mas un viajero del autobús que pasa, se precipita del carruaje y, materialmente, se mete bajo las ruedas del coche que infringió los reglamentos. La infeliz víctima no fué imprudente; tomó toda clase de precauciones para que un coche que había de venir por detrás no le aplastara; mas, al mirar los que pudieran causarle daño, descuidaba el hecho —para ella imposible—

de que contramano y de frente la embistiese un vehículo. El chófer que violó el reglamento fué imprudente al infringirlo, porque debió contar con la falta de precauciones al respecto de quien se apeaba del autobús.

#### 243 - DELITO PRETERINTENCIONAL

Empecemos por la indagación de la esencia de ese anómalo concepto. Para muchos de los escritores italianos y argentinos, existe un dolo preterintencional; para un grupo más reducido de penalistas, se trata de un concurso de dolo y culpa, y para los escritores alemanes y los españoles y argentinos inspirados en la dogmática alemana, esos tipos delictivos son infracciones calificadas por el resultado. Procedamos al estudio de cada categoría de pensamientos.

##### a) *El supuesto dolo preterintencional*

La clásica doctrina italiana, que a este respecto se prolonga en los positivistas, ve en la preterintención una forma de *dolus*: el dolo preterintencional. Así pensó Carrara al clasificar el homicidio *preterintentionem* en la "familia de los homicidios dolosos" —aunque su fórmula fué la de *culpa mezclada de dolo*—, y así sigue razonando Florián, que hace de la preterintención una forma del "dolo indirecto", o como Alimena le llamó, "indeterminado". En la Argentina, Eusebio Gómez ha desenvuelto este criterio con máximo rigor, al uso carrariano, afirmando que al homicidio preterintencional le confiere carácter doloso "la circunstancia de que el agente procede con la intención de llevar a cabo un hecho contrario a la ley". Cuando comenté este magistral libro de Gómez hube de razonar mi discrepancia, sobre todo con este último argumento, que es el que originó la confusión italiana sobre el dolo eventual.

Suele invocarse, en este grupo de doctrinas, el sagacísimo nombre de G. B. Impallomeni. Ciertamente que el gran maestro italiano considera "impropio" decir que en ese caso el "dolo es mixto de culpa", con lo que rechaza la teoría que después expondremos, pero no es menos exacto que a la gran finura técnica del sabio profesor repugnaba llamar "dolo" a lo que se imputaba sin ser "querido"; y por eso habla de "delito preterintencional", que es mucho más correcto; pero no podemos menos de confesar que el pensamiento de Impallomeni

varía a través de sus distintas obras y no puede ser ofrecido como modelo de claridad.

En el Código español y en muchos de los que de él derivan se formula la preterintención como atenuante: no haber tenido intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo.

### b) Concurso de dolo y culpa

En la propia Italia se levantaron autorizadas voces discrepantes de esa *contraditio in terminis* (dolo más allá de la intención). Marcello Finzi, volviendo a la doctrina carrariana, habló de "mixtura de dolo y culpa" en el delito preterintencional, criterio desenvuelto en lengua española, con singular maestría, por José Irureta Goyena: "Del punto de vista subjetivo —escribe el gran maestro uruguayo—, el homicidio ultraintencional es una mezcla de dolo y culpa: dolo respecto de la lesión, culpa respecto de la muerte. El sujeto ha querido inferior un daño y lo ha inferido; no ha querido la muerte, pero ésta ha sobrevenido a consecuencia de su imprevisión. La culpa consiste en no preverse todas las consecuencias conjeturables de un acto o de una omisión." Con matiz distinto, pero pudiendo ser incluido en este grupo de teorías, se expresa Ottorino Vannini, en pro de calificar el homicidio preterintencional como homicidio culposo. Se trataría, en el sentir del discretísimo penalista italiano, de un homicidio culposo calificado por el particular contenido doloso de la conducta causal del reo. La tesis de Vannini salva la objeción que Florián hizo a Finzi —"dos momentos psicológicos no pueden obrar contemporáneamente"—, pero se estrella también contra la tradicional —y a nuestro juicio falsa— concepción de la culpa, que exige un arranque ilícito, o al menos no antijurídico, de la conducta. Para nosotros no sería obstáculo, pues estamos de acuerdo con Vannini en que son muchos los homicidios culposos que derivan de una causa dolosa. Aunque con menos rigor técnico, ya que el ejemplo que usa se refiere más bien a los procesos de casualidad material, parece sustentar la doctrina del concurso de dolo y culpa en los delitos preterintencionales, el Magistrado cubano Evelio Tabío.

En la República Argentina ha mantenido este criterio, mucho más racional que el anterior, el Profesor José Peco. Aunque de modo incidental, puesto que el trabajo en que consigna su opinión sobre el tema trata de otro asunto —la tentativa—, las palabras del gran maestro argentino no ofrecen dudas: "Componen el delito pre-

terintencional dos ingredientes, uno culposo, otro doloso. El dolo recae sobre el propósito, la culpa sobre el resultado.”

De conservar esta figura calificada por el resultado, es preferible interpretarla así, huyendo del automatismo con que descargan la responsabilidad sobre el agente los delitos calificados por el efecto final. El Código de Cuba ha adoptado este punto de vista, de definir el delito preterintencional como compuesto de dolo y de culpa.

#### 244 - DELITOS CALIFICADOS POR EL RESULTADO

En riguroso diagnóstico, los delitos preterintencionales no son más que los calificados por el resultado en la técnica alemana. A la luz de esta rígida concepción el homicidio preterintencional sería una especie de ese arcaico género de infracciones. Sebastián Soler así lo estima, incluyendo el homicidio preterintencional entre los casos de delitos “calificados por el evento (léase resultado), en los cuales se hace responder al sujeto por un resultado que se ha producido fuera de su intención, y que, no obstante, la ley se lo cargó en cuenta”; pero el Profesor de Córdoba, a pesar de su confesado dogmatismo, tiene que interpretar el precepto de modo menos rígido, cuando llegar a resolver el nexo causal en esa especie de delitos.

Lo mejor sería ir desterrando de los Códigos esas infracciones de objetiva crudeza, supervivencia de épocas bárbaras. El moderno Derecho penal proclama que no hay pena sin culpabilidad. Contra esas figuras delictivas calificadas por el resultado, protestaron los más insignes penalistas alemanes, sobre todo H. Seuffert, en los Congresos de la Unión Internacional de Derecho penal habidos en 1900 en Estrasburgo y en 1902 en Brema. Conocidísimo es este párrafo de Franz von Liszt: “No debería haber la menor duda de que este vestigio de la antigua responsabilidad derivada del resultado no responde, ni a la conciencia jurídica actual, ni a los principios de una política criminal razonable.” Recordemos también a uno de los más originales y profundos penalistas de Alemania, Max Ernesto Mayer, que al hablar de este grupo de infracciones, exclama: “¡Un resto de la mera responsabilidad por el resultado, una injusticia lamentable en nuestro Derecho!” También Soler recoge las críticas del “sentido primitivo y cruel de esas figuras que admiten la responsabilidad sin culpa”, aunque su gusto polémico le lleve, páginas más adelante, a decir que en esas censuras hay “cierta exageración”.

No creo exagerar en el repudio de esos residuos inciviles. Cuanto

más intenso sea, más ganará la justicia. Pero la labor del intérprete no es de *lege ferenda*, sino de *lege lata*; por eso la fórmula de concurso de dolo y culpa nos permite resolver muchos problemas y dar sentido lógico a la expresión *preter* o *ultraintencional*, que de otro modo no lo tendría.

Recientemente se ha producido un fenómeno desconcertante. Los penalistas italianos más modernos, aunque su Código define la preterintención en el art. 43, *entre* el dolo y la *culpa*, como *fuera* de la intención (pero no *contra*), y a pesar de que cuentan con el antecedente de los Códigos sardo y toscano, que exigían la culpa en el resultado más grave, se obstinan en no exigir ni siquiera la previsibilidad en este efecto ulterior agravante, con lo que resulta que se adscriben al punto de vista de la responsabilidad objetiva, que hasta lamentaban los tratadistas alemanes que se creían ligados a ella por el texto de su Código. En cambio, en la Alemania Occidental, la ley de 8 de agosto de 1953 cambia la redacción del artículo 56 del Código vigente y transforma la fórmula en una pura preterintención con un elemento subjetivo condicionante: "Cuando la ley señala una pena más alta por una especial consecuencia del acto, sólo se impondrá aquélla al autor si ha ocasionado esa consecuencia al menos culpablemente."

#### 245 - EL MEDIO Y LA PRETERINTENCIÓN

En los Códigos de España y de Hispanoamérica, que han definido —como atenuante— el delito preterintencional, en la fórmula de no haber tenido intención de ejecutar un mal de tanta gravedad como el que produjo, el medio empleado traduce o niega esa falta de dolo del grave resultado. Pero no falta algún Código, como el argentino, que taxativamente se refiere a él. Dice así el inciso 1º b) del artículo 81: "Al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte."

En verdad, el medio de adecuación razonable con el fin reviste importancia superlativa. La expresa exigencia de la desproporción del medio con el resultado que se causa revela la falta del dolo de matar. Cuando el agente quiere "ocasionar una lesión personal" y "causa", en cambio, ultraintencionalmente, la muerte, el homicidio del lesionado es *preterintencional*, más allá de la intención. Pero para saber de ésta, mejor dicho, para averiguar la falta de dolo de la

muerte, la justicia sólo posee un recurso objetivo: examinar el medio que el sujeto empleó; si es hábil para matar, ha de presumirse el *animus occidendi*; si no debía razonablemente ocasionar la muerte, parece claro que no existió tal propósito, si la prueba objetiva del medio usado coincide con otras referentes a la intención del agente.

En otro lugar hemos dicho que este es el sistema clásico y más frecuente en los Códigos y tribunales. Recordemos un caso de España: Un agente de consumos (impuesto municipal sobre comestibles que entraban en una ciudad o pueblo provenientes de otro, y que los españoles detestaban fieramente), armado con pistola al cinto y provisto, además, de un bastón bastante fuerte, trató de revisar unos paquetes que un individuo deseaba pasar por el linde municipal. Negóse éste, y ante las intimaciones del "consumero", salió corriendo sin hacer caso de las voces de "¡Alto!" El agente de consumos no le disparó con su pistola, que llevaba al costado, y sólo le arrojó el bastón con ánimo de golpearle en las piernas o trabárselas, impidiendo así la fuga del individuo recalitrante al pago del impuesto. Por mala fortuna, el bastón, en vez de dar donde el "consumero" deseaba, golpeó al sujeto pasivo en la cabeza y le fracturó la base del cráneo, falleciendo poco después. El homicidio preterintencional es perfecto y paladinamente demostrado, no sólo por la inadecuación del medio que el agente usó, sino por no haber empleado el que realmente era capaz de producir la muerte (la pistola que llevaba al cinto)

En principio, como se demuestra por este ejemplo tomado de la vida auténtica, el examen sobre la no adecuación razonable del medio con el fin letal, ha de hacerse en abstracto y de modo genérico: con *tal* medio no se produce el resultado de *tal* tipo delictivo, pero no basta este primer razonamiento para decidir el proceso de subsunción. Puesto que se trata del *medio*, ha de ser examinado éste en orden a grupos de sujetos sobre los que se pretende lograr un fin, e incluso con respecto a ciertas clases de medios ordinariamente no razonables para conseguir el objetivo excepcionalmente adecuado para obtenerlo.

Un puñetazo no es el medio razonable para producir homicidios; pero el dado por los boxeadores (una *clase* de puñetazo) sí es apto para causar la muerte de un hombre no entrenado en el boxeo. Está en lo cierto José Irureta Goyena cuando escribe: "Los puños de un negro como el atleta Johnson... no son puños sino arietes, y lo natural es presumir que cuando se descargan sobre alguien es para matar y no para herir, desde que la consecuencia natural es que

maten y no que hieran." Con mayor motivo se entenderán así los medios ineficaces de manera aislada, pero perfectamente conectados con el fin, en *serie*. De otro modo el autor de una muerte con ensañamiento o sevicias resultaría beneficiado por el delito preterintencional contra toda justicia.

Ahora nos interesa más que este aspecto del asunto, el planteado en primer lugar en el párrafo anteúltimo: el medio ordinariamente no razonable para conseguir la muerte, y razonable, en cambio, por actuar sobre sujetos pasivos de un determinado grupo. Los niños y los débiles lo constituyen. En todos los Códigos el abandono del infante forma un tipo delictivo, y no lo es el del hombre adulto y fuerte. En efecto; el abandonar a una persona como medio de causarle un daño o de producirle la muerte, es de *ordinario* inadecuado al fin; pero en los niños e incapaces, resulta tan idóneo que los Códigos lo castigan. Pues bien: los golpes de puño y hasta de palo, ordinariamente inadecuados para matar a un adulto sano, son un medio perfectamente *razonable* para ocasionar la muerte de un niño o niña de dos a tres años, y con mayor motivo si la criatura es enferma. En el caso del adulto golpeado, el autor de las lesiones puede ampararse en el homicidio preterintencional si el agredido fallece; en el de la criatura de corta edad y de precaria salud, no le estará permitido tal efugio a su palmario dolo de muerte

He aquí, con cuanto se ha dicho sobre los medios inaptos aisladamente y eficaces en serie, y sobre todo, con lo que acabamos de escribir en orden al medio referido a un grupo de sujetos pasivos, resueltos muchos de los problemas que plantea el delito preterintencional. Obsérvese que hemos procurado huir del examen individual, forzoso en el juez que *individualiza* las reglas legales, y hemos sentado fórmulas generalizadas: medios excepcionalmente adecuados, como los puñetazos de los boxeadores, y sujetos idóneos para ser muertos por medios ordinariamente no mortíferos, como los niños y los débiles o enfermos.

#### 246 - UN RESUMEN DE LAS DISTINTAS FORMAS DE CULPABILIDAD

Quisiéramos ahora ofrecer un ejemplo para la mejor comprensión de todos estos grados de culpabilidad. Podemos utilizar el caso más característico de un automovilista. Aun cuando es muy raro, hace bastante tiempo que ha aparecido en *La Scuola Positiva* el caso concreto de dolo directo por atropello. Es la *primera hipótesis*

que vamos a formular. En ella, el sujeto, en vez de utilizar el revólver o el cuchillo para herir o matar a otro, le aplasta con su automóvil; pone su coche en marcha, maneja el volante en forma adecuada y arremete contra la víctima, atropellándola. Este es un homicidio por dolo directo.

*Segunda hipótesis:* El corredor que apostó por su propia victoria encuentra en su camino unas gentes instigadas por el otro concursante que llenan la carretera. El conductor las atropella sin desear su muerte; pero el resultado es consecuencia necesaria de su acción al pasar.

*Tercera hipótesis:* Al corredor que, para adelantar a sus concursantes, lleva su coche a gran velocidad, se le representa el peligro de que un transeúnte se cruce en la carretera y ratifica el evento luctuoso para no perder su marcha vertiginosa que le hará dueño del premio. Este es el dolo eventual si el atropello se produce.

*Cuarta hipótesis:* Imaginemos el mismo caso anterior, pero el sujeto, cuando se le representa el resultado, espera de su pericia no producir ningún accidente; si el atropello se produce es un caso de culpa "con previsión", o mejor, culpa consciente a la que también se llama con representación.

*Quinta hipótesis:* Piénsese, en cambio, que no ha previsto el resultado y que no se lo ha representado a pesar de que debía representárselo porque iba a pasar en ese instante por un lugar concurrido. Es el sólito caso de culpa.

*Sexta hipótesis:* Por último, supongamos un chófer que marcha con moderadísima velocidad y atropella a un niño que sale corriendo inesperadamente de la acera y se cruza en la calzada. El hecho no pudo ser previsto por el conductor. Es un caso fortuito en que la culpabilidad se excluye.

Incluso, sin abandonar el ejemplo, podríamos configurar en él un homicidio preterintencional, y de este modo se formularía una *séptima y realmente última hipótesis:* un chófer, deseoso de vengarse de su enemigo, le embiste a poca velocidad con su automóvil, sin tener más intención que la de golpearle con una aleta del coche. Prevé, sin duda, que la víctima pueda sufrir daño más grave que el golpe que decide propinarle. En efecto; el infeliz adversario del chófer cae desmayado por la contusión sufrida y se golpea contra el parachoques delantero de la máquina, fracturándose la base del cráneo.



## CAPÍTULO XXXIV

### LAS CAUSAS DE INculpABILIDAD: EL ERROR

#### 247 - CONCEPTO DE LAS CAUSAS DE INculpABILIDAD

Max Ernesto Mayer y luego Augusto Köhler las llaman causas de inculpabilidad o causa de exculpación, que en alemán se designan con el título de *Entschuldigungsgründe*. La definición más usual consiste en decir que tales causas de exculpación son las que excluyen la culpabilidad, evidente tautología, que sin superarla del todo podríamos aclarar diciendo que son las que absuelven al sujeto en el juicio de reproche.

La diferencia entre ellas y las de inimputabilidad es palmaria: el inimputable es psicológicamente incapaz. Y lo es para toda clase de acciones, ora de un modo perdurable, como el enajenado, bien transitoriamente, pero durante todo su trastorno, en los casos de enajenación pasajera o de embriaguez, en aquellos países en que la ebriedad funciona como eximente. En cambio, el inculpable es completamente capaz y si no le es reprochada su conducta es porque, a causa de error o por no podersele exigir otro modo de obrar, en el juicio de culpabilidad se le absuelve. Mas para todas las otras acciones su capacidad es plena. Si el que yerra purgando a su niño y, sin querer, le envenena, perpetra al mismo tiempo contra un criado una injuria u otra cualquier infracción, le será ésta imputada, aunque el error esencial le absuelva por el filicidio.

#### 248 - CLASES

Propiamente existen dos grandes causas de inculpabilidad: *genérica* una y *general* otra, con alcances supralegales:

- a) Error, con sus especies y variedades:

- a') De hecho y de derecho.
  - b') Eximentes putativas.
  - c') Obediencia jerárquica.
- b) No exigibilidad de otra conducta.

## 249 - CONCEPTO DEL ERROR

### a) Advertencia

A pesar del desconcertante aserto de Binding —amigo de las *Loutades* en contraste con su espíritu rigurosamente germánico—, el error, lejos de ser un problema “sencillo”, está erizado de dificultades tremendas. Sobre él pesan aún, con la gravedad de lo tradicional, las viejas máximas de que “el error de derecho no excusa” y de que “la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento”. En otro aspecto, gravitan sobre estas cuestiones del error —y a este respecto con referencia peculiar al de hecho— yerros de sistemática, engendrados por el “positivismo jurídico” italiano y reflejados en Hispanoamérica.

### b) Ignorancia y error

En el área de la psicología hay una *distinción fundamental* entre la ignorancia y el error, que se halla ya en Platón. La primera supone la falta absoluta de toda representación y consiste en una entera ausencia de noción sobre un objeto determinado; es un estado negativo. El error supone una idea falsa, una representación errónea de un objeto cierto; es un estado positivo. La ignorancia consiste, en suma, en una falta completa de conocimiento, mientras que en el error hay un conocimiento falso.

Pero esto, que psicológicamente es de superlativa trascendencia, carece de interés en el Derecho positivo y en la práctica judicial. Las leyes suelen unificar la ignorancia y el error, porque consignan a una y otro los mismos efectos; y, por eso, los jueces no hallan la necesidad de investigar si, en el caso concreto que ante ellos se enjuicia, hay error o simple ignorancia. Los dos conceptos se reúnen, pues, en uno solo y los Códigos suelen hacer uso de la expresión “error”, si bien el derogado Código italiano prefirió decir “ignorancia”, en su artículo 44, acaso más en lo cierto, ya que con este concepto general abarca también el del error. El Código penal fascista sigue hablando de la “ignorancia” cuando excluye todo poderío

eximente al error de derecho (art. 5º, análogo al 44 del Código de 1889), y al tratar de los efectos del yerro de hecho emplea la corriente terminología (arts. 47-49), que sigue usando al tratar de la concurrencia de circunstancias (arts. 59 y 66), si bien es de notar que una vez dice “por él [agente] *no conocidas*” (art. 59).

Los tratadistas siguen, en su gran mayoría, la tesis simplificadora, aunque discrepan en cuanto a la manera de unificar los términos.

Carrara —inspirándose en la psicología— distinguió la ignorancia del error, caracterizando la primera como “un estado *negativo* del alma”, consistente “en la ausencia de toda noción” “relativa a un objeto”, y apreciando el segundo como *un estado positivo* de falso conocimiento; pero, aun reconociendo el gran maestro de Pisa que, metafísicamente considerado el asunto, difieren de modo profundo la *ignorancia* y el *error*, entendió, contrariamente a la tesis de Savigny —que veía siempre un estado de ignorancia, puesto que el error nace en todo caso de ignorar alguna cosa—, que no había para qué ocuparse de las situaciones negativas, puesto que no pueden ser causa de acción, y que, en consecuencia, el criminalista no tiene para qué estudiar la *ignorancia* sino solamente el *error*”.

Los autores contemporáneos que siguen esas definiciones de Carrara, con palabras más o menos análogas, coinciden entre sí en el resultado práctico unificador de que la ignorancia y el error suscitan, en materia de responsabilidad criminal, un solo problema, y que, por ello, deben ser tratados según los mismos principios. Algunos de los tratadistas más eminentes, como Manzini y Florián, afirman que la ignorancia comprende el error. Alimena, por su parte, destruye con más energía las diferencias existentes entre ignorancia y error, diciendo que “tanto es éste ignorancia como aquélla error”. También Carlos Binding, en su magistral trabajo, dice que todo conocimiento falso significa precisamente un no conocimiento y, a su vez, todo no conocimiento un conocimiento erróneo.

De esta *communis opinio* se deduce que es lógico, por tanto, que en el lenguaje jurídico se usen los dos términos con el mismo significado, e indistintamente, ya que una misma regla vale para ambos. Sin embargo, los autores suelen hablar con más frecuencia del error, englobando en la frase la ignorancia, sin duda porque esa forma es la más corriente e importante en la práctica.

## 250 - ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO

Desde el Derecho romano se distingue entre el error de derecho y el error de hecho, y siguiendo a Savigny se ha dicho que el primero recae sobre una regla de derecho, es decir, sobre el derecho objetivo, en tanto que el segundo versa sobre hechos jurídicos; es decir, sobre las condiciones exigidas en el hecho para la aplicación de una regla jurídica. Esta doble naturaleza del error se halla consagrada en las legislaciones penales contemporáneas y recibida por Carrara y la mayor parte de los penalistas.

No faltan, también, modernos escritores que mantengan la distinción tradicional. La sustentan, en primer término, la inmensa mayoría de los criminalistas italianos y franceses, e incluso —a pesar de que en Alemania parece predominar la teoría unificadora— algunos penalistas alemanes de nombradía.

Engisch, en 1930, rechaza el ensayo de unificar las exigencias del conocer de los hechos y de lo injusto, considerando la distinción entre error de hecho y error de derecho “uno de los más importantes avances en el dominio de la doctrina del dolo”.

También Mezger, que no deja de reconocer efectos al error de derecho, análogos a los del *error facti*, cree útil —sin razonar por qué— la diferencia entre esas dos formas de error. Mezger escribe en su Tratado, en 1931, y lo repite en la segunda edición de 1933: “El dolo del autor se refiere, en el caso particular, a esas partes integrantes del tipo legal (descriptivas y normativas), y por lo que respecta a su elemento intelectual, en forma de un conocimiento (previsión) de las mismas. Por tanto, este *conocimiento se divide en conocimiento de los hechos y de su significación*. Su desconocimiento produce el *error del autor sobre los hechos* y el *error sobre su significación*; la oposición entre *conocimiento de los hechos* (error sobre los hechos) y *conocimiento del Derecho* (error de derecho), se refiere únicamente a un especial caso de la oposición que aquí concebimos de modo más general. No se discute ahora el tan debatido problema de si el parágrafo 59 del Código penal alemán comprende el conocimiento de los hechos y el de su significación, sino, tan sólo, si ambos pueden ser conceptualmente separados, y si deben distinguirse, teniendo en cuenta el objetivo de la exposición que se hace en las páginas que siguen. Esta cuestión debe ser *afirmativamente contestada*”.

Como se ve, Edmundo Mezger separa conceptualmente ambas clases de error, sólo para fines didácticos, y atribuye, sin embargo, al llamado error de derecho efectos excluyentes de dolo.

Mucho antes, en 1914, Wachenfeld trataba ya de diferenciar, a su modo, entre error de hecho y error de derecho, y los define así: "Sólo puede hablarse de un error de derecho cuando el autor yerra sobre la conformidad o disconformidad de su acción con el derecho." E. Schmidt observa, muy correctamente, que con esas fórmulas de Wachenfeld "se está lejos de lograr la superación de las dificultades que acarrea toda distinción".

Finalmente, Graf zu Dohna trata, al parecer, de conservar las diferencias estudiadas, dando al error sobre los "caracteres del tipo" el título de "error de hecho" y al error sobre la "prohibición" el nombre de "error de derecho", sin que, desgraciadamente, consiga tampoco con ello aclarar la equívoca terminología; pero en realidad debe ser incluido entre los escépticos de las pretendidas distinciones entre error de hecho y de derecho.

## 251 - UNIFICACIÓN DE LAS FORMAS DE ERROR

La mayor parte de los tratadistas alemanes —fundándose en que el Código penal alemán no distingue entre error de hecho y de derecho— consideran que no hay fundamento para mantener esa vieja y equívoca diferencia, y postulan la teoría unificadora, alguno de ellos —como Binding— siguiendo las huellas de Savigny, que decía que el error de derecho "es un error de hecho, pero siempre resulta de una percepción inmediata de los hechos".

A comienzos del siglo escribió ya agudamente Finger —inspirado en Binding—: "Si se admite que actuar jurídicamente significa examinar la relación entre la acción y el Derecho y comportarse en consonancia con éste, y que el Derecho no puede requerir sino que todos obren conforme con los preceptos por ellos *conocidos*, resulta que debe ser indiferente para la culpabilidad cuál sea el elemento en que el error se funde".

Franz von Liszt escribe: "No tiene ninguna importancia para el valor jurídico del error, que la repulsa errónea de la presunción de que el acto está previsto por la ley, descansa sobre una apreciación inexacta del hecho, o sobre una concepción errónea de las reglas jurídicas aplicables al mismo. La distinción entre error de hecho y error de derecho no encuentra fundamento en la ley. Y es comple-

tamente erróneo distinguir además, dentro del error de derecho, el error referente a las reglas del Derecho penal, del error relativo a otras reglas jurídicas, y colocar este último —es decir, el error de derecho extrapenal— en el mismo plano que el error de hecho... Esta distinción fracasa ya, puesto que no hay conceptos jurídico-penales; el Derecho penal, como Derecho protector, toma más bien sus conceptos de las restantes ramas jurídicas.”

Pero ha sido Carlos Binding quien ha denunciado con más argumentos aquellos equívocos terminológicos. Comienza el insuperable dogmático alemán diciendo que todo lo que en el transcurso de los siglos se ha venido aportando en desconocimiento e imprecisión de la doctrina del error, con objeto de hundirla en el más profundo y complicado dogmatismo, que ha dado como fruto una falsa teoría, de la que se han sacado las más absurdas consecuencias, constituye una de las páginas más vergonzosas de la dogmática jurídica, y en verdad, no sólo de la alemana. Para obtener una visión correcta del problema cree Binding que el punto de partida incontestable es considerar falsa la división general sancionada por el Tribunal del Imperio, de error de hecho y de derecho, proclamando que la supuesta eficacia distinta de estas dos pretendidas clases de error, contradice todo sentimiento de justicia. Binding razona así: Conocimiento falso, erróneo, puede tenerse sólo sobre aquello que puede ser conocido; pero también sobre todo lo que puede serlo. Para el área interminable de lo que puede ser conocido posee el lenguaje alemán una sola palabra: *hechos*. Sólo sobre ellos se puede conocer, pero también sólo sobre ellos se puede errar. Ahora bien; los hechos no son sólo acontecimientos, es decir, sucesos en la historia de la Naturaleza animada e inanimada, son también estados, existencias de los más diversos géneros, o propiedades de las mismas. Es evidente que un error con relevancia para el Derecho sólo puede estribar en un hecho de trascendencia jurídica. Aquello que no existe en la vida del Derecho no tiene importancia alguna en esta cuestión y es, por tanto, indiferente para el orden jurídico que en el espíritu del hombre se dé una representación correcta o equivocada. Si designo tales hechos —prosigue Binding— con el calificativo de hechos desnudos, se deducirá lógicamente este postulado: El error sobre los hechos desnudos es un error que jurídicamente no tiene importancia alguna. Así ocurre en el caso de que alguien estuviere convencido de que el Sol gira en torno de la Tierra, o de que la nieve no es cristalina. Ahora bien; hechos jurídicamente significativos son, ante todo, los preceptos jurídicos de todo género, ya de carácter general

como de excepción; las normas y preceptos de orden permisivo, las disposiciones afirmativas y negativas, así como toda clase de derechos y obligaciones en todas sus características y partes integrantes; lo es igualmente todo portador de estos derechos y obligaciones, en particular las acciones jurídicamente relevantes y todas sus propiedades esenciales. El error sobre la existencia de un precepto jurídico, sobre la vida de un hombre, sobre la derogación de una regla de derecho, sobre la existencia de un delito, sobre la punibilidad del mismo, etc., no son más que errores sobre los hechos jurídicamente relevantes. La expresión "error jurídicamente relevante" se usa por Binding para caracterizar todo lo que en el orden jurídico es error. De lo dicho deduce el insuperable maestro alemán la imposibilidad de sostener dogmáticamente la división del error jurídicamente relevante, en error de hecho y de derecho, puesto que todo error jurídicamente relevante es necesariamente error de derecho, y un error relevante sobre hechos desnudos no puede ser tomado en consideración.

Junto a estos grandes autores alemanes, dos de los cuales representan dos corrientes contrapuestas —Liszt actúa dentro de su "positivismo" sociológico y Binding encuadrado en su "positivismo" legal—, pueden citarse muchos más, entre ellos penalistas tan destacados como Eduardo Kohlrausch, tan profundamente geniales como Max Ernesto Mayer y Beling y tan documentados como Roberto von Hippel. A esta opinión se adhieren Oetker, Finger y Weiz.

M. E. Mayer no emplea los términos de error de hecho y de error de derecho, y dota de iguales efectos al error sobre las "situaciones de hecho" que al que recae sobre la naturaleza de contraria al deber (*Pflichtwidrigkeit*) de la conducta humana.

Como veremos en seguida, los más modernos penalistas alemanes adoptan hoy una diferencia conceptual que no se identifica enteramente con las viejas distinciones de error de hecho y de derecho.

## 252 - POSICIÓN DEL ERROR EN LA SISTEMÁTICA JURÍDICO-PENAL

En Alemania un nutrido y selecto grupo de escritores prefiere abordar el asunto del error *al ocuparse de la culpabilidad y, más concretamente, al hacer el estudio del dolo*. Enumeramos ante todo esta tesis por constituir en los penalistas de habla alemana la *communis opinio*. Este es el sistema seguido por Adolfo Merkel, Franz von Liszt, Frank, Carlos Stoos, Wachenfeld, van Calker, Enrique B. Berland, Roberto von Hippel, Edmundo Mezger, etc.

Otro grupo de escritores alemanes, sin separar el error de los problemas de la culpabilidad, crea una categoría de causas denominadas "exculpatorias" o "excluyentes de la culpabilidad", que nosotros traducimos con el título de *causas de inculpabilidad*. Así lo hacen Max Ernesto Mayer, Augusto Köhler, Schaeffer y Becker.

Lugar más especial le asignan otros autores alemanes: Richard Schmidt hace un apartado especial con la "exención de penas por falta de consciencia de la antijuricidad", en cuyo grupo figuran las "causas de justificación putativas" y el "error". Y, por su parte, Brumby, en un brevísimo "Compendio", dota al error de personalidad tan independiente que le consagra un *párrafo propio después del concepto del delito*.

En la actualidad, como hemos advertido, se vuelve a dividir el error en dos clases, que recibe cada una alejado puesto en la sistemática jurídico-penal: el *error de tipo* figura en la sección destinada al tipo de lo injusto de los delitos dolosos; y el *error de prohibición*, en la culpabilidad. Esta terminología, que se remonta a Graf von Dohna, es aceptada, y sistematizada, como acabamos de decir, por Hans Welzel y Reinhart Maurach. Advirtamos que esta diferenciación no supone que se niegue, a la segunda clase de error, efectos eximentes.

## 253 - EFECTOS DEL ERROR

### a) *Las opiniones*

Incurrirían en equivocación considerable los que pensarán que cuanto se ha dicho hasta ahora sobre unificación de las dos pretendidas formas de error —*error facti et error iuris*—, prejuzga absolutamente la doctrina que estimamos más exacta, en orden a los efectos, como tampoco anticipa, a este respecto, la de todos los autores alemanes antes citados, que negaban la distinción de esas especies de error.

Hay penalistas de alta fama, como Franz von Liszt, que después de haber eliminado la distinción entre error de hecho y error de derecho, negaban que la "consciencia de la antijuricidad" fuese un elemento esencial del concepto del dolo, y arribaban, no sólo a considerar ineficaz el error de derecho en tal hipótesis, sino a la enorme consecuencia de rechazar —contra la *communis opinio*— que la legítima defensa putativa tuviera efecto inculpable (vid. *infra*, capítulo siguiente, 257).



Sin embargo, en la doctrina científica alemana forman abrumadora mayoría los penalistas que dotan al llamado error de derecho de efectos inculpables. Por tanto, salvo las excepciones apuntadas, las doctrinas expuestas y las opiniones recogidas al hablar de la teoría de la unificación establecen ya el criterio correcto, imperante en Alemania, de que los efectos del mal llamado *error de derecho* no deben separarse de los que se reconocen al denominado *error de hecho*. Los pareceres de los autores entonces invocados pueden reproducirse aquí.

En puridad, se llega entre los penalistas alemanes a esa unificación de eficacia, a la luz de los "elementos éticos" o "intelectuales" del dolo. Si el error, cualquiera que sea su especie, exime de responsabilidad, es porque anula el dolo por faltar en él la conciencia de que se actúa en contra de un deber y de que el hecho está descrito por la ley en el sentido y alcance que antes se señaló (vid. *supra*, cap. XXXII-231).

Pero no sólo se ha logrado una posición correcta en Alemania, con referencia a los efectos del error, sino que también se llega a ella en Italia, aunque excepcionalmente. Por vía positiva alcanza la meta exacta Enrique Ferri, y por influjo de la dogmática alemana Francisco Carnelutti.

Otros penalistas modernos, intuidos por las ideas alemanas, reconocen en doctrina, aunque constreñidos por la vieja máxima negatoria inscrita en su Código penal, la necesidad de esclarecer el asunto conforme a los elementos del dolo, en particular en orden a la consciencia de que se quebranta un deber o de que se ejecuta una acción injusta.

### *b) La Teoría correcta*

Es forzoso, para comprender bien cuanto ha de seguir, que recordemos lo dicho sobre la función del elemento intelectual en el dolo (vid. *supra*, cap. XXXII-231). Si esa consciencia de la descripción típica y del deber de respetar la norma, en valoración profana, falta en la conducta del sujeto, el dolo no existe; si el error era vencible (como luego veremos), podrá imputársele a título de culpa; pero dolosamente jamás. *Y es lo mismo que ese conocimiento falte en orden a los hechos (error facti) que en referencia a los elementos normativos del tipo legal o a lo injusto de la acción (error iuris).*

En última instancia, resulta evidente que sólo aquellos delitos que no responden a la norma universal de cultura, son susceptibles

de beneficiarse del llamado error de derecho. El homicidio es contrario a la norma en todas las latitudes y longitudes del orbe, cuando no existe una causa o circunstancia que le legitima o excusa en la norma de cultura local. Pero esto no supone que se vuelva a la vieja distinción, incluso acogida por escritores tan modernos como Florián, entre delitos de derecho común o que tienen *atrocitatem facinoris*, y los de mera creación política; ni que se tengan que enumerar, como en el viejo Derecho, categorías de sujetos a los que aprovecha la ignorancia de la ley: extranjeros, ausentes, enfermos, etc. De lo que se trata, en última instancia, puesto que la idea jurídico-penal es siempre un pensamiento individualizador y puesto que, a nuestro juicio, la culpabilidad es un concepto valorativo (normativo), es de juzgar cada caso *in concreto*. Si por el llamado error de hecho o por el denominado de derecho, no concurre *in species* ese elemento intelectual necesario al dolo, por no existir el conocimiento de los hechos o de la significación de ser contraria al deber la conducta perpetrada, ésta no es dolosa.

Por último, no sería serio alegar, en un estudio de dogmática de Derecho material, que los casos de ignorancia de derecho son excepcionálísimos y que, cuando se dan, presentan enormes dificultades de prueba. Nosotros no estamos discuriendo sobre la probabilidad o rareza de esas situaciones, que cada día pueden ser más frecuentes por la complicación y el número de las leyes y por tomar éstas color político y local, harto lejano de universales normas de cultura; ni tampoco nos estamos ocupando de los medios de prueba y de su valor.

A la luz del Derecho penal material, nos parece lo dicho harto correcto.

Apresurémonos a advertir que ese error de derecho, o “error de prohibición”, como hoy se dice, encuentra su límite en lo que llaman los modernos autores “ceguera jurídica” (Mezger, Welzel, Schönke, Maurach). En efecto; el que crea, sinceramente, que no está prohibido matar o violar, está ciego ante el derecho, y esa ceguera no puede constituir exención de responsabilidad.

#### 254 - EFECTOS DEL ERROR EN ORDEN A SUS CONDICIONES Y ESPECIES

- A) El error *excluye la culpabilidad* del agente cuando es:
- a) *Esencial*, en orden a los elementos constitutivos del tipo o de las agravaciones, y en referencia a la decisión del autor, pudiendo recaer:

- a') Sobre el *núcleo de lo injusto tipificado*, como cuando se trata de *purgar* a un sujeto y se le mata por confundir la substancia laxante con un veneno ("error de hecho"), o cuando se *lleva un arma sin autorización* en aquellos países, como España, en que la tenencia de armas es un delito, por ignorar invenciblemente que la ley ha configurado típicamente esa forma de lo injusto ("error de derecho");
  - b') Sobre la *referencia al objeto*, como cuando se ignora que la *cosa es ajena* en el hurto ("error de hecho") o que hay que declarar el tesoro encontrado, que no es *res nullius* ("error de derecho");
  - c') Sobre la referencia al *sujeto pasivo*, como cuando se yace con una niña menor de doce años creyendo que tiene muchos más;
  - d') Sobre las *agravantes calificativas*, como cuando se da muerte al padre desconociendo que lo es;
  - e') Sobre la existencia de *causas que excluyen la pena*, ora se suponga erróneamente que concurren en el hecho los elementos de una justificación, como en la *defensa putativa y en el estado de necesidad putativo* ("error de hecho"); bien se crea que le ampara al sujeto una inexistente causa de justificación, como en el caso del fraile mendicante que pide limosna en un país en que está prohibida la mendicidad, sin que la orden a que pertenezca haya sido aún legalmente admitida en los confines del territorio nacional ("error de derecho");
  - f') Sobre la legitimidad de lo mandado, cuando hay dependencia jerárquica entre el que obedece y el que manda, cuando éste ordena en la esfera de sus atribuciones y cuando la orden no tiene evidencia delictiva o dudosa criminalidad. Con esto situamos la llamada *obediencia jerárquica* en la doctrina del error, en vez de hacerlo, como hasta ahora era corriente, como una causa autónoma de justificación.
- b) *Racionalmente invencible*, es decir, que no hayan podido ser conocidas las características de los hechos o la injusticia de la acción, atendida la relatividad de las circunstancias.
- B) El error *excluye la culpabilidad sin distinguir*:
- a) Si el *error es de hecho o de derecho*, según venimos insistentemente demostrando en este estudio;

- b) Si el llamado error de derecho recae *en una ley penal o en una ley extrapenal* (civil, comercial, política, administrativa, etc.) vinculada al contenido de aquélla, porque la naturaleza garantizadora del Derecho penal hace que sus conceptos jurídicos provengan de otras ramas.
- C) El error *esencial excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa, cuando es vencible o evitable.*
- D) El error *no produce efecto alguno en la culpabilidad, cuando es:*
- a) *Accidental*, como en el caso de que afecte a la variación del curso de la cadena de antecedentes y causas, pero sin ser esencial el cambio para la producción del resultado; problema que nos llevaría lejísimos y que entronca con el asunto de la causalidad, en que nos hemos ocupado reiteradamente;
  - b) Relativo a las *condiciones objetivas de penalidad*;
  - c) *In objeto*, como cuando Ticio quiere matar a Marcos, su enemigo, y en las sombras de la noche le confunde, por un vago parecido, con César, a quien no conoce, y lo mata. El caso de *aberratio ictus* se equipara por muchos autores al *error in objeto*, pues es igual que la confusión sea como se ha descrito en el *error in persona*, o que se deba a una alteración insospechada en el disparo que conduce la bala dirigida a Marcos, al corazón de César. Pero debemos reconocer que la vieja doctrina que divide el episodio en dos partes —tentativa de homicidio contra Marcos y homicidio culposo contra César— tiene modernos partidarios y no puede desecharse con ligereza.
- E) El error en la *idoneidad de los medios o del objeto* da nacimiento al delito inidóneo o imposible.
- F) *No produce, en cambio, efectos punibles el delito putativo*; es decir, no se responsabiliza, a título de dolo ni de culpa, al autor de una conducta imaginaria o fantásticamente delictiva, que, con acierto ejemplar, llamó Carlos Binding *error al revés*.

Del delito putativo nos ocuparemos luego (vid. *infra*, capítulo XXXIX-290).

## 255 - EL ERROR EN LAS LEGISLACIONES IBEROAMERICANAS

a) *Error de hecho*

Este es el más característico motivo de inculpabilidad que los Códigos reconocen. En muchos de ellos esto se deriva de la interpretación sistemática, puesto que no mencionan el error como causa eximente. En algunos se le ha enclavado en la Parte general, expresándolo como causa de exención sin más requisitos que los genéricos de la fórmula de irresponsabilidad, tales como "que justifique la ausencia de todo intento criminal" (Puerto Rico, § 39, núm. 5º), o que no le sea "imputable" al agente y le impida "comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones" (Argentina, art. 34, número 1º).

En otros Códigos se trata del error de hecho con específica indicación y se señalan estos requisitos: *insuperable* y no *imputable* al agente (Paraguay, art. 21, núm. 1º), o que *verse sobre las circunstancias constitutivas* del delito y que *no esté castigado*, en la forma delictuosa que se comete, *la simple culpa* (Uruguay, art. 22); que el error esté *plenamente justificado* (Brasil, art. 17); o que sea *esencial* y por *accidente* (Costa Rica, art. 26, núm. 3º).

b) *Error de derecho*

La mayoría de los Códigos no le reconocen eficacia. Algunos dicen desde sus primeros artículos que la *ignorancia de la ley no excusa de responsabilidad* (Paraguay, art. 17; Panamá, art. 42; Venezuela, art. 60; Brasil, art. 16).

El Código mexicano creemos que se refiere a este problema cuando dice que no se destruirá la presunción intencional delictuosa aunque el sujeto pruebe *que creía que era legítimo el fin que se propuso* (art. 9º, fracción 1).

En algún caso se hace notar *la presunción de que las leyes penales son conocidas* y por consiguiente se declara que *"nadie puede invocar su ignorancia como causa de disculpa"* (Ecuador, art. 3º).

El Código uruguayo dice, al respecto, que el error de derecho *se presume de voluntario, sin admitirse prueba en contrario*; pero esto no reza *en las faltas en que, "según su naturaleza"*, dicha prueba

*puede tener acogimiento*. El error de derecho en una *ley no penal* funcionará como *error de hecho* (art. 24).

En ciertos Códigos iberoamericanos se ha concedido *eficacia atenuante* a la *ignorancia de las leyes penales*, en los delitos de gravedad menor. El del Perú dice que *no modificará en ningún caso la represión de delitos que tengan señalada pena mayor que la de prisión* (art. 87, párrafo 2º). El de Cuba ordena que funcionará como circunstancia atenuante y de peligrosidad menor, *haber cometido el delito en la creencia, aunque errónea, de que se tenía derecho a realizar el hecho* (art. 37, F); pero tratándose de *faltas* vale como *causa de inimputabilidad* para los *extranjeros* (art. 35, H). El del Ecuador, a pesar de haber proclamado, como se ha visto, que nadie puede invocar la ignorancia como causa de "disculpa", establece como una de las atenuantes la "rusticidad" del delincuente, de tal naturaleza que revele claramente que cometió el acto punible *por ignorancia* (art. 29, núm. 8º). Lo mismo ocurre con el del Brasil a pesar de igual terminante declaración, puesto que incluye entre las "circunstancias que siempre atenúan la pena", "*la ignorancia o la errónea concepción de la ley penal, cuando sean excusables*" (art. 48, fracción II).

Finalmente, el Código de Costa Rica, aunque empieza diciendo que *no exime de responsabilidad la ignorancia de la ley penal o el error acerca de ella*, añade que "*si se tratare de infracciones de nueva creación legal, los tribunales podrán apreciar la ignorancia o el error como atenuante o eximente, según las circunstancias*" (art. 22).

### c) Tratamiento conjunto

Como hemos dicho, la mejor fórmula de tratamiento del error consiste en legislar conjuntamente, y a poder ser, sin distinguos, del error llamado de hecho y del titulado error de derecho. El Código peruano, a pesar de haber establecido un precepto especial sobre la ignorancia de la ley, que acabamos de ver, dice que *en los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no provenientes de negligencia, o por ignorancia o error no culpable sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito, el juez podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al mínimo legal* (art. 87). Destaquemos, además de la *unificación*, el requisito de *no ser* el error de *hecho* engendrado por *negligencia*, y *no ser culpable* el de *derecho*. El acierto en el sistema no acompaña

al legislador peruano en cuanto a los efectos, ya que parece radicalmente injusto no conceder al error —sobre todo al de hecho— potencia eximente.

También el Código colombiano ha seguido la buena senda de tratar conjuntamente el error de hecho y de derecho, pero ha separado, para limitar sus efectos, la *ignorancia de la ley* del mero *error iuris*, aunque la mejor dogmática identifica una y otro. En Colombia se considera que no hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete *con plena buena fe determinada por ignorancia inexcusable o por error esencial de hecho o de derecho, no proveniente de negligencia* (art. 23, núm. 2º). Son, pues, sus requisitos: a") *buena fe*, b") *invencibilidad*, c") *esencialidad* y d") que *no sea causado* el error por negligencia. Como hemos dicho, la *ignorancia* de que el hecho esté prohibido en la ley tiene análogos efectos, siempre que aquélla *dependa de fuerza mayor; pero sólo puede alegarse en las contravenciones* (art. 23, núm. 3º).

## CAPÍTULO XXXV

### EXIMENTES PUTATIVAS — OBEDIENCIA JERÁRQUICA — NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

#### 256 - LAS EXIMENTES PUTATIVAS

En vez de denominarlas, como hacen los autores alemanes, "justificantes putativas", hemos preferido el título que antecede, porque lo putativo y lo justificativo se excluyen. Son, en realidad, términos antitéticos.

Conforme hemos dicho antes (vid. cap. anterior, núm. 248), las causas de inculpabilidad se dividen en dos grandes grupos: uno, que es el error, y otro general y supralegal, que es la no exigibilidad de otra conducta. Hemos estudiado antes el error en sí, y vamos a tratar ahora de la exención putativa y de la obediencia jerárquica que se derivan de verdaderos yerros.

Cuando expusimos los efectos del error (vid. cap. anterior, núm. 254, A, a, e'), invocamos el ejemplo del fraile mendicante que, creyendo que su orden se halla reconocida, pide limosna, cuando, en realidad, no se ha expedido todavía por el Gobierno la correspondiente licencia para que los mendigos de su orden se establezcan en el país. He aquí un ejemplo de eximente putativa.

Cabe lo putativo en el cumplimiento de la ley cuando se cree que ésta autoriza un acto que, en realidad, no se permite; en el estado de necesidad, de que se han ocupado Siegert y Engisch y, sobre todo, en la defensa.

Al hablar de ésta, la hemos catalogado en su verdadera índole, que no es de causa de justificación, sino de inculpabilidad (vid. *supra*, cap. XXVI, núm. 191 b).



## 257 - DEFENSA PUTATIVA

Existe defensa putativa si el sujeto que reacciona lo hace en la creencia de que existe un ataque injusto, cuando, propiamente, se halla ante un mero simulacro. Mas éste debe ser, en la apariencia, totalmente exacto al supuesto creado por la ley. Por eso se denomina putativa a esta defensa, como putativas son las eximentes antes aludidas.

De ella se han ocupado en trabajos monográficos: Ballin, Häselbarth, Erich Jerschke, V. F. Gesué, Giotto Bonni, Nelson Hungria Hoffbauer, Girolamo Penso, Lorenzo Carnelli, José Peco. El Profesor argentino últimamente nombrado prepara un libro sobre el tema, que será el que mejor exponga y más agote la materia.

Como error que es —verdadero error de hecho—, la defensa putativa sigue las reglas a él marcadas por la doctrina y las legislaciones. Los autores, en abrumadora mayoría, la dotan de efectos eximentes por inculpabilidad, salvo cuando el error en que se apoya fuese fácilmente dominable, pues entonces se imputaría a título de culpa.

Ya sabemos (vid. *supra*, cap. XXXIV-253 a) que hace excepción casi única a ese común sentir el Profesor von Liszt. Se funda erróneamente en que la “consciencia de la antijuricidad” no es un elemento esencial del concepto del dolo. Lo que acontece es que von Liszt confunde el examen *objetivo* de lo antijurídico con la consciencia de la antijuricidad como elemento intelectual del dolo, que es otro problema. En el caso de defensa putativa, no habrá causa de justificación, porque la antijuricidad es de índole objetiva; pero tampoco existirá responsabilidad penal para el que así obra, porque se halla en error esencial y, por ende, inculpable. Esto se debe a que el famoso Profesor alemán considera que el elemento del dolo, captable por la consciencia del autor, es la tipicidad, exigencia que explica que Liszt sólo considere el error sobre la antijuricidad cuando la propia ley, al definir el delito, ha incluido ese elemento normativo en la descripción, diciendo: “el que ilegítimamente”, “el que indebidamente”, en cuyo caso el yerro sobre la antijuricidad lo ampara, por ser parte de la descripción típica.

Las posiciones de F. von Liszt eran poco firmes, y sus consecuencias tan inadmisibles, que cuando Eberhard Schmidt actualiza el célebre *Tratado*, basa la culpabilidad y el dolo de muy otra ma-

nera. Empieza, ciertamente, Schmidt por construir lo culpable con independencia de lo injusto, aprovechando la "culpabilidad de carácter" expuesta ya por el autor de la obra en las ediciones anteriores, y que él amplía y estructura mejor, aunque el concepto no deje de ser nebuloso. Pero la construcción de los elementos del dolo cambia radicalmente, y con ello las consecuencias. De modo expreso rechaza Schmidt el criterio lisztiano, pues al renunciar a la conciencia de la antijuricidad como requisito del dolo, no se comprende cómo puede fundamentarse éste como forma de la culpabilidad, que no se concibe sin un conocimiento de la significación. Lo que hace Schmidt —tras de suprimir todo el § 41 de las anteriores ediciones del *Lehrbuch* de su maestro— es no considerar lo antijurídico, objetivamente valuado, como elemento normativo del dolo. Schmidt dice: "El conocimiento del autor ha de abarcar las circunstancias de hecho correspondientes al tipo legal, no sólo como tales, sino como elementos de un acto socialmente dañoso, que debe no serlo." O, como luego dice, "pertenece al dolo, además, el conocimiento del daño social (*Sozialschädlichkeit*) de la acción"; es decir, según aclara entre paréntesis, "el conocimiento de la *Unerlaubtheit* (lo no permitido), *Ungesetzlichkeit* (la ilegalidad) del deber no ser". En última instancia, lo que Schmidt exige que capte el autor en su dolo es la conciencia de que se actúa en contra del deber. Al borrar la errónea concepción lisztiana, cae la absurda creencia de que las causas de exención putativas no eximen. Con razón dice terminantemente Schmidt que en la defensa putativa y en el estado de necesidad putativo, "jamás puede admitirse el dolo".

## 258 - LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA

### a) *Debate sobre su esencia*

Hasta Max Ernesto Mayer, que en su "Tratado" escrito en 1915 establece la naturaleza de la obediencia jerárquica de un modo exacto, todos los autores la consideraban como causa de justificación. Nosotros mismos, en las numerosas obras de carácter general que hubimos de dar a la imprenta, y en los programas explicados en nuestra cátedra de la Universidad de Madrid, catalogábamos la "obediencia debida" entre las causas de justificación.

Como acaba de decirse, ha sido Mayer el que nos descubrió que se trataba de una causa de inculpabilidad. Recordemos que lo

injusto es eminentemente objetivo. El gran error de los alemanes contemporáneos, influidos por el nazi-fascismo, estriba en no distinguir, como el Derecho penal liberal exige, entre los elementos objetivos de la antijurídico y el subjetivo de la culpabilidad. Lo antijurídico es fundamentalmente objetivo (vid. *supra*, cap. XXV, núm. 184), y forzosamente ha de serlo también su negación: las causas justificantes (vid. *supra*, cap. XXV, núm. 185).

Situado así el problema, parece evidente que la obediencia jerárquica no puede aspirar a rango tan alto. El hecho que se ejecuta a virtud de un mandato debido es injusto, hasta el punto de que responden de él quienes lo ordenaron.

Se trata de otro caso de error: el que obra en obediencia jerárquica cree que lo mandado es legítimo, y por ello actúa. No se nos diga que cuando la orden viene de un superior en el círculo de sus atribuciones y llega hasta el subordinado en la forma requerida, el error es invencible. Por serlo es por lo que se excluye totalmente la culpabilidad, ya que, de no ser así, estaríamos en presencia de un error vencible que se imputa a título de culpa.

### *b) Concepto de la obediencia inculpable*

Pueden distinguirse *cuatro especies de obediencia*, correspondientes a cuatro distintas clases de subordinación: espiritual, política, doméstica y jerárquica. De las tres últimas se ocupa Carrara; únicamente vamos, pues, a esbozar algunas ideas complementarias.

La *dependencia espiritual* no tiene efecto alguno en el derecho moderno; sólo puede tener importancia en el orden de la conciencia, pero éste es un campo en que la ley positiva carece de imperio.

La *subordinación política* es, asimismo, extraña al círculo de nuestras investigaciones. Es la que liga al ciudadano con el jefe del Estado, a los gobernados con los gobernantes.

Más trascendencia tiene, en la esfera que estudiamos, la *subordinación doméstica*, que es la que une al hijo con el padre, a la mujer con el marido, al criado con el señor. Trátase de averiguar aquí si las relaciones de dependencia que en este caso existen entre el instigador y el ejecutor del delito, pueden eliminar la responsabilidad criminal o, al menos, constituir una atenuante. Este problema tuvo alta importancia en Roma, pero es sencillo ante el Derecho moderno. El padre, el marido o el señor que se aprovecha del

respeto que le testimonia su descendiente, su mujer o su criado, para hacerles cometer un delito, no es el único responsable: el ejecutor del hecho también lo es. Puede, no obstante, ocurrir que la violencia ejercida por el superior doméstico llegue hasta el empleo de una fuerza física irresistible, o de una coacción moral insuperable; pero entonces ya no estamos ante una hipótesis de obediencia doméstica, sino ante un supuesto de falta de acción o de inculpabilidad, por carecer el agente del movimiento libre de su cuerpo, o de la motivación espontánea de su voluntad.

La *dependencia jerárquica* es la que da lugar, propiamente, a la eximente llamada *obediencia debida*.

### c) Límites y condiciones

Decíamos que el objeto singular de las investigaciones había de ser la *obediencia jerárquica*. Es evidente que si el superior da una orden a su subordinado, y ésta constituye un delito, el que manda es responsable del hecho cometido; pero el problema se plantea cuando nos referimos a la responsabilidad del que obedece.

Este asunto presentó hondas dificultades, hasta que Rossi iluminó sagazmente la cuestión debatida. En materia de hechos criminosos —dice—, cometidos en virtud de orden ajena, la responsabilidad del que manda está en razón directa de su facultad de mandar, y la responsabilidad del que obedece en razón inversa de su dependencia del superior. Puede llegarse, pues, a declarar la irresponsabilidad del que obedece, cuando ejecuta un acto delictivo, por mandato de un jefe, pero este principio no puede proclamarse de un modo absoluto; así, no puede excusarse cuando *habent atrocitatem facinoris*, como decía el Derecho romano. Por tanto, es indudable que *debe considerarse responsable al que ha recibido la orden y la ha ejecutado, cuando su contenido fuese evidentemente un delito*, y esta evidencia excluye, desde el punto de vista subjetivo, que el inferior pueda engañarse sobre la naturaleza del mandato recibido y sobre su obligación de cumplirlo. Esto es sumamente claro, pero no constituye el solo límite que se debe señalar a esta causa justificante. Rossi se detuvo aquí, y éste fué su error.

Hay que añadir una *frontera más*. Alimena, que expone con acierto los problemas contenidos en esta materia, dice: "Las razones de la duda nacen respecto de aquellos hechos que son delitos, aun

sin estar revestidos de la *atrocitate facinoris*. He aquí otro límite que hay que determinar. Para este fin hay que concluir que el hecho ejecutado por el subordinado estará justificado —nosotros diríamos exculpado— cuando éste, a causa de la relación jerárquica existente entre él y el que da la orden, tenía razón para suponer que el hecho no constituía un delito.”

La teoría que aceptamos, y que con tanta ilustración desarrolla Alimena, es la defendida por los grandes autores de Derecho administrativo. Hay casi unanimidad al decir que el empleado público, no sólo no debe obedecer una orden ilegal, sino que debe, también, examinar si el acto que su superior quiere hacerle ejecutar es o no ilegal, cuando el examen de la ilegalidad entre en la esfera de la competencia que pertenece por la ley al inferior, puesto que estando provisto, como lo está realmente, de personalidad consciente y propia, debe desempeñar sus funciones en conformidad con la ley. Orlando y S. Romano piensan de otro modo. En España, Posada y Royo Villanova van aun más allá, pues rechazan la distinción entre ilegalidad evidente y dudosa, de la que nosotros no llegamos a desprendernos.

Examinados ya los dos límites impuesto a la irresponsabilidad del que obra en obediencia de su mandato, nos cumple *fixar las condiciones* de esta causa inculpable. Alimena los concreta certeramente.

En primer lugar, es necesario que exista *dependencia jerárquica entre el que manda y el que debe ejecutar la orden*; dependencia que deriva de la autoridad pública, y en la que también pueden comprenderse los simples ciudadanos en aquellos casos en que obran a petición de las autoridades.

Es preciso, además, que *el mandato se refiera a las relaciones habituales existentes entre el que manda y el que obedece, y a su respectiva competencia*. Si este requisito se da, aunque la orden sea intrínsecamente injusta, el que la ha ejecutado, después de investigar, por su parte y en su medida, la licitud de la misma, no tienen ya razones para sospechar su injusticia, sino que más bien tiene motivos para presumir mayor capacidad en el que da la orden. Por el contrario, si lo mandado sale de la competencia del que manda, el que ejecuta el acto no puede ampararse en la exculpación de obediencia debida, precisamente porque el mandato de cumplir un hecho inusitado, y fuera de su competencia respectiva, debe poner en guardia al subordinado, porque su deber de obediencia no ha de ser mayor que su deber profesional. Ahora bien, cuando la

incompetencia no sea manifiesta, debe admitirse la eximente en favor del subordinado que obra de buena fe.

Es necesario, finalmente, que *la orden se halle revestida de las formas exigidas por la ley*. Así, por ejemplo, sería reo de allanamiento de morada el agente de Policía que entrase en domicilio ajeno sin mandato motivado de juez competente, y sólo en virtud de una orden verbal de sus superiores.

#### 259 - LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

De la índole normativa de la culpabilidad, que constituye un juicio de reproche (vid. *supra*, cap. XXXI-224 b y 227), se deduce que cuando *no es exigible otra conducta*, nos hallamos en presencia de una causa general de inculpabilidad.

El *Reichsgericht* de Alemania fué formando la doctrina de la no "exigibilidad", y sobre sus sentencias elaboraron, primero Freudenthal y después Mezger, la teoría de esa causa de inculpabilidad, monografiada luego por Schaffstein y Räuber.

Voy a citar algunos de esos fallos alemanes, refiriéndome primero a la "no exigibilidad" en la *culpa* y tratando después de su influjo en la esfera del *dolo*.

En la "vida práctica" del Derecho, puesto que se aplica por el más alto Tribunal del Imperio, ha sido reconocida en referencia a la culpa la "no exigibilidad de otra conducta". Esas sentencias han sido abundantemente citadas en Tratados y monografías.

La más conocida, y probablemente una de las primeras en que la doctrina se aplica, se designa constantemente como "el caso del *Leinenfüger*" (cabalgadura que no obedece a las riendas). He aquí los hechos: El propietario de un caballo resabiado y desobediente ordenó al cochero que le enganchara y saliese con él a prestar servicio. El cochero, previendo la posibilidad de un accidente si la bestia se desmandaba, quiso resistirse; pero el dueño le amenazó con despedirle en el acto si no cumplía lo mandado. El cochero obedeció entonces, y una vez en la calle, el animal se desbocó, causando lesiones a un transeúnte. El Tribunal del *Reich* niega la culpabilidad del procesado, porque, teniendo en cuenta la situación de hecho, no podía serle "exigido" que perdiera "su colocación y su pan" negándose a ejecutar la acción peligrosa.

Después de haber construido la "no exigibilidad de otra conducta" en el ámbito de la culpa, el Tribunal del *Reich* se decide a

aplicarla al dolo, pensando razonablemente que es justo trasladar ese criterio de la más leve a la más grave de las formas de culpabilidad.

El más célebre de todos los casos de “no exigibilidad de otra conducta” aplicado en la esfera dolosa, es el del “*Klapperstorch ante los jurados*” (*Klapperstorch* es el nombre con que se designa a la cigüeña, que, según el dicho alemán, usado también en la Argentina, trae a los niños; lo equivalente a la expresión española de que “los niños vienen de París”). He aquí los hechos, ocurridos en un distrito minero de Alemania. La empresa explotadora de una mina tenía acordado que el día que la mujer de uno de los mineros diera a luz, quedaría el marido relevado del trabajo, pero percibiendo integro su jornal. Los obreros de la mina conminaron a la comadrona que asistía a los partos para que, en los casos en que un niño naciera en domingo, declarase en el Registro que el parto había tenido lugar un día laborable de la semana, amenazándola con no volver a requerir sus servicios si no accedía a sus deseos. Temerosa la comadrona de quedar sin trabajo, acabó, en situación tan difícil, por acceder a lo exigido de ella, y en efecto, se hizo autora de una serie de inscripciones falsas en el Registro. Este caso ha sido objeto de contradictorias apreciaciones. A mi juicio, está en lo cierto Freudenthal cuando afirma que procede la absolución por faltar la conducta dolosa de la partera, puesto que “no se la podía exigir”, teniendo en cuenta el trance en que se hallaba, que no perpetrarse los actos ordenados por los obreros, actos que, de no mediar aquellas circunstancias, deberían ser punibles. En cambio, como veremos después, Mezger considera inoportuna la absolución de la comadrona, por las razones que luego se expondrán.

El alto Tribunal del Reich continuó admitiendo la “no exigibilidad” como causa inculpable, en el dominio del dolo; pero, influido por el criterio de Mezger, restringe últimamente el alcance de esa causa excusante, rechazando de modo expreso que pueda constituir “un punto de vista decisivo para todos los actos punibles”.

Podemos resumir ahora esta trayectoria del *Reichsgericht* diciendo que la causa supralegal de inculpabilidad, que consiste en la “no exigibilidad de otra conducta”, *no sólo es práctica jurídica reconocida en la esfera de la culpa, sino también en el ámbito del dolo.*

## 260 - LA "NO EXIGIBILIDAD" EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA

El punto de arranque de la doctrina de la *no exigibilidad*, como motivo de exclusión de la culpa, se halla en las teorías de Frank sobre la referencia personal del autor al acto; así como en las concepciones normativas de la culpabilidad, de J. Goldschmidt. Pero quien edifica con más extensión la doctrina, aplicándola ampliamente en el dolo, por entender que lo que es justo y correcto en la culpa habrá de serlo también en la más grave forma de culpabilidad, fué Freudenthal, en su conocida monografía de 1922. Por fin, Edmundo Mezger, como hace en toda su obra, perfila las teorías ajenas y las incorpora a su sistema general de Derecho penal.

Voy a transcribir sus más recientes párrafos, donde está condensada la opinión de los demás penalistas que le precedieron:

"El razonamiento jurídico penal es en última instancia un razonamiento *individualizador*. Ciertamente que, como parte integrante del orden jurídico, exige criterios reguladores firmes y legales como base de su desenvolvimiento y garantía de la necesaria seguridad del Derecho mismo. Pero en sus derivaciones últimas y más complicadas se sustrae a tal fijación estática y exige formas que posibiliten una adaptación a las innúmeras maneras y aspectos de la vida práctica. Por ello no puede extrañarnos que la vida jurídico-práctica, al llegar al capítulo más delicado y rico en formas de todo el sistema penal, es decir, a la doctrina de la culpabilidad, exija imperativamente tal conclusión individualizadora. Ahora bien; como quiera que los términos del problema son distintos en cada una de las dos formas de culpabilidad, es preciso la consideración separada del dolo y de la culpa."

"Ya la determinación conceptual que la culpa impone nos aproxima al examen material del problema relativo a si el agente, al que se reprocha la realización de un determinado hecho, «hubiera podido exigírsele» otra conducta distinta que la llevada a cabo; puesto que —como se ha visto— el reproche a título de culpa proviene de un juicio individual de la situación concreta de hecho y del deber que de ella resulta para el autor. Sólo una conducta que choque con el deber fundamentado individualmente y de carácter personal, puede constituir la base del reproche a título de culpa. Resulta, por tanto, que en lo que respecta al ámbito de la culpabi-



lidad culposa, más que el problema del juicio material de culpabilidad, lo que importa es el de la *separación entre la forma de culpabilidad de la causa de exclusión de la culpabilidad*, porque sólo este último puede facilitarnos la recta comprensión de la causa de inculpabilidad que nos ocupa. Pero tal distinción es preciso hacerla en el terreno del Derecho positivo...”

Siguiendo a Freudenthal, aunque como veremos aconseja luego precauciones, Mezger dice que “lo que es justo y conveniente en la culpa no debería ser injusto en el dolo”, y con ello se plantea “el problema de la importancia de la *no exigibilidad en el terreno del dolo*”. “Ante todo —prosigue—, parece evidente la conveniencia de pasar del punto de vista de la más leve a la más grave de las formas de culpabilidad; pues si ya frente a la forma menos grave exculpa la *no exigibilidad*, también debe hacerlo, con más razón, frente a la más grave. Así ha procedido también el Tribunal del Imperio en varias importantes sentencias...”

Expuesta la doctrina, Mezger se cree en la necesidad de establecer límites y aconsejar precauciones, acusando a Freudenthal de no haber tomado las debidas. El Profesor de Munich advierte ante todo, que “*en modo alguno*” deben ser aplicados, “sin más ni más”, los puntos de vista elaborados en el terreno de la culpa, a la esfera del dolo, pues, “por ejemplo, puede muy bien acontecer que frente a un resultado no permitido, previsto como *posible* (culpa), no pueda exigírsele al autor la renuncia a su colocación, mientras que en el caso de un resultado dañoso previo como *seguro* (dolo), esa exigencia existe y, por tanto, no concurre la causa de exclusión de la culpabilidad”. Después de decir que tampoco es indiferente, a este respecto, que el dolo sea directo o eventual, entra Mezger en la parte más discutible de sus razonamientos de prudencia: “la causa de exclusión de la culpabilidad, consistente en la *no exigibilidad*, sólo queda reservada a una esfera relativamente pequeña de libre enjuiciamiento valorativo, que, en lo restante, para nada cambia la *índole positiva de la valoración de los bienes jurídicos*. O dicho de otro modo: la adaptación individual de la valoración, que debe estar garantizada en la causa de inculpabilidad de la *no exigibilidad*, no consiste ciertamente en alterar las valoraciones derivadas de la *ley* positiva, sino tan sólo en completarlas”. Por eso, Mezger considera inoportuna la absolución de la comadrona en el caso del *Klapperstorch* (la “cigüeña ante los jurados”) —que antes relatamos—, puesto que la ley exige a veces sacrificios para evitar acciones delictivas, y por ello la partera no podía excusar su conducta ale-

gando los perjuicios que se le hubieran irrogado de no haber hecho las falsas inscripciones en el Registro.

De todos modos, Edmundo Mezger cierra esta parte de análogo modo a como concluyó el estudio de las causas de justificación, estableciendo una *causa supralegal de inculpabilidad, consistente en la no exigibilidad de otra conducta*, sobre cuyo tema insiste, más profundamente aún, después de publicada la primera estampa de su *Lehrbuch*, en una interesante disertación.

Bien pronto aparecieron en Alemania importantes artículos y monografías sobre la no exigibilidad como causa general y supralegal de inculpabilidad incluso en las acciones dolosas. Merecen recordarse el trabajo de Räuber y el opúsculo de F. Schaffstein, que, desde su punto de vista de Derecho penal autoritario, reprueba esa fórmula eximente, por entender que debilitaría en sumo grado la prevención general, objetivo de la pena que trataban de reforzar la nacional-socialistas en su derecho totalitario.

Parecería inútil decir que una doctrina de este alcance está enormemente expuesta a la crítica. Uno de los primeros en atacar la no exigibilidad fué Hans Grossmann, siendo Schumacher su más denodado adversario. Este último, que la descarta en la culpa, por entender que la exigibilidad es característica de ella, dirige sus ataques contra su reconocimiento en el dolo. También la repudia Roberto von Hippel, y grandes son los reparos que levanta, frente a esa causa de inculpabilidad, Exner, en su magnífica monografía sobre dolo y culpa.

#### 261. - LA "NO EXIGIBILIDAD" COMO CAUSA GENERAL Y SUPRALEGAL DE CULPABILIDAD

El mérito mayor de Edmundo Mezger ha sido abrir dos grandes respiraderos en el formalismo legal. Sobre la *ley* —lo que no quiere decir *por cima del derecho*— ha construido en las causas de justificación un *estado de necesidad supralegal* —que yo llamaría más bien *justificación general y supralegal* por conformidad teleológica con la norma de cultura—, donde pueden alojarse casos de evidente ausencia de lo injusto, que no tienen riguroso acomodo en las concretas disposiciones del Código penal; y en las causas de inculpabilidad, esta otra, *general y supralegal* también, denominada *no exigibilidad de una conducta conforme a derecho*.

De este modo, los dos grandes caracteres del delito —la *anti-*

*juricidad y la culpabilidad*— tienen en sus fases negativas: *causas de justificación y causas de inculpabilidad*, dos fórmulas en las que puede refugiarse toda conducta *no antijurídica* o *no culpable*, aunque la ley no lo hubiera previsto taxativamente, siempre que se halle reconocido así por el derecho.

De todas estas consideraciones se deduce la conveniencia de manejar con amplitud la “no exigibilidad de otra conducta”, aunque en materia de dolo se proceda con sumo tiento y con menos largueza que en la esfera de la culpa. En la causa de justificación supralegal debemos poner grande esmero en no traspasar las valoraciones: en la exacta valuación de los bienes jurídicos, haciendo que prive el de más valor sobre el de menos, radica la ausencia de lo injusto. Pero no ha de ser tan excesiva la exigencia cuando se opera en una causa de inculpabilidad: por eso nos parecen exageradas las precauciones de Mezger, y nos inclinamos a aceptar el criterio de Freudenthal, más amplio y, por ende, más correcto. Este escrupuloso respeto, en la acción del autor, a las *valoraciones de la ley positiva* —que reclama Mezger— nos parece demasiado exigir cuando no se valora *objetivamente* el acto con la norma, como en las causas de justificación, sino que, simplemente, se hace un juicio de reproche sobre la conducta *subjetiva* del agente. Aunque aceptemos el carácter normativo y valorativo de la culpabilidad, este juicio de valoración ha de recaer, en buena parte, sobre la *personalidad del culpable*.

## 262.- CASOS LEGALES DE “NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA”

La importancia, y hasta la esencia, de esta causa genérica de inculpabilidad, radica justamente en ser *supralegal*.

Sin embargo, es lo cierto que en algunas de las exenciones que se hallan consagradas en los Códigos se encuentra, como fundamento, “la no exigibilidad de otra conducta”. El efecto de este diagnóstico más preciso sería el de colocar aquella especie de exención en el lugar que le compete entre las causas excluyentes de la culpabilidad.

Ya veremos, al tratar de las *excusas absolutorias* (vid. *infra*, cap. XXXVII-273 a 275) cómo éstas se van desintegrando a medida que el progreso de la técnica las extrae de aquella heterogénea sistemática.

Una de esas especies, o un grupo de ellas, que había figurado

hasta ahora en tan incongruente puesto, es, si bien no con el carácter de supralegalidad, ejemplo genuino de la no exigibilidad de otra conducta: aquellos casos en que se encubra, se auxilie o se proteja a un próximo pariente. En los Códigos suelen encontrarse dos por demás demostrativos. Se considera punible al que ante la autoridad judicial declare falsamente que ha cometido o ayudado a cometer algún hecho ilícito; pero en ciertas leyes penales se añade: a menos que su declaración sea con el objeto de salvar a algún pariente cercano, un amigo íntimo o a su bienhechor. Lo más común es que los Códigos declaren terminantemente que no es punible el encubrimiento de los parientes cercanos.

A poco que se medite en el asunto, se verá que estas eximentes no son meras excusas absolutorias, un simple perdón legal, en que los caracteres de antijuricidad, tipicidad y culpabilidad subsisten intactos. Representan un grupo de los más claros casos de "no exigibilidad de otra conducta", que debe figurar como excluyente de la culpabilidad. ¿Cómo exigir a un allegado próximo, a un amigo íntimo, a un agradecido, que se niegue a ocultar, a favorecer o a auxiliar a su padre, hijo, cónyuge, hermano, amigo o bienhechor?

A este respecto tiene particular importancia el artículo 278 del Código penal argentino, en que se declara exentos de pena, por ocultación del delincuente, a los consanguíneos y afines en línea ascendente y descendente, los hermanos, los cónyuges y los afines y colaterales en segundo grado. Añádense, además, cuando se trata de delitos contra las personas, "los amigos íntimos y los que hubieran recibido grandes beneficios del responsable del delito antes de su ejecución".

## CAPÍTULO XXXVI

### CONDICIONALIDAD OBJETIVA Y PENALIDAD

#### 263 - ADVERTENCIA

Vamos a tratar ahora de las dos últimas características del delito, no sin decir sobre ellas unas pocas palabras de advertencia.

Las condiciones objetivas de penalidad surgen como excepción del parágrafo 59 del Código penal alemán. Veremos cuán inconstante es su esencia y qué diversas son las opiniones de los autores, que están en radical desacuerdo al explorar su naturaleza y al clasificarlas.

Por nuestra parte, no podemos considerar que las condiciones extrínsecas de penalidad constituyan uno de los caracteres del delito. La esencia de ellos, como de todas las partes de una definición, estriba en su generalidad, en que sean aplicables a todas o a la inmensa mayoría de las infracciones delictivas. No ocurre así con las denominadas condiciones objetivas de penalidad. Son de naturaleza dudosa y de muy escaso número, mucho más para aquellos que, como nosotros, las dejamos reducidas a mínima expresión. Por lo que respecta al último de los caracteres enunciados —la penalidad— también se polemiza sobre ella, y hay muchos autores modernos que piensan que, en vez de una característica del delito, es una consecuencia. Ya lo veremos en su momento oportuno, anticipándose ahora que para nosotros, no sólo es un carácter del delito, sino el que mejor define su especificidad.

#### 264 - CONCEPTO DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Ernesto Beling, que mantuvo la tesis de absoluta independencia de las condiciones objetivas de punibilidad, las define así: "Son

ciertas circunstancias exigidas por la ley penal para la imposición de la pena, que no pertenecen al tipo del delito, que no condicionan la antijuricidad y que no tienen carácter de culpabilidad. En la serie de los elementos del delito ocupan el sexto lugar; según se dice, las «sextas condiciones de punibilidad», y, sin embargo, se las suele denominar más comúnmente como «segundas condiciones de punibilidad». . . . Las circunstancias constitutivas de una condición de punibilidad se diferencian de una manera clara de los elementos del tipo de delito, en que aquéllas no son circunstancias que pertenezcan al tipo. . . ., por lo que no se requiere que sean abarcadas por el dolo del agente, sino que basta con que se den simplemente en el mundo externo, objetivo, por lo cual se las suele denominar frecuentemente *condiciones objetivas o extrínsecas*».

En el *Lehrbuch* de Liszt-Schmidt se dice que son condiciones objetivas de penalidad “las circunstancias exteriores que nada tienen que ver con la acción delictiva, pero a cuya presencia se condiciona la aplicabilidad de la sanción”.

De parecido modo las definen Mayer, Frank, Manzini, Merkel y el propio Delitala. Mas este último observa que para conocer lo que es extrínseco al hecho se precisa saber qué es el hecho. Este autor estudia el caso de la consecuencia lesiva en los delitos culposos, y —contra Vannini— cree que es un elemento constitutivo del hecho penal.

#### 265 - EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ESTAS CONDICIONES EXTRÍNSECAS

Como acabamos de ver, Ernesto Beling mantiene el criterio de que las condiciones objetivas de punibilidad son independientes y, por tanto, diversas de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Pero cumple confesar que este punto de vista se halla hoy en completa revisión.

Leopoldo Zimmerl y Erich Land representan esta nueva tesis, tendiente a relacionar las condiciones objetivas con los restantes caracteres del delito.

Muy razonablemente, afirma Zimmerl que en este problema del Derecho punitivo es donde reina más confusión y obscuridad, hasta el punto de que el error comienza en la rúbrica, puesto que condiciones de punibilidad son todos los requisitos del crimen antes estudiados (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad). Por su parte, rompe la homogeneidad con que Beling presentó las condiciones

extrínsecas, y las divide en grupos —que luego estudiaremos— directamente vinculados a la antijuricidad y a la culpabilidad.

Esta técnica de las condiciones objetivas de punibilidad ha trascendido incluso a la Parte general de uno de los más recientes Códigos. Así, el artículo 44 del Código italiano de 1930 dice: “Quando per la punibilità del reato la legge richiede il verificarsi di una condizione il colpevole risponde del reato anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto.” Este texto del Código italiano motivó un interesantísimo trabajo sobre esas condiciones objetivas de punibilidad, escrito por Ottorino Vannini en 1931. Luego han seguido tratando el tema Guillermo Sabatini y Finzi, en la misma fecha, así como Rende y Carnelutti en 1933.

#### 266 - CLASIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

El Profesor de Munich expone, muy concretamente, categorías de condiciones extrínsecas de punibilidad; Zimmerl ofrece un cuadro amplio y completo, y Land da una certera síntesis. Veamos cada una de estas divisiones reducidas a cuadros sinópticos:

##### A) *Clasificación de Ernesto Beling.*

a) Desde el punto de vista de su aparición técnico-legislativa, ofrecen estas dos formas:

a') Forma positiva, como la apertura del concurso en la quiebra.

b') Forma negativa, en que la punibilidad se vincula a la condición de la inexistencia de ciertas circunstancias, como el hurto necesitado, que es un hurto privilegiado en el artículo 248 *a* del Código penal alemán.

b) Desde el punto de vista de su extensión, se dividen en:

a') Condiciones de punibilidad generales.

b') Condiciones de punibilidad especiales.

##### B) *Clasificación de Leopoldo Zimmerl.*

Este autor parte del supuesto de que el grado (cantidad) de la pena depende *siempre*, o de la gravedad de lo injusto objetivo del hecho o de la culpabilidad subjetiva del autor, pero *algunas veces* puede depender de otros momentos penales, como razones de prevención general (así, por ejemplo, en Austria se puede reemplazar la pena de muerte por una pena privativa de libertad, cuando se ha cumplido el fin de intimidación), y ocasionalmente de razones

extrapenales (como motivos políticos; por ejemplo: la reciprocidad en orden a una legislación extranjera). Estos elementos tienen que constituir las columnas fundamentales del sistema de mensuración penal, y las condiciones de punibilidad tienen que referirse necesariamente a estos elementos, existiendo tantas especies de aquéllas como diversos son los caracteres básicos. Conforme a este criterio, Zimmerl las repartió en tres grupos, subdivididos en clases:

- a) Condiciones de punibilidad que se refieren a la antijuricidad, es decir, a la gravedad objetiva del hecho:
  - a') Condiciones que fundamentan el especial tipo de injusticia:
    - a") Casos en los que además del resultado de la acción, que tiene que ser abarcado por el dolo del autor, se necesita la producción de un segundo resultado que rebasa del anterior, como, por ejemplo, las lesiones que originan imbecilidad, impotencia, ceguera o pérdida de un miembro.
    - b") Casos en que el resultado no tiene que ser producido por la acción del autor, como en el supuesto de que la revelación de secretos políticos o militares perturbare las relaciones amistosas de la República con otro Gobierno.
    - c") Casos en que ciertas condiciones concomitantes que fundamentan el especial tipo de injusticia, no necesitan ser abarcados por el dolo del agente, y por este motivo la doctrina las incluye en las condiciones de punibilidad. Así por ejemplo: la condición, en la violencia o resistencia a la autoridad, de que ésta estuviere en el cumplimiento de sus deberes oficiales.

Para Leopoldo Zimmerl, la naturaleza de las sedicentes condiciones objetivas de punibilidad expuestas en estos tres últimos apartados son "verdaderos y directos elementos del tipo de delito" y no condiciones de punibilidad, porque si se suprime la condición desaparece el concreto tipo de injusticia.

- b') Condiciones que sólo indican el especial tipo de injusticia: El mejor ejemplo lo ofrece la rebelión consignada en el art. 73 del Código penal austríaco, pues el uso de una "violencia extraordinaria" no pertenece a la antijuricidad en el sentido en que corresponde la producción de la muerte en las "lesiones corporales con resultado mortal". No representan daño de clase alguna y sólo tienen —al decir de Rittler— el sentido de un síntoma de una especial grave-



dad de la injusticia. En estos casos la ley no hace más que establecer una *praesumptio juris et de iure* en orden a la gravedad de la injusticia. Por tanto, pertenecen en cierto modo a la tipicidad, pero sólo indirectamente, no por lo que ellas son, sino por lo que ellas indican. Zimmerl denomina a este grupo "elementos indirectos pertenecientes a la tipicidad".

- b) Condiciones de punibilidad relativas a la culpabilidad o peligrosidad: Son aquellos elementos objetivos que sólo pueden concebirse como verdaderos síntomas de la culpabilidad o peligrosidad; por su naturaleza objetiva no necesitan ser abarcados por la culpabilidad y sólo se proponen indicar cierta agravación de la misma. A su existencia une el legislador el supuesto incontrovertible de una mayor o menor peligrosidad. Así, la circunstancia de tratarse de un niño recién nacido en el infanticidio. Este elemento no tiene influjo alguno sobre la injusticia del acto; pero, en cambio, la ley, a consecuencia de la situación anormal del caso, propone una culpabilidad atenuada. Estas condiciones no tienen relación con la antijuricidad objetiva, por lo que Zimmerl, en contrapartida de los estudiados anteriormente, los llama "elementos típicos impropios".
- c) Condiciones de punibilidad que no están en relación ni con la antijuricidad ni con la culpabilidad. La mayor parte de este reducido grupo de condiciones tienen carácter extrapenal, son de naturaleza política u obedecen a motivos de oportunidad. Por ejemplo: la garantía de reciprocidad del párrafo segundo del artículo 154, en función de la pena del artículo 153, y párrafo primero del 154 del Código penal español de 1870. Esta categoría puede ser denominada "simples condiciones de punibilidad" y se diferencian claramente de los "elementos típicos impropios" en que carecen de toda relación con la culpabilidad y peligrosidad y por ello es erróneo atribuirles a la tipicidad, como hace Guillermo Sauer.

C) *Clasificación de Erich Land.*

Con el mismo propósito que Zimmerl, Land busca los caracteres positivos de las condiciones de punibilidad y para lograrlo establece una clasificación de las mismas, tomando como fundamento de ella el tipo de delito orientado en el sentido de la antijuricidad, a la manera de Sauer y de Mezger. El criterio diferenciador pretende hallarlo en las relaciones internas entre el delito y la condición de punibilidad, y así, distingue estas tres categorías:

- a) Condiciones que no revelan relación interna alguna con el delito, como, por ejemplo, el artículo 4, párrafo 2º, número 3º del Código penal alemán (persecución en Alemania de los delitos cometidos por un sujeto nacionalizado *a posteriori* de la ejecución del hecho, siempre que haya precedido querrela de la autoridad del país donde el acto se realizó y que el hecho sea crimen o delito con arreglo a las leyes alemanas).
- b) Condiciones que están con el delito en una relación de causalidad adecuada, como el artículo 152, párrafo 2º del Código penal alemán, que establece la posibilidad del comiso de los instrumentos y moneda falsificada, aunque no haya recaído auto de procesamiento sobre una persona concreta.
- c) Condiciones que además de esta relación de causalidad tienen de común con el acto delictivo el idéntico objeto, como el artículo 83 del Código argentino y el 414 del Código venezolano en que se sanciona la inducción al suicidio *si éste se intenta o consuma*.

#### D) Clasificaciones de Carnelutti.

El famoso jurista y abogado italiano expone así las "Condiciones jurídicas", siguiendo la terminología del Derecho privado.

##### a) Condiciones penales constitutivas:

a') Unas veces consisten en un acto de persona distinta a la del agente: querrela, denuncia o autorización de la parte.<sup>1</sup>

A este grupo debe añadirse: la sorpresa *in fraganti* para el delito de adulterio, la posesión injustificada de llaves falsas o ganzúas, etc., así como la calificación de fraudulenta de la bancarrota, y de la anulación del matrimonio en caso de casamiento ilegal.

b') En otras ocasiones se trata de actos del propio agente: La reciprocidad en los delitos contra el Estado cometidos en el extranjero, y que el sujeto se encuentre en el Estado.

c') Condiciones del hecho mismo: Delitos de peligro subordinados al daño.

b) Condiciones penales impeditivas: Se pena a la mujer que comete adulterio, pero *no* cuando el marido la indujo. No se pena la injuria si las ofensas fueron recíprocas.

a') No dependientes del agente, como el consentimiento del ofendido.

<sup>1</sup> Conservamos los ejemplos de la legislación italiana que da Carnelutti.

- b') Dependientes del agente, como el desistimiento espontáneo, impedimento del daño, etc.
- c) Condiciones penales modificadas. Las ya citadas del consentimiento del ofendido y del impedimento del daño por el agente.

267 - LAS VERDADERAS CONDICIONES OBJETIVAS Y EXTRÍNECAS  
DE PUNIBILIDAD

Reconozcamos, en efecto, que en este carácter del delito reina notable confusión. Vamos a tratar de poner un poco de luz en el intrincado tema de las condiciones objetivas de punibilidad.

Todos los caracteres del delito son condiciones de punibilidad: los requisitos de acto típico, antijurídico y culpable resultan, en última instancia, presupuestos o condiciones para que se aplique una pena. Así lo reconoce Ottorino Vannini. Pero este escritor italiano, al comentar el artículo 44 del Código penal de su país, dice que junto a esas condiciones que integran el "hecho prohibido por la ley" pueden distinguirse otras de índole objetiva y extrínseca. "El criterio distintivo sería, pues, éste: Si la eliminación mental de la circunstancia a la que se subordina la existencia del delito conserva inalterada la armonía del "hecho" con la objetividad jurídica que la caracteriza, esta circunstancia se revela como mera condición extrínseca de punibilidad, querida por la ley por razón de simple conveniencia política; en caso inverso se deberá considerar como elemento de integración del hecho criminoso." Vannini acude al ejemplo del *escándalo* en el incesto. Este "escándalo público" "es condición objetiva de punibilidad porque el interés de la moral familiar se ofende con el incesto y no con la notoriedad de las relaciones incestuosas".

No estoy de acuerdo con esta tesis. El escándalo público en semejantes delitos es elemento de la antijuricidad, como la declaración de guerra en la traición. Otras supuestas condiciones objetivas y extrínsecas, como estar recién nacida la víctima del infanticidio, son relaciones del tipo en orden al sujeto pasivo. Por eso, yo concluí afirmando en 1931 *que no existirían condiciones objetivas de punibilidad, porque todas ellas son elementos normativos o modalidades y relaciones de la tipicidad*, si no se hallasen otras que no tienen nexo alguno con los restantes caracteres del delito, tales como las de perseguibilidad. Hoy es forzoso ampliar ese criterio. En los países que exigen la reciprocidad para castigar ciertos delitos que afectan

a otro Estado, ésta sería auténtica condición objetiva de naturaleza extrínseca.

Yo entendí que eran propias condiciones objetivas y extrínsecas de punibilidad aquellas que Vannini excluía de su esfera con el nombre de *presupuestos procesales*. Para mí, la inmensa mayoría de esas condiciones objetivas de penalidad que los autores enumeran, no son tales. En la clasificación de Zimmerl aparecen, sobre todo las que se formulan en primer término, como tales condiciones extrínsecas, meros delitos calificados por el resultado. En otro ejemplo, el referente al ejercicio de la autoridad en las violencias ejercidas contra sus agentes, no podemos considerar ajeno al dolo que el funcionario se halle en el cumplimiento de sus deberes. Al contrario: si el autor de la violencia o desacato no sabe que la autoridad se halla en el desempeño de su manester, tal delito no puede configurarse. Es, en suma, un elemento del tipo referido a lo injusto, que debe ser captado por la intención del agente. Lo mismo puede decirse del escándalo en el incesto.

No han faltado escritores —Soler por ejemplo— que han enumerado entre las condiciones objetivas de penalidad, la consumación del suicidio, en el delito de “inducción” a que otro se quite la vida, conforme consignamos antes. Mas observemos que esto no es una condición objetiva de penalidad, sino la propia esencia de la instigación y el mandato. Si el delito no se consuma, el instigador o mandante no es responsable.

Salvo aquellas condiciones de reciprocidad y alguna otra que por el instante se nos escapa, son auténticas condiciones objetivas y extrínsecas de penalidad los presupuestos procesales expresa o tácitamente exigidos en las leyes putativas al describir y penar una concreta figura de delito. El más típico ejemplo lo hallamos en muchos Códigos penales que exigen, para que puedan ser penados los casos de quiebra, que ésta sea *calificada*, conforme a lo establecido en los Códigos de Comercio. Y sobre todo en la exigencia del Código alemán, copiada por el argentino, de previo divorcio para poder perseguir por adulterio.

Distingue Delitala condiciones de punibilidad y condiciones de perseguibilidad o procedibilidad. El dogmático italiano incurre en el error de confundir las dos últimas, que no son idénticas entre sí. Por eso las rechaza y dice que son actuaciones o exigencias preordenadas al procedimiento. A nuestro juicio, las meramente procesales, como la acusación y la persecución a instancia de parte, nada tienen que ver con este instituto. Pero el propio Delitala declara que

no son condiciones de procedibilidad la sentencia de falencia en la quiebra ni el previo divorcio para el adulterio, que los Códigos alemán y argentino establecen como condiciones de penalidad. Confesemos que esto se halla muy debatido. Beling cree que esta última es condición de procesabilidad, y Liszt-Schmidt y Gerland dicen, con razón, que es de punibilidad.

#### 268 - CONCEPTO Y EFECTOS DE LA AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Ya dije que las condiciones objetivas y extrínsecas de punibilidad que mencionan los autores, no son propiamente tales, sino elementos valorativos y, más comúnmente, modalidades del tipo. En caso de ausencia funcionarán como formas atípicas que destruyen la tipicidad.

A nuestro entender, las más genuinas condiciones objetivas son los *presupuestos procesales* a que a menudo se subordina la persecución de ciertas figuras de delito, como la calificación de la quiebra.

Estas condiciones objetivas no suelen preverse en la Parte general de los Códigos penales —salvo en el artículo 44 del Código italiano de 1930—, y por ende, su falta ha de investigarse en cada caso concreto de la Parte especial de la Ley.

Sólo importa aquí esclarecer los particulares efectos de su ausencia. Cuando, en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse; pero así como la carencia de acto, la atipicidad, la justificación, la inimputabilidad, la inculpabilidad y las excusas absolutorias —que luego estudiaremos—, hacen para siempre imposible perseguir el hecho, y si se reproduce la denuncia o la querrela después de sentencia absoluta o auto de sobreseimiento libre, podrá alegarse de adverso la excepción de cosa juzgada, la falta de ciertas condiciones objetivas de penalidad —las por nosotros estimadas como más propias— permite, una vez subsanado el supuesto procesal ausente, reproducir la acción contra el responsable.

#### 269 - LA PENALIDAD COMO CARÁCTER ESPECÍFICO DE DELITO

Hasta ahora hemos atendido predominantemente (salvo en lo que respecta al tipo) a lo injusto —al *Unrecht*, como técnicamente

se dice en Alemania—; pero éste toma definitivamente carácter penal por la consecuencia que a lo injusto sigue.

Las consecuencias de lo injusto culpable pueden ser *indemnizaciones civiles* o *penas*. En este último caso surge el delito. Adviértase que esas consecuencias del *Unrecht* no se excluyen, y por ende, pueden ir juntas en concretos casos:

a) A veces, sólo siguen a lo injusto consecuencias civiles, como reparaciones e indemnizaciones pecuniarias. Así acaece en el incumplimiento del contrato.

b) A menudo, son secuela de lo injusto, tanto la responsabilidad penal, que se concreta en la pena, como la responsabilidad civil, que asume la forma de reparaciones o indemnizaciones, como acaece en caso de homicidio.

c) En otras hipótesis lo injusto sólo acarrea consecuencia penal, como en los meros delitos de peligro, en la tentativa estricta y hasta en ciertas infracciones de puro resultado moral, como la injuria, poco propicias a ser reparadas metálicamente, si bien importa advertir que este último criterio, sujeto a revisión en esta hora, está en vías de resolverse con criterio opuesto: cada instante se abre más camino la posibilidad de reparaciones civiles en los delitos contra el honor.

Como se ve, lo que, en último término, caracteriza al delito es ser *punible*. Por ende, la *punibilidad es el carácter específico del crimen*. En efecto: acto es toda conducta humana; típica es, en cierto modo, toda acción que se ha definido en la ley para sacar de ella consecuencias juristas, y en tal aspecto, la usura, que no tiene en el Derecho vigente venezolano índole penal, así como tampoco en el Código argentino de 1922, es un acto típico de naturaleza civil que produce consecuencias de este orden; antijurídico es todo lo que viola el derecho y en tal sentido lo es el quebrantamiento de un contrato; imputable y culpable es la conducta dolosa de un contratante. Sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena.

Por eso, podemos repetir, con Franz von Liszt, que el delito, según su contenido, es, por tanto, el “ataque a los intereses jurídicamente protegidos, especialmente peligroso, a juicio del legislador, para el orden jurídico existente”.

Mas no todos piensan así. Por eso se impone llevar más lejos esta indagación.

## 270 - ¿LA PENALIDAD ES CARÁCTER O CONSECUENCIA DEL DELITO?

Muchos penalistas, siguiendo las rutas de Beling<sup>1</sup>, consideran la penalidad como una consecuencia y no como un requisito. Obsérvese, sin embargo, que tanto la antijuricidad como la culpabilidad no son elementos específicos del delito, sino que son propios de lo injusto. En el Derecho civil hay también acción antijurídica y culpable. Diríamos que esos caracteres constituyen el "género próximo". Si siguiéramos las viejas concepciones lógicas, buscaríamos la última diferencia; es decir, la que separa la infracción penal que constituye el delito, de lo injusto en general, del que el delito no es más que una forma. La tipicidad y la penalidad son la última diferencia a que los lógicos aluden. Los partidarios de mantener el tipo —pieza indispensable en el Derecho penal liberal— pueden argüir que ahí está la última diferencia posible; posición contraria, aunque similar, a la de Franz von Liszt<sup>2</sup> y la de Roberto von Hippel<sup>3</sup>, que creían innecesario hablar de tipo, puesto que en el

<sup>1</sup> Es exacto que Beling criticó ya en su "Teoría del delito", la *amenaza penal* como requisito, pero la incluyó en la definición, lo que le valió la censura de Mayer, que dijo que ello era una "fórmula pleonástica". Todavía en la 8ª edición de sus *Grundzüge*, 1925, pág. 10, definía así el delito: "Acción punible es: 1, una acción; 2, típica; 3, antijurídica; 4, culpable; 5, cubierta con una sanción penal adecuada a la culpabilidad, y 6, que llena las condiciones legales de punibilidad". En la 10ª edición de sus "Principios", pág. 19, sigue hablando de que la acción ha de estar "cubierta con una sanción adecuada", motivando que Mezger le acuse de "tautología". En la última edición de aquella obra, todo cambia: el requisito típico no aparece independiente, se suprime la adecuación a una pena y se formula negativamente la condición objetiva: "Acción punible (delito en el sentido amplio) es toda acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, que no está cubierta por una causa objetiva de exclusión de penalidad" (*Grundzüge des Strafrechts*, Tubinga, Mohr, 1930, pág. 70). El mismo explica las razones de estos cambios en su folleto *Die Lehre vom Tatbestand*, núm. V, 1.

<sup>2</sup> Este autor considera innecesario enunciar la característica de "tipicidad", porque el requisito de estar "sancionado con una pena", que es el carácter específico del delito, supone previa definición. Por eso, von Liszt dice que su concepto del delito está "de acuerdo en esencia" con el de Beling (*Tratado de Derecho penal*, trad. española, t. II, Madrid, Reus, 1916, págs. 252-254 y nota 2 de la pág. 253). Justo es advertir que cuando E. Schmidt adiciona el famoso libro de von Liszt, ya no incluye la penalidad como carácter del delito (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26ª edición, Berlín y Leipzig, W. de Gruyter, 1932, pág. 146).

<sup>3</sup> Criticando la definición que da Beling en su 8ª estampa de los *Grundzüge*

concepto de la penalidad, es decir, en la frase “penado por la ley”, se hallaba ínsita la necesidad de definirlo. Para mí, son ambos caracteres específicos del delito, y mucho más en países como España, Chile y Méjico, en los que la definición lleva exigida explícita la pena legal.

Las objeciones que se han hecho para demostrar que la “penalidad”, o sea, la “amenaza de pena” no es característica del delito, no tienen poder de convicción. Decir que es una consecuencia del hecho penal no invalida nuestro aserto, pues justamente que el delito acarree esa consecuencia es lo que le separa de las demás acciones antijurídicas. El quebrantamiento doloso de un contrato es una acción injusta y culpable; si el derecho positivo asocia una pena a esa conducta antijurídica, el delito surge. Como diría un viejo lógico, la antijuricidad y la culpabilidad son el “género próximo”; la penalidad constituye, en el acto delictivo, su “última diferencia”. Los que creen que puede haber un *injusto penal* —“ilícito penal”, dice Rocco— no necesitarán en verdad acudir a la sanción punitiva para caracterizar específicamente el delito; pero esto no lo defienden más que contados autores —el propio Mezger lo rechaza a pesar de decir que la tipicidad es la *ratio essendi* de la antijuricidad— que se ven acorralados por un victorioso bombardeo de argumentos, como el que hubo de disparar al Profesor de Roma, en un trabajo definitivo, mi discípulo Francisco Blasco.

Posición más lógica es la de los que consideran superflua la “amenaza penal”, como característica del delito, puesto que la “tipicidad” le distingue de toda otra acción injusta. Este era el criterio de Mezger, y también de E. Schmidt.

Mientras la “adecuación típica” funcione como pieza dogmática y política en el Derecho penal liberal, esa actitud podrá ser defendida con éxito lisonjero. Pero cuando la inclusión del procedimiento analógico relega la tipicidad a un “medio auxiliar técnico”, como ocurrió en Alemania después de la ley de 28 de junio de 1935, que modificó el párrafo 2 del Código penal del Reich, los

(véase la nota 1 de este capítulo, dice: “Nuevos son los caracteres núms. 2, 5 y 6. Los núms. 5 y 6 contienen de un modo completamente explícito la indicación referente a la necesidad de la amenaza penal legal, que Beling quiere hacer superflua. Pero el núm. 2 resulta insuficiente cuando aquella indicación falta; pues una acción sólo es “adecuada al tipo”, en el sentido del delito, si el derecho positivo asocia la pena, como consecuencia jurídica, al correspondiente tipo; es decir, si *conmina* con pena su ejecución” (*Deutsches Strafrecht*, t. II, Berlín, Springer, 1930., pág. 90). Y añade que la característica de tipicidad es inútil, puesto que se deduce de la máxima *nullum crimen sine lege* (ob. cit., págs. 90-91).



autores que habían prescindido de la *penalidad* como carácter del delito, tienen que volverla a insertar en su definición: “amenazado con una pena”, termina ahora el nuevo concepto del delito que nos ofrece Edmundo Mezger en su *Grundriss*. El Profesor de Munich explica su nueva creencia diciendo que si bien antes consideró como una “tautología en la determinación del concepto del delito”, “el estar amenazado con una pena”, puesto que bastaba con decir acto típicamente antijurídico, ahora que en Alemania la vida del Derecho tiene otras fuentes a más de la ley, es preciso establecer en la definición la “amenaza penal”.

En suma: la penalidad resulta así el más acomodaticio de los requisitos. Cuando no la precisamos, se queda reducida a mera consecuencia. Cuando nos hace falta, reasciende a su categoría de característica específica. Esto puede ser muy hábil, pero no tiene la menor seriedad científica. Un elemento característico de la infracción no puede cambiar de índole conceptual a mero efecto, para recuperar su puesto luego. Si es un *carácter* del delito ahora, es porque nunca dejó de serlo.

Tampoco ha acompañado la fortuna a los que, como Rodríguez Muñoz, tratan de demostrar que en la legislación española, el “estar penado por la ley” —que es como termina el concepto del delito en el artículo primero del Código penal vigente— no es “característica conceptual” del mismo. Parte el Profesor de Valencia de las opiniones de Silvela, y como no le son suficientes, procede a “una revisión de las denominadas excusas absolutorias, al objeto de determinar su naturaleza propia”. El análisis de las que contiene el Código penal español es correcto y agudo. Va desechando la índole pretendidamente impune de gran parte de ellas y demostrando su verdadera esencia de causas de atipicidad, de exclusión de antijuricidad o de falta de culpabilidad. Sólo le restan dos. La del art. 253 (del Código de 1932), que es una forma de arrepentimiento (el de los rebeldes o sediciosos que “se disolvieren o sometieren a la autoridad legítima antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas”), y la del art. 557 (la concedida a favor de los próximos parientes cuando entre ellos se produzcan hurtos, defraudaciones o daños, que hoy figura en el art. 564). En estos casos hay antijuricidad tipificada y culpabilidad, y aunque ello no sea tan claro en el segundo de los artículos citados, cree Rodríguez Muñoz que la duda queda zanjada por el párrafo último, en que se dice: “La excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito.”

Objetemos, ante todo, que no es posible basar aquel aserto en que en el artículo 557 (564 del Código de 1944) se hable de *delito*, ya que aquí está tomado el vocablo en el mero sentido de tipo, y menos en que se declare la responsabilidad de los extraños que participan en la acción, pues lo mismo acontece en el caso de que un loco sea ayudado o inducido por uno o más sanos de espíritu: a los cuerdos que participan en el delito no les ampara la exención que protege al enajenado.

Por otra parte, es un sofisma más o menos elegante querer demostrar que si en las llamadas excusas absolutorias —al menos en esas dos— no falta la antijuricidad ni la culpabilidad, es porque el legislador español no ha querido que la pena sea una característica de la infracción. Al contrario: si esos hechos no llevan sanción es porque se perdonan por la ley, y para el perdonado el hecho no es delictivo, aunque lo sea para otros; como no lo es para el imputable —por faltar el requisito subjetivo—, si bien, como hemos dicho, lo será para el que sea plenamente capaz.

Añadamos, finalmente, que ese análisis, por agudo que aparezca, sobre uno o dos artículos del Código, valiéndose más del elemento gramatical que de la interpretación sistemática y teleológica, es contrario a las normas interpretativas actuales. Nada prueban esas disquisiciones sobre el breve ladrillo de un artículo —como quien baila el “chotis”— contra la definición del artículo primero del Código penal español: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley.” Alegar que en este artículo no se ha querido fijar el requisito de penalidad como característica conceptual del delito y que en él se alude al axioma *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es acusar a un Código tan bien escrito y pensado como el español, de reiteración innecesaria, ya que el artículo 23, en concreta referencia al principio legalista, dice que “no será castigado ningún delito ni falta, con pena que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración.”

Me place hacer constar que Juan del Rosal rebate también los argumentos de Rodríguez Muñoz y que opina lo mismo que nosotros en favor de considerar la penalidad como carácter propio del delito.

Ya he dicho en numerosas ocasiones que las “notas del codificador” no son decisivas para interpretar las leyes. El legislador pudo tener una voluntad y la ley resultar con otra. Pero Rodríguez Muñoz, que tanto aprecio hace de Silvela, no menciona a Pacheco en este caso, aunque en otros lo cita con la debida reverencia.

Y Joaquín Francisco Pacheco, verdadero autor del Código de 1848 —donde aquella definición aparece ya— y que fué su primer y más ilustrado comentarista, dice bien a las claras que es un elemento conceptual de las acciones u omisiones delictivas el *estar penado por las leyes*: “Lo que se prohíbe por éstas con la oportuna sanción, o delito o falta es: en retorno, no puede darse ninguno de esos nombres a lo que no esté consentido, vedado, penado por tales leyes.”

Las “excusas absolutorias” son el aspecto negativo de la *penalidad*. De ellas pasamos a ocuparnos en capítulo propio.

## CAPÍTULO XXXVII

### EXCUSAS ABSOLUTORIAS - RESUMEN FINAL DE CAUSAS Y EFECTOS

#### 271 - LA TERMINOLOGÍA

Las llamadas en España "excusas absolutorias" se reconocen por los escritores alemanes, aunque no las den este nombre y varíe su repertorio. Franz von Liszt las denomina "causas personales que liberan de la pena" (*persönliche Straffreiheitsgründe*), Wachenfeld, M. E. Mayer y Köhler las nombran, de consuno, "causas personales que excluyen la pena" (*persönliche Straffausschliessungsgründe*). Figuran entre estas causas con referencia al Código penal alemán, dos—entre otras— que coinciden con la que existen en otros Códigos: exención de pena para el encubridor de próximos parientes (párrafo 557, párrafo segundo), e impunidad del robo o de la estafa cometidos por parientes en línea recta ascendente o entre esposos (párrafo 247, párrafo segundo).

Los franceses tratan también de estas causas de impunidad, denominadas *excusas absolutorias* por Vidal, Degois y muchos otros. Precisamente de la técnica francesa se tomó en España el título de "excusas absolutorias". Varias de las que citan los autores, en orden al Código francés, se hallan también en muchos Códigos iberoamericanos. Así, las exenciones en favor de los sediciosos o rebeldes que se retiran al primer aviso de la autoridad y en pro de los encubridores de próximos parientes.

#### 272 - CONCEPTO DE LAS CAUSAS DE IMPUNIDAD

Los autores ofrecen varias definiciones que coinciden en su esencia. Max Ernesto Mayer las incluye en el grupo de las "causas que dejan subsistente el carácter delictivo del acto" y que no hacen

más que “excluir la pena”. Con esto ya se comprende el concepto que de esta excusa tiene formado y que ratifica al definir las “causas personales que excluyen la pena (nombre con que, según se ha visto, designan los alemanes a las excusas absolutorias) como las circunstancias que conciernen a la persona del autor, que hacen que el Estado no establezca, contra tales hechos, acción penal alguna”. Con más exactitud y más rigor técnico las define Augusto Köhler, diciendo que “son circunstancias en que, a pesar de subsistir la anti-juricidad y culpabilidad, queda excluída, desde el primer momento, la posibilidad de imponer una pena al autor”.

Idéntica en el fondo y muy semejante en la forma a la definición de Mayer es la dada antes en Francia por C. Degois: “Son hechos determinados por la ley que sin borrar el carácter delictivo de un acto, sin suprimir la culpabilidad de su autor producen, sin embargo, una excepción de la penalidad que ordinariamente se asocia a la perpetración de una infracción.”

No han faltado algunos tratadistas que han visto de otro modo las causas de impunidad o excusas absolutorias. Como condiciones objetivas de penalidad negativamente consideradas las estudia Belling, y esta sistemática ha sido adoptada por Mezger y en la Argentina por Soler. No podemos estar de acuerdo con las definiciones de Mayer y de Degois porque la afirmación de que deja subsistente el carácter delictivo del acto no podemos subscribirla. Tampoco nos vemos forzados a recurrir a la negatoria sistemática de Mezger y de Soler, para los que la pena es una consecuencia y no un carácter del delito, puesto que hemos dicho que el estar penado por la ley es la última diferencia del acto delictivo con respecto a lo injusto.

Por cuanto antecede, nosotros las definimos de este modo: Son *causas de impunidad o excusas absolutorias, las que hacen que a un acto típico, anti-jurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna, por razones de utilidad pública*; es decir, que son motivos de impunidad —como también las llama Vidal— *utilitates causa*.

### 273 - LAS CAUSAS DE IMPUNIDAD EN ESPECIE

Las llamadas excusas absolutorias no se hallan consignadas en la Parte general de los Códigos —salvo el del Uruguay, que las reúne en el capítulo III del título II de su primer libro, en los arts. 36

al 45—, sino que se encuentran dispersas en los artículos de la parte especial donde se definen los tipos de delitos. Pero a diferencia de lo que ocurre con las formas atípicas y la ausencia de condiciones objetivas, cuyo aspecto negativo no se fija en los Códigos, las excusas absolutorias aparecen taxativamente admitidas junto al delito que legalmente se perdona.

Como ya se apuntó, las leyes de los distintos países establecen variadas especies de excusas absolutorias. Recordarlas ahora en repertorio exhaustivo sería empresa inútil, puesto que, como veremos bien pronto, la inmensa mayoría de ellas no asume tal carácter y ocupan lugar más propio en la sistemática de los caracteres del delito, negativamente considerados. Para poder enjuiciarlas a la luz de una correcta crítica, enumeraremos las que se suelen estimar como tales excusas de impunidad en la mayor parte de los Códigos hispano-americanos. Las expondremos en grupo para facilitar su examen y posterior determinación:

#### PRIMER GRUPO:

a) El que probare la verdad o notoriedad del hecho en la calumnia o la difamación, en los casos que la ley establece quedará exento de pena.

b) En caso de ofensas recíprocas el juez podrá declarar a las partes o alguna de ellas, exentas de toda pena.

#### SEGUNDO GRUPO:

a) No se aplicarán las penas previstas para la violación de secretos en caso de apertura o interceptación de cartas o papeles por los maridos, padres o tutores, pertenecientes a sus mujeres, hijos o pupilos que se hallen bajo su tutela o dependencia.

b) La *exceptio veritatis* en las injurias dirigidas a los funcionarios sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo.

c) No producen acción las ofensas contenidas en los escritos presentados por las partes o sus representantes, o en los discursos pronunciados por ellos en los estrados ante el Juez durante el curso de un juicio.

#### TERCER GRUPO:

a) Faltar a la verdad en testimonios, peritajes, etc., para favorecerse a sí mismo, o a próximos, parientes, allegados, etc., o para no perjudicarles.

b) No es punible el encubrimiento de próximos parientes, amigos íntimos o bienhechores.

#### CUARTO GRUPO:

a) Está exento de pena el sublevado que, no siendo jefe, deponga las armas a la primera intimación de la autoridad pública, o se aparte de las revueltas.

b) Está exento de pena en el falso testimonio el que se retracte antes de concluirse la averiguación sumaria o el proceso.

#### QUINTO GRUPO:

Delitos contra la propiedad (generalmente, y según cada Código, hurtos, defraudaciones o daños, y a veces también el robo) entre próximos parientes (las más de las veces cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos y cuñados si vivieren juntos).

### 274 - FALSAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

En uno de nuestros primeros libros citamos como una excusa absolutoria más, la prueba de la verdad en los delitos de calumnia (art. 470 del Código penal español) y excepcionalmente en la de injuria contra funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo (art. 475 del Código penal de 1870). Bien pronto comprendimos el error perpetrado, pues la *exceptio veritatis* en los delitos contra el honor no puede ser causa de impunidad.

Realmente, la "falsa imputación" en la calumnia (art. 467 del Código penal de España) es un elemento del tipo referido a la antijuricidad. Por tanto, su ausencia no hace que surja una excusa absolutoria, sino la falta de tipo y por ende la exención de pena por atipicidad.

También es errado incluir entre las causas que ahora se estudian, la impunidad del descubrimiento de secretos de la mujer, hijos o pupilos, de que trataba el párrafo 3º del artículo 512 del Código penal español de 1870. Nuestra pertinacia en el yerro ha sido mayor en este caso que en el esclarecido antes, pero ya lo rectificamos hace mucho tiempo. En el caso de que el marido, padre o tutor se apodere de las cartas o papeles de su mujer, hijo o pupilo, nos encontramos ante una situación jurídica enteramente distinta a la excusa absolutoria. El marido, padre o tutor que tal hace lo ejecuta en el ejercicio del derecho de autoridad marital o de patria potestad, y como

la comisión de hechos de apariencia delictiva en el ejercicio de un derecho es una causa de justificación, este carácter tienen los actos a que se refiere el párrafo 3º del art. 512 del Código penal de España.

#### 275 - FIJACIÓN DE LAS VERDADERAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Ya dijimos, al hablar de la no exigibilidad de otra conducta (vid. *supra*, cap. XXXV-262), que a medida que se afirma la técnica jurídica, acontece lo mismo que en las diagnosis médicas. Los heterogéneos grupos de entidades nosológicas se desnuden y los males del cuerpo y del espíritu ocupan un lugar más exacto en la nueva sistemática. Los penalistas acostumbrábamos a designar como "excusas absolutorias" un borroso conjunto de eximentes que no habíamos podido alojar en los grupos más exactamente delimitados de causas de justificación, de inimputabilidad y de inculpabilidad. Pero, a medida que se afina el examen dogmático de los problemas, la mayoría de aquéllas emigra del grupo heterogéneo y se instala en su congruo lugar.

Si examinamos detenidamente los *grupos* que acabamos de hacer, nos convenceremos de que en el *primero* no figura una sola excusa absolutoria. La verdad de lo imputado en la calumnia no constituye una especie de impunidad, sino desaparición de los elementos del tipo, como hemos visto que ocurre en la legislación española (cf. *supra*, núm. 274). Aunque sin conocer esta terminología moderna, ya don Luis Silvela pronuncióse en contra de considerar excusa absolutoria la prueba en los delitos de calumnia y de injuria. El elemento subjetivo de lo injusto ha desaparecido y se ha reemplazado por el *animus retorquendi*.

El *grupo segundo* contiene auténticas causas de justificación. Las enunciadas bajo la letra a) constituyen formas de ejercicio del derecho de dirección y educación. Las de la letra b) son una forma del *estado de necesidad*. Y la transcripta bajo la letra c) no es otra cosa que el ejercicio de un derecho profesional.

Los dos casos que se citan en el *tercer grupo* —y a uno de los cuales ya nos hemos referido antes (vid. *supra*, cap. XXXV-262)— tampoco constituyen excusas absolutorias, sino verdaderas situaciones de no exigibilidad de otra conducta, y por ende, causas de inculpabilidad.

En el *cuarto grupo* figuran supuestos legales en los que está exento de pena el que obra por *arrepentimiento*. Esperemos que el



día en que la dogmática llegue a mayores finuras que las que hoy ha logrado, el denominado “arrepentimiento eficaz” adquirirá rango propio, o podrá situarse junto a otras causas que excluyen la pena. Confesemos que cuantos esfuerzos hemos hecho para lograrlo han fracasado hasta ahora. El arrepentimiento no puede ser considerado como una causa de inculpabilidad. Si la culpabilidad no puede ser *subsequens* sino que lo mismo que la imputabilidad ha de coexistir con la acción, es obvio que el aspecto negativo de la misma tampoco puede construirse de un modo subsiguiente. La inculpabilidad tiene que ser coetánea con la conducta. He aquí por qué el arrepentimiento no tiene más lugar sistemático que el de una causa de impunidad. Lo mismo que el desistimiento en la tentativa sólo queda impune *utilitates causa*. Es el puente de plata, o “de oro”, según dicen los alemanes, que se tiende al que huye: “A enemigo que huye, puente de plata.” Por cuanto va dicho, todos los numerosos casos que hemos reunido en el cuarto grupo son, hoy por hoy, excusas absolutorias.

A mayor abundamiento lo es el solo miembro de que consta el *quinto grupo*. Si el Derecho penal no entra a decidir en la sustracción de un objeto que se verifica entre próximos parientes, es porque no quiere agravar los conflictos familiares. Hay una causa utilitaria de impunidad que es en lo que consiste la genuina excusa absolutoria.

#### 276 - ALUSIÓN AL CONYUGICIDIO POR ADULTERIO

La impunidad de la muerte dada por el marido a la mujer y, en ciertas leyes, también la que perpetra la mujer contra el marido, por causa de adulterio, figura con efecto de circunstancia eximente en varios Códigos, como el de la Argentina de 1887, derogado por el hoy vigente en 1922, y en el de Chile. La evolución de esta causa eximente, que nace, y así pervive en muchas leyes, como uxoricidio *in rebus Veneris*, es muy interesante. En su origen fué una verdadera causa de justificación, ya que suponía el ejercicio del derecho de autoridad marital, llevado hasta la muerte en caso de adulterio de la mujer.

En los tiempos primitivos de Roma, el marido que mata a su mujer sorprendida en adulterio, no es castigado; en cambio, esta absolucón no ampara a la mujer que mata a su cónyuge adúltero. Aulo Gelio transcribe así el pensamiento de Catón: “A menos de divorcio, el marido es juez de la mujer en vez de censor. Sobre ella tiene el imperio absoluto. Si ha hecho algo deshonesto o ver-

gonzoso, si ha bebido vino, si ha faltado a la fe conyugal, él la condena y la castiga." Y, según el propio Aulo Gelio, Catón agrega: "Si sorprendieras a tu mujer en adulterio, podrás impunemente matarla sin juicio. Si tú cometieras adulterio, ella no se atrevería a tocarte con el dedo. Así es la Ley." Pero ya la "Lex Julia de Adulteris" regula de muy otro modo el asunto. A la mujer adúltera sólo puede matarla el "pater-familias": *Patri datur ius occidendi adulterum cum filia quam in potestate habet*. El marido no tiene el derecho de matarla. Así se logra una mayor imparcialidad. Papiniano subraya: *Patri non marito mulierem permissum est occidere*. El esposo que tal hiciere es castigado, aunque puede perdonársele el último suplicio, porque es muy difícil moderar el justo dolor: *cum sit difficillimum justum dolorem temperare*. Así continúa la legislación romana, después de haber abolido aquellos derechos primitivos.

En los tiempos modernos, para evitar la injusticia de que sólo sea el marido quien pueda alegar el dolor de la afrenta, se extendió la exención a los dos cónyuges y entonces aparece más clara la forma de justo dolor, y, por tanto, parece predominar la esencia de las causas de inimputabilidad. Queda luego, como constelación de todos esos motivos, su íntima y auténtica naturaleza apoyada en la utilidad de que las leyes no se inmiscuyan en tan delicados problemas de honor y desgracia. Por eso, lo que fué primero una causa de justificación y después un motivo de inimputabilidad, acaba siendo una modesta excusa absolutoria, para desaparecer, por fin, de las leyes. El Código argentino de 1922 radia el viejo precepto del Código de 1887, y el Código penal de 1932 que redactó la República Española, suprime también el artículo 438; pero el de 1944 lo reproduce (art. 428).

#### 277 - RESUMEN FINAL DE CAUSAS Y EFECTOS

Cuanto hemos dicho desde la definición del delito hasta este instante, en referencia al núcleo principal de la dogmática de la infracción punible, no es un esfuerzo de ciencia jurídica que no tenga repercusiones prácticas, sino que, por el contrario, el hecho de que una determinada causa eximente ocupe uno u otro lugar, produce consecuencias de derecho harto distintas, que vamos a resumir como prueba de la importancia que tiene para el abogado todo estudio dogmático-penal.

Las denominadas *causas de antipicidad o de falta de tipo* paralizan desde la primera hora la acción judicial. Ya dijimos en momento oportuno (vid. *supra*, cap. XXIV-171, 172, 173) que los estudios del tipo legal tienen un valor subidísimo para los jueces de instrucción. Si no hay tipo, o si faltan los elementos fijados en la ley a uno concreto, el instructor no puede iniciar su trabajo.

La *falta de acción* opera de igual modo que la ausencia de tipicidad.

Las *causas de justificación*, que son las que producen más importantes efectos, suprimen la naturaleza injusta de la conducta. Si, como hemos visto (vid. *supra*, cap. XXV, núm. 176), lo antijurídico es eminentemente valorativo, la desaparición de la antijuricidad vuelve justo el acto que tenía apariencias delictivas por hallarse típicamente descrito en la ley. Por lo mismo que el acto es justo, no pueden derivarse de él consecuencias jurídicas de tipo sancionatorio, *ni penales ni civiles*.

Las *causas de inimputabilidad y de inculpabilidad* no eliminan la esencia injusta del acto. La prueba está en que subsiste la responsabilidad civil. Permítasenos copiar textualmente el artículo 20 del vigente Código penal español, que en esencia es el mismo que llevaba el número 19 en el Código de 1870 y que acogieron algunos Códigos hispanoamericanos, como, por ejemplo, el de Nicaragua y Venezuela:

“La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1º, 2º, 3º, 7º y 10 del art. 8º no comprende la de la responsabilidad civil, la cual se hará efectiva con sujeción a las reglas siguientes:

”1ª En los casos 1º, 2º y 3º son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el enajenado, el menor de dieciséis años y el sordomudo, los que los tengan bajo su potestad o guarda legal, a no constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia.

”No existiendo persona que los tenga bajo su potestad o guarda legal, o siendo aquélla insolvente, responderán con sus bienes los mismos enajenados, menores o sordomudos, dentro de los límites que para el embargo de bienes señala la ley de Enjuiciamiento civil.

”2ª En el caso del número 7º [estado de necesidad] son responsables civilmente las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción del beneficio que hubieren reportado.

”Los Tribunales señalarán, según su prudente arbitrio, la cuota proporcional de que cada interesado deba responder...

”3ª En el caso del número 10 responderán principalmente los

que hubiesen causado el miedo, y subsidiariamente, y en defecto de ellos, los que hubiesen ejecutado el hecho, dentro de los límites, respecto a estos últimos, que para el embargo de bienes señala la ley de Enjuiciamiento civil.”

Esta serie de preceptos merece ser comentada. Nos parecen rigurosamente encajadas en la sistemática que estamos defendiendo las disposiciones que hacen responsable civilmente al propio enajenado, salvo el beneficio de competencia, así como a los menores y sordomudos. Puesto que sólo les ampara una causa de inimputabilidad, deben responder, como hemos dicho, civilmente, aunque sean penalmente irresponsables.

La regla segunda hace responsable civilmente, por los males causados en estado de necesidad, a aquel en cuyo favor se haya precavido el mal.

Esta disposición nada tiene que ver con las otras en que se sujeta al enajenado, al menor o al sordomudo a indemnizaciones *ex-delicto*. La autorizada opinión de Pacheco abona este modo de pensar: “A nuestro juicio —dice—, este punto que aquí se resuelve tiene menos relación que los anteriores con la natural materia de este Código: esto es más puramente civil que lo preceptuado en los anteriores números. Tanto es de esta suerte que la responsabilidad de que aquí se trata, no va a buscar de ningún modo al autor del hecho de donde trae su origen, ni a ningún otro que tenga con él puntos de contacto de ninguna especie. Es, absolutamente hablando, una cuestión de propiedades, que se ha de resolver la mayor parte de las veces por leyes y reglamentos de su género particular.”

La disposición del Código español, del nicaragüense y del venezolano es justa. En el caso en que el hecho necesario consista en una especie de expropiación de bienes materiales que, normalmente, pueden obtenerse por una cantidad de dinero, entonces, a título de *reparación*, y no de *responsabilidad*, cabe que el que obtuvo el provecho indemnice a la víctima. Avaloremos nuestra opinión acompañando una cita de Silvela, coincidente, en lo esencial, con lo dicho por Pacheco. El autor de nuestro primer Tratado de Derecho penal dice que la obligación de indemnizar no nace aquí, como en todos los demás casos, del daño ocasionado, sino que reconoce como único origen el provecho que cada uno ha reportado, olvidándose enteramente de quién causó el mal, para evitar el otro más importante”.

Las *causas de inculpabilidad*, entre las que se encuentran el miedo y, sobre todo, el error, que Enríque Ferri localizó de un

modo absurdo entre las causas negativas de justificación, producen los mismos efectos que las de inimputabilidad, y, puesto que lo injusto se mantiene, debe deducirse de la acción la responsabilidad civil correspondiente.

La *ausencia de condiciones objetivas de penalidad* actúan, puesto que están ínsitas en la descripción, aunque no forman parte del tipo que el autor ha de concretar en su dolo, lo mismo que la ausencia de elementos típicos, y cuando se trata de condiciones de perseguibilidad tienen como característica la de ser subsanable su falta.

Las *excusas absolutorias*, es decir, las que lo son realmente según el deslinde que antes hicimos, puesto que no suprimen ni la antijuricidad ni la culpabilidad de la conducta dan lugar a responsabilidad civil. El Código penal español lo dice taxativamente en la más auténtica de todas las causas de impunidad, la que ampara los hurtos, defraudaciones y daños entre próximos parientes.

CARACTERES Y CAUSAS EX- CLUYENTES DEL CONCEP- TO DE IN- FRACCIÓN Y DE PENA	I. ACTO	{ 1. Faz positiva { 2. Ausencia: { Fuerza irresistible Falta de acción { Sugestión hipnótica
	II. TÍPICIDAD	{ 1. Faz positiva { 2. Ausencia: { Casos generales derivados del con- Atipicidad { cepto del delito { Verdad de lo imputado en la ca- { <i>Animus retorquendi</i> en delitos { contra el honor
	III. ANTIJU- RICIDAD	{ 1. Faz positiva { 2. Ausencia: { Cumplimiento de un deber, ejer- Causas de jus- { cicio de un derecho, etc. tificación { Legítima defensa { Estado de necesidad { Estado de necesidad en el aborto { Omisión por causa legítima { Actividad médico-quirúrgica { Fin científico o didáctico en los { experimentos con animales en { lugar apropiado { Golpes y lesiones permitidos en { los deportes
	IV. IMPUTA- BILIDAD	{ 1. Faz positiva { 2. Ausencia: { Enfermedad mental y trastorno Causas de inim- { mental transitorio putabilidad { Minoridad { Sordomudez
	V. CULPA- BILIDAD	{ 1. Faz positiva { 2. Ausencia: { Error de inculpa- { Eximentes putativas bilidad { Obediencia jerárquica { Violencia moral { Omisión insuperable { No exigibilidad de otra conduc- ta (supralegal) { Encubrimiento de próximos pa- { rientes
	VI. CONDI- CIONALIDAD OBJETIVA	{ 1. Faz positiva { 2. Faz negati- va: Incumpli- { miento de la miento de la { condición obje- condición obje- { tiva de pena- tiva de pena- { lidad
	VII. PENA- LIDAD	{ 1. Faz positiva { 2. Ausencia: { a) Arre- Excusas abso- { pentimiento { El sublevado que de- lutorias { b) Parentesco íntimo entre los au- { tores de delitos contra la pro- { piedad

\* Sobre cada uno de los caracteres del delito en su aspecto positivo y negativo, con específica enunciación de las causas que eximen de la pena (vid. *supra*, cap. XX-143).

## CAPÍTULO XXXVIII

### LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ATENUAN Y AGRAVAN LA RESPONSABILIDAD

#### 279 - PROBLEMAS DE SISTEMÁTICA

Podría discutirse la oportunidad sistemática del tratamiento de las circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad criminal. En última instancia, acaso su lugar propio fuera al hacer el estudio del sujeto imputable y peligroso, ya que esas circunstancias si repercuten en la responsabilidad es por indicar mayor o menor peligro. Por otra parte, si la peligrosidad expresada en el acto concreto se vincula al elemento caracterológico que ha de ser tenido en cuenta en el juicio de culpabilidad (vid. *supra*, cap. XXXI-227), es obvio que esas circunstancias influyen en el más o el menos de lo culpable. La graduación de la culpabilidad es una de las conquistas de la concepción normativa.

Lo que no aparece propio es tratarlas como datos para la medida de la pena, sistema seguido en Alemania, porque si agravan o atenúan la pena será *por algo*. Y este algo es el grado de culpabilidad o peligrosidad.<sup>1</sup>

#### 280 - LA TEORÍA GENERAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Circunstancia es todo lo que modifica un hecho o un concepto sin alterar su esencia. Circunstancias atenuantes y agravantes son las que modifican las consecuencias de la responsabilidad, sin suprimir ésta.

<sup>1</sup> Indebidamente influidos por este errado sistema alemán decíamos en la primera edición de esta obra que el trato de estas circunstancias pertenecía "a la aplicación y mensuración de las penas" (pág. 554).

Cometido un delito que sea imputable y no esté justificado, se presenta el problema de la medida de la sanción. El criterio tradicional ha sido referir este problema al de la gravedad del delito.

Existiendo en el delito un elemento objetivo y otro subjetivo, las teorías que desde antiguo vienen formulándose sobre la gravedad del delito difieren en la importancia concedida a cada uno de estos elementos.

Para Beccaría, la medida de la gravedad está en el daño social, si bien no es necesario que se produzca un daño material para que el delito exista, bastando cualquier acción que indique la voluntad de consumir el delito para imponer una pena, pero ésta habrá de ser menos que si el delito hubiera llegado a ejecutarse por completo.

Frente a este criterio, Filangieri quería medir la cantidad del delito por el elemento moral, dolo y culpa, que consideraba divididos en tres grados: ínfimo, medio y máximo.

La teoría de Romagnosi está fundada en su concepto de la *spinta criminosa*, constituida por el conjunto de razones y motivos que determinan al individuo a cometer un delito. Estos son: el deseo del fruto del delito, la mayor o menor facilidad y esperanza de satisfacerlo, y la mayor o menor probabilidad presunta para escapar de la pena. De la intensidad en que se den estos elementos depende la gravedad del delito.

Carrara rechaza los criterios subjetivos de Filangieri y Romagnosi, así como el de Rossi, que se trasladaba al campo de la moral para atender a la importancia del deber violado, y vuelve a la teoría objetiva. La cantidad del delito, para el maestro de Pisa, depende en primer término del daño inmediato (fuerza física objetiva), que consiste, como ya sabemos, en el mal sensible ocasionado por la ofensa al Derecho, y en segundo término, como criterio supletorio, para cuando aquél es igual en dos delitos, debe acudir al daño mediato o moral, consistente en la pública intimidación y disminución de la seguridad general. La gravedad del daño inmediato se mide, a su vez: primero, por la mayor o menor importancia del bien destruido por el delito; segundo, por la mayor o menor responsabilidad del mal, y tercero, por su posibilidad de difusión. Y los elementos del daño mediato que funcionan como supletorios son: primero, la violación de varios derechos, y segundo, la disminución de la potencia de la defensa privada.

La dirección moderna ha opuesto frecuentemente a la gravedad del delito la temibilidad del delincuente, como si hubiese de abandonarse totalmente el viejo y debatido problema. Únicamente sería



posible este abandono si, llevando al máximo radicalismo el criterio antropológico, se aplicase una sanción al que se reconociese criminal antes de haber realizado una infracción y por el peligro de que la realice.

A la frase no hay delitos, sino delincuentes, que en otro tiempo hizo fortuna —no obstante su inexactitud, porque al delincuente le hace el delito—, sustituye luego Ferri estas otras: “es necesario estudiar el delito en el delincuente”, “delito y delincuente son los dos objetos inseparables de la ley penal”. De modo que el positivismo, al sustituir el criterio de la gravedad del delito por el de la peligrosidad del delincuente, no ha abandonado enteramente a aquél, sino que lo ha reemplazado por otro más amplio que lo comprende, ya que la peligrosidad ha de fijarse por la gravedad del delito, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente. En realidad, los motivos del delito forman parte del elemento subjetivo del mismo y pueden considerarse comprendidos en la gravedad de la infracción, siempre que no se tome ésta, como suele hacerse con equívoco, en el sentido de gravedad objetiva exclusivamente. A su vez, son los mejores reveladores de la personalidad del criminal y, por consiguiente, constituyen el punto de enlace entre los dos elementos que se disputan la supremacía en la medida de la responsabilidad.

El triple criterio —gravedad objetiva del delito, motivos determinantes y personalidad del delincuente— es modernamente reconocido como solución para el problema de la medida de la responsabilidad. La diferencia entre unos y otros autores y tendencias está en dar predominancia a alguno de estos elementos, viendo los demás a través de él. Así, para el positivismo, la gravedad objetiva y los motivos tienen un valor sintomático en cuanto índices de la personalidad peligrosa. Para los clásicos, los motivos y la personalidad del delincuente —admitida en estrecha medida (así, la vagancia y la reincidencia, circunstancias agravantes en el Código español; la vagancia y el carácter pendenciero, en el de Venezuela; la tendencia instintiva, en el Código Rocco)— entran como elementos circunstanciales del delito. Pero prevalece en las leyes modernas la solución ecléctica de medir la responsabilidad legal de los delincuentes inimputables según su personalidad peligrosa para la aplicación de medidas de seguridad, y la responsabilidad moral de las imputables conforme a un principio mixto en el que entran, en primer término, la importancia del bien jurídico lesionado y la intensidad de la lesión, quedando como criterio accesorio los otros dos.

En definitiva: la valoración mayor o menor que se haga del elemento objetivo o subjetivo de la infracción, dependerá del pre-vailecimiento, en las funciones de la pena, de la prevención general o de la especial. A la prevención general le interesa, en primer término, el bien jurídico atacado, que se intenta salvaguardar en lo sucesivo. A la prevención especial, la peligrosidad del delincuente, a quien se intenta poner en situación de no cometer nuevos delitos.

Acceptados estos dos principios, queda por plantear el mecanismo de su aplicación. El derecho violado servirá para inspirar la amenaza penal contenida en la ley, tanto por el carácter general de ésta, que se dirige a la colectividad y no puede referirse a los individuos, como también porque éstos se mueven, en efecto, conforme a su personalidad, pero no según la consciencia de la propia personalidad, y según las consecuencias de ella. En otros términos: cuando la ley dice a la colectividad: "quien comete un homicidio es castigado con esta pena", hace una amenaza ciertamente eficaz para la mayoría; pero si dice: el homicidio se castiga de tal modo en los hombres de constitución *a*, de tal otro se castiga en los de constitución *b*, no se consigue nada, porque ninguno sabe tener una u otra constitución, y mucho menos sabe si es un corregible o un incorregible, o un delincuente de ocasión o un delincuente nato.

En cambio, la personalidad del delincuente, que la ley no puede hacer entrar en sus previsiones, será apreciable por los jueces que le tienen ante sí y que pueden estudiar la individualidad del reo, en el juicio de culpabilidad.

Concebido así el sistema, no sería necesaria la teoría de las circunstancias. Los Códigos tendrían amplias definiciones y fijarían las penas con la mayor amplitud según el derecho violado. A los Tribunales correspondería luego concretar la pena dentro del gran margen de arbitrio concebido por la ley, según la personalidad del reo, al graduar la culpabilidad.

La teoría de las circunstancias surge por la desconfianza en el arbitrio judicial como medio de realizar en la ley, que sólo puede hacerlo de modo imperfecto, la individualización que no se consiente a los Jueces, o como auxiliar de ésta. Esto por lo que se refiere a las circunstancias llamadas específicas, o sea, especialmente definidas en la ley. Las genéricas, que consisten en dar a los jueces facultad para disminuir o aumentar la pena según existan circunstancias atenuantes o agravantes y sin necesidad de expresar cuáles son, no significan otra cosa que el reconocimiento del arbitrio judicial en la medida de la pena.

## 281 - HISTORIA Y SISTEMAS VIGENTES

En el antiguo régimen, imperante el arbitrio judicial, las circunstancias legales no tenían razón de ser. Si en algunas leyes se enumeran es sin carácter taxativo, como en la ley VIII, del título XXXI, de la Partida VII, que lleva por título: "Que cosas deuen catar los jueces antes que manden dar las penas; e por qué razones las pueden crescer o menguar o toller." Entre las circunstancias que a continuación se enumeran figuran algunas, hijas de la época, como "si es siervo o libre, o fidalgo o ome de Villa, o de Aldea"; otras de un sentido moderno, como la posición social, "ca menor pena deuen dar al pobre que al rico: esto, porque manden cosa que pueda ser cumplida". De todos modos, estas circunstancias no imponen una medida determinada de la pena. Estamos todavía en la época de las *penas arbitrarias*.

La Revolución Francesa reaccionó contra este sistema con excesiva energía, creando en el Código penal de 1791 el sistema de las *penas fijas* para los crímenes. Una vez que la culpabilidad está reconocida, el juez no tiene más que abrir el Código y aplicarle, como se aplica una tarifa, al caso concreto de que se trata. Este sistema era impotente para tener en cuenta las diferencias de culpabilidad que existen entre los individuos y daba lugar a que los jueces, que no pueden ser obligados a despreocuparse de las consecuencias de sus decisiones, acudiesen a subterfugios en la calificación de los delitos, para evitar sanciones demasiado rígorosas.

Defectos que se evitan en el sistema de las *penas legales* o de la *relatividad de la fijación legal de la pena*, instaurado por el Código francés de 1810. La ley determina la medida de la pena dentro de ciertos límites, y el juez, obligado a pronunciar la condena dentro de ellos, debe, sin embargo, proporcionarla a las circunstancias, sin exceder por lo regular del máximo y mínimo legal. La mayor parte de las legislaciones clásicas contienen la enumeración de las circunstancias y establecen más o menos detalladamente el mecanismo de su influencia en la medida penal. Fijadas en la ley las reglas de aplicación de las penas en consideración a las circunstancias, el arbitrio judicial quedaba reducido a la mínima expresión, como ya se dijo anteriormente.

La tendencia hacia un mayor arbitrio judicial se inicia en el

mismo Derecho penal clásico. Las leyes francesas de 25 de junio de 1824 y de 28 de abril de 1832, introduciendo, la primera de modo parcial, y la segunda de modo general, puesto que reforma el Código de 1810, las atenuantes genéricas, significan un paso en este camino. Y las leyes inglesas, así como el Código holandés de 1881, que dan a los jueces poder para fijar libremente la pena en límites muy amplios, encarnan ya plenamente la individualización judicial fuera del sistema de las circunstancias legales.

Contra lo que podía esperarse por las tendencias de la escuela positivista, el Proyecto Ferri de 1921 significa una regresión al hacer una enumeración detallada de las circunstancias de mayor y de menor peligrosidad. Ya no son las circunstancias, como en los sistemas clásicos, el grado de inteligencia y de voluntad puestos por el agente en su acto, sino síntoma de la temibilidad o peligrosidad del delincuente. Pero los poderes del juez quedan limitados, y la previsión de la ley se estrellará contra la imposibilidad de consignar todas las condiciones personales que pueden ser índices de peligrosidad. Es cierto que para las circunstancias de mayor peligrosidad se abre una puerta en el número 8º del artículo 21, al decir que son circunstancias de mayor peligrosidad: "el tiempo, el lugar, los instrumentos, el modo de ejecución del delito, cuando hicieran más difícil la defensa del ofendido o damnificado, o demostrasen una mayor insensibilidad moral en el delincuente"; redacción amplia que hubiera permitido a los Tribunales escapar a la rigidez legal; pero no hay una fórmula análoga para las circunstancias de menor peligrosidad, donde hubiera sido más precisa. Con mayor fidelidad a los principios del positivismo, se ha censurado este tradicionalismo formal, echando de menos fórmulas más generales y abstractas.

En los Proyectos y Códigos modernos se ofrecen los sistemas más dispares. El Proyecto alemán de 1927 establece en el párrafo 69 una serie de circunstancias y estados que son índice de la personalidad del delincuente y que deberán ser tenidas en cuenta principalmente por el Tribunal para la medida de la pena, pudiendo apreciar también causas especiales de atenuación que rebajan considerablemente la pena imponible. El subjetivismo de las circunstancias y el amplio arbitrio judicial, pues el Proyecto se limita por lo corriente a fijar un máximo o un mínimo de la penalidad de cada delito, caracterizan fuertemente este Proyecto en la dirección moderna, enemiga de la penal legal y favorable al arbitrio judicial.

En cambio, el Código italiano de Rocco sigue el sistema tradicional. Tras una enumeración, da circunstancialmente las reglas para

aumentar o disminuir las penas según el número de circunstancias atenuantes o agravantes. Debe advertirse que al tratar de la "capacidad" del sujeto delincuente se deja más arbitrio al juez en la determinación de la pena.

Merece superlativo elogio el régimen adoptado por el Código penal argentino, que en su artículo 41 establece en dos grandes grupos los motivos que han de guiar al juez para fijar la condena de acuerdo con las circunstancias atenuantes y agravantes en cada caso y de conformidad con las reglas del artículo citado. Trátase de fórmulas elásticas y sumamente comprensivas que evitan el embarazoso casuismo que pretende agotarlo todo y deja fuera tanto.

El artículo 51 del Código peruano ha seguido un sistema análogo, aun cuando es algo más prolijo en el enunciado de aquellas motivaciones que modifican la aplicación de la pena.

El gran favor de que ha gozado en Hispanoamérica el Proyecto Ferri, que, según hemos dicho, se enfrasca en largas listas de atenuación y agravación, fué causa de que en la República Argentina se intentara la reforma de esos artículos, reemplazándolos por los sólitos catálogos, esta vez inspirados en el Proyecto de Código penal italiano de 1921. Por fortuna, el intento no prosperó, y aun continúa vigente el acertado criterio que el artículo 41 del Código penal argentino ha transformado en ley.

En cambio, aparecen como ejemplos de casuística extremada los Códigos de Cuba y de Colombia. El colombiano se limita en este punto a transcribir el Proyecto de Ferri, en más o menos libre traducción. Y el de Cuba añade todavía un número considerable de casos nuevos, clasificados en secciones, que hacen esta parte de la legislación cubana sobremanera embarazosa.

## 282 - INDOLE Y CLASIFICACIÓN

Vamos a demostrar ahora que la índole de estas circunstancias las hace irreductibles a clasificación en grupos subjetivos y objetivos.

Decía Silvela que las circunstancias atenuantes del Código español de 1870 eran todas ellas modificativas de la responsabilidad (subjetivas), y las agravantes y las mixtas eran accidentales, haciendo relación a la materia del delito (objetivas). En confirmación de esta doctrina, el Tribunal Supremo había declarado que las circunstancias atenuantes *las lleva en sí* el culpable. Pero se equivocaba Silvela al dar ese carácter accidental y objetivo a las agra-

vantes, entre las que figuraban la reincidencia y la vagancia, las dos más significativas de un estado personal del reo.

En verdad, todas las circunstancias que modifican la aplicación de la pena son eminentemente subjetivas. Las atenuantes se refieren a la imputabilidad y a la culpabilidad, y las agravantes al móvil del dolo y al peligro del agente.

Este criterio, que para nosotros es el único cierto, hace que deban interpretarse con sumo cuidado. Así, por ejemplo, aunque la alevosía aparezca de un modo objetivo, si no ha sido buscada de propósito o aprovechada por el agente, no podrá agravar la pena. Si es cierto que el acto alevoso es compatible con la premeditación, no es menos exacto que no deben ser apreciadas dos circunstancias, sino una, cuando en el caso concreto van de tal modo apareadas que su división es imposible. Pretender que puedan concurrir ambas, porque en otro caso es posible su separación, equivale a desconocer la máxima de justicia que se enuncia diciendo *nos bis in idem*.

Las clasificaciones que siguen son de mera sistemática, en orden a las atenuantes, y de reducción a grupos, atendiendo principalmente al móvil la que se refiere a las agravantes. Nos hemos inspirado en las que contenía el Código penal español de 1870 porque son las generalmente aceptadas por los primeros Códigos hispano-americanos.

#### 283 - CLASIFICACIÓN DE LAS ATENUANTES

##### A) Eximentes incompletas:

- a) Imputabilidad disminuída.
- b) Embriaguez.
- c) Edad mayor de 10 años, de 12, de 14 o de 16 (según las distintas legislaciones) y menos de 15, de 18, etc. (según las leyes, a menudo con subordinación al discernimiento).
- d) Exceso en el cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, en la legítima defensa, en el estado de necesidad y en la obediencia legítima.

##### B) Atenuantes especificadas:

- a) Preterintención.
- b) Estado pasional.
  - a') Haber precedido provocación o amenaza.
  - b') Vindicación próxima de ofensa grave.

- c') Arrebatos u obcecación producidos por estímulos poderosos.
  - c) Arrepentimiento eficaz.
- C) Atenuantes por analogía.
- D) Mitigación de penas:
- a) Por razón del sexo.
  - b) Por motivo de vejez.

No voy a tratar de cada una de estas circunstancias enunciadas, porque, o ya nos hemos ocupado de ellas largamente, o no tenemos para qué estudiarlas. Las eximentes incompletas, especialmente las causas de imputabilidad disminuída, han sido expuestas en cuanto tienen de fundamental en los capítulos en que se ha tratado de las enfermedades mentales, del trastorno mental pasajero, etc., etc. (vid. *supra*, caps. XXIX y XXX). Del mismo modo, hemos dicho cuanto es preciso sobre el exceso de defensa y del estado de necesidad (vid. *supra*, caps. XXVI y XXXVII). Los estados pasionales los hemos expuesto con toda amplitud al hablar del *crimen pasional*.<sup>1</sup>

La preterintención ha recibido prolijo trato al hablar de los delitos preterintencionales (vid. *supra*, cap. XXXII, núms. 243, 244 y 245). Y las atenuantes por analogía se han situado en su lugar al ocuparnos de la diferencia entre la auténtica analogía y la interpretación analógica (vid. *supra*, cap. XIII, núm. 93 bis). De la minoridad penal y de la adolescencia hemos resuelto no ocuparnos, porque es un tema que ha salido para siempre de las preocupaciones del penalista, para constituir una especialidad que colinda más con la Pedagogía que con el Derecho punitivo.

#### 284 - CLASIFICACIÓN DE LAS AGRAVANTES

Es aquí donde, según hemos dicho, los autores y las leyes acostumbra a dividir las circunstancias en subjetivas y objetivas. Sirva como ejemplo el Código cubano. El Profesor Mendoza las divide según la persona, la causa, el lugar, el tiempo, el dolo, la cantidad y la cualidad. Repitamos, aunque basta recordarlo sin más necesaria

<sup>1</sup> Véase nuestro libro, *Las Ciencias penales y otros ensayos*, Caracas, Ediciones "Librería Caracas", 1945, págs. 171 y sigs.; así como en *El Criminalista*, tomo VII (Buenos Aires, 1948), págs. 297-318.

demonstración, que para nosotros todas las circunstancias que modifican la aplicación de las sanciones son eminentemente subjetivas.

He aquí la clasificación que nos parece más acertada:

- A) Formas alevosas, traidoras o cobardes:
- a) Alevosía propiamente dicha.
  - b) Emplear astucia, fraude o disfraz.
  - c) Abusar de superioridad.
  - d) Obrar con abuso de confianza.
  - e) Cometer el hecho aprovechándose de calamidad.
  - f) Ejecutarlo con armas o en unión de quienes proporcionen la impunidad.
  - g) Nocturnidad o despoblado.
  - h) Escalamiento.
  - i) Fractura.
  - j) Embriaguez preordenada al delito.
- B) Móvil bajo o brutal:
- a) Precio, recompensa o promesa.
  - b) Ensañamiento.
  - c) Ignominia.
  - d) Desprecio de la autoridad.
  - e) Ofensa o desprecio de la dignidad debida a la edad o sexo del ofendido o en su morada.
- C) Intensidad y peligro especial:
- a) Cometer el delito mediante artificio capaz de ocasionar grandes estragos.
  - b) Parentesco.
  - c) Premeditación.
  - d) Vagancia.
  - e) Reincidencia.<sup>1</sup>
  - f) Reiteración.

#### 285 - ESTUDIO DE ALGUNAS AGRAVANTES

Puesto que nuestro propósito es más bien de fijar posiciones que de hacer comentarios analíticos a cada una de las circunstancias de

<sup>1</sup> De reincidencia y habitualidad nos ocuparemos largamente en el capítulo XLVI.



agravación que los Códigos contienen, sólo vamos a elegir de cada uno de esos grupos las más significativas de todas las circunstancias, para que sirvan de guía en el estudio y comprensión de las demás.

### a) *Alevosía*

La alevosía marca el criterio con que deben ser interpretadas todas las que constituyen el grupo primero.

La circunstancia de alevosía encuentra sus antecedentes en el Fuero Real y en las Leyes de Partidas.

La ley primera, título II de la Partida 7ª, enumera los casos que constituyen el delito de lesa majestad, y después de decir que son llamados de "traición" cuando se cometen contra el Rey o la Patria, añade que se llama alevosía cuando se cometen contra otros hombres.

Así, pues, en el antiguo Derecho español la *alevosía* es igual a traición. En este sentido se conservó en las Leyes Recopiladas. El Código de 1822 continúa manteniendo este criterio, igualándose la alevosía a la acción "a traición y sobre seguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona..., ya llevándola con engaño o perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en una riña o pelea, provocada... con ventaja conocida..., o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo para el agresor, o para quitar la defensa al acometido".

Desde el Código de 1848 se inicia en el concepto de la *alevosía* una evolución que —conservando la nota de aseguramiento del delito sin riesgo para el que lo ejecuta, idea gemela de la traición— la lleva al concepto de la cobardía, mucho más amplio, pues si bien *la traición es siempre una cobardía*, no toda cobardía es traición.

Ya hemos dicho antes que la alevosía es eminentemente subjetiva y que debe apreciarse sólo cuando indica en el agente traición, cobardía o propósito de aseguramiento.

### b) *Ensañamiento*

En el segundo grupo aparece el *precio, recompensa o promesa*, constituyendo el tipo del sicario, el más repugnante de todos los

delinquentes. El precio agrava tanto a quien lo recibe como a quien lo da o promete.

El *ensañamiento*, que es la más característica de las circunstancias de este grupo segundo, necesita mayores esclarecimientos. El Código penal español dice que consiste en "aumentar deliberadamente el mal del delito, causando otros males innecesarios para su ejecución". Toma el nombre de *ensañamiento* cuando se refiere a los delitos contra la vida.

Esencia de esas circunstancias es que *se aumente el mal del delito con otros medios innecesarios*. Por eso declara el Tribunal Supremo de Madrid que los sucesivos disparos contra el agredido no demuestran ensañamiento, dirigidos como iban a que no se salvara, y no a aumentar el dolor deliberada e inhumanamente, ni tampoco el hecho de que el agresor infiera una de las heridas poniendo la rodilla sobre la víctima. Otra sentencia —no sabemos hasta qué punto acertada— dice que, *mortalmente* herida la víctima, los golpes sucesivos hasta destrozarla el cráneo sólo revelan el propósito de acabar así la vida de aquélla.

Por tanto, según la jurisprudencia española, "el número de heridas, por sí solo, no es bastante para constituirla, sino que, además, es necesario que el culpable aumente deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido, lo cual no sucede cuando aparece que el reo procedió con ira para privar de la vida lo más pronto posible a la víctima".

Otra sentencia del mismo Tribunal Supremo procura deshacer otro error en la aplicación de esta circunstancia, declarando que "no debe apreciarse en causa por robo con homicidio de la cual resulta que el procesado sorprendió a su víctima durmiendo en el lecho, le exigió le revelase el sitio donde guardaba el dinero y, después de maltratarla de obra, la llevó a un monte próximo, la desnudó, atándola a unos palos puestos en cruz, y la dejó así toda la noche, falleciendo al día siguiente; porque la muerte no fué producida por acto especial y concreto dirigido a dicho efecto, ya que las violencias y malos tratamientos, excesivos sin duda alguna, iban encaminados principalmente a la consecución del robo, y sólo por la sucesión de todos ellos y por su conjunto, se determinó el homicidio, por lo cual no hay punto de partida que permita apreciar con la debida separación lo que fué mal integrante de uno de los resultados del delito, de lo que sólo pudiera ser hijo del propósito deliberado de aumentar el mal de éste".

Pero la doctrina de la innecesidad del mal como criterio de

ensañamiento, puede llevar a extrañas conclusiones, como dice, con razón, Bernaldo de Quirós.

Imaginémonos algunos de los crímenes sádicos de un Vacher, de un Garayo, de aquel desconocido Jack el destripador, que durante los años 1887 a 1889 sembró el terror en Whitechapel, de Londres, con sus once mujeres asesinadas y desventradas. La fotografía de una de estas víctimas, que puede verse en el libro de Mac Donald sobre *El criminal tipo en algunas formas graves de criminalidad*, causa espantoso horror, y parece que nada puede exceder en ensañamiento. Y, sin embargo, he aquí que, según esta teoría que señalamos, no podría decirse que le hubo, pues la sangrienta carnicería que destroza especialmente la cavidad abdominal, era *absolutamente necesaria* para el fin que el monstruoso sádico buscaba en el delito, a saber: aplacar una voluptuosidad que sólo lo consigue con la crueldad y la sangre.

Encarecemos el máximo cuidado en el manejo de estas agravantes, que no hay que confundir con actos que acaso revelen impasibilidad en el homicida, pero que no aumentan deliberadamente el mal del delito y que, a menudo, sólo suponen el deseo de borrar las huellas del crimen.

El descuartzamiento, que nosotros hemos estudiado en el famoso caso de "Ricardito", acontecido en España, y en el de Bonini, que se perpetró en Buenos Aires, no es forma de ensañamiento, aunque revele características personales de cobardía, de perversidad o de frío ánimo en el agente.

### c) *Premeditación*

Del tercer grupo descartamos, por no ofrecer más que problemas anecdóticos, aquellas agravantes que aluden a la insensibilidad del delincuente, para fijarnos en el especial peligro que parece denunciar la premeditación.

El problema de la premeditación es objeto constante de sugestivos estudios, como los de Alimena, Impallomeni, V. Cornateano, Rocco, etc., etc.

La premeditación, atendiendo a la frialdad de ánimo que requiere, se consideró, por los escritores de Derecho penal y por la mayor parte de los Códigos, como una circunstancia agravante. La primera protesta que se eleva contra esta manera simplista de considerar el problema es la de Holtzendorff, que trata de demostrar

que la premeditación no implica la exclusión de la pasión, la cual se manifiesta por medio de una acción más o menos inmediata, según el temperamento del individuo. Quiere Holtzendorff abolir el antiguo criterio de la premeditación y sustituirlo por el de la índole moral de los motivos, siendo seguido en este punto por Garófalo, que afirma, después de analizar varias hipótesis, que "el hecho de la premeditación no es, pues, siempre *una señal de la extrema anomalía psicológica que caracteriza a los grandes criminales*; dicha premeditación puede no existir en muchos homicidios cuyos autores son verdaderos asesinos, mientras que puede encontrarse en un caso en que el homicida no merezca en realidad este nombre".

Alimena sostiene, por su parte, que no debe desecharse el criterio de la premeditación, sino tenerlo en cuenta justamente con los motivos, de manera que la premeditación se entienda, no como una circunstancia absolutamente agravante, sino como una circunstancia agravante en paridad de condiciones, o sea, suponiendo igual el motivo determinante. Por consiguiente, no es preciso preguntar, en general, si tal homicidio es más grave que tal otro, solamente porque uno haya sido imprevisto y el otro haya sido premeditado, sino que, por el contrario, hay que preguntar si de dos homicidios, cometidos ambos por el mismo motivo, en igualdad de condiciones, uno es más grave que el otro a causa de la premeditación. Criterio semejante ha mantenido A. Rocco. A la teoría de Alimena presenta Impallomeni tres objeciones, terminando por afirmar que la acción premeditada es menos peligrosa que la acción imprevista, porque, en proporción al número de los homicidios consumados, hay mayor número de tentativas de homicidio premeditadas, que tentativas de homicidio sin premeditación, por lo cual —dice— hay que creer que el brazo del que ha premeditado tiembla más fácilmente. De tan interesantes estudios puede deducirse hoy que, en contra de lo que se creyó por los clásicos, la premeditación, por sí sola, no es un criterio muy seguro para establecer la temibilidad del agente.

El Código penal español y los hispanoamericanos que le siguen dicen escuetamente que se considera como circunstancia agravante "obrar con premeditación conocida". Significa —según los fallos del Tribunal Supremo de España— una meditación más reflexiva que la que ordinariamente acompaña a la mera resolución del delincuente, cuando decide en su ánimo la perpetración de un hecho criminal, siendo cosa muy distinta de la resolución o intención decidida de matar, pues implica un trabajo de elaboración y persistencia en el crimen, más o menos duradero, según las circunstancias de cada caso,

que le revisten de un carácter especial, ya por la mayor perversidad que se revela en el agente, ya porque esta persistencia aleja la idea del arrebató.

Mas aquí, precisamente, la dificultad —casi insuperable— está en distinguir la premeditación *ordinaria*, que se da en todo delito, salvo en los casos de ciega impulsión, de esta otra premeditación *conocida*, que es la que produce el efecto de agravar la penalidad.

La jurisprudencia española ha tratado de establecer las diferencias entre estas dos clases de premeditaciones, y ha establecido que para que exista la premeditación conocida se precisa:

a) Serenidad de ánimo para el mal, de la que es revelación la decisión reflexiva, manifestada, continuada y persistente;

b) Que transcurra un espacio de tiempo suficiente. La mayoría de los fallos se contentan con decir que habrá premeditación cuando el autor ha tenido el tiempo necesario para, con fría razón, hacerse cargo de las ulteriores consecuencias, demostrativo de que perseveró tenazmente el culpable en su resolución.

A nuestro juicio, el tiempo no es más que el requisito objetivo de la deliberación fría. Y por mucho que sea el que ha transcurrido desde el primer estímulo al desenlace no puede hablarse de acto premeditado si durante ese lapso estuvo el agente presa de insólita pasión. Los estados pasionales son incompatibles con el deliberar premeditado.

Permítasenos, para terminar, una observación de *lege ferenda*. Hemos sido bien parcós en aludir a la reforma de los Códigos penales. Nuestra faena se ha circunscripto a hacer dogmática y no crítica. Mas en este punto nos parece imprescindible decir unas palabras sobre la urgente necesidad de borrar de las legislaciones penales estos enfadosos catálogos de causas modificativas de la penalidad. Significan desconfianza en el juez, y si se añade, como acontecía en España y sigue ocurriendo en muchos países hispanoamericanos, la aritmética penal, se completa el casuismo receloso.

Lo que importa es poner el máximo esmero en la formación de los jueces, que han de ser reclutados entre los mejores, tras un largo aprendizaje en Institutos de Altos Estudios Penales. Luego, toda confianza en ellos será poca. Puesto que se hallan encargados de la más delicada faena, que consiste en individualizar la culpabilidad del agente y en adaptar a su personalidad las sanciones, no deben tener, al respecto, esas trabas casuísticas en la elección de circunstancias modificativas y menos estar sometidos a esas matemáticas penales, que son máximo instrumento de injusticia.

## CAPÍTULO XXXIX

### EL "ITER CRIMINIS" Y LAS RESOLUCIONES MANIFESTADAS

#### 286 - PRELIMINAR

El delito recorre un camino que tiene su partida en un proceso interno. De aquí el estudio de dos fases: interna y externa. Ordinariamente, el hombre delibera y luego ejecuta. Sin embargo, a veces, el sujeto, sin entrar en la fase de realización, produce una manifestación intermedia: excita a la rebelión, hace la apología del crimen, etc. En esta fase intermedia estudiamos el delito putativo, porque se trata de una ideación. Por último, en la fase externa, incluimos primero los actos preparatorios; luego, la tentativa y la frustración. Más tarde trataremos del medio idóneo e inidóneo y de la consumación.

#### 287 - CONCEPTO DE "ITER CRIMINIS"

Toda la técnica del concepto de la tentativa ha de extraerse dogmáticamente del concepto jurídico del delito, desde el punto de vista de la perfección de éste. Su concepción es siempre derivada, porque, aun dándole toda la amplitud de que es susceptible, es decir, haciéndola comprender la frustración, la tentativa no es más que un delito que no llega a consumarse.

Este carácter derivado de la tentativa respecto del delito se manifiesta en el especial interés que el tipo tiene y en los problemas que plantea. Del tipo y de su estructura depende en cada caso la determinación del momento en que empieza y en que termina la tentativa. En el robo, por ejemplo, el hecho de preparar las ganancias no es empezar a robar. Y es importante esta continua referen-

cia al tipo, porque en algunos casos, dado el sistema actual, contienen los Códigos descripciones típicas que son verdaderas resoluciones manifestadas —apología, excitación a la desobediencia—, en contra de la regla general de que los tipos sólo constituyen figuras consumativas; pero en pura técnica, el proceso de la resolución, aunque se manifieste, no es un acto externo, sino fenómeno interno, y entra de lleno en el llamado por los prácticos *iter criminis* y por Valdés "vida del delito".

El *iter criminis* supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes. Y tiene dos fases fundamentales: interna y externa.

La fase interna sólo existe mientras el delito, encerrado en la mente del autor, no se manifestó exteriormente.

La externa ya se manifiesta. Sale a la luz por actos, incluso de preparación.

En puridad, no existen más que estas dos fases; pero, estudiándolas concienzudamente, interfieren entre ellas, como ya dijimos, *otras dos intermedias: la resolución manifestada y el delito putativo*. En la primera no existe todavía la fase externa, porque no se trata de actos materiales; más que de acción es expresiva de resolución (proposición, conspiración, provocación). Tampoco en los casos de delito putativo hay una exteriorización del propósito de delinquir, porque el delito sólo lo es en la mente del autor. Uno de ellos, el más importante, es el caso conocido en doctrina como "error al revés".

## 288 - FASE INTERNA

### a) Ideación, deliberación, resolución

Surge primero lo que los escolásticos llamaban la tentación. La idea de delinquir aparece en la mente del sujeto. Este puede rechazarla o no. En el primer caso, la idea puede volver. El sujeto ya delibera. Piensa el pro y el contra. De esta deliberación puede salir de nuevo rechazada la idea. Pero puede determinar una resolución criminal que, aun no manifestada exteriormente, es capaz de sufrir dos procesos. Uno, quedar anulada en el agente. Otro, salir de él; por ejemplo: proponer a otro el robo, provocar, incitar, conspirar...

Con esto ha quedado agotado el proceso interno y se entra en los actos externos.

### b) *El problema de la punibilidad de las ideas*

¿Qué vale para el Derecho penal el delito en la mente del autor? Hoy el principio dominante es que el pensamiento no delinque. Si el desistimiento, en la tentativa, tiende un puente de oro, según los alemanes, ¿qué no acontecerá en el delito que sólo se ha pensado? Además, ¿cómo probar las ideas criminales?

No sólo se afirmaba este principio de la impunidad de las ideas en las Partidas, sino que Ulpiano ya había dicho: "cogitationis poenam nemo patitur" (Digesto, lib. XLVIII, tít. 19, ley 18); máxima estudiada y controvertida con singular maestría por Massari. La fórmula de las Partidas, que se complementa con la de Ulpiano, es terminante y clara: "Pensamientos malos vienen muchas veces en los corazones de los homes, de manera que no se afirma en aquello que piensa para lo cumplir, por fecho: et después deso, asman que si lo compliesen, que farían mal, et repientense. Et por ende decimos que cualquier home que se repintiese del mal pensamiento antes que comenzase a obrar por él, que non meresce por ende pena ninguna, porque los primer movimientos de las voluntades non son en poder de los homes" (Ley II, tít. 31, P. VII).

Modernamente, Rossi afirmaba: "El pensamiento es libre, escapa a la acción material del hombre; podrá ser criminal; pero no podrá ser encadenado." Y añade, retóricamente: "Por la amenaza de un castigo lo único que se lograría hacer es que la manifestación del pensamiento fuera mucho más rara; se disminuiría el número de los imprudentes para acrecentar el de los malhechores. Esto es cubrir las chispas para tener el placer de asistir al incendio." Como vemos, existen razones prácticas, no sólo históricas y técnicas, para no perseguir las ideas. Sin embargo, hoy no faltan escritores que traten de sostener la opinión contraria. Así, Massari, autor con Rocco del Código italiano de 1930 y perteneciente en un tiempo a la escuela del idealismo activista, sostiene en su libro *Il momento esecutivo del reato*, que si toda volición es un acto, el hecho de querer un delito es ya un conato de delito. Pero esto es muy aventurado, y Cammarata ha hecho ver que ello es más bien una verdadera deformación. En síntesis: por ahora, en la fase interna no es posible hablar de delito, ni por ende, de penalidad.



En España e Italia algunos escritores han situado el problema de una manera distinta. En 1899, el Padre Minteguiaga, en su obra *La punibilidad de las ideas*, y posteriormente Suárez de Tangil y Pidal Rodríguez ( *La punibilidad de las ideas y el delito político*, 1924), presentan una serie de cuestiones políticas y técnicas y afirman que si bien es imposible castigar un hecho que no se haya manifestado, deben castigarse las ideas cuando éstas se expresan o se exteriorizan. Partidarios de la tendencia espiritualista del Derecho penal, afirman que éste debe buscar el móvil, que ha de hallarse no sólo en el agente, sino fuera de él, exigiendo para su castigo que no se trate de cualquier idea, sino solamente de las que puedan perturbar la armonía individual o social. Es decir, que para la punición de las ideas se necesita que sean exteriorizadas y que resulten peligrosas.

Todo el ardor del combate queda reducido al deseo de crear un nuevo delito: el de opinión y propaganda; pero en este caso no se trataría de la punibilidad de una idea, sino del castigo de actos exteriores, constitutivos de un delito de expresión, como la amenaza.

La dificultad estriba en buscar la objetividad jurídica infringida, que Minteguiaga ve en el orden social lesionado por las ideas contrarias a él. Pero ¿qué es el orden social o el orden público? No estamos en los tiempos de Galileo, no se puede mediatizar la ciencia y el pensamiento sometiéndolos a un concepto de Estado. Esto sería volver a la Contrarreforma, o sea, anular la libertad individual.

No basta el hecho de la propaganda. Es necesario adjetivarla: propaganda de cierta especie, para algo. Si se trata de la propaganda de un delito, no hay cuestión, porque estamos ante una "apología" delictiva. Bien se ve que detrás de estos razonamientos se intenta castigar la propaganda política, ya que la de los delitos comunes sólo se le puede ocurrir a un perverso o a un demente. El fundamento de esta posición está en el contagio, como peligro encerrado en la propaganda. Y así, afirman: hay ideas que se contagian. Pero si a causa de la propaganda se produce una acción delictiva, ya los Códigos lo prevén; así, en el Código español de 1848 se castigaba más al conductor que a los conducidos (arts. 168 a 170, etc.). Y hasta en el Código de la República Española se conservó, en el artículo 253, una excusa absolutoria para los meros ejecutores del alzamiento que se disolvieron o sometieron a la autoridad legítima antes de las intimaciones o a consecuencia de ellas. Lo mismo acontece en varios Códigos hispanoamericanos.

Asimismo, el empleo de la imprenta es un medio que no basta

para calificar un delito *sui generis* —el de la prensa—, aunque sea medio para cometer varios delitos.

Pero Minteguiga, Suárez de Tangil y Pidal Rodríguez lo que han hecho es confundir los conceptos que acabamos de esclarecer. Así, los dos primeros se fundan en el proceso de las ideas-fuerzas. Fouillée y Longo han hablado de ideas que prenden en el sentimiento —ideas-fuerzas—, esto es, ideas peligrosas, que deben incriminarse. Pero esto nos lleva a lo que Rossi criticó: “Lo que hacemos es cubrir las chispas. . .” El problema se reduce a que con el pretexto de las ideas-fuerzas y de la propaganda se intenta buscar una objetividad jurídica infringida inexistente.

Con la sedicente teoría de la punibilidad de las ideas, de lo que se trata es de matar la libertad de pensamiento; pero ésta debemos salvarla a toda costa, pues su pérdida nos llevaría a la estatificación de la ciencia y del pensar. Es absurdo, sobre el proceso de las pretendidas ideas-fuerzas, construir el llamado delito de las ideas. Todo lo que sea fase interna y expresión del pensamiento, cuando esta expresión no se dirija a alguno de los delitos tipificados en el Código, debe quedar extramuros de la penalidad. Las que se podrán incriminar serán las resoluciones manifestadas en aquellos casos en que se aprecie la objetividad jurídica infringida concreta.

Con esto llegamos a la conclusión de que el límite para la punibilidad de las ideas es la resolución manifestada y que toda otra postura que se adopte entra en el campo de la política. En las dictaduras se quiere declarar ilegales a determinados partidos políticos. Hitler y Mussolini quisieron impedir, con un criterio preventivo, que las ideas surgiesen. De una manera homóloga, en otros países de tradición liberal y democrática se declara fuera de la ley a los partidos antiliberales, en defensa de la libertad. En España, el primer Gobierno de Azaña no quiso declarar ilegal el fascismo, fundándose en que las ideas no son punibles. Pero en algunos Estados se ha meditado sobre si conviene salir al paso de estas tendencias totalitarias. Holanda trató de impedir por el Proyecto de Ley presentado en la Segunda Cámara el 24 de julio de 1933 manifestaciones de ese tipo, introduciendo, a continuación del artículo 435 del Código penal, un nuevo artículo 435 a), que decía así: “El que usare o llevare en público alguna prenda de vestir o algún distintivo que sea la expresión de determinada tendencia política, será castigado con prisión hasta 12 días, como máximo, o con multa hasta de 150 florines.” Y Checoslovaquia dió la ley de 25 de octubre de 1933 relativa a la suspensión de la actividad o la disolución de ciertos

partidos políticos, en cuyo artículo 1º, párrafo 1º, se decía que "si la actuación de un partido político amenazase con caracteres de gravedad la independencia, la unidad constitucional, la integridad, la forma democrático-republicana o la seguridad de la República Checoslovaca, el Gobierno podría suspender la actividad de tal partido o disolverlo"; añadiendo en la letra a), párrafo 2º, del artículo 2º, que se prohibirá expresamente "el uso de emblemas, uniformes, banderas, maneras especiales de saludo y toda clase de símbolos o señales exteriores por las cuales se muestre la adscripción de personas individuales o de grupos o de cosas determinadas a tal partido". Finalmente, recordemos que la Cámara de Diputados francesa, el 7 de diciembre de 1935, después de haber adoptado los dos proyectos gubernamentales sobre uso de armas prohibidas y sobre las comparecencias ante el Tribunal Correccional de los autores de delitos de prensa y provocación al asesinato, que antes debían presentarse ante la Audiencia, votó por 401 votos contra 179 el proyecto de ley sobre la disolución de grupos de combate o milicias privadas, modificándose este proyecto de manera importante por la adopción de una enmienda socialista. El primer artículo de este proyecto quedó, pues, redactado en la siguiente forma: "Art. 1º: Serán disueltas por decreto, a propuesta del Ministro del Interior y previo informe del Consejo de Estado, todas las asociaciones o grupos que: 1º, provocaran manifestaciones armadas en la calle; 2º, que sin haber sido autorizados por el Ministerio de la Guerra preparen a sus afiliados o a terceras personas para el servicio militar o para la guerra, o bien que por la disciplina de sus miembros bajo la autoridad de sus jefes, por sus cuadros o por uso de uniformes, emblemas o insignias, presentaran el carácter de grupos de combate o milicias privadas, y 3º, aquellos que tuvieran por objeto atentar a la integridad del territorio nacional o atentar por la fuerza a la forma de gobierno republicano." Otras enmiendas, que también fueron adoptadas, preveían que los decretos relativos a tales ligas deberían publicarse antes del 31 de diciembre de 1935. La ley se aprobó y hubo de asumir inmediata vigencia.

Es muy difícil juzgar técnicamente estas leyes. En realidad no tienen un oriente penal concreto, sino de naturaleza político-administrativa, para defender el orden político establecido. La Ley de Defensa de la República Española y la rusa constitutiva de la Checa, llamada luego Gepeu, que ahora ostenta otro nombre, tampoco son leyes penales, sino medidas políticas para impedir los ataques a la libertad o al régimen soviético, respectivamente.

En la época actual el problema se halla en su más candente etapa. Después de que parecía superada para siempre en la lucha política la distinción entre partidos legales o ilegales, y en que la famosa ley contra los socialistas dada por el Imperio alemán en el pasado siglo, se contemplaba como una curiosidad histórica, vuelve la agotadora contienda de artículos en el ámbito político. Las dictaduras proclaman el partido único —contrasentido textual, ya que el partido es parte y no puede ser todo— y condenan a las oposiciones. Paradigma invertido de estas ordenanzas es la denominada “Ley” española aprobada por el gabinete de Franco el 29 de marzo de 1941 y publicada el 11 de abril del mismo año, en la que se castiga con diez años de pena privativa de libertad la reconstrucción de los grupos y partidos políticos del antiguo frente popular o la organización de otros nuevos con las mismas tendencias. Por otra parte, en algunas democracias, como hemos visto, se pone a los fascistas fuera de la ley, mientras en otras se declara ilegal el comunismo.

Todos estos temas son por demás arduos. Tenemos el derecho y el deber de defendernos contra los que quieren acabar con la libertad amparándose en que el Estado liberal permite todas las propagandas y por su propia índole debe dejarse atacar. Esta peligrosa tesis, en la que coincidían víctimas y victimarios, debe ser revisada. En primer término, hay que distinguir la libertad real, que puede ser la del diablo, de la libertad como bien jurídico; en segundo término, debemos reconocer que la libertad no es un valor en sí sino un medio para otros fines, tales como la exaltación de la personalidad, de la humanidad y de la cultura; y, como consecuencia, hay que proclamar que la libertad tiene derecho a su defensa y que no hay libertad contra la libertad. Así lo hemos venido exponiendo desde hace años.

#### 289 - CASOS DE RESOLUCIÓN MANIFESTADA

Entre la fase interna, actualmente impune, y la externa, existen varias zonas intermedias; y de ellas, dos principalmente merecen un examen detenido: la resolución manifestada y el delito putativo. La resolución manifestada ha sido objeto de estudio sobre tres formas conocidas en Francia: la proposición, la conspiración y el complot. Pero nosotros descartaremos la última porque el complot no es más que un modo de conspiración.

¿Qué valor tienen la proposición y la conspiración? No hay nin-

guna manifestación externa en ellas, salvo la mera proposición. De ninguna manera se puede decir que sean actos preparatorios. Valdés, después de decir que éstos eran actos indiferentes, caía en el absurdo al afirmar que la proposición y la conspiración eran actos preparatorios; por tanto, la proposición y la conspiración no tienen ese carácter indiferente, sino que tienden a un delito determinado. Sin embargo, se diferencian de los actos preparatorios esencialmente en que éstos son actos externos y materiales, mientras que la proposición y la conspiración no son actos materiales, sino verbales meramente. Claro que la cuestión varía fundamentalmente cuando al acto verbal de conspirar o proponer se añaden otros actos, como tomar armas, requisar caballos, automóviles, etc.

La proposición y la conspiración, por otro lado, se diferencian de la tentativa en que, a semejanza de los actos preparatorios, no entran en el núcleo del tipo (empezar a robar, empezar a matar, etc.).

Pero si no son actos preparatorios, ¿qué son? Para Garraud se trata de resoluciones manifestadas, siendo para él ilógico quererlas diferenciar de los actos preparatorios.

Todo lo que vamos a estudiar en este epígrafe puede considerarse como casos y resoluciones manifestadas.

La manifestación de voluntad presupone que el individuo ha salido de lo interno y ha realizado un acto, pero un acto de voluntad, no un acto en sentido estrictamente jurídico. Pero si estudiamos a fondo este acto, vemos que no es constitutivo de tentativa, ni siquiera de acto preparatorio. ¿Por qué estas resoluciones manifestadas, cuando son puras, no constituyen un delito *sui generis*? Porque en la mayor parte de los casos falta la infracción de la objetividad jurídica. Por ejemplo: en la proposición y en la conspiración. En cambio, en la amenaza sí la hay: la pérdida de la seguridad. Y por esto es un delito. No hay otro remedio técnico que considerarlas como resoluciones manifestadas, porque no se trata de actos preparatorios, ni de tentativa, y como tales resoluciones manifestadas, sólo excepcionalmente se las puede considerar punibles y únicamente por vía de precaución.

El Código penal español y muchos de los de Hispanoamérica han definido, en general, la *proposición* y la *conspiración*. En referencia a concretos delitos, se han configurado con penas determinadas, formas análogas a aquellas que el Código de España define en sus disposiciones generales: *conspiración*, *instigación*, *inducción* y *excitación*. La *apología* y las *amenazas* son formas concomitantes. Sólo nos ocuparemos de las primeras por su carácter relativamente general.

### a) *Conspiración*

“La conspiración existe cuando —dice el Código penal español— dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.”

### b) *Proposición*

“La proposición existe —según el Código penal de España— cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecución a otra u otras personas.” Para huir de la impropiedad de emplear en la definición el propio término definido, el Código de 1944 usa ahora del verbo, a todas luces inoportuno aquí, de *invitar*: “. . . invita a otra persona a ejecutarlo”, dice ahora el texto del art. 4º.

### c) *Penalidad*

El texto del Código español de 1848, así como el de 1870 y el de 1932, empezaba diciendo: “La conspiración y la proposición para cometer un delito sólo son punibles en los casos en que la ley las pena especialmente.” En efecto; el castigo de estas resoluciones manifestadas era excepcional y sólo correspondía en aquellos graves delitos en que se precisaban generalmente actos de varias personas, como en la traición, en los de lesa majestad, rebeldía y sedición.

Puede decirse que esta excepcional punibilidad de las conductas conspiradoras era el termómetro que medía el calor de las convicciones liberales. En 1850, época de reacción, la reforma del Código penal de España suprime el carácter excepcional de la penabilidad de las resoluciones manifestadas, que pueden castigarse en todos los delitos. Lo mismo acontece en el vigente Código de 1944, de tiempos en que la máxima dictadura impera, según el encabezamiento del artículo 3º.

La fórmula que emplean los Códigos hispanoamericanos, siguiendo al español, sirve también de indicio en cuanto a su régimen democrático o a sus tendencias autoritarias.

### d) Amenazas

Los Códigos penales hispanoamericanos castigan las amenazas. Y cabe preguntar si esta tipificación no es apresurada, por tratarse únicamente de resoluciones manifestadas. A primera vista parece ser así; pero, fijándonos más detenidamente, vemos que en las resoluciones manifestadas estudiadas anteriormente, la manifestación se dirige al presunto codelincuente, mientras que las amenazas toman la misma víctima como destinatario. Por eso han pensado algunos que se trata de un delito *sui generis*.

En efecto; puede observarse que la anormalidad de este delito no es más que aparente, pues, lo mismo que en la acusación falsa, se trata de un delito de los llamados de expresión. En él vemos todos los elementos esenciales: una manifestación de voluntad y un resultado. Resultado que es una disminución de la propia tranquilidad. Hay una manifestación de voluntad, consistente en una expresión. Como tal, es lo mismo decir a otro "¡sinvergüenza!", que que "¡te voy a matar!" Y el resultado es la misma expresión desde el punto de vista del sujeto pasivo. Nos encontramos en el caso de un delito de predominante actividad. El resultado se suelda con la manifestación de voluntad, como el anverso y el reverso de una misma moneda. Sin embargo, en algunos casos —por ejemplo: si se emplea una carta— la manifestación de voluntad y el resultado aparecen escindidos en el tiempo, por lo que más bien se trata de un delito pseudo-formal.

En resumen: caben dos posiciones en este problema:

1º Castigar la amenaza en consideración al mal que se anuncia, en cuyo caso la solución correcta sería dejarla impune (como hace el Código argentino).

2º Castigarla en atención a la lesión jurídica producida efectivamente en la tranquilidad, libertad y seguridad del sujeto pasivo, prescindiendo en absoluto de la realización del mal enunciado, como hace el Código penal español y el venezolano. Esta es la solución más correcta.

## 290 - EL DELITO PUTATIVO Y SUS ESPECIES

Como intermedio entre las fases externa e interna del delito, señalamos más arriba las resoluciones manifestadas y el delito putativo. Dentro de las primeras hemos estudiado una serie de conductas que se refieren a la esfera íntima y que se incriminan por su manifestación. En el llamado delito putativo hay actos externos, no constitutivos de preparación ni de tentativa, que expresan una resolución; inincriminables, sin embargo, por no corresponder a un tipo. Delito putativo es el hecho de realizar una acción que el propio autor estima delictiva, pero carente de tipo; o sin objeto. Se trata de una fase intermedia entre el pensamiento y la acción externa, con falta de referencia a un tipo penal. El estudio de los tres casos de delito putativo que exponen los autores aclarará lo dicho.

*Primer caso:* Los italianos, fundándose en las sentencias de su Corte de Cassazione, hablan de un primer género de delito putativo, en el cual el objeto se halla privado de las cualidades necesarias para que exista el delito. Paoli, que ha escrito sobre la materia un artículo particularmente interesante, dice que hay delito putativo cuando el acto jurídico no existe por faltar el objetivo jurídico descrito en el tipo. Por ejemplo: el sujeto que yace con la mujer propia creyendo yacer con la de un amigo. En los países en que se incrimina el adulterio faltaría la ajenidad del coito. Un caso similar es el del que hurta la cosa propia, creyéndola ajena. En estos casos se dice que existen delitos putativos. En cambio, Paoli cree que en ellos no hay delito putativo sino delito imposible, por inidoneidad del objeto. En el delito putativo no hay hecho inidóneo. De afirmar lo contrario, habría que admitir el delito putativo, con más razón aún, en los casos de inidoneidad en el medio. ¿Por qué admitir el delito putativo en el caso de la mujer que creyéndose embarazada toma un abortivo, y *por qué no* cuando en la real creencia toma una sustancia inocua? Si la mujer estuviera embarazada, sería un delito imposible, por inidoneidad del medio. En el caso de inidoneidad del objeto, es el tipo de que cierra la punición; por ejemplo: apuñalar a un cadáver. Lo que no ocurre en la inidoneidad del medio, cuyo tratamiento varía en los diferentes Códigos. Sin embargo, la mayoría de los autores, a los que sigue Blasco, creen ver aquí un delito putativo porque media un error del agente acerca del contenido del Derecho.



*Segundo caso:* El verdadero delito putativo es el que Binding llamó "error al revés", y que ha sido seriamente investigado por Gerland. Esta especie de error presupone, al contrario del error de derecho, la sospecha o creencia de que el acto está incriminado en la ley. Sirvan algunos ejemplos para esclarecerlo: el español que va a un país extranjero y cree que allí es delito la tenencia de armas, por serlo en España; los muchachos que creen que el estupro consiste en yacer con una mujer virgen menor de edad aunque mayor de 16 años, y en consecuencia, cada vez que yacen con una joven de tales condiciones entienden haber delinquido, aunque no le prometieran matrimonio. En estos casos se trata de auténticos delitos putativos, en los cuales el sujeto es más exigente que el ordenamiento jurídico y considera que su conducta es reprochable.

*Tercer caso:* La Corte de Cassazione —en sentencia de 3 de diciembre de 1927— ha tratado un caso que plantea problemas de marcado interés. Es el del supuesto o sedicente delito putativo, en que toda la trama del episodio criminal es engañosa, carece de realidad y, por ende, no es subsumible en un tipo legal. Son los delitos procurados por la intervención de un agente provocador, sobre todo cuando es autoridad. Por ejemplo: cuando se quiere descubrir un cohecho y el agente provocado por la policía escribe al juez, que se supone venal, ofreciéndole dinero y citándole a cierta hora y en cierto sitio, donde se descubre todo por medio de los consabidos billetes marcados. La Casación italiana ha negado que haya delito, afirmando que lo que existe es infracción putativa, porque todo el supuesto delito es un armazón para sorprender al supuesto delincuente. En realidad, no se trata de un delito imposible, porque son idóneos el medio y el objeto. Pueden señalarse varios casos similares en la práctica forense española: los cohechos fingidos, los chantajes aparentes, en el llamado timo del entierro. Pero donde se ha usado de forma más llamativa es en los casos de adulterio. Muy conocido es el de Portillo, policía consentidor que tras haber vivido luengos años a expensas de los amantes de su mujer, preparó una celada para poderse amparar en el art. 438 del Código de 1870. Aquí, el adulterio del que "yacía con ella" era un delito putativo porque no existía tal delito en la realidad, ya que se trataba de un amigo del marido que, con él, fraguó la escena, para que Portillo se deshiciese de su esposa. Se alega que en estos casos no hay infracción, porque todo es irreal. Ahora bien; estas interesantes hipótesis que han sido estudiadas como "delito provocado", o bajo el título de "agente provocador", no caben, "en modo alguno", en la opi-

nión de la mayoría de los autores, cuyo criterio sigue Blasco, en la esfera del delito putativo, porque "la *imposibilidad de consumación delictual*, cuando es apreciable, se presenta como *imposibilidad radicalmente natural, física, material*, y no pura y estrictamente jurídica".

La casi totalidad de los Códigos penales silencian cuanto respecta al delito putativo. Exceptúanse dos Códigos bastante modernos: el italiano de 1930 y el uruguayo de 1933. El artículo 49 del primero, antes de definir el delito imposible *sensu stricto*, dice así: "No es punible quien comete un hecho no constitutivo de delito, en la errónea suposición de que constituye delito." Con mejor técnica, aunque con criterio semejante, dice el artículo 8º del Código uruguayo: "No se castiga el hecho jurídicamente lícito, cometido bajo la convicción de ser delictivo, ni el hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión. Queda el juez facultado en tales casos para adoptar medidas de seguridad."

## CAPÍTULO XL

### LA TENTATIVA

#### 291 - FASE EXTERNA - ACTOS PREPARATORIOS

Iniciase la fase externa con los actos preparatorios, cuyo definitivo deslinde se fijará al hablar de los límites de la tentativa. Basta aquí destacar que sólo el tipo puede darnos guía segura.

Estos actos son aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución; son, por ejemplo, el hecho de procurarse un arma para cometer el delito, el de armarse de ganzúas y rondar la casa, etc. En la práctica son muy difíciles de distinguir de los actos de ejecución, y se ha dicho, para lograrlo, que si son de naturaleza inocente, que igual pueden ser practicados por un individuo que tenga propósitos delictivos, que por aquel que vaya a cometer un acto ilícito (el que compra una escopeta puede ser para realizar un homicidio o para ir a una partida de caza), entonces son preparatorios, y si sólo pueden ser ejecutados por el que tenga ánimo de delinquir, son actos de ejecución. Es muy importante tenerlos en cuenta, pues por medio de ellos se puede averiguar si el delito fué premeditado.

Los autores clásicos defendieron la impunidad en general de los actos preparatorios, porque no llegan a constituir violación de la norma jurídica, por su naturaleza indeterminada, que hace peligroso su castigo en cuanto se presta a la arbitrariedad judicial y por razones de utilidad para favorecer el desistimiento. Carrara distinguía los actos preparatorios de un modo absoluto en los que falta todo principio de ejecución, de manera que, aun existiendo confesión del reo, no deben castigarse como tentativa por un defecto que está en su naturaleza: la falta de todo principio de peligro actual; y los actos preparatorios de modo contingente que, respecto a una deter-

minada intención del sujeto, ofrecen un principio de peligro actual, pero que deben considerarse las más de las veces como meramente preparatorios, por ser equívocos, y han de dejarse impunes por no tenerse seguridad de que tendían a un delito.

Carófalo, que siguiendo los principios de su escuela pide la punición de los actos preparatorios cuando se dan ciertas condiciones subjetivas —índice de peligrosidad, delincuencia habitual—, dice que hay que poner en claro: primero, si es verosímil que el agente tendiese a otra cosa que a un delito, o si la resolución delictuosa es innegable; después, si no siendo dudosa la dirección del acto, puede haber la persuasión de que el agente habría persistido en él hasta el fin.

En la práctica se ofrecen hechos que sirven de argumento a favor de la punibilidad de los actos preparatorios; pero la máxima legalista y la negación de la analogía hacen que sea preferible, en nombre del Derecho penal liberal, no castigar tales acciones.

Cautier relata el caso de unos malhechores sorprendidos teniendo en su poder armas y cloroformo, que declararon su propósito de robar por los "procedimientos modernos" y a quienes, sin embargo, no fué posible castigar conforme a las teorías clásicas. Ferri cita el proceso de Zaniboni por atentado contra la vida de Benito Mussolini. Zaniboni fué sorprendido en la habitación del hotel cuando tenía ya presto un fusil cargado y había practicado un agujero en la persiana para apoyar el fusil en el momento de la consumación. Eran sólo actos preparatorios, pero demostraban ya una evidente peligrosidad criminal.

No se trata, pues, según la dirección positiva, de castigar en todo caso los actos preparatorios, sino aquellos que revelan una peligrosidad criminal. Debemos añadir que sólo podrán ofrecer este carácter los próximos a la ejecución, pues en los remotos es siempre posible y probable el desistimiento durante el largo camino que ha de recorrerse hasta la consumación. Para Crispigni, los actos preparatorios serían de competencia de la policía de seguridad, así como los ejecutivos serían de competencia de la justicia penal y, por tanto, de la policía judicial. Ferri objeta que siendo ya los actos preparatorios actuación de un propósito criminal, evidentemente son ya un ilícito penal, aunque no vayan seguidos de actos ejecutivos.

Repitamos que en nombre de los principios liberales deben rechazarse estas doctrinas. En suma: los actos preparatorios no son punibles, salvo en ciertos casos en que se incriminan como específicos delitos.

Un tipo *sui generis*, como preparación para un delito concreto,

es la instigación a cometer delitos, y, sobre todo, la asociación ilícita, que el Código argentino y otros de Hispanoamérica configuran como delitos en especie.

También pudieran considerarse, en ciertos casos, como penalidad de actos preparatorios, cuando no está exactamente comprobado el delito de peligro general, las disposiciones sobre importación, fabricación, comercio, detención o porte de armas, así como los preceptos en que se castiga la fabricación o introducción de armas o municiones, de materias explosivas, e igualmente la venta de aquéllas y la falta de precaución en el porte de las que se tiene permiso para llevar.

Citemos, finalmente, como típico castigo de actos preparatorios punibles, los artículos del Código español y de la mayor parte de los de Hispanoamérica en que se sanciona la tenencia de ganzúas o llaves falsas o la de pesas o medidas diferentes de las autorizadas por la ley, o de cuños para la impresión de sellos falsos.

#### 292 - LA TENTATIVA COMO CAUSA DE EXTENSIÓN DE PENA

Aparece en la Dogmática contemporánea la idea de que la tentativa —así como la codelincuencia— no son más que formas de la adecuación típica, o mejor dicho, causas de extensión de pena. La prioridad de esta teoría —injustamente desconocida— corresponde a Max Ernesto Mayer. Copiemos sus palabras “sobre las causas de extensión de la pena”:

“Existen dos de estas causas: la tentativa y la participación. Bajo el nombre de «causas de extensión de la pena» —concepto hasta ahora no empleado—, entendemos aquellas circunstancias que fundamentan la tipicidad de una conducta por atribuir a las características de los diversos delitos una validez que excede de su extensión conceptual. Por tanto, se amplía el concepto delictivo plasmado en la parte especial (o en una de las leyes especiales), en tanto que su zona limítrofe en determinada extensión se hace caer bajo una pena legal abstracta; se sanciona la acción que, radicando fuera del estafar mismo, inicia la estafa, o la que, fuera del hurtar en sí, determina el hurto.

”Los preceptos legales que realizan esta ampliación se encuentran en la parte general, y serían superfluos si la parte especial, en cada uno de los tipos, recogiera, al lado de las características específicas, las generales no distintivas del delito concreto; v. gr.: des-

cribiendo en la estafa, además de la acción de engañar, etc., la cooperación al acto de engaño; pero tal procedimiento, no sólo sería farragoso, y por tanto, deficiente desde el punto de vista técnico, sino que se opondría a la fijación de penas legales abstractas diferenciadas, y por ello es lógico que suscitara serios reparos en el orden material. De ello se deduce que el concepto de la causa de extensión de la pena, no sólo ofrece una importancia que se corresponde con la división en parte general y especial, sino que más bien contiene una referencia a las *diferenciaciones de la culpabilidad*. La realización completa de un tipo por un autor es, desde el punto de vista lógico, el paso normal; la producción en forma de tentativa, así como la coincidencia de varias personas, representan desviaciones del caso normal que exigen una valoración propia.”

#### 293 - CONCEPTO DE LA TENTATIVA

Quando la voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de consumación del delito, sin llegar a llenarla, y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina tentativa. Ésta puede definirse sintéticamente como la ejecución incompleta de un delito.

La punibilidad de la tentativa se funda, de un lado, en la voluntad criminal, que se da igual que en el delito consumado, y de otra parte, en el peligro en que ha estado en un momento concreto el bien jurídico que se atacaba, así como en la alarma o daño social que ocasiona.

La tentativa es un grado en la vida del delito. Es, por la falta del daño inmediato o físico, un delito imperfecto. Algunos penalistas (Buccellati, Civoli, Massari) han defendido que la tentativa se considerara en sí misma como un delito. Pero es equivocado este criterio objetivo. La personalidad del delincuente se revela también en la tentativa en cuanto los actos que la constituyen se ordenan a un fin.

El Código penal español, y buena parte de los hispanoamericanos, dice que son punibles, además del delito consumado, la tentativa del delito y el delito frustrado.

“Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos

los actos de ejecución que debieran producir el delito por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.”

Distínguense bien dos elementos: el objetivo, que se refiere a la antijuricidad tipificada y que se expresa como el *comienzo de ejecución por hechos exteriores*, y el subjetivo, que los Códigos expresan diciendo: *directamente*, o *con el fin* o *el objeto de cometer un delito*.

#### 294 - LA TENTATIVA COMO ACTO TÍPICAMENTE ANTIJURÍDICO

##### a) *La manifestación de voluntad y el resultado*

La manifestación de voluntad es un acto que yace en el camino de la consumación y que se aproxima más o menos a ésta según los Códigos distinguen o no el delito frustrado de la tentativa. Cualquier manifestación de voluntad es suficiente: todas las formas de ejecución se equiparan.

El resultado es el peligro corrido, de que ya Carrara habló. De aquí se deduce que, según veremos más adelante, la tentativa ha de ser peligrosa (por eso, sólo por motivos utilitarios puede castigarse el delito imposible). Cuando hablemos del principio de ejecución y cuando se trate de la culpabilidad en la tentativa, se verá cómo “el objeto de cometer un delito” es el elemento subjetivo de ella; mas también en la frase va ínsita la índole peligrosa de la acción, que más claramente todavía se determina en el Código penal de Venezuela al decir que el comienzo de ejecución ha de ser “por *medios apropiados*”.

El principio de ejecución sólo contiene el mínimo de lo exigible: el resultado de una tentativa puede, en el caso concreto, existir si se da un solo acto de comienzo. Con respecto al resultado de la tentativa, tendremos que sentar estas afirmaciones:

a’) En el Código penal español no se castiga la tentativa de falta y sólo se penan las faltas frustradas contra las personas y la propiedad. En cambio, en otras legislaciones, como la argentina y la venezolana, sólo es punible la tentativa de *delito* y el *delito* frustrado, siendo evidente que las faltas intentadas o frustradas no se castigan. Ésta es una afirmación de mero Derecho positivo.

b’) Los propios delitos de omisión y aquellos denominados de comisión por omisión, que no pueden equipararse a la acción, no son susceptibles de tentativa, puesto que el comienzo sólo hipotética-

mente se presenta como "acción esperada", y la ausencia de ésta no puede castigarse más que cuando de su falta resulta un defecto. En cambio, en aquellos delitos de comisión por omisión que nosotros hemos equiparado a la acción, como en el tan repetido ejemplo de la madre que da muerte a su niño no amamantándole (vid. *supra*, cap. XXI, núm. 147), la tentativa es posible, porque más que delitos de comisión por omisión, constituyen tales conductas verdaderos delitos comisivos. El ejemplo lo aclara: Si la vecindad, viendo a la criatura que languidece y agoniza, da parte a las autoridades y éstas llegan a tiempo para dar al niño el alimento que necesita, nos hallamos ante un caso de tentativa en ese supuesto delito de comisión por omisión.

c') Tampoco puede haber tentativa en los delitos denominados de mera actividad. No porque no haya resultado, sino porque éste se suelda a la acción de modo inseparable (vid. *supra*, cap. XXI, núm. 149).

### b) Principio de ejecución

Desde los tiempos del Código penal francés, la tentativa se define como *comienzo de ejecución*. En principio, el medio con que el delito se cometa debe ser *apropiado*, con lo que queda excluida la punibilidad del delito imposible, del que hemos de ocuparnos más adelante (cap. XLI). Mas el principio de ejecución ofrece innumerables problemas que es preciso esclarecer.

## 295 - MOMENTO EJECUTIVO DEL DELITO

Para determinar con toda exactitud el comienzo de ejecución y distinguirlo de los meros actos preparatorios, se han formulado muy variadas teorías, aunque nosotros sólo nos ocuparemos de la *univocidad*, de Carrara, con la doctrina complementaria que él mismo expuso; del *ataque al bien jurídico* y del *comienzo típico de ejecución*.

### a) La univocidad y sus complementos

La teoría de la univocidad no se ha usado por Carrara con valor ontológico, sino como medio probatorio para apreciar externamente el valor representativo de la conducta. El acto ejecutivo es unívoco,



porque unívocamente se demuestra la existencia real del peligro corrido. Todo lo demás es equívoco, o séase, mera preparación.

Por eso, la doctrina de la univocidad, mal entendida por la mayor parte de los autores, requería un complemento, y Carrara se lo dió al estudiar los actos preparatorios, cuyo trabajo recopila después en sus *Reminiscencias de la cátedra y del foro*. Para lograrlo usa Carrara la distinción, que también existe en su *Programa* y que toma de Carmignani, entre el sujeto activo primario, que es quien delinque; sujeto activo secundario, que son los instrumentos de que el autor se vale; sujeto pasivo del atentado, que son "las cosas o personas sobre las cuales, por la naturaleza del hecho, el culpable debe ejecutar ciertos actos como medio para llegar después a lo que tiene el propósito de consumir"; y finalmente, sujeto pasivo de la consumación, o sea, la persona o la cosa sobre la que se ejecuta el delito.

En suma: según Carrara, son actos consumativos los que recaen sobre el sujeto pasivo de la consumación (el objeto robado, el cuerpo muerto); son actos ejecutivos aquellos que se producen sobre el sujeto pasivo del atentado (la puerta que se rompe para robar); son actos preparatorios aquellos que se agotan en el propio sujeto activo, ya primario, ya secundario (comprar el arma, rondar la casa).

Estos criterios, unidos a la univocidad y a la idoneidad, le sirven a Carrara para separar los actos preparatorios, que han de quedar impunes, de la tentativa punible.

El error de Carrara consistió en creer que podía decidirse de un modo abstracto y general la grave cuestión del proceso ejecutivo del delito, y por ello sus reglas tropiezan a menudo con insalvables dificultades prácticas.

### *b) Ataque al bien jurídico*

Los intérpretes franceses y gran parte de los autores alemanes estiman que la tentativa comienza cuando los actos penetran en la esfera propia del bien jurídico agredido y, en todo caso, cuando están en situación de peligro eficaz los bienes jurídicos protegidos por el Derecho.

Como veremos luego, esta tesis ha de servirnos para completar la que nos parece más certera.

### c) *Comienzo típico de ejecución*

Aquellas teorías eran seductoras en el área doctrinal; pero en cuanto se llegaba a la práctica presentaban dificultades tan enormes, que no había manera de distinguir, en ciertos casos, el acto preparativo de la tentativa. Claro está que sabemos muy bien, como ya dijo el Código francés, que la tentativa es el comienzo de ejecución; pero ¿cuándo comienza ésta?

Beling ha venido, a nuestro juicio, a solucionar el asunto, aunque consideramos que su doctrina necesita proseguir elaborándose y a menudo completarse con el ataque al bien jurídico, como hace Frías Caballero en una magistral monografía. Para que haya acto ejecutivo, precisase que se realice lo que llamaríamos el núcleo del tipo, o mejor dicho, se necesita que el agente desarrolle su conducta, en la actividad expresada por el verbo principal de la definición; es decir, cuando se habla del homicidio, que es *matar* a un hombre, hay que *empezar a matar*; cuando se habla del robo hay que *empezar a robar*. Todo lo que no sea dar comienzo a la muerte, aunque se compre el arma y se planee el hecho, no es acto de ejecución, sino acto preparatorio.

Podríamos resumir nuestro pensamiento diciendo que la tentativa se inicia, o, mejor dicho, que hay comienzo de ejecución, cuando se penetra en el núcleo del tipo. Mas ello no basta, porque a menudo el núcleo puede estar expresado por una acción inocente o la imagen rectora ser común a dos tipos distintos de delito (hurto y robo).

Cuando se trata de un homicidio hay que empezar a matar. Apuntar el arma es ya un comienzo de muerte. Mas cuando nos hallamos ante una violación, puesto que su núcleo es *coitar* con una hembra, acto perfectamente lícito, no se debe decir que hay tentativa con el comienzo del acceso carnal. Si éste es antijurídico es porque se obtiene con la intimidación o la violencia. Por eso se empieza a violar cuando intimidamos a la víctima a fin de obtener el coito. Cualquier otra violencia o fuerza sobre las cosas no puede constituir comienzo de ejecución. De igual modo, el robo se caracteriza por la intimidación sobre la persona, que es lo que, en última instancia, le diferencia del hurto. Por eso se necesita la intimidación calificada con la tendencia al logro de la entrega del objeto, para que el robo se inicie.

No podemos excluir, finalmente, las dificultades antes mencionadas que en la práctica pueden presentarse. Por ello, según hemos visto, habrá que acudir con frecuencia a la teoría del bien jurídico, lesionado o puesto en eficaz peligro, para decidir si nos hallamos en presencia de un acto preparatorio o de una tentativa.

En suma: hay comienzo de ejecución *cuando se penetra en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima, o que diferencian unos tipos de otros, viéndonos precisados a recurrir a la lesión del bien jurídico o a su riesgo eficaz cuando la práctica lo exija.*

A veces aparecen formas de ejecución anormales, en que puede producirse una muerte sin que realmente intervenga el sujeto matando. Por ejemplo: en un caso de envenenamiento por mano de tercero, consciente o ignorante; en el de un atentado por artefacto explosivo transportado por otro que no sabe lo que lleva. Entonces la acción se realiza por complemento, y hay que determinar cuándo esos complementos son realmente ejecutivos y cuándo no traspasan la región privativa de los actos preparatorios.

#### 296 - LOS COMPLEMENTOS DE LA ACCIÓN

Los complementos de la acción pueden ser de tres clases: a) la acción se complementa por la sola fuerza natural; b) la acción se complementa por la conducta de un tercero inocente que ignora el carácter delictivo de lo que hace, y c) la acción recibe complemento del propio autor o de la conducta de un tercero culpable.

Un ejemplo de la primera hipótesis se halla en el caso de un anarquista que trata de producir el derrumbe de un edificio por medio de una bomba explosiva; el artefacto tiene una mecha, y la mecha se prende; entonces, como no se necesita de la intervención de nadie para que la sola fuerza natural haga que el fuego corra por el cable combustible e inflame la bomba, el hecho de dar comienzo a ese complemento de la acción; es decir, el de prender la mecha, es bastante para que un acto sea ejecutivo y no simplemente preparatorio. Por ello, cuando un individuo coloca la bomba para producir el derrumbe del edificio, si se prende la mecha da comienzo a la ejecución del delito, aunque posteriormente se apague por sí sola o porque alguno eche agua, o ponga el pie sobre el cable conductor del fuego. En suma: no se trata de un simple acto pre-

paratorio sino de un acto de ejecución y ese hecho debe considerarse como tentativa.

Distinto es el problema cuando va a actuar una tercera persona. Supongamos el caso del envío de una bomba, con apariencias de obsequio, a un enemigo, por medio de un servidor que no sabe lo que lleva; o del cartero que transporta un paquete cuyo contenido ignora y que ha de estallar al tiempo de ser abierto. Este hecho de depositar en manos de un sujeto inocente (cartero, servidor, o cualquier otro intermediario) el sobre o el paquete que ha de dañar al que lo reciba, es un acto ejecutivo y no preparatorio, porque el autor inmediato inocente es un instrumento en manos del autor mediato, como el revólver, el puñal o como la mecha en la hipótesis de la bomba. Lo mismo da que sea la fuerza natural lo que ha de producir la explosión, o que sea un tercero inocente, tan ciego por su ignorancia como la mecha o el instrumento.

La cuestión se complica cuando se trata de actos en que interviene otra persona que ya no es inocente. Supongamos el caso de un hombre que quiere envenenar a un magnate y no pudiendo llegar hasta él, el anarquista se pone de acuerdo con el cocinero y éste va a recibir de manos del ácrata el producto venenoso, para colocarlo en la comida que el prócer después ingerirá; o imaginemos el supuesto del que quiere colocar una bomba en el dormitorio de un compañero de hospedaje y la guarda el agente en su propio cuarto hasta la noche. Si por cualquier circunstancia fortuita la bomba estalla antes de que el autor la transporte al sitio donde el enemigo duerme, o si el cocinero se arrepiente y no pone el veneno en la comida del magnate, entonces el hecho de haber entregado el veneno que no se usó y el de preparar la bomba que estalla en lugar distinto por caso fortuito, sin producir lesiones ni daños, son simples actos preparatorios por falta de complemento de la acción.

#### 297 - LA TENTATIVA COMO ACCIÓN CULPABLE

La conducta que llega a tentativa por lo menos, empieza con el objeto de cometer un delito; es decir, según Max Ernesto Mayer, "con el dolo de consumir". Por tanto, es característico de la tentativa que fracase la realización del dolo, o, dicho con las palabras de Frank, "que en el mundo externo no se produzca tanto como corresponde al dolo del autor". Si alguien seriamente sólo tuviera el dolo de causar una tentativa, quedaría impune; un dolo de ten-

tativa no es "dolo", dice Mayer. De lo que resulta que la extensión de la pena no alcanza a la parte subjetiva del hecho, y que, por tanto, "todo lo esencial y todo lo específico pertenece al mundo del Derecho y al mundo exterior".

En suma: el dolo o intención no tiene la menor especialidad en la tentativa. Lo mismo existe en el homicidio intentado que en el consumado. Por eso nos parece certerísimo lo que dice Mayer, y en cambio, no podemos aceptar el criterio de que la intención caracteriza la tentativa. Frías Caballero, en su libro sobre *El proceso ejecutivo del delito*, se cuida, desde el capítulo preliminar, en combatir el criterio subjetivo, así como al hacer la exposición y crítica de la teoría de Carrara destaca el error de concebirla subjetivamente. Pero donde Frías expone la más correcta doctrina, que coincide con lo que aquí destacamos, es al tratar de la "breve referencia a la culpabilidad". En resumen, dice Frías: 1) El dolo de la tentativa no es más, ni menos, que el dolo correspondiente al delito consumado. 2) La culpabilidad nada tiene que ver con el deslinde de tentativa y actos preparatorios. 3) La culpabilidad es importante como *cuestión previa al deslinde*, pero el juicio de culpabilidad es, en sí mismo, cosa ajena a la determinación del proceso ejecutivo por ambos extremos. La importancia de la culpabilidad estriba, en señalar *el tipo concreto y especial, respecto del que se ha de determinar el comienzo de ejecución*. 4) Esta distinción entre la faz objetiva y subjetiva se asienta en la exigencia legal del comienzo de ejecución establecida en el Código. 5) Es viciosa toda pretendida solución del problema que trate de resolverlo desde el plano subjetivo.

De todo cuanto acabamos de decir se deduce, a nuestro juicio de un modo indubitable, que no cabe tentativa en los delitos culposos. Hemos hablado en este aspecto de la culpabilidad del acto intentado, *del dolo*, y tácitamente hemos excluido la culpa. B. Alimena hizo, al respecto, este ingenioso juego de palabras para demostrar la incompatibilidad de la tentativa y de la culpa. En la tentativa se obtiene menos de lo que se desea; en la culpa, más de lo que se quiere.

Los autores que, como Binding y Mezger, quieren acudir a la referencia anímica para que el dolo y la culpa tengan trato común, deberían aceptar la tentativa en los delitos por negligencia. Pero los que, como nosotros, hemos proclamado que la culpa es punible por excepción (vid. *supra*, cap. XXXIII, núm. 240), estamos autorizados para negar toda posibilidad de tentativa culposa.

En algunos Códigos hispanoamericanos, como el venezolano y el argentino, no se necesita acudir a expedientes supra-legales para resolver el arduo tema. El texto de ellos dice, de un modo terminante, que "hay tentativa cuando, *con el objeto de cometer un delito...*", o que sufrirá pena "el que *con el fin de cometer un delito...*" Es exacto que también la culpa es un delito, puesto que hablamos de delitos culposos, pero no es posible en la imprudencia o negligencia emprender la acción con el *fin* o el *objeto* de cometer un acto antijurídico y culpable. El que corre con su automóvil tiene por objetivo ganar la carrera, tomar el fresco o gozar de su pericia, pero jamás el fin de *cometer un delito*. Por eso, si no atropella a un transeúnte, por mucha que haya sido la velocidad y grave la imprudencia, no podemos decir que hay una tentativa de culpa. Conceptualmente está excluida, en esos textos, por las palabras transcriptas.

## CAPÍTULO XLI

### FRUSTRACIÓN — DESISTIMIENTO — INIDONEIDAD — CONSUMACIÓN

#### 298 - EL DELITO FRUSTRADO

El delito frustrado es una figura sutilmente distinguida por Romanosi de la tentativa, que no se admite unánimemente. En la tentativa la ejecución es incompleta, y por esto el resultado no llega a realizarse. En el delito frustrado la ejecución es completa y, sin embargo, el resultado no se produce por mero accidente. Es completo en la ejecución subjetiva, e incompleto en la objetiva, mientras la tentativa es un delito incompleto tanto en una como en otra ejecución.

El Código penal español admite el delito frustrado, como otros muchos Códigos de lengua española, y lo define así: "Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que debieran producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente."

La distinción entre el delito frustrado y la tentativa no ofrece, en abstracto, dificultad alguna, ya que la fórmula que los Códigos emplean distingue, por la propia manifestación de voluntad, frustración y tentativa. Hay tentativa cuando se comienza la ejecución y no se prosigue, y hay frustración cuando se han realizado todos los actos que deberían consumir el delito.

Pero lo que resulta muy fácil en doctrina, aparece en la práctica totalmente insoluble. Si una persona dispara sobre otra y el tiro no le alcanza, ¿hay tentativa o hay frustración? No sería un mero alegato de defensa, sino acaso una auténtica verdad si se dijera que apuntar es acción necesaria para que el delito se logre y que el que apuntó mal no ejecutó todos los actos capaces de producir la consumación. Por ello, algunos viejos autores italianos acuden al ejemplo,

para plasmar el delito frustrado, del disparo hecho contra un hombre asomado a una ventana cuya hoja de hierro se cierra paralizando la bala que iba derecha al corazón.

Es infinitamente más práctico atenerse a la mera tentativa y dejar, en orden a su sanción, bastante margen para que el juez aplique la pena más baja si el comienzo de ejecución quedó en el inicio, o la más alta si se prosiguieron los actos ejecutivos hasta su agotamiento. Los alemanes distinguen al respecto "tentativa acabada" y "tentativa inacabada", sin más finalidad que la de adaptar la pena en la forma antes dicha.

### 299 - DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO

En la fase de tentativa, y hasta en la de frustración, puede el sujeto detenerse o volver atrás, y su conducta debe ser favorecida con una excusa total o atenuación de la pena por razones de política criminal. Si tal ocurre en la tentativa, tiene lugar la figura del desistimiento voluntario, que produce la impunidad; si en el delito frustrado o en el consumado, la del llamado arrepentimiento activo cuando el autor procura destruir o disminuir los efectos de su delito.

Respecto al desistimiento en la tentativa, algunos han sostenido (Geyer, Carmignani, Garófalo) que debe provenir de un impulso bueno, para que la tentativa permanezca impune; otros (Beccaria, Ortolan, Carrara y Pessina) creen que es suficiente que el desistimiento sea voluntario, aunque provenga de un motivo interesado, como el temor al castigo. Esta última parece ser la doctrina más cierta, pues —como dice Alimena— el desistimiento es siempre bien acogido, aun tratándose del provocado por el miedo a la pena, pues si la pena obra como coacción psicológica, no puede menos de afirmarse que su función es sumamente extensa, cuando opera hasta en aquel momento fugaz en que el hombre levanta el brazo armado.

Muchos Códigos penales, y sobre todo el español y los hispano-americanos —excepción hecha del chileno—, contienen preceptos relativos al desistimiento, puesto que al definir la tentativa dicen que es condición de ésta que no realice todo lo necesario a la consumación del mismo, por *causa que no sea su propio y voluntario desistimiento, o por causas independientes de su voluntad*. Es obvio que, a *sensu contrario*, si el hecho de no haber proseguido cometiendo actos de ejecución se debe a causas *dependientes* de su voluntad,



la tentativa no existe o, *mejor dicho*, no se incrimina al agente que voluntariamente desistió.

En algunos se declara que en caso de desistimiento se penarán, no obstante, los actos ya realizados si éstos constituyen de por sí delito o falta. Este precepto, no sólo tiene el valor de declarar punibles las acciones ya realizadas y que sean constitutivas por sí mismas de delitos o de faltas, sino que resuelve uno de los temas más graves que en la legislación española se contienen. El desistimiento opera como una causa personal que exime de la pena, ya que debe ser justo que sólo aproveche a aquel que desiste. Sin embargo, puesto que el Código de España comienza diciendo: "Hay tentativa...", y para que la haya es necesario que se den cuantos requisitos contiene la ya transcrita definición, es natural que si no se prosigue el proceso ejecutivo por causas *dependientes* de la voluntad del autor, la tentativa *no existe*. Y lo que no existe no puede serle imputado a nadie. Una interpretación literal del texto español llegaría a la conclusión de que cuantos han cooperado en el acto ejecutivo se benefician del desistimiento del encargado de perseguirlo. El aludido precepto, que algunos Códigos contienen, impide esa abusiva hipótesis, ya que sólo queda exento de pena *el que desiste voluntariamente y en cuanto a lo desistido*.

Hasta ahora hemos desenvuelto tan sólo el problema del desistimiento, pero, como antes hemos dicho, también el arrepentimiento eficaz ha de ser considerado.

En la definición de la frustración, y al igual que en la tentativa, queda ésta condicionada a que no se logre la consumación por circunstancias *independientes de su voluntad*. Repitamos lo dicho antes al hablar del mero intento. Si el logro de la consumación se impide por la voluntad del propio agente, el delito frustrado no existe.

Cierto que no podríamos hablar aquí de desistimiento, ya que no es posible desistir de lo que ya hemos terminado. A esta figura que estamos describiendo se la denomina *arrepentimiento eficaz*. No están las palabras de la ley para ser desechadas sin la correspondiente interpretación. Confesemos que no hay, en orden a este tema, el expreso dicho de que el arrepentimiento, a semejanza del desistimiento, impide la pena; pero no es menos exacto que al faltar el requisito final, la frustración desaparece.

Si el médico que ha envenenado a su enemigo le propina en tiempo oportuno el correspondiente contraveneno, es obvio que no podremos decir que la muerte del emponzoñado se impide por

causas independientes de la voluntad del envenenador, sino, por el contrario, por causas que dependen de su voluntad. En la hipótesis del arrepentimiento en la frustración, al igual que en el desistimiento en la tentativa, los actos anteriores, que de haber progresado quedarían consumados por el delito ulterior (vid. *supra*, cap. XV, núm. 100), adquieren toda su realidad y de ellos ha de responder el agente, salvo si la tipicidad del caso concreto lo impide.

### 300 - LA PUNICIÓN DEL DELITO IMPERFECTO

En orden a la punibilidad del delito frustrado y de la tentativa, la escuela clásica, de tipo objetivo, atenúa la penalidad cuando el delito no llegó a perfeccionarse.

Este criterio objetivo de la escuela clásica se critica por muchos penalistas. La noción del peligro que el delincuente representa se da en igual intensidad en la tentativa y en el delito frustrado que en el consumado, pues la no perfección del mismo se debe a causas independientes de su voluntad. La sociedad debe defenderse contra un fenómeno social: la voluntad rebelde de los criminales y los impulsos de las clases delincuentes, afirmó Prins.

La escuela correccional mantiene un punto de vista espiritualista: que no se castigue más levemente la tentativa sino cuando sea indicio de una culpa menor; esto es, cuando el delincuente no haya hecho aún todo lo que pudiera para conseguir su intento. Ese es el criterio de Roeder.

La escuela positiva mantiene también, sobre este punto, un criterio subjetivo, equiparando la tentativa, y en especial la frustración, al delito consumado, cuando el peligro que dimana de unas y otro sea idéntico.

El Código penal español y la inmensa mayoría de los hispano-americanos han seguido el principio de rebaja en la frustración y en la tentativa.

### 301 - DELITO IMPOSIBLE

No puede terminar nuestra exposición de la tentativa sin que tratemos *in extenso* del denominado delito imposible, que en Alemania se designa con el título de "tentativa inidónea", de la que Manzini habla distinguiendo inidoneidad y suficiencia.

En principio, cuanto vamos a decir está prefijado, según antes

advertimos (vid. *supra*, cap. XL, núm. 294, b), puesto que, a nuestro juicio, debe exigirse que los medios de ejecución sean apropiados. Pero el problema ha sido tan discutido y contiene tanta sustancia polémica, que bien merece que se le trate con más detalle.

Ya los viejos juristas romanos como Neratio, Pomponio, Ulpiano y Paulo se ocuparon de los actos delictivos que trataban de cometerse con medios inapropiados. Fué Feuerbach, en 1808, quien desenvolvió el problema con más detalle y pericia. Le siguen, en Alemania, Jenul, en 1809, y Mittermaier, en 1816. En contra de la punición del delito imposible se pronunciaron otros viejos autores alemanes, como Köstlin, Hälschner, Schwarze, etc. Como luego veremos, se debe a von Buri la tesis subjetiva en la que se han apoyado los partidarios de castigar el delito imposible.

Ante todo, debemos señalar las tres clases que pueden darse de tentativa irrealizable. La imposibilidad puede estar en los medios: se pretende disparar un arma descargada o se dispara a una distancia a la cual no puede alcanzar el proyectil; se da una sustancia inofensiva creyéndola veneno o un veneno en dosis insuficiente. Otras veces radica en el sujeto pasivo, que no es idóneo: se quiere hacer abortar a una mujer que no está embarazada, se apuñala a un cadáver, se yace con la legítima esposa pensando tener acceso carnal con la del amigo, se hurtan los bienes propios. Y, finalmente, puede ocurrir que no exista el sujeto pasivo, como si se dispara contra un maniquí tomándolo por un hombre, o no existen valores en la caja registrada.

Como ya dijimos, la anteúltima hipótesis se ha asociado a las formas de delito putativo (vid. *supra*, cap. XXXIX-290, primer caso).

Las doctrinas formuladas en la materia pueden sintetizarse en las siguientes:

Conforme al *sistema objetivo* seguido por la dogmática clásica, el daño es un elemento esencial en el delito, dividiéndose aquél en inmediato o directo, que consiste en el mal sensible ocasionado por la violación del Derecho, y mediato o moral, que está constituido por la amenaza contra los buenos, el mal ejemplo a los malos y la disminución, en fin, de la pública opinión de seguridad. Pues bien; en la tentativa existe, evidentemente, el daño mediato; mas ¿dónde encontrar el inmediato? Carrara asignaba sutilmente las funciones de éste *al periculo corso*, esto es, "un peligro que en un momento dado ha existido verdaderamente como hecho". El peligro es, pues, un elemento fundamental de la tentativa.

Sobre esta base se asienta toda la doctrina del delito imposible: según que haya o no peligro, así será o no punible la tentativa, y la idea del peligro, aplicada a la idoneidad, divide a ésta en *absoluta* y *relativa*.

La absoluta tiene lugar cuando los medios adoptados o el objeto sobre el cual aquellos medios actuaban, hacen imposible, por ley natural, la realización del resultado propuesto, como en el caso tantas veces citado del envenenamiento con sustancias inofensivas. La relativa se verifica cuando los medios o el objeto tenían en sí mismos una idoneidad general para que el resultado se hubiese producido, pero no tenían, debido a las circunstancias particulares, la virtud suficiente para producirlo en un caso concreto. Así, por ejemplo, se administra una sustancia efectivamente venenosa, pero en cantidad insuficiente para producir su efecto, o se propina en la cantidad debida, sin producir consecuencias, por ser la víctima de naturaleza inmune a aquel determinado veneno, o en caso de ataque a la persona con arma blanca, si el apuñalado lleva una cota de mallá. En la hipótesis del sujeto pasivo inexistente, la imposibilidad será absoluta cuando el sujeto no haya estado nunca en el lugar, y relativa cuando debiera verosímilmente estar allí.

La teoría objetiva lleva el nombre de italiana por su origen en Romagnosi y su desarrollo en Carrara, si bien fué acogida por los autores franceses clásicos, como Ortolan, Laborde y Rossi, y por la escuela alemana de Rosenberg y Rohland. La discusión entre idoneidad absoluta y relativa se vincula en Alemania a Feuerbach, que ofrece exactos ejemplos.

Desde 1872 sostuvo insistentemente von Buri la *teoría subjetiva*. Conforme a ella, la tentativa se castiga en cuanto significa una manifestación de voluntad. De otro modo habría que dejarla impune, puesto que carece de resultado, ya que el *pericolo corso* de que hablaban los clásicos no pasa de ser una abstracción; y cualquiera que sea el medio, idóneo o inidóneo, debe castigarse, pues en todo caso revela una intención criminal. Como que en realidad toda tentativa supone un medio u objeto inidóneo en aquel caso y circunstancias dadas, pues si hubiera sido idóneo, el resultado se habría producido necesariamente.

En realidad, parte von Buri de la falta del resultado en la tentativa, por lo que es inútil, según él, esclarecer la causalidad entre acción y resultado. Como hemos dicho, el peligro, según von Buri, es una pura abstracción objetiva. La esencia de la tentativa es la voluntad de producir un determinado efecto jurídico, y en defecto

del peligro, debe basarse el juez en la voluntad del agente. También opina así Ernesto Delaquis.

Von Buri hizo una activa campaña en favor de su teoría, que por fin logra imponer en el *Reichgericht*, a partir de la sentencia de 24 de mayo de 1880, con motivo de un infanticidio intentado sobre un niño muerto. Luego prosiguen los fallos de 21 de marzo de 1882 y de 30 de dicho mes del 1883 (ambos de falso juramento); de 11 de junio de 1884 (sobre objeto inexistente), etc. A casos de sujeto pasivo inidóneo se refieren concretamente las sentencias de 10 de junio de 1880 (intento de matar a un hombre ya muerto); de 1º de junio de 1882 (aborto irreal, que también se condena en otra sentencia del siguiente año).

Esta doctrina subjetiva se mantiene también en Francia por Saleilles, Gallet, Vidal, Garraud, Bernard, etc.

Una nueva doctrina que mitiga los excesos de la teoría intencional, la cual llevaría a castigar inútilmente actos nada dañosos ni peligrosos, ha sido debida a Garófalo, quien aplicó a esta cuestión los principios del positivismo. La medida de la penalidad está en la perversidad del agente, y por tanto, si la tentativa es bastante para revelar la existencia de temibilidad en el reo, no hay diferencia entre la imposible y la otra. Lo que habría que investigar, sean cualesquiera los medios, es, primero, si la voluntad criminal se ha manifestado de una manera no dudosa, y, después, si ésta voluntad criminal es *peligrosa*, porque la perversidad que no lleva a la acción no reclama represión alguna por parte de la sociedad. La elección de los medios puede acusar la falta de energía o la torpeza del agente, como cuando éste se imaginase que podía envenenar a un hombre con azúcar o sal común, o matarle con un fusil disparado a una distancia inverosímil. En estos casos no habría delito, no ya a causa de la insuficiencia del medio, sino porque esta insuficiencia es una prueba de que el agente no es capaz de cometer el delito. "Este individuo no tiene más que veleidades de delito, pero en el hecho es inofensivo; por tanto, la represión penal sería absurda."

La más importante de las teorías intermedias es la de Liszt. Según él, la tentativa es la manifestación de voluntad dirigida a la ejecución del hecho y tiene su esencia en el carácter peligroso de la manifestación de voluntad; de donde se deduce que la tentativa no peligrosa no es tal tentativa, y, por consiguiente, no es punible. Hasta aquí parece seguir las huellas clásicas, pero luego señala diferencias que en los más importantes casos prácticos le llevan a las mismas soluciones que la teoría subjetiva. En primer término, el

acto no debe ser considerado según una generalización arbitraria, sino que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias especiales que le acompañan: es necesario el peligro concreto. Además, deben apreciarse como pronóstico suplementario las circunstancias cognoscibles o sólo conocidas del autor en el momento de la ejecución, al cual ha de remontarse el juzgador, y en cambio, no deben apreciarse las circunstancias descubiertas tan sólo por el curso posterior de los acontecimientos. De modo que esta teoría es objetiva en cuanto toma como base la noción del peligro, y subjetiva en cuanto acepta como criterio supletorio las circunstancias que el autor ha conocido o podía conocer. Este ejemplo de von Liszt aclara su pensamiento: "La tentativa de aborto, de parte de una mujer que no está embarazada, es punible cuando la existencia del embarazo no es completamente imposible; la tentativa de dar muerte a un niño que nace muerto es punible si la muerte no es ineludible."

Esta teoría del peligro concreto del agente es tan seguida que forma la *communis opinio*. Busca, más bien, el aspecto subjetivo que el meramente objetivo, aunque aparezca como "intermedia". Parte de la posibilidad de producir el hecho, a juicio del autor, si el resultado se le aparece como verosímil. Es evidente que no se comete un asesinato cuando se dispara contra un tronco de árbol, y que nadie puede ser envenenado con agua azucarada. El hombre que en estos casos creyera causar la muerte de otro, tan sólo es un loco más o menos peligroso. "Pero generalmente —dice Zürcher— el asunto se presenta de otro modo. El uno no ha disparado sólo a un tronco de árbol, sino porque en la obscuridad ha creído apuntar al hombre que esperaba; el otro, queriendo envenenar a su enemigo con arsénico, tomó, por inadvertencia, el recipiente que contenía azúcar." El delito imposible —añade Gautier— no es una fantasía jurídica. Se trata de casos muy frecuentes y peligrosos: la mujer que creyéndose encinta, sin estarlo, toma un remedio para abortar. ¿Queremos verdaderamente asegurar la impunidad de estas gentes? Constituyen sin embargo un gran peligro para el orden social.

Creemos que Francisco Blasco Fernández Moreda es quien de modo más exacto y moderno ha delimitado estos conceptos (*Delito imposible y putativo*, en *La Ley*, mayo 11 de 1956), definiendo así la tentativa inidónea: "...El delito imposible se da cuando la acción típica, a cuya ejecución tiende el designio del autor, no puede iniciarse o consumarse por la inidoneidad 'de origen' de los medios empleados para realizarla, o bien [por] la inidoneidad de igual carácter o la inexistencia del objeto pasivo material sobre el que se emplean."

No sólo se abarca en esta definición la *inidoneidad de medios* y la *inexistencia del objeto*, sino también la tan debatida cuestión de lo *absoluto* o *relativo* de dicha inidoneidad. Con razón amplia Blasco el concepto de la *primera*: "Habrà inidoneidad absoluta —dice— cuando, atendido el propósito del autor y las modalidades de su plan para llevarle a cabo, los medios empleados o el objeto sobre el cual se empleen sean ordinaria y permanentemente, por esencia o naturaleza material, físicamente ineficientes para causar el resultado criminal pretendido, a no ser que, en atención a circunstancias y condiciones específicas concurrentes en el caso, medios y objeto aparezcan de manera indubitada normal, materialmente aptos al efecto." Francisco Blasco piensa en el caso del azúcar, que, siendo esencial y naturalmente inocuo y atóxico, resulta susceptible de provocar la muerte de un enfermo de diabetes.

En cuanto al delito imposible por inidoneidad *relativa de los medios*, será de apreciarse en las hipótesis en que el agente, con designios homicidas, intentare envenenar a otro vertiendo en sus alimentos el líquido ordinariamente tóxico conservado en un frasco, cuyo contenido en la ocasión no lo era por habersele transitoriamente, e ignorándolo aquél, vaciado y llenado de agua. También se da imposibilidad relativa en todos los supuestos de *insuficiencia* propiamente dicha de los medios; por ejemplo: dosis insuficientes de veneno, de carga en las armas de fuego o explosivos, etc.

Tocante a la *imposibilidad relativa del objeto pasivo material* de la acción, basta pensar en la colocación de una bomba, que estalla cuando se calculó, en la hora en que debía hallarse en el lugar (por ejemplo: en la cama bajo la cual se instaló la máquina infernal) la enemiga y deseada víctima, que por un acaecimiento imprevisto no estaba en su casa; o en el supuesto del ladrón que entra en un domicilio para apoderarse de un objeto valioso sin saber que había sido trasladado a la caja fuerte de un Banco pocas horas antes.

En la doctrina germánica se ha debatido —véase, por ejemplo, Schönke, Kohlrausch-Lange, Welzel, etc.— si puede decirse que hay delito imposible, por *inidoneidad del sujeto activo*, en los supuestos en que el autor no reúna la cualidad o cualidades que la ley exige para que los actos que le sean reprochables constituyan delito. *Exempla docent*: la cualidad de juez en la prevaricación, o de funcionario para la malversación de caudales. De acuerdo con Blasco, no creemos que estos casos sean de auténtico delito imposible, sino de ausencia de tipicidad, por faltar en los hechos la referencia típicamente exigida al sujeto activo de la infracción.

## 302 - LA FUNCIÓN DEL DELITO IMPOSIBLE

Mezger ha distinguido entre el principio de ejecución del delito criminal y el principio de ejecución del hecho delictivo. Este problema así planteado recibe mucha luz. Mas es necesario partir del hecho de que la transformación de un delito en acción contiene *siempre*, si no también el fin, por lo menos un principio de ejecución.

Los Códigos actuales suelen castigar el delito imposible, en atención al peligro que el delincuente representa. A este respecto, podemos distinguir varios sistemas: Castigar el *caso de medios inidóneos y dejar impune el de la inexistencia del objeto*, como hizo el viejo Código griego; castigar el caso de tentativa con medios *no absolutamente inidóneos*, según lo establece el Código italiano; *rebajar la pena*, como lo hace el Código suizo; *proclamar la impunidad con excepciones*, según el modelo austríaco; declarar la *impunidad cuando no dimana peligro*, según lo vemos en el Proyecto sueco y en el Código argentino, etc.

Acaso, la más correcta solución es la que patrocinan Beling y Longhi. Según estos autores, la tentativa de un delito inidóneo sirve de índice para declarar la peligrosidad del agente. La ley española de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1932, sigue este criterio.

## 303 - EL DELITO CONSUMADO

Cuando el delito objetivamente se perfecciona, cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad, se dice que el delito se encuentra *consumado*.

Es el último momento, o mejor, el antelúltimo, en el *iter criminis*. Para Carrara consiste en haber alcanzado la objetividad jurídica que constituye el título especial de un delito dado. Y según Berner, se alcanza cuando la acción ha realizado el *Tatbestand*.

Los Códigos penales no lo definen en la parte general; pero se entenderá por delito perfecto aquel que reúna los requisitos que en cada caso señale la legislación penal. Sin embargo, el artículo 43 del Código toscano decía que "el delito es consumado cuando todos los elementos que componían su esencia se encuentran reunidos en el hecho criminal de que se trata". Modernamente, el Código



cubano da también una definición general de la consumación y dice en la letra A del artículo 26 que "se considerará consumado un delito cuando el acto querido por el agente se ha producido en su totalidad de acuerdo con los medios empleados para su ejecución".

A nuestro juicio, no tiene ventaja alguna dar una definición general del delito perfecto, puesto que éste sólo existe cuando el hecho corresponde a todos los elementos constitutivos del tipo. El delito es perfecto cuando la previsión del tipo legal se convierte en realidad concreta. Por eso la definición genérica se reduce a una mera tautología. No podemos averiguar cuándo un delito está consumado, sin acudir al tipo, que tanta importancia presenta en todo el dominio de la Dogmática penal. En la definición de cada una de las infracciones se describe el delito consumado, y el momento de la consumación se verifica cuando el tipo legal encarna en la vida.

Por ello, sólo en atención al tipo podemos establecer la consumación de ciertas infracciones que han dado lugar a infinitas teorías. En los delitos contra la propiedad es inútil discutir sobre si la perfección radica en tocar la cosa o en removerla de lugar o en sacarla de la guarda del dueño. Ello podrá ser importante cuando el legislador trate de hacer un nuevo Código, pero el intérprete ha de acudir al texto legal. En varios Códigos penales hispanoamericanos se emplea, al definir el hurto, el verbo *apoderarse*. A él hay que atender para declarar el hurto consumado, si no queremos divorciar su perfección de la del robo, en el que también habla de *apoderamiento*. Sólo quedarán perfectos estos dos delitos contra la propiedad cuando el agente ha logrado tener en su *poder* la cosa, aunque sea una fracción de segundo. Y está en poder suyo cuando puede disponer de ella; es decir, cuando ya salió de la guarda del propietario. Por eso no se consuma el hurto ni el robo, a pesar de que la cosa se traslade de sitio, si el delincuente es perseguido por el dueño a través de calles y esquinas, sin perderle de vista, hasta capturarlo al fin.

### 304 - EL DELITO AGOTADO

Quando, después de perfecto el delito, continúa el desenvolvimiento ulterior con nuevo daño, hasta lograr el fin que el agente se proponía, se dice que el delito está agotado. Ejemplos: en la acusación o denuncia falsa, cuando se obtiene la condena de la víctima; en el hurto, cuando se revende el producto o se aplica a la necesidad del agente, etc. No agotar el hecho es detenerse en la pura violación

*jurídica*; agotarlo es conseguir el propósito que, como resultado final, quería el agente. Es obvio que el que un delito no se agote puede depender de caso fortuito o de arrepentimiento del culpable. A veces, cuando los Códigos dejan gran margen al juzgador para aplicar la pena, puede ser conveniente contemplar el agotamiento de la infracción.

La doctrina del delito agotado se expuso por vez primera por Faranda y en 1885 por Brasanti. Francisco Carrara, desde la sexta edición de su *Programa*, trata en el parágrafo 49 bis del delito agotado y dice que el delito perfecto es simplemente perfecto o perfecto agotado y que éste existe cuando produce todos los efectos dañinos, como consecuencia de la violación, que deseaba obtener el culpable, de tal modo que éste no puede ya impedir las consecuencias dañosas.

A pesar de que hemos dicho que el agotamiento puede y debe ser contemplado por el juez al fijar la pena, dentro de la tasa legal, es lo cierto que esta figura carecía de grande trascendencia jurídica. Sin embargo, al fijar los problemas del concurso aparente de leyes y determinar los casos de consunción (vid. *supra*, cap. XV, núm. 100) nos hemos podido dar cuenta de que a veces el agotamiento no sirve para demostrar dialécticamente que los actos posteriores de un delito pueden quedar consumidos en su tipo propio. Vender la cosa que hemos hurtado no podrá constituir un nuevo delito, ni aun en aquellos países que consideran fraudulento enajenar el objeto que no nos pertenece. Venderlo no es otra cosa que agotar el hurto.

## CAPÍTULO XLII

### LA CODELINCUENCIA — EL AUTOR

#### 305 - CONCEPTO DE LA CODELINCUENCIA

La infracción criminal no es siempre la obra de una persona sola. Puede ser cometida por varios individuos que se ponen de acuerdo y dividen entre sí el esfuerzo para realizar el hecho criminal. La actividad delincuente usa los mismos modos que la actividad honesta y, a veces, la codelincuencia semeja a una empresa industrial.

El delito suele ser conducta de un solo hombre, mas, con frecuencia, aparecen varios cooperando a la ejecución de acciones criminales que el tipo legal no requiere. A esta codelincuencia es a la que vamos a referirnos, no a la de índole necesaria; es decir, a la requerida por la definición legal de ciertas figuras delictivas. La pareja se precisa en el duelo y en la riña; en el adulterio y en el amancebamiento. Sirvan estos ejemplos para demostrar lo que acabamos de decir. Mas repitamos que esta cooperación necesaria no es la codelincuencia, sino que afecta a la naturaleza misma de los tipos legales aludidos.

Este asunto no sólo ha sido objeto de estudio en los "Tratados", sino en numerosas monografías; una de las mejores en nuestra lengua es la de Rafael Fontecilla, publicada bajo el título *El concurso de delincuentes en un mismo delito y sus principales problemas jurídicos*, en el primer número de la *Revista de Derecho Penal*, dirigida por Eusebio Gómez.

#### 306 - CODELINCUENCIA Y CAUSALIDAD

La participación y la causalidad se hallan íntimamente ligadas. Cuando von Buri hizo penetrar sus doctrinas en el Tribunal Im-

perial de Alemania se llegó a equiparar el valor causal de las distintas condiciones de participación, según más tarde veremos.

Mas es evidente que la causalidad no puede ser destinada a unificar los conceptos de la codelincuencia, y que, más bien, nos sirve de guía para resolver un cúmulo de problemas espinosos.

La causalidad hace que se ligen con el concreto delito las actividades de los que en él participan, y que queden inexorablemente fuera los encubridores, a quienes los antiguos penalistas incluían entre los copartícipes. El encubridor recepta los objetos, favorece la huida de los delincuentes, les oculta, etc., etc., pero esto no es producir o contribuir a causar el tipo legal que liga a los autores con los cómplices.

Esto no quiere decir que excluyamos de la coparticipación a los que excitaron o favorecieron la conducta delictiva ajena, prometiéndolos después. Estos son auxiliadores *sub-sequens*. Su conducta está ligada a la producción del delito, porque sin esperanza de ser amparados, los ejecutores materiales quizá no hubieran emprendido su conducta delictiva.

El encubrimiento, en cambio, no es otra cosa que un delito *in species*. Insiste ahora en él el Profesor de Tucumán Rafael García Zavallá. Los viejos Códigos —sirva de ejemplo el español— no lo vieron así, pero, en cambio, los de fecha moderna coinciden en separar el encubrimiento de la participación. Hasta el Código francés, de tan vieja fecha, ha sido objeto de una reforma legal al respecto. Los Códigos modernos —muchos de ellos de Hispanoamérica— siguen la más correcta doctrina y castigan como autores de un concreto tipo de delito a los encubridores.

Estos grandes beneficios que el influjo de la causalidad ejerce en la codelincuencia, acaso ofrezcan, como contrapartida, posibles excesos. El más grave sería entender, como lo ha hecho el Código noruego y considerable número de autores, que cualquier acto de coparticipación es equivalente a la conducta del autor. Circula profusamente este ejemplo docente: En una carretera se ha producido un derrumbe y una gruesa piedra impide el tránsito. Una brigada de trabajadores ha llegado para despejar la ruta. Son jóvenes y robustos. Empujan la roca con todas sus fuerzas a fin de que se precipite por la ladera y se hunda en el río que corre en lo hondo del precipicio. Su esfuerzo ha llegado al máximo, sus músculos están tensos, pero la piedra, que vacila, no cae. Un muchacho de pocos años, hijo de uno de los obreros, que contempla la escena, une su débil esfuerzo al de los trabajadores adultos. La piedra rueda. Y la

carretera está despejada. Sólo faltaba esa mínima energía para que la roca se despenase. El débil brazo del niño fué equivalente a los potentes músculos de los hombres. No dudamos que esto sea así y que, desde el punto de vista de la mera causalidad, el esfuerzo de una criatura sea equivalente al del más robusto atleta; mas ya veremos luego, amparándonos en los principios antes fijados, cómo se ha de resolver esta cuestión.

### 307 - LAS DOCTRINAS SOBRE CODELINCUENCIA

La *doctrina tradicional* considera en la codelincuencia un delito único, con tantas responsabilidades como partícipes. Es la unidad de delito con pluralidad de agentes. Hay un denominador común, el delito, con tantos numeradores como delincuentes.

Dentro de este sistema hay dos tipos cuyas diferencias estriban en la clasificación de los codelincuentes y en la importancia reconocida a su participación.

El sistema vigente en la mayor parte de los países reserva la pena íntegra asignada al delito para los autores; esto es, para aquellos que *son causa eficiente*, y dentro de los autores se comprende, tanto los autores materiales que han ejecutado realmente los actos constitutivos como los mal llamados *autores morales*, que han concebido y resuelto el delito, pero sin ejecutarlo ellos mismos, sino haciéndolo ejecutar a otros. También en algunas legislaciones los encubridores tienen el concepto de participantes, si bien en las legislaciones clásicas más perfectas —según hemos dicho— también el encubrimiento pasa a ser una infracción especial, como consecuencia de la causalidad.

El segundo sistema, que es el del Código francés, afirma que el delito es único y que el cómplice es responsable por participación en el delito del autor; pero se aplica a aquél la misma pena de éste, haciéndole responsable íntegramente del delito del otro, al cual él ha provocado o ayudado. Dentro de la categoría de cómplices se incluye a los instigadores que en el tipo anterior eran autores erradamente designados como morales.

La teoría tradicional, no sólo declara la unidad del delito, sino que liga estrechamente las responsabilidades de los codelincuentes, haciendo depender las accesorias de las principales. Lo cual, si se lleva a su mayor rigor, produce consecuencias notoriamente injustas. Veámoslas por reducción al absurdo. El inductor no será castigado, aunque pusie-

ra su mayor empeño en la instigación, si el que había de ser ejecutor material desiste de realizarlo; y por el contrario, cuando éste se exceda en la ejecución, el inductor vendrá a responder de actos que no han estado en su voluntad. Así ocurrió en el crimen del expreso de Andalucía, cuando a Sánchez Molina se le condenó a muerte y ejecutó a título de inductor de un robo con homicidio, cuando al parecer sólo había entrado el robo sin homicidio en los planes por él concebidos. El cómplice que contribuye a la preparación del delito quedará o no impune, será responsable de tentativa o de delito consumado a tenor de la conducta del autor principal, no obstante ser ya perfecta su contribución de cómplice. Y finalmente, cuando el autor no es responsable, o ha muerto, o es desconocido, no podrían en rigor lógico ser responsables los cómplices, puesto que su responsabilidad es accesoria y se determina en función a la principal. Dorado Montero señaló la incongruencia con la doctrina sentada en el Código, de la condena de Nakens por encubrimiento de un delito cuya naturaleza se daba por supuesta, pero que, a juicio de Dorado, no había podido ser debidamente comprobada por la muerte de Morral.

Para evitar estos inconvenientes se ha creado la *doctrina de la equivalencia de toda participación*, en virtud de la cual se considera la acción realizada por cada uno de los participantes como una infracción de la que cada uno responde equivalentemente. En suma: según este sistema, se considera que el cómplice es también autor. Fué propugnado por Getz y adoptado por el Código penal noruego (1902), que suprime la teoría del concurso de delincuentes, *considera al cómplice como autor* y permite en su párrafo 58 la disminución de la pena para aquel cuya participación tuvo escasa importancia.

Otro sistema es hacer de la complicidad un *delictum sui generis*, llamado "delito de concurso", de naturaleza accesoria, que se imputaría por un título especial independientemente de la contribución prestada al delito principal. La teoría de la "complicidad delito distinto", expuesta por Massari, no ha tenido gran fortuna. Se le acusa de divorciada de la realidad. No puede negarse, se dice, que el delito es producto de varios partícipes y que la responsabilidad de cada uno recibe significación y relieve del conjunto.

Los equívocos de la teoría de la participación se evitan, según Alimena, cuando se dice: "cada uno responde del hecho propio". Esto fué ya observado por Carrara. Los errores se corrigen haciendo constar —como después veremos— que si el delito es el mismo

para todos, cada uno responde según la propia acción. De modo que el delito, objetivamente único, se reproduce tantas veces cuantos son los partícipes y para cada uno se reproduce en relación a él y a su obra.

Las diferencias prácticas entre las dos teorías —sigue diciendo Alimena— se refieren a aspectos secundarios o se fundan en el error. Se dice: es absurdo infligir una pena menor al cómplice; y es cierto, se debe responder; pero esto no depende de la unidad del delito, como lo prueba que la parificación fué sostenida también con la otra teoría y el Código francés la ha aceptado. Se dice: es absurdo no poner a cargo del cómplice las circunstancias agravantes personales o reales que están a cargo del autor; pero esto es argumento independiente de la teoría y, en todo caso, tal comunicación concierta mejor con la teoría del delito único, etc., etc.

También la *escuela positiva* ha presentado su adhesión a la teoría comúnmente admitida, si bien censurando el criterio objetivo de la escuela clásica, por el cual se encaminan las diversas participaciones como contribución y coeficiente causal a la entidad jurídica del delito, y oponiéndole el criterio subjetivo de la escuela positiva, para la cual el delito se considera en los delinquentes que han concurrido a realizarlo. La escuela positiva se ha aplicado a estudiar la psicología de los delinquentes que se asocian, obteniendo de estas investigaciones psicológicas consecuencias jurídicas. Los estudios de Sighele han adquirido una popularidad pareja a su importancia.

Cree Sighele que el concurso de varias personas en un mismo delito debería siempre constituir una *circunstancia agravante* cuando se trata de *complicidad premeditada*. La estadística demuestra que la asociación se encuentra más frecuentemente en los más graves delitos. En efecto; los delinquentes que más fácilmente se asocian son los natos y habituales, aquellos en quienes la criminalidad constituye un estado permanente. Por otra parte, la unión de varios delinquentes produce como resultado una mayor intensidad criminal que la suma de las diversas actividades y energías de cada participante en particular.

En la *pareja criminal* (*coppia criminale*) ha hecho Sighele una aplicación de su teoría. Considerada psicológicamente, la pareja criminal no es más que un fenómeno de sugestión: de los dos miembros que la componen, el *incubo*, o sea el sugestionador, es un delincuente nato; el *súcubo*, o sea el sugestionado, es un delincuente ocasional. Según Sighele, la temibilidad del *súcubo*, por su debilidad, es casi igual a la del *incubo*.

En la multitud delincuente ocurre de otro modo. Los individuos obran por un proceso de sugestión que borra sus sentimientos buenos y pone de relieve los sentimientos antisociales. Como esta situación es excepcional, los individuos resultan menos temibles que el delincuente aislado y deben beneficiarse de ello. De esta cuestión ya nos ocuparemos luego (vid. *infra*, cap. XLIV).

Florián combate con los mismos criterios del positivismo algunos extremos de la teoría de Sighele. No siempre el concurso de varios sujetos debe ser considerado como agravante. La observación psicológica demuestra en unos mayor peligrosidad y en otros menor. En la pareja criminal, el *incubo* debe ver su responsabilidad agravada; no el *súcubo*, cuya temibilidad desaparece fuera de la esfera de acción de aquél. Y en la multitud delincuente habrá que hacer análoga distinción entre los promotores, instigadores y directores de la multitud, de un lado —entre los cuales Garófalo encuentra los criminales más temibles—, y los que se dejan dirigir por aquellos a quienes no hay inconveniente en conceder beneficios.

A nuestro juicio, la accesoriidad de la participación vinculada a la relación de causalidad, es la más correcta de las doctrinas, y sus excesos se corregirían, sin abjurar de la causalidad, sin más que poner en práctica la adecuación típica o relevancia jurídica, antes expuesta (vid. *supra*, cap. XXII, núms. 157-158). Así, por ejemplo, en el supuesto de una instigación al delito de hurto o de mero robo no cabrá cargar el homicidio subsiguiente, si consideramos que el inductor sólo instigó a un tipo determinado, y que si bien la muerte resultó del robo al que aquél indujo, no es menos exacto que no se roba matando.

### 308 - FORMAS DE PARTICIPACIÓN

Carrara distingue las siguientes categorías de codelincuentes: 1º, *Motores*, que dan el impulso moral sobre el ánimo del ejecutor; 2º, *autores*, que intervienen personalmente en los momentos de consumación del delito; 3º, *auxiliares* o concurrentes a los actos ejecutivos del delito, pero sin intervenir en los consumativos; 4º, *continuadores*, que toman pretexto del delito consumado ya por otro para repetir la misma violación jurídica, continuando aquél de algún modo; 5º, *receptadores*, en el sentido del Derecho romano, o sea, los que habitualmente prestan auxilio a los delincuentes para encubrirles u ocultar los objetos del delito, y 6º, *encubridores*, que sin repetir la ofensa del derecho violado y sin previo acuerdo, proporcionan



cualquier género de asistencia para impedir el descubrimiento y el castigo del delito.

Por nuestra parte, y puesto que no sólo estamos ocupándonos de problemas filosóficos o sociológicos, atenderemos, para clasificar a los participantes en un delito, a lo que establecen la mayor parte de los Códigos:

- a) Autores y coautores.
- b) Instigadores.
- c) Cooperadores necesarios.
- d) Cómplices.

### 309 - AUTORES

Suele definírseles como los que toman *parte directa* en la ejecución del hecho. Autor es quien ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito *in species*. Por eso, la participación es, como la tentativa, una causa de extensión de la pena, puesto que el Código penal define cada delito en vista de la consumación por el autor.

Puede darse el caso de que también se denomine autor al que produce un resultado típicamente antijurídico, con dolo o culpa, valiéndose de otro sujeto que no es autor o no es culpable, o es inimputable. En tal hipótesis nos hallamos en presencia del *autor mediato*.

Éste puede haber empleado la *violencia*; es decir, la fuerza física, tomando la *mano de otro*, en la que ha depositado un puñal, para llevarla hasta el pecho enemigo aferrada a la suya, o bien, ha atado a quien ha de cumplir un deber, para impedir así que lo ejecute. El tipo de acción a que se refiere el primer ejemplo acaso es un supuesto de laboratorio; pero no el segundo, que resultaría, desde el punto de vista del hombre ligado, una aparente conducta omisiva. En ambos casos no existe, por parte del sujeto que actúa o que omite, verdadera acción, según hemos dicho más atrás (vid. *supra*, cap. XXI, núm. 152). En tal supuesto, el responsable será quien causó la fuerza física sobre el sujeto aludido. Es un autor mediato que se vale de un agente que no es actor.

También puede suceder que un hombre *induzca a error* a otro, haciéndole creer que propina una purga al enfermo, cuando lo que realmente le da es un veneno. En este ejemplo, el que causó el error es el autor mediato que, como en la hipótesis anterior, se vale de un inculpable. El caso más interesante, al respecto, nos lo ofrece la obediencia jerárquica. Al tratar de ella hemos dicho que es una

causa de inculpabilidad que tiene su raíz en el error (vid. *supra*, cap. XXXV, núm. 258). Nos fundábamos para ello en que había un responsable, y por eso, algunos Códigos dicen expresamente que en este caso —en el de obediencia debida—, si el hecho ejecutado constituye delito o falta, la pena correspondiente se le impondrá al que resultare haber dado la orden ilegal.

Finalmente, acaece a menudo que el criminal se vale de un sujeto inimputable. Se ordena y persuade a un niño para que sustraiga una cantidad o quite la vida a otra persona; se seduce, por apropiados medios, a un demente para que incendie una casa. El autor mediato se ha valido en este supuesto de un sujeto carente de imputabilidad.

Hemos establecido la figura del autor, tanto inmediato como mediato, pero el autor no constituye codelinuencia; al contrario, es su negación. Lo más corriente de las conductas delictivas es que se perpetren por un solo hombre. Acaso hubiera sido justo separar la codelinuencia de la conducta del autor. Cuando el Código penal define un delito lo hace contemplando la consumación y la autoría —valga la palabra—; por eso, según ya hemos dicho, la tentativa y la participación no son más que causas ampliatorias de la subordinación al tipo o de la imposición de un castigo.

La participación existe ya cuando actúa otro sujeto, sea en calidad de cooperador, instigador, auxiliador o cómplice. De ella pasamos a ocuparnos.

## CAPÍTULO XLIII

### LA PARTICIPACIÓN

#### 310 - PRINCIPIOS GENERALES

Entramos ahora en los propios problemas de la codeinfluencia que, como hemos dicho, no se suscitan en el caso del *autor*. Antes de hablar de las clases de copartícipes fijemos unos cuantos principios generales en orden a la identidad del tipo, al comienzo de ejecución, al límite de lo injusto y a la coincidencia de la culpabilidad, para sentar después dos reglas de extraordinaria trascendencia en el tema que nos ocupa: la comunicabilidad y la accesoriedad. Como de costumbre abordamos estas cuestiones de manera elemental, conforme lo exige la índole de esta obra. Quien desee profundizar en este asunto puede ver nuestra ponencia general al Congreso internacional habido en Atenas el año 1957, y publicada en castellano como tercer "Cuaderno de Ciencia Penal y Criminología" del Instituto de la Universidad del Litoral: *La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de participación en la infracción*, Santa Fe, 1957.

#### *a) Identidad del tipo*

El tipo es, como sabemos ya, el punto de convergencia en la doctrina de Beling. En él han de conectarse los tipos de lo injusto y de la culpabilidad, y por lo mismo que la codeinfluencia es una causa de extensión del tipo y de la pena, la complicidad tiene que referirse a un concreto tipo legal, como Mayer ha dicho.

Ello no quiere decir que los *hechos* dejen de ser muy varios. El ladrón que dispone de varios auxiliadores, ordena a uno que vigile la casa del propietario, encarga a una mujer que dé cita al criado, y al más apuesto galán de su conocimiento que seduzca a la sir-

vienta, a fin de que no quede nadie en la casa cuyos dueños están en el campo.

Pero estos distintos hechos han de engarzarse en la identidad del tipo, que es indispensable para que se dé la *concurrencia a la ejecución de un hecho*, que indudablemente es la esencia de la *participación*.

### b) *Comienzo de ejecución*

La participación demanda hechos exteriores y el comienzo de ejecución ha de entenderse en cuanto al tipo a que se coopera. Así, el acto de procurar el arma, que puede ser aparentemente preparatorio, si es en connivencia con el autor para matar al adversario, ha de estimarse ejecutivo cuando el encargado de perpetrar el hecho empieza a usar el revólver.

Cualquier acto ejecutivo es suficiente; por eso cabe *complicidad en la tentativa*, y muchos Códigos, como el español, establecen reglas para aplicar la pena al cómplice de un delito consumado y al que lo es de una tentativa.

No debe confundirse ese grado del *iter criminis* con la *tentativa de complicidad*. Carrara ya negó la existencia de esa extraña figura. Nosotros no podemos admitirla, porque es esencial a la complicidad y a la instigación que se consumen, que tengan éxito, como dice Max Ernesto Mayer.

### c) *El límite de lo injusto*

Trebutien dijo que "la complicidad es real y no personal", afirmación que recoge Carrara y a la que da inusitada trascendencia. Nosotros consideramos que la complicidad ha de ser en un acto objetivamente injusto y así entendemos la máxima acabada de transcribir.

Ello tiene subida importancia para resolver muchos problemas de la complicidad. El auxiliador de legítima defensa está exento de toda pena, puesto que coopera a un acto justo. En cambio, el que facilita al hijo que se apodera de bienes muebles de su padre, no está amparado por la excusa absolutoria que cubre al descendiente.

#### d) *Coincidencia de culpabilidad*

La identidad del tipo, de que ya hemos hablado (vid. *supra* a), no quiere decir que la culpabilidad no sea individualizada. Por eso dijo Carrara: "El hecho material puede ser comunicable entre los varios partícipes; la intención no es nunca comunicable de individuo a individuo."

La convergencia de culpabilidad es esencial para que la figura del copartícipe surja. Pero no hay que exagerarla, como han hecho los autores franceses al tratar del *pacto sceleris*. Si la aludida coincidencia de culpabilidad se llevara al extremo de creer que todos los partícipes han de estar de acuerdo en sus papeles respectivos y conocer los ajenos, sería imposible construir la codelincuencia en algunas situaciones, que no son ejemplos docentes, sino episodios de la vida real. El ladrón profesional se vale de cómplices que no se conocen entre sí. A dos de sus amantes, que es natural que no tengan mutuo trato, y a las que no dice el papel que cada una representará, les confía la delicada misión de seducir, respectivamente, al vigilante de la esquina y al guarda de la casa deshabitada.

Mas, según hemos dicho, la coincidencia en el acuerdo con el autor principal no se opone sino que, por el contrario, demanda la *individualidad de cada responsabilidad*. Cada uno de los copartícipes responde de aquello de que es culpable.

El problema de la culpabilidad plantea un asunto sobremana importante y debatido: la *complicidad en la culpa*. A menudo se citan ejemplos de aparente codelincuencia en los actos negligentes: El que maneja el automóvil es excitado por el amigo que lleva junto a sí, para que corra y adelante al coche que se ve en lontananza. Si se atropella al campesino que cruza la carretera se dirá que ha habido entre el conductor y el viajero una codelincuencia en el resultado culposo. No faltará quien diga que no hay tal codelincuencia, porque ésta exige, no el acuerdo para el acto, sino para la actuación del resultado típicamente injusto. El que aconseja correr y el que empuja con su pie el acelerador sólo están de acuerdo en la velocidad. Ahora bien; la esencia de la culpa está en la negligencia y no en el resultado, y en tal sentido no hay nada que se oponga en muchos Códigos penales a la participación en la culpa como, en cambio, impedía la tentativa en esa especie de la culpabilidad. La instigación, sobre todo, parece posible. El tratamiento ha de ser

por demás prudente y sin olvidar lo excepcional de la punición de los delitos culposos (vid. *supra*, núm. 240).

### 311 - COMUNICABILIDAD

Efecto de la identidad del tipo y de la coincidencia de culpabilidad es la comunicabilidad de la responsabilidad. Pero, precisamente, la convergencia fáctica y la individualización de la intención hacen que la responsabilidad esté guiada por el conocimiento que cada uno tiene de la naturaleza del hecho y de las circunstancias.

Muchos Códigos, y sobre todo el español y cuantos de él derivan, resuelven el asunto distinguiendo las *circunstancias personales y las circunstancias fácticas o instrumentales*.

Las circunstancias agravantes o atenuantes inherentes a la persona del delincuente o que consistieren en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o gravar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurren.

Las que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para perpetrar el delito.

### 312 - LA ACCESORIEDAD

Puesto que hemos aceptado la teoría tradicional del delito único, al que causalmente se ligan las actividades de todos los que participen, es evidente que ha de imperar el principio de accesoriidad. *Se coopera al acto principal*. Esta doctrina ha tenido una importancia enorme en Alemania, donde los autores la consideran irrefragable. En cambio, la ha controvertido hasta negarla, en España, José Arturo Rodríguez Muñoz. Nosotros pensamos que el principio de accesoriidad es indispensable, aunque no debe llevarse a los extremos de la doctrina alemana.

En España y en Hispanoamérica puede y debe invocarse como básico, aunque, según decimos, sin la rigidez tudesca.

La accesoriidad se deduce de la identidad del tipo y de la cooperación en un mismo injusto, que sirve de límite, pero sin olvidar que la culpa es individual. Por eso, a fin de fijar la accesoriidad y sus límites y resolver los problemas que presenta la divisibilidad

o indivisibilidad del título formado por agravantes calificativas, o por un delito complejo, proclamaríamos esta máxima: *La participación es accesoria de un acto principal; pero se es sólo culpable de la propia culpabilidad y a nadie aprovecha la inculpabilidad ajena.*

### 313 - COAUTORES Y COOPERADORES INMEDIATOS

El coautor no es más que un autor que coopera con otro u otros autores. Todos los coautores son, en verdad, autores. En modo alguno se trata de un autor mediato, porque todos ellos responden como actor.

Adviértase que en el coautor no hay accesoriidad. Su responsabilidad no depende de la del otro copartícipe. Si suprimiéramos la existencia de los otros colaboradores, seguiría siendo autor, porque realizó actos típicos y consumativos. Dos hombres disparan sus armas sobre la víctima y la infieren heridas mortales puestos de acuerdo para matarla.

El Código penal español y muchos de los hispanoamericanos hablan también de los *cooperadores necesarios*.

En realidad, esa figura de copartícipe es, desde el punto de vista objetivo, más de complicidad que de auténtica coautoría; por eso impera la accesoriidad. Pero la índole *primaria o inmediata* de estos auxiliares los asimila a los autores en las consecuencias penales.

A veces, los Códigos han considerado *especialmente la jefatura*; es decir, el autor principal de ciertos delitos. Así acontece con los *jefes o promotores* en las rebeliones o sediciones.

Finalmente, la inmensa mayoría de los Códigos crean *autores por representación*. Esto ocurre en los delitos de riña tumultuaria y refriega cuando resultan muertos o lesiones.

### 314 - INSTIGADOR

Es instigador el que induce o determina a otro a cometer el hecho. La equiparación penal a los autores es taxativa.

El instigador no es en modo alguno autor mediato. Según ya hemos visto (vid. *supra*, capítulo anterior, núm. 309), cuando se trata de autores mediatos son ellos los que responden, porque la persona de que se valieron no es actora, no es culpable, o es inimputable. En cambio, el instigador demanda el autor propiamente dicho. La

instigación es, por tanto, una causa de extensión de tipo y de pena y una forma de participación a la que han de serle aplicables cuantos principios generales hemos expuesto antes.

Conforme se dijo al tratar de la exigencia de actos externos y ejecutivos, es requisito *sine qua non* de este tipo ampliado, la *determinación* (“...el que ha inducido”, o “el que ha determinado...”). La instigación sin éxito no es punible. Por ello, Mayer la define diciendo: “el que dolosamente y con éxito determina a uno...” Ello es congruente con cuanto hemos dicho; pero los positivistas lo han controvertido. Garófalo, y luego Florián y Ferri, han considerado intolerable que el instigador que no se ve secundado por el autor quede impune. Estiman que el peligro de tal sujeto es paladino y que el caso ha de equipararse a la tentativa imposible con medios inidóneos.

Los actos del instigador han de ser perfectamente esclarecidos. Su actividad consiste en *determinar* a otro; es decir, en mover su voluntad. Carrara, que hablaba de los medios de instigación, creía que ésta podía ser por mandato, por consejo y por sociedad. Las enumeraciones al respecto nos parecen innecesarias, pero jamás podemos aceptar que haya instigación por consejo, como Carrara creyó. Inducir es mucho más que aconsejar. Es, según hemos visto, mover el ánimo de otro hasta hacer que se convierta en autor de un delito. El consejo, como las instrucciones o reforzamiento de la voluntad ajena, son actos accesorios que no entran ni en los actos ejecutivos del tipo ni en la consumación.

La instigación ha de ser con *intención de que se ejecute el hecho*, por tanto, se excluye el llamado agente provocador, ya que éste, al inducir a otro a realizar un acto que de ser real constituiría un delito, a fin de que sea descubierto por la policía, no dirige su actividad al propósito de que se ejecute un crimen, sino a descubrir al viejo delincuente o al que está proclive a cometer un delito (vid. *supra*, cap. XXXIV-290, segundo caso).

### 315 - AUXILIADORES Y CÓMPlices

La complicidad es también, objetivamente, participación en el resultado del delito, y subjetivamente, cooperación con voluntad al hecho principal.

La diferencia entre autores y cómplices ha sido negada por la teoría subjetiva, según ya hemos visto (vid. *supra*, capítulo anterior,



número 307). Sin embargo, objetivamente se puede definir el cómplice diciendo que es el que presta al autor una cooperación secundaria a sabiendas de que favorece la comisión del delito, pero sin que su auxilio sea necesario. En suma: es autor el que ejecuta la acción típica; y es auxiliador o cómplice el que realiza otros actos previos o accesorios.

En algunos Códigos penales —como, por ejemplo, en el argentino, venezolano, etc.— aparecen los *auxiliares sub-sequens*. Son los que participan prometiendò asistencia y ayuda para después de cometido el delito. El Profesor sueco J. C. G. Thyrén los estudió con sumo acierto en un trabajo monográfico. Aun cuando estos auxiliadores han sido caracterizados con la denominación de *sub-sequens*, ya que el auxilio prometido es para después del delito, se distinguen perfectamente de los encubridores, que, conforme a la doctrina de causalidad, han sido eliminados de la codelincuencia (vid. *supra*, cap. XLII, núm. 306). El encubridor no tiene nexó causal alguno con la ejecución del delito. En cambio, el auxiliador *sub-sequens*, sí. Y es que a pesar de que los actos son subsiguientes, la promesa es previa. Se trata, por tanto, de una actividad anterior al delito en la que es probable que se haya amparado el autor, que sin esa esperanza de facilidad en la fuga, por ejemplo, no se hubiese lanzado a la ejecución del crimen. Se trata, pues, de conducta previa, y por ello nos encontramos en presencia de cómplices y no de encubridores.

## CAPÍTULO XLIV

### EL DELITO DE LAS MUCHEDUMBRES

#### 316 - ADVERTENCIA

En verdad, el delito multitudinario, que surge sin previo acuerdo, no es forma de la codelincuencia. Además, los problemas de dogmática jurídica que suscita son raquíticos comparados con su aspecto psicológico.

Perdónesenos por enclavarlo aquí, en un libro de restricto carácter jurídico, en que nos hemos permitido escasas veleidades psicológicas y sociológicas. Acaso hubiera estado el tema más exactamente expuesto al estudiar las causas de inimputabilidad o de atenuación de culpa. Sólo el hecho de que son varios los que instantáneamente concurren al delito, abona, si no justifica, sistematizarlo en este lugar.

La psicología de las muchedumbres y la naturaleza de sus delitos cuenta con abundante bibliografía. Citemos los nombres más destacados: Enrique Ferri, Pugliese, Escipión Sighele, Gabriel Tarde, Gustavo Le Bon, Pascual Rossi, Puglia, Benedikt, Jelgersma, Raúl de la Grasserie, Wund, Freud, Vespasiano V. Pella, Felipe Mancini, etc. En España son de poca enjundia las páginas consagradas al tema, si se exceptúa el opúsculo de Concepción Arenal sobre *El delito colectivo*, en el que, en verdad, se aborda otro asunto.

#### 317 - CONCEPTO DE LA MUCHEDUMBRE

Antes que nadie, Enrique Ferri puso las bases de la Psicología colectiva —disciplina intermedia entre la Psicología individual y la Sociología— y lanzó esta frase que circuló en la materia como artículo de fe: “En los hechos psicológicos la reunión de los individuos

jamás da un resultado igual a la suma de cada uno de ellos." También Pugliese, en 1887, y, sobre todo, Escipión Sighele, en 1891, estudian la muchedumbre, exclusivamente desde el plano del delito el primero, y especialmente dirigida a la multitud criminal el segundo. Tarde, en el Congreso de Bruselas en 1892, sigue la faena. En 1895 escribe Gustavo Le Bon, y desde entonces, durante diez años consecutivos, se multiplican los trabajos sobre este asunto, que se puso de moda.

Escipión Sighele, en la tercera edición de su *Fallo delincente*, publicada en esta tercera estampa con el título de *I delitti della folla* (Turín, Bocca, 1902), comienza examinando el principio de que partieron Spencer y Schopenhauer: Una reunión de hombres posee los caracteres propios que resultan de los caracteres de los hombres tomados singularmente. Pero en este principio hay excepciones. Recuérdense los despropósitos cometidos por jurados, que aisladamente son inteligentes, pero que dan un veredicto absurdo como obra de conjunto. Cítanse casos de condena o absolución increíbles por jurados en los que cada uno, aisladamente, no hubiera sido capaz de condenar o absolver con tanta iniquidad. ¿Qué prueban esos veredictos? Que doce hombres de buen sentido e inteligentes pueden emitir un veredicto estúpido y absurdo. Una reunión de individuos puede, pues, producir una conclusión o resultado opuesto al que hubiera dada cada uno de ellos. El mismo fenómeno se da en el caso de aquellas numerosas comisiones artísticas, científicas o industriales en que diez o veinte artistas o sabios dan una solución que no está conforme con los principios del arte o de la ciencia.

¿Cuál es la causa de estos fenómenos extraños, pero innegables? Hay motivos intrínsecos que no resuelven el problema: se hacen resoluciones lentas y malas porque unos faltan, otros discrepan, etc.; porque en un grupo es más difícil encontrar firmeza, porque la responsabilidad no es personal y se diluye. Con razón dice Gabelli: "Las fuerzas de los hombres unidas se diluyen y no se suman." Y Sighele perfecciona la doctrina y concluye: "El resultado de una reunión de hombres jamás es una suma, sino que es siempre un producto." Max Nordau halla la causa, y muy sagazmente escribe: Una asamblea compuesta de veinte o treinta Goethe, Kant, Shakespeare, Newton, etc., daría resoluciones como otra formada por hombres mediocres al juzgar los problemas prácticos del momento, porque predominaría lo que esos hombres excelsos tienen de común con los demás de la especie, que les hace idénticos al sujeto ignorado

que pasa por la calle. Todos coincidimos en lo impersonal. De aquí la exactitud de la frase de José Ingenieros: "La mediocridad es el bajo nivel de las opiniones colectivas." Por eso las asambleas políticas suelen ejecutar a menudo actos que están en abierto y absoluto contraste con la opinión y las tendencias individuales de la mayor parte de los miembros. Ya lo observó Solón, y es viejo el proverbio: *Senatore boni viri, senatus autem mala bestia*. De aquí que pueda afirmarse —aun en contra del criterio de Pascual Rossi (*Psicología colectiva*, Milán, 1900), que cree que la Psicología colectiva se identifica con la Sociología— la existencia de esa rama psicológica. Ferri y Sighele dicen que la Psicología estudia al individuo, la Sociología a una sociedad entera y la Psicología colectiva trata de las agrupaciones de individuos —jurados, asambleas, comicios, teatros— que en sus manifestaciones se alejan tanto de la Psicología individual como de la Sociología.

Ahora bien, y antes de nada, ¿cuál es la causa de que en esas reuniones de hombres quiebre el viejo principio de Spencer? El ser tales agrupaciones "no homogéneas e inorgánicas". La falta de homogeneidad explica que la unidad del agregado y de sus componentes sólo es posible cuando éstos son entre sí semejantes: un hombre, un caballo, un pez y un insecto no pueden formar entre sí agregado alguno. Es obvio que en los agregados humanos de que se ha hablado hay "heterogeneidad de los elementos psicológicos" (ideas, intereses, gustos, costumbres), y por ello "no hay correspondencia entre los caracteres del agregado y los caracteres de las unidades". Además, en el ejemplo de Spencer, en el que decía que con piedras rectangulares bien cortadas se puede hacer un muro de cierta altura sin cal, cabe observar que es preciso poner esas piedras homogéneas en cierto orden para hacer el muro. Esto es; necesitase organizarlas; si no, tampoco se hace el muro; en montón informe no se hace el muro. Así, para el agregado homogéneo se precisan, además, relaciones permanentes y orgánicas. Con fines distintos concuerda en esencia con esta tesis de Sighele el escandinavo Jelgerma en su *Rapport* al V Congreso internacional de Antropología criminal de Amsterdam, celebrado en 1901.

Entre los agregados de hombres, más o menos heterogéneos e inorgánicos que se han nombrado, jurados, comicios, público de los teatros, etc., que se sustraen a las leyes de la Sociología y deben ser objeto de las leyes de la Psicología colectiva, está —sin duda alguna— la *muchedumbre*, definida así por Escipión Sighele: "La muchedumbre es un agregado de hombres *heterogéneo por exce-*

lencia, porque está compuesta de individuos de todas las edades, de los dos sexos, de todas clases y de todas las condiciones sociales, de todos los grados de moralidad y de cultura, e *inorgánico por excelencia*, porque se forma sin previo acuerdo, súbitamente y de improviso.”

En estos últimos años se ha rectificado, para mayor perfección, la doctrina de Sighele. La muchedumbre es transitoria, no constituye agregado permanente, no existe entre sus miembros previo acuerdo para el acto agresivo, aunque sí puede haberlo para otro fin cualquiera (huelga pacífica, etc.), y precisa circunstancias ambientales y temporales análogas. Hay, pues, que distinguir entre *muchedumbre* y *multitud*. El éxito de esta aguda empresa corresponde a Felipe Manci, que, en su opúsculo *La folla, Studi di Psicologia collettiva e di Diritto Penale* (Milán, Vallardi, 1924), dice que es muchedumbre: “Una reunión de individuos idénticos por temperamento o por *relación de intereses*, que operan en las mismas circunstancias de tiempo y de lugar, motivada por causas únicas idénticamente concordantes.” Y es multitud: “La reunión de elementos heterogéneos, desconocidos, inorgánicos.” En toda multitud está en germen la muchedumbre.

Queda, pues, bien fijado que para nosotros, la transitoriedad, la inorganización, etc., caracterizan la muchedumbre; pero que exigimos en ella relación de temperamentos o de *intereses*, y unas circunstancias concomitantes de tiempo y de lugar. Estas últimas características diferencian a la muchedumbre de la multitud, y su falta de permanencia la distingue de la secta criminal, que es una reunión crónica, con medios violentos, para la consecución de un fin que estima altruista (sirva de ejemplo el anarquismo).

Ya tenemos bien establecido el concepto de la muchedumbre, y ahora —supuesta la hipótesis de que perpetre un delito— debemos investigar su responsabilidad criminal. Al llegar a este punto, un grave problema se interpone: el de la psicología de la muchedumbre, sin lo cual no es posible saber si es o no responsable.

### 318 - PSICOLOGÍA DE LAS MUCHEDUMBRES

El problema de la responsabilidad penal es relativamente sencillo cuando el autor del delito es una sola persona; se complica cuando en un delito participan varios, y es de difícilísima solución cuando los autores del delito no son dos o tres, sino un número

grandísimo de individuos que escapa a toda precisa determinación; en una palabra: cuando el delito es obra de una muchedumbre. La represión jurídica —fácil en el primer caso, poco más difícil en el segundo— asume en el último una imposibilidad casi absoluta de solución, *ya que no se suelen encontrar, y por ello no se puede castigar, a los verdaderos culpables.*

Los antiguos criminalistas penaban igual a todos los partícipes de un delito de la multitud. Pero ya Brissot dijo que *las penas disminuyen en razón del número.* La escuela clásica no se planteó el problema de si el delito de una muchedumbre debe penarse de modo diverso que el de un individuo aislado. Era natural. La escuela positiva sostuvo, en cambio, que el delito cometido por una muchedumbre debía ser tratado distintamente que el de un solo hombre, porque diversa era en un caso y en otro la parte que tomar en él los factores antropológicos y sociales. Y no sólo los positivistas: Concepción Arenal, en *El delito colectivo*, piensa así.

Fué el abogado Pugliese (en su opúsculo *Del delitto collettivo*, Trani, 1887) el primero que trata de la responsabilidad penal en el delito multitudinario. Sostuvo entonces, en su famosa defensa ante el Tribunal de Bari, la semirresponsabilidad penal para todos los que cometen un delito a impulsos de la muchedumbre. Con elocuencia, dijo: “Cuando es una muchedumbre, un pueblo, quien se rebela, el individuo no obra como tal... y el brazo con que hiere es un instrumento inconsciente.” Sighele, en sus primeros estudios, comparó los delitos cometidos en el ímpetu de una muchedumbre a los perpetrados por pasión individual. Mas este autor distingue ya desde el comienzo de sus trabajos, y dentro de la rúbrica general de “delito colectivo”: el *delito por tendencia congénita de la colectividad* (bandolerismo, *camorra*, *mafia*), que es semejante al del delincuente nato, y el *delito por pasión de la colectividad* (que es el cometido por la muchedumbre), equiparable al delito del delincuente de ocasión. Este gran problema de la responsabilidad colectiva necesita —como hemos dicho— dilucidar el de la psicología multitudinaria.

Guy de Maupassant (en *Sur l'eau*) describe los sentimientos y el alma de las muchedumbres con sentido propio y diverso del de los individuos. Y Emilio Zola, en *Germinal*, ha novelado con sin par maestría el delito de una multitud en tumulto. Un desconocido lanza un grito, y una especie de frenesí se apodera de todos, que machacan, destrozan a un hombre, y cada uno de ellos, si hubiera estado solo, se hubiese precipitado a salvarle. “Es que cada uno ha dejado de ser

un hombre, para formar parte de una multitud." Lo mismo opina Tarde, con otras palabras, y recordemos que los más antiguos escritores han hecho numerosas descripciones de las muchedumbres, recopiladas por Marpillero y Orano.

Pero todos cuantos escribieron hasta Sighele se limitaron a comprobar la existencia del alma de la muchedumbre. Sighele trata de explicarla y analizarla. ¿Por qué el grito de un desconocido lleva a un pueblo a los más horribles excesos? Es la facultad de imitación, respondía Bordier. Y luego, Tarde estudia las leyes de ésta. Pero Sighele cree que esto es insuficiente. Las facultades imitativas producen el contagio moral (que Aubry y tantos otros analizan); pero tampoco basta. ¿A qué se debe el contagio moral? Tarde dijo que a la sugestión, y Sergi estudió la sugestión epidémica (que explica el fenómeno de las religiones). Los psiquiatras conocen el delirio de dos y las psicosis epidémicas, y los criminalistas aplican la teoría al suicidio en pareja y a la pareja criminal, bien estudiada por Sighele.

Esta sugestión es para él la causa de las manifestaciones de la muchedumbre. ¿Y no es también evidente que en ésta, la sugestión tendrá el máximo de sus efectos y llegará instantáneamente de la forma de dos a la forma epidémica, porque en ella la unidad de tiempo y de lugar y la inmediatez del contacto entre los individuos llevan al último límite de lo posible la velocidad del contagio de las emociones?

Sobre la rapidez con que la emoción se propaga en las muchedumbres escribió magníficas páginas el naturalista Alfredo Espinas, a propósito de las abejas. Y Sighele concluye: "Como hacen las abejas, como hacen los pájaros, que por el mínimo batir de alas son asaltados de un pánico invencible, así, entre los hombres alocados, una emoción se difunde *sugestivamente* por medio de la vista y del oído, antes que los motivos le sean conocidos, y la impulsión resulta de la sola representación del hecho imitado, del mismo modo que no podemos hundir la mirada en el fondo de un precipicio sin provocar el vértigo que a él nos atrae."

Sin negar acciones heroicas y virtuosas de la muchedumbre, afirmamos que la multitud está más bien dispuesta al mal que al bien, porque en ella las facultades buenas de los individuos, en lugar de sumarse, se diluyen. La ocasión decide, y el estímulo tiene la *terribilidad de lo irreparable*. Ciertamente dijo: "La muchedumbre es mudable por súbitos impulsos"; pero la ocasión suele ser más bien mala que buena, y por eso la muchedumbre tiende más al mal que al bien. Además, en su seno, los malos suelen predominar, pues

como el mal es activo y la bondad pasiva (no hacer mal), los malos vencen. Además, los indiferentes tienen que asumir el *tinte moral* de la muchedumbre y gritar con los que gritan.

En suma: ¿Por qué comete delitos la muchedumbre? Sighele responde: "Es ley psicológica de indiscutible verdad que la intensidad de una emoción crece en proporción directa del número de las personas que sienten esa emoción en el mismo lugar y contemporáneamente. Estamos en presencia de ese fenómeno que Enrique Ferri llama *fermentación psicológica*; las levaduras de todas las pasiones salen de la profundidad de la psique, y como de las reacciones químicas de los varios cuerpos se forman sustancias nuevas y diversas, así de las reacciones psicológicas de varios sentimientos surgen emociones nuevas y terribles, ignoradas hasta entonces por el alma humana."

Queda, pues, desde fines del pasado siglo, bien estudiada la Psicología de la muchedumbre. Por eso no está en lo cierto Miceli cuando dice, en su artículo *Psicología della folla*, que ésta no ha sido descrita. Con razón objeta Sighele que Miceli parece desear que se haga su descripción como reseña un museo el Beadeker. Estas características psicológicas de la muchedumbre, en las que se hallan las bases de su evidente irresponsabilidad, han recibido modernamente el enorme esfuerzo de los estudios de S. Freud, renovador auténtico de la Psicología, que tiene en España un seguidor nada sospechoso para quien vista toga o quien se siente tras una mesa de juzgador: el magistrado César Camargo.

Pues bien: Sigmund Freud, en su *Psicología de las masas y análisis del yo* (en alemán *Massenpsychologie und Ichanalyse*), tomo IX de la traducción española de López Ballesteros de sus *Obras completas*, editadas por "Biblioteca Nueva"), y Camargo, en su libro *El Psicoanálisis en la doctrina y en la práctica judicial* (Madrid, Aguilar, 1931) y en *La esencia del Psicoanálisis* (Madrid, Morata, 1932), comienzan por examinar las ideas de Gustavo Le Bon, asequibles a todos por haber sido vertida al castellano por Navarro de Palencia la obra que escribió en 1895 y que aparece titulada *Psicología de la multitud* (Madrid, Jorro, 1931).

Le Bon le atribuye un alma colectiva; pero lo que más le interesa a Freud es hallar en el escritor francés la teoría del *predominio de lo inconsciente*, tan grata a las nuevas concepciones. Anticipándose a Freud, supone Le Bon que todo lo consciente se deriva de un *abstractum* inconsciente, formado por los innumerables residuos ancestrales que constituyen el alma de la raza. Otra observación



de Le Bon que Freud recoge es la desaparición de la responsabilidad en la multitud. Para Freud, esto consiste en "que el individuo que entra a formar parte de una multitud se sitúa en condiciones que le permiten suprimir las represiones de sus tendencias inconscientes". Sea como quiera —observa justamente Camargo—, el resultado es el mismo, y ya se trate de *complejos reprimidos o tendencias ancestrales*, es el caso que el anónimo rompe el freno de la censura y da rienda suelta a todos los instintos. Le Bon trata también del contagio mental y de la sugestibilidad, pero, como Freud subraya, todo esto ya lo había dicho mejor Sighele. También hace suyas Freud otras características que el escritor francés atribuye a las muchedumbres: impulsividad, credulidad, apasionamiento, respeto a la fuerza, conservatismo, etc. Ambos escritores —el de Francia y el de Austria— reconocen que los instintos de la masa pueden ser, según las circunstancias, nobles o crueles, heroicos o cobardes, pero siempre imperiosos.

Después de examinar Freud la teoría de Mc. Dougall, sienta su propio y peculiar criterio y explica los fenómenos de la multitud mediante su conocida teoría de la *libido*; otra vez nos exhibe su hipótesis pansexualista y el *complejo de Edipo* vuelve a entrar en juego para explicar los lazos afectivos que unen a unos individuos con otros y la sumisión al jefe (cuando lo hay). Todas las características asignadas a la multitud corresponden, según Freud, "a un estado de regresión a una actividad anímica primitiva, tal y como lo atribuimos a la horda prehistórica". Mas subrayemos que la *identificación* contribuye también a la comunidad y al enlace de todos. Trotter habló del instinto gregario, y del hombre como animal de grey. Camargo, insistiendo en el tema de la *identificación*, tan fecunda en consecuencias, añade: "Por mi parte, observo un hecho fundamental e indiscutible que tampoco ha pasado inadvertido a Freud, y menos aún a Ingenieros, y que es la *pérdida de todas las características personales del individuo al disolverse en la masa*. Si se me permite la comparación, diré que se forma una especie de fotografía *galtoniana*, en la que se acentúan todos los caracteres comunes de los individuos que forman la multitud, al superponerse, y, en cambio, desaparecen los que son particulares de cada uno."

Hasta Sighele, Le Bon y sus secuaces, la metamorfosis del individuo en multitud es transparente: por acciones y reacciones simpáticas entre los componentes del grupo, se origina un proceso de sugestión y de contagio que va debilitando el poder del gobierno propio en el individuo; prodúcese un estado inhibitorio que los

psicólogos norteamericanos llaman *mental isolation* (aislamiento mental), a cuya virtud, los impulsos atávicos, refrenados por la civilización, quedan en libertad; por último, la atención se concentra en un cierto objetivo: venganza, destrucción, glorificación del conductor o adalid —cuando lo hay—, triunfo de un ideal político, de una causa social, o resolución favorable de un conflicto obrero, cuya finalidad tiende a convertirse en una representación colectiva. Yo no creo que las interpretaciones que propone Freud rectifiquen sustancialmente este proceso, y menos que lo compliquen. Al contrario: lo complementan y aclaran. La explicación del aislamiento mental se investiga por el psiquiatra vienés en más hondos estratos psicológicos: en vez de sugestión, se trata de hipnosis, de la que aquélla es una muestra. El hombre de la multitud sufre la hipnotización del *meneur*, cuando éste existe, y cuando está ausente se hipnotizan por contagio los diversos componentes de la muchedumbre. Así como la hipnosis es la verdadera etiología de la sugestión, la causa de la simpatía a que los escritores de Psicología colectiva aluden, es el *amor*. Donde hasta ahora se había dicho “simpatía”, para designar la afinidad sentimental, sin la que es inconcebible la multitud, Freud pone *libido*, es decir, “la energía de los instintos relacionados con todo aquello susceptible de ser comprendido bajo el concepto de amor”. Pero es preciso cuidadoso esmero al llenar de significado esta palabra. No se emplea con su sentido restringido de amor sentimental y carnal entre hombre y mujer, sino en el amplio alcance del vocablo: amor a la humanidad, amistad, amor propio, amor a la idea abstracta, a los ideales políticos, a la causa proletaria. Dominado por la *libido*, el hombre de la multitud renuncia su ideal del yo, del yo reflexivo y moral, trocándolo por el ideal de la masa.

Después de cuanto se ha dicho, la sugestión, originada por la hipnosis, queda interpretada por el amor, y reforzada por la identidad de que Manci ha hablado, para el que el fenómeno de la masa reside “en las condiciones generales subjetivas preexistentes de la muchedumbre misma”.

Antes de abandonar este tema queremos hacer constar que las muchedumbres femeninas poseen especiales características, ya que los fenómenos de hipnosis e identidad se producen más veloces e intensos. Estos caracteres los ha estudiado Aloysio de Carvalho en su artículo *Moltidões femininas delinquentes* (impreso en *Revista da Faculdade de Direito da Bahia*, 1932, volumen VII, págs. 75 y siguientes), en el que hace interesantes reflexiones psicológicas y sociológicas, recordando los casos más salientes de la Revolución

Francesa —que antes estudió Hans von Hentig— y del movimiento sufragista de Inglaterra.

Las más recientes doctrinas sobre Psicología de las muchedumbres conducen, por camino más derecho que las primeramente enunciadas, a la irresponsabilidad de los delitos que se perpetran en multitud. Procedamos a estudiarla.

### 319 - LOS DELITOS DE LA MUCHEDUMBRE

El delito de las muchedumbres es una especie perfectamente diferenciada, y que exige soluciones distintas, del género *delito colectivo*. Este importante asunto se discutió primeramente en el Congreso Internacional de Antropología criminal de Bruselas, celebrado en 1892, donde presentó Gabriel Tarde una importantísima ponencia. Sobre ella debatieron Dekterew, Zakwsky, Paul Garnier, Benedikt y Magitot. En 1901 se replantea en el V Congreso Internacional de Antropología criminal habido en Amsterdam, en el que destacan dos *Rapports* sobre *Le crime collectif*: el de Escipión Sighele y el de Jelgersma. Sobre estas ponencias discutieron Mario Carrara, Bonmann, Steimete, Dekterew y Benedikt.

La forma más simple y embrionaria del crimen colectivo es la *pareja criminal* (en la que siempre hay uno que domina —*incubo*— y otro que es sugestionado —*súcubo*—). Después se llega, como segunda manifestación del delito colectivo, a la asociación de malhechores. La *sugestión*, con un *incubo* o conductor, y varios *súcubos* o conducidos, es el fenómeno que las explica. El tercer lugar en el estudio del crimen colectivo lo ocupa la *secta criminal*, que es la forma crónica de la muchedumbre delincuente. La secta se diferencia de la asociación de malhechores porque comete sus crímenes como medio de llegar a un fin que ella cree social y altruista. Sólo importa subrayar que aquí también juega papel decisivo el fenómeno de la sugestión. Hay en la secta *meneurs* y *menés*.

De la secta criminal a la *muchedumbre delincuente* el paso es corto. Éste es el fenómeno más agudo y típico de delito colectivo. Pero exige tratamiento propio. Hay, a veces, más o menos visibles, conductores y conducidos; pero, como luego veremos, en la mayoría de los casos no pueden señalarse. Existe un estímulo que provoca la sugestión y el contagio; se identifican los individuos reunidos, y todos son, a la par, caudillos y arrastrados.

## 320 - RESPONSABILIDAD DE LOS INDIVIDUOS INMERSOS EN LA MASA

Napoleón dijo: *Les crimes collectifs n'engagent personne*. En cambio, Sighele creyó que la muchedumbre es responsable. Pero ¿cómo y quién debe serlo en ella? El sentido corriente responde: toda la multitud. Y la ciencia, después de compulsarlo todo, dice, de acuerdo con el buen sentido: toda la muchedumbre debe ser responsable. No el individuo sino la muchedumbre. “¿Quién mató al comendador? — Fuenteovejuna, señor.” Pero ¿es posible esta responsabilidad colectiva? Esta fué, en los tiempos antiguos, la única forma de responsabilidad. Pero la ley, en nuestros días, ha individualizado las responsabilidades. Hoy se tiene en cuenta el ambiente. Hay una suerte de responsabilidad colectiva; mas, en vez de castigarse, como en la antigüedad, al reo y a su familia (al ambiente), hoy la pena sólo recae sobre el autor del acto; pero cuanto más fuerte es el influjo ambiental, tanto más benigna es la sanción aplicada al individuo que delinquiró.

En un homicidio por lucro está todo en el individuo que lo comete, y el ambiente ninguna o poquísima influencia tiene. Por eso la reacción social es muy fuerte contra el autor. En un homicidio por pasión, la mayor parte de sus causas radican en el ambiente y la mínima parte en el hombre que lo perpetra; por eso es mínima, en tal caso, la reacción social contra el sujeto. Si se llega a demostrar que toda la responsabilidad estaba en el ambiente, no se impondrá pena al autor, como en el caso de legítima defensa.

Aplicando las consideraciones generales a la muchedumbre dice muy razonablemente Sighele: “Cuando hemos dicho que *toda* la muchedumbre debe ser responsable de los delitos cometidos por sus miembros, no hemos hecho más que aplicar a un caso especial y más evidente que los otros la teoría moderna de la responsabilidad colectiva. . . El individuo será, pues, el único *efectivamente responsable*; pero, puesto que su responsabilidad está en relación inversa a la de la muchedumbre, será preciso examinar si la responsabilidad del delito reside toda en la multitud, ya que en tal caso sería el individuo irresponsable, o *qué parte* de responsabilidad tuvo la muchedumbre, graduándose sobre esta responsabilidad la reacción social contra el individuo. En suma: la temibilidad del reo, que, en este caso como en todos los demás, nosotros debemos buscar, es nuestra guía; temibilidad que, según la escuela positiva, crece o dismi-

nuye en razón inversa del crecer o disminuir del número y de la intensidad de las circunstancias exteriores en la etiología de un delito”.

El problema se reduce a averiguar si en efecto es posible “que un individuo honrado se deje arrastrar por la muchedumbre a cometer el mal casi en un acceso de locura momentánea, que, una vez cesado, no deja más traza y no puede dar derecho a reacción penal alguna”.

Para poder responder a este punto es preciso que se conozca —y no sólo en teoría— la fuerza sugestiva de las multitudes; cuál es su potencia de perversión sobre el individuo, capaz, en su fascinación terrible y extraña, de convertir en un asesino al hombre piadoso.

Hemos dicho que la Psicología colectiva explica el fenómeno por la sugestión de la muchedumbre. Lo cierto es que la sugestión en la muchedumbre es más imperiosa que en otras situaciones, y si se une al fenómeno de la “identidad”, podemos concluir que, dadas determinadas circunstancias, puede producirse irresponsabilidad plena para el sujeto individual que actúa en una muchedumbre en tumulto.

Ahora bien: para proclamar que los individuos inmersos en una multitud son irresponsables, o para medir su responsabilidad, cuando existe, es preciso el examen de estos tres importantísimos extremos: Primero, la distinción entre conductor y conducidos. Segundo, el móvil por el que el delito colectivo se cometió. Tercero, la dificultad de recoger pruebas sobre el hecho, o la poca fe que merecen en este caso los testimonios. Estudiémoslos por separado.

### 321 - CRITERIOS MENSURADORES DE LA RESPONSABILIDAD

#### a) Conductores y masa

A veces, verdaderos delincuentes, auténticos locos y hombres degenerados de toda clase, participan en las muchedumbres. Ello basta para distinguir ya los *activos* de los *pasivos*, que coinciden con la distinción de *meneurs* y *menés*, de que habla Gabriel Tarde (*Les crimes des foules*, Lyon, Storck, 1892; *Foules et sectes au point de vue criminel*, en “Revue des Deux Mondes”, 1893; *L'opinion et la foule*, París, Alcan, 1901). La psicología del *meneur* la estudiaron también Le Bon y Pasquale Rossi (*Psicologia collettiva morbosa*, Turín, Bocca, 1901). Cuando pueden distinguirse los conductores de

los conducidos su responsabilidad será diversa, según los casos particulares y la actitud psicológica de los participantes. Sighele ya dice que hay a veces en las multitudes verdaderos delincuentes natos; pero hay otros que sólo son *débiles*. Hay también muchos hombres tímidos y buenos que aceptan las ideas que les vienen impuestas. Estas formas de debilidad de carácter tienen, como consecuencia, hacer al individuo fácil o facilísima presa de las sugerencias del ambiente exterior. Así puede el débil ser criminal en la muchedumbre.

Nadie mejor que nuestra Concepción Arenal ha expuesto el repertorio de personajes que pueden actuar en el delito de muchos. La insigne escritora dice que, desde el *punto de vista intelectual*, pueden clasificarse así los participantes del delito colectivo: 1º Los que comprenden bien la idea. 2º Los que sólo la comprenden en parte. 3º Los que no la comprenden y la defienden por espíritu de imitación; y 4º Los que no sólo desconocen la idea, sino que le dan una significación contraria a la que tiene. Desde el *punto de vista moral*, clasifica doña Concepción Arenal a estos delincuentes: 1º Los que tienen fe en la idea y abnegación por la causa. 2º Los que creen en la idea, pero no tienen por ella abnegación. 3º Los que aceptan la idea como buena, pero la juzgan propia para explotarla. 4º Los que, sin preocuparse de la idea, la defienden como medio de servir su interés. 5º Los malvados que buscan en la idea medios de hacer el mal que no podrían realizar solos ni en cuadrilla. 6º Los débiles que, sin ser malos, se ven arrastrados por la idea, y que obran en virtud del impulso ajeno. 7º Los que fueron buenos hasta que la fermentación colectiva despierta en ellos energías perturbadoras; y 8º Los desamparados que creen recobrar un momento su personalidad agregándose a los que la tienen, gritando viva o muera, y haciendo el bien o cometiendo delitos.

Estas clasificaciones son por demás interesantes y precisas para fijar la responsabilidad; pero más que a la muchedumbre delincuente, se refieren a la secta y a la revolución *sensu stricto*, que, al contrario de las muchedumbres propiamente dichas, requieren previo acuerdo de voluntades para el acto y, por ende, adalides o animadores.

En cambio, como el mismo Sighele confiesa, en las muchedumbres no suelen existir verdaderos conductores, o éstos están tan lejanos y oscuros que se confunden con los conducidos; mejor dicho, todos son masa, arrastrados, sugestionados por el estímulo.

### *b) Motivo*

El motivo tiene un valor trascendental en las muchedumbres. Si fuese bajo e inmoral —robar, violar—, la absolución y hasta la atenuación repugnarían.

Mas, de ordinario, el móvil es noble o, al menos, pasional. A veces, la multitud trata de defenderse; otras, de vengar un delito. Ejemplo de este último motivo es la llamada "ley de Lynch", sobre la que han escrito Desjardins, Nocito, González Lanuza, Garófalo, Dorado Montero, Villoldo, Cardone, etc. Hay entusiastas, como Garófalo, de esta forma primitiva y rapidísima de ejecución. También Lanuza afirma que los linchadores lo son por profundo horror al delito, y no pueden ser condenados como criminales. Sighele confiesa que una justicia sumaria no puede ser buena justicia, pero añade que la ley de Lynch es un síntoma reconfortante de la moralidad de un país, y si bien el derecho condena, la conciencia absuelve. Dorado, más ecuánime, señala casos en que el móvil no es defendible. En contra de la ley de Lynch se pronuncian Villoldo y Cardone. Yo no siento por ella entusiasmo alguno, pero esto no quiere decir que me parezcan delincuentes vulgares los que linchan a un criminal.

Felipe Manci clasifica las muchedumbres por el móvil. En su opúsculo, ya recordado, dice: Como hay individuos emotivos y pasionales, así también hay muchedumbres emotivas y pasionales. Las primeras obran instantáneamente; es decir, reaccionan a la causa emotiva con la emoción; las segundas reaccionan a la causa, que puede ser emotiva, con la pasión, es decir, continuadamente, a través de un proceso psíquico, una formación gradual prevalente, anormal, de un estado de conciencia. Las emotivas tienen causas violentas, traumáticas: miedo, alegría, cólera, y dan reacciones violentas, traumáticas, rápidas, más de naturaleza fisiológica que psíquica, localizadas al ambiente, a los individuos, y son sus hechos transitorios (miedo, entusiasmo, aplausos, irrupciones, heroísmo colectivo). Las pasionales tienen reacciones sucesivas graduales (amor, odio), y sus hechos son continuados, homogéneos, de naturaleza psíquica, sucesiones corrientes y colectivas, aunque procedan de un hecho traumático, de un acontecimiento emotivo, etc.

### c) Dificultad de la prueba

Una de las más destacadas características de las muchedumbres es la dificultad de la prueba. Cuando se comete un hecho en público y hay muchos testimonios, es más discutido y más discutible que cuando hay un pequeño número de testigos. Acerquémonos a una aglomeración en una calle y preguntemos la causa. Nos darán respuestas numerosas y contradictorias.

Pero la nota más típica es el poder de sugestión de la muchedumbre, que hace creer que se han visto u oído cosas que no existieron. El poderío de sugestión influye siempre en la prueba testifical; pero es más agudo cuando se testimonian hechos en muchedumbre.

#### 322 - DOCTRINA DE LOS ESCRITORES, DE LAS LEYES Y DE LA JURISPRUDENCIA ITALIANA

Apresurémonos a descartar el criterio de aquellos escritores, singularmente desafortunados al tocar este asunto de la responsabilidad individual en los delitos de la muchedumbre, aunque sea de pasada, como Vespasiano Pella (*Aperçue sur la criminalité collective*, París, Sagot, 1920), Adolfo Bonilla, que niega la existencia del delito colectivo y le moteja de "fantasma jurídico", y Alvaro Olea Pimentel (en su tesis doctoral), cuyo vacilante criterio parece admitir en muchos casos una atenuación por el contagio. Reservemos nuestro estudio a los que han esclarecido el tema con máximo prestigio.

Sighele ha sido mucho más afortunado en la investigación psicológica de la muchedumbre que en la fórmula jurídica, como dice Florián. El famoso escritor italiano no se atreve a sentar como regla general la irresponsabilidad de los sujetos que proceden a impulsos de una muchedumbre tumultuosa, y se adscribe a la opinión de Pugliese: los delitos cometidos en una muchedumbre deben considerarse siempre perpetrados por individuos semirresponsables. También Garófalo beneficia a los reos ocasionales que intervienen en el delito multitudinario, aplicándole la doctrina del vicio parcial de mente, a los efectos prácticos de la legislación italiana, que entonces no permitía otra cosa.

Así lo reconocieron los Tribunales de Italia en ocho sentencias



famosas, en buena parte de las cuales se apreció el aludido “vicio parcial de mente”, conforme al artículo 47 del Código penal de 1889.

Tan poderosa doctrina jurisprudencial ha sido causa de que la atenuante de sugestión multitudinaria pase a las leyes penales italianas. En el número 6º del artículo 22 del Proyecto preliminar de Código penal, que se compuso en el año 1921 por una Comisión que presidió Enrique Ferri, se estimaba como atenuante ejecutar el hecho por impulso de una *muchedumbre en tumulto*. Razonando la disminución de pena, dice Ferri, en la *Relazione* que precede al Proyecto, que, fuera de la muchedumbre, no hubiese ese hombre cometido excesos criminosos. Y no sólo propone la atenuante, sino que considera posible el perdón judicial.

La tesis estaba tan cuajada en el ambiente italiano, que no ha podido sustraerse a ella el Código penal fascista de 19 de octubre de 1930. A pesar de que el rigor de las penas crece en este nuevo documento legislativo, dice el vigente Código, en el número 3º del artículo 62, que, salvo para los delincuentes habituales o por tendencia instintiva (es decir, algo parecido a los que llamaron natos los positivistas), atenúa el delito: “haber obrado por sugestión de una muchedumbre en tumulto”.

Apresurémonos a decir que esta tímida tendencia está ya superada, y que hoy la doctrina proclama netamente la irresponsabilidad completa.

### 323 - IRRESPONSABILIDAD DE LOS INDIVIDUOS QUE ACTÚAN EN MUCHEDUMBRE

Ya Gustavo Le Bon, desde 1895, en que su obra se imprime, niega que pueda hablarse de la muchedumbre *delincuente*. “Las muchedumbres —dice— que caen, después de un período de excitación, en estado de simples autómatas inconscientes, arrastradas por la sugestión, parece difícil calificarlas en caso alguno de criminales. . . . Ciertos actos de las muchedumbres son en verdad delictivos si se les considera en sí mismos, pero con igual título que el acto de un tigre que devora a un indio después de haber dejado que sus cachorros le despedacen para distraerse.” *Lo mismo piensa Piazzi (L'arte nella folla, Palermo, 1900)*.

En la actualidad, después de los estudios de Freud, y de la atribución al inconsciente de los actos delictivos de los individuos que forman la muchedumbre, ya no puede dudarse de su irrespon-

sabilidad. Los que opinan de otro modo son inóconsecuentes. Con harta motivo critica Mancini las frases de Ferri en la citada *Relazione* del Proyecto de Código penal de 1921. Si el hombre que delinquirió no hubiera delinquido sin la sugestión de la muchedumbre, ¿para qué penarle! No hace mucho, Jorge Peirano Facio, en un trabajo de seminario para la Universidad de Montevideo, dice que en los delitos cometidos por una muchedumbre *sensu stricto*, no son responsables sus componentes cuando falta el *meneur*; incluso si lo hay, no pueden ser penados ni el adalid, cuando fué arrastrado por la muchedumbre, ni los *menés*, pero sí deben imponerse, cuando sean necesarias, medidas curativas o preventivas.

El sujeto individual que comete actos delictivos en una muchedumbre, no es responsable, en el atinado sentir de Mancini, porque el *individuo estaba en un estado en que ha podido querer lo contrario de lo que hizo*; es decir, su yo NORMAL no tenía ni la conciencia ni la voluntad de lo contrario y, por ende, de su responsabilidad. Ha intervenido una solución de continuidad en la individualidad normal, por efecto del tumulto colectivo. Edmundo Mezger también admite la inimputabilidad del individuo que delinque en masa, cuando se comprueba la inhibición de la conciencia.

En suma: el hombre que delinquirió en tales circunstancias, como parte de la muchedumbre, *no es un enajenado*, sino un ser habitualmente sano de mente, QUE EN AQUEL DRAMÁTICO Y EXCEPCIONAL INSTANTE SE HALLABA EN SITUACIÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO TRANSITORIO.

## CAPÍTULO XLV

### UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

#### 324 - PLANTEAMIENTOS DE PROBLEMAS

Los problemas de la unidad y la pluralidad de delitos dependen de la forma en que la cuestión ha sido planteada y resuelta por las legislaciones. En Alemania, por ejemplo, puede hablarse de unidad de acción y pluralidad de lesión jurídica (o unidad de ella). Así, el concurso ideal está sometido, según el parágrafo 73 del Código penal del Imperio, a la concreta exigencia de "unidad e identidad de acción".

No ocurre lo mismo en ciertos países donde, en vez de acción se habla de "hecho y se contraponen el concurso ideal al real de modo dudoso o controvertible. Esto acontece en la Argentina y en Venezuela.

Por tanto, más que resolver el caso de *unidad de acción* o de *pluralidad de acciones*, lo que importa es decidir si en un acontecimiento de la vida real se da o no "unidad delictiva", como dice con razón Sebastián Soler.

Estas dificultades cesarían si se adoptaran términos más exactos y si nos puséramos de acuerdo sobre el significado de ellos. A nuestro juicio, debería distinguirse el *hecho*, que es todo acaecimiento de la vida, venga o no de la mano del hombre, del *acto*, que es la conducta humana con concreta relevancia jurídica, y de la *acción*, que es la forma positiva de hacer del acto humano, contrapuesta a la *omisión*, pudiendo emplearse en sentido estricto con este significado, o *lato sensu*, en cuyo caso se identificaría al *acto*.

Si imperara esta correcta terminología podríamos clasificar así las cuestiones en que vamos a ocuparnos:

a) Unidad de acción y unidad delictiva (delito instantáneo, delito complejo, delito permanente, etc.).

b) Pluralidad de hechos, considerados jurídicamente como una sola acción, y unidad de delito (delito continuado).

• c) Unidad de acción y pluralidad de lesión jurídica (concurso ideal).

d) Pluralidad de acciones y pluralidad de delitos (concurso real).

### 325 - UNIDAD DE DELITO

El delito, aunque sea considerado como una entidad, puede adoptar muy diversas formas, que afectan sustancialmente al tipo:

a) *Delito instantáneo*. Éste se consuma en un momento, con una sola actuación de la voluntad criminal, siendo ésta la condición de la mayoría de los delitos.

b) *Delito permanente o continuo*. Implica una persistencia en el resultado del delito, durante la cual mantiene su actuación la voluntad criminal, como en la detención ilegal, el rapto, el secuestro.

c) *Delito que crea un estado*. Se diferencia esta conducta delictiva de la anterior en que la permanencia no depende de que la voluntad persista. Es un delito que al ser consumado por un acto instantáneo crea una situación de naturaleza antijurídica que no está en la voluntad del autor cancelar. El más clásico de los ejemplos lo constituye la bigamia.

d) *Delito complejo*. A veces, la ley crea varios hechos, cada uno de los cuales puede constituir a su vez un acto delictivo y forma un título compuesto. Así, por ejemplo, el robo está integrado por el apoderamiento, que constituye el delito de hurto, y por las violencias y amenazas. No se castigan separadamente ambos tipos legales —el hurto de un lado y las violencias y amenazas contra personas de otro—, sino que con ambas acciones se forma una acción nueva, que se llama robo. Lo mismo acontece con la violación, que está compuesta del ataque al pudor (las buenas costumbres) y por las violencias y amenazas. Por eso es absurda la denominada violación de prostituta, que algunos Códigos penales aprecian con mayor benignidad en la pena. Si la violación está formada por el ataque al pudor (a las buenas costumbres) y por las violencias y amenazas, es obvio que si el sujeto pasivo carece de ese bien jurídico —el pudor—, no podrá formarse el delito compuesto, que requiere que ese interés protegido por el Derecho sea ultrajado. La violación de prostituta no es otra cosa que una simple coacción.

e) *Delito colectivo*. Ordinariamente, los Códigos penales no re-

quieren que el sujeto activo realice más de una vez la acción que la ley define, para constituirle en infractor de la norma; pero, a veces, un solo acto no es constitutivo de delito. En algunos Códigos, como en el español de 1932, así como el vigente de 1944, sólo se incrimina la usura cuando ésta es habitual. Un solo préstamo con interés exorbitante no constituye el delito de que hablamos; son necesarios varios para que la ley lo estime punible. El ejemplo que podemos ofrecer en otros Códigos es el concubinato. El adulterio de la mujer se sanciona aunque tenga un solo acceso carnal con hombre que no sea su marido; en cambio, al varón sólo se le estima incurso en un acto punible cuando "tenga manceba"; es decir, que no basta con que practique un acceso carnal con mujer que no sea su esposa, sino que se precisa que sean varias las aproximaciones sexuales con la misma mujer que mantiene en condición de concubina.

### 326 - DELITO CONTINUADO

#### a) Origen y naturaleza

Advierte Carrara que el delito continuado tiene su origen en la benignidad de los prácticos. Crea esta figura Farinaccio para evitar que fuese ahorcado el ladrón después del tercer hurto. Así, dice el práctico italiano: No "hay varios hurtos, sino uno solo, cuando alguien robe de un solo lugar y en distintos tiempos, pero continuada y sucesivamente, una o más cosas". No hay exigencias de unidad de resolución, sino más bien de ocasión.

Hay que partir de una verdad a nuestro juicio evidente: el delito continuado no es un caso de concurso de delitos, sino de *delito único*, una unidad real. Por eso, nosotros preferimos el silencio de la ley (como en España), a la fórmula legislativa, con expresión de muy controvertidos requisitos.

#### b) La fórmula de los Códigos iberoamericanos

Los Códigos de Honduras, Paraguay, Panamá, Perú, Venezuela, Uruguay, Cuba, Colombia y Costa Rica adoptan la definición más clásica, basada en la unidad de resolución. Según esos textos, consiste en *varias violaciones de la misma ley o disposición penal, cometidas en el mismo momento de acción o en momentos diversos con actos ejecutivos de la misma resolución criminal* (o con el mismo

*designio*, o con una sola determinación genérica común). El Código brasileño, más influido por la doctrina alemana, adopta criterios más objetivos, y le caracteriza cuando "por las condiciones de tiempo, lugar, manera de ejecución y otras semejantes deben ser tenidos los [delitos] subsiguientes como continuación del primero".

Los requisitos del delito continuado, en la mayor parte de esos Códigos son:

a') *Violación de la misma disposición legal*. Es el mismo término que emplea el Código italiano y que precisa ser ilustrado.

Francisco Carrara hizo de esa frase una interpretación restrictiva: era precisa la unidad de la ley violada, y por eso niega que haya delito continuado cuando se da tentativa y consumación.

En cambio, sigue un criterio extensivo Manzini. Mantiene la unidad de delito siempre que los hechos estén comprendidos en la misma "norma incriminadora principal". Por su parte, Alimena nos dice que la unidad de ley violada no significa que se trate del mismo inciso o del mismo artículo.

Valgámonos de un ejemplo para dilucidar este arduo problema. Una sirvienta que ha decidido apoderarse de cuatro perlas de su patrona para hacerse unos pendientes, planea sustraerlas del *sotoire* en cuatro veces, a fin de que no se note la falta, ya que las perlas son iguales de gruesas, apretando, después de cada apoderamiento, el hilo que las engarza. La criada sabe que su dueña, cuando va al teatro, no encierra la joya en el mueble en que la guarda, hasta el día siguiente bien avanzada la mañana. Por eso aprovecha tres salidas nocturnas de la señora, para apropiarse, de ese modo, de tres de las perlas deseadas. Pero antes de que sustraiga la cuarta, la señora la despide. Dos días después vuelve a la casa con el pretexto de recoger la ropa que allí dejó, y resuelta a no irse sin la cuarta perla, abre el mueble con una ganzúa que en previsión del caso llevaba. El apoderamiento de las tres primeras perlas se refiere a una disposición legal; y la sustracción de la cuarta ha de subsumirse en otra.

Para decidir si el apoderamiento de la cuarta perla ha roto la continuidad del delito, evidente en la sustracción de las tres primeras, no podemos seguir los criterios hasta ahora prefijados, por su notoria vaguedad. Las "violaciones de la misma disposición legal" han de entenderse de otra manera. A nuestro juicio, existe la unidad de violación cuando las conductas se refieren al *mismo tipo legal*. He aquí otra de las aplicaciones de la tipicidad que soluciona lo que hasta ahora pareció indeciso. El ejemplo a que nos referimos

tendría, con esta doctrina, distinta resolución en España, en la Argentina y en Venezuela. En el Código penal español, la primera conducta, el apoderamiento de las tres primeras perlas, constituiría un delito continuado de hurto; pero la cuarta sustracción sería ya independiente por entenderse que hay fuerza en las cosas. Y como hurto y robo constituyen dos tipos legales diferentes en el Código penal de España, la continuidad del delito quedaba rota. En cambio, en la Argentina se trata de un hurto, en ambos casos, pues el empleo de gánzúas no desvirtúa esa clase de delito contra la propiedad. Aunque agravado, el hurto sigue siendo tal, según el artículo 163, inciso 3º. Lo mismo acontece en Venezuela: el tipo de hurto establecido en el artículo 453 tiene tipos legales agravados, pero subordinados al básico en el artículo 455. Propiamente, el tipo legal, donde las dos conductas deben subsumirse, es el hurto, del artículo 453. Por ello hay unidad de tipo legal, y el delito continuado podría invocarse en Venezuela en el ejemplo propuesto, lo mismo que en la Argentina.

b') *Pluralidad de hechos en fechas distintas*. Según dijimos, *hecho* es el elemento simple de lo que acontece en la vida o en el obrar del hombre, y *acto* o *acción* una serie de hechos que tienen cohesión entre sí por su convergencia a un telos inmediato. Matar de diez puñaladas (diez hechos de golpear con un cuchillo) es un solo acto o acción.

La discontinuidad del tiempo es, como Carrara afirmó, esencial al delito continuado (las "diferentes fechas").

c') *Una "misma resolución"*. Se ha seguido en la mayoría de los Códigos hispanoamericanos la doctrina italiana que establece la necesidad de la *unidad de resolución*, que Impallomeni distingue de la "identidad de resoluciones".

Los autores italianos han ilustrado esa frase, que se halla estampada en su Código, con argumentos no siempre afortunados. En *faena de lege lata* no podríamos menos de exigir tal requisito consignado en esas legislaciones. Pero no le prestaríamos adhesión en *empresa de lege ferenda*.

Por nuestra parte, propugnamos el criterio objetivo sustentado en Alemania: unidad de lugar, de ocasión, etc. La fórmula que nos parece más correcta es la de *unidad de ocasión e identidad de motivo*. Con ella se evitarían las desigualdades e injusticias a que la unidad de resolución conduce inevitablemente.

Supongamos estos casos: Un cajero de un almacén particular decide apoderarse de nueve mil pesos, y para que el dueño no lo note,

sustraer cien pesos cada día de trabajo. Hay unidad de resolución y, por tanto, delito continuado. El cajero de un Banco se apropia de tres mil pesos para pagar la asistencia de su hija enferma; pero tres meses después necesita otros seis mil pesos porque la paciente precisa una operación quirúrgica. Los toma de la caja también. Como no hay unidad de resolución no habrá delito continuado. En cambio, sí se podría considerar que existe con la doctrina de la unidad de ocasión, aunque ésta debe ser completada con referencias teleológicas. De no ser así, se perjudicaría incuestionablemente a este segundo cajero, que desde cualquier punto de vista que se mire ha ejecutado un acto menos reprochable socialmente. Ciertamente que no debemos invocar, como en tiempos de los prácticos, la benignidad como el solo fundamento del delito continuado, pero creemos que la posición de Soler, al proclamarse indiferente ante el criterio benévolo, es exagerada. Bien que la continuidad no tenga por guía el beneficio; pero mal que favorezca en contra de otras situaciones que merecen ser, al menos, tratadas con la misma pauta.

d') *Examen del problema de la unidad o pluralidad del sujeto pasivo.* Carrara estima "criterio falaz" acudir para resolver la existencia o ausencia del delito continuado, al de unidad o pluralidad del sujeto pasivo. En cambio, Lucchini requiere la unidad para que aquél pueda admitirse.

La verdad es que no podemos sentar un principio único. Por regla general, no es precisa la unidad del sujeto pasivo, pero ha de exceptuarse —como von Liszt quiere— el caso de aquellos delitos cometidos contra bienes jurídicos que sólo pueden ser lesionados en la persona de su titular, cuando son distintos esos titulares.

### 327 - CONCURSO IDEAL

#### a) *Su controvertida índole*

La tajante diferencia entre el concurso ideal y el concurso real fundado en la unidad de acción del primero de ellos, está muy controvertida. Ciertamente, la más grande de las confusiones reina en el mal llamado concurso de delitos, y por ello, José Peco quiere que desaparezca la distinción entre concurso ideal y real.

Mucha luz se ha hecho ya al separar del concurso ideal el denominado "concurso aparente de leyes" (vid. cap. XV), y acaso se hiciera en el tema la claridad definitiva si, al contrario de lo que se



ha hecho en Italia, se diera un más exacto significado a la palabra *acto* y al vocablo *hecho*, como ya hemos dicho y como después veremos con mayor detalle.

### b) *La predominante fórmula hispanoamericana*

Un buen número de Códigos hispanoamericanos —los de la Argentina, Panamá, Uruguay, Venezuela, México, Colombia y Costa Rica— se limita a caracterizar el concurso ideal —en la fórmula del primero— como *un hecho que cae bajo más de una sanción punitiva*.

Los requisitos del concurso ideal están unos expresados y otros tácitamente requeridos en esa definición: a') Unidad de "hecho" (acto); b') Violación de varias disposiciones legales; e') Unidad de resolución.

a') *Unidad de "hecho" (acto)*. Insistamos en que todas las dudas y discusiones provienen de no haber establecido exactamente la diferencia entre *hecho*, *acto* y *acción*. En síntesis, nosotros coincidimos con la tesis de los intérpretes italianos, si bien llamamos *acto* a lo que ellos llaman *hecho*. Y como *acto* debe interpretarse el vocablo *hecho* que varios de esos Códigos usan.

En efecto; de acuerdo con Carrara y Majno consideramos esta exigencia como la obra del agente, o sea, el *hecho* (ellos dicen la "acción") *y sus consecuencias*; es decir, que no se debe referir el acto al mero hecho que el sujeto realiza, desde su propio punto de vista, sino que abarca el resultado, la modificación real en el mundo exterior. Por eso no debe ser designado como *hecho*, sino como *acción* o *acto*, puesto que sabemos que éste comprende dos elementos, a más de la relación de causalidad: manifestación de voluntad y resultado (vid. *supra*, cap. XXI, núm. 144 y sigs.) *Hecho* es el disparo o los disparos; *acto* o *acción*, el disparo o los disparos y el resultado de muerte o lesiones.

b') *Violación de varias disposiciones legales*. Nada tenemos que añadir a cuanto se expuso sobre este requisito al tratar de exigencia idéntica y con las mismas palabras expresadas, en el delito continuado.

c') *Unidad de resolución*. Aquí sí debe exigirse. Esta condición se esclarece con la doctrina de criterios objetivos encontrados en la inseparabilidad de las lesiones jurídicas por Alimena y que Soler acepta: Las lesiones son inseparables "cuando en la violación de un derecho va comprendida en tal forma la violación de otro que, aun

queriendo el autor una sola violación, el resultado hubiera sido el mismo". Y por eso, "ese exceso de voluntad —la que tendía a la segunda lesión— no tiene por qué ser imputado, en razón de ser fundamentalmente inoperante para producir un mal mayor que el causado ya por la primera determinación".

## 328 - CONCURSO REAL

La pluralidad de actos independientes que da, por ende, una pluralidad de delitos, constituye lo que se denomina concurso real, que puede ser simultáneo o sucesivo (en este último caso es cuando suele llamarse reiteración).

En verdad, el concurso real tiene escasa importancia en la teoría del delito y queda resuelto por eliminación de cuantas reglas hemos fijado hasta ahora en orden a la unidad y pluralidad delictiva. Su trascendencia radica en la doctrina de la pena, de la que nosotros no nos ocupamos ahora. Al respecto, las consecuencias del concurso real pueden resolverse conforme a tres sistemas: acumulación material o matemática (*quod delicta tot poena*); régimen de absorción (*poena major absorbet minorem*) y acumulación jurídica, que es la preferible. Nosotros no tenemos por qué tratar aquí del tema de acumulación de penas, pues que este volumen sólo se refiere a la ley y al delito. El asunto será abordado en el tomo segundo.

el argentino, a pesar de establecer la medida mixta de seguridad y pena, aunque predomine ésta, de "reclusión por tiempo indeterminado" —no han recibido estas concepciones subjetivas y tan sólo tratan de la múltirreincidencia, como criterio agravante en mayor medida que la simple reincidencia genérica y específica.

La crítica más profunda de estos problemas, y el planteamiento y desarrollo de las cuestiones concomitantes con la habitualidad, que desembocan en el estado peligroso, desbordan la materia que hemos tratado en el presente volumen. Sólo quisimos estudiar los más importantes problemas de dogmática sobre *la ley penal y el delito*. Estos a que ahora hemos llegado pertenecen *al delincuente y a la sanción*, mejor dicho, al remedio defensivo que se conoce con el nombre de *medidas de seguridad*. Y no son ya de nuestra actual incumbencia. Los remitimos a otro tomo.

## CAPÍTULO XLVI

### REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD

#### 329 - CONCEPTO DE LA REINCIDENCIA

Como acabamos de ver, un hombre puede cometer varios delitos. Unas veces un mismo propósito los liga, bien porque el mismo acto constituye varias figuras de delito (concurso ideal) o bien porque uno de ellos sea medio para cometer el otro o se hallen relacionados entre sí como antecedente a consiguiente (delitos conexos). Mas en otros casos, el individuo delinque varias veces sucesivas, recae en la comisión de delitos: entonces se dice que hay, o concurso real y reiteración, o reincidencia.

No cabe duda que la reincidencia fué apreciada desde los primeros tiempos como una agravante de responsabilidad, sin que se diera por legislación alguna mayor trascendencia a este concepto que la de estimarle como un motivo para la imposición de la pena más grave. Mas no siempre opinaron así los tratadistas, como pasamos a ver.

#### 330 - SUS EFECTOS

En principios doctrinales, no todos están conformes en el efecto de agravación penal de la reincidencia. Las teorías formuladas en orden a los efectos que ha de producir la cualidad de reincidente, pueden reducirse a estos grupos:

##### *a) Efectos agravantes*

Este es el criterio más extendido. Rossi, defendiendo las normas del Código napoleónico, afirma que el legislador ve en el reincidente un caso de culpabilidad especial, a la vez moral y política,

puesto que el delincuente, al repetir las infracciones, se revela como tenaz menospreciador del orden jurídico. Y no se diga —añade— “que de ese modo se sale del campo del Derecho para ir al de la Moral, porque no apreciamos en el reincidente su cualidad de individuo inmoral y depravado, sino cómo se manifiesta positivamente por la comisión del nuevo delito”. También Francisco Carrara defendió el criterio agravante; pero no de la imputabilidad ni de la “cantidad de delito”, sino de la pena. Su tesis se apoya en estos argumentos: No puede imputarse una segunda vez el anterior delito, del que el reo saldó ya su partida. No es de apreciar la mayor perversidad del reincidente, porque si se entra en el campo de la Moral, siendo el Derecho penal juez competente, se extralimitaría en sus confines. No aumenta la cantidad del delito porque si el daño mediato es aquel que el delito lleva, además, a todos aquellos ciudadanos que no fueron directamente dañados con la acción, no puede aceptarse como norma prevalente en la medida del delito, y sí tan sólo como elemento accesorio, toda vez que el aumento de ese daño, derivado de la forma accidental de ejecución del delito, puede obedecer, aun en hechos análogos, a influencias diversas. Pero aun en el caso —sigue pensando Carrara— de aceptar ese aumento en el delito, la reincidencia, demostrativa de la inutilidad de la pena, nos llevaría a la definitiva conclusión de tener siempre que estimarla como una agravante del castigo. Esta es la doctrina del gran maestro clásico que funda la agravación de los reincidentes en la “insuficiencia relativa de la pena, insuficiencia demostrada por el reo con sus propios actos; esto es, con la rotunda prueba de su desprecio por la primera pena”.

### *b) Improcedencia de la agravante*

Un nutrido grupo de escritores, oriundos de varias nacionalidades, mantuvieron la ilegitimidad de la agravación por causa de reincidencia por no encontrar en el concurso de esta circunstancia aumento de daño material, moral o político del delito. Estímase por quienes así razonan que castigar más gravemente a un hombre a causa de un delito anterior, cuya condena había sido ya cumplida, constituiría una grave injusticia, un quebrantamiento de la máxima *non bis in idem*, o que apreciar la recaída con efectos jurídicos sería mezclar la Moral y el Derecho, que tienen propias áreas, puesto que es justo que la pena siga a la manifestación de la voluntad

criminal, pero no debe recaer sobre la general inmoralidad del individuo. Así lo creyeron Carmignani, Carnot, Alauzet, Köstlin, Merkel, Gesterling, Mittermaier, Pagano, Giuliani. A su vez, Tissot, enemigo de la agravación en principio, pasa por ella por motivos prácticos y con muchas condiciones.

### c) *Efectos atenuantes*

Superando la anterior postura, Bucellatti y Kleinschrod sostienen que la repetición del delito implica una fácil tendencia al mal y menor libertad para decidirse; por tanto, menor imputabilidad en el agente, y concluyen pidiendo que la pena, lejos de agravarse con la recaída en el nuevo delito, debe aminorarse. No se limita a estos argumentos Kleinschrod, que, con encendidas palabras, acusa a la sociedad como culpable del aumento de la reincidencia, por creer que el ambiente social y familiar de vicio y corrupción, escasez de trabajo, mala distribución de la riqueza y, sobre todo, la defectuosísima organización penal y penitenciaria, son culpables de que aquellos delincuentes, víctimas de las circunstancias que les rodean, se encuentren en situación propicia para recaer en el delito.

### d) *El criterio moderno*

Precursor de las nuevas ideas fué Carlos Roeder, que recordó los males de la sociedad apuntados antes, subrayó el pésimo efecto de las penas cortas de privación de libertad, que al poner en contacto al delincuente primario con los profesionales del crimen, pervierten al delincuente y le hacen reincidente. Por eso, pensó Roeder que, más que castigar, era preciso robustecer la voluntad de los delincuentes para que no recayesen.

Las nuevas concepciones legales mantienen el concepto viejo de la *reincidencia*, instalando junto a él la *habitualidad*. Esta distinción se funda en este punto de vista, circulante entre los Códigos de hoy, de tipo marcadamente sincrético: Unas veces, el reo delinque una vez y recae de nuevo. Entonces no ha lugar a suponer aún que la pena fracasó en él, que quedó ya sin personalidad de Derecho penal. Pero otras veces —las más—, la reincidencia es múltiple, y los varios hechos con que el delincuente vulneró la norma no son más que la expresión de un estado personal: la *habitualidad*. Constituido ya el delincuente de hábito, demuestra que la pena no

tiene ningún poder sobre él, que ni le intimida ni le corrige. Imponérsela agravada, pero la misma, es absurdo. Cuando al término de ella salga, volverá a ser un peligro para la sociedad. El *habitual* es, pues, un incapaz para la pena, que se encuentra en estado peligroso, contra quien es necesario defenderse con medidas de carácter especial.

En los tiempos que alborean, y, sobre todo, en el futuro inmediato, la habitualidad desplazará al vetusto concepto de reincidencia. Ya no interesa tanto la repetición de un delito, y vale más el indicio de peligrosidad, la tendencia arraigada al crimen, que acaso un primer acto delictivo es capaz de revelar.

En suma: el criterio jurídico de la reincidencia se ve reemplazado por el concepto antropológico de habitualidad y profesionalismo de que hemos de ocuparnos más adelante.<sup>1</sup>

### 331 - CLASES DE REINCIDENCIA

Una cuestión interesante surge dentro del problema jurídico de la reincidencia. Para unos —como Carrara, Canónico y Crivellari— es necesario que se haya cumplido totalmente la pena impuesta por el *primero delito*, pues si la realización de un *segundo crimen* la agrava, es porque los medios que el Estado le dió al delincuente para corregirse no produjeron en él efecto alguno. La generalidad de los autores —dicen Manzini y Alimena— reconocen tan sólo como necesario el requisito de la irrevocabilidad de la sentencia.

A lo primero, se ha llamado *reincidencia propia*; a lo segundo, *impropia*. Carrara dijo: *vera y finta*.

El Código penal español y la mayor parte de los hispanoamericanos exigen tan sólo que haya recaído sentencia condenatoria (“ejecutoriamente condenado”).

Ahora bien; para que la reincidencia exista, ¿se necesita que la

<sup>1</sup> Sin embargo, en el “III Congreso internacional de Criminología”, habido en Londres, del 12 al 18 de septiembre de 1955, se quiso —inexplicablemente— revalorizar la reincidencia, creyendo que se le daba sentido criminológico por llamarla *recidivismo*, contra lo cual protestamos nosotros el primer día y en la primera sección. Véase: Luis Jiménez de Asúa, *El delincuente habitual y el “recidivismo”*, en *El Criminologista*, tomo II de la segunda serie, tomo XII de toda la colección (Buenos Aires, Zavalía, 1958), págs. 246 y sigs. El tema *recidivismé* fué el único que se señaló para los debates de este Congreso, cuyas conclusiones pueden verse en una pobre y escuálida publicación: *Third International Congress on Criminology, London 12th-18th September 1955. Summary of proceedings*, con una “Introducción” de H. Mannheim, Londres 1957.

recaída se produzca en cualquier delito o se precisa que sea en uno de la misma clase? El primitivo Derecho romano exigía que fuese en el mismo género de actos punibles: *in eius dem sceleribus*. Pero posteriormente se extendió el concepto a toda clase de delitos. Atendiendo a éstos, se pueden presentar dos clases distintas de reincidencia:

a) Reincidencia genérica (cuando es en cualquier otro delito, a la que denomina *reiteración* el Código español, con evidente error).

b) Reincidencia específica (cuando se produce en delitos de la misma clase).

Se piensa por muchos autores que tanto la reincidencia genérica como la específica deben ser tenidas en cuenta; mas no faltan algunos —como Chauveau y Pacheco— que creen que sólo debe considerarse la específica, pues ésta demuestra un impulso profundamente arraigado en nuestra conciencia. Por último, otros sostienen que ambas reincidencias se equivalen, y que la única diferencia entre ambas debe reducirse a la diversidad de su tratamiento. Así opinan Carrara, Canónico y Brusa. No faltan quienes dentro de tal sistema defiendan puntos contrapuestos. Por ejemplo: Scheurlen postula que debe castigarse más la reincidencia específica, mientras que Trebutien reserva mayor pena a la genérica.

En varios Códigos hispanoamericanos se han reconocido las dos especies de reincidencia: la genérica y la específica, atribuyendo a ésta efecto de mayor agravación, y caracterizándola por la expresión de *delitos comprendidos en el mismo título del Código* o *delitos de la misma especie, naturaleza o índole*.

### 332 - CRITERIOS PARA DECIDIR LA MISMA ÍNDOLE DE LOS DELITOS

La doctrina que circumscribe la reincidencia propiamente dicha a la de tipo específico o las teorías y legislaciones que la distinguen en genérica y específica para dar a ésta más gravedad, se desvelan por determinar normas para definir esa especialidad, ingenua y torpemente formulada en el Código español, diciendo que existe cuando el delito anterior y el nuevamente perpetrado se hallan en el mismo título del Código. Seguir este criterio es absurdo, pues a menudo hay delitos de tipo íntimamente parejo que no están en el mismo título del Código, y otras muchas veces infracciones contenidas en el mismo título tienen móviles tan distintos, que realmente no podría hablarse de la permanencia del mismo impulso criminoso, del cual es signo la reincidencia específica.

Por tanto, dos soluciones se presentan para fijar el criterio de la homogeneidad de los delitos: a) *identidad absoluta*, que implica igualdad en los delitos, y b) *identidad relativa*, que indica igualdad en el impulso criminoso, en el móvil, que en el Derecho penal moderno tiene enorme importancia, y que generalmente se exteriorizará por la comisión de un delito de la misma especie; pero que a veces podrá referirse a figuras delictivas totalmente distintas.

Para decidir esta identidad relativa y la consiguiente apreciación de la reincidencia, proponen la mayor parte de los tratadistas que se conceda a los jueces el más amplio arbitrio; pero Sacker y Manzini no quieren ir tan lejos. En vez de dejar en las exclusivas manos del magistrado este asunto tan arduo, desean que el legislador señale, no una clasificación de delito, sino de móviles o instintos. Sacker ofrece estos cuatro grupos: 1º, instinto de conservación y cuanto con él se relacione; 2º, impulso de avidez, de lucro o de goce; 3º, sentimientos de pasión, venganza, odio, libidinosidad, y 4º, sentimientos contrarios a la convivencia social, moral, política y religiosa.

La clasificación de los tipos, conforme al elemento subjetivo de lo injusto, podría ser a este respecto de grande utilidad (vid. *supra*, cap. XXIV, núm. 170).

### 333 - PRESCRIPCIÓN DE LA REINCIDENCIA

Tres sistemas pueden distinguirse en orden a la prescripción de la reincidencia: a) el de la temporalidad, favorable a la tesis enunciada; b) el de la perpetuidad, que condena la prescripción, y c) el mixto.

Muchos autores opinan que después de transcurrido cierto tiempo no debe tenerse en cuenta la circunstancia de la reincidencia, pidiendo, pues, que pueda prescribir, puesto que prescriben los delitos. Blanche, Chauveau y Hélie, Ortolan, Pessina, Sacker, Béranger, Manzini y tantos otros, se fundan, para sostener esa opinión, en que el transcurso de cierto tiempo demuestra que ya no existe, o por lo menos no perdura, la tendencia al delito, puesto que durante mucho tiempo no se manifestó. Por el contrario, Garófalo, Nicéforo y otros muchos partidarios de la escuela positivista creen que la reincidencia no puede sujetarse a ningún término, y que la tendencia al delito, si reaparece después de muchos años, demuestra su profundo arraigo.

Francisco Carrara y Emilio Brusa sostienen un criterio ecléctico, aunque inclinado al punto de vista que luego sostendrían los positi-



vistas. Creen que no es difícil encontrar una vía conciliadora entre el sistema de la perpetuidad y el de la temporalidad. La solución ideada por el maestro toscano consiste en mantener el criterio de la perpetuidad en la apreciación de la reincidencia; pero disminuyendo el efecto agravante de un modo proporcionado al tiempo transcurrido entre la liquidación de la pena anterior y la comisión del nuevo delito.

Algunos Códigos iberoamericanos han admitido la *prescripción de la reincidencia*. Así, por ejemplo, en Bolivia no se reconoce que se reincide sino cuando el reo delinquiró antes de pasados dos años desde que cumplió la condena impuesta por el primer delito (art. 89); en Paraguay se fijan, a contar del plazo de extinción de la pena, quince años, diez, cinco, o tres, según la gravedad de la infracción anterior (art. 49); en la Argentina se establecen los mismos plazos de prescripción de la pena y otro tanto más, que nunca excederá de diez años (art. 53); en Panamá, Venezuela, Colombia y Costa Rica se señala el plazo de diez años (arts. 75, 100, 34 y 32, respectivamente); en Perú y Uruguay, cinco (arts. 111 y 48, 1º, respectivamente), y en México se hace referencia, como en el Código argentino, a un término igual al de la prescripción de la pena, pero sin añadir más (art. 20).

### 334 - HABITUALIDAD

Las legislaciones del siglo XIX fracasaron frente a los delincuentes habituales. Estos criminales acostumbran a cometer delitos de no mucha gravedad, y disponiendo los Códigos casi exclusivamente de penas privativas de libertad que habían de aplicarse proporcionadas al daño escaso de la infracción, las condenas eran sólo breves descansos en la vida del delincuente, riesgos profesionales de escasa entidad o contribuciones pagaderas en días de prisión que aseguraban al contribuyente el ejercicio de su oficio parasitario.

La circunstancia agravante de reincidencia, en contradicción con los principios clásicos fundamentales de la imputabilidad, no tenía eficacia, una vez que sus efectos estaban limitados por el máximo de la pena. Y la habitualidad no tenía aplicación sino a través de la reincidencia y también como elemento constitutivo de otras circunstancias y clases de codelincuencia.

El éxito alcanzado por la escuela positiva en la censura de los criterios tradicionales fué debido, más que a los principios del positivismo, a que la crítica se inspiró en el sentido común. A todas las

inteligencias resulta claro el absurdo de poner en libertad a quien ha cumplido la corta condena proporcional a su pequeño delito, y que ha de continuar en las mismas puertas de la prisión la historia criminal a que le impulsan sus hábitos y tendencias.

De todos los sectores de la doctrina se conviene en la necesidad de adoptar procedimientos de defensa, que para unos es la pena perpetua o por tiempo indeterminado; para otros, una medida de seguridad complementaria, y para los restantes, la medida de seguridad sustituyendo a la pena. Ahora nos interesa fijar el concepto de habitualidad.

335 - DIFERENCIAS ENTRE HABITUALIDAD, REINCIDENCIA,  
PROFESIONALISMO, PROCLIVIDAD AL DELITO  
E INCORREGIBILIDAD

Debemos, en primer término, diferenciar la habitualidad de la reincidencia, de la profesionalidad, de la predisposición a delinquir y de la incorregibilidad.

El *hábito criminal* es costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, y la facilidad para realizarlos, como consecuencia de la práctica en este ejercicio, implica ordinariamente la comisión de pluralidad de infracciones, aunque puede existir en los delitos continuados y colectivos que están constituidos por pluralidad de hechos, sin necesidad de más de una infracción.

Es más y menos que la reincidencia. Mas, porque no basta con la repetición de infracciones, es preciso que esta insistencia constituya costumbre y se incorpore al modo de ser o de obrar del sujeto. Es posible caer más de una vez en el delito, sin que éste deje de ser ocasional por la renovación de las circunstancias externas que produjeron el estímulo. Menos, porque no hace falta para reconocer la habitualidad que se haya dado la hipótesis de reincidencia o sea la condena ejecutoria, sino que aquélla puede demostrarse por un conjunto de infracciones que constituyen el concurso real de delitos.

El *profesional* es especie del delincuente habitual. Aquí la costumbre va unida al lucro y constituye un modo de vida, un oficio que se ejerce previo aprendizaje: falsificadores, timadores, carteristas, ladrones de varia graduación social, desde el tomador callejero al elegante ladrón de hotel, peristas, proxenetas, chantajistas, usureros, explotadores del juego, contrabandistas, etc. Son profesiones regularmente desempeñadas contra las cuales ha sido impotente hasta ahora la ley penal.

El concepto de *predisposición a delinquir* es más amplio. En él entra el hábito y la profesión, pero no es preciso llegar a esto para que se pueda ya reconocer la inclinación al delito. La predisposición puede declararse con un solo delito y aun antes del mismo. Y así como en la criminalidad habitual influye primeramente el ambiente, los inclinados a delinquir pueden serlo por disposición congénita, como el *delincuente por tendencia instintiva*, huella que la debatida teoría del delincuente nato ha dejado en el Código italiano de 1930.

Finalmente, no debe equipararse la habitualidad a la *incorregibilidad*. El hábito se desarraiga por la educación, sobre todo en la juventud. La profesión criminal es sustituible cuando se ejercita al penado en otra profesión. El optimismo en la corregibilidad del delincuente se acrece cuando entendemos ésta como una forma de readaptación a la vida social sin aspirar a la enmienda moral. Por eso nos parece que si hoy se conviene en aplicar a estos reos la sentencia indeterminada, es preferible, dentro de la indeterminación, la medida correccional a la medida de seguridad con fines exclusivamente inculcadores que se está adoptando en Europa. Concepción Arenal dijo que no debía hablarse de delincuentes incorregibles sino de incorregidos. Lo cual es, al menos, aplicable a los habituales, siquiera no lo sea tanto a los delincuentes por tendencia instintiva.

El método para fijar el concepto de la habitualidad es distinto en las legislaciones. En primer término se establece un supuesto objetivo, formado por el número de infracciones porque ha sido condenado el culpable. La pluralidad del delito es necesaria para que se pueda hablar propiamente de hábito criminal, si bien no sería necesario que esta pluralidad constituya reincidencia, debiéndose comprender también el concurso real de delitos, aunque así no lo reconozcan las legislaciones, que, teniendo el molde tradicional de la reincidencia, acostumbran a definir la habitualidad como una reincidencia especial y agravada. Cuando no hay multiplicidad de delitos podrá hablarse de predisposición para delinquir, de peligrosidad crónica —concepto con que Liszt y Foltin quieren sustituir al de delincuencia habitual—, pero no de habitualidad. También se exige que el nuevo delito tenga cierta gravedad o, al menos, que sea doloso. Estos requisitos formales tienen una doble función: son una garantía contra la arbitrariedad judicial y son también indicio del estado peligroso, para cuya apreciación ha de tenerse en cuenta el número y clase de gravedad de los delitos cometidos.

La inmensa mayoría de los Códigos hispanoamericanos —incluso

el argentino, a pesar de establecer la medida mixta de seguridad y pena, aunque predomine ésta, de "reclusión por tiempo indeterminado" —no han recibido estas concepciones subjetivas y tan sólo tratan de la multirreincidencia, como criterio agravante en mayor medida que la simple reincidencia genérica y específica.

La crítica más profunda de estos problemas, y el planteamiento y desarrollo de las cuestiones concomitantes con la habitualidad, que desembocan en el estado peligroso, desbordan la materia que hemos tratado en el presente volumen. Sólo quisimos estudiar los más importantes problemas de dogmática sobre *la ley penal y el delito*. Estos a que ahora hemos llegado pertenecen *al delincuente y a la sanción*, mejor dicho, al remedio defensivo que se conoce con el nombre de *medidas de seguridad*. Y no son ya de nuestra actual incumbencia. Los remitimos a otro tomo.

## OBRAS DE LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA

1. *La sentencia indeterminada. El sistema de penas determinadas "a posteriori"*. — Madrid: Reus, 1913. Un volumen en 4º de XLIX-198 páginas. (Agotada.)
2. *La recompensa como prevención general. El Derecho premial*. — Madrid: Reus, 1915. Un folleto en 4º de 75 páginas. (Agotada.)
3. *Derecho penal*. — Contestaciones al Programa para las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y Ministerio fiscal. Primera edición. Madrid: Reus, 1915. Un volumen en 4º de 382 páginas. (Agotada.) — Segunda edición enteramente refundida. Madrid: Reus, 1920. Un volumen en 4º de 439 páginas. (Agotada.) — Tercera edición. Madrid: Reus, 1925. Un volumen en 4º de 507 páginas. (Agotada.)
4. *El Derecho penal del porvenir. La Unificación del Derecho penal en Suiza*. — Madrid: Reus, 1916. Un volumen en 8º de 387 páginas. (Agotada.)
5. *El Anteproyecto de Código penal suco de 1916. Estudio crítico seguido del texto íntegro de la Parte general del anteproyecto, traducido directamente del suco*. — Madrid: Reus, 1917. Un folleto en 4º de 100 páginas. (Agotada.)
6. *La Política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*. — Madrid: Suárez, 1918. Un volumen en 8º de 267 páginas. (Agotada.)
7. *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno*. — Conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación. — Madrid: Reus, 1920. Un folleto en 8º de 34 páginas. (Agotada.)
8. *Estudio de los delitos en particular. Notas sobre la parte especial del Derecho penal, para uso de los estudiantes*. — Volumen I. Madrid: Suárez, 1921. Un tomo en 4º de XXXVI-373 páginas. (Agotada.)
9. *Los delitos sociales y la reforma del Código penal*. — Conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación. — Madrid: Reus, 1921. Un folleto en 8º de 62 páginas. (Agotada.)
10. *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*. — Madrid: Imprenta Juan Pueyo, 1922. Un volumen en 8º de 154 páginas. (Agotada.)
11. *Estudio crítico del Proyecto de Código penal italiano de 1921*. — Conferencias pronunciadas en el "Ateneo Jurídico" de la "Asociación oficial de estudiantes de Derecho". — Madrid: Suárez, 1922. Un volumen en 8º de 152 páginas. (Agotada.)
12. *Derecho penal moderno y español*, en Adiciones a la traducción española del Programa del Curso de Derecho Criminal, de Francisco Carrara. Parte general. Volumen I. — Primera edición. Madrid: Reus, 1922. Un tomo

- en 4° de 750 páginas, de las cuales 576 corresponden a las *Adiciones*. (Agotada.) — Segunda impresión de la edición primera. Madrid: Reus, 1925. (Agotada.)
13. *El estado de necesidad en materia penal con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*. — Buenos Aires: Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1922. — Reimpresión de la edición primera. Madrid: Reus, 1930. Un volumen en 4° de VIII - 129 páginas. (Agotada.)
  14. *Trabajos del Seminario de Derecho Penal (Museo-Laboratorio Jurídico de la Universidad de Madrid)*. Tomo I. Curso 1916-1917. En colaboración con mis alumnos Riaza, Viñas, Porpeta y Sierra. — Madrid: Reus, 1922. Un volumen en 4° de 384 páginas. (Agotada.)
  15. *Casos de Derecho penal para uso de los estudiantes*. En colaboración con Tomás Cardo y Crespo y José Arturo Rodríguez Muñoz. Primera edición. Madrid: Suárez, 1923. Un volumen en 8° de 116 páginas. (Agotada.) — Segunda edición, muy aumentada y enteramente refundida. Madrid: Suárez, 1929. Un volumen en 8° de 182 páginas. (Agotada.) — Tercera edición. Madrid: Suárez, 1935. Un volumen en 8° de 208 páginas. (Agotada.)
  16. *La pericolosità. Nuovo criterio per il trattamento repressivo e preventivo*. — Traduzione italiana con Prefazione di Enrico Ferri, e addizioni e correzioni dell'Autore. — Torino: Bocca, 1923. Un volumen en 4° de XV - 127 páginas.
  17. *La legislación penal y la práctica penitenciaria en Suramérica*. — Conferencias pronunciadas en la Sección de Estudios Americanistas de la Universidad de Valladolid. — Valladolid: Talleres tipográficos "Cuesta", sin año (1924). Un folleto en 4° de 71 páginas (Agotada.)
  18. *Dos aspectos de solidaridad social*. En el volumen de *Conferencias del año 1923*, publicado por el "Jockey Club" de Buenos Aires. — Buenos Aires: Imprenta del Jockey Club, 1924, págs. 60-98.
  19. *Rapport sur le principe de la sentence indéterminée. Troisième question. Première section. Congrès Pénitentiaire international de Londres 1925*. Separado de los *Travaux Préparatoires*. — Folleto en 4°, de corta edición separada, de 16 páginas. — Edición castellana de este trabajo publicada con el título de *Generalización del principio de la sentencia indeterminada*. — Buenos Aires: Talleres gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1925. Un folleto en 4° de 19 páginas. (Agotada.)
  20. *Programa del Curso de Derecho penal explicado en la Universidad de Córdoba (República Argentina)*. — Córdoba: Establecimiento gráfico A. Biffignandi, 1925. Un folleto en 4° de 95 páginas. (Agotada.)
  21. *La lucha contra el delito de contagio venéreo*. Problemas de Derecho Penal y de Prevención en torno a las enfermedades del sexo. — Madrid: Caro Raggio, 1925. Un volumen en 8° de 167 páginas. (Agotada.)
  22. *Conferencias de Derecho penal explicadas en la Universidad de La Habana*. (Versión taquigráfica). — Habana: Editorial Soto-Sebastia, 1926. Un volumen en 4° de 119 páginas. Agotada.)
  23. *El Derecho penal en la República del Perú*. — Valladolid: Talleres tipográficos "Cuesta". — Madrid, 1926. Un folleto en 4° de 118 páginas. (Agotada.)
  24. *Panamericanismo. Latinoamericanismo. Hispanoamericanismo*. — Conferencia pronunciada en el Club Español de Buenos Aires: Imprenta Tailhade

- y Cía., 1926. Un folleto en 8º, en que se publican otras dos disertaciones ajenas.
25. *Programa de Derecho penal y Cuestionario para el acto del examen.* — Madrid: Suárez, 1927. Un volumen en 8º de 215 páginas. (Agotada.) — Segunda edición reformada. Madrid: Suárez, 1931. Un volumen en 8º de 208 páginas. (Agotada.)
26. *Die Reform des spanischen Strafgesetzbuches. (Sonderabdruck aus des Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 18. Jahrgang, I Heft.)* — Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1927. Un folleto en 4º de 12 páginas. (Agotada.)
27. *Endocrinología y Derecho penal. Eutanasia y Homicidio por compasión.* — Dos conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. — Montevideo: Imprenta Nacional, 1927. Un folleto en 4º de 77 páginas. (Agotada.)
28. *El error judicial (A propósito de un caso reciente).* — Buenos Aires: Imprenta de la Universidad, 1927. Un folleto en 4º de 67 páginas. (Agotada.)
29. *La legislación penal española y sus reformas.* — Separado de los "Archivos de Criminología y de Medicina Legal" de Jarkof, Ucrania, U. R. S. S., volumen I (1926-1927). — Jarkof, 1927. Un folleto en 4º de 60 páginas. (Agotada.)
30. *El nuevo Código penal argentino y los recientes proyectos complementarios ante las modernas direcciones del Derecho penal.* — Conferencias pronunciadas en la Universidad de Buenos Aires los años 1923 y 1925. — Madrid: Reus, 1928. Un volumen en 4º de 379 páginas. (Agotada.)
31. *Política. Figuras. Paisajes.* — Madrid: Editorial Historia Nueva, 1928. Un volumen en 8º de XII-229 páginas. (Agotada.) — Segunda edición. Madrid: Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, 1930. Un volumen en 8º de 312 páginas. (Agotada.)
32. *Libertad de amar y derecho a morir. — Ensayos de un criminalista sobre Eugenesia, Eutanasia y Endocrinología.* — Primera edición. Madrid: Historia Nueva, 1928. Un volumen en 8º de 227 páginas. (Agotada.) — Segunda edición: Madrid: Historia Nueva, 1928. (Agotada.) — Tercera edición, Madrid: Historia Nueva, 1929. Un volumen en 8º de 271 páginas. (Agotada.) — Cuarta edición, *id.*, *id.*, 1929. (Agotada.)
33. *Il delitto di contagio venereo. Studi e Proposte.* — Torino: Bocca, 1929. Un volumen en 4º de 77 páginas.
34. *Un viaje al Brasil. Impresiones de un conferenciante seguidas de un estudio sobre el Derecho penal brasileño.* — Madrid: Reus, 1929. Un volumen en 8º de XIII-167 páginas. (Agotada.)
35. *Die Reform des Strafrechts in der Ländern spanischer Kultur.* — Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1929. Un folleto en 4º de 22 páginas.
36. *Crónica del crimen.* — Madrid: Historia Nueva, 1929. Un volumen en 8º de 272 páginas. (Agotada.)
37. *Liberdade de amar e direito a morrer. Ensaio criminalista.* — Traducción portuguesa de Benjamín do Couto, Advogado. Lisboa: Livraria Clásica Editora, 1929. Un volumen en 8º de 336 páginas.
38. *Juventud.* — Conferencia en la Casa del Pueblo de Madrid y *Réplica* en nombre de la mocedad de José López Rey. — Madrid: Imprenta Velasco, 1929. Un volumen en 16º de 202 páginas. (Agotada.)

39. *El nuevo Derecho penal.* — Madrid: Biblioteca de Ensayos, Páez, 1929. Un volumen en 8° de 41 páginas. (Agotada.)
40. *La delincuencia juvenil y los Tribunales para niños.* — Montevideo: Palacio del Libro, 1929. Un folleto en 4° de 18 páginas. (Agotada.)
41. *Derecho penal conforme al Código de 1928.* — Obra ajustada al Programa para las oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura. En colaboración con José Antón Oneca. — Madrid: Reus, 1929-1930. Dos tomos en 4° de 636 páginas el primer volumen y 504 el segundo. (Agotada.)
42. *Notas de un confinado.* — Madrid: Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, 1930. Un volumen en 8° de 201 páginas. (Agotada.)
43. *Al servicio del Derecho penal. Diatriba del Código gubernativo.* — Madrid: Morata, 1930. Un volumen en 8° de 155 páginas. (Agotada.)
44. *Al servicio de la nueva generación.* — Madrid: Morata, 1930. Un volumen en 8° de 200 páginas. (Agotada.)
45. *Orientaciones para la reforma del Código penal uruguayo.* — Montevideo, 1930. Un folleto de 35 páginas.
46. *Defensa de una rebelión. Informe ante el Consejo Supremo de Guerra y Marina, como mandatario de D. Santiago Casares Quiroga.* — Madrid: Morata, 1931. Un folleto en 8° de 100 páginas. (Agotada.)
47. *Pena privativa della libertà unica o plurima?* — Città di Castello: Società Anonima. Tip. "Leonardo da Vinci", 1931. Un folleto de 16 páginas. (Agotada.)
48. *La vida penal en Rusia. Las leyes penales y reformadoras de la Rusia Soviética.* En colaboración con José Arturo Rodríguez Muñoz, M. Grodinsky y M. Figueroa Román. — Madrid: Reus, 1931. Un volumen en 8° de 314 páginas. (Agotada.)
49. *Problemas de Derecho penal. Doctrina técnica del delito. Dolor y ceguera. Estado peligroso.* (Conferencias pronunciadas en la Universidad del Litoral, República Argentina). — Santa Fe: Instituto Social de la Universidad Nacional del Litoral, República Argentina, 1931. Un volumen en 4° de 151 páginas. (Agotada.)
50. *Temas penales. Dolientes y ciegos. Reforma penal en España. Nuevo sesgo de la Criminología Clínica y Derecho del delito político.* (Conferencias pronunciadas en la Universidad de Córdoba, República Argentina). — Córdoba: Universidad Nacional, 1931. Un volumen en 4° de 81 páginas. (Agotada.)
51. *La teoría jurídica del delito.* — Discurso inaugural del curso universitario 1931-1932. — Madrid: Imprenta Colonial, 1931. Un volumen en folio de 180 páginas. (Agotada.)
52. *Die Strafgesetzgebung der spanischen Republik.* — Heidelberg: Carls Winters Universitätsbuchhandlung, 1931. Un folleto en 4° de 23 páginas. (Agotada.) — Edición castellana de este trabajo, publicada con el título *La Legislación penal de la República Española.* (Separado de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia".) Madrid: Reus, 1932. Un folleto en 4° de 30 páginas. (Agotada.)
53. *Juventude.* Traducción portuguesa de Pedro Veiga. — Coimbra: Edições Universidade Nova, Papelería Académica, 1931. Un folleto en 8° de 64 páginas.
54. *Proceso histórico de la Constitución española.* — Madrid: Reus, 1932. Un volumen en 8° de 527 páginas. (Agotada.)



55. *Defensas penales*. — Tomo I. Madrid: Reus, 1933. Un volumen en 4º de 288 páginas. — Tomo II. Madrid: Reus, 1935. Un volumen en 4º de 583 páginas. — Tomo III. Madrid: Reus, 1936. Un volumen en 4º de 567 páginas. (Agotada.)
56. *O delito do contagio venereo*. Traducción portuguesa de J. Catoira y A. Blay. — San Pablo: Edições e Publicações Brazil, 1933. Un volumen en 8º de 174 páginas.
57. *O estado perigoso*. Traducción portuguesa de J. Catoira y A. Blay. — San Pablo. Edições e Publicações Brazil, 1933. Un volumen en 8º de 197 páginas.
58. *Ao serviço da nova geração*. Traducción portuguesa de J. Catoira y A. Blay. — San Pablo: Edições e Publicações Brazil, 1933. Un volumen en 8º de 174 páginas.
59. *Castiblanco*. En colaboración con otros abogados. — Madrid: Editorial España, 1933. Un volumen en 8º de 293 páginas. (Agotada.)
60. *Un saggio legislativo sulla pericolosità senza delitto. (La lege spagnuola sui vagabondi e malviventi del 4 di agosto 1933)*. (Estratto dalla "Giustizia Penale".) — Città di Castello: Tip. "Leonardo da Vinci", 1933. Un folleto en 8º de 35 páginas. — Edición en español: *Ley de Vagos y Maleantes*. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito. — Madrid: Reus, 1934. Un folleto en 4º de 68 páginas. (Agotada.)
61. *Código penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la República*. — Madrid: Manuales Reus, 1934. Un volumen en 8º de 1.160 páginas. (Agotada.)
62. *España ante la última Conferencia de Unificación Penal*. (Separado de la "Revista de Derecho Público".) — Madrid: 1934. Un folleto en 8º de 26 páginas. (Agotada.)
63. *As novas mulheres*. Tradução e comentarios por Pedro Veiga. — Porto: Editorial Cultura, 1933. Un volumen en 4º de 136 páginas.
64. *Manual de Derecho penal*. Vol. I: *Introducción*. Tomo I: *Concepto, historia y filosofía del Derecho penal*. — Madrid: Reus, 1934. Un volumen en 4º de 454 páginas. (Agotada.)
65. *Quelle doit être la compétence du juge pénal, dans l'exécution des peines. Rapport au Congrès pénal et pénitentiaire de Berlin, 1935*. (Separado de los *Travaux préparatoires*.) Un folleto en 4º de 8 páginas. — *El juez penal y la ejecución de la pena*. Edición castellana del *Rapport* anterior. (Separado de la "Revista de Derecho Público", junio de 1935.) — Madrid, 1935. Un folleto en 8º de 21 páginas. (Agotada.)
66. *Ve Conférence internationale pour l'Unification du Droit pénal. Sous les auspices du Gouvernement de la République Espagnole (Madrid, 14-20 octobre 1933)*. *Actes de la Conférence*, publiées sous la direction de Luis Jiménez de Asúa, avec le concours de Vespasien Pella. — Paris: Pedone, 1935. (En las *Actes* figuran mis *Discursos de apertura y de clausura*, y mis *Intervenciones sobre Terrorismo, Tenencia ilícita de armas y otros temas*: págs. 123-126; 141-152; 244, 246, 156, 163, 211, 296, 297, 298, 299, y 383.)
67. *Valor de la Psicología profunda (Psicoanálisis y Psicología individual) en Ciencias penales*. — Madrid: Editorial Reus, 1935. Un volumen en 4º de 102 páginas. (Agotada.)
68. *Responsabilidad de un rey por presentación en juicio de un documento mercantil falso. Querrela y escrito pidiendo el procesamiento a nombre de*

- Alfonso Sanz. — Madrid: Reus, 1935. Un volumen en 8° mayor, de 123 páginas. (Agotada.)
69. *Un proceso histórico. Largo Caballero ante la Justicia.* — Madrid: Gráfica Socialista, 1936. Un pequeño volumen en 4° de 105 páginas. (Agotada.)
70. *Le principe "nullum crimen sine lege" et la question de l'analogie. Rapport au IV<sup>e</sup> Congrès International de Droit pénal.* Extrait de la "Revue de Droit Pénal et Criminologie", Bruselas, 1936. — Edición en español: *El principio "nullum crimen sine lege" y la cuestión de la analogía.* — Madrid: Separado de la "Revista de Derecho Público", 1936. Un folleto en 8° de 55 páginas. (Agotada.)
71. *The agonie of Spain. Socialist appeal to the British Democracy. Spanish envoys tell the facts.* — Folleto en que se publica mi discurso y el de Isabel de Palencia. — Edimburgo, sin fecha (1936).

## OBRAS PUBLICADAS AHORA EN AMÉRICA

72. *Tipicidad e interpretación de la ley 11.210.* — *Relación de causalidad y responsabilidad criminal.* — Buenos Aires: Apartado de la Revista "La Ley", 1940. Dos estudios en un volumen en 8° mayor de 145 páginas (Agotada.)
73. *El Juez penal: Su formación y sus funciones.* — Buenos Aires: Apartado de la "Revista de Psiquiatría y Criminología", núms. 25-26, 1940. Un folleto en 4° de 41 páginas. (Agotada.)
74. *Psicoanálisis criminal.* Segunda edición, enteramente rehecha y muy aumentada de la obra "Valor de la Psicología profunda (Psicoanálisis y Psicología individual) en Ciencias penales". — Buenos Aires: Losada, 1940. Un volumen en 8° de 214 páginas. (Agotada.) — Tercera edición aumentada y actualizada. Buenos Aires: Losada, 1942. Un volumen en 8° de 300 páginas. (Agotada.) — Cuarta edición, muy aumentada y puesta al día. Buenos Aires: Losada, 1947. Un volumen en 4° de 347 páginas.
75. *El Criminalista.* Tomo I: *Prostitución y delito. Concepto del prostíbulo. Contagio venéreo. Alcoholismo y Criminalidad. Abogados y Tribunales.* — Buenos Aires: Editorial "La Ley", 1941. Un volumen en 8° de 378 páginas. — Tercera edición, aumentada y puesta al día, 1946. Un volumen en 8° de 396 páginas.
76. *Reflexiones sobre el error de Derecho en materia penal.* — Buenos Aires: Librería "El Ateneo", 1942. Un volumen en 4° de 178 páginas. (Agotada.)
77. *La Constitución política de la democracia española.* — Santiago de Chile: Ediciones Ercilla, 1942. Un volumen en 8° de 123 páginas. (Agotada.)
78. *El Criminalista.* Tomo II: *Tipicidad e interpretación de la ley 11.210. Relación de causalidad. Delito preterintencional. Trastorno mental transitorio. No exigibilidad de otra conducta.* — Buenos Aires: Editorial "La Ley", 1942. Un volumen en 8° de 344 páginas.
79. *Anécdotas de las Constituyentes.* — Buenos Aires: Cuadernos de Cultura Phac, 1942. Un volumen en 8° de 109 páginas.
80. *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayos de un criminalista sobre Eugenesia y Eutanasia.* — Nueva edición, rehecha, aumentada y actualizada. Buenos Aires: Editorial Losada, 1942. Un volumen en 8° de 529 páginas. (Agotada.) — Sexta edición, considerablemente aumentada y

- puesta al día. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946. Un volumen en 8° de 560 páginas.
81. *El Derecho penal hispano-árabe. (Conferencia.)* — Publicaciones del Instituto Cultural Argentino-Hispano-Árabe, 1943. Un folleto en 4° menor de 24 páginas.
  82. *Crónica del Crimen.* — Segunda edición, corregida y notablemente aumentada. — Buenos Aires: Editorial Interamericana, 1943. Un volumen en 8° de 272 páginas. (Agotada.) — Tercera edición. Buenos Aires, ídem, 1945. Un volumen en 8° de 276 páginas. (Agotada.) — Cuarta edición, aumentada. La Habana: Jesús Montero, Editor, 1950. Un volumen en 4° de 310 páginas.
  83. *Conferencias sobre el problema universitario y temas de Criminología: Misión de la Universidad. Libertad y Derecho penal. El juez del crimen. Psicoanálisis, delito y pena.* — La Paz (Bolivia): Universidad Mayor de San Marcos. Tip. Salesiana, sin año (1943). Un folleto en 4° de 52 páginas.
  84. *Cuestiones penales de Eugenesia, Filosofía y Política. (Conferencias.)* — Cochabamba (Bolivia): Imp. Universitaria, 1943. Un volumen en 4° menor de 120 páginas. — Otra edición, Potosí (Bolivia): Imp. Universitaria, 1943. Un volumen en 8° de 186 páginas.
  85. *El Criminalista. Tomo III: La ciencia penal española. Dorado Montero. Rafael Salillas. César Lombroso. Más sobre positivismo. Suplicios de Caupolicán y Tupac Amaru. Hurto famélico y miseria. El juez penal. La telepatía en la administración de justicia criminal. Una colonia penal agrícola. La vida sexual en las prisiones.* — Buenos Aires: Editorial "La Ley", 1943. Un volumen en 8° de 191 páginas. (Agotada.) — Segunda edición, aumentada. Buenos Aires: "La Ley", 1949. Un volumen en 8° de 305 páginas.
  86. *Defensas penales.* — Nueva edición totalmente rehecha. Buenos Aires: Editorial Losada, 1943. Tomo I: en 4° de 501 páginas. Tomo II: íd. de 524 páginas. Tomo III: íd. de 458 páginas.
  87. *Don Juan ante el Derecho penal y la Sociología (Conferencia).* — Tucumán. Editorial "La Raza", 1943. Un folleto en 4° de 28 páginas.
  88. *El Código penal argentino y los Proyectos reformadores ante las modernas direcciones del Derecho penal.* — Nueva edición, muy aumentada y puesta al día. Buenos Aires: Editorial "La Facultad", 1943. Un volumen en 4° de 483 páginas.
  89. *Problemas de Derecho penal: Doctrina técnica del delito. Dolor y ceguera. Estado peligroso. El nuevo sesgo de la Criminología. Clínica y Derecho del delito político.* — Nueva edición de las conferencias pronunciadas en 1929-1930 en las Universidades del Litoral y Córdoba. — Buenos Aires: Librería y Editorial "La Facultad", 1944. Un volumen en 4° de 194 páginas.
  90. *El Criminalista. Tomo IV: Orígenes de la Filosofía penal liberal. Fundamento del Derecho de penar. Tomás Moro, criminalista según Francisco Blasco. El drama silencioso de una vida sabia: Pedro Dorado Montero. Las escuelas penales a la luz de la crítica moderna. Libertad y Derecho penal. La reforma penal. Reflexiones preliminares sobre el concepto del delito. "Iter criminis" y tentativa. Derecho penal de los indios. Don Juan ante el Derecho penal y la sociología.* — Buenos Aires: Editorial "La Ley", 1944. Un volumen en 8° de 315 páginas.
  91. *El Derecho penal del futuro*, en la colección *El mundo de la postguerra*,

- Tomo II (con otros tres trabajos de E. Mira López, G. Díaz Doin y G. Pereles). — Buenos Aires: Editorial Mundo Atlántico, 1944, páginas 7-87. (Agotada.)
92. *Lombroso*. — Buenos Aires: Editorial "La Universidad", 1944. Un volumen en 8° de 130 páginas.
93. *Psicoanálisis criminal*. Conferencia en la Universidad de Cuenca (Ecuador). — Publicaciones del "Centro de Estudios de Medicina Legal y más Ramas Conexas", 1944. Un folleto en 4° de 21 páginas.
94. *Las Ciencias Penales y otros Ensayos*. — Caracas: Ediciones "Librería Caracas", 1945. Un volumen en 4° de 188 páginas.
95. *El Criminalista*. Tomo V: *El Derecho penal hispano-árabe*. Mariano Ruiz Funes y su obra científica. Metodología docente del Derecho penal y la misión de la Universidad. Normas para la interpretación de la ley y la praxis judicial. La ley penal y su interpretación. La interpretación de la ley y los regímenes totalitarios. Breve estudio crítico del Anteproyecto de Código de Defensa Social del Estado de Veracruz-Llave (México). — Buenos Aires: Editorial "La Ley", 1945. Un volumen en 8° de 315 páginas.
96. *La ley y el delito*. *Curso de Dogmática penal*. — Caracas: Editorial "Andrés Bello", 1945. Un volumen en 8° mayor de 720 páginas. (Agotada.) — Segunda edición, con el título: *La Ley y el Delito. Principios de Derecho penal*. — Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1954. Un volumen en 4° de 619 páginas. — Tercera edición corregida, México-Buenos Aires: Hermes, 1958. Un volumen en 4° de 580 páginas.
97. *La Constitución de la democracia española y el problema regional*. — Buenos Aires: Losada, 1946. Un volumen en 8° de 198 páginas.
98. *Códigos penales ibero-americanos, en colaboración con Francisco Carsi Zacarés*. — Caracas: Editorial "Andrés Bello", 1946. Dos volúmenes en 8°, de 1414 páginas el primero y de 1294 el segundo. (Distribuida por las Editoriales Sudamericana y Losada de Buenos Aires.)
99. *Derecho penal soviético*. — Buenos Aires: Editorial "Tea", 1947. Un volumen en 4° de 355 páginas.
100. *El Criminalista*. Tomo VI: *Comentarios a las obras de "Derecho penal" de Eusebio Gómez y Sebastián Soler*. — Buenos Aires: Editorial "La Ley", 1947. Un volumen en 8° de 428 páginas.
101. *El Criminalista*. Tomo VII: *Las Ciencias penales. El Derecho penal totalitario en Alemania y el Derecho voluntarista. El trastorno mental transitorio en Cuba. Criminales de guerra. Crimen pasional. Crítica de obras penales*. — Buenos Aires: Editorial "La Ley", 1947. Un volumen en 8° de 410 páginas.
102. *La sentencia indeterminada*. — Segunda edición. Buenos Aires: Editorial "Tea", 1947. Un volumen en 4° de 430 páginas.
103. *La ley penal y su interpretación*. — La Habana: Jesús Montero, Editor, 1949. Un volumen en 4° de 293 páginas.
104. *El Criminalista*. Tomo VIII: *La Justicia. El delito y sus caracteres en la legislación peruana. Estado crepuscular hipnótico y embriaguez del sueño. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. El estado peligroso sin delito. La pena de muerte. Galería de penalistas (Padre Montes, Ferrí, von Liszt, von Belling, Zürcher y Thyren). Crítica de las obras de Carrancá, Dajen, Castro Ramírez y Nerio Rojas*. — Buenos Aires: Editorial "Tea", 1949.

105. *Tratado de Derecho penal*. Tomo I: *Concepto del Derecho penal y de la Criminología. Historia y Legislación penal comparada*. — Buenos Aires: Losada, 1950. Un volumen en 4º mayor de 1.129 páginas. — Segunda edición, muy aumentada y puesta al día. Buenos Aires: Losada, 1957. Un volumen en 4º mayor, de 1.332 páginas.
106. *Tratado de Derecho penal*. Tomo II: *Filosofía y Ley penal*. — Buenos Aires: Losada, 1950. Un volumen en 4º mayor de 1.170 páginas. — Segunda edición, muy aumentada y puesta al día. Buenos Aires: Losada, 1958. Un volumen en 4º mayor de 1.468 páginas.
107. *Tratado de Derecho penal*. Tomo III: *El Delito* (Primera Parte). — Buenos Aires: Losada, 1951. Un volumen en 4º mayor de 955 páginas. — Segunda edición, muy aumentada y puesta al día. Buenos Aires: Losada, 1958. Un volumen en 4º mayor, de 1.094 páginas.
108. *Defensas penales en América*. — La Habana: Jesús Montero, Editor, 1950. Un volumen en 4º de 278 páginas.
109. *El Criminalista*. Tomo IX: *Pacheco en el Centenario del Código penal español. El Congreso internacional de Derecho penal de 1937. Terrorismo. Reforma penal en Venezuela. Sentencia en viceversa. Publicación de carta privada*. — Buenos Aires: Editorial "Tea", 1951. Un volumen en 8º de 255 páginas.
110. *El Criminalista*. Tomo X: *El pensamiento penal y criminológico en la primera mitad del siglo XX. Crónicas de Derecho penal hispanoamericano. Observaciones sobre el Proyecto de una Corte penal internacional. Los delincuentes y la literatura. Comentarios a una sentencia absolutoria de un uxoricida. Adulterio. ¿Puede facilitarse la prostitución omisivamente? Lucha antiveneréa y abolicionismo. Crítica de las obras de Bramont, Paulina Luisi y De los Ríos*. — Buenos Aires: Editorial "Tea", 1952. Un volumen en 8º de 300 páginas.
111. *Le Droit pénal espagnol* (Conference prononcée le 28 septembre 1950 en Sorbonne). — Casablanca: Imp. Latine, sin año (1952). Un folleto en 8º de 20 páginas.
112. *Tratado de Derecho penal*. Tomo IV: *El Delito* (Segunda Parte: *Las Causas de Justificación*). — Buenos Aires: Losada, 1952. Un volumen en 4º mayor de 768 páginas.
113. *El Criminalista*. Segunda Serie. Tomo I: *Introducción. Crónica de Derecho penal hispanoamericano 1951-1952. Los delitos internacionales. La legítima defensa en el Brasil. Homicidio en defensa legítima. La culpabilidad normativa. Defensa putativa. Embriaguez. Alevosía. Responsabilidad médica. Responsabilidad penal bancaria. Estado peligroso. Denegación de justicia. Necrología de Rutz - Funes*. — Crítica de las obras de Rutz - Funes, Garcerán y Masel. — Buenos Aires: Zavalia Editor, 1955. Un volumen en 8º de 361 páginas.
114. *Tratado de Derecho penal*. Tomo V: *La culpabilidad*. — Buenos Aires: Losada, 1956. Un volumen en 4º de 1.120 páginas.
115. *El P. S. O. E., la Democracia, la ley y la Universidad*. — Buenos Aires, 1956. Un folleto en 8º de 20 páginas.
116. *Bases para una restauración del Derecho penal democrático*. — Córdoba: Cuadernos del Centro Estudiantes de Derecho, 1957. Un folleto en 4º menor de 64 páginas.
117. *L'Orientation moderne des notions d'auteur et de participation à l'infraction*.

- (Extrait de la "Revue Internationale de Droit pénal", 28° anée, 1957, N° 3 et 4), Paris, Recueil Sirey, 1957. — *La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de participación en la infracción* (edición castellana del trabajo acabado de mencionar). — Santa Fe: Cuadernos de Ciencia penal y Criminología, núm. 3, 1957. Un volumen en 4° de 109 páginas.
118. *El pensamiento jurídico español y su influencia en Europa*. — Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958. Un volumen en 8° de 101 páginas.
119. *El Criminalista*. Segunda Serie. Tomo II (el XII de toda la colección): *El Derecho penal español. Crónica de Derecho penal hispanoamericano 1953. El estado peligroso y el Derecho penal. La sistematización jurídica del estado peligroso. Las penas y las medidas de seguridad. El delincuente habitual y el "recidivismo"*. — Buenos Aires: Zavalia Editor, 1958. Un volumen en 8° de 271 páginas.
- 120 a 174. *Prólogos, Presentaciones, Introducciones, Epílogos y Estudios críticos a las obras de: Isaias Sánchez Tejerina, Teoría de los delitos de omisión, 1918; Antonio Álvarez, García Prieto, El aborto ¿es un crimen?, 1925; Mauricio Parmalee, Criminología, 1925; Bernardino León y León, El Poder Judicial, 1925; Guillermo Fernández Dávila, El delito del aborto, 1926; Eduardo Piñán Malvar, El homicidio piadoso, 1927; Nuevo Código penal de la Rusia Soviética, 1927; Jaime Torrubiano Ripoll, Teología y Eugenesia, 1929; Eduardo Benzo, La libertad en América, 1929; José Ingenieros, La Universidad del porvenir, 1929; Alfonso Hernández Catá, El Ángel de Sodoma, segunda edición, 1929; José Peco, El uxoricidio por adulterio, 1929; César González Ruano, El crimen de la Gran Vía, 1929; Manuel Benzo, Profilaxis social, familiar e individual de la tuberculosis, sin año (1930); Juan P. Ramos, Ciudades italianas, 1930; M. Casas Fernández, Voltaire criminalista, 1931; Juan de Gredos y J. M. de Barbachano, Hacia el divorcio en España, 1931; Album de las Cortes Constituyentes, Madrid, sin año (1932); Jerónimo Comariz, Ley de divorcio, 1932; Antonio Gómez Mesa, Protección y corrección de la adolescencia. Tribunales tutelares de menores, 1932; María Luisa de Iriarte, Romances de amor antiguo, 1933; Antonio Rodríguez Sastre, El delito financiero, 1934; Horacio de Castro, Principios de Derecho Soviético, 1934; Indalecio Prieto, Postiones socialistas, 1935; Marcelino F. Serrano, La asistencia social a los delincuentes, 1935; Manuel López Rey, Un delito de asesinato (El caso Sirval), 1936; Barton (Poesías de García Lorca, traducidas al checo), Praga, 1937; Gina Lombroso-Ferrero, Vida de Lombroso, 1940; José Medrano Ossio, Responsabilidad penal de los indígenas, 1941; Hans Bétzhold, Eugenesia, 1942; José Agustín Martínez, Aborto ilícito y derecho al aborto, 1942; Rafael Fontecilla, Derecho procesal penal, 1943; Alípio Silveira, La interpretación de las leyes frente a los regímenes políticos, 1943; José López Gento, El hombre y la riqueza, 1943; Abraham Drapkin, Relación de causalidad y delito, 1943; Francisco Blasco, Tomás Moro, criminalista, 1943; Federico de Córdoba, La libertad condicional, La Habana, 1943; Mariano Ruiz Funes, Actualidad de la venganza, 1944; Jorge Frías Caballero, El proceso ejecutivo del delito, 1944; Alfredo R. Sivori, La criminalidad en los menores, 1944; Constitución de la República Española, 1946; José Rafael Mendoza, Curso de Derecho penal venezolano, 1945; Luis Cova García, Elementos generales de*

*Derecho penal venezolano*, 1945; Juan Manuel Mediano, *Leyes penales comentadas con notas del Codificador y la Jurisprudencia de los Tribunales argentinos*, 1946; Emilio Boutmy, *Psicología política del pueblo inglés*, 1946; Samuel Daien, *Régimen jurídico y social de la libertad condicional*, 1947; Octavio Garcerán Laredo, *El duelo*, 1947; Enrique C. Henriquez, *Trastornos mentales transitorios y Responsabilidad criminal*, 1949; Luis Bramont Arias, *La ley penal*, 1950; Paulina Luisi, *Pedagogía y conducta sexual*, 1950; Fernando de los Ríos, *¿A dónde va el Estado?*, 1951; Segismundo Masel, *Pensamientos, máximas y reflexiones*, 1952; Indalecio Prieto, *Voces del presidio*, 1955; Gonzalo Fernández, *Diccionario Jurídico*, 1955; José Antonio de Miguel Serrano, *El "iter criminis"*, 1957; Gonzalo Fernández, *Historia de las leyendas y creencias*, 1957; Arie Zafrañ, *Democracia o autocracia*, 1958; Antonio Camaño Rosa, *Delitos contra la persona física*, 1958.

- 175 a 805. Artículos, discursos, notas bibliográficas y distintas contribuciones en los siguientes periódicos, revistas y publicaciones: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid), *Revista Crítica Hispanoamericana* (Madrid), *Filosofía y Letras* (Madrid), *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Madrid), *Renovación Española* (Madrid), *El Liberal* (Madrid), *Ideas* (Madrid), *Boletín del Colegio de Abogados* (Madrid), *Revista de los Tribunales* (Madrid), *Revista de Derecho Público* (Madrid), *Revista de Comunicaciones* (Madrid), *Ahora* (Madrid), *El Sol* (Madrid), *La Libertad* (Madrid), *El Socialista* (Madrid), *Heraldo de Madrid* (Madrid), *La Correspondencia Militar* (Madrid), *Juventud* (Madrid), *Audiencia Pública* (Madrid), *Justicia* (Madrid), *La Gaceta Literaria* (Madrid), *La Esfera* (Madrid), *Gaceta Médica Española* (Madrid), *Revista Española de Obstetricia y Ginecología* (Madrid), *Vida Ferroviaria* (Madrid), *Nueva España* (Madrid), *Germa* (Madrid), *El Presidencialista* (Madrid), *Política* (Madrid), *Crisol* (Madrid), *Leviatán* (Madrid), *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Madrid), *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española* (Madrid), *Anteproyectos de la Comisión Jurídica Asesora* (Madrid), *Cultura Española* (Madrid), *Las Noticias* (Barcelona), *Revista Médica de Barcelona* (Barcelona), *Revista Jurídica* (Barcelona), *El Liberal* (Bilbao), *Generación Consciente* (Valencia), *Verba* (Gijón), *La Prisión del Partido de Laviana* (Asturias), *El Noroeste* (Gijón), *El Pueblo Gallego* (Vigo), *Ade-lante* (Eibar), *Juventud* (Alicante), *Región* (Santander), *La Voz de Cantabria* (Santander), *Hojas Libres* (París), *El Socialista* (publicado en el exilio por los socialistas españoles, Toulouse), *Boletín de la Biblioteca Nacional de Criminología y Ciencias Afines* (Buenos Aires), *Revista de Criminología* (Buenos Aires), *Revista Penal Argentina* (Buenos Aires), *Revista de Psiquiatría y Criminología* (Buenos Aires), *Revista de Derecho Penal* (Buenos Aires), *Archivos de Medicina Legal* (Buenos Aires), *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales* (Buenos Aires), *Revista Universitaria* (Buenos Aires), *La Ley* (Buenos Aires), *Anales de Legislación Argentina* (Buenos Aires), *Anales del Instituto de Psicología* (Buenos Aires), *Jurisprudencia Argentina* (Buenos Aires), *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires* (Buenos Aires), *Publicaciones de la Liga Argentina de Profilaxis Social* (Buenos Aires), *España Republicana* (Buenos Aires), *La Prensa* (Buenos Aires), *La Vanguardia* (Buenos Aires), No-

*ticias Gráficas* (Buenos Aires), *Crítica* (Buenos Aires), *Correo de Asturias* (Buenos Aires), *El Quijote* (órgano de las juventudes del Centro Republicano Español, Buenos Aires), *La Época* (Buenos Aires), *Liberalis* (Buenos Aires), *Homenaje a don Martín García* (Buenos Aires), *Italia Libre* (Buenos Aires), *Verbum* (Buenos Aires), *Anales de la Institución Cultural Española* (Buenos Aires), *Mundo Israelita* (Buenos Aires), *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (Córdoba, República Argentina), *Córdoba*, Revista de crítica social y universitaria (Córdoba, República Argentina), *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba* (República Argentina), *Revista Jurídica de Córdoba* (República Argentina), *Sagitario* (La Plata, República Argentina), *Revista de la Facultad de Ciencias Médicas y del Centro de Estudiantes de Medicina* (La Plata), *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (La Plata), *Biblos* (Azul, República Argentina), *Revista del Colegio de Abogados de Rosario* (República Argentina), *La Capital* (Rosario, República Argentina), *Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos* (República Argentina), *Temas de Pedagogía Universitaria* (volumen publicado por la Universidad del Litoral, Santa Fe, 1957), *Reforma* (órgano del Centro de Derecho de Santa Fe), *Universidad* (publicación de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe), *Equitas*, *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán* (Tucumán, República Argentina), *Sustancia* (Tucumán), *Anales de la Universidad* (Montevideo, Uruguay), *Revista del Centro Estudiantes de Derecho* (Montevideo), *La Cruz del Sur* (Montevideo), *Curso de Conferencias sobre problemas ibero-americanos organizado y patrocinado por el Círculo Callego de Montevideo* (Uruguay), *Jurisprudencia Uruguaya* (Montevideo), *Revista de Economía* (Montevideo), *Revista de Jurisprudencia Peruana* (Lima), *Revista penal y de tutela* (Lima), *Turismo* (Lima), *El Comercio* (Lima), *El Diario Judicial* (Lima), *La Revista del Foro* (Lima), *San Marcos*, Revista de Cultura General (Lima), *Labor* (Lima), *La Sierra* (Lima), *La Crítica* (Lima), *La Prensa* (Lima), *El Derecho* (Órgano del Colegio de Abogados, Arequipa, Perú), *El Norte* (Trujillo), *Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales* (Sucre, Bolivia), *Revista de Criminología y Ciencias penales* (Potosí, Bolivia), *Revista de Derecho* (La Paz, Bolivia), *Revista Jurídica* (Cochabamba, Bolivia), *Universidad* (Potosí, Bolivia), *La Razón* (La Paz, Bolivia), *Revista de Ciencias Penales* (Santiago de Chile), *Acta Criminológica* (Santiago de Chile), *El Imparcial* (Santiago de Chile), *España Libre* (Santiago de Chile), *Zig-Zag* (Santiago de Chile), *Ercilla* (Santiago de Chile), *Revista Penal de La Habana* (Cuba), *Revista Bimestre Cubana* (Habana), *Revista del Colegio de Abogados de La Habana* (Cuba), *Orbe* (Habana), *Memoria del Centro Asturiano de La Habana* (Habana), *Revista de Medicina Legal de Cuba* (Habana), *Boletín de la Academia de Derecho* (Habana), *Social* (Habana), *Alrededor de América* (Habana), *Vida Universitaria* (Habana), *Revista Colombiana de Biología Criminal* (Colombia), *La Voz de Caldas* (Manizales, Colombia), *Revista de la Universidad del Cauca* (Popayán, Colombia), *Revista del Instituto de Ciencias penales y penitenciarias* (Bogotá), *Diario de Costa Rica* (San José), *Repertorio Americano* (San José de Costa Rica), *Jornal do Commercio* (Río de Janeiro), *O Globo* (Río de Janeiro), *Gaceta de Noticias* (Río de Janeiro), *A Fonte* (Curitiba,



Brasil), *Criminalia*, *Revista de Criminología* (México), *El Universal* (México), *Adelante* (México), *Revista de la Facultad de Derecho de México* (México), *Boletín de Información Judicial* (Jalapa, México), *Revista Jurídica Veracruzana* (Jalapa, México), *El País* (Caracas, Venezuela), *Identidad y Derecho* (Caracas), *Fuerzas Armadas Policiales* (Caracas), *Tierra* (Quito), *Democracia* (Ciudad Trujillo, República Dominicana), *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico* (Puerto Rico), *Saertryck of Oekonomi og. Politik* (Copenhague, Dinamarca), *La Scuola Positiva*, *Rivista di Diritto e Procedura Penale* (Milán), *La Scuola Penale Unitaria* (Roma), *La Palestra del Diritto* (Perugia, Roma), *La Giustizia penale* (Roma), *Il Pensiero giuridico-penale* (Messina), *Archives de Criminologie et Médecine Légale* (Jarkof, Ucrania, U. R. S. S.), *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* (Heidelberg), *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Berlín), *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (Berlín), *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht: Revue pénale suisse* (Bern), *Revue Internationale de Droit pénal* (París), *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé* (París), *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* (Bruselas), *Annuaire de Législation étrangère* (París), *Revue internationale de Criminologie et de Police Technique* (Ginebra), *Revista penitenciaria* (en griego, Atenas), *Foreign Affairs* (Nueva York), *Pravo Lidu* (Praga), *Španielsko* (Praga). — *Segundo Congreso penitenciario español*, celebrado en La Coruña, 1914. — *VI. Conférence internationale pour l'Unification du Droit pénal*, habida en Copenhague en 1935. — *Association internationale de Droit pénal. Quatrième Congrès international de Droit pénal*, habido en París del 26 al 31 de julio de 1937. — *Segundo Congreso Latino Americano de Criminología*, realizado en Santiago de Chile, 19-26 de enero de 1941. — *Douzième Congrès pénal et pénitentiaire international*, habido en La Haya del 14 al 19 de agosto de 1950. — *Actes du IIe. Congrès international de Criminologie*, celebrado en París en 1950. — *Annais do Congresso Jurídico Nacional comemorativo do Cinquentenario de Faculdade de Direito de Porto Alegre*, 1951. — *Deuxième Cours international de Criminologie (París, 14 septembre-23 octobre 1953): Le problème de l'état dangereux* (París, Ministère de la Justice, 1954).

#### TRADUCCIONES

806. *Una Confederación centro-europea*, por Franz von Liszt. Versión directa del alemán, en colaboración con Julio Bejarano. — Madrid: Establecimiento tipográfico de Fortanet, 1915.
807. *Tratado de Derecho penal*, por Franz von Liszt. Traducido de la 20ª edición alemana. Segundo y tercer tomos. — Madrid: Reus, 1916-17 (2ª ed., 1927-29).
808. *Programa del Curso de Derecho criminal*, por Francisco Carrara. Traducción del italiano. Volumen primero de la Parte General. — Madrid, Reus, 1922.
809. *El nuevo Código penal de la Rusia Soviética, precedido de un estudio preliminar*, por el profesor Grodsinsky. Traducción directa de los manus-

critos alemanes, en colaboración con José Arturo Rodríguez Muñoz, y *Prólogo mío*. — Madrid: Reus, 1927. Esta traducción ha sido, a su vez, traducida al italiano por Tancredo Gatti: *Il Codice penale per la Repubblica Federativa Socialista Russa del Soviety. Recensione e traduzione della versione spagnuola*. — Città di Castello: Tip. "Leonardo da Vinci", 1928. (Estratto dalla "Giustizia Penale", Anno XXIV, 1928, IV, della 4ª parte, fasc. 44, semet et vicies.)

#### OBRAS EN PRENSA Y EN PREPARACIÓN

1. *Tratado de Derecho penal*. Volumen VI: *Parte General: El Delito y su Exteriorización*.
2. *Tratado de Derecho penal*. Volumen VII: *Parte General: El Delincuente*.
3. *Tratado de Derecho penal*. Volumen VIII: *La pena y las medidas de seguridad*.
4. *El pensamiento vivo de Dorado Montero*.
5. *El pensamiento vivo de Lombroso*.
6. *La Criminología (Biología y Sociología criminales)*.
7. *Apuntes de un penalista*. (Recopilación de artículos de Derecho y Legislación penales.)
8. *La agonía de Checoeslovaquia. (Dos años de diplomacia en Praga)*.
9. *El Homicidio*.
10. *El Criminalista*. Tomos III y IV de la Segunda Serie.
11. *Psicoanálisis criminal*, 5ª edición puesta al día.
12. *El delincuente y la pena. Principios de Derecho penal*.
13. *Cuadernos de Derecho penal hispanoamericano*, dos tomos en prensa.

# ÍNDICE

	Pág.
Prólogo de la tercera edición .....	9
Prólogo de la segunda edición .....	11
Prólogo de la primera edición .....	13

## PARTE PRIMERA

### EL DERECHO PENAL Y SU FILOSOFÍA

#### CAPÍTULO I

##### CONCEPTO DEL DERECHO PENAL

1. Denominación .....	17
2. Definiciones .....	18
3. Caracteres .....	19
a) Derecho público .....	19
b) Derecho normativo, valorativo y finalista .....	19
c) Norma y bien jurídico .....	20
d) ¿Constitutivo o sancionador? .....	20
4. Derecho penal subjetivo y objetivo .....	21
5. Elementos .....	21

#### CAPÍTULO II

##### CONTENIDO, MÉTODO Y SISTEMA

6. Extensión .....	23
7. Contenido .....	24
8. Las ciencias penales .....	25
9. La teoría general del Derecho .....	27
10. Método .....	28

	Pág.
a) Método jurídico .....	28
b) Método experimental .....	28
c) Método teleológico .....	29
11. Sistemática del Derecho penal .....	29

## CAPÍTULO III

## EVOLUCIÓN HISTÓRICA

*Orígenes del Derecho penal liberal*

12. El Derecho penal público .....	31
13. La tendencia humanista .....	32
14. La Época de las Luces y el Derecho penal .....	32
15. César Beccaría .....	34
16. John Howard .....	35
17. Marat y su Plan de Legislación criminal .....	36
18. La revolución penal en España .....	37
19. El Derecho penal revolucionario .....	38
20. Los creadores del Derecho penal liberal .....	39

## CAPÍTULO IV

FUNDAMENTO DEL DERECHO DE PENAR-  
ESCUELA CLÁSICA

21. El <i>ius puniendi</i> .....	40
22. Tesis .....	40
23. Antítesis .....	42
24. Síntesis .....	45
25. Escuela clásica .....	45
26. Sus caracteres .....	46
27. Sus variedades .....	46

## CAPÍTULO V

## LA ESCUELA POSITIVA

28. Lo que fué .....	48
a) Lombroso y los fundadores del positivismo .....	48
b) Significado de la Escuela positiva .....	50

## ÍNDICE

	561
	Pág.
c) Unidad y variedad .....	50
d) Ramas en que se dividió .....	51
29. Caracteres .....	51
30. Bases filosóficas y biológicas del positivismo .....	52
31. Lo que pudo ser .....	53
32. Las nuevas concepciones biológicas .....	53
33. Sesgo jurídico .....	54
34. Lo que el positivismo ha sido en América .....	54
35. Lo que queda del positivismo .....	56

## CAPÍTULO VI

### ESCUELAS INTERMEDIAS Y NUEVAS TENDENCIAS

36. Teoría correccionalista .....	59
37. Positivismo crítico .....	60
38. "Terza scuola" .....	61
39. La política criminal y sus caracteres .....	61
40. Otras tendencias. - Neoclasicismo .....	64
41. Tendencia dualista .....	64
42. Teoría penal humanista .....	65
43. Idealismo activista .....	66
44. La Escuela técnico-jurídica y la Dogmática .....	66

## CAPÍTULO VII

### EL FINAL DE LA LUCHA DE ESCUELAS Y EL PROBLEMA POLÍTICO

45. Tregua de Escuelas y planteamiento del conflicto político-penal ..	68
46. El Derecho penal liberal .....	69
47. El Derecho penal autoritario .....	70
a) Autoritarismo del Derecho penal soviético .....	70
b) Autoritarismo del Derecho penal alemán .....	71
c) El caso de Italia .....	72
48. Reflexiones críticas sobre el Derecho penal y liberal y el autoritario	72
49. El porvenir .....	73

## PARTE SEGUNDA

## LA LEY PENAL

## CAPÍTULO VIII

## LA LEY Y LA NORMA

	Pág.
50. El sistema jurídico .....	77
51. El mundo del ser y del deber ser .....	77
52. Valor de las concepciones del mundo .....	78
53. La justicia y la libertad como contenido del Derecho .....	82
54. La Ley y la Norma .....	83

## CAPÍTULO IX

## FUENTES DEL DERECHO PENAL

55. Fuente productora del Derecho penal .....	85
56. La costumbre .....	85
57. La Jurisprudencia .....	87
58. La analogía y los principios generales del Derecho .....	89
59. La doctrina .....	90

## CAPÍTULO X

## LA LEY PENAL Y SU EXCLUSIVISMO

60. La ley penal como fuente única .....	92
61. Caracteres de la ley penal .....	93
62. Formas de la ley penal .....	93
63. Especies de la ley penal .....	94
64. Leyes en blanco .....	95
65. <i>Nullum crimen, nulla poena sine lege</i> .....	96
66. Sus fundamentos .....	96
a) Su fundamento filosófico .....	96
b) Su significación científica .....	97
67. Su aspecto político .....	98
68. Su valor presente y futuro. ....	99

## CAPÍTULO XI

## CONCEPTO Y CLASES DE INTERPRETACIÓN

	<u>Pág.</u>
69. Necesidad de interpretar las leyes penales .....	100
70. Naturaleza de la interpretación .....	101
71. Clases de interpretación .....	102
72. Interpretación auténtica .....	103
73. Interpretación contextual y posterior .....	103
a) Interpretación contextual .....	103
b) Trabajos preparatorios, discusiones parlamentarias, exposición de motivos, etc. ....	104
c) Interpretación auténtica posterior .....	104
d) La fe de erratas y la ley con errores .....	105
74. Interpretación doctrinal .....	106
75. Interpretación judicial .....	106
a) Concepto e importancia .....	106
b) La función del juez .....	107
c) Examen del llamado Derecho libre .....	108

## CAPÍTULO XII

## LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

76. Formas de la interpretación hecha por los jueces .....	109
77. Su objetivo .....	109
78. Reglas y fronteras .....	110
a) Valor de los precedentes .....	110
b) Misión del juez y su límite .....	111
c) Interpretación e índole del delincuente .....	112
79. Interpretación gramatical .....	112
80. Concepto de la interpretación teleológica .....	113
81. Elementos de la interpretación finalista .....	114
a) La "ratio legis" .....	114
b) Elemento sistemático .....	115
c) Elemento histórico .....	115
d) Elemento comparativo extranjero .....	116
e) Elemento extrapenal y extrajurídico .....	116
82. Resultados de la interpretación judicial .....	116
a) Interpretación meramente declarativa, restrictiva y extensiva ..	116

	Pág.
b) Error de fijar como regla inmutable el principio "odiosa sunt restringenda" .....	117
c) Necesidad de admitir en ciertos casos la interpretación extensiva, incluso de las leyes penales que no favorezcan al reo .....	118
d) La jurisprudencia en algunos países .....	118
e) Votos de los Congresos Internacionales .....	119
83. Interpretación progresiva .....	119

### CAPÍTULO XIII

#### LA ANALOGÍA

84. Concepto y clases de la analogía .....	121
a) Definición de la analogía y su diferencia con la interpretación extensiva .....	121
b) Especies de analogía .....	123
85. Polémica en torno a la admisión de la analogía .....	124
86. La analogía en los Congresos Internacionales .....	125
87. La analogía en los escritores de América del Sur .....	126
88. Total repudio de la analogía en Derecho penal .....	127
89. La analogía en la Historia y en algunas legislaciones vigentes .....	128
a) Leyes históricas y Códigos modernos .....	128
b) La Gran Bretaña .....	129
c) El Derecho canónico .....	129
d) Tendencia hacia su admisión en el Japón .....	129
e) Admisión técnica de la analogía en Dinamarca .....	130

### CAPÍTULO XIV

#### EL DERECHO "POPULAR", LA ANALOGÍA Y LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA

90. La analogía en el Derecho soviético .....	131
a) El valor del Derecho en Rusia .....	131
b) La analogía como situación intermedia .....	132
c) Aplicación de la analogía en la U. R. S. S. ....	133
91. La analogía en el Derecho penal alemán del Tercer Reich .....	134
a) La ley de 28 de junio de 1935 sobre analogía y Derecho "popular" .....	134
b) Examen de la jurisprudencia alemana .....	136
c) Deformación del concepto analógico .....	137



ÍNDICE

565

92. La vuelta al principio legalista .....	138
93. ¿Qué debe entenderse por leyes penales en relación con la analogía?	138
93 <sup>b</sup> La interpretación analógica .....	140

CAPÍTULO XV

CONCURSO APARENTE DE LEYES

94. Concepto .....	141
95. La doctrina y la sistemática del asunto .....	142
96. Principios para la resolución del aparente conflicto .....	143
97. Principio de alternatividad .....	144
98. Principio de especialidad .....	146
99. Principio de subsidiaridad .....	146
100. Principio de consunción .....	147

CAPÍTULO XVI

VALIDEZ TEMPORAL DE LA LEY PUNITIVA

101. Nacimiento y derogación de la ley penal .....	149
102. Eficacia de la ley penal en orden al tiempo .....	150
a) Sucesión de leyes penales .....	150
b) Aplicación de una ley no vigente .....	150
103. La no extractividad de las leyes penales .....	151
a) Concepto y posición del problema .....	151
b) Teoría sobre la retroactividad e irretroactividad de las leyes penales .....	151
104. Extractividad de la ley más favorable .....	153
a) El principio .....	153
b) Casos que pueden presentarse .....	153
c) Determinación de la ley que más favorezca al reo .....	154
d) Tiempo en que el delito se estima cometido .....	154
e) Retroactividad y prescripción .....	154
105. Validez temporal en orden a las especies de leyes penales .....	155
a) Leyes interpretativas y fe de erratas .....	155
b) Tratados internacionales .....	155
c) Leyes temporales y excepcionales .....	155
106. Ley penal intermedia .....	157
107. Disposiciones sobre las medidas de seguridad .....	157
108. La validez temporal en referencia a las disposiciones civiles y procesales .....	158
109. Retroactividad y cosa juzgada .....	159

## CAPÍTULO XVII

## VALIDEZ DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

	PÁG.
110. Concepto del llamado Derecho penal internacional .....	160
111. Principios del llamado Derecho penal internacional .....	161
a) Principio de territorialidad .....	161
b) Principio de personalidad .....	162
c) Principio real .....	162
d) Principio de la justicia mundial .....	163
e) Principios dominantes: territorialidad y complementos .....	163
112. Territorialidad de la ley penal y concepto del territorio .....	164
a) La ley penal es territorial .....	164
b) Concepto del territorio .....	165
113. Lugar de comisión del delito .....	168
114. Delitos cometidos en el extranjero .....	169
a) Penalidad basada en el principio de protección .....	169
b) Sanción en orden al principio de nacionalidad .....	169
c) Penalidad por representación .....	170
d) Sanción universal por comunidad de intereses internacionales ..	170
e) Requisitos .....	170
115. Valor de las leyes y resoluciones represivas dictadas en otros países.	171
116. La unificación del Derecho penal .....	172

## CAPÍTULO XVIII

## EXTRADICIÓN

117. Concepto, fundamento y formas de la extradición .....	176
118. Fuentes de la extradición .....	177
a) Tratados .....	177
b) Leyes internas .....	178
c) Tratados y leyes tipos .....	178
119. Extradición activa y pasiva .....	179
a) Extradición activa .....	179
b) Extradición pasiva .....	179
120. Principios de la extradición en orden al delincuente .....	179
121. Principios en referencia al delito .....	180
a) Repertorio de delitos .....	180
b) <i>Nulla traditio sine lege</i> .....	180
c) Gravedad de la infracción .....	182

## ÍNDICE

	567
	<u>Pág.</u>
122. Principios de la extradición en orden a la penalidad .....	182
a) Excepciones .....	182
b) La extradición y las medidas de seguridad .....	183
123. Excepciones a la entrega de delincuentes .....	183
a) Nacionales .....	183
b) Delitos militares .....	185
124. Asilo de los delincuentes políticos .....	185
a) Historia y situación vigente .....	185
b) Motivación del asilo .....	186
c) Concepto del delito político en el Derecho internacional .....	186
d) Delitos complejos y conexos .....	187
e) Tendencia restrictiva .....	187
f) Excepción de las magnicidas .....	188
g) ¿Debe ser entregado el delincuente social? .....	189
h) El asilo en Embajadas y Legaciones .....	190
125. Derecho formal de extradición .....	191

## CAPÍTULO XIX

### LA LEY PENAL Y LAS PRERROGATIVAS FUNCIONALES

126. La igualdad ante la ley .....	193
127. Inviolabilidad del Jefe de Estado .....	194
128. "Inviolabilidad" de los parlamentarios .....	195
129. Inviolabilidad de los Jefes de Estado extranjeros y de los diplomáticos.	195
130. Inmunidad de Diputados y Senadores .....	196
131. Prerrogativas procesales del Presidente de la República .....	196
132. Prerrogativas procesales de los altos funcionarios .....	197
133. Prerrogativas procesales de la función judicial .....	197

## PARTE TERCERA

### EL DELITO

#### CAPÍTULO XX

##### CONCEPTO DEL DELITO

134. Concepto provisional .....	201
135. El delito como valoración jurídica a través de los tiempos .....	201

	Pág.
136. El delito como ente jurídico .....	202
137. La revolución positivista .....	203
138. El delito natural de Garófalo .....	203
139. El concepto dogmático del delito .....	204
140. El concepto del delito según Beling, Mayer y Mezger .....	205
141. Definición del delito y enumeración de caracteres .....	206
142. Nuestra concepción de la dogmática del delito .....	207
143. Aspecto positivo y negativo .....	209

## CAPÍTULO XXI

## LA ACCIÓN Y SU AUSENCIA

144. Concepto del acto .....	210
145. El acto sólo proviene del hombre .....	210
146. Problemática de la acción .....	211
a) La teoría de la acción sintomática .....	212
b) Teorías de la acción dependiente de la imputabilidad, de la antijuricidad o del tipo .....	213
c) ¿La acción no comprende la omisión? .....	213
d) La acción acromática .....	213
147. El resultado .....	214
148. Delitos "formales" y "materiales"; de lesión y de peligro .....	214
149. Acción y omisión .....	216
150. Las omisiones en los Códigos iberoamericanos .....	218
151. El lugar y el tiempo de la acción .....	219
152. Ausencia de acto .....	219

## CAPÍTULO XXII

## LA CAUSALIDAD

153. Concepto de la causa .....	221
154. Teorías sobre la causalidad en Derecho penal .....	223
155. Crítica de la teoría de la equivalencia de condiciones .....	224
156. Crítica de la causación adecuada .....	226
157. La relación causal y su relevancia .....	227
158. La teoría correcta .....	229
159. Causalidad y culpabilidad .....	230
160. El nexo causal en orden a ciertas clases de delitos .....	231
a) Delitos calificados por el resultado .....	231
b) Delitos de omisión .....	232
161. La causalidad en los Códigos penales .....	233

CAPÍTULO XXIII

LA TIPICIDAD

	Pág.
162. Concepto de la tipicidad .....	235
a) El hecho concreto y el tipo legal .....	235
b) Terminología .....	235
c) Historia .....	237
163. Evolución del concepto de tipo .....	237
a) Primera fase: la independencia .....	237
b) Segunda fase: carácter indiciario .....	238
c) Tercera fase: "ratio essendi" de la antijuricidad .....	238
164. Fase defensiva .....	239
a) Tipo de delito ("Deliktstypus") .....	240
b) "Tatbestand" legal y "Leitbild" .....	241
c) Difusión de la importancia del "Tatbestand" .....	246
d) Resumen .....	247
e) Crítica .....	248
165. Fase destructiva .....	249
166. Función de la tipicidad .....	251

CAPÍTULO XXIV

LA TIPICIDAD Y SU AUSENCIA

167. Tipos de mera descripción objetiva .....	253
168. Elementos de los tipos .....	255
a) Elementos subjetivos .....	255
b) Elementos normativos .....	257
c) Naturaleza de los elementos subjetivos y normativos .....	257
169. Especies de los tipos .....	259
170. Clasificación de los tipos .....	260
a) Elementos subjetivos referentes al autor .....	260
b) Elementos subjetivos que se dan fuera del autor .....	260
171. La tipicidad y la función del juez instructor .....	260
172. Importancia de la doctrina del tipo .....	262
173. Aspecto negativo: ausencia de tipicidad .....	263

## CAPÍTULO XXV

## LA ANTIJURICIDAD Y LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

	Pág.
174. Lo justo y lo injusto. ....	265
175. Concepto .....	267
176. La antijuricidad como concepto valorativo .....	268
177. Norma y Ley. La "Normwidrigkeit" de Binding .....	269
178. Norma y Derecho justo. La "conducta injusta" de Graf zu Dohna.	271
179. Norma y sociedad. La "Gesellschaftwidrigkeit" de von Liszt .....	275
180. Norma y cultura. La "Kulturwidrigkeit" de M. E. Mayer .....	275
181. La lucha entre la concepción jurídica y la extrajurídica de la antijuricidad .....	276
182. Antijuricidad material y formal .....	277
183. La supuesta crisis de la antijuricidad .....	279
184. La antijuricidad objetiva .....	280
185. Las causas de justificación .....	280
a) Problemas de técnica y terminología .....	280
b) Concepto de las causas de justificación .....	284
c) Fundamentación .....	284
d) Las causas de justificación en especie .....	285

## CAPÍTULO XXVI

## LA LEGÍTIMA DEFENSA

186. Advertencia .....	288
187. Concepto e historia .....	288
188. Fundamentos .....	289
189. Extensión de la legítima defensa .....	291
a) Bienes defendibles .....	291
b) La defensa de parientes y extraños .....	293
190. Condiciones de la legítima defensa .....	293
a) Cómo ha de ser la agresión .....	293
b) Cómo ha de ser la defensa .....	295
c) Cómo ha de ser la defensa del pariente o del extraño .....	298
191. Defensas inculpables, pero no justificadas .....	299
a) Presunción de legítima defensa .....	299
b) Defensa subjetiva y putativa .....	299
c) Defensa excesiva por incertidumbre, temor o terror .....	300
d) Defensa excesiva por culpa o dolo .....	301

## CAPÍTULO XXVII

## EL ESTADO DE NECESIDAD

	Pág.
192. Concepto e historia .....	302
193. Diferencias entre el estado de necesidad y la legítima defensa ...	303
194. Fundamento y naturaleza del estado de necesidad .....	303
a) La justificación "sensu stricto" .....	303
b) La inculpabilidad en caso de colisión de dos bienes iguales ...	307
c) Las legislaciones y la naturaleza del estado de necesidad .....	309
195. Extensión .....	310
a) En cuanto a los bienes .....	310
b) Auxilio a tercero .....	310
196. Condiciones .....	311
a) Peligro grave e inminente .....	311
b) No causado intencionalmente .....	311
c) Inevitabilidad y proporción .....	312

## CAPÍTULO XXVIII

## LA JUSTIFICACIÓN SUPRALEGAL

197. El deslinde de lo justo y de lo injusto .....	313
198. Actos ejecutados en la realización de un fin reconocido por el Estado.	314
199. Tratamiento médico-quirúrgico. ....	315
200. Vivisección. ....	316
201. Violencias y lesiones en los deportes .....	317
202. Justificación supralegal .....	320
203. La interpretación teleológica y progresiva del concepto del delito.	321

## CAPÍTULO XXIX

## LA IMPUTABILIDAD

204. Cuestión de sistema .....	325
205. El concepto clásico de imputabilidad .....	325
206. Libre albedrío y determinismo .....	326
207. Determinismo y responsabilidad social .....	328
208. Imputabilidad ecléctica .....	329
209. El estado peligroso .....	331
210. La imputabilidad psicológica como base de la culpabilidad .....	333

	Pág.
211. La imputabilidad en algunos Códigos hispanoamericanos .....	334
212. La llamada "imputabilidad disminuída" .....	335
213. El momento de la imputabilidad ("actio libera in causa") .....	336

## CAPÍTULO XXX

## LAS CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD

214. Concepto de la inimputabilidad .....	338
215. Las causas de inimputabilidad en especie .....	339
216. La enajenación .....	340
a) Fórmula psiquiátrica o biológica pura .....	340
b) Fórmula psicológica .....	341
c) Fórmula psiquiátrico-psicológico-jurídica .....	341
217. La fórmula de inimputabilidad en los Códigos iberoamericanos ...	342
a) La enajenación .....	342
b) La embriaguez .....	343
218. Preferencia de la fórmula psiquiátrico-psicológico-jurídica .....	344
219. Inconsciencia .....	345
220. Trastorno mental transitorio .....	346
a) Antecedentes .....	346
b) Crítica .....	350
c) La jurisprudencia española .....	350
221. La fórmula legal de irresponsabilidad .....	351

## CAPÍTULO XXXI

## LA CULPABILIDAD

222. Noción de la culpabilidad en sentido amplio y en sentido estricto.	352
223. Teoría general de la culpabilidad .....	353
224. Concepto normativo .....	354
a) Doctrina psicológica .....	354
b) Concepción normativa .....	355
225. La culpabilidad y lo injusto .....	355
226. Noción general .....	356
227. Contenido del juicio de culpabilidad .....	357
228. Elementos .....	357
229. Especies de la culpabilidad .....	358



CAPÍTULO XXXII

EL DOLO

	Pág.
230. Evolución del concepto de dolo .....	359
231. Elementos intelectuales .....	360
232. Elementos afectivos .....	362
233. Teoría de los móviles .....	363
234. Definición del dolo .....	365
235. Clases de dolo .....	365
236. El dolo de consecuencias necesarias o dolo directo de segundo grado	366
237. Dolo eventual .....	367

CAPÍTULO XXXIII

LA CULPA Y EL DELITO PRETERINTENCIONAL

238. Concepto de la culpa .....	371
239. Doctrinas sobre la naturaleza de la culpa .....	372
a) Teoría integral de von Liszt .....	373
b) Doctrina de Binding .....	374
c) Teoría psicoanalítica de Alexander y Staub .....	376
d) Doctrina de Mezger .....	377
240. Lo excepcional de la culpa .....	377
241. Clases de culpa .....	378
242. La culpa en los Códigos penales iberoamericanos .....	379
243. Delito preterintencional .....	382
a) El supuesto dolo preterintencional .....	382
b) Concurso de dolo y culpa .....	383
244. Delitos calificados por el resultado .....	384
245. El medio y la preterintención .....	385
246. Un resumen de las distintas formas de culpabilidad .....	387

CAPÍTULO XXXIV

LAS CAUSAS DE INCULPABILIDAD: EL ERROR

247. Concepto de las causas de inculpabilidad .....	389
248. Clases .....	389
249. Concepto del error .....	390
a) Advertencia .....	390

	Pág.
b) Ignorancia y error .....	390
250. Error de hecho y error de derecho .....	392
251. Unificación de las formas de error .....	393
252. Posición del error en la sistemática jurídico-penal .....	395
253. Efectos del error .....	396
a) Las opiniones .....	396
b) La teoría correcta .....	397
254. Efectos del error en orden a sus condiciones y especies .....	398
255. El error en las legislaciones iberoamericanas .....	401
a) Error de hecho .....	401
b) Error de derecho .....	401
c) Tratamiento conjunto .....	402

#### CAPÍTULO XXXV

##### EXIMENTES PUTATIVAS — OBEDIENCIA JERÁRQUICA — NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

256. Las eximentes putativas .....	404
257. Defensa putativa .....	405
258. La obediencia jerárquica .....	406
a) Debate sobre su esencia .....	406
b) Concepto de la obediencia inculpable .....	407
c) Límites y condiciones .....	408
259. La “no exigibilidad de otra conducta” .....	410
260. La “no exigibilidad” en la doctrina científica .....	412
261. La “no exigibilidad” como causa general y suprallegal de culpabilidad. ....	414
262. Casos legales de “no exigibilidad de otra conducta” .....	415

#### CAPÍTULO XXXVI

##### CONDICIONALIDAD OBJETIVA Y PENALIDAD

263. Advertencia .....	417
264. Concepto de las condiciones objetivas de punibilidad .....	417
265. Evolución del concepto de estas condiciones extrínsecas .....	418
266. Clasificación de las condiciones objetivas de punibilidad .....	419
267. Las verdaderas condiciones objetivas y extrínsecas de punibilidad. ....	423
268. Concepto y efectos de la ausencia de condiciones objetivas de punibilidad .....	425
269. La penalidad como carácter específico de delito .....	425
270. ¿La penalidad es carácter o consecuencia del delito? .....	427

CAPÍTULO XXXVII

EXCUSAS ABSOLUTORIAS — RESUMEN FINAL  
DE CAUSAS Y EFECTOS

	Pág.
271. La terminología .....	432
272. Concepto de las causas de impunidad .....	432
273. Las causas de impunidad en especie .....	433
274. Falsas excusas absolutorias .....	435
275. Fijación de las verdaderas excusas absolutorias .....	436
276. Alusión al conyugicidio por adulterio .....	437
277. Resumen final de causas y efectos .....	438
278. Cuadro sinóptico .....	442

CAPÍTULO XXXVIII

LAS CIRCUNSTANCIAS QUE ATENUAN Y AGRAVAN  
LA RESPONSABILIDAD

279. Problemas de sistemática .....	443
280. La teoría general de las circunstancias .....	443
281. Historia y sistemas vigentes .....	447
282. Índole y clasificación .....	449
283. Clasificación de las atenuantes .....	450
284. Clasificación de las agravantes .....	451
285. Estudio de algunas agravantes .....	452
a) Alevosía .....	453
b) Ensañamiento .....	453
c) Premeditación .....	455

CAPÍTULO XXXIX

EL "ITER CRIMINIS" Y LAS RESOLUCIONES MANIFESTADAS

286. Preliminar .....	458
287. Concepto del "iter criminis" .....	458
288. Fase interna .....	459
a) Ideación, deliberación, resolución .....	459
b) El problema de la punibilidad de las ideas .....	460
289. Casos de resolución manifestada .....	464
a) Conspiración .....	466

	PÁG.
b) Proposición .....	466
c) Penalidad .....	466
d) Amenazas .....	467
290. El delito putativo y sus especies .....	468

## CAPÍTULO XL

## LA TENTATIVA

291. Fase externa.—Actos preparatorios .....	471
292. La tentativa como causa de extensión de pena .....	473
293. Concepto de la tentativa .....	474
294. La tentativa como acto típicamente antijurídico .....	475
a) La manifestación de voluntad y el resultado .....	475
b) Principio de ejecución .....	476
295. Momento ejecutivo del delito .....	476
a) La univocidad y sus complementos .....	476
b) Ataque al bien jurídico .....	477
c) Comienzo típico de ejecución .....	478
296. Los complementos de la acción .....	479
297. La tentativa como acción culpable .....	480

## CAPÍTULO XLI

FRUSTRACIÓN — DESISTIMIENTO — INIDONEIDAD —  
CONSUMACIÓN

298. El delito frustrado .....	483
299. Desistimiento y arrepentimiento .....	484
300. La punición del delito imperfecto .....	486
301. Delito imposible .....	486
302. La punición del delito imposible .....	492
303. El delito consumado .....	492
304. El delito agotado .....	493

## CAPÍTULO XLII

## LA CODELINCUENCIA -EL AUTOR

305. Concepto de la codelincuencia .....	495
306. Codelincuencia y causalidad .....	495

INDICE

577

	PÁG.
307. Las doctrinas sobre codelinuencia .....	497
308. Formas de participación .....	500
309. Autores .....	501

CAPÍTULO XLIII

LA PARTICIPACIÓN

310. Principios generales .....	503
a) Identidad del tipo .....	503
b) Comienzo de ejecución .....	504
c) El límite de lo injusto .....	505
d) Coincidencia de culpabilidad .....	505
311. Comunicabilidad .....	506
312. La accesoriadad .....	506
313. Coautores y cooperadores inmediatos .....	507
314. Instigador .....	507
315. Auxiliadores y cómplices .....	508

CAPÍTULO XLIV

EL DELITO DE LAS MUCHEDUMBRES

316. Advertencia .....	510
317. Concepto de la muchedumbre .....	510
318. Psicología de las muchedumbres .....	513
319. Los delitos de la muchedumbre .....	519
320. Responsabilidad de los individuos inmersos en la masa .....	520
321. Criterios mensuradores de la responsabilidad .....	521
a) Conductores y masa .....	521
b) Motivo .....	523
c) Dificultad de la prueba .....	524
322. Doctrina de los escritores, de las leyes y de la jurisprudencia italiana. ....	524
323. Irresponsabilidad de los individuos que actúan en muchedumbre ..	525

CAPÍTULO XLV

UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

324. Planteamientos de problemas .....	527
325. Unidad de delito .....	528

	PÁG.
326. Delito continuado .....	529
a) Origen y naturaleza .....	529
b) La fórmula de los Códigos iberoamericanos .....	529
327. Concurso ideal .....	532
a) Su controvertida índole .....	532
b) La predominante fórmula hispanoamericana .....	533
328. Concurso real .....	534

## CAPÍTULO XLVI

## REINCIDENCIA Y HABITUALIDAD

329. Concepto de la reincidencia .....	535
330. Sus efectos .....	535
a) Efectos agravantes .....	535
b) Improcedencia de la agravante .....	536
c) Efectos atenuantes .....	537
d) El criterio moderno .....	537
331. Clases de reincidencia .....	538
332. Criterios para decidir la misma índole de los delitos .....	539
333. Prescripción de la reincidencia .....	540
334. Habitualidad .....	541
335. Diferencias entre habitualidad, reincidencia, profesionalismo, proclividad al delito e incorregibilidad .....	542

Se terminó de imprimir el día 13 de junio  
de 1997, en ARTES GRÁFICAS CANDIL  
sito en la calle Nicaragua 4462, Buenos Aires,  
República Argentina