

ZAFFARONI

**TRATADO
DE
DERECHO
PENAL**

PARTE
GENERAL

IV

EDIAR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

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

TRATADO DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

IV



E D I A R

**SOCIEDAD ANÓNIMA EDITORA,
COMERCIAL, INDUSTRIAL Y FINANCIERA**

I.S.B.N. 950-574-005-2 (obra compl.)

I.S.B.N. 950-574-058-1 (tomo IV)

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Queda hecho el depósito que exige la ley 11.723

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

1.999

TÍTULO V

LA CULPABILIDAD

- CAPÍTULO XXXI:** La culpabilidad: concepto, fundamento y delimitación.
- CAPÍTULO XXXII:** La posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad.
- CAPÍTULO XXXIII:** La inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad por incapacidad psíquica.
- CAPÍTULO XXXIV:** La inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad proveniente de error (error de prohibición)
- CAPÍTULO XXXV:** Inexigibilidad de otra conducta por la situación reductora de la autodeterminación.

CAPÍTULO XXXI

LA CULPABILIDAD: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y DELIMITACIÓN

I. — CONCEPTO GENERAL: 446. Las dificultades. 447. Ensayo de una concepción general. - II. — DISTINTOS CONCEPTOS DE CULPABILIDAD: 448. La culpabilidad como relación psicológica. 449. La concepción compleja de la culpabilidad. - III. — LA CULPABILIDAD COMO REPROCHABILIDAD: 450. El normativismo como culminación de una evolución conceptual. 451. El “reproche” y la “reprochabilidad”. 452. Culpabilidad y reprochabilidad. 453. El dolo y la culpabilidad normativa. - IV. — EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD: 454. Su fundamento antropológico. 455. La imposibilidad de la culpabilidad penal sobre una base antropológica distinta. 456. Autodeterminación y exigibilidad. 457. El renacer positivista. - V. — LA CULPABILIDAD DE ACTO Y LA CULPABILIDAD DE AUTOR (O RESPONSABILIDAD MORAL): 458. Planteamiento. 459. El esquema aristotélico y la culpabilidad. 460. El transpaso inalterado del esquema aristotélico al campo penal. 461. El desarrollo doctrinario del problema. 462. La personalidad del autor y la culpabilidad. 463. La co-culpabilidad. - VI. — CULPABILIDAD Y ANTIJURIDICIDAD: 464. Precisión de sus límites. 465. La tesis de la exigibilidad considerada como principio regulativo. - VII. — LOS PRESUPUESTOS QUE REQUIERE EL REPROCHE DE CULPABILIDAD: 466. Planteamiento general. 467. Otras posiciones.

I. — CONCEPTO GENERAL

446. Las dificultades. Santo Tomás distinguía entre las acciones que son deliberadas y las que no lo son, reservando el nombre de *acciones humanas* para las primeras, pese a no desconocer a las segundas el carácter de acciones del hombre¹. Hasta aquí, es decir, en el nivel del análisis que hemos alcanzado, no sabemos aún si esta “acción del hombre” —en la terminología del Aquinatense— también es una acción humana, en el sentido de haber sido (o, al menos, haber tenido la posibilidad de ser) una acción deliberada.

¹ *Suma Teológica*, C. 1, a. 1.

Sólo cuando se compruebe esta condición podrá formularse un juicio de reproche al autor y sólo entonces tendremos un delito.

Quien ha obrado en forma contraria al derecho, porque no ha tenido la posibilidad exigible de motivarse conforme a la norma violada o, en general, porque no le asistió la posibilidad exigible de una acción adecuada al derecho, no puede ser penado. Tal es el *principio de culpabilidad*: no puede ser penado aquél que no puede ser reprochado por su conducta². De allí que *culpabilidad sea reprochabilidad*, esto es, el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea jurídicamente reprochada a su autor.

Este concepto de culpabilidad presupone un determinado concepto o idea del hombre, una concepción antropológica que se funda en la responsabilidad del hombre: *el hombre es persona*.

Esta idea de la culpabilidad es el llamado "sentido estricto" de la expresión, que en el lenguaje usual romano ya se distinguía del "sentido amplio"³, que es el actual sentido procesal penal de la misma.

En este "sentido amplio", culpabilidad se identifica con la resultante de la presencia de todos los requisitos del delito, además de la prueba del mismo en el debido proceso legal. Por supuesto que esta "culpabilidad en sentido amplio", también requiere la culpabilidad "en sentido estricto"⁴, pero esta última es la que nos interesa en la teoría del delito.

El problema es la culpabilidad, quizá sea el más discutido y acerca del que menos acuerdo existe en la teoría del delito. Es obvio que ello obedece a que la culpabilidad corona la teoría del delito, y toda falla en los cimientos o en la planificación de la estructura teórica del delito, se hace más evidente a medida que se asciende en los estratos de la misma, pudiendo llegar a distorsionarlos totalmente por defecto de sustentación en las etapas anteriores. Este es el problema de la culpabilidad: si se la apoya sobre un injusto defectuosamente construido, no puede sustentarse. Un injusto debilitado por la privación de elementos que le son propios, no puede sostener una culpabilidad recargada con los materiales de que él está privado.

De allí que muy pocos temas hayan sido más debatidos que la culpabilidad y a pocos se les haya dado tan diverso significado y contenido: el dolo y la culpa, como "formas" de la culpabilidad⁵;

² V. infra, § 454.

³ Entre el sentido estricto y el amplio en el lenguaje usual romano, ya distinguía FEUERBACH, *Lehrbuch*, Giessen, 1826, p. 79 nota a).

⁴ WELZEL, *Das neue Bild*, 39.

⁵ Así RADBRUCH, *ZStW*, 24, 333 y ss.; en general, el psicologismo.

el dolo y la culpa integrándola junto a la consciencia del injusto ⁶; la imputabilidad como su presupuesto ⁷; como su elemento integrante ⁸; la separación del dolo y la culpa y su ubicación como estructuras típicas ⁹; su concepción general como relación psicológica ¹⁰; como reprochabilidad luego ¹¹; la diversa captación del concepto respecto de la responsabilidad penal ¹²; su pretendido reemplazo por la peligrosidad, y así, se podrían seguir enumerando sus tribulaciones y entrar en más detalles ¹³. Lo grave es que estas alternativas son peligrosas, al hacer de la culpabilidad un concepto nebuloso y permitir el reproche a la personalidad del autor en forma ilimitada, pensamiento que implica una quiebra del principio de reserva por una vía indirecta y solapada. La supresión del principio de legalidad es casi histórica en la legislación comparada, pero la culpabilidad de autor ilimitada suele brillar muy frecuentemente con destellos maléficis, ora en las leyes, ora en la doctrina.

La dificultad para configurar una imagen de la culpabilidad trae por resultado que dentro de ella se usen otros vocablos como elementos, componentes, límites, reguladores y hasta sinónimos, que proporcionan una general impresión de anárquico desorden, pues cobran sentidos diferentes según las teorías y hasta las particularidades de una teoría en cada autor determinado que la postula.

Para aclarar un tanto el camino que vamos a seguir, es imprescindible proceder de una manera práctica en la exposición, consistente en adelantar la idea general que de la culpabilidad sostenemos y, en consecuencia, los conceptos que le son propios y el alcance que creemos corresponde a los mismos, sin perjuicio de advertir que esta estructura previa sólo irá cobrando sentido a medida que expongamos y sometamos a crítica los otros conceptos.

447. **Ensayo de una conceptualización general.** En nuestra opinión, los conceptos fundamentales que deben tenerse en cuenta para la culpabilidad son los siguientes: *la reprochabilidad, la dis-*

⁶ Así, FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907.

⁷ El psicologismo en general. RADBRUCH, por ej., op. et loc. cit.

⁸ Así MEZGER, *Lehrbuch*, 279 y ss.

⁹ Así DOHNA, VON WEBER, WELZEL, JESCHECK, STRATENWERTH, WESSELS, etc.

¹⁰ Así RADBRUCH, op. cit.

¹¹ FRANK, op. cit.

¹² Sobre ello, NASS, GUSTAG, *Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens*, Berlin, 1963.

¹³ V. por ej., el análisis de WOLF, ERIK, *Strafrechtliche Schuldlehre*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1928.

posición interna contraria a la norma, la posibilidad de realizar otra conducta, la posibilidad de motivarse en la norma, la exigibilidad y el ámbito de autodeterminación. Digamos sintéticamente que, para nosotros, dichos conceptos se combinan de la siguiente manera:

a) *Culpabilidad, reprochabilidad y disposición interna:* Desde el punto de vista normativo, la culpabilidad es la reprochabilidad de un injusto a un autor, la que sólo es posible cuando revela que el autor ha obrado con una disposición interna contraria a la norma violada, disposición que es fundamento de la culpabilidad.

Debe quedar bien claro que por disposición interna entendemos una respuesta concreta (injusto penal) del autor, pero en modo alguno un "estado" del mismo revelado por el injusto. no se trata de desvalorar una característica de la persona del autor, sino una actitud del autor en una conducta.

b) *Disposición interna y posibilidad de otra conducta:* Esta disposición contraria a la norma no se revela con la mera comisión de un injusto, sino sólo cuando le fue posible a su autor actuar de otra manera. Pero, siempre que hay un injusto hay una conducta y, por ende, siempre le es posible a su autor actuar de otra manera. Por consiguiente, no puede ser la hipotética posibilidad física la que revele una disposición interna contraria a la norma; porque esta posibilidad existe en todo injusto ^{13 bis}.

La posibilidad de actuar de otra manera debe entenderse siempre como una posibilidad exigible, y nunca como una mera posibilidad física de hacerlo.

c) *Disposición interna y posibilidad de motivarse en la norma:* La posibilidad de actuar de otra manera comienza a tener relevancia para la culpabilidad cuando a su autor le fue posible motivar su conducta en la norma y, por ende, no violarla. Pero muchas veces existe esta posibilidad de motivación en la norma y, sin embargo, la conducta no es reprochable, porque no puede afirmarse aún que exprese una disposición interna contraria a la norma.

d) *Disposición interna y posibilidad exigible de motivarse en la norma:* Luego, la relevancia de la posibilidad de motivación en la norma para la culpabilidad, no aparece con la hipotética posibilidad misma, sino con la *exigibilidad* de la posibilidad, o sea, con la posibilidad exigible de motivarse en la norma.

e) *Exigibilidad de motivación en la norma y ámbito de auto-*

^{13 bis} Es necesario tener esto en cuenta porque de lo contrario la expresión se torna equívoca (cfr. FIGUEIREDO DIAS, JORGE DE, *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*, Coimbra, 1978, p. 183).

determinación: La exigibilidad comienza cuando el sujeto ha tenido un cierto ámbito de autodeterminación para motivarse en la norma y no violarla. a') Cuando el ámbito de autodeterminación es muy estrecho, está por debajo del umbral mínimo de autodeterminación para motivarse en la norma y habrá inexigibilidad (inculpabilidad). b') Cuando está por sobre el umbral mínimo, la conducta revelará una disposición interna contraria a la norma y, cuanto más por sobre él se halla la conducta, mayor será la exigibilidad de motivarse en la norma, mayor la disposición interna contraria a la norma que el injusto pone de manifiesto y mayor la reprochabilidad. c') Luego, el ámbito de autodeterminación para motivarse en la norma indica el grado de posibilidad exigible de una conducta motivada en la norma y el grado de la reprochabilidad (culpabilidad).

La posibilidad exigible se determina conforme a criterios generales o a particularizaciones de la ley, cuando ello es posible. En general, *hay posibilidad exigible de actuar de otra manera, motivándose en la norma, cuando el sujeto α) tiene con un relativo esfuerzo la posibilidad de comprender la norma y cuando β) la constelación situacional no le restringe su ámbito de autodeterminación para motivarse en la norma por debajo del umbral mínimo.*

Este concepto de culpabilidad que acabamos de esbozar es eminentemente *normativo*, es decir, concebido como un reproche jurídico formulado al autor del injusto. La culpabilidad normativa es, por ende, un juicio personal, en el sentido de su individualización.

No es cierto que a esta característica pueda atribuirse el "carácter fragmentario" del derecho penal, pues ello es fenómeno que obedece a la tipificación y no a la culpabilidad. Maiwald —que es quien pretende deducir esa característica— se plantea el problema acerca de si diferentes tratamientos para iguales injustos no es cuestión que afecta garantías, a lo que responde negativamente, afirmando que esa objeción presupondría que la función del Estado es la justicia, cuando la verdadera función del Estado es la conservación del orden social¹⁴.

Al concepto normativo de la culpabilidad se llegó como resultado de un proceso que comenzó creyendo que la culpabilidad es una característica que prescinde de todo contenido valorativo. Nos ocuparemos de ella y de la supervivencia de sus distintas etapas

¹⁴ MAIWALD, ALFRED, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, en "Fest. f. Maurach", Karlsruhe, 1972, pp. 9 y ss.

en nuestra doctrina, que al respecto padece “la coetaneidad de lo no coetáneo”. Veremos luego qué es el *principio de culpabilidad* y cuál su fundamentô antropológico, para delimitar así el concepto de otros que le son cercanos.

II. — DISTINTOS CONCEPTOS DE CULPABILIDAD

448. **La culpabilidad como relación psicológica.** El pensamiento sistemático primitivo, consistente en separar en el delito lo objetivo de lo subjetivo, llevó a una absoluta subjetivización de la culpabilidad. La división entre la “fuerza física” y la “fuerza moral” del delito, que conocieron Carrara y Carmignani, también se oía en Alemania ¹⁵.

Feuerbach hablaba de una “causación psíquica del delito”. La aplicación de cualquier ley penal está sometida a la condición de que exista una voluntad contraria a la ley (*gesetzwidrigen Willen*) como causa (intelectual, psicológica) del delito. Se llama “imputación” la relación de un hecho punible (objetivo), como resultado de una determinación de voluntad contraria a la ley penal por parte del autor, como causa del mismo, e “imputabilidad” al estado (exterior e interior) de una persona, por el cual puede imputársele un hecho. La imputación determina la culpabilidad como fundamento subjetivo general de la punibilidad ¹⁶.

El pensamiento que veía en la culpabilidad una relación psicológica que abarcaba en conjunto las formas dolosa y culposa y se agotaba en ellas, predominó en todo el siglo pasado con excepción de los autores hegelianos. Este criterio chocó con varias dificultades sistemáticas, entre las que podemos mencionar la imprecisión respecto de cuáles son las relaciones psicológicas que tienen relevancia penal, la falta de explicación respecto de ausencia de culpabilidad en los casos en que la relación psicológica existe (como en el estado de necesidad o en la inimputabilidad) y la imposibili-

¹⁵ Así, HIPPEL, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, en “Vergleichende Darstellung”, Berlin, 1908, III, 373; LISZT-SCHMIDT, 25ª ed., 215; RADBRUCH, op. cit.; etc.

¹⁶ FEUERBACH, *Lehrbuch*, Giessen, 1826, pp. 78-9; el concepto de culpabilidad como “causación psicológica” se halla también en SCHÜTZE, THEODOR R., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1874, pp. 89-90; HÄLSCHNER HUGO, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, 1881, pp. 197-9; LUCAS, HERMANN, *Die subjektive Verschuldung im heutige deutsche Strafrechte*, Berlin, 1883, p. 10.

dad de hallar un fundamento a la culpa inconsciente¹⁷. Por esas razones es que con buen criterio se sostiene en la actualidad que la oposición entre teoría psicológica y teoría normativa sólo puede emplearse desde un punto de vista meramente histórico¹⁸.

Estas dificultades provocaron en la doctrina germana el total abandono de la teoría que así concibe a la culpabilidad y que se conoce como *teoría psicológica*.

Dos intentos dentro de esta corriente tuvieron lugar antes de su abandono, para tratar de salvar la inexistencia de la relación psicológica en la culpa inconsciente. Uno de ellos fue llevado a cabo por Kohlrausch¹⁹, que sólo puede tener sentido *de lege ferenda*, mas nunca *de lege lata*: eliminar la culpa inconsciente del campo penal. La otra tentativa había sido realizada por Radbruch, y consistía en reconocer que en la culpa no se requiere el vínculo o relación psicológica en la misma forma que para el dolo, sino que basta un "estado psíquico": el que consiste en la posibilidad de prever y, pese a ella, no haber previsto. Por otro lado, exigía Radbruch que la imprudencia de la culpa fuese superior a la imprudencia normal, y la determinación de esta cuantía la quitaba de la culpabilidad, ubicándola en la antijuridicidad. "Así, el requerimiento de un grado supranormal de imprudencia no es requerimiento de la culpa, sino de la antijuridicidad de la conducta culposa"²⁰. La intuición de Radbruch estaba acertada en un sentido, cual el de devolver al injusto lo que a él le pertenece en la culpa, pero al mismo tiempo se exponía a una crítica insoslayable: *la relación psicológica no se reemplazaba con un abstracto "estado de capacidad"*. La relación psicológica aquí se da en cabeza del juez pero no en la del sujeto activo.

Entre nosotros Soler llevó a cabo una tentativa de salvar el concepto de culpabilidad psicológica, aunque creemos que con poca fortuna, al menos desde un punto de vista realista. Entendió Soler que la culpabilidad psicológica quedaba a salvo si se oponía a ella, como culpabilidad "real", una culpabilidad "pregunta", es decir, una culpabilidad ficta, armada por el derecho en base a razones de política criminal, que abarcaría la culpa inconsciente, los delitos de olvido, las contravenciones y el error de derecho^{20 bis}. En realidad, nada podemos objetar si se parte de un presupuesto idealista en que el derecho penal puede crear todo, puesto que

¹⁷ Cfr. JESCHECK, 339; STRATENWERTH, 155; WELZEL, *Das neue Bild*, 1957, 40; MAURACH, 361-2; BAUMANN, 376; BOCKELMANN, 107; HARRO OTTO, 186.

¹⁸ BLEI, 153.

¹⁹ KOHLRAUSCH, ED., *Die Schuld*, en Aschrott-Liszt, *Reform der Reichsstrafgesetzbuchs*, 1910, I, 208; igual CALLINER, *Die Bedeutung des Erfolgs bei den Schuldformen des geltenden StGB*, Königsberg, 1910 (Diss.), p. 29; modernamente KAUFMANN, ARTHUR, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, 1961, p. 162; sobre ello, KAUFMANN, ARMIN, op. cit. en "Zeitschrift für Rechtsvergleichung".

²⁰ RADBRUCH, GUSTAV, *Über den Schuldbegriff*, en SZtW, 1904, pp. 347-8.

^{20 bis} SOLER, II, 14 y ss.; *Culpabilidad real y culpabilidad presunta*, en "Anuario", Madrid, 1962, 477 y ss.

desde tal ángulo puede crear hasta la misma acción humana. No obstante, estimamos que dentro de esta misma teoría del conocimiento la tesis es insuficiente, porque no es defendible un concepto de culpabilidad que sirva para fundamentar la naturaleza de derecho penal de culpabilidad que tiene el nuestro —y no de peligrosidad, como sostuvieron las teorías con que Soler se enfrentó victoriosamente en su momento—, pero que para completar la explicación deba acudir a una ficción de culpabilidad que, en último análisis, daría lugar a una forma de responsabilidad objetiva.

La culpabilidad psicológica tiene un claro origen positivista (recuérdese que Liszt fue uno de sus decididos partidarios). Su característica radica en entender a la culpabilidad libre de cualquier referencia a la norma²¹. Se pretendía que la culpabilidad fuese un contenido puramente descriptivo: así como el injusto no pasaba de ser la mera descripción de la objetividad o cara externa del delito, se pretendía que la culpabilidad era la descripción de su cara o face interna.

No cuesta mucho esfuerzo caer en la cuenta de que lo que en esta concepción se llamaba “culpabilidad” no pasa de ser un aspecto subjetivo del injusto en la concepción moderna del delito, es decir que, realmente, lo que se pretendía era una teoría del delito sin culpabilidad en sentido estricto o normativo, es decir, una “culpabilidad” libre de valor, lo que, por un lado no era culpabilidad y, por otro, era una falsa ilusión. En este sentido, le asiste razón a Maggiore, quien destaca que “cuanto más se acentúa el fundamento naturalístico con la correspondiente función profiláctico-defensiva del derecho penal, tanto más se debilita el interés por el problema de la culpabilidad”. “Por eso, muchas de las llamadas por los autores teorías naturalísticas, no son sino concepciones negativas que conciben al delito y a la pena al margen de la culpabilidad misma”²².

En la doctrina nacional ha venido predominando un concepto psicológico de la culpabilidad, aunque con notables variantes normativistas, porque todos los autores reconocen elementos normativos en la culpabilidad. En rigor, entre el psicologismo argentino²³ y el concepto complejo

²¹ PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padova, 1951, 117. No fue otro el pensamiento de Radbruch al enviar el desvalor de la culpa a la antijuridicidad, dejando en la culpabilidad el puro “estado psicológico” (op cit., pp. 344-8). Sobre ello THIERFELDER, RUDOLF, *Normativ und Schuld in der Strafrechtswissenschaft unserer Tage*, Tübingen, 1934, 40-3.

²² MAGGIORE, G., *Prolegomini al concetto di colpevolezza*, Palermo, 1950.

²³ ASÍ SOLER, II, 8 y ss.; NÚÑEZ, II, 18; NÚÑEZ, *Manual*, 209-210; del mismo, *Bosquejo de la culpabilidad*, introducción a “La concepción normativa de la culpabilidad” de JAMES GOLDSCHMIDT, Bs. As., 1943; del mismo, *La culpa-*

que trajo Jiménez de Asúa y que sostiene Frías Caballero²⁴, las diferencias no son muy notables. En los resultados prácticos nos atreveríamos a decir que la diferencia más importante finca en la admisión de la exigibilidad como límite de la culpabilidad, pero esto fue aceptado por Soler de *lege ferenda* en el Proyecto de 1960. La teoría de Jiménez de Asúa, de culpabilidad normativa e imputabilidad psicológica, prácticamente fue compartida por Fontán Balestra, quien con razón se negaba a ver grandes diferencias entre ambas concepciones²⁵.

Aparentemente el psicologismo conserva una gran vitalidad en la Argentina, lo que resulta muy curioso, porque la ha perdido en todo el mundo. Pero, en análisis desapasionado, este psicologismo tiende a ser sólo una etiqueta para un frasco que contiene una buena dosis de normativismo. Sólo que tampoco puede determinarse hasta qué punto es normativista una concepción que conserva al dolo y a la culpa en la culpabilidad. Las clásicas afirmaciones "el psicologismo entiende a la culpabilidad como *relación psicológica*, y el normativismo como *reprochabilidad*", no nos sirven para calificar una concepción u otra en nuestro medio, particularmente porque la concepción compleja de Jiménez de Asúa (con la teoría del dolo y con la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad) es también un llamado "normativismo" con notas bastante "psicologistas".

En líneas generales puede decirse que en algún momento sostuvieron todos los autores teorías complejas de la culpabilidad, aunque más normativistas dentro del general marco psicologista fueron las teorías de Jiménez de Asúa y Frías Caballero. Entre los autores contemporáneos el panorama ha variado fundamentalmente, porque Núñez parece haberse cargado más de acentos normativistas²⁶, en tanto que otros autores, como Bacigalupo y Malamud Goti, se inclinan por el normativismo puro²⁷.

En rigor, ni la teoría psicológica ni la mixta de la culpabilidad presentan unidad: la primera, porque no es posible sostener un psicologismo puro, porque la valoración no puede ser del todo exclui-

bilidad en el Código Penal, Bs. As., 1946; FONTÁN BALESTRA, II, 191 y ss.; TERÁN LOMAS, I, 422; MARQUARDT-CABRAL, *Culpabilidad y responsabilidad penal*, en LL, 1961; ARGIBAY MOLINA y col., 290-5; CAMPOS, op. cit. 44-5; la impureza del psicologismo de estos autores es señalada también por VIÑAS, RAÚL HORACIO, *El principio de la culpabilidad en la legislación penal argentina*, en "Ponencias", Univ. de Belgrano, cit., 87. Siguiendo a los autores argentinos y a antiguos autores italianos, dice CASTELLANOS TENA (*Lineamientos elementales de Derecho Penal*, México, 1959, 241) que el psicologismo es corriente que se advierte en el CP mexicano, mas no explica por qué. Una posición que se acerca al psicologismo parece ser en la doctrina noruega la de SKEIE, JON, *Den Norske Strafferett*, Oslo, 1946, p. 216.

²⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 1959, 354-5; FRÍAS CABALLERO, *Temas*, 83 y ss.

²⁵ FONTÁN BALESTRA, II, 223-232.

²⁶ V. NÚÑEZ, *Manual*, 219.

²⁷ BACIGALUPO, *Lineamientos*, p. 79; MALAMUD GOTI, *La estructura penal de la culpa*, Bs. As., 1976, p. 111.

da, ya que la culpabilidad presupone a la imputabilidad, que es un requerimiento de comprensión del valor²⁸; la segunda porque reúne a la desvaloración con su objeto. De allí que ambas se imputen mutuamente falta de unidad²⁹.

El psicologismo deja planteada una serie de problemas sin solución, como es la falta de sustentación para la culpa inconsciente. Las otras objeciones que pueden serle formuladas a su exposición en la doctrina nacional, no son exclusivas de él, sino que las comparte con su vecino, o sea, con la versión que del normativismo está divulgada en el país.

Ninguna de las teorías de la culpabilidad que se manejan en nuestro medio (a nivel de obras de conjunto) puede explicar en virtud de qué se aplica una medida de seguridad a un inimputable que ha cometido un hecho típico (por qué hecho típico se le aplica la medida). No se explica cómo puede faltar la imputabilidad y declarar al sujeto "autor no responsable" —para usar la fórmula clásica jurisprudencial— de un hecho doloso o culposo. No explica tampoco cómo en un hecho que se comete en exceso en la legítima defensa, por ejemplo, puede haber culpa —como pretende nuestra doctrina— cuando hay una clara voluntad de realización. Si el error es cuestión que se resuelve íntegramente en la culpabilidad, en el caso de tentativa en una eximente putativa por error vencible, tampoco explica por qué no se admite en la ley la tentativa culposa. Todos estos problemas y otros más no los puede salvar la doctrina nacional tradicional, sea que se la califique de psicologista o de normativista.

La pretensión de que el psicologismo postulaba un concepto avalorado de culpabilidad es ilusoria. El psicologismo era un producto natural del positivismo y, en consecuencia, hacía la misma jugarreta que es común a todo el planteo positivista, o sea, la de mostrar como libre de valor lo que en realidad ha desvalorado. El psicologismo siempre fue un ardid para reemplazar a la culpabilidad por la peligrosidad, llamando culpabilidad a la parte subjetiva del injusto y haciendo ocupar a la peligrosidad el lugar que la culpabilidad dejaba hueco en la teoría del delito, con sus lógicas consecuencias para la pena, o bien, dejando ese lugar hueco y haciendo de

²⁸ Cfr. SANTAMARÍA, *Colpevolezza*, en "Enc. Diritto", VII, 646 y ss.

²⁹ Por ej., NÚÑEZ en *Bosquejo de la culpabilidad*, cit., p. XXV; SÁIZ CANTERO, ANTONIO, *El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de "no exigibilidad"*, en "Anuario de Derecho y Ciencias Penales", Madrid, 1960, 419 y s. (422).

lo que llamaba “culpabilidad” un mero síntoma de una “culpabilidad material”, en la que —más o menos camuflada— iba la peligrosidad.

Este juego viene claramente confesado por el propio Liszt, que reconocía que siempre hay algo normativo en la culpabilidad. “La relación subjetiva entre el hecho y el autor —decía— sólo puede ser psicológica, pero cuándo se da, lo determina el orden jurídico en consideración valorativa (normativa)”. Agrega que, “conforme a ello, es culpable la acción dolosa o culposa del hombre capaz de culpabilidad. La conclusión del significado sintomático de la acción culpable sobre la clase de autor da el contenido material del concepto de culpabilidad, que ya es la disposición asocial del autor, reconocible por el hecho cometido (por la conducta antisocial); así, en la carencia de sentimientos de deber social exigidos por la convivencia de los hombres en el Estado y en la motivación antisocial que emerge de esa carencia”³⁰.

Esta “culpabilidad material” de Liszt se halla más cerca de la peligrosidad que de la culpabilidad de autor, y nada tenía —propriamente hablando— de lo que el pensamiento humano de todos los tiempos entiende por culpabilidad. Resulta claro que llamando culpabilidad a lo que casi es peligrosidad —si es que no lo es del todo—, bien puede afirmarse que “el concepto de culpabilidad, entendido en este sentido, es por completo independiente de la hipótesis de la libertad de voluntad”³¹.

449. La concepción compleja de la culpabilidad. A principios de siglo, dominaba el concepto psicológico de la culpabilidad. No obstante (y pese a que las comunes definiciones de la culpabilidad tenían por característica recalcar la relación interna del individuo con su conducta³²) la situación en que la culpabilidad libre de valor dejaba a la teoría del delito, se iba tornando insostenible. El proceso mediante el cual la culpabilidad se va cargando de valor es largo y tortuoso: comienza por agregársele el valor ante la insuficiencia de la mera relación psicológica, siendo concebida como relación psicológica y desvalor simultáneamente, y concluye, luego de muchas alternativas, por depurarse y quedar en estrato valorativo. La última etapa es la verdadera concepción normativa. La anterior es un “psicologismo normativizado”, que concibe a la culpabilidad a la vez como relación psicológica y como desvalor. Nos ocuparemos de esta segunda corriente, uno de cuyos ecos se halla en la doctrina nacional.

³⁰ LISZT, *Lehrbuch*, Berlin, 1914, p. 163; el párrafo se mantiene en LISZT-SCHMIDT, 1922, p. 160.

³¹ LISZT, op. cit., p. 164.

³² Así por ej., LÖFFLER, ALEXANDER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, Leipzig, 1895, p. 5.

La historia de esta corriente es bastante compleja y no cabe afirmar con simplicidad que arranca en 1907, pues lo que en ese año sucede es que el contundente trabajo de Frank desbarata definitivamente los esfuerzos positivistas. No puede haber duda alguna de que la culpabilidad normativa tiene un origen claramente aristotélico, lo que revela que es una idea que debió campear toda la historia del pensamiento humano. Es poco menos que imposible pasar por alto que los hegelianos llamaron culpabilidad a un "abuso de la libertad de la voluntad", concepto al que está muy próximo Binding³³. Scarano encuentra el antecedente no sólo en Aristóteles, sino incluso en algunos prácticos italianos y en Carmignani³⁴. Carmignani hace claras referencias al reproche³⁵ y creemos que tiene razón Scarano en que "contrariamente a cuanto se afirma unánimemente", el normativismo "no constituye ni puede constituir una conquista reciente de la ciencia moderna"³⁶, porque este concepto se halla —mejor o peor formulado— en cualquier concepción valorativa. Lo que sucedió fue que el positivismo alteró este pensamiento, siendo luego necesario el "impacto valorativo", que vino a redescubrir lo que el conocimiento humano sabía desde Aristóteles y aún mucho antes.

a) *Los precedentes inmediatos*. Adolf Merkel concibió a la culpabilidad como contradicción al deber en 1889³⁷ y M. Mayer le sigue en 1901³⁸. Beling caracteriza con mayor claridad al juicio de valor como un elemento constitutivo de la culpabilidad, señalando un doble concepto de la misma: como "imputación" el uno y como desvalor jurídico de la conducta que funda la responsabilidad el otro³⁹. Con singular fuerza Dohna⁴⁰ enfrenta la tentativa de Radbruch, dos años antes del famoso trabajo de Frank.

b) *Frank*. En 1907 Frank redondea el concepto valorativo de la culpabilidad⁴¹, intuyendo una serie de problemas que luego habrá de replantear la dogmática y una multiplicidad de cauces por los cuales circu-

³³ V. HARRO OTTO, 186.

³⁴ SCARANO, LUIGI, *La non essigibilità nel Diritto Penale*, Napoli, 1948, pp. 11 y ss.

³⁵ V. CARMIGNANI, JOANNIS, *Juris Criminalis Elementa*, Pisis, 1833, I, 4-5 (párrafos 77, 78 y 79); pp. 32-33 en *Elementi di Diritto Criminale*, Milano, 1863.

³⁶ SCARANO, op. cit., p. 11.

³⁷ MERKEL, ADOLF, *Lehrbuch*, Stuttgart, 1889, 70-1.

³⁸ MAYER, MAX ERNST, *Die Schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, Leipzig, 1901, 106.

³⁹ BIERLING, ERNST RUDOLF, *Juristische Prinzipienlehre*, Tübingen, 1905 (reed. Aalen, 1961), T. III, 238-242.

⁴⁰ DOHNA, *Die Elemente des Schuldbegriffs*, Stuttgart, 1905; sobre su teoría, Thierfelder, op. cit., 43-8; WEBER, HEINZ PETER, *Die Entwicklung der normativen Schuldlehre*, München, 1967, 14-16.

⁴¹ FRANK, REINHARD VON, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Giessen, 1907 (Sonderabdruck aus der Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Giessen zur dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana). Hay trad. castellana de SEBASTIÁN SOLER, *Estructura del concepto de culpabilidad*. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal, Universidad de Chile, Sgo. de Chile, 1966; también, ACHENBACH, HANS, *Riflessioni sulle concezioni della colpevolezza di R. Frank*, en "Riv. It. di D. e Proc. Penale", 1961, 838 y ss.

lará la ciencia moderna. En principio, distingue entre dolo y culpabilidad, no porque ésta abarque también a la culpa, sino porque en su medición concreta la ley y los tribunales toman en cuenta circunstancias objetivas, que no pueden pertenecer a la interioridad del sujeto, como es el pedido de la víctima, por ejemplo. Esta captación de las circunstancias a secas le fue criticada a Frank, quien posteriormente reconoció la crítica que se fundaba en que sólo podían ser tomadas en cuenta cuando el actor las conoció o pudo conocerlas⁴². En su reconocimiento, Frank introduce el concepto de “motivación normal”⁴³. En los casos de necesidad excluyente de la culpabilidad, observa Frank, con toda razón, que el que obra sabe lo que hace, es decir, actúa con dolo (incluso con conciencia de la anti-juridicidad). También el enfermo mental puede querer la acción y, por ende, ubica a la imputabilidad en la culpabilidad. En síntesis, *imputabilidad, dolo, culpa y circunstancias concomitantes son*, para Frank, *elementos de la culpabilidad* y no especies o formas. Hay *dolo sin culpabilidad* y *la culpabilidad es reprochabilidad*. Estos son los dos pilares fundamentales de la teoría de Frank, por cierto mucho más clara que la de algunos de sus seguidores.

c) *Las repercusiones de la teoría*. La teoría repercute en forma muy diversa en la doctrina alemana de aquellos años. *Beling*, que el año antes había lanzado su teoría del tipo, va evolucionando en materia de culpabilidad hasta su muerte. En su *Lehre vom Verbrechen* era psicologista, y pasa luego a ver en la culpabilidad una “falla” de la acción, que en su interior no se parece a lo que el derecho podía esperar⁴⁴. Termina concibiendo a la culpabilidad como un juicio de desvalor sobre el lado interno de la acción⁴⁵.

Kohlrausch cambia también su anterior psicologismo y halla la esencia de la culpabilidad en la voluntad de acción contraria al deber⁴⁶, que deduce de la comparación entre el acontecimiento concreto y la conducta exigida por el orden jurídico⁴⁷. *Exner* conserva la culpabilidad psicológica por un lado, y añade un elemento de desvalor por otro, que recae sobre la personalidad del autor: antisocial y contraria al derecho. La característica fundamental de la culpabilidad radica en la falta de interés del autor para la conservación de los bienes jurídicos⁴⁸. *Mittermaier* funda la culpabilidad en la motivación⁴⁹ y *Finger* la reduce a un defecto: a la no correspondencia de los sucesos con lo esperado⁵⁰.

⁴² KRIEGSMANN, HERMANN, en ZStW, 28 (1908), 714.

⁴³ FRANK, StGB, 1911, p. 109.

⁴⁴ BELING, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, Leipzig, 1910, p. 12.

⁴⁵ BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 1930, pp. 17 y 41.

⁴⁶ KOHLRAUSCH, *Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung*, en “Fest. für Karl Güterbock”, Berlin, 1910, p. 3.

⁴⁷ Igual, SCHMITT, KARL, *Über Schuld und Schuldarten*, Breslau, 1910.

⁴⁸ EXNER, FRANZ, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1910.

⁴⁹ MITTERMAIER, WOLFGANG, *Kritische Beiträge zur Lehre von der Straftatsschuld*, Giessen, 1909.

⁵⁰ FINGER, AUGUST, *Bemerkungen zum Schuldbegriffe*, en “Gerichtssaal”, 72 (1908), 249.

d) *Goldschmidt* afirmaba que el elemento normativo de la culpabilidad era la contrariedad al deber y en modo alguno la "normal motivación", que no considera más que un "síntoma del elemento" de la culpabilidad⁵¹, porque distinguía entre una norma obligante imperativa (o "norma de acción"), cuya violación sería el injusto, y una norma hipotética (o "norma de deber" o "de motivación"), cuya infracción configura la culpabilidad, que de este modo deviene la imputación del injusto a una motivación reprochable^{51 bis}. La conciencia de la antijuridicidad y el dolo mismo, no podían pertenecer a la valoración porque la culpabilidad no es la "voluntad de contrariar al deber" sino la "contrariedad al deber de la voluntad"⁵². El dolo es una verdadera relación psicológica, pero el elemento normativo no es el dolo, sino que está a su lado. "Este elemento normativo paralelo al dolo es independiente de la existencia de la imputabilidad como 'presupuesto de la culpabilidad', pero no el dolo mismo"⁵³. Tampoco la culpa pertenece a la valoración, de modo que se ve forzado a fundarla en otra forma y choca con los mismos inconvenientes que enfrentara el psicologismo, lo que salva acudiendo a una comparación: aquí la relación psicológica no es inmediata, como no es inmediata la relación causal en los delitos impropios de omisión⁵⁴. Años después desarrollará nuevamente *Goldschmidt* sus puntos de vista⁵⁵. Núñez se expresa al respecto con gran acierto: "Es *Goldschmidt* quien da aquí también un paso hacia la meta del normativismo. *Goldschmidt* descarga a la culpabilidad de sus elementos de hecho, colocando a la imputabilidad, al dolo o a la culpa y a la motivación normal como presupuestos de la culpabilidad. En su teoría, la culpabilidad es sólo un juicio de reproche que se compone de la exigibilidad (deber de motivarse por la representación del deber indicado en la norma de derecho) y de la no motivación por la representación del deber jurídico a pesar de la exigibilidad. En la doctrina de *Goldschmidt*, los elementos de hecho de la culpabilidad de la teoría de *Mezger* son sólo presupuestos de la culpabilidad, porque sobre ellos descansa el 'poder' (de actuar en conformidad al deber jurídico) que presupone la exigibilidad"⁵⁶.

⁵¹ GOLDSCHMIDT, JAMES, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, Wien, 1913, p. 11 (139 de los *ÖstZStR*, 1913).

^{51 bis} V. GOLDSCHMIDT, JAMES, *Problemas generales del Derecho*, Bs. As., 1944.

⁵² GOLDSCHMIDT, p. 13. Ya lo había observado Finger, a quien *Goldschmidt* cita (nota 6).

⁵³ GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 19 nota 25.

⁵⁴ *Idem*, p. 21.

⁵⁵ GOLDSCHMIDT, *Normativer Schuld begriff*, en "Fest. für Frank", Tübingen, 1930, 428-68 (hay trad. castellana de Margarethe de *Goldschmidt* y Ricardo C. Núñez, Bs. As., 1943).

⁵⁶ NÚÑEZ, *Bosquejo de la culpabilidad*, en la cit. trad. de *Goldschmidt*, p. XXVIII; sobre la teoría de *Goldschmidt*, también BACIGALUPO, *Sobre la teoría de las normas y la dogmática penal*, en ED, 15-I-1975. En cierto sentido recuerda a GOLDSCHMIDT la posición de SANTAMARÍA, para quien la culpabilidad sería una forma especialmente calificada de antijuridicidad, o sea, una "antijuridicidad subjetiva" *Colpevolezza*, en "Enc. Dir.", VII, pp. 648 y ss.; en

e) *Otros autores.* Los componentes normativos de la culpabilidad, en muy diversa medida, fueron en esos años recogidos por casi toda la doctrina, de modo que resulta casi imposible brindar una visión de conjunto. Von Ferneck⁵⁷ negó la individualidad del desvalor de la culpabilidad; Dohna volvió varias veces sobre el tema y modificó sus anteriores puntos de vista⁵⁸; Liszt tomó una posición diferente referida a la "antisocialidad" demostrada⁵⁹; M. E. Mayer vuelve sobre el tema⁶⁰, y al igual que Goldschmidt y Dohna encuentra el elemento normativo en la contrariedad al deber; con el concepto trabajan Sauer⁶¹, Bar⁶², Wegner⁶³, Kohlrausch⁶⁴, Köhler⁶⁵, Hegler⁶⁶, Eberhard Schmidt⁶⁷. Paralelamente, el concepto es sometido a crítica por varios autores⁶⁸. En tanto se había producido un tercer aporte importante para la teoría, que es el de Freudenthal.

f) *Freudenthal.* Considera que las circunstancias concomitantes no se hallan en la culpabilidad separadas del dolo y de la culpa, sino que los integran, o sea que el dolo penal incluye un momento ético⁶⁹. La esencia de la culpabilidad radica en el desprecio a una conducta porque su autor pudo y debió realizar otra conducta o porque la representación del resultado debió y pudo ser un contramotivo⁷⁰. Le critica reiteradamente a Frank que su sistema no resuelva la pregunta "culpable-incul-

sentido crítico NUVOLONE, *A concepção jurídica italiana da culpabilidade*, en "MP", Órgão oficial do Ministério Público do E. do Paraná, no 8, 1979, pp. 17 y ss.).

⁵⁷ FERNECK, ALEXANDER FREIHERR HOLD VON, *Die Idee der Schuld eine strafrechtliche Studie*, Leipzig, 1911.

⁵⁸ DOHNA, *Zum neuesten Stande der Schuldlehre*, en ZStW, 32 (1911), 323 y ss.

⁵⁹ Sobre la evolución de Liszt, ROSENFELD, ERNST HEINRICH, *Schuld und Vorsatz im v. Lisztischen Lehrbuch*, ZStW, 32 (1911), 466 y ss.

⁶⁰ MAYER, M. E., 1915 y 1923.

⁶¹ SAUER, W., *Grundlagen*, 1921.

⁶² BERG, OTTO, *Der gegenwärtige Stand der Schuldlehre im Strafrecht*, Breslau, 1927.

⁶³ WEGNER, ARTHUR, *Schuld* en "Handwörterbuch der Rechtswissenschaft", Berlin, 1928, V, 364.

⁶⁴ KOHLRAUSCH, op. cit., 1926, p. 26.

⁶⁵ KÖHLER, AUGUST, *Die Schuld als Grundlage des Strafrechts*, en "Gerichtssaal", 95 (1927), p. 433 y 96 (1928), p. 91.

⁶⁶ HEGLER, en ZStW, 36 (1915), p. 19 y en "Fest. für Frank", I, 289.

⁶⁷ LISZT-SCHMIDT, 26ª ed., Berlin, 1932, 223 y ss.

⁶⁸ KANTOROWICZ, HERMANN, *Tat und Schuld*, Zürich, 1933; HIPPEL, R. V., II, 270; KRÜGER, HERBERT, *Rechtsgedanke und Rechtstechnik im liberalen Strafrecht*, ZStW, 55 (1936), p. 77; DROST, *Die Zumutbarkeit bei vorsätzlichen Delikten*, en GA, 1933, 175; ALLFELD, PHILIPP, en Meyer-Allfeld, *Lehrbuch*, 1934, p. 159; WOLF, SRIK, *Strafrechtliche Schuldlehre*, 1928; GERLAND, HEINRICH, *Deutsches Reichsstrafrechts*, Berlin, 1932, p. 122; SCHUMACHER, OSKAR, *Um das Wesen der Strafrechtsschuld*, Mannheim, 1927; HIRSCHBERG, RUDOLF, *Schuldbegriff und adäquate Kausalität*, Breslau, 1928; etc.

⁶⁹ FREUDENTHAL, BERTHOLD, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen, 1922, p. 5.

⁷⁰ Op. cit., 7; igual MAYER, M. E., p. 251.

pable" e introduce, como *criterio para limitar el reproche*, la exigibilidad de otra conducta adecuada a derecho, o sea que el límite lo halla en el principio *impossibile nulla est obligatio*⁷¹. El aporte de Freudenthal es su límite, que establece con la no exigibilidad, en contra de Frank, que había concebido a las circunstancias concomitantes como indicadoras de grados de culpabilidad. En Freudenthal estas circunstancias pueden determinar la inexigibilidad y, por tanto, excluir la culpabilidad.

g) *Otros autores posteriores*. Después de Freudenthal se expusieron algunas teorías mixtas de la culpabilidad⁷², que pueden considerarse los antecedentes directos de las posteriores teorías complejas. Por otra parte, comenzó a desarrollarse el pensamiento de una teoría normativa pura, sin contar con la culpabilidad de autor como la entendió la escuela de Kiel. Nos ocuparemos de algunas de las últimas teorías de la culpabilidad que aún conjugaron —o pretendieron conjugar— elementos normativos y psicológicos. En general, las teorías de la culpabilidad mixtas son que había concebido a las circunstancias concomitantes como indicadoras en tanto que la apertura que posibilitó Frank se orientó hacia la teoría normativa pura, de que nos ocuparemos luego.

a') *Mezger*, después de sus primitivas formulaciones, caracterizó a la culpabilidad como la suma de los requisitos que fundan un reproche personal contra el autor y muestran al hecho como expresión jurídicamente desvalorada de la personalidad del autor⁷³. Para este autor la culpabilidad es una relación psicológica, que se determina como contraria al deber y reprochable, mediante la valoración jurídico penal⁷⁴. Este concepto se integra, junto con el *dolo* y la culpa, con la *imputabilidad* y con la *ausencia de causas excluyentes de la culpabilidad*. El reproche se une a la no exigibilidad de otra conducta. En oposición a su anterior posición⁷⁵, Mezger negaba en sus últimos años una causa general de exclusión de la culpabilidad por inexigibilidad de otra conducta⁷⁶, la que sólo admitía conforme a derecho.

b') *Arthur Kaufmann* sostiene también que imputabilidad, dolo o culpa y reprochabilidad, son los tres elementos de la culpabilidad⁷⁷. En parecido sentido *Nowakowski* separa un elemento biológico (la imputabilidad) de uno psicológico (el dolo o la culpa) y de la exigibilidad como

⁷¹ Op. cit., p. 27.

⁷² Así, MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, en "Gerichtssaal", 89 (1924), 207; *Lehrbuch*, 1931, 248; MARCETUS, KARL, *Der Gedanke der Zumutbarkeit und seine Verwandlung in d. amtl. Entwurf eines Allg. Dt. StGB von 1925 u. 1927*, Breslau, 1928; ENGISCH, KARL, *Untersuchungen*; MAURACH, *Kritik der Notstandslehre*, 1935.

⁷³ MEZGER, *Studienbuch*, München, 1960, 132; en *Leipziger Kommentar*, 355 y ss.

⁷⁴ Op. cit., 133; *Leipziger Kommentar*, p. 481.

⁷⁵ La posición anterior en el *Lehrbuch*, 1931, 370 y ss.; igual en la ed. de 1949.

⁷⁶ *Studienbuch*, 1960, 203 y ss.; *Leipziger Kommentar*, 358.

⁷⁷ KAUFMANN, ARTHUR, *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz, 1950.

elemento normativo⁷⁸. Más tarde agrega un elemento caracterológico⁷⁹. Para Schönke-Schröder la culpabilidad consiste en una relación anímica del autor con su hecho, que funda un reproche y, además, una actitud deficiente del autor hacia el derecho⁸⁰. En parecido sentido Baumann sostiene que sus elementos son la relación de la voluntad del autor, la imputabilidad y la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad⁸¹. Schmidhäuser también encuentra dolo, culpa y un componente normativo como particulares elementos de la culpabilidad. También para él la imputabilidad integra la culpabilidad⁸².

h) *El llamado normativismo* que se difundió en nuestro medio, fue el de Jiménez de Asúa y Frías Caballero. Se trata de una construcción compleja (mixta) de la culpabilidad, que sustenta la teoría del dolo y que no considera a la imputabilidad como elemento de la culpabilidad, sino como un presupuesto^{82 bis}. Este normativismo no difiere, como ya observamos, en mucho del psicologismo. La ubicación de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad lo acerca bastante a él. Admite la no exigibilidad de otra conducta como causa de inculpabilidad en parecidos términos a como lo hacía Mezger en su *Lehrbuch* (1931, 1949)⁸³.

Las corrientes que conciben a la culpabilidad de modo complejo, presentan una intrínseca dificultad que no pueden salvar fácilmente. Cualquiera fuere el fundamento en que se apoye el reproche, lo cierto es que hay en ellas una confusión entre el objeto desvalorado y el desvalor del objeto. *La ubicación* de ambos en un mismo plano (del desvalor y del objeto) *hace que la culpabilidad* tenga un contenido por demás heterogéneo⁸⁴.

Precisamente lo que se reprocha al autor no puede ser una mera causación, sino su dolo o su culpa⁸⁵. En la medida en que dolo y culpa permanecen en la culpabilidad, y a su lado un elemento normativo, la culpabilidad tiene al menos dos etapas en sí:

⁷⁸ NOWAKOWSKY, F., *Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz*, ZStW, 65 (1953), 379; del mismo, *Grundzüge*, 1955, pp. 64 y ss.; en el mismo sentido, RITTLER, TH., *Lehrbuch*, 1954, p. 166.

⁷⁹ NOWAKOWSKY, F., *Das Ausmass der Schuld*, en SchZStW, 65 (1950), p. 301.

⁸⁰ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 414.

⁸¹ BAUMANN, 380-381.

⁸² SCHMIDHÄUSER, 282 y ss.

^{82 bis} FRÍAS CABALLERO se aparta de JIMÉNEZ DE ASÚA y la considera elemento de la culpabilidad (*Imputabilidad penal*, cit., p. 31).

⁸³ Esta concepción compleja fue sostenida por buen número de autores latinoamericanos: ANÍBAL BRUNO, II, 31; ARTEAGA SÁNCHEZ, ALBERTO, *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*, Caracas, 1975; MENDOZA, JOSÉ RAFAEL, II, 1966;, p. 188; SALGADO MARTINS, 204; HURTADO POZO, 278; PEÑA CABRERA, *Derecho Penal Peruano*, Lima, 1981, pp. 203-4; PÉREZ, LUIS CARLOS, *Derecho Penal*, Bogotá, 1981, I, 243; SUAZO LAGOS, RENÉ, *Lecciones de Derecho Penal, Tegucigalpa*, 1980, p. 156.

⁸⁴ Cfr. MAURACH, 385-8; WELZEL, 159 y ss.

⁸⁵ Cfr. WELZEL, 161.

una realidad psicológica, que es el objeto que se reprocha, y un reproche de ese objeto.

De allí las distintas posiciones que dentro de la teoría representan Frank, Goldschmidt y Mezger. Frank sostiene la teoría de que el dolo puede no ser culpable; Mezger ubica y exige que el dolo lleve la consciencia de la antijuridicidad y Goldschmidt se percata de la contradicción que importa colocar al objeto y al desvalor en un mismo nivel analítico. *La liberación del dolo de la consciencia de la antijuridicidad fue lo que permitió su reubicación en el tipo*, en tanto que el ensayo de Goldschmidt quedó intransitado en la dogmática, pues si el dolo, la culpa y la imputabilidad son presupuestos del reproche, cabe preguntar dónde quedan cuando salen del reproche mismo. No se trata —como pretendía Goldschmidt— de liberar a la culpabilidad de elementos “psicológicos”. Los “elementos psicológicos” existirán en cualquier nivel del delito, como que se compone de estratos analíticos que sólo son características de una conducta humana, y no de meros trozos en el sentido de un análisis anatómico: son un análisis valorativo, es decir, hecho conforme a pautas, de una conducta humana. Lo que sobra en las teorías complejas no son elementos “psicológicos” por ser tales, sino “elementos” que son *objeto* del reproche y que hay que distinguir cuidadosamente de los que son *criterios* conforme a los que se reprocha. El dolo y la culpa pertenecen al objeto, en tanto que la imputabilidad, por ejemplo, es uno de los criterios. Esta es la distinción que estas teorías no hacen claramente: *el objeto del reproche —que es el injusto— y el criterio para el reproche (componentes de la culpabilidad, que pueden determinar su exclusión o su grado).*

III. — LA CULPABILIDAD COMO REPROCHABILIDAD

450. **El normativismo como culminación de una evolución conceptual.** La teoría normativa de la culpabilidad alcanza la pureza de su enunciado sólo cuando es eliminado de su contenido el objeto que se somete al juicio de culpabilidad, o sea, cuando el dolo y la culpa abandonan su atormentada posición en la culpabilidad y pasan a tomar el lugar que les pertenece en la estructura de la tipicidad.

El dolo, liberado de su inútil lastre de la consciencia de la antijuridicidad, queda en condiciones de salir de la culpabilidad (como lo observa Goldschmidt, 1913), en tanto que la paulatina subjetivización del injusto (Hegler, M. E. Mayer), con los elementos subjetivos del tipo, permite

luego una estructuración compleja del tipo (Dohna y Weber), lo que se completa estructuralmente con la concepción final de la acción ⁸⁶.

451. El “reproche” y la “reprochabilidad”. Lo que se le reprocha al autor es que haya realizado un injusto cuando podía exigírsele que no lo realizara. De allí que cuando no hay injusto no hay reproche jurídico-penal.

Por cierto que puede hablarse de un reproche ético o moral, etc., pero ellos no cuentan para el derecho penal.

En la posibilidad exigible que el autor tuvo de actuar conforme a derecho es en lo que finca el reproche, porque es lo que evidencia la disposición interna que el autor tuvo para el hecho. No es cierta así, la crítica de que la culpabilidad como reprochabilidad es algo que está en la cabeza del juez pero no en la conducta ⁸⁷, puesto que la reprochabilidad es la valoración jurídica de la disposición contraria a la norma y al derecho que hubo en el acto y que se revela al juez mediante la posibilidad que tuvo el autor de proceder de otra manera ⁸⁸.

Suele decirse que como criterio individualizador de la culpabilidad y de su grado hay que tomar el *Dafür-Können* ⁸⁹, o sea, la “posibilidad de hacer en lugar de”. Es cierto, pero a condición de precisar el sentido de esta “posibilidad”. No se trata de la mera posibilidad de hacer otra cosa, sino de la posibilidad exigible de hacer algo distinto. El sujeto a quien se le encañona con un arma con el propósito de que haga algo, se decide a hacerlo, porque si la violencia llega al límite en que no hay decisión, no hay conducta, que es cuando el sujeto no actúa, sino que obra como masa mecánica. Luego, en ese caso, hay una *decisión*, y también ella implica la posibilidad de resolverse o decidirse a no realizar la conducta para la que se le amenaza. Igualmente, en el caso de los tipos omisivos: si

⁸⁶ A partir de DOHNA (*Aufbau*, 22 y 40) el normativismo puro es sostenido por buen número de autores: WELZEL, *Um die finale Handlungslehre*, 1949; del mismo, *Das neue Bild*, 1961; WEBER, *Grundriss*, 106; del mismo, *Zum Aufbau*, 17; BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, 1949, 12; NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, 32 y 39; JESCHECK, 339; y ss.; MAURACH, 362 y ss.; BRAUNECK, ANNE-EVA, *Der strafrechtliche Schuld-begriff*, en GA, 1959, 261; STRATENWERTH, 155; WESSELS, 72; BOCKELMANN, 107; BLEI, 152; RUDOLPHI, 149; OTTO, HARRO, 188; en Latinoamérica, por ej., FRACOSO, 212; DAMÁSIO E. DE JESÚS, 416.

⁸⁷ Así, ROSENFELD, *Schuld und Vorsatz in V. Lisztschen Lehrbuch*, en ZStW (32), 1911, pp. 466 y ss. (469). La objeción la repite BAUMANN, 379.

⁸⁸ Cfr. OTTO, HARRO, 188.

⁸⁹ Así, FREUDENTHAL, op cit., p. 7; v. WEBER, *Grundriss*, 108; MAURACH, 415; WELZEL, 139.

a un sujeto se le encañona para que no evite la muerte de otro, cuando no la evita se *decide* a hacerlo, el *Dafür Können* existe. Distinto es el caso en que con cualquier cosa que hiciera no pudiese evitar la muerte. En este último supuesto no hay ninguna inculpabilidad, sino una atipicidad, porque existe una imposibilidad física. Esto significa afirmar que "la posibilidad de hacer en lugar del injusto" es una fórmula abreviada para decir que la *disposición contraria a la norma se revela cuando el sujeto ha tenido la posibilidad "exigible" de hacer algo distinto del injusto*. La medida de la culpabilidad o de la reprochabilidad será, pues, la de la posibilidad *exigible* de abstenerse de cometer un injusto.

La posibilidad exigible se determina conforme a criterios que el orden jurídico proporciona: el *reproche* se funda en la disposición interna del autor, que se *evidencia* en la existencia de una posibilidad exigible de actuar de otra manera, la que se *determina* conforme a ciertos criterios que la ley señala.

Cuando, de acuerdo con los criterios legales, se halla afirmada la existencia de la posibilidad exigible de otra conducta, es porque el derecho desvalora esa conducta por entender que revela una disposición interna contraria al mismo, pero ese desvalor lo establece el orden jurídico mismo y el juez no hace más que comprobarlo y declararlo. El juez, al determinar que había una conducta exigible diferente, *comprueba* un desvalor, pero *comprobar un desvalor* no es un juicio valorativo, sino *fáctico*.

La *reprochabilidad* no es el *reproche* mismo, pues el reproche lo hace el orden jurídico y la reprochabilidad es la comprobación de las condiciones que permiten el reproche en función de que revelan la disposición interna contraria al derecho con que el autor realizó el acto.

Los *criterios de comprobación* de la posibilidad exigible de actuar de otra manera los da el orden jurídico y es indiferente que se refieran a características objetivas o subjetivas, o que sean o no elementos "psicológicos", que era la errada base de distinción que postulaba Goldschmidt. Lo que no debe hacerse jamás es confundir estos criterios con lo que se le reprocha al autor, que siempre es una conducta típica y antijurídica (un injusto) que, además, se debe haber cometido con una cierta disposición interna contraria al derecho que, en definitiva, viene a ponerse de manifiesto (o comprobarse) mediante estos criterios.

El dolo no es ningún criterio que sirva para determinar si le fue posible al autor hacer algo diferente, sino una forma de hacer

lo que hizo. En lugar, las circunstancias que rodearon la conducta, la personalidad del autor, su posibilidad de motivarse conforme a la norma, son criterios determinantes de la posibilidad exigible de actuar de otra forma. Estos criterios nos llevan a averiguar si al autor *se le pudo exigir que actuara de otra forma*, en tanto que el dolo y la culpa *son formas de actuar*.

Ejemplo: El alienado mental A comete un homicidio. Dada su alienación no podía exigírsele que actuase conforme a la norma y, por ende, no se le puede exigir que actúe conforme a derecho. La alienación es uno de los criterios que eliminan la posibilidad exigible. La comprobación de que la ley tiene como criterio eliminatorio de la posibilidad exigible a la alienación, de que A es un alienado y de que, por ende, A no tenía la posibilidad exigible para el derecho de actuar conforme a derecho, son juicios fácticos: el primero sobre lo que la ley dice, el segundo sobre el estado mental de A, el tercero es una consecuencia. La no reprochabilidad de la conducta es una característica de ella, que surge de la falta de una disposición contraria al derecho y, por ende, el “no reproche al autor por alienación” no es igual a la “no reprochabilidad de la conducta por alienación del autor”, sino que el primero se alimenta con los datos del segundo. En tanto, la voluntad de matar de A (el dolo) no es ningún criterio para saber si tenía la posibilidad exigible de abstenerse de matar, sino que es precisamente lo que hizo y lo que debemos averiguar si le es reprochable.

“Reprochabilidad” no es el “reproche” (el juicio de desvalor) mismo, sino *el conjunto de características que la ley requiere para reprochar* (desvalorar una conducta). “Reprochabilidad” es el conjunto de *características que fundan el desvalor*, en tanto que “reproche” es *el desvalor mismo*⁹⁰. Esta “reprochabilidad se compone de características que a veces están expresamente determinadas, y otras, se determinan conforme a criterios que la ley proporciona.

Cabe advertir que “reprochabilidad” no significa —como puede entenderse literalmente— “posibilidad de reproche” o “susceptibilidad de reproche”, sino que es el conjunto de caracteres del objeto que hacen que a un autor le sea reprochado.

En general, prescindimos de estas precisiones terminológicas al tratar del tema, pero ello obedece a que se habla de “juicio” y de “desvalor” en sentido metafórico, lo cual, debidamente tomado en cuenta no es nocivo⁹¹.

⁹⁰ Parcialmente tenía razón Goldschmidt: estas características de la conducta son presupuestos del desvalor, sólo que precisamente en ello es donde se halla la culpabilidad y no en el desvalor mismo, que es su resultado.

⁹¹ Cfr. WELZEL, *El nuevo sistema*, 80.

La teoría normativa, así entendida, tiene la ventaja de homogeneizar el contenido de la culpabilidad, pues la libera de lo que pertenece a su objeto⁹². No obstante, se le ha imputado que provoca un “vaciamiento” de la culpabilidad. Semejante crítica sólo puede sostenerse desde el punto de vista de un psicologismo furioso—que nadie sostiene— pero no es admisible si quienes la formulan postulan un concepto que pretenden “normativo”: si culpabilidad es reprochabilidad y, al quitarle el dolo y la culpa la reprochabilidad queda, no hay “vaciamiento” alguno. Esta crítica es válida para una concepción normativa como la sostenida por Goldschmidt que, al equivocarse acerca de lo que en ella sobra (como consecuencia de una imperfecta delimitación del criterio determinante), deja a la culpabilidad convertida en un “desierto normativo” pletórico de “presupuestos”.

Una de las más recientes repeticiones de la crítica que rebatimos, y que al mismo tiempo revela por parte del crítico una total incompreensión del planteo normativo de la culpabilidad, es la de Nuvolone: “la teoría de la culpabilidad —dice— es absorbida por la teoría de la acción que, a su vez, salvo tentativas totalmente artificiosas, termina por identificarse con la acción dolosa”⁹³.

452. **Culpabilidad y reprochabilidad.** Respecto a que “culpabilidad es reprochabilidad”, debemos formular también algunas precisiones terminológicas. Prescindiendo de la connotación procesal de la voz “culpabilidad”, resulta en el lenguaje corriente sumamente extraño hablar de “culpabilidad de la conducta”, porque *culpable siempre es una persona*. En rigor, ello no presentaba dificultad alguna cuando la culpabilidad era un receptáculo de todo lo subjetivo, porque en tal caso pertenecía por entero al autor. Pero desde que se considera que en la culpabilidad se introducen todos o algunos de los elementos de la reprochabilidad, por mucho que quiera conservarse lo “psicológico” puede pensarse en que ya la culpabilidad es una característica o calidad de la conducta, que no pertenece por entero a su autor.

No obstante, no creemos que pueda plantearse la cuestión en estos términos. Los elementos que hacen a la reprochabilidad y que no están en el autor serían la “circunstancias concomitantes” de que hablaba Frank. Si nos detenemos un poco en la cuestión, observaremos que estas circunstancias pertenecen al “mundo” y la conducta.

⁹² Cfr. STRATENWERTH, 155.

⁹³ NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del Diritto Penale*, Padova, 1975, p. 8.

tiene lugar en el mundo, como que el autor es un “ser-en-el-mundo”⁹⁴, y el “ser-en-el-mundo” del hombre es una forma peculiar de ser, puesto que el hombre no “es en el mundo” porque está “metido” en él, sino porque se comprende a sí a través de su existencia, que es un modo de comprender el mundo. De allí que no puedan escindirse totalmente las circunstancias del sujeto, sino que, más bien, las circunstancias y lo “subjetivo” son pautas que nos revelarán el fundamento último de la culpabilidad, o sea, la posibilidad exigible que el sujeto tuvo de actuar de modo diferente.

Pese a ello, siempre habrá un autor y una conducta, y lo que aquí buscamos es una cualidad de la conducta. Dada la imposibilidad de prescindir del autor en la apreciación de la conducta, la culpabilidad del autor se llamará reprochabilidad cuando se la vea como calidad de la conducta. De allí que lo más correcto sería —particularmente en cualquier teoría que contenga algo de normativo en la reprochabilidad— utilizar la expresión “reprochabilidad” en la teoría del delito y “culpabilidad” en la teoría de la pena, particularmente en cuanto al grado de culpabilidad para la individualización de la misma (art. 41). Consecuentemente, sería más preciso definir al delito como la conducta típica y antijurídica *de un autor culpable* o como un *injusto reprochable*. Se trata de dos expresiones que designan, una el efecto de un desvalor sobre el autor, y otra, el conjunto de características que el desvalor presupone o requiere en la conducta de ese autor⁹⁵.

La costumbre ha hecho que se las empleara indistintamente y, por ende, no alteraremos la terminología, fieles al principio de no hacer ninguna “revolución terminológica”, pero menester se hace también aquí, tener en cuenta la precisión conceptual.

453. **El dolo y la culpabilidad normativa.** Así como a nivel del tipo hemos visto que, en un cierto sentido, la antijuridicidad y la culpabilidad pertenecen al tipo, porque sobre él debe apoyarse, también el tipo pertenece a la culpabilidad, porque ésta requiere apoyarse en un injusto y éste presupone una voluntad de acción típica. Cabe aclarar que la expresión “pertenece”, en tal sentido, no puede entenderse como que la integra, sino que es una suerte de

⁹⁴ Sobre ello, HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 1953, Tübingen, p. 52-9.

⁹⁵ Conforme a esto, no tiene mayor sentido la afirmación de GRAMATICA (*Principios de Derecho Penal Subjetivo*, Madrid, 1942, p. 204), según el cual no es la acción la que se reviste de los atributos del sujeto, sino el sujeto el que se reviste de los atributos de la acción.

correspondencia que se deriva de que la analítica considera al delito como una estructura, en que la tipicidad impone ciertas modalidades a la antijuridicidad y a la culpabilidad y, por ende, ambas tienen que estar sometidas a ella en este sentido.

Un cimiento hecho para soportar una carga de quinientas toneladas no puede soportar una de tres mil, pero esto no significa que las quinientas toneladas de carga “pertenezcan” al cimiento o que éste “pertenezca” a las quinientas toneladas. Entre la carga y el cimiento hay una relación de *correspondencia*, mas no de pertenencia. No otra cosa quiere decir Welzel, pero entendemos que la expresión “pertenecen”⁹⁶ es poco feliz, porque puede dar lugar a confusiones. La circunstancia de que una conducta típica dolosa soporte una determinada carga de reprochabilidad y la culposa otra, así que como a cada tipicidad correspondía una cierta carga de reprochabilidad, no significa que se “pertenezcan” en el sentido de integrarse, sino que se corresponden.

Este “corresponderse” *entre* sí de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad nada tiene que ver con el “sube y baja” analítico que suele ser caro al causalismo. *Las tres características no se vinculan entre sí por una relación de pertenencia mutua, sino por pertenecer las tres al delito —a la conducta como calificativos de ésta—, lo que las vincula por una relación de correspondencia.*

Para destacar esta correspondencia entre culpabilidad y tipicidad se ha hablado de “culpabilidad típica”⁹⁷ y de “tipos de culpabilidad”⁹⁸. Por nuestra parte, creemos que estas expresiones no crean problema en la medida en que con ellas no se pretenda nada diferente de hacer resaltar la correspondencia que hemos dejado expuesta.

En el último tiempo se ha afirmado que la tesis que lleva el dolo al tipo tampoco puede jactarse de haber logrado una concepción estrictamente normativa de la culpabilidad, sino que es tan compleja como la posición anterior. Se sostiene que hay un “tipo de culpabilidad” llamando así al objeto del reproche, una valoración de ese objeto, que sería la reprochabilidad, y el resultado de la valoración (la culpabilidad). Esta tesis —sostenida por Roxin⁹⁹— concluye en que, dado que el dolo siempre es objeto del reproche —en el delito doloso— la única diferencia que

⁹⁶ *El nuevo sistema*, 81-2.

⁹⁷ Así, FONTÁN BALESTRA, II, 210.

⁹⁸ Así, WESSELS, 78; JESCHECK, 378; ACHENBACH, HANS, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin, 1974, p. 229.

⁹⁹ ROXIN, *Problemas básicos*, p. 201.

hay entre la estructura objetiva y la compleja del tipo respecto de la culpabilidad, es que la primera (con el dolo en la culpabilidad) hace que el dolo forme parte del “tipo de culpabilidad” en sentido estricto, en tanto que la segunda (con el dolo en la tipicidad) hace que éste forme parte del “tipo de culpabilidad” en sentido amplio. Con semejante criterio sería natural afirmar que la antijuridicidad es parte de la culpabilidad, al igual que, inversamente, partiendo de que la culpabilidad lo es siempre de un acto típico determinado, se ha dicho que la culpabilidad “pertenece” a la tipicidad. Manejando los conceptos de esta manera, se hace totalmente imposible cualquier análisis.

IV. — EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

454. Su fundamento antropológico. El principio de culpabilidad es la aplicación del *nullum crimen sine culpa* en el nivel de la culpabilidad y puede enunciarse sintéticamente como “no hay pena sin reprochabilidad”, o sea, no hay delito sin que el autor haya tenido la posibilidad exigible de conducirse conforme al derecho.

La enunciación del principio de culpabilidad como “no hay delito si al menos no es culposo” es un error. Esto es una consecuencia típica del *nullum crimen sine culpa*, pero no es el principio de culpabilidad. El *nullum crimen sine culpa* se debe separar en dos etapas o estratos diferentes: el primero en la tipicidad, que es el que cumple la reforma alemana por ejemplo¹⁰⁰ y que excluye toda forma de responsabilidad objetiva, y el segundo en la culpabilidad, que tiene la función de excluir cualquier punición sin reprochabilidad. La afirmación de que “le principe de causalité pure et simple ne mérite pas d’être reconnu comme un principe juridique se suffisant à lui tout seul!”¹⁰¹; es distinta a la pregunta sobre si “a’auteur du délit connaissait-il suffisamment l’illégalité son acte” y si “sa décision de l’accomplir était-elle substantiellement libre”¹⁰².

Esta intrínseca diferencia en el *nullum crimen sine culpa* no se deriva de la concepción finalista, sino que también deben hacerla aquellas concepciones que, aunque no sean normativas puras, reconozcan un elemento normativo de reprochabilidad en la culpabilidad. En la medida en que dentro de la culpabilidad se acepte lo normativo, dicha distinción en el principio debe hacerse, al menos en el sentido de no sentirse éste por entero satisfecho con el mero

¹⁰⁰ Idem. En este sentido lo postula en Uruguay, SCHURMAN PACHECO, RODOLFO, *El delito ultra o preterintencional*, Bs. As., 1970.

¹⁰¹ Alocución del Papa Pío XII al VI Congreso Internacional de Derecho Penal (*Botschaft Papst Pius’XII an den 6. Internationalen Strafrechtskongress*, en ZStW, 66 [1954], p. 8).

¹⁰² Ibidem.

requerimiento de la culpa. Pasar esto por alto y sentirse por entero satisfecho con el requerimiento mínimo de la culpa es violar el principio en cualquier concepción normativa o compleja de la culpabilidad. Sólo en una concepción psicologista pura pueden identificarse ambos conceptos, y tales concepciones contemporáneamente no se sostienen ¹⁰³.

Ejemplo. El chofer de un vehículo de transporte, hombre casado, con varios hijos, es obligado a conducir durante más horas de las reglamentarias, so pena de ser despedido de su puesto. Supongamos, además, que se trata de una época de crisis en que es casi imposible conseguir trabajo. El hombre, vencido por el sueño, causa una lesión. Se trata de una conducta culposa y, sin embargo, inculpable. En sentido parecido resolvió la Cámara de la Capital el caso del conductor de un transporte colectivo de pasajeros, que por el cúmulo de tareas no había tenido tiempo de cerrar la puerta por la que cayó un pasajero como consecuencia de una frenada necesaria, considerándolo inculpable ¹⁰⁴. Se trata de otro supuesto de culpa sin culpabilidad.

El principio de culpabilidad debe asentarse sobre una concepción del hombre como *persona*, o sea, como un sujeto que tiene capacidad para decidir la conducta a seguir. Desde el momento que esto se niega, no hay ninguna forma de reprocharle al autor su conducta. "*El principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libre decisión del hombre*" ¹⁰⁵.

Una mera responsabilidad por el hecho, prescindiendo de lo subjetivo, parece no haberse conocido nunca ¹⁰⁶, pero en el derecho contemporáneo tal concepto sería totalmente insoportable ¹⁰⁷. Desde el momento en que el derecho se dirige a una persona para hacerle un reproche, es porque le reconoce el carácter de tal. Desde el momento en que el legislador reprocha a un individuo su conducta es porque le reconoce su carácter de ente responsable (*persona*) y queda vinculado a ello por una estructura lógico-objetiva o lógico-

¹⁰³ Cfr. FONTÁN BALESTRA, II, 225.

¹⁰⁴ CC Cap., Sala 4ª, 28 de nov. de 1968.

¹⁰⁵ Cfr. JESCHECK, 328; NÚÑEZ, *Manual*, 214; DONNA, EDGARDO A., *La crisis del pensamiento penal y su superación*, en NPP, 1974, pp. 67 y ss.; HARRO OTTO, 189; BLEI, 156; RUDOLPHI, 148; MAURACH, 358; WELZEL, 139.

¹⁰⁶ Contra lo generalmente afirmado parece que nunca lo conocieron los primitivos germanos (cfr. SCHMIDT, EB., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, p. 30). Sobre ello, KAUFMANN, ARTHUR, *Das Schuldprinzip*, 219; sobre culpabilidad en las Escrituras, HARSCH, HELMUT, *Das Schuldproblem in Theologie und Tiefenpsychologie*, Heidelberg, 1965.

¹⁰⁷ Cfr. KAUFMANN, ARTHUR, *Das Schuldprinzip*, 208-9.

real¹⁰⁸ que lo limita. El desconocimiento de la relevancia del error de derecho (el principio *error juris nocet*) no es más que una violación de esta estructura y, por ende, una violación al principio de culpabilidad "Sólo siendo consciente de la culpa llego a ser libre; de otro modo sigo siendo esclavo de la naturaleza; sólo llego a ser libre en la decisión, que es como una resurrección, una transfiguración, una revolución de mi forma de pensar. Así lo vieron Platón, la religión bíblica, Kant"¹⁰⁹.

La aceptación de la autodeterminación de la voluntad humana es, pues, presupuesto necesario del principio de culpabilidad. Cuando se desconoce este fundamento, no sólo no se puede construir la culpabilidad, sino que tampoco es posible un orden que regule la conducta de entes responsables, o sea, de personas, lo que equivale a decir que es inconcebible el derecho mismo y, por consiguiente, el derecho penal. Una concepción del hombre sin capacidad de decisión elimina la responsabilidad y, con ella, el carácter de persona del hombre. Este queda *cosificado*, mediatizado. En síntesis: *responsabilidad y autodeterminación son conceptos inseparables*. Este criterio no es sostenido en la actualidad sólo por un sector doctrinario, sino que parece estar generalizado o casi generalizado.

Con toda razón se ha dicho que "la estructura entera de un sistema penal inspirado en una concepción ético-jurídica de la responsabilidad necesita, como base de sustentación e insubstituible principio asegurador de su propia coherencia interna, de la insistente afirmación de esa idea de la capacidad humana de autodeterminación"^{109 bis}.

α) El derecho penal socialista de nuestros días reconoce a la autodeterminación el carácter de fundamento necesario para la culpabilidad. En términos cercanos a toda la corriente que deriva del pensamiento

¹⁰⁸ Cfr. WELZEL, *Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre*, Karlsruhe, 1953, p. 4; STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, Tübingen, 1957, p. 10.

¹⁰⁹ JASPERS, KARL, *La razón y sus enemigos en nuestro tiempo (Vernunft und Widervernunft in unserer Zeit)*, trad. de Lucía Piossek Prebisch, Bs. As. 1967, p. 52. Igual violación implica pretender fundar el reproche en la actividad inconsciente (cfr. JESCHECK, 335). Sobre el riesgo que implica el empleo indiscriminado de las teorías estratificadas de la personalidad en la culpabilidad, NASS, *Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens*, 1963, pp. 123 y ss.

^{109 bis} RODRIGUES DE SOUZA, ALBERTO RUFINO, *Culpabilidad referida à personalidade e o novo código penal brasileiro*, en "Rev. do Ministério Público", Edo. do R. C. do Sul, 1973, pp. 33 y ss. (34); en análogo sentido, FRIAS CABELLERO, p. 126.

agustiniano y que enraiza con la existencial, se expresa Orschekowski: "En la sociedad socialista la culpabilidad de una persona consiste en que ésta se ha determinado a sí misma a un modo de conducta socialmente negativo". Agrega luego que "a este respecto no debe perderse de vista que libertad del hombre y autodeterminación consciente no son idénticos. La autodeterminación puede conducir tanto a la realización de la libertad como a lo contrario"¹¹⁰.

En el coloquio internacional sobre culpabilidad, realizado en celebración del cincuentenario del Instituto de Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Toulouse, en setiembre de 1975, decía J. Andrejew que "la premisa de la culpabilidad es la libertad de la acción"¹¹¹.

β) Es bueno apuntar que, partiendo de una posición escolástica, el P. Jerónimo Montes esbozaba una solución al planteo de la culpabilidad muy parecida a la del finalismo, salvadas las distancias terminológicas, hace más de sesenta años: "Todo hombre —escribía— al realizar deliberadamente un acto, se propone algún fin. La inteligencia concibe algún fin y conoce los medios adecuados que la libertad elige y pone en práctica. Si esta facultad de elección fuese ilusoria y no existiese realmente, ¿de qué serviría el conocimiento del fin y de los medios?"¹¹² Esta coincidencia pone de manifiesto —una vez más— que partiendo de los presupuestos aristotélicos se debe llegar a una concepción normativa de la culpabilidad asentada sobre la concepción del hombre como persona.

Una cuestión discutida es si el desconocimiento o la afectación del principio de culpabilidad le resta carácter jurídico a un precepto. Conforme al pensamiento de las estructuras lógico-objetivas, cuando el legislador queda vinculado a ellas por su reconocimiento, el desconocimiento parcial resulta contradictorio, aunque en general no invalida el derecho. Hay una salvedad a esta regla, y es cuando el desconocimiento recae sobre el carácter de persona del hombre¹¹³: en tal supuesto el derecho deja de ser tal.

Creemos que aquí se hace menester formular una precisión y una limitación, porque de lo contrario se puede por esta vía caer en un jusnaturalismo idealista que es precisamente lo que los sostenedores de la teoría de las estructuras lógico-objetivas no buscan¹¹⁴. Una imagen completa del hombre no se posee, sino que cada corriente ideológica se maneja con una

¹¹⁰ ORSCHEKOWSKI, WALTER, *La culpabilidad en el derecho penal socialista*, trad. de Sergio Politoff y Juan Bustos, en "Rev. de Ciencias Penales", Sgo. de Chile, enero-abril de 1972, pp. 5 y ss. (8); pueden verse también las opiniones de WEBER, HANS, en "Strafrecht der Demokratischen Republik. Lehrkommentar zum StGB", Berlin, 1970, p. 83; LEKSCHAS, J. - LOOSE, W. - RENNEBERG, J., *Verantwortung und Schuld in neuen StGB*, Leipzig, 1964, pp. 28-30; también en *Strafrecht, Allg. Teil, Lehrbuch*, comp. por Lekschas-Renneberg, Berlin, 1978, p. 276.

¹¹¹ ANDREJEW, I., *Les conceptions juridiques de la culpabilité dans le Droit Pénal des pays socialistes d'Europe*.

¹¹² MONTES, JERÓNIMO, *Derecho Penal Español*, Madrid, 1917, II, p. 33.

¹¹³ Cfr. WELZEL, *Naturrecht und Rechtspositivismus y Macht und Recht*.

¹¹⁴ Cfr. WELZEL, *Naturrecht und Rechtspositivismus*; más ampliamente en *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*.

distinta, de la cual deriva su "derecho natural". El legislador puede vincularse con cualquiera de ellas —y de hecho lo hace—, pero siempre permanece ligado a una estructura fundamental, a una imagen del hombre a grandes trazos: el hombre como persona, esto es, el hombre como ente capaz de decisión y, por ende, responsable.

Dentro del marco de estos grandes trazos que hacen a la persona, cada ideología perfilará una imagen mucho más definida y aspirará a que el hombre sea a esa imagen. Las vinculaciones del legislador con esta imagen precisa (que responde a la ideología del grupo de poder dominante) no son estructuras que requieran una coherencia cuya prescindencia invalide el precepto y lo convierta en mero ejercicio de poder, salvo que llegue por esta vía a introducir unas valoraciones totalmente contradictorias entre sí. Estas vinculaciones son cuestión en la que el legislador es libre y no está atado a la imagen "ideológica" del grupo. En lugar, la vinculación con la imagen "a grandes trazos" (con el hombre como persona) le ata y le impide trascender los límites que ese concepto le fija. Ello es debido a que en tanto no reconozca en el hombre a un ser responsable, el derecho no podrá reprochar nada a nadie, sino que obrará sobre el hombre de la misma manera que las fuerzas físicas sobre las cosas: el hombre no responsable no será persona, sino una cosa. *Lo que lo rija no será derecho, será fuerza que maneje causalidad.*

Derecho, autodeterminación de la voluntad y responsabilidad en el hombre, son conceptos inseparables. Teniendo esto en cuenta, la precisión en la imagen del hombre (liberal, socialista, cristiana, etc.) será indiscutible en el campo científico, como que los juicios de valor son inverificables. Las ideologías pueden realizarse y pueden ponerse de manifiesto sus contradicciones internas, pero el sistema ideológico —como conjunto— no puede verificarse. Ese es el campo del relativismo valorativo.

Kaufmann formula una crítica a la teoría de las estructuras lógico-objetivas, de Welzel y Stratenwerth, basado en el siguiente planteo: "Resumiendo los puntos de vista de la teoría de las estructuras lógico-objetivas, resulta que: 1º) El principio de culpabilidad no es de los que rigen al legislador bajo cualquier circunstancia, sino que, por el contrario, es posible en el derecho penal negar las consecuencias del principio de culpabilidad; 2º) cuando el legislador se ha decidido por un derecho penal de culpabilidad, mediante la objetividad lógica será para él una relación correcta, consecuente y adecuada a la realidad"¹¹⁵. Kaufmann se apresura a agregar que esto disiente con su posición de que "el principio de culpabilidad es esencialmente un principio regulativo"¹¹⁶ y luego precisa, respecto de la necesaria vinculación entre pena y culpabilidad, "que es un principio del mundo moral, una *lex naturalis* con validez absoluta"¹¹⁷. Desde este punto de vista le reprocha a la teoría de las estructuras lógico-objetivas que reconozca validez al principio en tanto que el legislador lo haya reconocido.

Por nuestra parte, no creemos que la teoría pretenda semejante cosa con la amplitud de consecuencias que Arthur Kaufmann le imputa.

¹¹⁵ KAUFMANN, ARTHUR, *Das Schuldprinzip*, p. 24.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Idem*, p. 208.

Por cierto que no cualquier inconsecuencia con el principio de culpabilidad invalidará al precepto, pero una contradicción de entidad tal que desconozca la "autonomía ética" del ser humano sí, porque éste es el único principio de este tipo, o sea, el único principio cuya violación anula la regulación¹¹⁸. La circunstancia de que este principio sólo en un momento haya sido reconocido por el legislador, no implica que ahora pueda volverse atrás, porque el legislador sólo pudo reconocerlo cuando lo tuvo disponible y ello fue en tiempo relativamente reciente. El mismo Kaufmann reconoce la historicidad del principio de culpabilidad, hasta el punto de afirmar que "sólo una ceguera respecto de la historicidad del derecho podría llevar a concluir en que nuestra actual teoría del error es una "verdad eterna" que deba permanecer invariable para todos los tiempos"¹¹⁹. No es posible ignorar —como bien se ha señalado— que la libertad no es una cuestión a la que pueda darse una respuesta definitiva para todos los tiempos, sino que es una tarea que se va cumpliendo en la historia^{119 bis}. En síntesis, creemos que la crítica de Arthur Kaufmann es infundada, porque la teoría de las estructuras lógico-objetivas no pretende que el legislador pueda hacer tabla rasa con el principio de culpabilidad.

γ) Hemos visto que Welzel y Hilde Kaufmann han intentado coordinar las imágenes antropológicas supuestamente encontradas que proporcionan la criminología y el derecho penal, partiendo de la concepción de la autodeterminación entendida como "posibilidad de control de tendencias", en lugar de hacerlo como "posibilidad de decisión"¹²⁰. Si bien Lange¹²¹ exageró la contradicción entre ambas imágenes antropológicas, lo cierto es que algo de ello hubo, al menos en concepciones del pasado, sin perjuicio de lo cual cabe reconocer que frecuentemente sobreviven atisbos de este enfrentamiento. En la actualidad, la criminología es mucho más cauta, de modo que no pretende exhibir una imagen antropológica mecanicista ni negar la autodeterminación a nivel clínico individual. De allí que sea preferible usar la terminología contemporánea de "factores" en el estudio de los problemas criminológicos, y archivar la vieja expresión "causas"¹²².

Si bien la tesis de Hilde Kaufmann y de Welzel no niega la autodeterminación, no creemos que en todos los casos sea satisfactoria, puesto

¹¹⁸ Cfr. WELZEL, op. cit.

¹¹⁹ KAUFMANN, ARTHUR, *Das Schuldprinzip*, 223.

^{119 bis} ANTWEILER, ANTON, *Das Problem der Willensfreiheit*, Freiburg, 1955.

¹²⁰ V. además, la bibliog. indicada, la trad. de C. M. Landecho al trabajo de Hilde Kaufmann, en "Anuario", Madrid, 1963, XVI, fasc. II, pp. 235-250; y KAUFMANN, HILDE, *Kriminologie, Entstehungszusammenhänge des Verbrechens*, 1971, 15-6.

¹²¹ LANGE, RICHARD, *Wandlungen in den kriminologischen Grundlagen der Strafrechtsreform*, en "Fest. Deutscher Juristentag", Karlsruhe, 1960, I, 345-381; del mismo, *Die moderne Anthropologie und das Strafrecht*, en "Schuld, Verantwortung, Strafe im Lichte der Theologie, Jurisprudenz, Soziologie, Medizin und Philosophie", edit. por Erwin R. Frey, Zürich, 1964, 277-295.

¹²² Sobre ello, GRÜNHUT, MAX, *Moderne Arbeitsmethoden in der Kriminologie*, en ZStW, 72 (1960), 267-277.

que frecuentemente el delito será resultado, como hemos dicho, de un verdadero control de tendencias que indican la mayor comodidad o ventaja de omitirlo. Si bien la tesis defendida por estos autores tiene sus raíces filosóficas en el objetivismo ético contemporáneo, no es nada nueva. Grolman sostenía a fines del siglo XVIII que el delito es una falta del uso de la razón, un dejarse llevar como fuerza física. "El hombre —escribía—, como fuerza física, puede superar estos límites y quebrar la paz con su desconocimiento de las obligaciones para las cuales habría mediado la razón"¹²³.

La tesis de Welzel sobre la culpabilidad, fundada en Max Scheler, nos parece que desemboca en una culpabilidad de autor o de carácter que, con acierto dice Juárez Tavares, que "es incompatible tanto con la propia estructuración del delito como acción como con los preceptos de un derecho penal de garantía"^{123 bis}.

Por cierto que la aceptación de la autodeterminación de la voluntad como presupuesto necesario del principio de culpabilidad nos lleva nuevamente al debatido *problema del determinismo y del indeterminismo*¹²⁴.

Fuera de las consideraciones que ya formuláramos a este respecto, cabe consignar que en el propio nivel dogmático, trabajando con este método sobre el texto legal argentino, el problema de la libre determinación de la voluntad del individuo no existe, pues nuestro texto resiste cualquier análisis determinista que excluya la responsabilidad o la culpabilidad de la persona. La explicación de sus proposiciones es imposible si prescindimos de la capacidad de determinación del hombre.

No obstante, puede pensarse que aquí yace una contradicción: si la cuestión de la libertad es un "pseudoproblema", al decir del positivismo lógico ¿cómo podemos incorporar la libertad a un sistema científico de proposiciones? La explicación para su incorporación a una construcción dogmática a nivel positivista es simple: Una proposición no verificable —esto es una "pseudoproposición"— sería, desde este punto de vista, "el hombre es libre". Pero la proposición "Aristóteles afirmó que el hombre es libre", por ejemplo, es perfectamente verificable, y por ende, es una verdadera proposición.

A este respecto está muy claro que nuestro sistema positivo se

¹²³ GROLMAN, KARL, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft nebst einer systematische Darstellung des Geistes der deutschen Criminalgesetzen von...*, Giessen, 1798, p. 2.

^{123 bis} JUÁREZ TAVARES, *Teorias do delito*, São Paulo, 1980, p. 114.

¹²⁴ Nos hemos ocupado de ello en *La imputabilidad penal: problema de siempre* (en DPC, 1965) y *La capacidad psíquica de delito* (DPC, 1969). V. la bibliog. allí indicada.

dirige al ordenamiento de la vida comunitaria de *personas* y que sanciona el principio de culpabilidad. En principio, nuestra C.N. se nutre de una concepción claramente liberal. En segundo lugar, el requisito de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad en el art. 34 inc. 1º, la exclusión de la responsabilidad en caso contrario y en los supuestos de inexigibilidad, hablan bien a las claras de que el derecho penal argentino es derecho de culpabilidad. El mismo orden en que agrupa a los delitos, heredado de Feuerbach, es sugestivo al respecto.

Pese a todo lo dicho, antes de entrar al debate de las posiciones que niegan la autodeterminación humana como fundamento de la culpabilidad penal, debemos precisar algunos aspectos.

La autodeterminación, la libertad de la voluntad o el arbitrio, no es la libertad misma, sino un presupuesto de la existencia, en la que puede alcanzarse la libertad. Desde este punto de vista resulta claro que la culpabilidad no presupone la libertad del hombre —lo que sería absurdo—, sino sólo su autodeterminación. La libertad es un problema moral y no jurídico en sí mismo, puesto que el derecho no puede referirse a la libertad más que como su posibilitación.

La autodeterminación que presupone la culpabilidad siempre tiene un límite, puesto que el hombre siempre es prácticamente capaz de un cierto grado de autodeterminación, como consecuencia de “ser-en-el-mundo”, es decir, de ser siempre en una circunstancia concreta. La autodeterminación entendida como libre arbitrio o albedrío, ilimitado, eliminaría la culpabilidad, en primer lugar, porque la acción humana así entendida carecería de cualquier motivo o razón, sería un simple “porque sí”¹²⁵ y, además, en segundo lugar, se perdería toda posibilidad de imputación, dada la pérdida de identidad del agente, que se iría “haciendo” a cada momento.

El indeterminismo, pues, no puede ser entendido antropológicamente sino en este sentido de autodeterminación, y jamás como un indeterminismo absoluto, que no es humanamente concebible. La autodeterminación es lo que posibilita la motivación en la norma. Entendido de este modo, no puede decirse que el camino elegido sea independiente del problema del indeterminismo¹²⁶.

La voz “culpabilidad”, que en alemán denota también “deuda” (*Schuld*, sentido que en castellano conserva en el “Padrenuestro”), ha dado lugar a que Nietzsche sostuviera que el concepto moral de deber

¹²⁵ Cfr. NIETZSCHE, *Der Wanderer und sein Schatten*, parág. 23.

¹²⁶ Así lo pretende BOCKELMANN, p. 118.

se origina en el concepto material de "deuda", derivando así la moral y el derecho de la relación contractual acreedor-deudor y vinculando la pena jurídica a la composición¹²⁷. Este concepto es histórica y antropológicamente falso¹²⁸, aunque el doble sentido de la voz no sea casual. Es totalmente arbitraria la vinculación materialista que pretende Nietzsche. *Se es culpable porque se es deudor*, pero esa deuda es una posibilidad que no fue, es decir, es una posibilidad de conducta que no fue conducta. No se puede ser culpable más que por una conducta¹²⁹.

455. La imposibilidad de la culpabilidad penal sobre una base antropológica distinta. La concepción de un derecho penal que no sea de culpabilidad en modo alguno es nueva, sino que data de siglos, pero prescindiendo de estos antecedentes históricos, la tentativa más acaba en este sentido, como hemos visto en su oportunidad, proviene del positivismo.

Tampoco puede dejar de observarse que hay una relación entre esta teoría y el criticismo, por curioso que ello pareciera y por alambicada que fuera la relación. En efecto, entre la concepción meramente psicológica de la culpabilidad, que rechazaba cualquier valoración en su contenido, y el criticismo, existe la siguiente similitud: *la pena es una forma de prevención que actúa mecánicamente*¹³⁰. Las cadenas que unen al positivismo mecanicista y al idealismo penal no son nuevas y muchas veces circulan por extraños cauces.

Las construcciones que mejor se elaboraron (sobre la base de que la culpabilidad como reprochabilidad era un retroceso a la responsabilidad "moral") pertenece a concepciones positivistas. Para ellos, las nuestras son "distinciones artificiales"¹³¹.

El positivismo es exactamente lo opuesto a la concepción normativa de la culpabilidad¹³². Lo que le interesa no son valoraciones, sino que fundamental para él es evitar el peligro y el daño que el delito implica¹³³. Si el hombre está determinado a delinquir, la sociedad debe defenderse y, por ello, la responsabilidad se funda

¹²⁷ Así NIETZSCHE, *Genealogía*, cit., pp. 71-82.

¹²⁸ Cfr. BUBER, *¿Qué es el hombre?*, México, 1964, pp. 61-2.

¹²⁹ Cfr. GAOS, op. cit., p. 71.

¹³⁰ Así en FEUERBACH. Sobre ello, SCHMIDT, RICHARD, *Die Aufgaben der Strafrechtspflege*, Leipzig, 1895, p. 28; CATTANEO, MARIO A., *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970, 381 y ss.; SCHUMACHER, OSKAR, *Um das Wesen der Strafrechtsschuld*, 1927, 79-82.

¹³¹ GREENER, *Die neuen Horizonte im Strafrecht und Strafgesetzgebung*, en "Gerichtssaal", 90 (1924), 197 y ss. (201).

¹³² Cfr. SCHUMACHER, op. cit., 79.

¹³³ Así también FEUERBACH (!): *Revision der Grundätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, 1799, I, 66.

en la "disposición interna antisocial"¹³⁴. Estas teorías necesariamente tienen que renunciar al principio de culpabilidad como concepto de reprobación jurídica, para concebirlo como la suma de las características subjetivas requeridas para la imputación del hecho¹³⁵. De allí que sea coherente con este criterio una concepción psicologista de la culpabilidad, y que la gran revolución de la defensa social de principios de siglo no fuera más que un nuevo concepto que vuelve al viejo¹³⁶.

Todas ellas presentan una falla fundamental, y es precisamente que hablan de "responsabilidad". En rigor, actuando con un criterio determinista, no hay responsabilidad posible, porque la responsabilidad no puede concebirse sin la libre determinación de la voluntad. La única teoría que en este sentido es coherente es la de Dorado Montero, porque el profesor salamantino eliminó directamente la responsabilidad y reemplazó al derecho penal por un "derecho protector de los criminales"¹³⁷.

Entre estas teorías, cuya lógica consecuencia es considerar al delito como un signo externo ("un síntoma de peligrosidad") y el "derecho" totalitario, *hay una relación más que directa*: desde que el delito es mero síntoma pasa el autor a primer término y el objeto del derecho penal es la personalidad del autor (que interesa modificar). Si el delito es mero síntoma, se pueden buscar los síntomas prescindiendo de la catalogación: *toda seguridad se habrá perdido*.

La concepción positivista de la culpabilidad que más nos interesa ahora, fue la de Liszt, dado que luego, malinterpretada, ha contribuido a provocar el desastre de la Escuela de Kiel y, además, porque no renunciaba a la elaboración dogmática. Para Liszt, el concepto "material" de

¹³⁴ Así, LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en "Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge", Berlin, 1905, I, 126 y ss.; la misma idea se mueve en el positivismo italiano (ver la admiración de Liszt por la "junge anthropologische Schule Italiens" en op. cit., 130-1): FERRI, *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, 1880; GAROFALO, R., *Di un criterio positivo della penality*, Napoli, 1880; ASCHAFFENBURG, GUSTAV, *Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, Heidelberg, 1903; LENZ, A., *Ein StGB ohne Schuld und Strafe*, Graz, 1922; etc.

¹³⁵ Cfr. JESCHECK, 339.

¹³⁶ Cfr. SCHUMACHER, op. cit., p. 82; del mismo modo entienden a la culpabilidad más contemporáneamente, BAUER, *Das Verbrechen und das Gesellschaft*, 1957; GRAMATICA, F., *Principi di difesa sociale*, 1961; DANNER, MANFRED, *Gibt es einen freien Willen?*, Hamburg, 1969; del mismo, *Warum es keinen freien Willen gibt?*, Hamburg, 1968; del mismo, *Die Determiniertheit des Willens*, Salzburg, 1967.

¹³⁷ DORADO, PEDRO, *El derecho protector de los criminales*, cit.; RIVACOBA, *El centro...*, cit.; bibliog. indicada en este último, pp. 144-5.

la antijuridicidad era la "dañosidad social" de la conducta y la culpabilidad era la "concreta peligrosidad del autor para la comunidad". Se trataba de un "estado" o "disposición" del autor, pero no en sentido ético¹³⁸, sino de una "actitud" libre de valoración, un complejo motivacional del autor individual. El dolo y la culpa no eran más que diferentes indicios del "estado" del autor, que era lo importante. Aquí Liszt no era consecuente, porque también los niños y los enfermos mentales podían actuar dolosa o culposamente, o sea, con las mismas características psicológicas reveladoras de la peligrosidad¹³⁹. Conforme a esto, Lilienthal consideraba que la inimputabilidad es una excusa absolutoria¹⁴⁰. Von Liszt en realidad no extrajo todas las consecuencias que de su teoría se podían extraer¹⁴¹. De ello se ocupó la teoría del "acto sintomático"¹⁴², que concibió a la culpabilidad como una "carencia en la constitución psíquica, al dolo como una falla del entendimiento y a la culpa como una falla del sentimiento"¹⁴³. El desvalor pretendía ser reemplazado por un concepto "cognoscitivo" como la peligrosidad. De cualquier manera, la peligrosidad implica un desvalor, y ello no lo puede evitar esta corriente, sólo que en el lugar en que el idealismo alemán había colocado al Estado, ellos colocaron un concepto sociológico naturalista¹⁴⁴. Fue relativamente sencillo reemplazar estos desgastados conceptos por una nueva idea del Estado y por el "sano sentimiento del pueblo".

Estos criterios no tienen ningún asidero legal en nuestro derecho positivo, por lo que en la actualidad no presentan para nosotros más valor que el de una curiosidad pasada y peligrosa. En verdad, una concepción del derecho penal que prescindiera de la culpabilidad como reproche normativo a una persona responsable por su decisión voluntaria libre, lleva a negar al hombre el carácter de

¹³⁸ Tal era el concepto de culpabilidad del derecho canónico, en que siendo el pecado igual a la culpabilidad, el delincuente se hallaba en "estado" de pecado o de culpabilidad (cfr. Nass, op. cit., p. 135).

¹³⁹ Cfr. WOLF, ERIK, *Strafretliche Schuldlehre*, 1928, pp. 21-2.

¹⁴⁰ LILIENTHAL, KARL V., *Zurechnungsfähigkeit*, en "Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts", 1908, 1 y ss. A la imputabilidad después de las "formas" de culpabilidad ubica ahora HURWITZ, STEPHAN, *Den Danske Kriminalret*, Kopenhagen, 1971, pp. 281 y ss., 2º cuaderno; como causa personal de exclusión de pena la considera ANTOLISEI, 481-2.

¹⁴¹ Criterio parecido al de Liszt, GRÜNHUT, MAX, *Gefährlichkeit als Schuldmoment*, en "Fest. für Aschaffenburg", 1926, 87 y ss.

¹⁴² TESAR, OTTOBAR, *Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, Ein Beitrag z. Wertungslehre im Strafrecht*, Berlin, 1907; *Freiheit und Strafrecht*, 1930; KOLLMANN, HORST, *Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem*, Breslau, 1908; al pensamiento del acto sintomático no eran ajenos algunos psiquiatras como Kraepelin, *Abschaffung des Strafmasses*, Stuttgart, 1880.

¹⁴³ Así TESAR, *Die symptomatische Bedeutung*, 208.

¹⁴⁴ Cfr. WOLF, ERIK, op. cit., p. 25. Aclara WOLF que estos conceptos sociológicos no tienen nada que ver con la sociología "cultural" de Max Weber y Tönnies (nota 58).

persona, pero, además, es apenas imaginable. Para desarrollarla coherentemente se debe prescindir de toda responsabilidad y andar la senda de Dorado. Con el tiempo, el derecho penal estaría constituido por una serie de medidas casi administrativas para tratar “enfermos”, máquinas descompuestas. Lo grave sería que la humanidad poseyese los medios para hacerlo, que afortunadamente no tiene: en tal caso la sociedad humana habría perdido su dinamismo y la cultura se habría detenido. Se trataría de un absoluto control de la conducta humana. En verdad, panorama más tétrico es apenas imaginable.

Un positivismo coherente tiene que afirmar que “el sistema sancionador y retributivo que tradicionalmente viene rigiendo, y que en gran parte rige todavía, lleva en su seno mismo el germen que lo ha de destruir”¹⁴⁵, como lo hacía Dorado —y parecen aún postular algunos autores contemporáneos¹⁴⁶—, lo que dista mucho de la “responsabilidad social” positivista¹⁴⁷ y del reemplazo de la culpabilidad por la peligrosidad, postulado por la misma corriente italiana y que aún hoy se sostiene aisladamente¹⁴⁸.

El máximo desarrollo de un derecho penal que renuncia a la culpabilidad, por resultarle imposible concebirla sobre diferente base antropológica que la aquí señalada, culminó, lógicamente, con el descabellado “estado peligroso sin delito”.

456. **Autodeterminación y exigibilidad.** El principio de culpabilidad no pretende que la ley o el juez “penetren” el ámbito de la libertad decisoria de un individuo, porque esto es imposible, ya que la reprochabilidad siempre la determina un “tercero”¹⁴⁹. Pero esto tampoco significa que el “tercero” deba preguntarse lo que “otro” hubiera hecho en el lugar del autor¹⁵⁰, toda vez que

¹⁴⁵ DORADO, PEDRO, *Nuevos derroteros penales*, Barcelona, 1905, p. 160.

¹⁴⁶ Así, KINBERG, OLOF, en “Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé”, Paris, 3, 1949, pp. 513 y ss.; PÉREZ LLANTADA, FERNANDO, *Evolución histórica de la responsabilidad penal*, en “Hom. a José R. Mendoza”, Caracas, 1971, 209 y ss. (223).

¹⁴⁷ Sobre la responsabilidad “social” en el positivismo, ARECO, HORACIO P., *Enrique Ferri y el positivismo penal*, Bs. As., 1908, pp. 116-140.

¹⁴⁸ Así, LUDOVIC, BIRÓ - MATEI, BASARAB, *Curs de Drept Penal al R. P. R., Partea generala*, Bucaresti, 1963. No es la posición socialista, pues la “responsabilidad social socialista” es un concepto diferente del positivista. (Sobre ello, LEKCHAS - LOOSE - RENNEBERG, *Verantwortung und Schuld im neuen StGB*, Berlin, 1964). Lo sustentado por los autores rumanos parece pertenecer a una etapa ya superada del marxismo, en la que se hallaba altamente teñido de materialismo pre-marxista.

¹⁴⁹ Cfr. STRATENWERTH, 156.

¹⁵⁰ Así JESCHECK, 346; NOWAKOWSKI, *Grundriss*, p. 67.

“otro” es el molesto engendro que nos sale repetidamente al paso: el homúnculo *normalis*. El “tercero” que determina la culpabilidad no puede ser otro que el orden jurídico. Que se remita como criterio a lo que en la misma situación exige a la generalidad de los hombres, no significa que el criterio sea comparar la conducta del autor con lo que hipotéticamente hubiese hecho el supuesto homúnculo. Ello es igual aunque se requiera que ese homúnculo imaginario presente algunas características del autor¹⁵¹. Veremos estos límites de exigibilidad y su determinación al ocuparnos de la necesidad exculpante. El criterio del homúnculo *normalis* no nos es útil, porque existen tantos homúnculos *normalis* como jueces¹⁵².

De la diferente dimensión de los ámbitos de autodeterminación resulta que la culpabilidad es un concepto susceptible de admitir grados. Esto es posible, precisamente, porque la ley admite la autonomía de decisión como un ámbito, o sea, no en la forma de un indeterminismo dogmático. Si la libertad de decisión fuese admitida por el orden jurídico como libertad decisoria absoluta, ilimitada e incondicionada, esto daría lugar para sostener —con igual facilidad y aparente paradoja— tanto la absoluta responsabilidad como la absoluta irresponsabilidad del ser humano en cualquier caso.

Los ámbitos de autodeterminación pueden ser sumamente amplios, en cuyo caso corresponde una exigibilidad y una reprochabilidad mayor, y pueden llegar hasta grados o umbrales mínimos de libertad de decisión, en que la reprochabilidad desaparece. Si bien no puede negarse en los casos de inexigibilidad la existencia de la libertad de decisión (de la posibilidad), ésta es considerada mínima y despreciable a los efectos de la reprochabilidad. En estos umbrales mínimos su uso no es exigible. No puede negarse que cualquiera, en una circunstancia determinada, tiene la posibilidad de convertirse en héroe, pero tampoco puede exigírsele jurídicamente que lo haga, o reprochársele jurídicamente que no lo haga.

La ley no deja librada al criterio del juez la determinación de los ámbitos de libertad de decisión (o de exigibilidad o de reprochabilidad). Si bien es él quien en definitiva siempre los aprecia, la ley le señala los criterios conforme a los cuales debe hacerlo, le señala los umbrales mínimos y a partir de ellos se deducen los criterios para mensurar los grados.

¹⁵¹ JESCHECK, 346.

¹⁵² Sobre esta determinación y sus dificultades, HENKEL, HEINRICH, *Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem*, en “Fest. f. Larenz”, pp. 3 y ss.

Que los límites de la necesidad no sean estrictamente determinados por el legislador, es de toda evidencia que responde a una imposibilidad de precisión legislativa emergente de la "naturaleza de las cosas", pero no altera para nada su naturaleza de excluyente de reprochabilidad jurídica, el hecho de que la ley, en ocasiones dé criterios generales.

En cuanto al grado de reprochabilidad y la personalidad del autor, resulta perfectamente determinable que hay sujetos a los que en una situación dada les es mucho más arduo que a otros ajustar su conducta a derecho. En tales casos, la exigibilidad y el reproche son menores.

Todos los umbrales mínimos de autodeterminación son supuestos en que al autor no se le puede exigir una conducta diferente de la efectivamente realizada¹⁵³. De allí que todas las causas de inculpabilidad sean supuestos de inexigibilidad de otra conducta adecuada a derecho, pero la no exigibilidad no es "una" causa de inculpabilidad, sino el común denominador de todas.

Freudenthal, siguiendo la senda que había abierto Frank con las "circunstancias concomitantes" y que luego rectificará¹⁵⁴, pero ampliando la concepción de Frank, lleva el principio de la no exigibilidad no ya al carácter de explicación o naturaleza de las causas de inculpabilidad, sino que amplía el contenido de las causas de inculpabilidad, en función de la no exigibilidad: los casos de inexigibilidad excluyen la culpabilidad, aunque no estén contemplados en la ley¹⁵⁵. Eberhard Schmidt¹⁵⁶ se expresó en forma contraria a la supralegalidad exculpante de la inexigibilidad, al igual que Mezger¹⁵⁷, que antes la había sostenido¹⁵⁸. También la rechaza Maurach como causa supralegal¹⁵⁹ (para este autor excluyente de la responsabilidad, primer estadio de la "atribuibilidad"). Como eximente general fue sostenida en nuestro medio¹⁶⁰ y la recogió el proyecto de 1960. Fontán Balestra la consideraba causa de justificación, creyendo hallar apoyo en su teoría — incluso adelantado— puntos de vista sostenidos por Henkel¹⁶¹.

¹⁵³ De esta consideración se extrae luego, erróneamente, que hay una inexigibilidad supralegal (cfr. HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, en "Fest. für Mezger", 1954, p. 258).

¹⁵⁴ FRANK, *StGB*, 10ª ed.

¹⁵⁵ *Schuld und Vorwurf*, cit.

¹⁵⁶ LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 1927, 266 y ss.

¹⁵⁷ MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 373; en *Leipziger Kommentar*, 1954, I, 320.

¹⁵⁸ MEZGER, *Persönlichkeit und Schuld*, 1932, p. 15.

¹⁵⁹ Cfr. HENKEL, en "Fest. für Mezger", 295; SCHÖNKLE-SCHNÖDER, 416; MEZGER-BLEI, 227-8; KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, 1961, 194; BAUMANN, 451; WELZEL, 182; STRATENWERTH, 180; WESSELS, 79.

¹⁶⁰ FRÍAS CABALLERO, JORGE, *Notas sobre la teoría normativa de la culpabilidad*, en LL, 65-845.

¹⁶¹ FONTÁN BALESTRA, II, 89 y ss.

457. El renacer positivista. En nuestros días se han hecho algunos intentos en general carentes de coherencia y desarrollo integral, tendientes a alterar el concepto de culpabilidad, para dejarla reducida a algo distinto de lo que venimos entendiendo por tal, es decir, se ha pretendido retomar la vieja fuente positivista.

a) Uno de esos ensayos lo esboza muy rápidamente Gimbernat Ordeig¹⁶², quien sostiene que la culpabilidad no puede seguir fundándose sobre la idea del indeterminismo que, lejos de estar científicamente probada, se encuentra desvirtuada por investigaciones de ciencias que, tales como el psicoanálisis, demuestran un verdadero determinismo en nuestras acciones. Afirma este autor que a la larga los cultores de estas ciencias no permitirán que los juristas sigan haciendo profesiones de fe gratuitas. Por último, termina fundando la pena en razones de prevención especial y excluyéndola por razones de equidad en los casos en que hoy sostenemos que no cabe la pena, afirmando en general que la supresión del concepto de culpabilidad no afectaría prácticamente la estructura del derecho penal.

Esta afirmación no dista mucho, a nuestro entender de la vuelta a un positivismo sociológico. En principio, no vemos cómo puede explicarse el derecho penal de culpabilidad de nuestros días prescindiendo del concepto de culpabilidad porque, como acabamos de demostrarlo, sólo con base en la autodeterminación es explicable nuestro derecho penal que, de otro modo, tendría que configurarse de manera bien diferente.

Por otro lado el cuño positivista de esta observación se hace absolutamente evidente en cuanto reclama una demostración "científica" de la autodeterminación humana. Esta pretensión sólo es concebible dentro del pensamiento del positivismo mecanicista o fiscalista, porque ya no tiene sentido para el positivismo lógico de nuestros días, dado que éste afirma que no es posible dar a esta pregunta una respuesta científica.

En cuanto a que el psicoanálisis constituye un argumento contra la culpabilidad fundada sobre la autodeterminación del hombre, no se nos ocurre completamente coherente. No puede haber duda alguna de que hay motivaciones inconscientes, pero hace más de sesenta años que frente a este fenómeno se ha respondido que "así como tenemos la conciencia clara de que la voluntad puede sobreponerse a los motivos conocidos que nos inducen a un acto determinado, de igual modo nos manifiesta la conciencia que podríamos sobreponernos a los motivos que desconocemos, cualesquiera que ellos sean"¹⁶³. Por otra parte, nos parece que no pretendería ningún psicoanalista negar la validez de esta respuesta, por mucho que la formulase en términos diferentes, precisamente porque, o mucho nos equivocamos o su tarea no puede ser otra que la de permitir que lo inconsciente se haga consciente y, por ende, manejable por la voluntad. De no ser esto posible el psicoanálisis se negaría a sí mismo.

Socialmente, todos tenemos la obligación de huir de nuestras racionalizaciones y de nuestra inautenticidad, cualesquiera que fuesen los pro-

¹⁶² GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en "Hom. a J. de Asúa", Bs. As., 1970, pp. 495 y ss.

¹⁶³ MONTES, JERÓNIMO, *Derecho Penal Español*, Madrid, 1917, II, p. 34.

blemas, y sólo se nos puede evitar el reproche por no hacerlo cuando estamos limitados por un condicionamiento cultural o patológico. En caso contrario, es innegable que surge con evidencia la negativa a manejar el problema.

β) En el trabajo de Claus Roxin titulado "Política Criminal y sistema del derecho penal", desarrolla éste su concepción de la culpabilidad como fundamentada en la teoría de los fines de la pena. Para Roxin la culpabilidad es el merecimiento de pena. "Cuando alguien, por cualquier razón, no puede evitar el injusto típico que ha realizado, no tiene objeto castigarlo. En cualquier teoría de la pena no puede pretenderse castigar una culpabilidad inexistente"¹⁶⁴. Esto es evidente, pero Roxin quiere extraer de ello otras consecuencias, y así, dice que estos principios son los que rigen en materia de estado de necesidad exculpante, en la que no falta la posibilidad de actuar de otra manera, pues en ciertas profesiones, en que existe el deber de afrontar el riesgo, es este criterio político-penal el que se aplica y no la inculpabilidad por imposibilidad de otra conducta. Igualmente, afirma que la impunidad de la tentativa en caso de desistimiento es una causa de inculpabilidad¹⁶⁵.

El criterio expuesto por Roxin no deja en claro la relación en que se halla la culpabilidad respecto de la punibilidad, lo que le fue observado por Muñoz Conde¹⁶⁶. La posición de Roxin respecto de la culpabilidad le fue criticada por Stratenwerth y Dreher. Stratenwerth sostuvo que los interrogantes que plantea la culpabilidad son en extremo complejos como para pretender resolverlos en directa referencia a las cuestiones acerca de la prevención¹⁶⁷.

Respondiendo a esta crítica, Roxin opinó que "detrás de la teoría de los presupuestos de la responsabilidad penal (a que corresponde la teoría de la culpabilidad en el uso tradicional del lenguaje), debe hacerse visible —como interpretación rectora de la motivación político-criminal del legislador— la teoría del fin de la pena, cuyas exigencias ciertamente son complejas, pero, en cualquier caso, hacen resaltar, detrás de los problemas delimitativos de la pura culpabilidad, las consideraciones legislativas de prevención general o especial. Si a su lado hay otros puntos de vista, como Stratenwerth parece opinar, sería cuestión de investigarlo especialmente. Pero yo creo que no; cuando se resuelven circunstancias liberadoras de pena fuera de la teoría del fin de la pena, deben ubicarse en otras categorías, como las causas personales de exclusión de la pena, condiciones objetivas de punibilidad, etc."¹⁶⁸. Aquí aclara Roxin un tanto su punto de vista: las consideraciones político-penales acerca del fin de la pena determinarían la culpabilidad, pareciendo que la punibilidad dependería de consideraciones político-sociales extrañas a la teoría del fin de la pena.

¹⁶⁴ ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1973, p. 33.

¹⁶⁵ *Idem*, 34-5.

¹⁶⁶ MUÑOZ CONDE, en el prólogo a su traducción de la primera edición del referido trabajo de ROXIN (*Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, 1972).

¹⁶⁷ STRATENWERTH, en *MSchr. Krim.*, 1972, 196/7.

¹⁶⁸ ROXIN, *op. cit.*, 47.

Dreher, por su parte, le objeta que su pretensión de hallar una cláusula general es aún más vaga que la de Freudenthal cuando acudía a la fórmula general de la inexigibilidad de otra conducta y que con ella no pueden resolverse todos los supuestos¹⁶⁹. Roxin responde que no pretende crear una inculpabilidad al estilo de Freudenthal, sino dar un fundamento general a las causas de inculpabilidad¹⁷⁰.

Por nuestra parte, estamos plenamente de acuerdo en que la decisión político-penal es útil en el campo dogmático y no creemos en la contradicción lisztsiana entre política criminal y derecho penal, pero el criterio seguido por Roxin nos motiva una observación fundamental: *se trata de saber si hay delito para saber si hay que aplicar pena y no de seguir el camino inverso, es decir, averiguar si hay que aplicar pena para saber si hay delito*. Este segundo camino puede llevarnos a la catástrofe, porque serían requerimientos de la pena los que determinarían la presencia del reproche jurídico-penal y no el reproche jurídico-penal el que fundamentaría la pena. Salvando, por cierto, todas las distancias, se trata de una vuelta a la metodología del positivismo italiano de principios del siglo: la peligrosidad era la que determinaba —desde la teoría de la pena— la presencia del delito *punible*, hasta tal punto que se “tragaba” a la culpabilidad. Aquí, la prevención —genetal o especial— desde la teoría de la pena, viene a “tragarse” a la reprochabilidad, dándole una base por entero diferente a la culpabilidad.

La circunstancia de que al policía o al bombero se le exija lo que no se le exige al hombre común no puede derivarse de que el hombre común no se hace acreedor con ello a una pena en tanto que el policía o el bombero se hacen acreedor a la misma, sino que, precisamente, al hombre común no se le aplica pena porque no se le reprocha lo que al policía o al bombero se le reprocha, justamente por su calidad de tal¹⁷¹.

La objeción fundamental de Roxin a la concepción tradicional de la culpabilidad finca en el círculo vicioso que cree que existe entre la exigibilidad y la reprochabilidad, pues sostiene —lo que es cierto— que el criterio de reprochabilidad lo da el grado de exigibilidad y que éste último queda totalmente difuso. Creemos que ésta no es una objeción seria, sino formal, pues es sabido que el criterio para la exigibilidad no se puede definir de antemano como una disyuntiva entre blanco y negro, sino que es un criterio jurídico graduable, con una gama de matices. Esta circunstancia, por todos reconocida, no tiene entidad suficiente para hacer que se eche por la borda el concepto mismo de reprochabilidad y sus correlativos de exigibilidad y culpabilidad, reduciendo ésta última a la categoría de un criterio político-penal más arbitrario —por difuso— que la exigibilidad misma.

En tanto que las objeciones de Gimbernat Ordeig pretenden eliminar a la culpabilidad de la teoría del delito, las de Roxin pretenden reemplazarla por un simple criterio político-penal. Tiene razón Malamud Goti al afirmar que ambas posiciones “responden a la misma idea rec-

¹⁶⁹ DREHER, en GA, 1971-217.

¹⁷⁰ ROXIN, op. cit., p. 48.

¹⁷¹ En agudo sentido crítico, HARRO OTTO, p. 189.

tora"¹⁷² que, por nuestra parte, creemos que en ambos casos es la eliminación de la culpabilidad del concepto del delito. En tanto que en Gimbernat Ordeig son claros los acentos positivistas sociológicos, en Roxin la tesis termina en un positivismo legal con nuevo ropaje. Si alguna duda puede caber al respecto, es el mismo Roxin quien lo confiesa al enunciar su fórmula: "La decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador desde puntos de vista jurídico-penales quiera hacer responsable al autor de su actuación"¹⁷³.

Nos parece que no es posible fundar la culpabilidad desde los requerimientos de la prevención —sea general o especial— porque ello conduce a una inversión del planteamiento analítico, si bien —como lo hemos expuesto— no es una abstracta "posibilidad" lo que funda la exigibilidad, sino que el grado de posibilidad que señala el umbral de exigibilidad y de reprochabilidad viene condicionado en gran medida por la magnitud del injusto, puesto que lo que puede exculpar un injusto menor no puede exculpar un injusto de mayor entidad, así como en la vida corriente la lluvia puede disculpar una demora en llegar tarde al trabajo, pero no podría disculpar la ausencia a la firma de una escritura traslativa de dominio. De allí que creamos que hay una cierta inversión del planteo, producida básicamente al pasar por alto que la cuantía del injusto se traduce en una cierta magnitud de pena (y no a la inversa), cuando la doctrina española más interesante del momento critica con acierto las tesis de Roxin, pero pretende insistir en su camino, procurando hallar el momento normativo de la exigibilidad a partir de la necesidad de prevención general^{173 bis}.

γ) Ellscheid y Hassemer llevaron a cabo un nuevo intento de reemplazar a la culpabilidad, pretendiendo que el lugar del principio de culpabilidad lo ocupase lo que llamaron "principio de proporcionalidad" (*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*), afirmando que este último tiene la misma jerarquía que el primero, que por ende, es perfectamente eliminable¹⁷⁴. Con toda razón observó Arthur Kaufmann a esta tentativa que, "al contrario del principio de culpabilidad, que tiene carácter material, el principio de proporcionalidad como tal es sólo un principio meramente formal: la proporción, la relación, la vinculación de un ente con otro. De qué ente se trate no lo dice el principio de la proporcionalidad"¹⁷⁵.

La principal objeción de Ellscheid y Hassemer al juicio de culpabilidad entendido de la manera en que lo hacemos, es que ese juicio sólo sería moralmente posible si el juzgador se metiese en la persona del

¹⁷² MALAMUD GOTI, *La estructura penal de la culpa*, cit., p. 127 (aunque no compartimos su opinión favorable a la misma).

¹⁷³ ROXIN, *Problemas básicos*, p. 210.

^{173 bis} Así, por ej., MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, en "Cuad. de Política Criminal", Madrid, 1980, 2, pp. 41 y ss.; en sentido análogo, MIR PUIG, SANTIAGO, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1979.

¹⁷⁴ ELLScheid, GÜNTER - HASSEMER, WINFRIED, *Strafe ohne Vorwurf*, en "Civitas-Jahrbuch für Sozialwissenschaften", T. IX, 1970, pp. 27 y ss.

¹⁷⁵ KAUFMANN, ARTHUR, *Schuldprinzip und Verhältnismässigkeitsprinzip*, en "Fest. f. Richard Lange", Berlin, 1976, p. 33.

juzgado, si se produjese una comunicación personal, participando y compartiendo la culpabilidad del otro¹⁷⁶. Entienden estos autores que no cabe hablar de esta comunicación, porque en el proceso penal no hay comunicación entre juez y acusado, puesto que la relación de ambos se da siempre bajo la "coacción de la ley".

Arthur Kaufmann entiende que ésta es una objeción que no puede despreciarse fácilmente¹⁷⁷. Por nuestra parte entendemos que aquí se confunden dos planos diferentes, olvidando que la culpabilidad no es un juicio moral, pues no pertenece al campo de la autenticidad, sino que, como juicio jurídico, pertenece al terreno de lo inauténtico, como fenómeno inevitable. El juicio de reprobación es hecho por parte del *Man*, del "ae" impersonal, que, pese a todo, es imprescindible para la posibilitación de la autenticidad. La diferencia entre el juicio de culpabilidad penal y el juicio moral finca en que el primero no puede menos que pertenecer al campo de la inautenticidad, en tanto que el segundo pertenece al de la autenticidad. Si tenemos en cuenta que lo "inauténtico" no tiene por qué conllevar una carga peyorativa, sino que simplemente es una de las formas de ser en el mundo y, especialmente, que es la forma imprescindible para posibilitar la autenticidad, veremos que la culpabilidad penal no tiene por qué avergonzarse de pertenecer a lo inauténtico, esto es, de ser siempre el juicio de un tercero.

Veremos en detalle que la culpabilidad normativa se estructura teóricamente sobre la base del planteamiento ético aristotélico, pero ello no implica que deba compartirse toda la ética aristotélica y menos aún que se considere a ese planteamiento ético incorporado completamente en el derecho penal. Aristóteles se valía de una "tabla de valores", para lo cual usaba su criterio del "justo medio", pero con ello hacía de su juicio ético también el juicio de un tercero. Si le reconocemos al derecho —como no puede ser de otro modo— el carácter de tercero, no podremos menos que aceptar de antemano que la culpabilidad penal jamás puede ser un juicio sobre el ser auténtico de nadie, sino el inevitable juicio de un tercero, impuesto en virtud de que la co-existencia demanda necesariamente una decisión hasta cierto punto autoritaria que la posibilite¹⁷⁸.

§) La culpabilidad ha tratado de ser concebida como una suerte de "desengaño" de las esperanzas del derecho, por parte de Bockelmann. Este autor es otro de los que niega la posibilidad de fundar la culpabilidad sobre la idea de la autodeterminación o de la libertad de la voluntad, basándose en la indemostrabilidad de esa autonomía. De allí que trate de basarla en la experiencia conforme a lo que la mayoría hace y, partiendo de que el derecho "espera" de los "normales" que actúen conforme a las pautas que le señala, concluye en que "el reproche de culpabilidad no expresa otra cosa que el desengaño frente a esta esperanza"¹⁷⁹. Por supuesto que el orden jurídico no puede esperar esas con-

¹⁷⁶ ELLScheid-HASSEMER, op. cit., p. 32.

¹⁷⁷ KAUFMANN, ARTHUR, en "Fest. f. Lange", cit., p. 37.

¹⁷⁸ Cfr. WELZEL, *Derecho y ética*, en "Rev. Arg. de Cs. Penales", 1977, nº 5.

¹⁷⁹ BOCKELMANN, 110.

ductas de los “anormales”, no pudiéndose desengañar cuando éstos le atacan y, por consiguiente, no concibiéndose la culpabilidad a su respecto.

Este planteamiento padece los mismos defectos que el de von Liszt respecto de la “normal motivación” y merece las mismas objeciones: si un sujeto no tiene autodeterminación, no tiene el derecho por qué “desengañarse”, y, si no la tienen tanto el normal como el anormal, no hay por qué distinguirlos, puesto que nadie puede desengañarse con la conducta de ninguno de ambos. Más aún, el desengaño del derecho equivaldrá a que se “desengaña” respecto de su propia calificación, porque el que creyó “normal” se ha comportado como un “anormal”, es decir que, sin autodeterminación, el desengaño tendrá lugar frente a un errado juicio de “normalidad” hecho respecto de una persona. La misma idea de “normalidad” campea en la figura del ciudadano “suficientemente motivable” a la que apela Zipf para eludir también el problema de fondo y sostener que la autonomía en la determinación no es un concepto necesario para el reproche de culpabilidad ^{179 bis}.

V. — LA CULPABILIDAD DE ACTO Y LA CULPABILIDAD DE AUTOR (O RESPONSABILIDAD MORAL)

458. **Planteamiento.** Hay dos posiciones respecto de la culpabilidad que, a nuestro juicio, son antitéticas e irreconciliables ¹⁸⁰: la culpabilidad de acto y la culpabilidad de autor (también llamada “culpabilidad del carácter”, “de personalidad”, de “conducción de la vida” o de “decisión de la vida” ¹⁸¹). Según la culpabilidad de acto, al autor se le reprocha su injusto, es decir, su acto típico y antijurídico; según la segunda —y pese a sus múltiples variables— como su acto es manifestación de su personalidad, el reproche se extiende a su personalidad.

El problema de la culpabilidad de acto y de autor está íntimamente conectado con el de su relación con la responsabilidad moral, hasta el punto que sólo con el esclarecimiento de éste se llegará a aclarar aquél, pues si bien en principio, existe en la actualidad un aparente acuerdo general en que la culpabilidad es de acto ¹⁸² y la responsabilidad es jurídica y no moral ¹⁸³, supuestas

^{179 bis} ZIPF, HEINZ, *Kriminalpolitik, Eine Einführung in die Grundlagen*, Karlsruhe, 1973, p. 36.

¹⁸⁰ Otra opinión sostenía BOCKELMANN en *Strafrechtliche Urtersuchungen*, Göttingen, 1957, pp. 12 y ss.; como posiciones extremas son señaladas por MÜLLER-DIETZ, HEINZ, *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, Karlsruhe, 1967, pp. 62-3.

¹⁸¹ La expresión “culpabilidad por la conducción de la vida” fue empleada por MEZGER (*Die Straftat als Ganzes*, ZStW, 57, 1938, 689).

¹⁸² Cfr. JESCHECK, 342.

¹⁸³ Así, MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 251; HIPPEL, R. v., II, 278; JESCHECK, 274; GALLAS, en “Fest. f. Mezger”, cit., p. 332; etc.

posiciones eclécticas confunden el planteamiento con gravísimo perjuicio para las garantías individuales.

459. **El esquema aristotélico y la culpabilidad.** La culpabilidad ha sido siempre un centro álgido de la problemática del delito y ha permanecido siempre en cierta relación con la responsabilidad moral, de la cual le es menester distinguirse. La vinculación dificultaba la distinción, principalmente porque el derecho penal nunca dejó enteramente de lado el esquema aristotélico, que es una construcción ética racional apoyada sobre la idea fundamental de que el hombre es un ente capaz de elección.

La presuposición del hombre como ente responsable es el tronco común que existe entre la culpabilidad y la ética en el sentido aristotélico. Naturalmente que esta vinculación no puede llevar a la identificación de ambos conceptos. Ello es imposible porque hay tantas "responsabilidades morales" como sistemas éticos. No obstante, cuando en derecho penal se habla de "responsabilidad moral" para distinguirla de la culpabilidad, por lo general se trata de una referencia al sistema aristotélico, de modo que será a él al que nos referiremos.

En cualquier sistema ético (o en cualquier especulación en torno de la ética) cabe distinguir dos aspectos: α) la fijación y adopción de una tabla de valores; y β) la construcción lógica que a partir de esos valores lleva a la valoración o desvaloración de la conducta humana. Por supuesto que la similitud entre culpabilidad y responsabilidad moral no puede referirse al primer aspecto, sino al segundo.

La construcción que se hace una vez fijada la tabla de valores tiene carácter científico y puede discutirse sobre la base de la verificación. Precisamente por ello hay una similitud entre ambas construcciones. Pese a todo, *aún aquí no hay más que una similitud que en modo alguno significa identidad.*

El reproche normativo de culpabilidad se efectúa en función de la posibilidad que el sujeto tuvo de realizar una conducta distinta del injusto¹⁸⁴. En tal sentido, *la medida del reproche será la medida del ámbito de autodeterminación que el sujeto ha tenido en el caso concreto para elegir una conducta jurídicamente adecuada.*

El ámbito de autodeterminación opera, de este modo, como una función del reproche: a mayor ámbito de autodetermina-

¹⁸⁴ Sobre el objeto del reproche en ARISTÓTELES, LOENIG, RICHARD, *Die Zurechnungslehre des Aristoteles*, Jena, 1903, p. 125.

ción mayor reproche; a menor ámbito de autodeterminación menor reproche. Este ámbito de autodeterminación con que se maneja el derecho penal es similar al que se admite en psicología como "catálogo de conductas"¹⁸⁵. En este sentido, el reproche normativo y el reproche aristotélico son bastante parecidos: las causas de inculpabilidad —y particularmente el estado de necesidad inculpante— ya se hallan en Aristóteles, y la no exigibilidad se ve con meridiana claridad en su planteo. El Estagirita delimitaba con gran precisión entre la coacción y la fuerza física irresistible (*Ética Nicomaquea*). No obstante, *de aquí no puede deducirse ninguna identidad entre la responsabilidad moral aristotélica y el reproche penal de culpabilidad*.

Para Aristóteles, la personalidad que se apartaba de la virtud se elegía, porque el hombre que se apartaba de la virtud iba cayendo por una pendiente, en modo tal que, en un momento, ya no era libre para ser virtuoso, porque con sus actos anteriores daba lugar a una situación semejante a la del que arroja una piedra y luego es impotente para retenerla. *En último análisis, cualquier "culpabilidad por la conducción de la vida" se enraiza con este pensamiento*¹⁸⁶ y ello es directamente intolerable, porque se pasa por alto que el derecho penal no es ética, sino que representa o aspira a ser un mínimo de ética exigible, pero que *está limitado por el principio de reserva*.

460. El traspaso inalterado del esquema aristotélico al campo penal. En general, sobre el planteo aristotélico, cabe formular la aclaración de que, si bien a él se remonta toda la culpabilidad de autor, Aristóteles nada tiene que ver con el desquicio que su adopción penal importa. Aristóteles era coherente, porque hacía ética y no derecho y, en el plano ético, no hay ningún principio de legalidad en juego. La incoherencia radica en pretender aplicar el mismo esquema a un derecho penal con tipos legales. *En este campo implica el reproche de acciones atípicas y ni siquiera antijurídicas: una culpabilidad sin injusto*. De allí que la culpabilidad de autor busque su necesario complemento de la tipicidad de autor.

A la personalidad humana pertenecen componentes de muy diversa naturaleza, que van desde conductas y vivencias hasta cargas

¹⁸⁵ V. BLEJER, op. cit.

¹⁸⁶ Expresamente lo reconoce Jescheck refiriéndose a la teoría de la culpabilidad "por la decisión de la vida" de Paul Bockelmann (p. 279, nota 4, 1ª ed.), no pudiendo ser de otra manera ya que la expresión misma está tomada del aristotelismo: la voz "Lebensführung" la usa Loenig, R., op. cit., p. 126.

genéticas. No obstante, por un lado resulta que *estas conductas no son típicas* y, por el otro lado, que a nadie se le puede reprochar su carga genética¹⁸⁷. En síntesis, si lo que se quiere es reprocharle la "conducción de la vida" al individuo, *lo que se le estará reprochando será una serie de conductas atípicas y por esta vía se habrá venido a violar el principio de reserva* en forma indirecta y solapada. La circunstancia de que un individuo haya cometido un injusto no autoriza en modo alguno a penetrar en una valoración ilimitada de la "conducción de su vida", por vía de una ilimitada e incontrolada *actio "inmoral" in causa* que permita el reproche de los actos más íntimos y personales del hombre. Tal reproche es la reprochabilidad del "proyecto" mismo del hombre, lo que es inadmisibile. Semejante reprochabilidad de la "conducción de la vida", que implica una reprochabilidad de las conductas atípicas e íntimas del hombre, no la conoce nuestro Código Penal, y *si la conociere* la ley penal, se trataría de una disposición inconstitucional, en virtud de las garantías de los arts. 18 (legalidad) y 19 (reserva) constitucionales, además de violar abiertamente el límite a la ingerencia jurídica del Estado argentino, señalado por ese mismo artículo.

Cuando se afirma la existencia de un injusto y, acto seguido, se le formula a su autor el reproche de esa conducta y también el de otras conductas con las que ha decidido de su vida, como pueden ser las que le determinaron su tendencia al crimen, se le está reprochando algo que es propio de su persona, pero que es del todo ajeno al injusto, o sea, algo a lo que le falta cualquier conexión con el injusto típico, que no sólo es "el presupuesto indispensable para cualquier reproche de culpabilidad"¹⁸⁸, sino que opera también como delimitador de la materia reprochable, que no puede ser otra que la materia prohibida¹⁸⁹.

El injusto no opera como detonador que vuela el dique que nos veda hacer un juicio moral sobre la personalidad del prójimo, sino que es el soporte de un juicio de reproche que se le formula al autor y que no tolera más que el del reproche del acto mismo.

Pretender reprocharle al autor su "ser" es entrar en el campo

¹⁸⁷ La paradoja de la imposibilidad de reprochar el carácter porque implica el reproche de la constitución orgánica, lo resalta HEINITZ, *Strafzumessung und Persönlichkeit*, en ZStW, 63 (1950), 57 y ss. (74-6).

¹⁸⁸ RUDOLPH, 149.

¹⁸⁹ Cfr. BACICALUPO, *Problemas del sistema de la teoría del delito*, en NPP, 1974 (pp. 3 y ss.), p. 10.

del puro valor moral, es decir, de las acciones de los hombres que, por su naturaleza, nuestra Constitución reserva a Dios y veda a los magistrados. Un reproche jurídico jamás puede tocar ese campo, al menos en un Estado de derecho, republicano y, por consiguiente, respetuoso de la dignidad de la persona humana.

Las disposiciones sobre reincidencia, multireincidencia y las referencias a la peligrosidad que se hallan en el art. 41 y en otras disposiciones penales, veremos oportunamente que no constituyen violaciones al principio de reserva ni al principio de legalidad. Estas disposiciones para nada alteran el principio general de que en nuestro derecho *lo único que puede reprochársele a un autor es un injusto, y ello, sólo en función del ámbito de autodeterminación de que ha dispuesto al actuar.*

461. El desarrollo doctrinario del problema. Estamos completamente ciertos de que “culpabilidad de acto” y “culpabilidad de autor” constituyen una opción en la que no cabe transacción alguna. La pretensión de una amalgama de ambas y la presentación de éstas como posiciones extremas, constituye un camino falso y un método encubierto para sostener la culpabilidad de autor.

Prueba de ello es que Mezger nunca sostuvo la culpabilidad de autor sino, precisamente, la *Verbindung* (combinación) de la culpabilidad de acto y de autor. Sabido es que la culpabilidad de autor es una característica del derecho penal autoritario y que ha sido desarrollada por el “derecho” penal nazi, en consonancia con los “tipos de autor”, y particularmente por Mezger. Nos detendremos en la evolución seguida por este autor al respecto, por ser altamente ilustrativa, particularmente para quienes pretenden embanderar al finalismo en una ideología totalitaria.

En 1938 Mezger rebate a los partidarios de la concepción totalista del delito, demostrando que con su analítica se podían sostener la mismas consecuencias prácticas que pretendían los cultores de la escuela de Kiel, lo que le permite afirmar (al unísono con Gallas) que el “valor” había que “buscarlo en la realidad misma de la existencia popular” y que “el orden de valores de la sociedad, que determina el contenido de sentido del delito, está dado en forma inmanente como orden moral-popular con la univocidad del pueblo como unidad biológico-espiritual”¹⁹⁰. En este mismo trabajo, explica que la pena no puede ser “pena por el hecho aislado”, no pudiendo admitir la “clásica” teoría “hecho-culpabilidad-pena”, sino que, por el contrario, algo tiene que ver con el “ser del autor” (*Wesen des Täters*)¹⁹¹. Por ello, Mezger propone aquí una posición *dua-*

¹⁹⁰ MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, en ZStW, 57 (1938), pp. 675-701 (700).

¹⁹¹ Recordemos que con esa expresión inicia Wolf los argumentos de la tipicidad de autor (*Von Wesen des Täters*, Tübingen, 1932, antes *Die Typen*

lista, o sea, la "combinación" (*Verbindung*), de la culpabilidad de acto con la del autor¹⁹². Tan falaz es esta famosa *Verbindung*, que una página antes expresa: "la culpabilidad penal del autor no es sólo la culpabilidad por el hecho aislado individual, sino también la completa *Lebensführungsschuld*" (culpabilidad por la conducción de la vida)¹⁹³. ¿Qué *Verbindung* (combinación) con la culpabilidad de acto puede haber, cuando la culpabilidad lo es por la "completa conducción de la vida"?

La identificación de la culpabilidad de autor con la responsabilidad moral resulta muy clara e incuestionable en Mezger: "Tradicionalmente, se llama culpabilidad de autor al estado¹⁹⁴ de conducta reprochable. En ella se anteponen representaciones éticas. El derecho penal dominante, y el derecho penal del Estado popular en particular, descansan sobre fundamento ético. Esto no es ninguna contradicción particular contra la idea del derecho penal de protección dominante, puesto que con ello queda dicho sólo que la protección penal de la comunidad del pueblo se mueve por el camino de los principios éticos". "... Porque ello significa que la introducción del pensamiento de la culpabilidad en el derecho penal no es una limitación conforme a puntos de vista individualistas, sino una consecuencia de la posición ética de la sociedad misma"¹⁹⁵.

Como sabemos, de esta culpabilidad de autor extrae Mezger los argumentos con que emparchará su insostenible requerimiento de la consciencia de la antijuridicidad en el dolo.

Pese a ello, hay un buen sector de la doctrina contemporánea que, bajo la defensa de la "combinación" de ambas formas de culpabilidad, defiende la culpabilidad de autor.

"Sería contrario al derecho vigente que, para solucionar el juicio de culpabilidad sobre el hecho particular se vaya en relación directa al carácter y a la personalidad del autor; semejante culpabilidad del carácter es extraña al derecho vigente. Pero son significativos para el juicio de culpabilidad la disposición asocial del autor reconocible por el hecho y su peligrosidad; no constituyen, sin embargo, por sí solas, el fundamento de este juicio"¹⁹⁶. Tal es argumento de Schönke-Schröder, en que se

der Tatbestandsmässigkeit, Breslau, 1931), que luego llegan hasta Klee (citado también por Mezger), que es quien afirma que a cada tipo legal corresponde un determinado tipo de autor (sobre ello MEZGER, op. cit., en ZStW, 57, pp. 678-9).

¹⁹² Op. cit., p. 689.

¹⁹³ Op. cit., p. 688.

¹⁹⁴ Recuérdese que la culpabilidad como "estado" corresponde al "estado de pecado" del derecho canónico (cfr. Nass, op. et loc. cit.).

¹⁹⁵ MEZGER, *Deutsches Strafrecht, Ein Grundriss*, Berlin, 1938, p. 71; una amplia exposición de la culpabilidad de carácter puede verse también en SAUER, GUILLERMO, *Derecho Penal*, pp. 238 y ss.

¹⁹⁶ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, p. 415.

observa la "peligrosa" introducción de la "peligrosidad" en la culpabilidad. Esta extraña *Verbindung* encuentra otros sostenedores¹⁹⁷.

Contra esta "combinación" se expresa Arthur Kaufmann, aunque aparentemente basado en razones de limitación del conocimiento¹⁹⁸. Radicalmente en contra se manifiestan Maurach¹⁹⁹ y Baumann, quien expresa: "Similares a la culpabilidad en la conducción de la vida y tan rechazables como ésta, son las concepciones de la culpabilidad como "culpabilidad de carácter" o "culpabilidad de autor" y "culpabilidad en la decisión de la vida" (Bockelmann). También estas concepciones de la culpabilidad radican en un determinado estado del autor y no sobre el hecho individual. Tampoco conforme a ellas se pena el hecho individual cometido, sino la depravación de la personalidad existente con anterioridad".

Bettiol sostiene una defensa de la culpabilidad de autor, negando que la misma pueda identificarse con la culpabilidad "de voluntad" o "de sentimiento" del nacionalsocialismo, en lo que lleva gran parte de razón. Afirma Bettiol que dentro de la culpabilidad hay cuatro situaciones, que serán la culpabilidad de acto, la culpabilidad por la conducción de la vida (por repetición de conductas), la culpabilidad del carácter (por la decadencia moral de la personalidad ética del sujeto) y la culpabilidad de autor (que se refiere a una remisión a anteriores decisiones del sujeto), poniendo como ejemplo clásico del último al terrorista. Bettiol exige que estos aspectos, para ser tenidos en cuenta *emerge* del hecho mismo, tal como lo requiere el código alemán de 1975 (§ 43)^{199 bis}. En realidad, creemos que este planteo lleva a colocar en el campo de la culpabilidad cuestiones que deberían incumbir únicamente a la peligrosidad. Ello surge de la circunstancia de que Bettiol recién da entrada a la peligrosidad cuando el sujeto no tiene posibilidad de reaccionar contra los estímulos que lo llevan a la conducta^{199 ter}. Esto importaría aceptar que un sujeto puede ser más culpable cuando más cerca se halla de la inimputabilidad, lo que resulta bastante significativo.

Por el contrario, dentro de la doctrina italiana, se expresa totalmente en contra de la culpabilidad de autor, F. Mantovani, quien afirma que "no sólo presupondría en el juez la capacidad casi sobrehumana de captar al hombre concreto globalmente y establecer si el agente tenía —y en qué límites— la capacidad de ser distinto de lo que es, superando los aspectos innatos de su carácter, las taras hereditarias, las anomalías biopsíquicas", agregando que corresponde negar al Estado "el poder de perseguir al individuo por su malignidad, dado que ello no es necesario para asegurar la conservación y promover el progreso de la vida social". "La íntima maldad, por sí misma no ofende ningún bien, ni constituye un

¹⁹⁷ Así, MAYER, HELLMUTH, 1953, p. 61 (1967, p. 55); JESCHECK, 342; BOCKELMANN, 221.

¹⁹⁸ KAUFMANN, ARTHUR, *Das Schuldprinzip*, pp. 187 y ss.

¹⁹⁹ MAURACH, 412-415.

^{199 bis} BETTIOL, conferencia pronunciada el 22 de abril de 1980 en la Fac. de Derecho de la Univ. del Salvador (Bs. As.), inédita.

^{199 ter} BETTIOL, 381;

peligro para la comunidad, puesto que sólo la capacidad para delinquir, entendida como mayor o menor posibilidad de que el individuo cometa en el futuro acciones criminales, puede constituir este peligro”¹⁹⁹ quat.

La culpabilidad de autor, de carácter o por la conducción de la vida no es otra cosa que una responsabilidad moral, para la cual el acto en sí mismo sólo es el *síntoma* del estado de perversidad moral del sujeto. De allí que la consecuencia lógica de la tesis de la culpabilidad de autor sea una derivación hacia un derecho penal “sintomático” de “medidas”.

Cabe recordar que para la vieja tesis sintomática de Kollmann, la culpabilidad era un “estado antisocial de la voluntad”²⁰⁰, lo que implica abarcar en este concepto toda la “relación para la vida jurídica en general” y, con ello, “pone dentro de este ámbito todo el carácter del autor”²⁰¹. La relación de esta tesis con la culpabilidad de autor, como expresión de una responsabilidad moral, es puesta de manifiesto por varios autores contemporáneos.

“Quién valora el hecho como mero síntoma de un estado del autor, debe necesariamente también concebir a la culpabilidad como culpabilidad de estado”, dice Baumann²⁰². Pese a postular una “combinación”, Hellmuth Mayer se expresa con claridad cuando afirma que la culpabilidad por la conducción de la vida es algo cuya determinación “está fuera de la competencia como de las posibilidades prácticas del juez terreno”, agregando que su única consecuencia practicable sería un derecho penal “sintomático”, que sólo sería un puro derecho penal de medidas²⁰³.

La conexión entre la culpabilidad de autor, la teoría del acto sintomático y la responsabilidad moral, la ha planteado con suma claridad Marx-Ernst Mayer, al hacer una clarísima distinción entre la culpa moral y la culpa jurídica, cuyo núcleo diferencial hace fincar “en que el resultado es sintomático para la culpabilidad en sentido moral y en que es parte integrante o elemento para la axiología jurídica”²⁰⁴. Si traducimos esto a términos dogmáticos más modernos, resultará la afirmación de que el “injusto es el presupuesto indispensable de todo reproche de culpabilidad”²⁰⁵, enten-

¹⁹⁹ quat MANTOVANI, FERRANDO, 257.

²⁰⁰ KOLLMANN, HORST, *Der Handlungsbegriff im Strafrechtssystem*, Breslau, 1908; en ello no hace más que repetir lo que ya había dicho en *Der symptomatische Verbrechensbegriff*, en ZStW, 1908, T. 28, pp. 449-470.

²⁰¹ Cfr. ACHENBACH, op. cit., p. 125.

²⁰² BAUMANN, 369.

²⁰³ MAYER, HELLMUTH, 1967, p. 55.

²⁰⁴ MAYER, MAX ERNST, *Lehrbuch*, Heidelberg, 1915, p. 230, nota 3.

²⁰⁵ RUDOLPHI, 149.

diendo al injusto —por supuesto— con todos sus caracteres objetivos y subjetivos.

α) Continuaba M. E. Mayer criticando agudamente a quienes —como Rümelin— no querían llegar tan lejos, pero sin embargo andaban “por la senda de la concepción sintomática del delito, conforme a la cual el delito es un medio para reconocer la culpabilidad, no siendo punible la exteriorización del hecho por su dañosidad, sino porque exhibe la peligrosidad del autor”, dirección en la que recordaba que militaban Tesar y Kollmann²⁰⁶.

β) La culpabilidad de autor, como culpabilidad “sintomática” que es, ha dado lugar a que se haga una distinción que le venía muy a medida, entre culpabilidad “formal” y “material”. Así, la idea de una culpabilidad “material” —al igual que la de una antijuridicidad “material”—, tiene su origen en el positivismo, debiéndose particularmente a los aportes de la sociología en la segunda mitad del siglo XIX. Conforme a este pensamiento —del que Liszt es intérprete— se deja de lado el valor para juzgar al ser. El dolo es entendido como falta de sentimiento, la culpa como falta de entendimiento y la culpabilidad en general como falla en la disposición social del individuo. Esta “falla” era la culpabilidad “material” que se traducía en una “falla en la responsabilidad”, que era su aspecto “formal”²⁰⁷.

Pasada la euforia positivista, la distinción se mantuvo para las otras expresiones de la culpabilidad de autor, y luego también fue usada por los partidarios de la culpabilidad de acto, aunque ya en un sentido diferente. Así, culpabilidad *formal* es el conjunto de condiciones que se requieren en un sistema penal determinado para que un hecho sea imputado a su autor, en tanto que la culpabilidad *material* es el por qué, el contenido explicativo de esa imputación²⁰⁸. Blei dice, por ejemplo, que “se puede señalar a la imputación considerada en sí, como culpabilidad formal, y al reproche internamente determinado como material”²⁰⁹.

Jescheck afirma —con razón— que la culpabilidad “material” tiene el carácter de un postulado, que para las corrientes lisztianas se fundaba en los requerimientos de la seguridad pública, para Arthur Kaufmann en los de la ética²¹⁰, para Roxin los del fin de la pena²¹¹, etc.

La distinción entre culpabilidad “material” y “formal” introduce serias confusiones, puesto que se pretende de este modo —en último análisis—, o bien construir un concepto supralegal de culpabilidad, independiente de la ley, o bien se quiere con ello señalar un postulado político-penal, distinguiéndolo de su materialización legal. De cualquier manera, lo cierto es que se trata de una distinción que ha sido usada con sentidos diferentes y hasta incompatibles, por lo que no puede ser usada unívocamente y, por otra parte, siempre viene cargada con acentos jus-

²⁰⁶ MAYER, MAX ERNST, op. et loc. cit.

²⁰⁷ V. NASS, op. cit., p. 136.

²⁰⁸ JESCHECK, 341.

²⁰⁹ BLEI, 152.

²¹⁰ KAUFMANN, ARTHUR, *Schuldprinzip*, 129.

²¹¹ ROXIN, CLAUDIUS, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, cit., p. 33.

naturalistas y positivistas, cuando no es directamente expresión de la culpabilidad de autor o culpabilidad moral.

462. **La personalidad del autor y la culpabilidad.** No siempre resulta sencillo delimitar hasta qué punto se está haciendo culpabilidad de acto y cuándo se ha pasado la raya y se ha caído en la culpabilidad de autor, en razón de que todo cuanto hemos afirmado, no importa, en modo alguno, que la personalidad del autor carezca de relevancia para la culpabilidad, sino que su relevancia —que es fundamental— cobra un sentido diferente.

Los autores reconocen esta general dificultad, pero, algunos de ellos la utilizan en forma tal que, apenas terminan de proclamar la culpabilidad de acto o culpabilidad por el hecho, ensayan su nefasta “combinación”. Ello obedece a que no manejan un criterio claro a este respecto, lo que hace que la falta de límite tenga por resultado neutralizar la bondad de la más rotunda de las posiciones tomadas en favor de la culpabilidad de acto.

En una de sus posiciones extremas, Feuerbach llegó a afirmar que sólo correspondía constatar las características del hecho, sin atención alguna a la personalidad del autor, debiéndose penar “sin mirar a la persona”, sino sólo a la gravedad del delito. Si esto podía tener algún sentido en una teoría del delito en que la culpabilidad fuese un componente puramente descriptivo, no puede tenerlo cuando la culpabilidad pasa a ser un reproche normativo formulado al autor. No puede haber duda alguna, al menos en la actualidad, de que la culpabilidad reconoce grados y que en ellos desempeñan un papel importante las características de personalidad del autor. No obstante, pese a la exagerada unilateralidad de Feuerbach, veremos que en un sentido —que es necesario precisar— encierra un fondo de verdad ²¹².

En la actualidad, la doctrina reconoce unánimemente la importancia de la personalidad para la culpabilidad, pero de allí derivan también dificultades muy serias de delimitación entre culpabilidad de acto y de autor.

Rudolphi dice que es de advertir “que los límites entre la culpabilidad vinculada al hecho y la no vinculada al hecho no es fácil de establecer en los casos particulares” ²¹³. Bockelmann deja las cosas aún más en la nebulosa al escribir: “La culpabilidad es culpabilidad del hecho. La ley impide hacerle un reproche al autor por ‘ser así’, mediante una ‘culpabilidad por la conducción de la vida’. Pero el hecho es el hecho del autor. De su persona no es posible prescindir totalmente en la cuan-

²¹² Cfr. KAUFMANN, ARTHUR, *Schuldprinzip*, p. 188.

²¹³ RUDOLPHI, 149.

tificación de la pena”²¹⁴. Mayor aún es la confusión que introduce Hellmuth Mayer: “Nuestro derecho penal, como derecho penal de acto, es esencialmente *derecho penal de un sólo acto*. Pero a la esencia del derecho penal de acto no se opona que para la cuantificación de la pena sea relevada la conducción provechosa o antijurídica de la vida, como atenuante o agravante respectivamente”²¹⁵.

Son varios los autores que piensan que la “conducción de la vida” para nada puede tenerse en cuenta en la culpabilidad que se toma en cuenta para la cuantificación penal, creyendo de esta manera que se soluciona el problema²¹⁶, cuando en realidad no se hace con ello más que encastillarse en una posición insostenible, porque la “conducción de la vida” da por resultado —al menos en gran medida— una personalidad que será la que le permita al sujeto un mayor o menor ámbito de autodeterminación y, por consiguiente, de culpabilidad.

Estas dudas revelan que es necesario precisar qué se entiende por “culpabilidad de acto” y en qué forma juega para ella la personalidad del autor.

Partimos de la base de que la culpabilidad de acto es aquella en que al autor se le reprocha la actitud interior contraria al derecho con que cometió su injusto o, si se quiere, el haber cometido el injusto con una actitud interna contraria al derecho. Esta actitud interna será más reprochable (mayor grado de culpabilidad) cuanto mayor haya sido la exigibilidad de que actuase en forma motivada en la norma que, por lógica, será mayor cuanto mayor sea el número de conductas cuya realización le era factible. En síntesis, el reproche funcionará siempre en razón directa al ámbito de autodeterminación del autor al cometer el injusto.

El ámbito de autodeterminación se valora teniendo en cuenta las circunstancias, pero las mismas características de personalidad del agente forman parte de esas circunstancias. Es obvio que un sujeto miedoso tiene menos posibilidades de conducirse con serenidad frente al peligro, que aquél cuyos rasgos de personalidad son la frialdad, la serenidad y la seguridad. Por ende, para ponderar el ámbito de autodeterminación, será menester tener en cuenta la personalidad del autor.

Esto obedece a que a cada personalidad corresponde un cierto

²¹⁴ BOCKELMANN, 221.

²¹⁵ MAYER, HELLMUTH, 1967, p. 55.

²¹⁶ Así, BAUMANN, 373; KAUFMANN, ARTHUR, *Schuldprinzip*, 187; RUDOLPHI, 149.

catálogo de conductas en una situación dada, *pero ello en modo alguno implica un reproche a la personalidad*. Así, por ejemplo, un mitómano tendrá un ámbito de libertad menor para no mentir que un individuo que no es mitómano. Consecuentemente, con este criterio, llegaremos a una situación diametralmente opuesta a la de los sostenedores de la culpabilidad de autor y a sus secuaces más o menos disimulados. Cuanto mayor expresión de la personalidad del autor sea el acto, menor será el reproche; y viceversa: cuanto más extraña a su personalidad sea su conducta, mayor será el reproche. Esto será debido a que el ámbito de libertad es menor en el primer caso y mayor en el segundo: el mitómano estafador debe realizar un gran esfuerzo para evitar mentir, siendo su ámbito de libertad más reducido que el de quien no es mitómano.

De este modo, llegamos a la conclusión de que *en la culpabilidad de acto, la personalidad del autor jamás puede ser tomada como objeto del reproche, pero debe ser considerada como una de las circunstancias que hacen a la magnitud del ámbito de autodeterminación del autor en la situación concreta en que cometió el injusto*.

Este criterio no deja las mismas dudas que hay en muchos autores, porque no se trata de ninguna concesión a la culpabilidad de autor y, menos aún una "combinación" con ésta. A tal punto es eso cierto que, frecuentemente, llegaremos con él a soluciones diametralmente opuestas a las postuladas por los defensores de la culpabilidad de autor.

Los partidarios de la culpabilidad de autor dicen, sintéticamente, que cuanto "más es la acción expresión de la personalidad del autor, tanto mayor es su culpabilidad, mientras que, cuanto más extraña se muestra la acción a las características personales del agente, tanto menor es el grado de culpabilidad"²¹⁷. Más sintética y extremadamente, se dice que la culpabilidad es la "conformidad del delito a la personalidad del reo"²¹⁸. Conforme a esta posición, en los expuestos ejemplos del miedoso y del mitómano, que con nuestro criterio merecen un reproche menor, resultarían resueltos de modo totalmente inverso, puesto que, por corresponderse más su

²¹⁷ Así, MEZGER, *Grundriss*, 1938, p. 73.

²¹⁸ RANIERI, SILVIO, *Colpevolezza e personalità del reo*, Milano, 1933, p. 118; contra estas tesis, ENGISCH afirmó que cuando hay imputabilidad, se supone ya que la acción es adecuada a la personalidad (ENGISCH, KARL, en ZStW, 66 (1954), pp. 339 y ss.; igual KAUFMANN, ARTHUR, *Das unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Mainz, 1949, p. 94).

conducta a su personalidad, se harían acreedores de un mayor grado de reproche.

La pretensión de la culpabilidad de “carácter”, de “autor”, de “personalidad” o de “decisión” o “conducción de la vida”, es decir, cualquiera de las posiciones que hacen de la culpabilidad un juicio moral sobre el grado de “corrupción” del autor, y reducen el delito a sólo un síntoma de ese grado, no pueden evitar el absurdo que cuanto más cerca de la inculpabilidad se halle un sujeto, más “culpable” sea. En efecto la exigibilidad (y, por consiguiente, la reprochabilidad y la culpabilidad), tiene grados. Hay grados en que se puede exigir menos que en otras circunstancias la conducta conforme al derecho. Tal es el caso del miedoso. Pero, si el miedo es tal que ya baja un poco más en la escala de la exigibilidad y deja de ser exigible la conducta conforme al derecho, como acontece en el fóbico, cualquiera sea la concepción de la culpabilidad (de acto o de autor), se lo considerará inculpable (inimputable).

De este modo, la culpabilidad de autor pretende que el fóbico sea inculpable de ciertas conductas pero, si no llega su padecimiento a tal grado, es decir, si tiene un poco más de autonomía de la voluntad, será muy culpable y, cuanto más autonomía de voluntad tenga (cuanto menos miedo tenga), tanto menos culpable será. Esta consecuencia contradictoria de su planteamiento es, sin embargo, la que no pueden evitar los partidarios de la culpabilidad de autor, siempre que pretendan hacer una explicación coherente hasta sus últimas consecuencias de los principios de que parten.

Esta contradicción no es manifiesta en la ética aristotélica, porque lo que Aristóteles considera vicioso es el acto por el que el sujeto va reduciendo su ámbito de autodeterminación al apartarse de la virtud —que es el justo medio para él—, pero en derecho penal no puede sostenerse eso, porque se cae en una “actio libera in causa” sin límite, por la cual se reprochan y, en definitiva se penan, actos que son atípicos.

Puede argumentarse que conforme a los principios de la culpabilidad de acto tal como lo estamos sosteniendo, se contravienen elementales principios de política criminal, particularmente en cuanto a la cuantificación penal^{218 bis}. Esto puede ser cierto en las legislaciones que adoptan a la culpabilidad de acto como único criterio cuantificador de la pena, pero no en nuestra legislación, en que

^{218 bis} Cfr. RODRIGUES DE SOUZA, op. cit., p. 41.

—como lo veremos más adelante— se admite como limitado correctivo la peligrosidad ²¹⁹.

Bettiol nos critica nuestro duro ataque a la culpabilidad por la conducción de la vida, defendiéndola con argumentos racionales, pero, en realidad, no creemos que lo que Bettiol defiende sea la “culpabilidad por la conducción de la vida” o, en caso de serlo, no sería más que una manifestación muy prudente y reducida de la misma. Bettiol se refiere a la llamada “habitualidad” y argumenta con la “reiteración de hechos de la misma especie”, agregando que una *Gesinnung* particular en un delito de adulterio no podrá ser utilizada en un juicio de culpabilidad por un hurto de gallinas” ^{219 bis}. Aún cuando el concepto y los efectos de la “habitualidad” sean discutibles desde el punto de vista político-criminal, en caso de estar legalmente determinado y limitado a hechos iguales, no cabe duda que tiene muy poco que ver con la inadmisibles formulación de la culpabilidad por la conducción de la vida sostenida por Mezger o por Ranieri.

463. La co-culpabilidad. No puede pasarse por alto que la personalidad de un sujeto, como también sus características personales externas, se van desarrollando o adquiriendo siempre en el medio social. Sean cuales fueran las teorías de la personalidad que se defiendan ²²⁰, ninguna puede desconocer la convergencia en lo social. Menos aún podemos pasar por alto la importancia de los factores sociales en el grado de instrucción y en el nivel social o en la costumbre.

Todo esto hace que con las características personales y también con la propia personalidad, no debamos cargar cada uno de nosotros como si fuésemos arquitectos omnipotentes de nuestro ser, porque ello sería una pretensión absurda, ya que siempre nos desarrollamos en el marco de una circunstancia.

Siendo innegable este hecho, como también lo es que el orden jurídico es un “tercero” que reprocha jurídicamente a los habitantes que cometieron un injusto, basado en que les era exigible la no comisión del mismo, el único orden jurídico que estuviese en condiciones de dejar de lado las consideraciones sociales al momento de precisar la exigibilidad, sería aquél que diese a todos los habitantes las mismas posibilidades de autorealización. No obstante, sabemos que esto no se da jamás, al menos en el presente (ni se muestra

²¹⁹ V. *infra*, § 635.

^{219 bis} BETTIOL, *Sul Diritto Penale Cristiano*, en “L’Indice Penale”, set.-dic. 1980, p. 473.

²²⁰ Sobre este complejo tema, por ejemplo, HENRY P. DAVID, HELMUT VON BRACKEN y colaboradores, *Teorías de la personalidad*, Bs. As., 1963.

sino como un vago sueño generoso), puesto que no hay sociedad humana que posibilite una movilidad vertical tan amplia.

Reconocido, pues, que el orden sostenido por el derecho no da a todos las mismas posibilidades de realización, es lógico que le exija más o quien más posibilidades le ha dado y que cargue con su parte respecto de aquél a quien menos posibilidades ha dado, cargando aquí la sociedad con la parte de culpabilidad que le corresponde, por lo que se ha llamado a este fenómeno "co-culpabilidad", planteada a veces como problema de responsabilidad moral ²²¹.

La cuestión ha sido planteada últimamente en el campo del derecho penal socialista ²²², donde se consagra expresamente en el número 1 del § 5 del StGB de la República Democrática Alemana: "Se comete culpablemente un hecho cuando el autor, pese a las posibilidades a él dadas para conducirse en forma socialmente adecuada, realiza el tipo legal de un crimen o de un delito mediante una conducta carente de responsabilidad" ²²³.

Cabe observar que para esto, el derecho penal socialista debe reconocer que la igualdad de oportunidades sociales es una "meta", pero no una realidad ya existente. Con un sano criterio realista —que contrasta con otras utópicas y peligrosas afirmaciones dogmáticas del pasado— se reconoce esta circunstancia. Así, los autores de Alemania Democrática afirman ahora que la igualdad de posibilidades "abarca un largo período de configuración social, que implica el desarrollo masivo de nuevas personalidades y que recién se completará con el establecimiento de la sociedad comunista" ^{223 bis}.

Planteado el problema en términos tan superficiales, más que dogmático, parece ser un problema de "filosofía penal de sobre-mesa", pero calando un poco más profundamente y teniendo en

²²¹ Así parece entenderlo BAUMANN, 369.

²²² Sobre este problema han insistido PETERS y NOLL (cit. por BAUMANN, 369); también ORSCHEKOWSKI, WALTER, *La culpabilidad en el derecho penal socialista*, trad. de Bustos Ramírez y Politoff, en "Revista de Ciencias Penales", Sgo. de Chile, 1972-1, pp. 3 y ss.

²²³ Sobre esto, KÜHLIG, GERHARD, en *Lehrbuch des Strafrechts der DDR, Allg. Teil*, pp. 409-412; LECKSCHAS, JOHN-MÜRBE, HARRY, en *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Lehrkommentar*, Berlin, 1970, p. 84. Sobre la discusión acerca de este problema en el StGB de la DDR de 1968, la bibliografía indicada en la traducción de ZAFFARONI, S. R. - RIEGGER, ERNEST JÜRGEN, *Código Penal de la República Democrática Alemana, Parte General*, Bol. del Instituto de DP Comparado. La Plata, 1972, n° 4.

^{223 bis} *Strafrecht, Allg. Teil*, comp. por Leckschas-Renneberg, Berlin, 1978, p. 372.

cuenta nuestro art. 41, resulta claro que, aunque nadie le haya llamado así en nuestro medio, nuestro código reconoce el fenómeno de co-culpabilidad por parte de la sociedad y se lo descarga al autor. Entre otros elementos que podemos tomar en cuenta para hacer esta afirmación, el más contundente es la referencia a "la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos", que es una clarísima referencia a la co-culpabilidad, además de ser, en alguna forma una consagración práctica del principio de intrascendencia de la pena.

Al ocuparnos de la cuantificación penal veremos esta co-culpabilidad con mayor detalle, dado que es el campo en que la misma cobra un sentido práctico más amplio. Digamos ahora que la misma proviene de las sentencias del Presidente Magnaud, donde la teoría ya aparecía perfectamente elaborada, aunque, por supuesto que no en términos dogmáticos, y que fue la fuente directa de la disposición que aparece consagrada en nuestro artículo 41²²⁴. La importancia de la misma, en el nivel de la culpabilidad que ahora nos ocupa, es decir, de sus efectos en cuanto a la teoría del delito, redundando en una fuente legal que se pliega a una concepción realista de la autodeterminación del hombre, rechazando el empleo de ésta como fundamento de la reprochabilidad, entendida como una mera posibilidad abstracta, sin referencia alguna a la realidad social de la conducta que se reprocha, al estilo de una culpabilidad preparada como base para una retribución penal, en la línea de la tradición idealista.

VI. — CULPABILIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

464. **Precisión de sus límites.** Parece casi obvio, a esta altura de la exposición, el límite que hay entre la antijuridicidad y la culpabilidad, entre lo que pertenece al injusto y lo que al injusto penal le falta para ser delito. No obstante, se impone una precisión a efectos de evitar confusiones y corresponde hacerla cuando ya se ha entrado algo en el concepto de la culpabilidad.

Hemos dicho que el fundamento del juicio de culpabilidad finca en que el autor revela con su conducta una disposición interna contraria a la norma²²⁵. Esta disposición no es una característica

²²⁴ V. infra, § 633.

²²⁵ Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, 1958, p. 78; HARDWIG, *Die Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, en ZStW, 68 (1956), 14 y ss. (29); JESCHECK, 344.

de la personalidad ni del carácter, ni tampoco es una volátil y huidiza "enemistad con el derecho", sino que por "disposición interna contraria a la norma" se expresa la realidad de que el sujeto no se motivó conforme a la norma, cuando había tenido un ámbito de autodeterminación relativamente amplio para poder motivarse en la norma, conforme a la circunstancia dada, que permitía exigirle jurídicamente esa motivación normativa.

Esa motivación en una pauta de conducta distinta de la señalada por la norma no es la voluntad realizadora del tipo objetivo (dolo), sino el proceso de motivación que genera esa decisión de la voluntad.

α) Goldschmidt ya había notado que en el dolo había una doble contrariedad con la norma²²⁶, que es lo que la teoría normativa contemporánea escinde con precisión entre la voluntad realizadora del tipo objetivo y la disposición interna que lleva a la decisión y da sentido a toda la voluntad, pues continúa presidiéndola, que es lo que fundamenta la culpabilidad.

β) Esta distinción es válida tanto para el dolo como para la culpa, puesto que en esta última el autor también elige la conducta descuidada, la que sólo puede reprochársele cuando pudo elegir la conducta conforme al deber de cuidado, sin que para ello interese que se haya o no representado la posibilidad del resultado, pues el reproche no se funda en esa representación, sino en la motivación que efectivamente tuvo para la conducta realizada²²⁷.

γ) La circunstancia de que la motivación sea un proceso que genera la decisión de la voluntad, no implica que la culpabilidad normativa reproche algo que sea previo a la conducta típica, porque el sentido que le da la motivación se *mantiene* a lo largo de toda la expresión de la voluntad, puesto que le da un "color" determinado a la misma. No debemos olvidar que la culpabilidad es un paso analítico, pero que todos los caracteres obtenidos por la vía del análisis son caracteres de la conducta, de forma tal que también lo es la culpabilidad. La motivación de una conducta es un proceso anterior, pero que le da sentido a la conducta, y lo que la culpabilidad desvalora es el sentido que cobra la conducta en razón del proceso de motivación que dio origen a la voluntad.

La distinción entre antijuridicidad y culpabilidad normativa, toda vez que este último concepto tiene origen aristotélico, no puede menos que provenir también de la misma corriente del pensamiento, de donde fue tomada por la escolástica medieval. En el

²²⁶ GOLDSCHMIDT, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, p. 20.

²²⁷ MALAMUD GOTI sostiene que, conforme a los conceptos normativos de culpabilidad análogos al que postulamos, no habría culpabilidad en la culpa inconsciente (*La estructura penal de la culpa*, cit. pp. 111 y ss.).

campo de la ética, en esa corriente fue donde se trabajó la diferencia entre la “bondad” formal del acto y la “imputabilidad” del acto a una libre decisión. Con claridad meridiana Duns Escoto escribió: “Aparece claro que el acto no es formalmente bueno —con bondad moral— e imputable por la misma razón; la bondad moral la deriva de la conveniencia con la regla según la cual debe elicitar, y la imputabilidad la deriva de que se halla en el libre poder del agente”²²⁸. Dicho en términos de dogmática jurídico-penal, y referido al “acto malo” o delito, es decir, *a contrario sensu*, resultaría: “El acto no es antijurídico y culpable por la misma razón; la antijuridicidad se deriva de la inadecuación con las normas, y la culpabilidad la deriva de que se halla en el libre poder del agente”.

En líneas generales, las definiciones contemporáneas coinciden con estos puntos de vista. Welzel define a la antijuridicidad como el enfrentamiento de la acción con el orden jurídico, en tanto que la culpabilidad “se funda en el reproche contra el autor, porque no ha omitido la acción antijurídica, pese a que podía hacerlo”²²⁹. Jescheck afirma que “injusto significa que el hecho contradice al derecho, tanto en sus características objetivas como subjetivas”, en tanto que, para la “comprobación de la culpabilidad debe preguntarse si un hecho puede serle *personalmente reprochado* a su autor”. Mientras que la antijuridicidad se determina conforme a las normas de deber del orden jurídico, la culpabilidad se determina por “los requerimientos que formula el orden jurídico a la disposición jurídica del autor”²³⁰. Para Blei la culpabilidad es el conjunto “de presupuestos que fundan un reproche personal del hecho penal contra el autor”²³¹, y para Stratenwerth está configurada por las “condiciones bajo las cuales el autor ha tenido la posibilidad de reconocer las exigencias del poder jurídico y de regirse conforme a ellas”²³².

Para sintetizar las diferencias entre ambos juicios, suele decirse que mientras la antijuridicidad es un juicio sobre el acto, la culpabilidad es un juicio sobre el autor²³³, pero con ello no se pone suficientemente de manifiesto que la antijuridicidad es *la contradicción de la conducta con el orden jurídico*, en tanto que la culpabilidad *finca en la contradicción de la disposición interna del autor con la norma*. Dicho con mayor claridad, puede afirmarse que la culpabilidad no es un verdadero juicio contra el autor, sino

²²⁸ DUNS ESCOTO, *Cuestiones Quodlibetales*, C. 18, art. 2, 26.

²²⁹ WELZEL, 138.

²³⁰ JESCHECK, 344.

²³¹ BLEI, 152.

²³² STRATENWERTH, 155.

²³³ Así, p. ej. MAURACH, 415.

contra *una* relación del autor con el hecho ²³⁴. La antijuridicidad resulta, de este modo, un juicio que recae sobre el hecho (con las características objetivas y subjetivas del mismo), en tanto que la culpabilidad es el juicio sobre la relación interna del autor, de contrariedad a la norma, que éste manifiesta en la realización del hecho.

α) Que afirmemos que la culpabilidad es un juicio sobre una relación del autor con su conducta, no significa que abarque el dolo y la culpa, porque éstos nada tienen que ver con el tipo de relación de que se trata, es decir, no son parte de la relación que se desvalora, sino sólo parte de uno de sus términos (el injusto). Menos aún puede entenderse ese juicio valorativo como algo descriptivo y, por consiguiente, avalorado, a la usanza del psicologismo.

Es obvio que quien actúa en un estado de necesidad exculpante sabe lo que hace y quiere el resultado, al igual que puede saberlo y quererlo un psicótico; no obstante, ello no demuestra una disposición interna contraria al derecho. Por cierto que quien no sabe lo que hace ni quiere el resultado, en el delito doloso, no demuestra tampoco su disposición contraria al derecho, pero ello es así porque en tal caso *falta directamente el objeto a reprochar* y no únicamente la reprochabilidad del objeto.

β) Si bien parece eventualmente inútil insistir en la diferencia entre injusto y culpabilidad, lo cierto es que no resulta tan sobreabundante, toda vez que no siempre se la ha visto clara. Con posterioridad a la quiebra de la metodología que fincaba el criterio en lo objetivo-subjetivo, Schaffstein ha pretendido negarla ²³⁵. Dejando de lado esta tendencia de corte político hoy superada, más modernamente Hardwig ha puesto en duda sus límites ²³⁶, en forma parecida a como lo hacía Welzel en los delitos culposos, antes de cambiar su planteo. La pregunta fundamental de Hardwig radica en si una "imposibilidad" excluye la antijuridicidad o la culpabilidad. Creemos que ello no puede dar lugar a confusión alguna: *cualquier imposibilidad física absoluta excluye el injusto*. Estimamos que las dudas de Hardwig sobre la exclusión de la culpabilidad por impuntabilidad y la exclusión del injusto, provienen de que no hace una distinción suficiente entre la imputabilidad y los estratos más profundos de la capacidad psíquica para el delito.

Para Hellmuth Mayer "sólo sobre una conducta puede recaer el juicio de objetividad antijurídica, si presuponemos hipotéticamente que la conducta también es culpable en sentido penal". "Pero, sabiendo que el autor es inculpable, no se puede hablar más de injusto objetivo en sentido penal, pues el hecho del inimputable no es ninguna voluntad objeti-

²³⁴ Así, BAUMANN, 367.

²³⁵ SCHAEFFSTEIN, F., *Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht*, 1934, p. 31; del mismo, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935, p. 137.

²³⁶ HARDWIG, WERNER, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, 1957, pp. 131-2.

vable, es un mero accidente”²³⁷. Esta posición se deriva de la particular sistemática de H. Mayer, que no tiene continuadores en Alemania, pese a que su autor la siguió sosteniendo²³⁸. Kantorowicz, por su parte, como una consecuencia de que la culpabilidad no debe verse en sentido objetivo sino “subjetivo”, o sea, que no debe ser una característica de la conducta, concluía en que está fuera de ella, como una condición de punibilidad²³⁹. Kadecka sostuvo que es posible un hecho culpable y no anti-jurídico, en el caso de la tentativa y de los delitos de intención (que asimila a la tentativa). “También son delitos acciones que no constituyen injusto, sino que sólo aspiran a serlo”²⁴⁰. Por esta vía, la doctrina austríaca antigua rechazaba los elementos subjetivos del injusto: no hay injusto ni en la tentativa ni en los delitos con elementos subjetivos distintos del dolo²⁴¹. Las dificultades de esta sistemática son más que obvias²⁴².

465. La tesis de la exigibilidad considerada como principio regulativo. La exigibilidad es, para nosotros, la naturaleza última de todas las causas de inculpabilidad y no constituye ninguna en particular, en el sentido de una inculpabilidad “supralegal” como la entendiera Mezger primeramente, en lo que fue seguido por Jiménez de Asúa y Frías Caballero en la Argentina. En nuestro concepto la exigibilidad la determina el orden jurídico y de él proviene cualquier causa de inculpabilidad. Los límites de la exigibilidad se hallan en él dados, o bien allí están señalados los criterios conforme a los cuales deben ser individualizados en cada caso concreto. En este sentido ha sostenido Henkel que la exigibilidad tampoco constituye ninguna causa de inculpabilidad particular, pero ha ampliado el concepto hasta desdibujarlo y confundirlo con otros, según nuestro punto de vista. Ya antes Engisch había sostenido que el delito debía ser una conducta exigible²⁴³, pero Henkel entendió esto de una manera particular: para él había principios que son “regulativos” y otros que son “normativos”²⁴⁴. En tanto que los normativos importarían un valor, los regulativos darían un criterio. A esta última categoría pertenece, según Henkel, la exigibilidad, que es un principio regulativo que no sólo tiene importancia en el derecho penal, sino en otras ramas jurídicas, pero que concretamente, para el delito, tiene la importante función de principio regulativo que funciona no sólo en la culpabilidad, sino también en la

²³⁷ MAYER, H., 1953, p. 105.

²³⁸ MAYER, H., 1967, p. 64.

²³⁹ KANTOROWICZ, HERMANN, *Tat und Schuld*, Zürich u. Leipzig, 1933, 219-220.

²⁴⁰ KADECKA, FERDINAND, *Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff*, en ZStW, 59 (1940), 1-22 (17).

²⁴¹ También NOWAKOWSKI, FRIEDRICH, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, Graz-Wien-Köln, 1955, 30-43.

²⁴² Sobre ello, JESCHECK, 344; del mismo, *Die Entwicklung des Verbrechensbegriff in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre*, en ZStW, 73 (1971), 179.

²⁴³ ENGISCH, *Untersuchungen*, 1930.

²⁴⁴ HENKEL, en “Fest. für Mezger”, 249 y ss. (267-8).

tipicidad y en la antijuridicidad²⁴⁵. Esta extensión que hizo Henkel de la exigibilidad debe manejarse con suma precaución, porque corremos el riesgo de caer en un grueso error conceptual.

Henkel tenía amplia razón en cuanto a que la exigibilidad es un principio que juega un papel en el injusto y en la culpabilidad. Lo que sucede es que lo que juega ese papel monstruoso e hipertrofiado es la exigibilidad *a secas*. Esta exigibilidad, privada de contenido, esto es, la mera exigibilidad sin preguntarse de qué, juega su papel en todo delito, porque puede llegar a identificarse con la "obligatoriedad". Desde que se sanciona una ley penal, se supone que es porque se "le exige" a los individuos que no violen las normas que se anteponen lógicamente a los tipos. Pero nos basta dar un paso más para percatarnos de que *lo que en el injusto se exige es que no se realicen conductas antijurídicas, en vez en la culpabilidad se exige que el autor motive su conducta en la norma para no violarla*. Cuando en la inculpabilidad hablamos de "inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho", lo que en realidad nos estamos planteando es la inexigibilidad de una conducta motivada en la norma y, por ende, adecuada y no violatoria de ella. La inexigibilidad "a secas" es una "no obligatoriedad" conforme a la cual no sabemos qué es lo que hace que falte la "obligación". Entendida la exigibilidad "a secas", sin preguntarse por el contenido, sin averiguar exigibilidad de qué y a quien, esto es algo mucho más amplio que un "principio regulativo", mucho más amplio que un criterio para el juez, *esto es nada más ni nada menos que la esencia misma del derecho*. No es ningún principio regulador, sino que es tan amplio que lo regula todo sin precisar nada.

La teoría del "principio regulador" tiene la desgraciada consecuencia de confundir los límites de la antijuridicidad y la culpabilidad y, por ende, de correr el riesgo de confundirlo todo. Debido a que prescinde del contenido, a que se refiere la inexigibilidad sin preguntar por *lo exigido*, fue que Fontán Balestra se llevó verdaderos casos de inculpabilidad al campo de la justificación²⁴⁶, y cabe advertir que fue Fontán Balestra quien antes que Henkel siguió el camino de la exigibilidad "a secas"²⁴⁷. En la actualidad es Roxin quien reverdece los argumentos de Henkel, para golpear a la concepción de la culpabilidad y reducirla a un mero criterio político²⁴⁸.

Los ejemplos que se suelen usar para demostrar el funcionamiento de la inexigibilidad o de la exigibilidad como "principio regulativo" son suficientemente demostrativos de los peligros de confusión que acarrea este supuesto "principio regulativo". Se menciona²⁴⁹ no sólo el encubrimiento del hecho propio, sino el de terceros, cuando se hace para encubrir el propio hecho, lo que es un claro supuesto de inculpabilidad. También se ejemplifica con el caso del "Leinenfänger" (caballo que no obe-

²⁴⁵ HENKEL, op. cit., 268.

²⁴⁶ FONTÁN BALESTRA, loc. cit.

²⁴⁷ FONTÁN BALESTRA, *Manual*, 1953, 267.

²⁴⁸ ROXIN, *Problemas básicos*, pp. 200 y ss.

²⁴⁹ Los ejemplos son de JESCHECK (380).

dece a las riendas)²⁵⁰. Se trata de un caso en que el empleador amenazó al cochero con despedirle de su puesto si no ataba al caballo que tenía ese defecto, y éste, pese a que conocía el riesgo que ello implicaba, ante la amenaza, no tuvo más remedio que hacerlo, produciéndose un accidente como resultado de que el animal se desbocó. En este supuesto pueden producirse confusiones en el plano de la culpabilidad en la teoría mixta, pero en una teoría normativa resulta muy claro que la conducta del cochero es típica (típicamente culposa), y que lo que se plantea no es ningún problema de exigibilidad en la tipicidad, sino un caso de inculpabilidad. En cuanto a la *Garantenstellung* (posición de garante) como caso de exigibilidad, francamente no podemos encontrar ninguna relación entre esto y la exigibilidad que se maneja en la culpabilidad y, además, allí es donde resulta más clara la confusión que introduce el principio regulador: la posición de garante crea la exigibilidad porque crea la obligación de actuar. Ahora bien, el marino tiene, por su posición de garante, la obligación de salvar a los náufragos, pero el náufrago le amenaza con un arma para que no se acerque, la obligación cesa, y la omisión típica no será antijurídica porque habrá una legítima defensa, aunque para los sostenedores del "principio regulativo" o "regulador" habría una "no exigibilidad justificante". Si en el mismo caso hay un tercero que le amenaza con un arma para que no asista a los náufragos y éstos perecen, se tratará de una omisión típica y antijurídica, sólo que inculpable. Aquí la exigibilidad es de algo diferente.

VII. — LOS PRESUPUESTOS QUE REQUIERE EL REPROCHE DE CULPABILIDAD

466. *Planteamiento general. En síntesis, la culpabilidad o reprochabilidad se funda en la disposición interna contraria a la norma que revela el individuo, puesto que, pese a haberse podido conducir de modo adecuado a la norma y motivado en ella, no lo hizo. Cuanto mayor sea la posibilidad de motivarse conforme a lo prescripto por la norma, mayor será la posibilidad que tiene de decidirse en forma adecuada a derecho, o sea que tendrá un mayor ámbito de autonomía de decisión. Este ámbito de autonomía de decisión nos proporcionará el grado de la reprochabilidad, pero hay un límite por debajo del cual la conducta adecuada al derecho no es exigible. Luego, la reprochabilidad de la conducta típica y antijurídica realizada comienza con la exigibilidad de una conducta adecuada al derecho y aumenta en razón directa con ésta.*

La posibilidad de llevar a cabo una conducta adecuada a la norma no significa la posibilidad física de hacerlo, cuya ausencia

²⁵⁰ El ejemplo del *Leinenfänger* es de FREUDENTHAL (*Schuld und Vorwurf*, p. 18) y lo repiten luego varios autores.

excluye el injusto y no la culpabilidad, como ya hemos dicho, no significa tampoco la mera posibilidad de decidirse por otra conducta prescindiendo del proceso motivacional, sino que significa, precisamente, posibilidad de realizar una conducta adecuada a la norma y *motivada* en la norma. Cuando hablamos de ámbito de autodeterminación, estamos hablando de la autonomía de decisión tomando en cuenta o pudiendo tomar en cuenta la norma.

De aquí Goldschmidt deduce su teoría de las "normas de deber", que tiene su origen en Kant: la culpabilidad existe cuando pudiendo ser el deber el motivo, no lo fue. Se trata de una conjunción subjetiva de la decisión de voluntad con la representación de lo que la ley dispone. Goldschmidt dice que junto a cada norma de derecho existe una "norma de deber" que exige que el sujeto se motive de acuerdo con la norma de derecho (que su conducta "interna" se adecue al derecho, o sea que se motive en su norma)²⁵¹.

Así, no se trata simplemente de que un individuo, en una situación dada, haya podido hacer algo conforme a derecho. El que no tiene ninguna posibilidad de saber que no es agredido, cree que actúa conforme a derecho, y es completamente libre de hacer otra conducta, pero lo que le falta es la posibilidad exigible de motivarse conforme a derecho: tiene un ámbito de autodeterminación, con la posible "toma en cuenta" de la norma, completamente reducido y por debajo del límite de exigibilidad.

De allí que el ámbito de autodeterminación no deba entenderse como la posibilidad física de realizar una conducta jurídica o una antijurídica, sino como la posibilidad de realizar una conducta jurídica motivándose en la norma.

Conforme a lo expuesto, la posibilidad exigible de realizar una conducta diferente del injusto depende fundamentalmente de *dos circunstancias*, que se convierten así en *presupuestos o condiciones indispensables para el reproche*. Estos presupuestos fundamentales son: la *posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad* (mal llamada "consciencia de la antijuridicidad o del injusto") y la *actuación en un marco situacional que permita un cierto ámbito de autodeterminación*. Dicho más brevemente: "Bajo el título de la culpabilidad se comprenderán los presupuestos bajo los cuales el autor haya tenido la posibilidad de reconocer la exigencia del deber jurídico y de regirse conforme a ella"²⁵².

²⁵¹ Sobre ello, BACIGALUPO, en ED, t. 38 (1975).

²⁵² STRATENWERTH, 155.

La falta de estos requisitos o presupuestos apareja que el sujeto se encuentre, por lo menos, con un ámbito de autodeterminación reducido por debajo del umbral mínimo necesario para que el derecho le pueda formular la exigencia de motivarse en sus normas y, en consecuencia, proceder conforme a él

La ausencia de los presupuestos del reproche opera como un *reductor de la autodeterminación del agente*. Siendo dos los presupuestos, son pues, dos los *reductores de la autodeterminación*²⁵³ que pueden aparejar exclusión de la culpabilidad, es decir, que pueden obstar al juicio de reproche al autor.

La falta de una posibilidad exigible de comprensión de la anti-juridicidad impide cualquier reproche, porque no puede pretenderse que se motive en la norma aquél al que no podía exigírsele que la comprenda. *La actuación en un marco situacional que no permite un ámbito de autodeterminación de cierta amplitud*, también impide que se le reproche al autor su conducta, pues el reproche jurídico no se basa sólo sobre la mera posibilidad física, sino que requiere un cierto ámbito, un cierto umbral mínimo de autodeterminación, por debajo del cual la autodeterminación no tiene entidad, *porque cuando el umbral es tan bajo no pone de manifiesto una actitud o disposición del sujeto contraria a la norma*.

Conforme a este esquema, habrá inculpabilidad cuando opere alguno de los dos reductores de la autodeterminación. El primero (*la ausencia de la posibilidad exigible de comprensión de la anti-juridicidad*) opera cuando hay una *incapacidad psíquica para ello* (incapacidad psíquica de comprensión de la antijuridicidad) que es una de las dos formas de incapacidad psíquica de culpabilidad (inimputabilidad) o cuando hay un *error de prohibición invencible* (todos ellos previstos en el inc. 1º del art. 34 CP). El segundo reductor (*actuación en un marco situacional que no permite un ámbito de autodeterminación de cierta amplitud*) opera cuando se da el *estado de necesidad exculpante* (art. 34 inc. 2º CP), en los diferentes supuestos de *inexigibilidad de una conducta diferente motivada en la norma* que se hallan en la parte especial (arts. 86, inc. 2º, 279, etc.) y en la incapacidad para *dirigir la conducta conforme a*

²⁵³ En las investigaciones lógico-formales llevadas a cabo en México en 1965 se ha usado la expresión "reductores de la libertad" (v. bibliog. cit. en DPC, México, 1966) y la adoptamos en nuestra *Teoría del delito*. Creemos ahora que es filosóficamente más precisa la de "reductores de la autodeterminación", dado que la autodeterminación es sólo un presupuesto de la libertad y que lo único que puede reducirse es, precisamente, ese presupuesto.

la comprensión de la antijuridicidad, que es la segunda hipótesis de inimputabilidad (art. 34, inc. 1º).

467. **Otras posiciones.** Un grupo de autores distingue entre causas de inculpabilidad o de exclusión de la culpabilidad (*Schuldausschliessungsgründe*) y causas de disculpa o exculpantes (*Entschuldigungsgründe*)²⁵⁴. La distinción —con ligeras variantes— se fundaría en que las causas de inculpabilidad excluyen el “poder en lugar de ello”, en tanto que en las causas disculpantes el sujeto “puede realizar otra conducta y, sin embargo, se le disculpa”. A las causas de exclusión de la culpabilidad pertenecerían los supuestos que hemos considerado como casos del primer reductor de la autodeterminación (inimputabilidad y error de prohibición) y a las causas disculpantes todos los casos restantes de inexigibilidad de la conducta conforme a derecho.

De esta distinción deducen los autores que la sostienen consecuencias dispares, al tiempo que otros también conocen que hay diferentes grados de personalización del reproche y extraen de ello distintas consecuencias, puesto que invierten los términos.

1) Welzel hace la distinción básica y afirma luego que el ordenamiento jurídico no tiene por qué hacer el reproche de culpabilidad en todos los casos en que se afirmó la posibilidad de realizar otra conducta, sino que “bien puede tener razones para renunciar al reproche de culpabilidad y en tal medida exculparlo y absolverlo de pena”²⁵⁵. Según este autor, las causas de disculpa serían situaciones en que hay una gran dificultad de motivación en la norma, que reducen la culpabilidad y que, sin embargo, el derecho desconoce esa culpabilidad tan disminuída, dotándola de carácter disculpante.

En un sentido similar se expresa Bockelmann, para quien “la inimputabilidad, la falta de desarrollo y el error de prohibición invencible son estrictamente causas de inculpabilidad”, pero afirma que no sucede lo mismo en el caso del estado de necesidad, pues la regla “la necesidad no conoce ley” tiene vigencia general, pero también reconoce excepciones, como las que corresponden a los que tienen el deber de soportar el riesgo. “El estado de necesidad —agrega— no importa incondicionalmente y en todas las circunstancias la disculpa. De ello se deduce que el legislador puede y debe decidir a este respecto, bajo qué presupuestos el estado de necesidad se remite a la regla general de la *humana fragilitas* como disculpante y, por el contrario, bajo cuáles otros presupuestos quiere negarle la disculpa”²⁵⁶.

²⁵⁴ No todos los autores alemanes aceptan esta distinción. No lo hacen, entre otros, BAUMANN, STRATENWERTH, BLEI, OTTO, etc.

²⁵⁵ WELZEL, p. 178.

²⁵⁶ BOCKELMANN, 124.

Rudolphi también escribe que “en las causas disculpantes no se excluye completamente la culpabilidad del autor, aunque, por cierto, en estos casos está disminuido tanto el injusto material del hecho, como también limitada la capacidad del autor para configurar su voluntad de modo adecuado a la norma, debido a la existencia de una coacción psíquica, en forma tal que el orden jurídico deja de exigirle al autor el seguimiento de sus normas. Aquí falta, simplemente, un reproche de culpabilidad penalmente relevante”²⁵⁷.

2) Jescheck va más lejos que Welzel, Bockelmann y Rudolphi, haciendo de las causas de disculpa causas de exclusión de la punibilidad, sacándolas así de la culpabilidad. Considera que son causas que no disminuyen sólo la culpabilidad, sino también el injusto, de modo que el legislador las deja libres de pena. Dice respecto de ellas que “operan por cierto una disminución del contenido de injusto y del contenido de culpabilidad del hecho, pero que, sin embargo, en modo alguno cancelan completamente el injusto, puesto que sólo parcialmente cae el desvalor del resultado y la sola persecución de un objetivo aprobado no alcanza a ser una causa de justificación. También habrá que negar una completa exclusión de la culpabilidad, puesto que la capacidad de culpabilidad y el conocimiento de la prohibición no han sido removidos por la situación excepcional ante la que se sitúa el hecho. Por ende, las causas disculpantes deben ser consideradas como *causas de atenuación del injusto y de la culpabilidad*, a las que el legislador ha dado fuerza *liberadora de pena*, porque no se alcanzan los límites del merecimiento de pena”²⁵⁸.

En términos parecidos a los de Jescheck se expresa Bacigalupo, afirmando que “la coacción, el estado de necesidad disculpante y la obediencia jerárquica no excluyen la culpabilidad, pues no determinan la exclusión de la capacidad de obrar de otra manera”. En consecuencia, afirma que la impunidad de estos supuestos no proviene de inculpabilidad, sino que “se trata de casos de simple eximición de pena, en los que la *cantidad* de la culpabilidad es tan pequeña —atendiendo a las circunstancias del caso—, que carecería de todo efecto político-criminal la aplicación de una pena”²⁵⁹.

3) Roxin, arrimando agua para su molino, parte de la distinción anotada y del reconocimiento de que en los casos de “inexigibilidad” no está excluida la posibilidad de actuar de otra manera, pretendiendo deducir que es imposible encontrar un fundamento único para la culpabilidad tal como está planteada y, por ende, afirma que se impone una revisión total del concepto para darle un nuevo fundamento, que pretenda hallar en la “teoría del fin de la pena”. Cree con ello haber demostrado que “lo decisivo no es el poder actuar de otro modo, sino que el legislador desde puntos de vista jurídico-penales quiera hacer responsable al autor de su actuación”²⁶⁰.

²⁵⁷ RUDOLPHI, 150.

²⁵⁸ JESCHECK, 385.

²⁵⁹ BACIGALUPO, *Lineamientos*, 93-94; del mismo, *Problemas del sistema de la teoría del delito*, en NPP, 1974, 3 y ss. (15); igual, WESSELS, 79.

²⁶⁰ ROXIN, CLAUS, “Culpabilidad” y “responsabilidad” como categorías

4) Maurach parte también del reconocimiento de causas con diversidad de grado de individualización en cuanto a lo exigible, pero, en cierto modo, invierte el planteamiento. Entiende que el delito es un injusto atribuible, designando con la palabra *atribuibilidad* un estrato analítico que define del siguiente modo: "Por atribuibilidad —dice— debe entenderse que el autor, mediante la comisión de una conducta típica, no se ha comportado conforme a las exigencias del derecho"²⁶¹. Para determinarlo cree que hay que pasar una doble instancia: α) Una primera, según la cual se compara la conducta del autor con la de lo exigible al término medio, cuyo significado no es aun el de un "reproche", sino sólo el de una "desaprobación". A esta instancia o nivel primero lo denomina "*responsabilidad por el hecho*" (*Tatverantwortung*), que es la que se excluye cuando se dan las situaciones de motivación anormal, es decir, los llamados casos de inexigibilidad de otra conducta. β) La segunda instancia de la atribuibilidad es para Maurach la culpabilidad, que ya implica el reproche personalizado, pero no tomando como criterio el término medio, sino lo que él mismo pudo hacer. Este estrato (de la culpabilidad) es el que eliminaría la inimputabilidad y el error invencible de prohibición²⁶².

5) Antolisei, por su parte, cae en la cuenta de que los enfermos mentales no carecen de la facultad de decidir. "El poder de elección existe también en los niños y en los enfermos de la mente, los que, de no ser así, serían simples autómatas y no hombres". En su tratamiento —por demás muy superficial— del problema, cree que debido a que los enfermos de la mente y los niños no carecen totalmente de capacidad de decisión, la inimputabilidad no puede fundarse en esa incapacidad, sino apelando al "concepto común de la responsabilidad humana"²⁶³, criterio que resulta bien irracional e intuitivo. Antolisei no puede admitir que la culpabilidad tenga grados, porque no maneja otro concepto de culpabilidad que el psicológico, y como se percata de que los inimputables actúan dolosa o culposamente, hace lo mismo que Lilienthal, enviando la inimputabilidad a la categoría de "causa personal de exención de pena".

Para algunos hay una culpabilidad remanente o muy disminuída en el estado de necesidad o "inexigibilidad", que resulta irrelevante porque la ley elimina aquí esa culpabilidad remanente. Para otros, la ley no elimina esa culpabilidad, sino que le resta consecuencia penal, porque su bajo índice hace que el delito no sea digno de pena. En opinión de otros, eso es la demostración de que la inculpabilidad —y, en consecuencia, la culpabilidad— no logra un concepto unitario, por lo que resulta necesario reemplazar su fundamento por criterios político-criminales. El criterio de otros es

jurídico penales, en "Problemas básicos del derecho penal", trad. de Diego Luzón Peña, Madrid, 1976, pp. 200 y ss. (210).

²⁶¹ MAURACH, 376.

²⁶² *Idem*, 377 y ss.

²⁶³ ANTOLISEI, 480.

que la inexigibilidad no sólo elimina la culpabilidad, sino que ni siquiera permite que el análisis llegue a ella, porque elimina un sub-estrato previo que no se pregunta por el reproche, sino por la simple "desaprobación". Según otros, finalmente, lo que debe salir de la culpabilidad es la imputabilidad, porque los inimputables no carecen totalmente de autonomía de la voluntad.

Semejante confusión de opiniones les permita a unos mandar el estado de necesidad a las causas personales de exclusión de pena, en tanto que otros ubican allí a la imputabilidad y otros hacen del estado de necesidad algo que ni siquiera permite preguntar por la culpabilidad.

Semejante disparidad obedece, a nuestro modesto entender, a que ninguna de estas posiciones toma en cuenta suficientemente que la reprochabilidad es graduable conforme a la exigibilidad en cuanto a *cualquiera de sus presupuestos*. No hay causa de inculpabilidad que no deje un pequeño margen de autodeterminación. No sólo hay siempre grados de necesidad o de coacción, que no deben llegar a la fuerza física para excluir la culpabilidad —pues en tal extremo excluirían directamente la conducta— sino que hay también grados o intensidades diferentes de posibilidad —y, por consiguiente, de imposibilidad— de comprensión de la antijuridicidad.

Enri Ey repite frecuentemente que la psiquiatría se ocupa de la "patología de la libertad"²⁶⁴, expresión que, lógicamente, es metafórica, pero, sin embargo, bastante elocuente. El "enfermar de la libertad" no significa que la libertad esté "muerta" sino que el ámbito de autodeterminación del enfermo se reduce y, cuando esa reducción supera cierto grado, ya no puede haber reproche jurídico. Esto no significa que más allá de ese grado le sea absolutamente imposible a cualquier enfermo comprender la antijuridicidad, sino que basta con que le sea tremendamente difícil, debiendo realizar un esfuerzo que el derecho no puede exigirle. Nunca podremos estar seguros —al menos en la mayoría de los casos— de que en el enfermo mental no quede un resto de posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, particularmente porque es imposible penetrar al mundo del psicótico, cuya experiencia individual nos la relata el mismo enfermo, generalmente cuando remite su cuadro. También en la imputabilidad, por consiguiente, es necesario valerse de un cierto "standard" o nivel de exigencia, establecido conforme a una

²⁶⁴ HENRI EY - P. BERNARD - CH. BRISSET, *Tratado de Psiquiatría*, Barcelona, 1975, p. 65.

general experiencia técnica deducida de la observación de casos anteriores.

Algo análogo sucede con el error de prohibición, que sólo elimina la culpabilidad cuando es invencible. Pero “invencible” no significa que no se pueda bajo ningún concepto salir de él, sino que, un error es invencible cuando no se puede salir de él pese a poner la diligencia que el derecho le *exige* al autor.

En todos los casos hay un cierto grado de exigibilidad que debe marcar —o dar las pautas— el orden jurídico mismo. Que el legislador adopte un método más “estandarizado” o más “personalizado” para indicar su límite, no les quita su pertenencia a la problemática de la culpabilidad²⁶⁵. Esta es una cuestión metodológica, porque de toda forma la culpabilidad siempre es un juicio que hará un tercero, puesto que nadie puede penetrar la individualidad y el ámbito de autodeterminación de otro²⁶⁶.

Además, es tan inexacto pretender que el estado de necesidad acude a lo que se exige a todos —es decir, a un “standard”— como afirmar que las excepciones al mismo —tales como los casos en que se impone el deber jurídico de afrontar el riesgo— le quitan del ámbito de la culpabilidad. Que el estado de necesidad exculpante acuda a un criterio de exigibilidad más “estandarizado” no implica que por ello deje de ser una causa de exclusión de un reproche personalizado, que también se pone de manifiesto cuando no ampara al que por un contrato, por una conducta anterior o por su condición especial asumió el riesgo de afrontar el peligro.

Por último, y dado que siempre hay un mínimo grado de autodeterminación en las situaciones de inculpabilidad, que debe ser dado por el orden jurídico, cabe preguntarse si no les asiste razón a quienes pretenden que la culpabilidad no es más que un límite político-penal. No nos cabe duda que hay un límite político-penal en la culpabilidad, al igual que en toda la teoría del delito, pero una cosa es que la exigibilidad (y, por consecuencia, la culpabilidad) resulte limitada por un criterio político-penal, y otra, harto diferente, que la culpabilidad no sea más que un criterio político-penal. En la primera tesis —que es la que suscribimos— el criterio político-penal es el límite de un contenido; en la segunda no hay contenido alguno.

²⁶⁵ Tal argumento de JESCHECK (p. 385) contra la argumentación de MAURACH; también SCHÖNKE-SCHRÖDER, 1969, 12-3.

²⁶⁶ Cfr. STRATENWERTH, 156.

CAPÍTULO XXXII

LA POSIBILIDAD EXIGIBLE DE COMPRENSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

I. — EL REQUERIMIENTO LEGAL DE LA MISMA: 468. El requerimiento legal de la misma. - II. — LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA POSIBILIDAD DE COMPRENSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD: 469. Las teorías del dolo. 470. Las teorías de la culpabilidad. - III. — “CONSCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD” Y “CONSCIENCIA INDIVIDUAL”: 471. “Consciencia de la antijuridicidad” y “consciencia individual”. - IV. — NATURALEZA DE LA COMPRENSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD: 472. El carácter potencial y el significado de la “comprensión” 473. El derecho penal no puede exigir invariablemente una comprensión efectiva de la antijuridicidad en el delito. 474. La culpabilidad así entendida no penetra la conciencia individual. - V. — EL CONTENIDO DE LA COMPRENSIÓN EXIGIBLE DE LA ANTIJURIDICIDAD: 475. Precisión del contenido. 476. La comprensión de la criminalidad no requiere el conocimiento de la punibilidad. - VI. — FORMAS ESPECIALES: 477. Formas especiales.

I. — EL REQUERIMIENTO LEGAL DE LA MISMA

468. **El requerimiento legal de la misma.** Hemos señalado que nuestro código requiere en el inc. 1º del art. 34 la posibilidad exigible al autor de que haya podido comprender la antijuridicidad de su conducta, la que está abarcada en la exclusión del ámbito de lo punible que hace de todo aquél que “en el momento del hecho no haya podido comprender la criminalidad del acto”. No por ello debemos entender que “comprensión de la criminalidad” es sinónimo de “comprensión de la antijuridicidad”, puesto que es obvio que la “criminalidad” no se identifica con la antijuridicidad, dado que el carácter delictivo de un acto no depende únicamente de su antijuridicidad. De allí que afirmemos que la “comprensión de la antijuridicidad” es abarcada por la “comprensión de la criminalidad”, pero en modo alguno la primera agota el contenido de la segunda.

La “comprensión de la criminalidad” es una expresión sintéti-

ca que abarca el conocimiento y la comprensión de todas las características objetivas que hacen delictiva una conducta, es decir que presupone el conocimiento de la tipicidad objetiva en el caso concreto (o sea, el aspecto cognoscitivo del dolo del tipo de que se trate), la comprensión de que esa conducta es contraria al derecho (la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad) y también el conocimiento de las circunstancias que proporcionan un margen objetivo para la autodeterminación.

Hemos visto que todos los antecedentes legislativos coinciden en mostrarnos a la "criminalidad" como un concepto sintético, y así como lo es la "criminalidad", también el código al requerir "comprensión", apela a otro concepto sintético. En efecto: "comprensión" es también un concepto sintético, puesto que *siendo el más alto nivel de captación humana, que implica internalización o introyección, encierra y presupone el simple conocimiento*. En este sentido, la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad presupone el conocimiento de los elementos cognoscitivos del dolo, puesto que no cabe preguntarse si a alguien le fue posible saber y comprender que su conducta era antijurídica, cuando el sujeto no sabía qué estaba haciendo. De ese indispensable presupuesto de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad nos hemos ocupado al tratar del aspecto cognoscitivo del dolo y de su ausencia (error de tipo). Cabe ahora que nos ocupemos de la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad y de su exigibilidad jurídico-penal.

Al ocuparnos del contenido del concepto lo precisaremos, pero de cualquier manera, bueno es adelantar desde ahora que lo que nuestra ley exige no es, en modo alguno, una efectiva comprensión de la antijuridicidad de la conducta, sino sólo una posibilidad exigible de comprensión de la misma. Con esa mera posibilidad basta para satisfacer el requerimiento de la reprochabilidad (culpabilidad), sin que sea necesaria la comprensión real y efectiva. La punición, en caso de ausencia de esa posibilidad de comprensión o por debajo del límite razonablemente exigible de la misma, implica una clara violación del principio de culpabilidad¹, puesto que lleva a reprochar un injusto cuyo carácter no pudo comprender el autor o, mejor dicho, no pudo exigírsele que lo comprendiese.

Esta violación tiene lugar cuando se pretende consagrar ilimitadamente el principio *error juris nocet*², superado hoy por nuestra juris-

¹ Cfr. JESCHECK, 365.

² La loable reacción de nuestra jurisprudencia en BACIGALUPO, op. cit., en NNP, 1, 1972, 45 y ss.

prudencia, como también por la jurisprudencia alemana³, la que es acorde al respecto desde 1952. Cabe señalar que la doctrina germana fue siempre contraria a ese principio, expresándose abiertamente en contra de la antigua jurisprudencia del Tribunal del *Reich*, que lo consagraba⁴, pero hoy, el principio *error juris nocet* tiene en Alemania un mero valor histórico⁵.

Hay autores que van más lejos aún, sosteniendo que la antigua jurisprudencia del Tribunal del Reich no consagraba el principio *error juris nocet*, sino que era sólo oscura, lo que dio lugar a que fuese mal interpretada. Así se afirma que, en definitiva, lo que hacía era rechazar la tesis de Feuerbach, que exigía el conocimiento de la punibilidad de la conducta, como consecuencia de su teoría de la pena como coacción psicológica y de las normas jurídicas como heterónomas⁶. Tal es la tesis que sostiene Hellmuth Mayer, según la cual el principio *error juris nocet* jamás habría tenido plena vigencia en la jurisprudencia alemana⁷.

En plan de opiniones exóticas, cabe recordar que se ha dicho que la ausencia de la consciencia de la antijuridicidad configura una "excusa absolutoria"⁸, lo que ha sido rechazado de plano por toda la doctrina⁹. Desde este ángulo, lógicamente, se sostendría que la culpabilidad no requeriría de esa comprensión. Esa tesis resulta a todas luces inadmisibles, por lo que no vale la pena detenerse en ella.

Sintetizando lo expuesto, será necesario distinguir, en principio, la *comprensión actual de la antijuridicidad*, que es algo que la ley no exige en el delito y que, además, en caso de darse —como lo demostraremos luego— casi nunca será del todo completa; y la *posibilidad exigible de comprensión* de la antijuridicidad, que es el elemento que integra la culpabilidad y que es requerido expresamente por el texto legal.

³ *Entscheidungen des BGH im Strafsachen*, II, 194 y ss. Sobre ello JESCHECK, 366; MAURACH, 457-8; BAUMANN, 418.

⁴ *Entscheidungen des RG im Strafsachen*, II, 268. En contra de este punto de vista, similar al de la doctrina y jurisprudencia tradicionales argentinas, BELING, *D. L. v. Verbrechen*, 180; BENDING, *Normen*, 1918, III, 387; del mismo *Die Schuld im deutschen Strafrecht, Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1919, 38-9; del mismo, *Grundriss des deutschen Strafrechts, Allg. Teil*, Leipzig, 1913, 116; del mismo, *Seltene Vorschläge zu einer neuen Verderbnis der Lehre wie der gesetzberischen Behandlung von Vorsatz, Fahrlässigkeit und Irrtum*, en "Gerichtssaal", LXXXVII, 1920, 113 a 130; ALLFELD, PHILLIP, *Lehrbuche des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1934, 168-9; DOHNA, *Die Elemente des Schuldbegriffs*, en "Gerichtssaal", LXV, 1904, 304-324; etc.

⁵ Cfr. MAURACH, 457.

⁶ FEUERBACH, *Lehrbuch*, 1826, pp. 83-84, § 90.

⁷ MAYER, H., *Grundriss*, 1967, p. 128.

⁸ SCHWARZ, OTTO, *Zweifelsfragen des Verbotsirrtum*, en NJW, 1955, 526-8.

⁹ En contra, expresamente, HARTUNG, FRITZ, *Zweifelsfragen des Verbot-sirrtum*, en JZ, 1955, 663/6; VIANDEN-GRÜTER, HILDE, *Verbot-sirrtum als Straf-ausschlussungsgrund?*, en NJW, 1955, 1057/9; WELZEL, 199; JESCHECK, 339.

II. — LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA POSIBILIDAD DE COMPREENSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

469. **Las teorías del dolo.** Se denominan “teorías del dolo” a las que sostienen que la “consciencia de la antijuridicidad” integra el dolo. Constituyen la contrapartida teórica de las tendencias que se niegan a reconocer eficacia al “error de derecho”.

Podemos distinguir dos vertientes: α) la *teoría estricta del dolo* y β) la *teoría limitada del dolo*¹⁰.

α) La teoría estricta requiere una consciencia efectiva y actual de la antijuridicidad como parte del dolo¹¹. Ello resulta insostenible, porque en los delitos emocionales y en otros muchos, tal consciencia no existe y, por ende, no serían dolosos¹².

β) Debido a esta imposibilidad se pretendió hallar un remiendo o sucedáneo de la misma y para ello Mezger inventó la “ceguera para el derecho” (*Rechtsblindheit*). Afirmaba que frente a la disculpa de que el autor “no sabía lo que hacía”, “bien puede radicar allí su culpabilidad, en apartarse de la comprensión que de lo justo y de lo injusto deben exigir el Estado y el Pueblo”¹³. “El resultado es el siguiente: si en los mencionados casos —prácticamente quizá no muy frecuentes— en que el autor, en verdad no haya cometido una contravención dolosa al derecho, será sin embargo, penado como si se hubiese comportado dolosamente”. Esta ceguera jurídica, que define como “incapacidad para reconocer lo justo y lo injusto”¹⁴, le presenta dificultades debidas a la “vecindad de la ceguera jurídica fundamentadora de pena y de la incapacidad para conducirse conforme a derecho excluyente de pena”¹⁵, que, por cierto, no llega a resolver, tornándose aún más confuso al afirmar que “la ceguera jurídica en el sentido amplio de la palabra —como aquí debemos usarla— significa tanto la ceguera en el conocimiento como la ceguera en la realización del camino jurídico”¹⁶. La definición que luego agrega nos exime de ulterior comentario: “La ceguera jurídica del autor —en sentido amplio— se refiere a una actitud que no está de acuerdo

¹⁰ Si bien unitariamente se las llama “teoría del dolo”, seguimos la distinción de MAURACH (462), porque en realidad son dos teorías diferentes, aunque fundan una misma conclusión (la comprensión de la antijuridicidad pertenece al dolo). (V. sobre esto WELZEL, 159; STRATENWERTH, 167; JESCHECK, 365).

¹¹ BINDING, *Grundriss*, 117; BAUMANN, 371; NAGLER en “Leipziger Kommentar”, Berlín, 1944, I, 379; SAUER, W., *Tatbestand Unrecht, Irrtum und Beweis*, en ZStW, 66 (1957), pp. 1-13 (11); LANG-HINRICHSSEN, *Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des BGH*, en JZ, 1953, 362-7; del mismo, *Tatbestandslehre und Verbotsirrtum*, en JR, 1952, 302-7; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 471.

¹² Cfr. MAURACH, 460; WELZEL, 159-164.

¹³ MEZGER, *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, en “Probleme der Strafrechtserneuerung” (Fest für Kohlrau.ch), Berlín, 1944, 180-198 (183).

¹⁴ Op. cit., 184.

¹⁵ Op. cit., 188.

¹⁶ Op. cit., 197.

con la sana intuición del pueblo sobre lo justo y no injusto, de modo que, bajo condiciones normales, no deba disculpar, sino por el contrario, configurar el fundamento de la punición”¹⁷.

Welzel observó al concepto de “ceguera al derecho” su vinculación con el derecho natural —que para Mezger era el que tenía por fuente el “sano sentimiento del pueblo”—: “en lugar de ceguera jurídica —dice Welzel— se habla hoy de desatención evidente del derecho natural”. Pero, además de que estos principios suelen no ser tan “evidentes”, le imputa Welzel a Mezger que, con su pretensión de penar como doloso lo que no es doloso, introduce una ficción en el núcleo de la culpabilidad, y termina exclamando: “¡De menuda ficción se trata aquí!”¹⁸.

Mezger responde a las objeciones de Welzel y cambia la expresión “ceguera al derecho” (o “para el derecho”), por un “estado de enemistad al derecho”. “La enemistad al derecho que aquí se presenta —dice— no es nada fácil de conceptuar si no se penetra el resto de la vida. Lo he intentado en el *Lehrbuch*: tal enemistad al derecho se encuentra en el autor cuando éste muestra mediante el hecho una total disposición incompatible con la sana intuición¹⁹ de lo justo y de lo injusto”²⁰. Agrega que la aplicación de la pena dolosa al hecho no doloso pero revelador de un estado de enemistad al derecho por parte del autor, se justifica, “ante todo, en los innegables requerimientos de la práctica del derecho”²¹. Pero lo importante —a nuestro juicio— es que “el fundamento teórico de tal punición está dado por la culpabilidad de la conducción de la vida del autor, donde la culpabilidad del autor no radica sólo en el hecho culpable inmediato, sino en la disposición para el derecho en general dada por el autor en el curso de su vida”²².

Aparte de que esto revela que Mezger sostenía opiniones tan totalitarias en 1950 como en 1944 —lo que no habla mal de él respecto de su coherencia— y que la “ceguera al derecho” y la “enemistad hacia el derecho” son hijas de la culpabilidad de autor²³, es evidente que con estos conceptos intenta redondear su errada ubicación del dolo. Inventaba estos conceptos —emanados de la sana intuición del pueblo— para penar como doloso lo que entendía que no era doloso. Por la otra punta del esquema, para hacer recaer la antijuridicidad sobre el dolo —cuando se hace ineludible y por su sistemática no es posible— reconocía la existencia del dolo “natural” (de otro modo hubiese tenido que afirmar con los austriacos que hay culpabilidad sin tipicidad). Ambos parches son complementos necesarios de su sistema²⁴.

¹⁷ Op. cit., 197-8.

¹⁸ WELZEL, *Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns*, en “*Süddeutsche JZ*”, 1948, 367-372.

¹⁹ Suprimió “del pueblo”.

²⁰ *Moderne Wege*, 45.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ Sobre estos conceptos también SAINZ CANTERO, *El desenvolvimiento histórico-dogmático del principio de no exigibilidad*, cit., pp. 429-430; CURY URZÚA, 217.

²⁴ V. en sentido crítico, LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO, *La hostilidad o*

Estas teorías sólo pueden ser sostenidas dentro del marco de las concepciones mixtas o psicológicas de la culpabilidad. En su versión estricta ha sido sostenida por Jiménez de Asúa, Frías Caballero, Soler y Fontán Balestra, entre nosotros²⁵, en tanto que Núñez²⁶ niega este requerimiento en la teoría del delito²⁷.

Más recientemente, Schmidhäuser²⁸ realiza otro intento para salvar la teoría del dolo, que consiste en tratar de ampliar la "consciencia de la antijuridicidad" a partir de puntos de vista psicológicos. En rigor, como bien lo observa Welzel²⁹, no pasa de ser una ficción de "consciencia de la antijuridicidad".

Las teorías del "dolo", conforme a lo expuesto, pretenden entender por "dolo" únicamente al "dolo malo", que no es un mero concepto psicológico en su contenido, sino que a los elementos psicológicos de su contenido le agrega la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad como elemento jurídico-normativo³⁰, aunque también implica agregarle otro elemento psicológico y de naturaleza distinta a la de los restantes componentes que, como no siempre puede hallarse presente, frecuentemente les obliga a hablar de "dolo natural", que es el verdadero dolo³¹.

Se ha pretendido que el "dolo" siempre es dolo "malo", apelando, entre otros argumentos, a la tradición romana. No obstante, ello no es verdad, porque los latinos tomaron del griego el vocablo "dolus" para expresar el concepto de astucia o engaño, pero distinguían *dolus bonus* y *dolus malus*, el primero de los cuales sólo significaba astucia, no teniendo el sentido de engaño para la obtención de un provecho ilícito ni el de intención perversa, sentido que se reservaba al segundo³².

470. Las teorías de la culpabilidad. Son las que sostienen que la "consciencia de la antijuridicidad" no pertenece al dolo, sino a la culpabilidad. También se hallan divididas en dos grandes vertientes: α) la *teoría estricta de la culpabilidad*, que sostiene limpiamente que es un componente de la reprochabilidad, sostenida por los partidarios de la teoría normativa pura de la culpabilidad, aunque también por un sector de la teoría compleja³³. Es la sostenida por nosotros. β) La *teoría limi-*

enemistad al derecho, en "Rev. Mexicana de Prev. y readap. soc.", 1974 (14), pp. 41-48.

²⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 1967, 359; FRÍAS CABALLERO, *Temas*, 83 y ss.; SOLER, II, 101; FONTÁN BALESTRA, II, 300; TOZZINI, *Dolo, error y eximentes putativas*, Bs. As., 1964, 66.

²⁶ NÚÑEZ, II, 108.

²⁷ En acertado sentido crítico, BACIGALUPO, NNP, 2, 48 y ss.; ASSIS TOLEDO, FRANCISCO DE, *O erro no direito penal*, S. Paulo, 1977, 10.

²⁸ SCHMIDHÄUSER, 352; del mismo, *Über Aktualität der Unrechtsbewusstseins*, en "Fest. für H. Mayer", 1966, 316 y ss.

²⁹ Cfr. WELZEL, BACIGALUPO, NPP, 66-7.

³⁰ Así, FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitudes em Direito Penal*, Coimbra, 1969, p. 146.

³¹ V. *supra*, § 336.

³² GIOFFREDI, CARLO, *I principii del Diritto Penale Romano*, Torino, 1970, p. 67. V. *supra*, § 336.

³³ Entre los contemporáneos, HARTUNG, F., *Irrtum über "negative Tatumstände"*, en NJW, 1951, 209-213; HETZNER, *Ist der putative Rechtfertigungs-*

tada de la culpabilidad que, según Maurach³⁴, sitúa la consciencia potencial de la antijuridicidad entre el dolo y la culpabilidad. En rigor, esta teoría se adecua a una sistemática del delito que admite los "elementos negativos del tipo" o bien los "tipos de injusto". Partiendo de esta base estructural y admitiendo la existencia de un tipo complejo, el error que recaiga sobre el conocimiento fáctico de una situación de justificación será un error de tipo, porque recaerá sobre el aspecto negativo del tipo (que abarca las condiciones negativas que dan lugar a justificación) o porque recaerá sobre el aspecto objetivo de un tipo permisivo. En consecuencia, esta teoría divide el tratamiento del error de prohibición, que será tratado como error de tipo (en cuanto al supuesto de venibilidad) cuando radique en la falsa suposición de una situación de justificación.

Si bien no hay un esquema unitario de tratamiento entre sus sostenedores, la consecuencia práctica respecto del error de prohibición es común a todos ellos³⁵.

Se trata de una solución de compromiso entre las teorías del dolo y de la culpabilidad, y le cupo a Frank preparar su advenimiento, al separar la "consciencia de la antijuridicidad" del dolo³⁶ y adherirse a A. Merkel remozando su teoría³⁷.

Como cualquier solución de compromiso, presenta siempre los inconvenientes de lo híbrido. En ese sentido, pasa por alto la estructura lógico-objetiva a que se vincula el legislador con su concepto de dolo, para lo cual termina realizando una construcción por entero artificial. Así, resulta que quien ha tenido la voluntad de matar a otro, de producir un aborto, de apropiarse de lo ajeno, de lesionar, etc., y, en efecto, ha producido el resultado conforme al fin propuesto y a la causalidad planeada, ha actuado culposamente, o sea, que se deja de lado la finalidad de la acción dirigida al resultado y se acude a una ficción, por la cual el resultado lesivo obedece a "imprudencia, negligencia o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo" (art. 84).

Una vez más debemos advertir que no debe confundirse la "culpa" de estar en error (lo entrecomillamos porque es una metáfora, estar en

*grund als Verbotsirrtum zu behandeln*², en NJW, 1953, 210-1; entre nosotros, RIVACOBA Y RIVACOBA, *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, Valparaíso, 1969, 15.

³⁴ Cfr. MAURACH, 464.

³⁵ Así, H. VON WEBER, *Negative Tatbestandsmerkmale*, en "Fest. für Mezger", 183-192; BUSCH, RICHARD, *Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum*, ídem, 165; JESCHECK, 305; del mismo, *Menschenbild*, 21; SCHAFFSTEIN, en MDR, 15-198; ROXIN, *Offene Tatbestände*, 120; del mismo, *Die provozierte Notwehrlage*, en ZStW, 75 (1963), 541-590 (556); ENGISCH, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründe*, en ZStW, 70 (1958, 566-615 (582); DREHER, en MDR, 1962, 592-3; BÖRKER, *Ein Vorschlag zu der Rechtsprechung über die irrtümliche Annahme der tatbeständlichen Merkmale eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes*, en JR, 1960, 168-70.

³⁶ Así, en *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, cit.

³⁷ V. FRANK, R., *Rechtsprechung des RG*, en ZStW, 14 (1894), 335-445 (363).

error no constituye una conducta típica culposa) con la acción que en error se comete y que no puede verse por ello afectada en su dolo o culpa típicos.

La circunstancia de que el sujeto haya podido tener una conciencia clara y efectiva de la antijuridicidad y no la haya tenido, en modo alguno le quita la reprochabilidad de su decisión, porque no le restringe su libertad. Eventualmente la disminuirá y, por ende, corresponderá disminuir el reproche³⁸. Lo “culposo” sería el error, la causa por la que psicológicamente falta una conciencia efectiva de la antijuridicidad, pero no la conducta típica.

En síntesis, esta teoría de compromiso, pese al éxito que tiene en la jurisprudencia germana³⁹, presenta la dificultad de confundir la “culpa” en el error con la culpa típica de la conducta, lo que la lleva a concluir en una ficción en los casos de falsa suposición vencible de una situación de justificación: quien quiere un resultado que se produce mediante su conducta finalmente dirigida a él (sin ninguna desviación notoria del plan causal), puede —según sus partidarios— estar actuando culposamente⁴⁰. Es plenamente comprensible el rechazo que el finalismo hace de esta teoría⁴¹. La objeción de que se trata de una ficción de culpa no puede salvarse sosteniendo que “se somete a los tipos culposos sólo en cuanto a sus consecuencias jurídicas”⁴², o que se trata de una “remisión de las consecuencias jurídicas y no de una ficción de culpa”⁴³. Si esto debe entenderse como una mera aplicación de la pena del delito culposo, la diferencia entre la teoría estricta y la limitada de la culpabilidad se reduciría a una mera cuestión de pena. Si con ello se quiere expresar algo diferente, la ficción es patente.

III. — “CONSCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD” Y “CONSCIENCIA INDIVIDUAL”

471. “Consciencia de la antijuridicidad” y “consciencia individual”. La “consciencia de la antijuridicidad” no puede ser entendida como sinónimo de “consciencia individual”. Dado el anárquico empleo de la voz “consciencia” (y “conciencia”), preferimos hablar de “ética individual” para designar las valoraciones, las pautas de con-

³⁸ Cfr. WELZEL, en ZStW, 67 (1955), 196-227 (208); KAUFMANN, ARMIN, *Tatbestandseinschränkung und Rechtfertigung*, en JZ, 1955, 37-41; HEITZER, op. cit., en NJW, 1953-210; FUKUDA, TAIRA, *Das Problem des Irrtums über Rechtfertigungsgründe*, en JZ, 1958, 143-8; HIRSCH, *Negativen Tatbestandsmerkmalen*, cit., pp. 314 y ss.

³⁹ Sobre ello, MAURACH, 464 y ss.; JESCHECK, 348; BACIGALUPO, NPP, 2, 59.

⁴⁰ Sobre la ficción de culpa, WELZEL, en ZStW, 67 (1955), 215; HIRSCH, op. cit, 205.

⁴¹ WELZEL, 168-170; STRATENWERTH, 166; MAURACH, loc. cit.

⁴² Así, KRÜPELMANN, *Stufe der Schuld bei Verbotsirrtum*, en GA, 1968, 129-148 (142).

⁴³ Así, JESCHECK, 348.

ducta individual que responden a internalización de valoraciones o pautas sociales.

Estas valoraciones, o sea, esta ética individual, puede diferir por completo de los valores o pautas de conducta que establece el orden jurídico. Las causas de este distanciamiento son múltiples, abarcando una gama tan enorme que va desde el condicionamiento cultural hasta las convicciones políticas, morales y religiosas. El fenómeno del etnocentrismo se observó hace mucho en sociología y el relativismo valorativo de nuestro tiempo está suficientemente puesto de manifiesto por los más eminentes pensadores del siglo. En la historia pueden verse los más dramáticos ejemplos de choques de culturas; la antropología comparada de nuestro siglo ilustra claramente el problema ⁴⁴ y la caída sucesiva de tabulaciones valorativas en los últimos decenios es obvia. Abundar en este tipo de información es inútil, porque lo consideramos como un fenómeno evidente al menos informado. *Lo que nos interesa aquí es el problema que esto plantea a la teoría del delito en el plano de la culpabilidad.*

Se llama autor "conciente" o "por conciencia", "autor por convicción" o autor por "conciencia disidente" a aquél que obra en función de un imperativo de su ética individual, diferente de los valores jurídicamente objetivados: sus valores subjetivos son diferentes a los valores subjetivos del legislador o grupo de poder dominante objetivados jurídicamente. Aquí yace el problema para la culpabilidad: *en la existencia de conflicto entre el imperativo de la norma y el de la ética individual.*

En estos casos el sujeto es autor "por conciencia", por una "seria decisión de conciencia", lo que acontece en "toda seria decisión moral, es decir, una decisión orientada a las categorías de lo bueno y de lo malo que el individuo percibe como vinculante e incondicionalmente obligatoria, tal que, él no podría actuar contra ella sin una seria necesidad de conciencia" ⁴⁵.

Los ejemplos que de conciencia disidente suelen darse son los que corresponden a la llamada delincuencia política ⁴⁶ y las convicciones religiosas. Son particularmente interesantes a este respecto los problemas planteados por la secta conocida como "testigos de Jehová", con sus

⁴⁴ V. sobre todo los importantes trabajos de BRONISLAW MALINOWSKI, *Science and Religion and other Essays*, New York, 1954; MARGARET MEAD, *Sexo y temperamento*, trad. de Inés Malinow, Bs. As., 1947; de la misma, *Antropología, la ciencia del hombre*, trad. de Alfredo Llanos, Bs. As., 1971; etc.

⁴⁵ Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en NJW, 1961-357; reproducido por WELZEL, 176.

⁴⁶ Así, por ej., WELZEL, loc. cit.; RUDOLPHI, 41-2.

negativas a vacunarse, a aceptar intervenciones quirúrgicas y a prestar servicio militar ⁴⁷.

La cuestión preocupó seriamente a Radbruch, quien introdujo en su proyecto una disposición expresa que prácticamente constituía una mera segregación del autor por conciencia ⁴⁸. La noble intención del ministro de la República de Weimar tuvo como respuesta la brutal represión de la delincuencia política en los años posteriores y el desarrollo de la culpabilidad de autor. El tema también preocupa a la doctrina alemana contemporánea ⁴⁹ y mantiene plena vigencia la certera afirmación de Radbruch: "La historia está llena de delincuentes por convicción en sus momentos de mayor crisis. Los más grandes mártires, los más grandes hejeres, los más grandes revolucionarios ¿qué otra cosa son sino delincuentes por convicción?" ⁵⁰.

Lo que está fuera de toda duda es que la validez del orden jurídico no puede depender de la conciencia individual y que la llamada "consciencia de la antijuridicidad" no puede identificarse con la voz de la "consciencia individual" ⁵¹. No obstante, partiendo de estas dos afirmaciones fundamentales, también afirmamos que la conciencia individual no carece totalmente de relevancia para el derecho, y particularmente para la culpabilidad, sino que la tiene para el error de prohibición ⁵². No es cuestión de rechazar de plano la importancia que la conciencia disidente tiene para la culpabilidad basándose en una mera argumentación acerca de la prueba, ya que ésta es una pura cuestión procesal y, además, muchas veces

⁴⁷ Sobre ello WELZEL, 176; JESCHECK, 308; WEBER, HERMANN, *Ersatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen?*, en NJW, 1968, 160-1; PETERS, KARL, *Abschliessende Bemerkungen zu den Zeugen-Jehovas-Prozessen*, en "Fest. für Engisch", 1969, 468-489.

⁴⁸ RADBRUCH, *Der überbeugungsverbrecher*, en ZStW, 1924 (44), 43 y ss.; del mismo, *Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches 1922*, editado al cuidado de Eberhard Schmidt, Tübingen, 1952, § 71: "En lugar de prisión estricta y prisión, se aplicará detención por igual tiempo, cuando el motivo decisivo del autor radique en que fue obligado al hecho en razón de sus convicciones morales, religiosas o políticas". Una fórmula parecida, reemplazando la pena privativa de libertad por una medida de seguridad de igual duración propone Eichholz, excluyendo sólo los delitos contra la vida (*Der Gewissenstäter, Die Geschichte der strafrechtlichen Privilegien*, Bonn, 1971, p. 191).

⁴⁹ PETERS, *Bemerkungen zur Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Mehrsatzdienstverweigerung aus Gewissensgründen*, en JZ, 1966, 457-461; LANG-HINRICHSSEN, *Der Überzeugungstäter in der deutschen Strafrechtsreform*, en JZ, 1966, 153-162. V. la bibliografía cit. por WELZEL, 178.

⁵⁰ RADBRUCH, *Empfiehl sich die Aufnahme der in § 71 des neuen Strafgesetzentwurfs (Entwurf 1925) enthaltenden Bestimmung usw.?*, en "Deutscher Juristentag", 34, II, 1926, 353 y ss. (355).

⁵¹ Cfr. RUDOLPH, 43; *infra*, § 497.

⁵² Cfr. RUDOLPH, 188 y ss.; JESCHECK, 308.

habrá pruebas más que suficientes de que la conducta responde a una auténtica decisión fundada en una seria convicción ética del individuo⁵³, sino de asignarle a esta circunstancia el valor que le corresponde. Para llevar a cabo esto es menester que nos adentremos en el error de prohibición, que es donde creemos que juega su más importante papel. Allí la trataremos en su momento, debiendo sólo dejar aquí suficientemente aclarado que “consciencia” o “comprensión de la antijuridicidad” es algo diferente de la “voz de la conciencia individual” o del “imperativo o requerimiento del super-yo”, no pudiéndose sostener ninguna solución diferente, pues implicaría afirmar que la validez del orden jurídico depende de la aceptación individual⁵⁴.

IV. — NATURALEZA DE LA COMPRENSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

472. El carácter potencial y el significado de la “comprensión”. Nuestro código penal exige en su art. 34, inc. 1º, la mera *posibilidad* de comprensión de la criminalidad del acto para que haya delito, puesto que excluye el delito en caso de no existir la misma. Para que pueda comprenderse la criminalidad de un acto se requiere, antes de nada, que se sepa lo que se está haciendo (dolo) y, luego, que se *pueda* comprender la pauta de conducta jurídica que se viola con ese acto. Esto nos lleva a la afirmación de que nuestra ley no exige una comprensión efectiva de la antijuridicidad, sino sólo la posibilidad de la misma⁵⁵, es decir, que *el principio de culpabilidad se contenta con que el autor haya tenido la posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad de su conducta.*

Welzel entiende que eventualmente se requiere un conocimiento efectivo de la antijuridicidad y que, en tales casos, cualquier error de prohibición sería excluyente de la culpabilidad, aunque fuere vencible⁵⁶. Ese supuesto es problemático. Sería el caso del prevaricato (art. 269) en nuestro código, que sólo es punible cuando las resoluciones son contrarias

⁵³ Cfr. WELZEL, 176-7.

⁵⁴ Cfr. WELZEL, 177; JESCHECK, 270; RUDOLPHI, 42; sobre la validez del orden jurídico en relación a la conciencia individual, WELZEL, *Macht und Recht*, cit.; del mismo, *Gezetz und Gewissen*, cit.; del mismo, *An der Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Köln und Opladen, 1962, 277 y ss. Una correcta diferenciación con su adecuada aplicación en Frankfurt, 1962, 357-397; HENKEL, H., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München, 1964; SCHREIBER, HANS-LUDWIG, *Der Begriff der Rechtspflicht, Quellen-Studien zu seiner Geschichte*, Berlín, 1966; etc.

⁵⁵ Cfr. BACIGALUPO, NPP, 1974, p. 15.

⁵⁶ WELZEL, 174.

a la ley que las partes o el mismo juez invocan. Sin embargo, no estamos tan seguros al respecto. En efecto: el juez, pese a saber que juzga contra la ley que él mismo o las partes invocan, puede hallarse en un vencible error de prohibición, al menos indirecto, cuando suponga falsamente y con ligereza que se halla en un estado de necesidad justificante.

Con la precisión de la naturaleza *potencial* de la comprensión no hemos terminado de indagar más que el “cómo” de la comprensión, pero nada hemos dicho acerca de la comprensión misma, es decir, acerca del “qué” de la comprensión.

La antijuridicidad es una valoración, un valor negativo o desvalor de la conducta. Para poder comprender una valoración no basta con que podamos conocerla, y ni siquiera basta con que tengamos conocimiento de la valoración. Malinowski o Margaret Mead investigaron las culturas polinesias, conocieron sus valores, pero no podemos decir que los hayan “comprendido”. Cuando nos enteramos de que ciertos esquimales ofrecen su mujer a los visitantes y consideran una afrenta que se la rechace, o que el concubinato es delito en algún código, indiscutiblemente que conocemos las valoraciones a que responden esas normas, pero no por eso las “comprendemos”. Ni Malinowski ni Margaret Mead se comportaron como polinesios, ni nosotros ofrecemos nuestras mujeres a los visitantes ni tratamos como delincuentes a los concubinos. No obstante, conocemos los valores y los podemos explicar, sabemos el alcance que tienen en la sociedad o ley que los consagra. Buena prueba de ello son los detallados y agotadores trabajos de antropología comparada de nuestro tiempo, los estudios de historia del derecho, como también las investigaciones sobre nuestros “contemporáneos primitivos”, que han costado la vida a más de un investigador. No obstante, no nos podemos motivar en esos valores, en esas normas, porque no las comprendemos. Hay indudablemente algo que nos impide motivarnos en esos valores, pese a que a veces podemos conocerlos hasta en sus mínimos detalles.

De esto se deduce claramente que la comprensión no es el mero conocimiento, sino una instancia superior al mismo. Suponiendo que un hipotético juez esquimal quisiese ser respetuoso del principio de culpabilidad, no nos podría reprochar la injuria típica y antijurídica que hubiésemos cometido contra el partícipe de su cultura, cuando le rechazamos la mujer que nos ofrece como anfitrión, perfumada con orines. Es obvio que no podemos comprender —y, por consiguiente, no podemos motivarnos— en esas normas culturales, porque tenemos una diferente concepción del mundo y de nosotros mismos.

En el plano filosófico hay distintos conceptos de "comprensión". Que "comprender" no es lo mismo que "conocer" es algo bastante antiguo en el pensamiento humano, pues la distinción se halla ya en la filosofía medieval y en la escolástica en general, en que Santo Tomás se opuso a las concepciones de Anselmo y Abelardo, para quienes el *intelligere* era entendido de la misma manera para las verdades racionales y las verdades de fe, surgiendo el perfil distintivo en la tentativa tomista de distinción entre verdades de razón y de fe^{56 bis}. En términos diferentes, también se plantea la diferencia en la filosofía contemporánea, en que las teorías de Jaspers sobre la comprensión, como también las de algunos psicólogos, entroncan con las ideas de Dilthey. A la corriente de Dilthey se opone la comprensión según Heidegger, pero ambos coinciden en lo que acabamos de apuntar.

α) Para Dilthey, en tanto que al mundo que es objeto de las ciencias naturales lo "explicamos", al mundo histórico, al que sería objeto de las "ciencias del espíritu", lo "vivenciamos". La vivencia es posible debido a que en las "ciencias del espíritu" se confunde el sujeto con el objeto. Pero, ¿qué pasa con las vivencias ajenas? Según este autor, llegamos al conocimiento de las mismas por medio de la "comprensión". Como las vivencias ajenas no se nos dan en forma inmediata —como las propias— las conocemos a través de una comparación con las nuestras, consistiendo en esto la "comprensión": "denominamos comprender al proceso en el cual, partiendo de sucesos sensiblemente dados de algo psíquico, cuya manifestación son, conocemos ese algo psíquico"⁵⁷.

β) Heidegger discrepa con el concepto de Dilthey, otorgando una amplitud mayor a la comprensión. En tanto que para Dilthey ésta está limitada al conocimiento del mundo histórico, para Heidegger abarca el del mundo sin limitaciones, debido a que el hombre (el "ser-ahí") es un "ser-en-el-mundo", que sólo se comprende a sí a través de su comprensión del mundo⁵⁸.

El criterio de Heidegger —siendo más amplio que el de Dilthey— no sólo no obsta, sino que reclama la conceptualización amplia que hemos dado a la "comprensión", como un rango superior al del puro "conocer".

En otro sentido distinto, pero que tampoco coincide con el de mero conocimiento o acceso formal, se dice que "comprensión" es una suerte de captación material del contenido de un concepto, o sea, la captación del objeto como algo distinto de la mera suma de sus notas propias⁵⁹.

"Comprender", en castellano, significa "entender, alcanzar, penetrar", pero también "contener, incluir en sí alguna cosa". En ambos sentidos se debe entender la expresión "comprender" y no sólo en el pri-

^{56 bis} Cfr. ABBAGNANO, N., *Dizionario di Filosofia*, Torino, 1980, p. 140.

⁵⁷ DILTHEY, W., *Mundo histórico*, México, 1944, p. 322.

⁵⁸ HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, cit.; una consideración comparativa de ambas posiciones en TREJO, WONFILIO, *Introducción de Dilthey*, Xalapa, 1962, 277 y ss. Una correcta diferenciación con su adecuada aplicación en cuanto a la imputabilidad del psicópata, en SPOLANSKY, NORBERTO EDUARDO, *Imputabilidad y comprensión de la criminalidad*, en RDP y C., 1968-1, 83 y ss.

⁵⁹ Sobre la comprensión en el campo filosófico, FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, Bs. As., 1969, I, 133 y 314 y bibliog. allí indicada.

mero. Entendida la expresión en el antedicho sentido semántico es como alcanza el significado penal, que tampoco difiere del filosófico⁶⁰.

Si nos preguntamos qué es necesario —además de conocer un desvalor jurídico— para comprenderlo, veremos que, antes de nada, será menester que el individuo que conoce sea una persona entre otras personas. Quien no sea capaz de vivenciar su condición de persona —lo que presupone el reconocimiento de esa condición en los demás— no podrá comprender un desvalor jurídico en el marco de una comunidad de personas. Aquel infeliz que no distinga el “Yo” del “Tú”, no podrá tener realmente un “Yo”, porque permanecerá sin saber que hay un mundo en el que puede ser de alguna forma, lo que para él será inalcanzable.

No es posible formularle requerimiento alguno al que no vivencia a los demás —y, por consiguiente, tampoco se vivencia a sí mismo— como personas, puesto que no puede concebir la valoración, no valora ni puede comprender la valoración ajena y, por consiguiente, tampoco la jurídica. Este presupuesto no es producto individual, sino que se va gestando como “la obra común de una pluralidad de individuos conscientes”⁶¹.

Sin embargo, tampoco con este presupuesto estarán dadas todas las condiciones que nos permitan “comprender” un desvalor jurídico. Margaret Mead, Malinowski, nosotros, somos personas y consideramos personas a los polinesios y a los esquimales, pero no podemos comprender sus valores, hay algo que nos impide motivarnos en sus pautas de conducta, pese a que los consideramos personas. Podríamos comportarnos de acuerdo a ellas por miedo o por conveniencia, pero dejaríamos de hacerlo en cuanto faltasen esas razones. Para comprender, pues, es necesario algo más que el reconocimiento de la condición de persona propia y ajena.

Cada hombre tiene una comprensión del mundo a través de la cual se comprende a sí mismo. Si bien el hombre se encuentra en el mundo, está en el mundo, se halla en una muy peculiar relación con el mundo, precisamente por *ser* en el mundo. El hombre se halla lanzado a un mundo de significaciones, de “para qué” de cada cosa, que es su cultura, lo que le permite la cotidianeidad que le posibilita la autenticidad. Está lanzado a ese universo de significaciones, en forma tal que la comprensión del mundo del polinesio, del

⁶⁰ V. nuestro trabajo en DPC, 31, 1969, pp. 96-97.

⁶¹ Sobre esto, es sumamente interesante el trabajo de SCHMIDT-KLÜGMANN, MATTHIAS, *Das Bewusstsein der Fremdexistenz als Voraussetzung für ein Unrechtsbewusstsein*, Berlín, 1975.

esquimal, del legislador que tipificaba el concubinato o la brujería, son distintas de la nuestra. Esas diferencias tan grandes en la comprensión del mundo, pueden llegar a hacer jurídicamente inexigible la comprensión de la antijuridicidad, porque no se le puede exigir a nadie que haga parte de sus propias pautas de conducta, otras diferentes, que responden a una concepción del mundo y de sí mismo por entero distinta. Lo que sucede en estos casos es que el sujeto, pese a reconocer el desvalor jurídico y a comprender a los demás y a comprenderse a sí mismo como persona, no puede internalizar la pauta de conducta que el desvalor le señala, es decir, de asimilarla haciéndola parte de su propia estructura de pautas de conducta.

Con gran claridad se expresa a este respecto Spolansky, quien cita precisamente a Nicolai Hartmann y concluye en que los valores no sólo requieren una percepción intelectual de su significado, sino que exigen para su captación, la participación —en mayor o menor medida— de los procesos afectivos del sujeto íntimamente conectados con el llamado “Super Yo”. De allí que pueda afirmarse sintéticamente que “comprender significa vivenciar los valores”⁶².

En sentido muy similar, dice Cabello que “para nuestro código penal, sólo comprenden en función de imputabilidad aquellos que poseen los atributos psicológicos inherentes a la consciencia superior discriminativa o, dicho de otra manera, se puede tener lucidez perceptiva acerca de lo que se hace y al mismo tiempo carecer de la capacidad de comprender psicológicamente la criminalidad del acto por ausencia de las funciones valorativas”⁶³.

Más certeramente aún afirma que “comprender no se reduce sólo a una operación intelectual, sino que emana de la espera afectiva, desde que captamos y sentimos el mundo de los valores. En psicología penal, comprender es valorar; se comprende lo que se siente, el no sentirlo es índice de falta de comprensión”^{63 bis}.

En síntesis, pues, le será exigible a un sujeto la comprensión de la antijuridicidad de su conducta sólo cuando tuvo la posibilidad de conocerla, cuando se comprende a sí mismo como persona porque comprende a los demás como tales y, por último, cuando le era exigible, dadas sus circunstancias culturales, que internalizase la pauta de conducta que ese desvalor señala.

⁶² SPOLANSKY, NORBERTO EDUARDO, *Imputabilidad y comprensión de la criminalidad*, *Jurisprudencia*, Bs. As., 1976, p. 21.

⁶³ CABELLO, VICENTE PONCIANO, *El concepto de alienación mental ha caducado en la legislación penal argentina*, en LL, 123-1197.

^{63 bis} CABELLO, VICENTE P., *Psiquiatría forense*, I, 138.

Usamos la palabra "internalizar" en el indicado sentido de asimilar o asumir la pauta de conducta indicada como propia. No pasamos por alto que esta expresión y sus sinónimos tienen sentidos más precisos o más discutibles en el campo de la psicología. "*Interiorización o internalización (Verinnerlichung)* se usa como sinónimo de *introyección*, aunque tiene un segundo sentido más específico en alguna corriente psicoanalítica, particularmente kleiniana, con el que designa un proceso en virtud del cual las relaciones intersubjetivas se transforman en relaciones intrasubjetivas (interiorización de un conflicto, de una prohibición, etc.)". De cualquier manera, la ligazón entre ambos sentidos es estrechísima. "Introyección (*introjektion*) es vocablo que introdujo en psicología Sandor Ferenczi en 1909 y luego tomó Freud en 1915, que suele tener un sentido más general y nada pacífico"⁶⁴.

473. El derecho penal no puede exigir invariablemente una comprensión efectiva de la antijuridicidad en el delito. Si entendemos "comprensión" en el sentido que le hemos asignado, es decir, como algo más que un conocimiento (como una *internalización o introyección que, por descontado presupone el conocimiento*), resultará evidente que, por regla general, el autor de un delito *nunca* habrá comprendido bien la antijuridicidad. Salvo situaciones excepcionales (cuando opera el segundo reductor de la autodeterminación), la regla es que el autor de un injusto siempre tenga una comprensión imperfecta del contenido injusto de su hecho. De lo contrario, resulta claro que no lo hubiese cometido.

Sería absurdo pues, que el derecho penal requiriese una efectiva comprensión de la antijuridicidad, porque, en tal supuesto, precisamente los culpables serían inculpables, dado que quien hubiese comprendido acabadamente la antijuridicidad, incorporándola a sus pautas de conducta, esto es, a su "ética personal" (por llamarla de alguna manera), no cometería injustos, salvo el supuesto en que concurriese una situación restrictiva de la autodeterminación del individuo, proveniente de una constelación situacional (necesidad exculpante), en que bien pueden cometer injustos quienes hayan internalizado perfectamente las pautas de conducta. De allí que la ley penal disponga que no es culpable el que "no haya podido... comprender", de lo que, *a contrario sensu*, resulta que será culpable el que haya *podido* comprender (salvo que opere otro reductor de la autodeterminación independiente de la posibilidad de comprensión).

La ley requiere que el habitante de la Nación realice un es-

⁶⁴ Cfr. LAPLANCHE, J.-PONTALIS, B. B., *Diccionario de Psicoanálisis*, Barcelona, 1974, pp. 209-217.

fuerzo por comprender⁶⁵, y cuando este esfuerzo tiene éxito (salvo que la situación constelacional en que actuó se lo impidiese) el sujeto se motivará en la norma. El que haya incorporado perfectamente la norma a su ética individual, o sea, el que haya comprendido, por lo general no cometerá injusto, porque se motivará en ella, pero si no la ha comprendido, no sucederá lo mismo.

Cuando se comete un injusto, por regla general esto señala que no se ha comprendido su antijuridicidad y, lo que cabe determinar allí es si no lo ha hecho porque no le era exigible, dado que, por mucho o por grande que fuese su esfuerzo, su limitada capacidad psíquica se lo impedía, o bien, si habiendo realizado o pudiendo realizar el esfuerzo exigido, tampoco hubiese alcanzado la comprensión, sea porque especiales circunstancias le hubiesen impedido, con el grado de esfuerzo exigido, alcanzar el conocimiento o directamente la comprensión del desvalor (error de prohibición).

Siempre que se haya cometido un injusto, sabremos que —por lo general— no se ha comprendido la antijuridicidad. Lo que interesará, pues, será determinar si le era exigible al sujeto esa comprensión. No será la falta de comprensión de la antijuridicidad lo que determine la ausencia de culpabilidad, sino la inexigibilidad de la comprensión.

Cuando aparece un injusto, el orden jurídico ve, a través de él, que en esa conducta concreta el sujeto no se motivó en la norma. Dos razones pudieron existir para ello: la primera, es que no la haya comprendido por no haber podido hacerlo en forma que le fuese jurídicamente exigible; la segunda, es que, pese a serle exigible la comprensión, la constelación situacional lo motivase a la realización del injusto de modo no reprochable, esto es, más allá de la exigibilidad jurídica. Si el sujeto no se motivó en la norma porque no la comprendió, lo que cabe averiguar es si tuvo la posibilidad exigible de comprenderla, la que se revelará a través del esfuerzo que para comprenderla debía hacer. Cuanto mayor sea el esfuerzo que la comprensión le demande, menor será la reprochabilidad del injusto (menor su culpabilidad), y viceversa. *Hay una relación inversa entre el esfuerzo que el sujeto deba realizar para comprender la antijuridicidad de su conducta, y la exigibilidad jurídica de la comprensión (a mayor esfuerzo menor culpabilidad).*

De este modo puede llegarse a un grado tal de esfuerzo en que

⁶⁵ Cfr. JESCHECK, 370 y el BGH. Sobre la consciencia del injusto en actos habituales, instintivos y pasionales, SCHWEBE, GÜNTHER, *Bewusstsein und Vorsatz*, Berlín, 1967, 147 y ss.

no sea exigible una posibilidad de comprensión. En tal supuesto no hay una exigibilidad jurídica de la hipotética posibilidad de comprensión y, consecuentemente, no hay una exigibilidad jurídica de motivarse en la norma (inculpabilidad).

Esto revela que la llamada "comprensión de la antijuridicidad" no es más que un grado de exigibilidad de la posibilidad hipotética de la comprensión del injusto del hecho. Por ende, será un presupuesto o requisito de la culpabilidad —que siempre se dará en una cierta medida, en un grado o escala— es decir, siempre será un concepto susceptible de gradación⁶⁶.

Resumiendo, queda claro que:

1º) "Comprensión" es un concepto que presupone el conocimiento, pero que excede al mismo. Implica "introyección" y presupone también la propia y ajena vivencia como persona.

2º) La culpabilidad no funda su reproche en la comprensión efectiva de la antijuridicidad, sino en que haya sido exigible la posibilidad de esa comprensión.

3º) El grado de esfuerzo que el sujeto debió realizar para alcanzar la comprensión de la antijuridicidad se halla en relación inversa con el grado de exigibilidad, reprochabilidad y culpabilidad.

474. La culpabilidad así entendida no penetra la conciencia individual. Hemos afirmado ya repetidas veces que el derecho penal tiene como objeto la tutela de una serie de entes (bienes jurídicos) que son relaciones de disponibilidad, para lo cual prohíbe ciertas conductas que los afectan en forma que considera intolerable. Estas prohibiciones forman parte de un orden (orden jurídico) que no puede menos que tener la *aspiración* de ser también un orden ético, es decir, no puede menos que *aspirar* a que todos los que se hallan a él sometidos lo introyecten o internalicen (lo comprendan). Se trata sólo de la mera *aspiración* a configurar una *ética elemental*.

Esto no es ninguna intromisión del legislador en la ética individual, sino sólo una *aspiración* del legislador que, en lugar de darle poderes más amplios a éste, le limita su función, puesto que obliga a que el derecho tenga los caracteres necesarios para poder cumplir su *aspiración* y, por lo tanto, no será un orden jurídico el conjunto de disposiciones contradictorias ni la ley que le desconozca el carácter de persona al hombre. Ello será así, porque la ley que no cumpla esos requisitos no puede aspirar a ser ética, puesto que no puede internalizarse lo contradictorio ni puede tener ética una "cosa". *Este es el único y verdadero sentido de la "etización del derecho" en un Estado de Derecho, porque esa*

⁶⁶ Sostiene lo contrario ETCHEBERRY, ALFREDO, *La culpabilidad como fundamento y medida de la pena*, en "Rev. de Cs. Penales", Sgo. de Chile, enero-abril 1973, pp. 5 y ss. (12).

“etización” —asi entendida— no opera una restricción del ámbito de libertad individual, sino sólo una restricción de la potestad legislativa y jurisdiccional.

De allí que, conforme con este sentido de la “etización”, el orden jurídico no se entrometa en la conciencia individual para imponer o averiguar si los ciudadanos han comprendido (internalizado) sus normas, sino que la comisión del injusto demuestra una falta de comprensión respecto de esa ética elementalísima que sólo pretende que los ciudadanos omitan injustos penales.

En tanto no se cometan injustos penales, el orden jurídico no puede reprocharle o reclamarle a nadie la falta de comprensión de sus pautas, por tratarse de un problema ético individual, perteneciente al círculo de las incumbencias privadas que “están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. Si un sujeto no comprende la anti-juridicidad de un injusto, pero se abstiene de cometerlo simplemente por temor a la sanción, porque no quiere cargar con la pena, que es el único obstáculo que su personal comprensión del mundo y de su “ser-ahí” le llevan a experimentar, ese es un problema de su conciencia individual sobre la que carece de imperio cualquier juez terrenal.

Los magistrados nunca podrán penetrar ese ámbito por ser jueces de un orden jurídico que reconoce una estructura lógico-objetiva que le liga y limita a una concepción del hombre como persona (como ente moral y responsable) y que, por otra parte, si desconociera, dejaría de ser orden jurídico. *Que el sujeto se abstenga de ejecutar injustos penales por experimentar individualmente los valores jurídicos como un simple y puro ejercicio de poder, no es nuestra incumbencia.*

Recién cuando el sujeto cometa un injusto por no haber comprendido la anti-juridicidad, será que puede hacerse objeto de un juicio de reproche por no haberla internalizado. Sin el requisito de un injusto no es posible hacerlo, porque el derecho no se establece para imponer una ética con valor absoluto, sino que se establece sólo para tutelar ciertos bienes jurídicos, faena que no puede cumplir sino aspira al establecimiento de un mínimo ético, pero que siempre será impuesto como valor relativo, es decir, como medio para la tutela de esos bienes jurídicos, teniendo permanentemente en cuenta que esa tutela, en definitiva, aspira a ser la tutela de un ámbito de autorealización del hombre.

En síntesis, el orden jurídico no impone a todos una ética, sino que, sólo cuando un sujeto comete un injusto penal por no haber internalizado sus pautas, se dirige a él para saber si le podía exigir esa internalización (comprensión), porque no exige incondicionalmente a todos los habitantes la internalización de sus pautas, sino sólo un *razonable grado de esfuerzo* tendiente a la comprensión de las mismas.

La ética individual queda totalmente a salvo⁶⁷, al menos en la parte en que todo derecho puede dejarla a salvo. A nadie que no cometa un injusto se le preguntará si comprendió la anti-juridicidad. Tampoco se le

⁶⁷ En líneas generales, siempre sostuvimos idéntica posición y no creemos haber dado motivo alguno para que se nos observe que pretendemos “penetrar la intimidad ética” (sin embargo, así lo hace JOSÉ SEVERO CABALLERO, *El significado de la comprensión de la criminalidad del acto*, en JA, 22-VII-1975).

preguntará al que lo cometió, porque de no operar el otro reductor de la autodeterminación, queda evidenciado que no comprendió suficientemente la antijuridicidad. Lo único que el derecho penal pregunta es lo elemental (pues, de lo contrario, no sería derecho) o sea, por qué no comprendió. Y, por añadidura, sólo lo hace para saber si le podía exigir al sujeto concreto el esfuerzo que exige la comprensión.

Cabe aclarar que ambos reductores de la autodeterminación operan en forma separada y no en un orden jerárquico. No se trata de averiguar primero si era exigible la comprensión de la antijuridicidad y luego si había una constelación situacional reductora, sino que ambos reductores vicarían entre sí, en forma tal que cuando se da el segundo la culpabilidad queda eliminada, sin que pueda argumentarse en contra que el sujeto no había internalizado la pauta jurídica de conducta.

V. — EL CONTENIDO DE LA COMPRENSIÓN EXIGIBLE DE LA ANTIJURIDICIDAD

475. **Precisión del contenido.** Hemos descartado que la comprensión de la antijuridicidad fuese equivalente a “conciencia individual”, pero no hemos precisado aún su contenido. Este es abarcado en forma de posibilidad de comprensión, y ésta presupone la posibilidad de un conocimiento. Una pauta de conducta no se puede internalizar (comprender) si no se la conoce. Nos resta precisar ahora cuál debe ser este conocimiento y esta comprensión, qué es lo que se debe poder conocer y comprender. Por supuesto que no puede tratarse de un conocimiento formal de la ley, porque tal conocimiento no lo tienen ni siquiera los juristas⁶⁸.

Si no es el conocimiento mismo de la ley ¿cuál es, pues, el conocimiento que la comprensión de la antijuridicidad presupone? En general, la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad requiere sólo la posibilidad de conocimiento del desvalor jurídico de la conducta, de la colisión de la conducta con el orden jurídico⁶⁹. Para ello, no interesa que el sujeto conozca la punibilidad de la conducta, ni tampoco que precise en qué disposición está desvalorada. Basta el conocimiento del desvalor jurídico de la conducta concreta entendido en la forma de “valoración paralela en la esfera del profano”, criterio del que nos hemos ocupado con motivo del conocimiento de los elementos normativos de los tipos penales que exige el dolo⁷⁰.

⁶⁸ Sobre el punto de vista de FEUERBACH, a este respecto, RUDOLPHI, HANS-JOACHIM, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum*, Göttingen, 1969, 48-54; CATTANEO, MARIO, op. cit., p. 478.

⁶⁹ Cfr. WELZEL, 171; RUDOLPHI, op. cit., 62; MAURACH, 482-3.

⁷⁰ V. supra, § 337.

Conforme a esto, el error que recaiga sobre la punibilidad, o sea, sobre la existencia de una excusa absolutoria o sobre el *quantum* de la pena, será indiferente e irrelevante, siempre que se haya conocido el desvalor jurídico ⁷¹. Obsérvese que nos estamos refiriendo concretamente a desvalor jurídico, y no a la inmoralidad de la conducta ni a su "dañosidad social" o conceptos similares. Estos conocimientos son en absoluto insuficientes para fundar un reproche jurídico ⁷², si el sujeto ignoraba la prohibición jurídica de la concreta conducta.

En general se afirma que basta con saber que una conducta no es jurídicamente debida, sin que interese si el individuo sabe en qué rama del derecho está prohibida y aunque crea que sólo es un injusto civil, administrativo ⁷³, etc. Este criterio no es válido en la ley argentina, puesto que nuestro código requiere la posibilidad de comprender la "criminalidad" y ello implica que el sujeto deba tener la posibilidad de saber que su conducta es antijurídica, pero en forma tal que lo sea con *relevancia de injusto penal*. Para nuestra ley, en consecuencia, no es suficiente la exigibilidad del conocimiento de la antijuridicidad, en caso en que no le fuera exigible al sujeto el conocimiento de la relevancia penal de la antijuridicidad.

Por supuesto que no es necesario que al sujeto le sea exigible el conocimiento del tipo legal, lo que sería conocimiento técnico del derecho o de la ley, sino que basta con que al sujeto le sea exigible el *conocimiento del hecho de la tipificación* que marca la especial relevancia penal de la conducta antijurídica.

La consecuencia práctica que se deriva de exigir el conocimiento de la tipificación es la siguiente: en la doctrina alemana, donde se trabaja sobre un texto que no exige lo que el nuestro, Rudolphi pone el siguiente ejemplo, resuelto por la jurisprudencia alemana ⁷⁴: Un estudiante toma un libro de una librería con intención de devolverlo cuando termine sus lecciones. Explica luego que había oído en la Universidad que esa conducta no es punible y, por ende, estaba en un error de prohibición respecto de la naturaleza del hurto penalmente típico de su conducta. El tribunal consideró que no se trataba de un error de prohibición, porque era sólo un error irrelevante sobre la penalización de la conducta, pero el autor sabía que su acción constituía una lesión al derecho de propiedad desde el punto de vista civil y por ende conocía la antijuridicidad

⁷¹ MAURACH, loc. cit.

⁷² MAURACH, loc. cit.; JESCHECK, 366; WELZEL, loc. cit.; RUDOLPHI, 133; etc.

⁷³ Cfr. WELZEL, loc. cit.; BAUMANN, 434; RUDOLPHI, 133.

⁷⁴ RUDOLPHI, op cit., p. 63, nota 21. El caso fue resuelto por el "Oberlandsgericht" Celle, en JZ, pp. 503-4.

de su conducta. Este caso no puede resolverse así en la Argentina, porque debido al desconocimiento de la tipificación el estudiante no podía comprender la *criminalidad* de su acto.

Igualmente, la solución de nuestro texto es más justa: Un veracruzano (el CP de Veracruz no pena el adulterio) comete adulterio en la Capital de México (el CP del Distrito Federal lo pena) en la creencia de que allí también es impune: conforme a la teoría alemana debe penárselo, porque de cualquier manera el adulterio es un injusto civil. Un sujeto semi-analfabeto desconoce la penalización del cheque sin provisión de fondos, que cree que tiene el mismo valor de una letra de cambio. De toda forma sería punible porque conoce la antijuridicidad de su conducta de no cumplir la obligación civil o mercantil, a estar con la teoría germana. Creemos que es más acertada la solución que nos impone nuestro CP.

La interpretación que damos, además, ha sido la que hizo Armin Kaufmann de nuestro texto, señalando la diferencia con el código alemán de 1871: "Existen casos —afirmó— en que si bien el autor sabe que su acción en términos generales es prohibida, no comprende la medida de lo injusto (de la antijuridicidad); ejemplo, cree que un delito criminal es una mera contravención. Si el autor no era capaz de reconocer el contenido criminal de su acción, es dable negar, conforme a la formulación del código penal argentino la capacidad de reconocer la *criminalidad*"⁷⁵.

476. La comprensión de la criminalidad no requiere el conocimiento de la punibilidad. Nuestro código penal requiere la posibilidad de comprensión de la "criminalidad" y el contenido del concepto es absolutamente determinante para esclarecer si también se exige que al sujeto le haya sido exigible el conocimiento de la punibilidad de la conducta. La expresión "criminalidad", en sí misma, nada definitivo puede aportarnos al respecto, como tampoco los antecedentes históricos de la misma que, en definitiva, provienen de un error de traducción.

El código Tejedor exigía el conocimiento de la punibilidad, como consecuencia de la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, plasmada en el código bávaro. El inc. 1º del art. 148 era muy claro al respecto, pues eximía de pena al que por ignorancia insuperable creía que su acción era "lícita y no punible". Era traducción del art. 121 del código bávaro, que hablaba de acción "permitida y no penable" (*erlaubt und unsträflich*). Sin embargo, Vatel tradujo en el inc. 6º del mismo art. 121 del código bávaro, la palabra *Strafbarkeit* (que puede entenderse por "punibilidad") como

⁷⁵ KAUFMANN, ARMIN, *El código penal argentino: el art. 34, inc. 1º, y el error de prohibición*, en "Actas", Univ. de Belgrano, Bs. As., 1973, pp. 206 y ss. (212).

“criminalidad” (*criminalité*)⁷⁶, expresión que pasó al código de 1886 (art. 81 inc. 1^o) y de allí al código vigente, como expresión sintética.

El código de 1886 suprimió toda referencia al error, con lo que el alcance de la palabra “criminalidad” quedó incierto, pues ante la ausencia de una disposición como la del art. 148 del código Tejedor, legalmente no podía afirmarse ya que “criminalidad” significase “punibilidad”. Esta situación dejó a la “criminalidad” como una palabra que, fuera del contexto anterior, carecía de toda precisión. El código vigente tomó esa misma palabra del código de 1886 para sintetizar lo que en la fórmula rusa —que les servía de modelo a los proyectistas— se denominaba “la naturaleza y el sentido” de la acción⁷⁷.

En realidad, el error de traducción de Vatel, podía parecer de escasa importancia en su tiempo y quizá ni fuese error, dados los conceptos de la época, puesto que en ese momento la punibilidad era una característica de la que dependía la criminalidad. Hasta nuestro siglo se siguió sosteniendo que el delito es una conducta antijurídica, culpable y punible. No otra fue la definición de Liszt. Fue la tipicidad la que, al caracterizar diferencialmente a la antijuridicidad penalmente relevante respecto de la que no lo es, permitió que la criminalidad no dependiese ya de la punibilidad y aún más: que la punibilidad se volviese un componente redundante de la definición del delito y pasase a ser una consecuencia de la criminalidad no siempre necesaria. Fue, pues, la teoría del tipo la que permitió el vuelco copernicano del planteo: antes la criminalidad dependía de la punibilidad; ahora la punibilidad depende de la criminalidad.

No obstante, veremos luego⁷⁸ que hay una ambivalencia en la expresión “punibilidad”, que es la fuente de todas las dudas que oscurecen el planteo. En efecto: la “punibilidad” puede entenderse como la *calidad de digna* de pena de una conducta, que surgiría de la circunstancia de que la misma reuniese los tres caracteres específicos del delito; sin embargo, también puede entenderse por “punibilidad” la *posibilidad de imponer la pena*, que es algo por entero diferente, dado que no siempre lo que es digno de pena puede penarse, porque hay causas que excluyen esa posibilidad o pueden surgir otras que la cancelan. El problema práctico se plantea respecto de la posible eficacia del *error que determina la falsa suposición de la*

⁷⁶ VATEL, CH., op. cit., p. 104.

⁷⁷ V. *supra*, § 274.

⁷⁸ V. *infra*, § 582.

existencia de una causa que excluye la posibilidad de aplicar una pena.

Ante la carencia de un criterio legal cierto, no resta otra solución que acudir a la búsqueda de la respuesta por la vía de la construcción dogmática.

Bacigalupo sostiene que, en principio, pueden admitirse ambas interpretaciones, puesto que "la criminalidad del acto puede hacerse depender de la simple violación de la norma o de que tal violación esté amenazada con una pena"⁷⁹, lo que sin duda es cierto. Cita en apoyo de la última variable la teoría de Binding, según la cual la violación de la norma daba lugar al delito y la conminación penal al crimen. Para Binding la antijuridicidad pertenecía al tipo del delito, en tanto que no era característica del tipo de crimen (*Deliktstatbestand* y *Verbrechenstatbestand*)⁸⁰. Sin embargo, desde el mero punto de vista semántico, no cabe duda de que "crimen" y "delito" son denominaciones que corresponden a las dos primeras categorías de la división tripartita de las infracciones penales, que al eliminarse y ser reemplazadas por una clasificación bipartita, en la Argentina se adopta la de "delitos" y "contravenciones", en tanto que en Brasil se sigue desde 1830 la de "crimen" y "contravenções", sin que de la simple enunciación puedan extraerse consecuencias sistemáticas.

Hemos venido sosteniendo que cada teoría de la pena es una teoría del derecho penal, y *de la concepción que se tenga acerca del derecho penal habrá de depender, fundamentalmente, que la "comprensión de la criminalidad" abarque o no el conocimiento de la posibilidad de imponer la pena al delito.*

Cabe recordar que la cuestión parece plantearse desde la pugna entre las concepciones idealistas del derecho penal, particularmente las de Feuerbach y Hegel, puesto que, para el primero, teniendo el derecho penal, mediante la pena, una función de coacción psicológica, ésta no puede cumplirse sin el conocimiento de la punibilidad de la conducta, en tanto que el segundo, que objetaba a Feuerbach con que de ese modo el derecho se comportaría frente al hombre como el amo con un bastón frente a un perro, asignándole una función de reparación del derecho mediante la pena como negación del delito, no podía asignar eficacia al error sobre la punibilidad. Binding siguió cercanamente la posición hegeliana en este aspecto, puesto que la función motivadora estaba en la norma y no en la ley penal, al punto de señalar a los ciudadanos como destinatarios

⁷⁹ BACIGALUPO, en NPP, abril-setiembre de 1976, p. 165.

⁸⁰ BINDING, KARL, *Der objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung*, GA, 76, pp. 1-86.

de las normas y a los jueces como destinatarios de las leyes ⁸¹. Aunque hoy no se sostenga en absoluto una distinción de esta naturaleza, toda la doctrina alemana niega relevancia al error sobre la punibilidad ⁸². Bacigalupo sostiene, por su parte, la posición contraria, según la cual una teoría que asigne a la pena una función preventiva predominantemente especial o, al menos, que combine adecuadamente ambas funciones preventivas, debe concluir en que el principio de culpabilidad debe hacer referencia a la "consciencia de la punibilidad" y reconocer la eficacia del error sobre la punibilidad ⁸³.

Por nuestra parte, creemos que la posición correcta no puede surgir de una tesis extrema, sino de la naturaleza del derecho penal (y de la pena) tal como la hemos concebido. Así como la tipicidad permitió liberar al concepto de delito de la punibilidad (entendida como posibilidad jurídica de aplicación de pena, ubicando en otro estrato los componentes del antiguo concepto que hacen al merecimiento de la pena), lo que debe requerirse en la culpabilidad no es en modo alguno el conocimiento de la posibilidad concreta de aplicar la pena, que nada tiene que ver con la prevención especial, puesto que la impotencia político-criminal del derecho (que en última instancia es el fundamento de algunas causas de exclusión de la punibilidad) nunca puede servir para que su falsa suposición revele la innecesariedad o inconveniencia de la pena. La necesidad de la pena evidencia el derecho penal con la tipificación, y eso es lo que el sujeto debe tener la posibilidad exigible de conocer. No es la mera antijuridicidad lo que basta para señalar que la conducta resulta al derecho intolerable en grado tal que justifica la previsión de una sanción tan diferenciada como la pena del derecho penal, sino la selección en base al sistema discontinuo de tipos penales. De allí que creemos que "criminalidad", en el inc. 1º del art. 34 del CP, no es "antijuridicidad" a secas, sino "antijuridicidad con relevancia penal", es decir, el "factum" de la tipificación.

Cuando la exclusión de la punibilidad obedece a razones que no son la mera impotencia político-criminal, es la propia ley la que se ocupa de señalar requisitos puramente subjetivos, como es la voluntariedad del desistimiento, para la cual no interesa que el delito haya o no podido consumarse realmente, sino que basta con que el sujeto haya creído que lo podía consumir.

⁸¹ BINDING, *Handbuch*, 1885, pp. 191 y ss.

⁸² Así, p. ej., RUDOLPHI, p. 110 y bibliog. allí citada; también, *infra*, § 494.

⁸³ BACIGALUPO, *El error sobre las excusas absolutorias*, en "Cuad. de Política Criminal", Madrid, 1978, nº 6, pp. 3 y ss.

Cabe aclarar que para nosotros, tampoco la comprensión de la criminalidad se agota con el conocimiento efectivo de los elementos del tipo objetivo (el aspecto cognoscitivo del dolo que pertenece a la tipicidad) y el conocimiento y comprensión de la antijuridicidad penalmente relevante de la concreta conducta, sino que también requiere el conocimiento de los elementos que proporcionan al sujeto un cierto índice o margen de autodeterminación, es decir, que el sujeto debe tener la posibilidad exigible de saber que goza de un cierto margen de autodeterminación que le permite realizar una conducta diferente y adecuada al derecho. El error a este respecto —del que nos ocuparemos al tratar de la necesidad exculpante— tiene por efecto reducir el ámbito de autodeterminación del sujeto, quien cree que su conducta no es criminal, puesto que tiene elementos de juicio como para considerarla inculpable.

VI. — FORMAS ESPECIALES

477. **Formas especiales.** El conocimiento de lo injusto puede darse en forma efectiva, lo que generalmente acontece con los delitos que responden a una planificada y serena programación, o bien puede ser potencial, como sucede en los casos en que el hecho es producto de una reacción violenta instantánea. En la generalidad de los casos basta con el conocimiento potencial del injusto.

La antijuridicidad que el autor debe estar en condiciones de conocer —como paso previo a comprenderla— corresponde, por cierto, a la conducta que realiza. Sin embargo, la comprensión de la antijuridicidad, particularmente en nuestro texto legal —en que se la exige como parte de la comprensión total de la criminalidad del acto— está vinculada necesariamente al contenido de los tipos, en forma tal que, cuando convergen varios tipos en una misma conducta (concurso ideal), si bien hay un único delito, la pluralidad de tipicidades concurrentes le será reprochable en la medida en que haya podido conocer y comprender los respectivos contenidos de antijuridicidad a ellas vinculados. “Quien ha tenido a su conducta como una infracción antijurídica contra intereses patrimoniales ajenos, no tiene necesariamente por qué tener consciencia de que su conducta era también una infracción al orden sexual”⁸⁴. En

⁸⁴ BAUMANN, 435.

estos casos se habla del *principio de divisibilidad* de la consciencia del injusto ⁸⁵.

La jurisprudencia alemana había sostenido antes la indivisibilidad de la comprensión de la antijuridicidad, pero esto es una vuelta al principio del "versari in re illicita" ⁸⁶, lo que posteriormente percibió, cambiando su curso.

Una consecuencia de la divisibilidad de la consciencia de lo injusto la tenemos también en el caso de la falsa suposición de atenuantes, que no puede relevarse como error de tipo, según vimos ⁸⁷, pero que puede ser relevada como una consciencia parcial del injusto, es decir, como un error de prohibición que tiene por efecto la aplicación de la pena correspondiente al tipo atenuado ⁸⁸.

Otra forma particular de aparición de la consciencia del injusto se opera en la llamada *consciencia condicionada del injusto*. "Son los casos en que el autor no tiene ningún conocimiento seguro de que lo por él realizado sea un injusto, sino que tiene su hacer por antijurídico sólo en *forma posible*" ⁸⁹. Dicho en otras palabras, se trata de los supuestos en que el sujeto se halla en una situación de duda respecto de la antijuridicidad de la conducta. En rigor, respecto de esta situación, no resulta exacto el principio que rige para el dolo, puesto que no pueden compararse situaciones y requerimientos que son dispares. En materia de consciencia del injusto, no siempre el que en la duda actúa lo hace culpablemente, pues cuando la ley tiene dos o más interpretaciones posibles o cuando hay jurisprudencia contradictoria o se cambia la jurisprudencia plenaria, no se puede pretender que, "por las dudas" el sujeto se haya abstenido de realizar todas las conductas que estarían prohibidas conforme a todas las interpretaciones posibles del alcance de la ley. Cabe suponer que el tipo prohíbe de conformidad con una de ellas o, al menos, que no puede prohibir con alcances interpretativos excluyentes por contradictorios. En estos supuestos, no puede afirmarse que quien haya actuado en la duda sea culpable ⁹⁰.

Por supuesto que no pueden confundirse estos casos con los

⁸⁵ Cfr. JESCHECK, 368; WESSELS, 63; BLEI, 177; RUDOLPHI, 133.

⁸⁶ Cfr. JESCHECK, 367.

⁸⁷ V. *supra*, § 342.

⁸⁸ V. *infra*, § 500.

⁸⁹ WARD, GÜNTER, *Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingtem Unrechtsbewusstsein*, en "Fest. f. Welzel" Berlin, 499 y ss.

⁹⁰ Cfr. KAUFMANN, ARMIN, *Normentheorie*, 221; RUDOLPHI, 135.

de quienes actúan en la duda porque les resulta indiferente que la conducta sea o no antijurídica, pues en estos casos les alcanza la exigencia de salir de la duda y, consiguientemente, el reproche de culpabilidad.

El concepto de posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad del hecho que hemos aproximado en forma positiva, surgirá más perfilado del análisis del reductor de la autodeterminación que opera sobre el mismo, es decir, de los dos grandes órdenes de casos en que se excluye la culpabilidad por inexigibilidad de la comprensión, que ocuparán nuestros dos capítulos siguientes.

CAPÍTULO XXXIII

LA INEXIGIBILIDAD DE COMPRENSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD POR INCAPACIDAD PSÍQUICA

I. — CONCEPTO DE INIMPUTABILIDAD: 478. Concepto y distintos aspectos. 479. Ubicación sistemática. - II. — LA INCAPACIDAD PSÍQUICA DE COMPRENSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD: 480. La fórmula legal. 481. La insuficiencia y la alteración morbosa de las facultades. 482. La perturbación de la consciencia. - III. — PROBLEMÁTICA PARTICULAR DE LA INIMPUTABILIDAD: 483. El trastorno mental transitorio. 484. El miedo y el momento normativo de la imputabilidad. 485. Inimputabilidad y emoción violenta. 486. El viejo planteo de los intervalos lúcidos. 487. El antiguo planteo de la "parcialización de la consciencia". 488. La psicopatía. 488. Deficiencias mentales. 490. Epilepsia. 491. Neurosis. 492. El efecto del grupo sobre el individuo. VI. — LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA: 493. La imputabilidad disminuida.

I. — CONCEPTO DE INIMPUTABILIDAD

478. **Concepto y distintos aspectos.** A lo largo de nuestra exposición hemos ido dando un concepto de inimputabilidad, caracterizado como la *incapacidad psíquica de culpabilidad*. Nos ha sido indispensable referirnos a él, fundamentalmente porque fue menester distinguirlo nítidamente de otras incapacidades psíquicas que eliminan el delito y cuyos efectos se operan en estratos teóricos del delito previos al de la culpabilidad.

El delito requiere una cierta capacidad psíquica cada vez que en uno de sus niveles se demanda la presencia de un aspecto o contenido subjetivo. Así, hemos visto que es necesaria cierta capacidad psíquica para que haya conducta o, lo que es lo mismo, que hay cierta incapacidad psíquica que elimina directamente la conducta (*involuntabilidad*). También vimos que el dolo puede faltar a causa de una incapacidad psíquica del sujeto para reconocer los elementos que están requeridos en el tipo objetivo, lo que genera un *error*

de tipo psíquicamente condicionado. Por último, las causas de justificación requieren el reconocimiento de la situación objetiva de justificación y, por consiguiente, presuponen cierta capacidad psíquica para lograr ese reconocimiento (*capacidad psíquica de justificación*). Tócanos ahora considerar la capacidad psíquica de culpabilidad o *imputabilidad*, con lo que se completa el panorama general de la *capacidad psíquica de delito*.

El lenguaje usual y corriente nos enseña que una persona no está “haciendo” cuando está inconsciente; que “no sabe lo que hace”, cuando no se da cuenta de lo que es necesario para obtener el fin que se propuso; y que “no comprende” cuando no puede alcanzar el significado social de una conducta; sólo en un sentido figurado preguntamos qué hace un sujeto inconsciente, pues de preferencia preguntaremos si se mueve. Del sujeto que en su delirio de fiebre maldice y lanza manotazos a seres imaginarios, decimos que no sabe lo que hace. Al que se dirige al enfermo obnubilado preguntándole como se siente, si recibe una respuesta que no corresponde a la pregunta, le explicamos que no comprende.

Cabe insistir una vez más, en que nunca que nos referimos a lo “psíquico” lo hacemos en sentido platónico o cartesiano, sino que tomamos lo psíquico como un nivel de complejización en el estudio de la conducta humana¹.

Entendido, pues, lo “psíquico” en este sentido, la capacidad psíquica de culpabilidad será una característica que debe darse en el actor de un injusto penal: *es la capacidad que éste tiene para responder a la exigencia de que comprenda la antijuridicidad y de que adecue su conducta a esta comprensión.* Esta capacidad del sujeto es la que da a la conducta el carácter de *imputabilidad*.

Por razones de práctica corriente en nuestro lenguaje técnico, hablamos indistintamente de “imputabilidad” y de “capacidad psíquica de culpabilidad”, lo que, por otra parte, tampoco se justifica alterar, porque no trae mayores inconvenientes. No obstante, en una precisión mayor de los conceptos, tendríamos que tener en cuenta que la capacidad de culpabilidad es una condición del autor y la imputabilidad la característica que esa condición le da a su conducta típica y antijurídica. “Imputar” implica aproximadamente “poner a cargo”; pues bien, es la conducta que se le pone a cargo al autor, o sea que la conducta es *lo imputable*, lo que debe tener por característica la *imputabilidad*, que es el resultado de la capacidad del autor para asumirla. Pese a todo, en el lenguaje técnico corriente se habla de autores “imputables” e “inimputables”, lo que

¹ Así, BLEJER, JOSÉ, *Psicología de la conducta*, Bs. As., 1963.

por nuestra parte también seguiremos haciendo, fieles al principio de no hacer innovaciones terminológicas más que en los casos en que éstas resulten imprescindibles ^{1 bis}.

Que la imputabilidad es una característica del acto que proviene de una capacidad del sujeto, es algo que se pone claramente de manifiesto por la circunstancia de que un sujeto puede ser "imputable" respecto de un delito e inimputable respecto de otro.

A este respecto, fue muy claro Fontán Balestra en las Terceras Jornadas de Derecho Penal: "1° La imputabilidad es una capacidad personal, que debe ser determinada en cada caso concreto en relación con el hecho atribuido. Se puede ser imputable para unos delitos e inimputable para otros. 2° Debe estimarse la naturaleza y características específicas de cada causa en particular y la medida de los efectos en cada individuo y para cada caso, con prescindencia de lo que pueda ocurrir con otras causas, otros hechos y otras oportunidades"². Un sujeto puede ser débil mental, pero tener una capacidad de pensamiento abstracto que le permita comprender la antijuridicidad de un homicidio, que no requiere un gran nivel de abstracción, pero que no le permita comprender la antijuridicidad de ciertos delitos económicos, como un delito de cambios o un monopolio, que exigen una capacidad de pensamiento abstracto de mayor alcance.

Cabe advertir que la palabra "imputabilidad" está usada entre nosotros en un sentido eminentemente técnico, que descarta el que le da el uso común al verbo "imputar", tanto como otros sentidos jurídicos más amplios que ha tenido previamente.

Silvela anotaba que "el verbo castellano *imputar* procede del latino *imputare*; éste se forma de la preposición *in* y el verbo *putare*. La primera entre las muchas significaciones que acepta en composición y fuera de ella, tiene la de *en, dentro, encima, y por extensión a cargo de*; el segundo significa *contar, y también juzgar, separando lo inútil*. Así imputar, es formar un juicio sobre un hecho, y, separando lo que debe descartarse, cargar a alguien o ponerle encima el resultado de este juicio"³. "Derivado del verbo imputar nace el sustantivo abstracto *imputabilidad*, que no significa otra cosa que posibilidad de imputar"⁴.

Carrara también traía a colación que imputar significa *porre una qualche cosa al conto di alcuno*⁵. Distinguía la *imputación moral* que se

^{1 bis} En sentido análogo, FRIAS CABALLERO, JORGE, *Imputabilidad penal, capacidad personal de reprochabilidad ético-social*, Bs. As., 1981, p. 17.

² FONTÁN BALESTRA, *Esquema de una imputabilidad jurídica*, Terceras Jornadas Nacionales de Derecho Penal, Bs. As., 1975.

³ SILVELA, LUIS, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903, I, p. 104, nota I.

⁴ Idem, p. 105.

⁵ CARRARA, *Programma*, Firenze, 1924, I, 52.

le hace a un hombre “de un hecho del que fue causa moral”, de la *imputabilidad política*, que era el acto de autoridad por el que se tipificaba el delito, y de la *imputación civil*, que era la que se le formulaba al ponerle el hecho a cargo a un individuo determinado⁶.

Pellegrino Rossi decía que “de la inteligencia y de la libertad resulta para el hombre la moralidad de sus acciones, su *imputabilidad*” y agregaba que “la *imputabilidad* se relaciona con las acciones espontáneas de seres inteligentes y libres”, en tanto que “la imputación es una declaración de imputabilidad aplicada a un acto determinado, como habiendo sido obra de un individuo dado. Es la conciencia aplicada a los otros, un juicio”⁷.

Silvela decía que —en sentido jurídico— “no expresa la simple relación de efecto a causa, como en la actividad espontánea y en la solamente voluntaria, sino la relación de causa o voluntad libre al efecto por ella producido”⁸. Pacheco, por su parte, decía que “la intención y la libertad, el convencimiento y el poder, son las dos primeras bases de la imputabilidad de los delitos”, a las que agregaba “la declaración que haya hecho la ley, señalando entre los delitos la acción de que pueda tratarse”⁹.

Para Garraud, también tenía el sentido de *mettre á son compte*, afirmando que la culpabilidad depende de que el hecho sea imputable al agente y que haya sido cometido sin derecho, siendo el primer aspecto (el de la imputabilidad) el que hace al “elemento moral”, en tanto que el segundo hace al elemento objetivo o “ilícito” de la infracción¹⁰.

Como podemos notar en todas estas opiniones, la sistemática del delito responde aún, con algunas variantes, a la diferencia entre imputación objetiva y subjetiva (*imputatio facti e imputatio juris*) que campea desde el derecho penal común y que penetra hasta bien entrado nuestro siglo¹¹, perdurando aún hoy en Francia. En el fondo era una aplicación de la antigua teoría de la imputación de Puffendorf¹².

Este *primer sentido de la imputación* es el amplísimo, que nuestro código usa para denominar el título V del Libro I, que debe entenderse, pues, como la vieja imputación física y moral, objetiva y subjetiva.

Este concepto cambia luego, se restringe, y así, podemos observar ya que en Silvela por ejemplo, al igual que en Rossi, va cobrando el sólo campo de lo subjetivo y ni aún todo ello, sino la relación de la voluntad con la libertad, como queda claro en Silvela.

Este *segundo concepto de imputabilidad* acércase mucho a la idea de la culpabilidad que se desarrollará de inmediato. Tampoco por supuesto, es en este segundo sentido en el que lo empleamos en la actualidad.

Surge luego una distinción que hace que la imputabilidad sea un

⁶ Idem, p. 53.

⁷ ROSSI, *Tratté de Droit Pénal*, Bruselles, 1850, p. 224.

⁸ SILVELA, LUIS, op. cit., pp. 104-5.

⁹ PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO, *Estudios de derecho penal, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, Madrid, 1877, pp. 72-3.

¹⁰ GARRAUD, R., *Précis de Droit Criminel*, París, 1903, p. 160.

¹¹ Cfr. JESCHECK, 350, nota 1.

¹² V. SCHAFFSTEIN, F., *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, Madrid, 1957, p. 58.

presupuesto de la culpabilidad (V. Liszt) y así fue como se consagró el nombre para designar técnicamente a la capacidad psíquica de culpabilidad, aunque cabe aclarar que a partir de entonces, lo que incuestionablemente señala es una capacidad psíquica, pero en cuanto al "para qué" de la misma, muy poco fue el acuerdo durante muchos años, lo que dio lugar a que se la situase en distintos estratos teóricos. Queda claro que la empleamos en este *tercer sentido de capacidad psíquica* (para nosotros y la doctrina dominante, de culpabilidad).

La dogmática nacional ha usado el vocablo en el sentido amplísimo del texto. Núñez prefiere hablar en su *Tratado de la teoría de la "imputación delictiva"* en lugar de "delito". No obstante, hace las correspondientes precisiones y luego emplea la palabra en sentido técnico restringido¹³.

No hay confusión posible entre la imputabilidad en sentido "amplísimo" y la misma como resultado de la capacidad de culpabilidad del autor. Las confusiones y los problemas provienen de la tremenda imprecisión que ha imperado —y en parte se mantiene— entre los conceptos "medio" y técnico. Ello es lógico, porque es necesariamente un resultado de las alternativas que ha venido sufriendo la culpabilidad. Cuando culpabilidad era relación psicológica y era todo lo que de subjetivo había en el delito, necesariamente la "imputación moral" y la imputabilidad en sentido estricto eran iguales. Cuando el concepto se fue diferenciando, porque culpabilidad era lo subjetivo e imputabilidad la capacidad psíquica para lo subjetivo, no hubo mayores problemas en tanto lo subjetivo se mantuvo unido en función del criterio sistemático objetivo-subjetivo. Mas cuando este criterio sistemático se quiebra y comienzan a elaborarse nuevas construcciones, sea por influencia positivista o valorativa, la "imputabilidad como capacidad psíquica" no fue siguiendo el curso analítico que correspondía a la nueva ubicación de lo subjetivo (que ya había dejado de ser criterio sistematizador), sino que muchas veces se pretendió mantenerla como un todo unido. Esto determinó que la imputabilidad fuese requerida en todos los niveles analíticos, pero que no cupiese en ninguno. La máquina no funcionaba porque en cada uno de los niveles faltaba un engranaje, pero del que se disponía era demasiado grande para cualquiera de ellos. De allí que la imputabilidad peregrinase desde la conducta hasta la punibilidad y que Frank la calificase de "fantasma errante".

No obstante estos problemas, y las reminiscencias que la palabra puede traer de un concepto impreciso, preferimos seguirla usando. Con cambiarla no cambiaremos el concepto, si es que no lo precisamos, y cuando esto hacemos no tiene mayor relevancia la denominación, pues sabremos a qué nos estaremos refiriendo. En lugar, cambiarla por "capacidad de culpabilidad"¹⁴, nos parece equivocado, porque volvemos a insistir en que ésta es una característica del autor, pero con ella no se designa la característica que esta condición del autor imprime a la conducta.

¹³NÚÑEZ, II, 24. En el *Manual* se refiere a la "teoría jurídica del delito" (p. 121).

¹⁴JESCHECK, 350.

La capacidad psíquica de culpabilidad requiere la capacidad psíquica para ser sujeto del requerimiento o exigencia de comprensión de la antijuridicidad, pero no se agota en ella, puesto que también es necesario que el autor tenga la capacidad psíquica necesaria para adecuar su conducta a esta comprensión. Hay casos en que un sujeto puede tener una perfecta comprensión de la antijuridicidad —e incluso puede ser que la tenga en forma efectiva— pero, sin embargo no tenga capacidad psíquica para adaptar su conducta a esa comprensión. Estos son casos en que la incapacidad psíquica da lugar a un estrechamiento tan grave del ámbito de autodeterminación, que al autor no se le puede dirigir el requerimiento de que se comporte conforme a la norma. Este segundo aspecto de la inimputabilidad configura un grupo de casos que, por no afectar la potencialidad de comprensión de la antijuridicidad, no corresponde que lo tratemos aquí, sino remitir su tratamiento al supuesto del segundo reductor de la autodeterminación, o sea, al que hace a la situación reductora de su ámbito ^{14 bis}.

479. **Ubicación sistemática.** En cuanto a la imputabilidad respecta, la ubicación sistemática y el concepto son dos cuestiones que se hallan conectadas, al punto de ser imposible hablar de una sin referencia a la otra: después de averiguar qué es, podremos recién decir dónde está, y viceversa, de la ubicación que le demos, resultará qué sea.

La desconfianza de los juristas hacia la imputabilidad, “puerta de entrada” de los conceptos naturalísticos ¹⁵, provocó que se pretendiera mantenerla unida como total capacidad psíquica para el delito. De este modo podía liquidársela de un golpe, antes o después, pero se prefirió esto a vérselas con su base psicológica en cada etapa analítica, quizá incluso por las dificultades de establecer un lenguaje común entre la psiquiatría y el derecho y por la misma nebulosidad de algunos conceptos de la nosotaxia psiquiátrica. De allí resulta que la imputabilidad ocupó todos los posibles lugares sistemáticos, algunos de los cuales parecen hoy francamente desparatados.

En primer lugar, se entendió “imputabilidad” como general capacidad de conducta. “Conducta” era únicamente la conducta “libre”

^{14 bis} V. *infra*, §§ 514 a 517.

¹⁵ SAUER, W., *Allgemeine Strafrechtslehre*, Berlín, 1955, 188-9. Sobre las dificultades de comprensión entre lenguaje judicial y psiquiátrico, MARINO BARBERO SANTOS, *Estudio Preliminar*, en “Psiquiatría y derecho penal”, autores varios, Madrid, 1965.

y, en consecuencia, sin imputabilidad no había acción. Esta fue la posición de los hegelianos, pero también de algunos autores no tan cercanos a esta escuela¹⁶. La fundamental crítica que puede formularse a esta concepción en cuanto a sus consecuencias, es que niega al inimputable la capacidad para actuar justificadamente. Desde el punto de vista del derecho positivo argentino esta solución es insostenible, porque para que se dé la justificación basta que el sujeto reconozca la situación de justificación o tipo permisivo objetivo, sin que se requiera que conozca o comprenda la "justificación" de su conducta. Si bien por cierto un enfermo mental puede desconocer el tipo permisivo objetivo y, por ende, no actuar, por ejemplo, con finalidad defensiva, no será su inimputabilidad lo que determina que no actúe justificadamente, sino su incapacidad psíquica para conocer los elementos del tipo permisivo objetivo. En lugar, si reconoce esta situación, puede perfectamente actuar en legítima defensa, aunque sea incapaz de culpabilidad.

Ante nuestro planteo respecto de las medidas de seguridad, queda carente de sentido la objeción de Máurach a esta teoría¹⁷, en la que observa como inconveniente que habría de concluirse en que las medidas

¹⁶ Así, OETKER, FRIEDRICH, *Zum Schuldbegriffe*, en "Gerichtssaal", 72, 161, y ss.; del mismo: *Rechtsgüterschutz und Strafe*, en ZStW, 17-493; HÄLSCHNER, HUGO, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, 1881, 201 y ss.; ABEGG, op. cit., 107 y ss.; BAUER, ANTON, en "Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprozesse", Göttingen, 1840, I, 245 y ss.; GERLAND, HEINRICH, *Kritische Bemerkungen zum Allg. Teil des Strafgesetzentwurfes 1919*, Tübingen, 1921, p. 8; KÖSTLEIN, REINHOLD, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Tübingen, 1845, 21; del mismo: *System des deutschen Strafrechts, All. Teil*, Tübingen, 1855, 120; WÄCHTER, CARL GEORG, *Lehrbuch des Römisch-Teutschen Strafrechts, Einleitung und All. Teil*, Stuttgart, 1825, 118 y 131; HOLTENDORFF, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1871, II, 151; tampoco era ajeno a la idea BINDING, *Grundriss*, Leipzig, 1913, 97; en el derecho privado DERNBURG, HEINRICH, *Pandekten*, Berlín, 1902, I, 126 (el argumento parece estar tomado de JHERING, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, en "Vermischte Schriften Juristischen Inhalts", Leipzig, 1879, 155 y ss./201); más modernamente la teoría es sostenida por STAMMKÖTTER, FRANZ-ERNST, *Über unbeschränkte und bechränkte Handlungsfähigkeit im Strafrecht*, Diss., Münster, 1950; GERLICH, HELMUT, *Die Gegner einer verminderten Zurechnungsfähigkeit in der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Diss., Münster, 1956; UHSE, BERND-RÜDIGET, *Kritik des § 330a StGB*, Diss., Frankfurt, 1954; a nivel de teoría general, MAYER, H., 1953, 220 y ss.; del mismo: *Die folgenschwere Unmässigkeit (§ 330a StGB)*, en ZStW, 50, 283 y ss.; QUIROZ CUARÓN, ALFONSO, *Observaciones a la ponencia argentina sobre inimputabilidad y reincidencia*, en DPC, 10, 1965, 73 y ss.; ZAFFARONI, *El dolo del loco*, en "Derecho", Pont. Univ. Cat. del Perú, Lima, 1966, 64-70 (distinto en DPC, 1969). Desde un punto de vista crítico, MAURACH, 423; JESCHECK, 328 (2ª edición).

¹⁷ MAURACH, 423.

de seguridad para inimputables son administrativas¹⁸, carácter que efectivamente tienen para nosotros.

Antes del empleo sistemático de la voz *Tatbestand* (tipo), para una serie de autores la inimputabilidad excluía la tipicidad¹⁹, pero dada la enorme significación que la voz *Tatbestand* tenía entonces, que llegaba a identificarse con el delito mismo, no puede saberse muy bien qué era lo que con ello quería significarse.

Los partidarios de la concepción subjetiva de la antijuridicidad, por la misma época, sostuvieron que la inimputabilidad excluía la antijuridicidad²⁰.

Sólo puede mencionarse en este sentido la aislada opinión sostenida por Hardwig hace más de dos décadas, quien sostuvo que la inimputabilidad excluye al injusto²¹. La exclusión del injusto por la inimputabilidad obedece en este autor a que sostiene diversos criterios sobre qué es el injusto. Para él a) un injusto abarca el desvalor del resultado; b) otro abarca sólo el desvalor del acto (configurándose como la mera violación del deber); y c) otro es de contenido personal, abarcando las características individuales de la persona y el "yo de la decisión moral". Este tercer concepto de injusto pertenece para Hardwig al *Tatbestand* y, por lo tanto, como los contenidos personales de los injustos dolosos y culposos se distinguen, también configuran distintos tipos. Como considera que la descripción del injusto personal también abarca la imputabilidad, y como el dolo y la culpa son para él distintas formas del injusto personal que configuran distintas formas de tipicidad, "lógicamente también la imputabilidad pertenece al tipo de injusto". Esta compleja construcción no ha tenido eco posterior.

Hallamos luego el enorme grupo de construcciones que vinculan la imputabilidad con la culpabilidad, aunque de la manera más variada, por lo que carece totalmente de unidad. Son muchos los autores que sostienen que la imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, pero de ello algunos deducen que debe ser la inimputabilidad una causa que excluya la culpabilidad y, dentro de ésta, ora integrándola, ora repartida entre los varios elementos que creen reconocer en la culpabilidad. Algunos, además, al situarla como elemento de la culpabilidad separado del dolo y de la culpa, la

¹⁸ Así lo sostiene MAYER, HELLMUTH, *Lehrbuch*, 1953, pp. 220-1; *Grundriss*, 1967, p. 12.

¹⁹ Así, por ej., GEIB, GUSTAV, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1862, II, 196.

²⁰ Así, MERKEL, ADOLF, *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867, 43 y ss.; JANKA, KARL, *Der strafrechtliche Notstand*, Erlangen, 1878, 36.

²¹ HARDWIG, WERNER, *Die Zurechnung*, Hamburg, 1957, 234 y ss.

colocan antepuesta a éstos, en tanto que otros la colocan después, o bien, como último elemento. El análisis detallado de todas estas posiciones excede el marco de una conceptualización general ²².

Por lo que hace a nuestra doctrina nacional, en general se ha caracterizado, al menos hasta la última década, por considerarla como presupuesto de la culpabilidad, independiente de ella: la inimputabilidad excluye el delito e impide la culpabilidad, pero no es una causa de inculpabilidad. Esta posición fue sostenida tanto por el psicologismo como por la concepción compleja de la culpabilidad sustentada en nuestro medio ²³.

La ubicación de la imputabilidad como "presupuesto" de la culpabilidad no tiene un significado doctrinario preciso y cierto, porque en tanto que se deriva de su naturaleza de "capacidad" en el sujeto, algunos la colocan antepuesta a la culpabilidad ²⁴ y otros dentro de ella ²⁵. Su ubicación en el plano anterior al de la culpabilidad carece de coherencia porque también habría que colocar en plano anterior al de la tipicidad, una capacidad psíquica de tipicidad (aún rechazando la ubicación del dolo en el tipo, pues basta con que se acepten los elementos subjetivos del tipo), antes de la justificación una capacidad psíquica para la misma, y antes de la acción una capacidad de actuar de la misma naturaleza ²⁶. Semejante construcción sería poco menos que alucinante e hipertrofiaría innecesariamente el capítulo de la capacidad psíquica para el delito que, a guisa de corte longitudinal en la teoría, vemos que funciona en cualquiera de sus estratos: allí donde se requiera "algo" de subjetivo, se requerirá también una particular capacidad para cumplimentarlo.

Dentro del planteamiento psicologista, la ubicación de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, tampoco resulta del todo coherente. Es perfectamente claro que el enfermo mental, por ejemplo, puede actuar con dolo o con culpa, no teniendo mucho sentido preguntarse por

²² Sobre ellas, con detalle: ETZEL, GERHARD, *Die systematische Stellung der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit*, Diss., Frankfurt u. München, 1964, 62 y ss.

²³ Así, SOLER, II, 19; FONTÁN BALESTRA, II, 192; ARGIBAY MOLINA, I, 261; CREUS, 111; NÚÑEZ, II, 24 (este último autor parece apartarse de su anterior posición en *Manual*, 219); TERÁN LOMAS, I, 431.

²⁴ Así BINDING, *Handbuch*, 1885, 158; GERLAND, HEINRICH, *Kritische Bemerkungen zum All. Teil des Strafgesetzentwurfes*, 1919, Tübingen, 1921, p. 8; MAYER, M. E., *Lehrbuch*, 1915, 202 y ss.

²⁵ V. WÜRTEMBERGER, THOMAS, *Zur Problematik der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit*, en *JZ*, 1954, 209 y ss.

²⁶ Cfr. ZAFFARONI, *La imputabilidad penal: problema de siempre*, en *DPC*, 1965.

la imputabilidad antes de averiguar si hubo dolo o culpa, porque no es un presupuesto necesario para estos elementos, especialmente desde un punto de vista como es, por ejemplo, el de Liszt, que no admite la autodeterminación. La consecuencia lógica de este planteamiento es que la imputabilidad debe salir de una teoría del delito elaborada con una culpabilidad que pretende ser descriptiva.

Para evitar esta consecuencia, Liszt acudió a una inconsecuencia dentro de sus ideas que, de alguna manera fue una concesión al idealismo hegeliano: como presupuesto general de la culpabilidad introdujo la capacidad de "normal motivación". Aquél que no se había motivado normalmente no podía entrar dentro del círculo de los autores culpables. Esta idea se aproxima a la del "hombre libre" de Hegel, que funda el círculo de posibles culpables en una "comunidad jurídica" de los que son capaces de "normal motivación". Dentro de un planteamiento positivista —como era el de Liszt— esto es una cuña de extraña madera.

Fuera de las teorías que vinculan la imputabilidad a la culpabilidad están las que la colocan por sobre ésta. Hemos dicho ya que como resultado del positivismo de Liszt, lo lógico, ya que el dolo y la culpa podían darse en inimputables, era que la inimputabilidad pasase a ser una excusa absolutoria. Este sendero doctrinario fue —como dijimos— transitado por Lilienthal al que siguieron otros autores y particularmente, cuando el neokantismo, por mano de Radbruch, le aportó al positivismo los elementos necesarios de nuevas vestiduras con que habría de sobrevivir, también intentó dejar a la inimputabilidad en posición de "incapacidad de pena", o sea, "causa personal de exclusión de la punibilidad"²⁷. La misma posición fue adoptada años después por otros autores²⁸.

En la doctrina italiana el criterio fue también sostenido por Antolisei, que se percataba de que "el poder de elección existe también en los niños y en los enfermos de la mente, los que, de no ser así, serían simples autómatas y no hombres". De allí que afirme que el fundamento de la inimputabilidad no finca en la incapacidad para la elección, sino "en el concepto común de la responsabilidad humana"²⁹.

²⁷ RADBRUCH, *Handlungsbegriff*, 97; del mismo, *Über den Schuldbegriff*, en ZStW, 24, 333 y ss.

²⁸ KLEE, K., *Die Zurechnungsfähigkeit als Strafempfindlichkeit*, en "Deutsches Strafrecht", 1943, 65 y ss.; similar posición BAUMGARTEN, A., *Aufbau*, cit., p. 264; KANTOROWICZ, *Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft*, en "Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform", 7, 257 (luego pasa a considerarla elemento de la culpabilidad en *Tad und Schuld*, Zürich u. Leipzig, 1933); GALLI, *Das neueste Heft der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen*, en "Deutsche JZ", 1907, columnas 1352 y ss.; OPFLER, *Die Teilnahme bei Unzurechnungsfähigkeit des Täters*, en "Gerichtssaal", 70, 387 y ss.

²⁹ ANTOLISEI, 479-480.

Más recientemente, Sesso sostuvo que la imputabilidad presupone la culpabilidad y que, por consiguiente, los inimputables son culpables³⁰. Concluye en que la imputabilidad es un juicio posterior al delito, puesto que se eslabona directamente de la relación "defecto psíquico" y la culpabilidad, entendida como dolo o culpa³¹. Lo que en el fondo quiere decir es que el inimputable actúa dolosa o culposamente, lo que es cierto, sólo que como Sesso maneja una teoría psicológica de la culpabilidad, no tiene lugar para la imputabilidad dentro de ella.

Estas ideas italianas son hijas directas del pensamiento filosófico del neo-idealismo italiano, principalmente de Giovanni Gentile. Para Gentile el pensamiento es acto, no pudiéndose distinguir entre acto y pensamiento, como consecuencia de que el pensar incorpora al "yo" lo pensado. Este solipsismo gentiliano lleva a la conclusión de que no hay acto sólo cuando no hay pensamiento, pero habiendo pensamiento hay acto y, siguiendo su desarrollo, debe tenerse en cuenta que acto o pensamiento significa libertad, porque el hombre es en su pensamiento donde es verdaderamente libre. De allí que, mientras no haya una total incapacidad de conducta (es decir, una falta total de consciencia), habrá siempre un cierto grado de libertad^{31 bis}. A ello se debe que los autores italianos que heredan esta corriente afirmen que la imputabilidad es una cuestión ajena al delito o posterior a la culpabilidad, pues siempre que hay capacidad de acción hay libertad y, por consiguiente, no puede excluirse la culpabilidad.

Con esta rápida visión del problema queda aún más justificada la calificación de "fantasma errante" que Frank le diera a la desamparada imputabilidad. Si a esto sumamos que su sustrato yace en una serie de datos psicológicos, poco sencillos de explicar y de valorar jurídicamente y, por cierto que, en ciertas ocasiones, poco firmes, por cuanto dependen no sólo de conceptos sobre la conducta patológicamente condicionada, sino que las preguntas que el penalista formula a la psiquiatría están en los límites de los conocimientos de ésta (cuando no a merced de una ardiente lucha de escuelas en la que no le es dable al jurista entrar), llegaremos a la conclusión de que se trata de uno de los aspectos de manejo más difícil y delicado en la teoría del delito, particularmente en países donde —como en el nuestro— el positivismo hizo estragos con su negativa a distinguir entre imputables e inimputables, basada, en su profesión de fe determinista³², y donde la psiquiatría tradicional, que nutre básicamente la psiquiatría forense, se mueve sobre obsti-

³⁰ SESCO, ROCCO, *Imputabilità e sistematica del reato*, Milano, 1962, 227.

³¹ *Idem*, 252.

^{31 bis} V. *supra*, § 143.

³² Sobre la problemática de la imputabilidad en relación a la disputa sobre el indeterminismo, DÍAZ PALOS, FERNANDO, *Teoría General de la imputabilidad*, Barcelona, 1965.

nados cauces biologistas y organicistas, a lo que suele agregarse, con desusada frecuencia, la total gala de ignorancia en la materia —muchas veces recubierta de pretendidos conceptos morales y de consideraciones peligrosistas inextricables— que se evidencia en muchas decisiones de nuestros tribunales.

En nuestro concepto este aspecto de la imputabilidad es la ausencia de un impedimento de carácter psíquico para la comprensión de la antijuridicidad. En la calificación de la acción constituye, pues, un requisito negativo que se traduce en una característica positiva que, aunada a la ausencia de error y sumada a otro requisito negativo (ausencia de una situación constelacional constrictora) arroja como resultado la ausencia de reductores que puedan operar sobre el ámbito de autodeterminación del individuo, lo que equivale a afirmar la efectiva posibilidad de motivarse en la norma y, por ende, de actuar conforme a ella, o sea, la reprochabilidad o la culpabilidad.

Dado que la imputabilidad es la ausencia de impedimento psíquico para la comprensión de la antijuridicidad, corresponde su ubicación sistemática en el mismo nivel analítico en que se halla la posibilidad exigible de comprensión de la antijuridicidad, o sea, en la culpabilidad.

II. — LA INCAPACIDAD PSÍQUICA DE COMPRENSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

480. **La fórmula legal.** En ocasión de analizar la involuntabilidad hemos visto el largo curso que siguió la gestación de la fórmula del inc. 1º del art. 34 CP, que no es sólo una fórmula de la inimputabilidad, sino una suerte de síntesis de los elementos cognoscitivos del delito a todo nivel analítico, además de la referencia final (que admite un doble alcance) a la capacidad de dirección de las acciones. Suele decirse que nuestra fórmula de la inimputabilidad —que obviamente *también* está en el inc. 1º del art. 34— es una fórmula “psiquiátrico-psicológica”. Con ello se quiere significar que nuestro código no sigue el criterio según el cual lo patológico —la demencia— es lo que produce inimputabilidad, extendiéndose el concepto por analogía a estados similares aunque no fuesen patológicos, sino que indica, con criterio muy general, cuáles pueden ser las causas de incapacidad y también precisa qué es lo que debe impedir comprender.

Una fórmula “psiquiátrica” o “biológica” pura es la del código

francés, que sólo habla de “demencia”, palabra que tiene una connotación especial en psiquiatría, pero que en el derecho se la debe entender como sinónimo de “alienación”. Nuestro código no habla de “alienación mental”, sino de “insuficiencia de las facultades” y de “alteraciones morbosas de las mismas”, pero no se conforma con eso, sino que además, exige que esas circunstancias hayan impedido “comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”. Este segundo requerimiento es el que precisa qué efectos debe producir la insuficiencia o la alteración para dar lugar a inimputabilidad, siendo lo que se denominaría como componente “psicológico” de la fórmula. Como lo dice Cabello con gran claridad “cuando la psiquiatría duda, la valoración psicológica lo decide”^{32 bis}.

Es en base a ello que se habla de una fórmula o método combinado, “biológico-psicológico” o “psiquiátrico-psicológico”. No obstante, creemos que lleva razón Jescheck al afirmar que “la expresión no es exacta, pues sería mejor método psíquico-normativo”³³, puesto que la fórmula, en realidad, hace una referencia a la causa psíquica y una precisión de criterio de valoración jurídica.

Esta no es una cuestión insignificante o de detalle, sino que es una cuestión de fundamental trascendencia teórica y práctica: nuestro código no clasifica a los hombres en “locos” de competencia médica y “cuertos” de competencia judicial, sino en hombres a los que en el momento del hecho puede exigírsele o no la adecuación de su conducta a derecho. Con ello queda definitivamente claro que la inimputabilidad penal es un concepto jurídico, *cuya valoración corresponde únicamente al juez*, al que el perito ilustra con los datos de su ciencia^{33 bis}.

Conforme al método combinado seguido por nuestros legisladores, hay sólo dos posibles fuentes de la inimputabilidad: la “insuficiencia de las facultades” y “la perturbación morbosa de las facultades”. Hemos visto que la “inconsciencia” no puede ser causa de inimputabilidad, porque implica ausencia de conducta³⁴, no siendo más que un juego de palabras el intento de hacerla fuente de una

^{32 bis} CABELLO, VICENTE P., *Psiquiatría forense en el Derecho Penal*, Bs. As., 1981, I, p. 124.

³³ JESCHECK, 354, nota 19.

^{33 bis} Cfr. FRIAS CABALLERO, JORGE, *Imputabilidad penal, capacidad personal de reprochabilidad ético-social*, Bs. As., 1981, pp. 127 y ss.; CABELLO, VICENTE P., *Psiquiatría forense en el Derecho Penal*, Bs. As., 1981, pp. 73-4.

³⁴ V. *supra*, §§ 272 y ss. SPOLANSKY sostiene que la imposibilidad de comprensión de la criminalidad tiene entidad eximente autónoma en la redacción del inc. 1º del art. 34 (IV Jornadas Nacionales de Derecho Penal, “Cuadernos de los Institutos”, Córdoba, nº 135, pp. 187 y ss.).

incapacidad de culpabilidad. Por otra parte, ambas fuentes genéricas de la inimputabilidad bien pueden dar lugar también a una ausencia de tipicidad en caso de eliminar la capacidad de dolo, de modo que de ellas nos ocuparemos aquí, pero sólo bajo su aspecto de fuentes generadoras de inimputabilidad.

Nuestros antecedentes legislativos y los intentos de reforma siguieron caminos distintos. El art. 147 del código Tejedor seguía al art. 120 del código de Baviera, que eximía de pena a: "1º Los menores de diez años³⁵; 2º Los furiosos, los locos y en general³⁶ los que hayan perdido completamente el uso de su inteligencia y cometan un crimen en este estado; 3º Los imbéciles incapaces de apreciar las consecuencias de sus acciones o de comprender su criminalidad; 4º Las personas que hayan perdido el uso de su inteligencia por efectos de senectud; 5º Los sordo-mudos, que no hayan recibido la educación conveniente, para conocer la criminalidad de sus actos, ni siendo instruidos de las penas impuestas por la ley positiva y cuya irresponsabilidad esté fuera de duda". "Las personas nombradas que cometan algún crimen serán encerradas en alguna de las casas destinadas para los de su clase, o entregadas a su familia, según lo estime el juez conveniente". El art. 148 declaraba que la acción no estaba sujeta a pena "generalmente siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación de cualquiera de los sentidos, o de la inteligencia, no imputable al agente y durante la cual éste no ha tenido consciencia de dicho acto o de su criminalidad" (inc. 3º). Cabe observar —como sucede a lo largo de todo el código Tejedor— que "criminalidad" respondía a un error de la traducción francesa de Vatel, pues en alemán decía *Strafbarkeit* (punibilidad).

El proyecto de 1881 eximía de responsabilidad en su art. 93, inc. 3º, al "que ha cometido el hecho en estado de demencia, sonambulismo, enajenación mental o imbecilidad absoluta".

El código de 1886 decía en el inc. 1º del art. 81: "El que ha cometido el hecho en estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta o beodez completa e involuntaria; y en general, siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación cualquiera de los sentidos o de la inteligencia, no imputable al agente y durante la cual éste no ha tenido consciencia de dicho acto o de su criminalidad".

El art. 59 del proyecto de 1891 declaraba exentos de responsabilidad criminal: "1º El que ha cometido el hecho bajo la influencia de una enajenación o enfermedad mental cualquiera... 2º El que ha resuelto y ejecutado el hecho en estado de embriaguez completa y accidental, sobrevenida sin culpa suya. 3º El que ha ejecutado el hecho en virtud de una sugestión hipnótica a que no ha prestado su consentimiento".

El art. 15, inc. 1º, del proyecto de Lisandro Segovia decía: "El que ha cometido el acto en estado de demencia u otra morbosa alteración de la inteligencia que le prive de la consciencia o de la libre determinación de su voluntad. En esta disposición general se comprende especialmente

³⁵ El código de Baviera decía "ocho años".

³⁶ El código de Baviera se refería a la "melancolía u otra grave enfermedad mental".

la imbecilidad completa, la beodez completa y el sonambulismo y el hipnotismo, no siendo provocados”.

El proyecto de 1937, siguiendo la línea positivista, no eximía de responsabilidad a los inimputables.

El proyecto de 1941, se limitaba a declarar inimputable al que obrare “en situación de trastorno mental transitorio, sin carácter patológico, cuando no pueda discriminar la naturaleza ética de sus acciones o inhibir sus impulsos delictivos” (art. 26, inc. 2°). Para los estados patológicos se limitaba a establecer una medida de seguridad por tiempo indeterminado en su art. 30.

El proyecto de 1951, declaraba inimputable al que “no hubiese podido comprender la criminalidad del mismo o inhibir sus impulsos criminales en consecuencia con dicha comprensión, por insuficiencia o alteración morbosa de sus facultades psíquicas” (art. 50).

En el proyecto de 1953 “es inimputable quien, en el momento de cometer el hecho, no puede comprender la criminalidad de su conducta y dirigirla de acuerdo con esa comprensión, sea por enfermedad mental, insuficiencia de sus aptitudes psíquicas, o trastorno mental transitorio involuntario” (art. 7).

En el proyecto de 1960 era inimputable “el que no haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones debido a insuficiencia de sus facultades, alteración morbosa, aunque sea transitoria, de las mismas o una grave perturbación de la consciencia” (art. 24). El mismo texto se mantuvo en los proyectos de 1973 y con detalles mínimos en el de 1979 (art. 15).

El proyecto de 1974-1975 decía que no es punible “el que en el momento del hecho no hubiera podido comprender su criminalidad o dirigir sus acciones, sea por insuficiencia de sus facultades, por alteración de las mismas o por grave perturbación de la consciencia que no le fuera imputable” (art. 5°, inc. 2°).

481. La insuficiencia y la alteración morbosa de las facultades. Resulta interesante destacar que, en cierto momento, de todos los proyectos desaparece la voz “inconsciencia”, reemplazada por el “trastorno mental transitorio involuntario” o por por la “grave perturbación de la consciencia”. Por consiguiente, está bien claro que la expresión “inconsciencia”, a juicio de todos los reformadores, no corresponde a una fórmula de la inimputabilidad. Exactamente lo mismo acontecía en el código penal alemán de 1871, hasta que fue modificado, reemplazándose, justamente, por “perturbación de la consciencia”. “En 1933 se cambió el concepto de *inconsciencia* del § 51, puesto que en la inconsciencia (por ej., las crisis epilépticas con pérdida de consciencia) ya se niega la capacidad de acción”³⁷.

Aquí —como en Alemania— hay una clara idea de que un estado de inconsciencia jamás puede ser un estado de inimputabi-

³⁷ JESCHECK, 328, nota 19 (2ª edición).

lidad, pero se sigue acudiendo al malabarismo de la inexplicable “inconsciencia parcial” (que si es parcial no es “inconsciencia”) para hacerle decir al código lo que no dice: “perturbación de la consciencia”.

Este entendimiento obedece a que nuestra fórmula, que proviene de la antigua teoría de las facultades del alma, propia de la psicología atomista³⁸, ha sido objeto de una interpretación tradicional, según la cual la “insuficiencia de las facultades” se refería en forma exclusiva a los casos de oligofrenia o falta de desarrollo intelectual; la “alteración morbosa” equivalía a la alienación mental y la “inconsciencia” se nutría de todos los restantes estados más o menos transitorios de perturbación grave de la actividad consciente. Esta interpretación tradicional tiene variantes entre los distintos autores pero, de cualquier modo, siempre campea esa idea básica.

Esta interpretación adolece de varios defectos, siendo los principales de ellos los siguientes: α) la inconsciencia no puede ser un supuesto de inimputabilidad; β) la “alteración morbosa de las facultades” y la “insuficiencia de las mismas” no son sinónimos de “alienación mental”; γ) la “insuficiencia de las facultades” no se agota con las oligofrenias. Como de la primera crítica ya nos hemos hecho cargo suficientemente, nos ocuparemos ahora de las dos restantes, lo que importará exponer nuestro punto de vista acerca de su alcance y significado.

Al margen de las críticas que siguen, cabe aclarar, como concepto general, que la fórmula no puede entenderse conforme a su origen atomista, sino que siempre debe tenerse presente algo que está indiscutido hoy en la psicología contemporánea: *la personalidad es una unidad*. Como dice Filloux, “la personalidad no es sólo una suma, una totalidad de funciones, sino una organización, una *integración*; a pesar de que esta integración no siempre se realiza, la noción de centro organizador queda definida, al menos, por la tendencia integrativa”³⁹.

La tesis según la cual la alteración morbosa se identifica con la alienación mental es conocida con el nombre de “tesis alienista” y se encuentra hoy altamente desprestigiada entre los psiquiatras, pese a que fue defendida entre nosotros principalmente desde el campo médico. Según esta teoría, se dividiría a las personas en imutables e inimutables, según fuesen o no alienados mentales. No

³⁸ Cfr. SPOLANSKY, NORBERTO, *Imputabilidad disminuída, penas y medidas de seguridad*, en LL, 3-VII-1978.

³⁹ FILLOUX, JEAN-CLAUDE, *La personalidad*, Bs. As., 1963, p. 7.

obstante, resulta claro que la "alteración morbosa" es una *enfermedad mental*, pero no toda enfermedad mental es una alienación, conforme a la psiquiatría moderna ⁴⁰.

Se hace bien difícil decir qué es lo patológico en sentido psiquiátrico, pero lo que resulta incuestionable es que si por "insuficiencia o alteración morbosa de las facultades" se entiende únicamente "alienación mental", se restringe el concepto a la esfera intelectual, automáticamente pasan a ser imputables "todos los neuróticos, las personalidades psicopáticas, los posecefalíticos y post-traumatizados de cráneo, los esquizofrénicos residuales, los toxicómanos, los débiles mentales, afásicos y preseniles, cualquiera sea la gravedad de su trastorno, el tratamiento médico que requieran y el peligro social que representen" ⁴¹.

Con toda razón se ha dicho que "un neurótico, un toxicómano, un alcoholista crónico, una grave personalidad psicopática, fuera de todo prejuicio doctrinario, tiene tanto derecho a ser considerado un enfermo mental como un delirante, un maniaco o un esquizofrénico; les cabe el mismo género de tratamiento y la misma asistencia especializada" ⁴². *Esto obedece a que es totalmente arbitrario restringir el concepto de alteración o insuficiencia al sólo ámbito del aspecto intelectual de la actividad psíquica, descartando toda insuficiencia o alteración en la emotividad y en la afectividad, sin contar que semejante escisión es bien discutible.*

La enunciación de la tesis tradicional proviene entre nosotros de Nerio Rojas, para quien la insuficiencia de las facultades comprendía sólo la "insuficiencia mental congénita o de la primera época de la vida", es decir, "los diferentes tipos de alienación mental por detención del desarrollo cerebral", en tanto que por "alteración morbosa" entendía a "todas las formas de alienación mental adquirida" y, en los estados de inconsciencia, "mezclaba casos de inimputabilidad por perturbación de la consciencia con claros supuestos de involuntabilidad o ausencia de conducta" ⁴³.

El planteamiento de Nerio Rojas era una clara consecuencia de un pensamiento nítidamente positivista, que definía a la enfermedad mental como alienación y lo hacía siempre con una base biológica, reconocible física u orgánicamente. Tan tajante era esta posición que al componente normativo o valorativo del requerimiento de que haya provocado una im-

⁴⁰ Cfr. SAN MARTÍN, HORACIO A. M., *El concepto de enfermedad mental en el fuero penal*, en "Rev. Arg. de Cs. Ps.", 1977, n° 6, p. 59.

⁴¹ CABELLO, VICENTE PONCIANO, *El concepto de alienación mental ha caducado en la legislación penal argentina*, en LL, 123-1197 y ss. (1198).

⁴² CABELLO, op. cit., p. 1197; nuevamente en *Psiquiatría forense en el derecho penal*, Bs. As., 1981, I, p. 146.

⁴³ ROJAS, NERIO, *Medicina legal*, Bs. As., 1958, p. 387.

posibilidad para comprender la criminalidad, lo desechaba por completo y pretendía suprimirlo, pues lo tomaba en el mero sentido de conocimiento o captación intelectual. Su positivismo y la falta de comprensión que de él derivaba, le llevó a Rojas a afirmar que "en la práctica, este elemento es desechado, por lo general. Tomarlo en su letra implicaría, por otra parte, condenar a algunos alienados lúcidos que delinquen a veces con plena conciencia del crimen, lo que sería inaceptable. Este factor psicológico, supervivencia impregnada de la metafísica del derecho clásico, carece de justificación y mejor será suprimirlo como lo propuso la Comisión mencionada de la cual formé parte, en el proyecto de 1926" ⁴⁴.

Por otra parte, cabe observar que la tesis que pretende hacer de la alteración morbosa y de la insuficiencia una alienación, necesariamente debe excluir el factor valorativo indispensable para el juicio de culpabilidad y, por consiguiente, el juez debería manejarse conforme a un esquema según el cual, cuando el perito médico diagnosticase alienación, debería absolver por inimputabilidad, y de lo contrario considerar al sujeto imputable, limitándose al papel de convidado de piedra en el proceso ⁴⁵. Semejante idea pasa enteramente por alto el requisito de que la insuficiencia y la alteración sólo dan lugar a inimputabilidad cuando impiden que se dirija al autor el requerimiento de que comprenda la antijuridicidad de su conducta, lo que es un incuestionable aspecto de valoración jurídica que impone la ley, además de importar la pretensión de una derogación inadmisibles de la norma del art. 346 del código procesal federal y de sus similares de las respectivas provincias ⁴⁶.

Con lo dicho, damos por totalmente desvirtuada la afirmación de que la insuficiencia y la alteración morbosa signifiquen únicamente alienación. No nos cabe duda que de admitirse ese concepto discutible, caería dentro de la insuficiencia o de la alteración morbosa, pero la inversa nunca sería exacta, puesto que el concepto de enfermedad mental excede hoy con creces a la alienación. Incluso los psiquiatras contemporáneos de pensamiento predominantemente clásico, suelen sostener concepto tales como que "la psiquiatría es una rama de la medicina que tiene por objeto la *patología* de la "vida de relación" a nivel de la integración que asegura la *autonomía* y la

⁴⁴ Idem, 388.

⁴⁵ KURT SCHNEIDER pretendió que era el perito a quien correspondía la valoración (*Die Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit*, Stuttgart, 1948), a lo que replicó muy atinadamente ERNST SEELIG (*Zum Problem der Neufassung des § 51*, en "Fest. f. Mezger", 1954, 213-228).

⁴⁶ V. jurisp. de la Capital en RUBIANES, I, 117.

adaptación del hombre a las condiciones de su existencia”⁴⁷. Por otro lado, las teorías órgano-mecanicistas de la enfermedad mental —que son las emparentadas con el positivismo de la tesis “alienista”— están suficientemente desprestigiadas por el embate de las “teorías psicodinámicas del inconsciente patógeno” y por las “teorías sociogenéticas”⁴⁸.

Hace años predominaba un concepto de enfermedad mental para el cual las reacciones vivenciales, como las neurosis, no son enfermedades, sino variedades del “modo de ser” que se apartan del término medio y, en consecuencia, deben ser objeto de valoración⁴⁹. En la actualidad —y particularmente después de la irrupción de la fenomenología— predominan conceptos más amplios. Así, por ejemplo, Jaspers identifica tres tipos o formas de enfermedad psíquica “1º, como proceso somático; 2º, como acontecer grave alrededor del alma, que hace irrupciones en la vida hasta allí sana, en que se supone un fundamento somático, pero que no es conocido; 3º, como variación del ser humano en amplia distancia del término medio, y eso como indeseado de algún modo para el afectado o su ambiente, por tanto, necesitado de tratamiento”⁵⁰.

Respecto de la enfermedad mental se ha producido un fenómeno que, en cierto sentido, guarda analogía con el operado respecto de la consideración del delito. La seguridad que mostraba el positivismo al reconocer una dañosidad social que pretendía probar empíricamente, era análoga a la de las pretensiones de una psiquiatría que consideraba al enfermo mental como un mecanismo descompuesto. Las teorías de las localizaciones cerebrales del siglo XIX y la fisiopatología que de ella se desprendía fueron la profesión de fe de la psiquiatría de la época. El avance posterior de la propia neurología ha permitido demostrar en amplia medida lo que de dogmático tenían esas afirmaciones y, pese a que en muchos aspectos los avances de esta última son asombrosos, no cabe duda de que sólo un espejismo científico pretendería explicar y delimitar la patología mental por esta única vía.

Fue así como el límite entre lo “normal” y lo patológico perdió en nuestro siglo la pretendida frontera del signo orgánico “reconocible” y se ensayó el camino psicodinámico, fundamentalmente abierto por Freud, quien después de profundizar en los alcances

⁴⁷ HENRI EY-P. BERNARD-CH. BRISSET, *Tratado de psiquiatría*, Barcelona, 1975, p. 59.

⁴⁸ *Idem*, pp. 61 y ss.

⁴⁹ SCHNEIDER, K., *Las personalidades psicopáticas*, Madrid, 1961, p. 33.

⁵⁰ JASPERS, KARL, *Psicopatología General*, Bs. As., 1951; en análogo sentido amplio, QUIROZ CUARÓN, ALFONSO, *Medicina Forense*, México, 1977, 662.

de la neurología de su tiempo —y convencido de su contenido dogmático— se lanzó a la investigación de la patología de lo inconsciente.

Paralelamente también se fue desarrollando la sociología y tampoco pasó por alto a nadie la importancia de los factores sociales en la etiología y en la delimitación de la patología mental.

En la actualidad se reconoce, en general, la necesidad de una síntesis o consideración simbiótica de la problemática y, por cierto, no han faltado los aportes fenomenológicos para esta captación, como tampoco los puntos de vista totalmente parcializados.

Frecuentemente, sobre un fondo de verdad que debe tenerse en cuenta, se alza toda una visión parcial que si bien es susceptible de valoración positiva en plan de advertencia reveladora, no puede seguirse al pie de la letra en sus consecuencias últimas. Por este camino se ha llegado a una negación de la psiquiatría, siendo así como Michel Foucault concibe a la misma, que nace en el “siglo de la Razón”, como el esfuerzo de la sociedad racionalista por apartar de sí a todo lo que sea su contrario, incluyendo a la poesía⁵¹, intento que el mismo Foucault complementa ahora con un detallado estudio sobre el origen de la prisión⁵². El manicomio y la prisión serían, pues, dos intentos de la sociedad racionalista por segregar o reacondicionar a los elementos que se le oponen. La diferencia entre el “loco” y el delincuente surgiría así con nitidez y frente al racionalismo, lo que de alguna manera habría observado Tesar, al explicar que el círculo de autores se va estrechando como consecuencia de un aporte cultural, porque en los tiempos de la “guerra de los treinta años iban juntos e indiferenciados delincuentes y enfermos mentales”⁵³.

La nueva dimensión que cobra lo psíquicamente patológico en la actualidad hace más necesaria que nunca la referencia al requerimiento valorativo de la fórmula de la inimputabilidad, al punto que, en la posición diametralmente opuesta a la alienista, se postula hoy —también desde el campo médico— la supresión de la referencia psiquiátrica⁵⁴. Creemos que el enunciado de insuficiencia y alteración morbosa del inc. 1º del art. 34 tiene, sin embargo, la amplitud suficiente como para abarcar todos los supuestos que son

⁵¹ FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la locura en la época clásica*, trad. de J. J. Utrilla, México, 1976.

⁵² FOUCAULT, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Paris, 1975. En otra obra relata un caso de parricidio múltiple de 1835, que por el debate suscitado marcó el comienzo de la psiquiatría forense propiamente dicha en Francia (*En, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*, trad. de Denize Lezau de Almeida, Río de Janeiro, 1977).

⁵³ TESAR, OTTOKAR, *Die sympomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens*, Berlín, 1907, p. 229.

⁵⁴ Así, SAN MARTÍN, HORACIO, op. cit. et loc. cit.

menester considerar, porque, en definitiva, *no connotan ninguna entidad particular de la nosotaxia psiquiátrica, sino sólo son la indicación del orden de factores que pueden acarrear la inexigibilidad penal de la comprensión de la criminalidad, distinguiéndolos del error y la ignorancia.*

En síntesis, opinamos que *insuficiencia y alteración morbosa de las facultades deben entenderse como sinónimos de perturbación de la consciencia.* La "insuficiencia de las facultades" es un supuesto en que las "facultades" no alcanzan el nivel exigido para que la consciencia opere en condiciones más o menos normales, o, dicho en términos contemporáneamente más válidos, en que la personalidad no alcanza el nivel de integración requerido para que la consciencia opere en forma relativamente adecuada a los requerimientos del medio. La "alteración morbosa" es una disfunción de origen patológico. No hay razón alguna para hacer de la "insuficiencia de las facultades" un sinónimo de oligofrenia, porque en realidad, las facultades están disminuídas siempre que la consciencia opera en niveles de perturbación. Ninguno puede dudar de que un delirante tiene disminuídas sus "facultades", lo que, si bien no podrá decirse respecto de su capacidad de percepción, sin duda se afirmará respecto de su capacidad crítica o de discernimiento.

La alteración morbosa no pasa de ser un supuesto particular de insuficiencia, porque cualquier alteración de las facultades psíquicas se traduce de inmediato en un insuficiente o disminuído funcionamiento del psiquismo en su conjunto. La alteración de una función mental en el sentido de aceleración implica un funcionamiento insuficiente del conjunto, como sucede en los supuestos de taquipsiquía⁵⁵. El hiperfuncionamiento del psiquismo en un sentido dado tiene por resultado siempre, una insuficiencia en su funcionamiento global, o sea, en la consciencia. De cualquier manera, el código enumera ambos supuestos para que no quede duda alguna, con la particularidad de que no exige que la insuficiencia tenga naturaleza morbosa, lo que tiene la enorme ventaja de evitarnos el inconveniente de obligarnos a elaborar un "concepto jurídico-penal de enfermedad mental", distinto del psiquiátrico.

Esta elaboración da lugar a lo que se denomina "bipolaridad" del concepto de enfermedad mental⁵⁶. En Alemania, Jescheck sostiene que

⁵⁵ Sobre este síntoma, BLEULER, p. 39.

⁵⁶ Sobre ello, RODRÍGUEZ DE VESA en "Los delincuentes mentalmente anormales", Madrid, 1962, 521 y ss.

el concepto jurídico es más amplio que el psiquiátrico⁵⁷, en tanto que Rudolphi⁵⁸ sostiene que las verdaderas enfermedades mentales son sólo las psicosis endógenas.

El uso de la voz "demencia" por el código francés, ha hecho que se distinga entre "demencia" en sentido psiquiátrico, o sea, el deterioro progresivo e irreversible del psiquismo con destrucción del tejido nervioso, y demencia "en sentido jurídico, como sinónimo de alienación mental y trastornos de consciencia de análoga entidad. Esta bipolaridad de la "demencia" se halla en todos los códigos de tradición francesa⁵⁹, que deben acudir a ella para evitar un absurdo estrechamiento del ámbito de la inimputabilidad. En nuestro derecho positivo, al menos en el ámbito de lo que hace a la imputabilidad, no hay razón alguna para formular una bipolaridad de la "demencia", puesto que el problema es totalmente ajeno a nuestra fórmula. Nuestro código sólo emplea el concepto de "demencia" en el inc. 2º del art. 86 ("Cuando la víctima de la violación fuere... una mujer idiota o demente").

Sintetizando nuestra interpretación de la fórmula del inc. 1º de nuestro art. 34, en cuanto al sentido que para la inimputabilidad tiene, entendemos ante todo, que debe descartarse de ese campo la "inconsciencia", por ser un supuesto de ausencia de conducta. Reducida, pues, a la insuficiencia y alteración morbosa, debe entenderse como *perturbación de la consciencia*, sin que interese si tiene o no origen patológico⁶⁰ y si es o no permanente —salvo para los efectos de la aplicación de la medida—, reclamándose únicamente un grado de intensidad, que siempre deberá ser valorado jurídicamente, debiendo alcanzar un grado tal que haga inexigible la comprensión de la antijuridicidad.

482. **La perturbación de la consciencia.** Hemos sostenido que nuestro código, al referirse a la insuficiencia de las "facultades" y a la alteración morbosa, quiere significar, a los efectos de la inimputabilidad, lo mismo que *perturbación de la consciencia*. Si dejamos de lado los prejuicios que nos atan al entendimiento tradicional de la fórmula, veremos que nada se agrega cuando se añade a

⁵⁷ JESCHECK, 329 (2ª ed.). El problema quedó resuelto en el StGB vigente con la referencia a "otras graves anomalías psíquicas).

⁵⁸ RUDOLPHI, 157.

⁵⁹ Por ej., el derecho penal africano de recepción francesa (así, République Malgache, *Code Pénal*, Journal Officiel de la République Malgache, nº 240, du 7 septembre 1962, Madagascar, 1965; igual, art. 28, République du Mali, *Code Pénal*, Ministère de la Justice, Koulouba, 1961).

⁶⁰ Cfr. ESCOBAR CELLO, ENRIQUE, *La alteración morbosa de las facultades mentales en el código penal argentino*, en "Rev. de Cs. Js. y Socs.", Sta. Fe, 66-7, 1951, p. 153.

estas dos hipótesis la de perturbación de la consciencia, puesto que *ninguna insuficiencia o alteración dejará de producir una perturbación de la consciencia, como tampoco se observará una perturbación de la consciencia que no provenga de alguna insuficiencia o alteración*. A partir del momento en que el concepto de enfermedad mental se separó de lo biológico, entendido como la limitación a lo orgánicamente reconocible (y hemos visto que la psiquiatría contemporánea está muy lejos de esto), la enfermedad mental se diagnostica por datos clínicos de comportamiento del paciente y, dentro de este concepto, la alteración y la insuficiencia son datos clínicos al mismo nivel que la perturbación de la consciencia.

Por supuesto que a este nivel, "consciencia" se emplea en forma que no denota sus sentidos metafísico, religioso o político, sino un concepto clínico en sentido operacional⁶¹. En este sentido, consciencia es un concepto clínico que abarca tanto la llamada "consciencia lúcida" como la "consciencia discriminatoria". La primera es la que nos permite percibir adecuadamente y ubicarnos psíquicamente en tiempo y espacio. La segunda es la que nos permite internalizar pautas o valores y discriminar conforme a esa internalización⁶².

En el ámbito psiquiátrico distingue Bleuler la "perturbación de la consciencia" del "discernimiento", como su opuesto, el que "si bien es un concepto claro, no se puede definir bien"⁶³. El discernimiento es para este autor un estado en el que se llenan ciertas exigencias mínimas, como la orientación, capacidad evocativa de los sucesos importantes, la capacidad para pensar correctamente, etc. Se trata de precisar cuándo hay un estado que no es de consciencia perturbada, pero, sin embargo no hay una definición. Para caracterizar a la función misma hoy se la llama "sensorium"⁶⁴. Por mucho que repasemos los tratados y las monografías, no hallaremos un concepto satisfactorio⁶⁵ y, sin embargo, "esta función psíquica, en sí compleja, es relativamente fácil de investigar, particularmente mediante pruebas de orientación temporal y espacial". Se trata de soluciones de metodología clínica que constituyen la tarea diaria del psiquiatra⁶⁶. Aquí el problema transpone lo meramente

⁶¹ Cfr. KELTING, HANS-MANFRED, *Probleme des strafrechtlichen Schuldvorwurfs aus ärztlicher Sicht*, Kiel, 1959, p. 151.

⁶² Sobre estos niveles, CABELLO, op. cit., LL, 123-1198.

⁶³ BLEULER, EUGEN, *Lehrbuch der Psychiatrie*, Berlin, 1969, 26-7.

⁶⁴ Así SCHNEIDER, KURT, *Klinische Psychopathologie*, Stuttgart, 1971, 129.

⁶⁵ Así, por ej., WEITBRECH, HANS-JÖRG, *Psychiatrie im Grundriss*, 1968, 49 y ss.; STORROW, H. A., *Introduction to scientific Psychiatry*, New York, 1967, 17; KNIGHT, JAMES A., *Conscience and Guilty*, New York 1969; LANGE LÜDDECKE, ALBRECHT, *Gerichtliche Psychiatrie*, Berlin, 1950, p. 21; JASPERS, KARL, *Allgemeine Psychopathologie*, Berlin, 1953, 9; REICHARDT, M., *Allgemeine und spezielle Psychiatrie*, Basel, 1955, 77 y ss.

⁶⁶ BOOR, WOLFGANG, *Bewusstsein und Bewusstseinsstörungen*, Berlin, 1966, 28.

teórico y se va a lo práctico: si el concepto no se puede definir teóricamente, si las definiciones y enunciados que de él hallamos son amplios y nebulosos, si ni siquiera hay acuerdo en cómo llamarlo y, sin embargo, es determinable, lo que el ideal requeriría es que el que en definitiva debe apreciarlo, el que debe mensurar la cantidad de esfuerzo para determinar si es o no exigible, esto es, el juez, tuviera una experiencia clínica mínima para hacerlo.

Siempre que se presente esta forma de inimputabilidad, obedecerá a una perturbación de la consciencia de grado tal que elimine la exigibilidad jurídico-penal de comprender la antijuridicidad. Será cuestión de determinar el grado de la perturbación, para precisar el grado de esfuerzo que hubiese sido necesario para esa comprensión y establecer, de este modo, si el mismo era exigible. El problema radicará pues, en determinar cuándo un sujeto debe realizar un esfuerzo tan grande para comprender la antijuridicidad de su conducta, que no sea posible exigírselo jurídicamente.

Por supuesto que en los casos extremos ello estará claro: una pequeña perturbación de la atención proveniente de una neurosis situacional es una perturbación de la consciencia, pero no constituye una causa de inimputabilidad; un delirio interpretativo de contenido persecutorio, bien delineado clínicamente, también es una perturbación de la consciencia, pero es evidente que constituye una causa de inimputabilidad. Lo desafortunado es que los problemas nunca se plantean cuando no los hay.

La única regla general que puede enunciarse acerca de la intensidad de la perturbación psíquica para que provoque inculpabilidad por inimputabilidad, es que ésta no requiere la provocación de una imposibilidad absoluta o total de la comprensión de la antijuridicidad (la que quizá se daría en muy pocos casos y sería harto difícil de determinar), sino que requiere que provoque un estado en el individuo en que éste deba hacer un esfuerzo para la comprensión de la antijuridicidad que no le sea jurídicamente exigible. En síntesis, lo que se requiere no es que el sujeto carezca de cualquier posibilidad, sino de cualquier posibilidad exigible de comprender la antijuridicidad. El límite de esta exigibilidad no hay poder humano capaz de sintetizarlo en una fórmula, y éste será el problema siempre abierto en el terreno de la inimputabilidad.

Aquí no nos sirve el concepto de "normalidad" para nada. Este concepto ya ha sido abandonado en psiquiatría, hasta el punto de que en ese campo se habla de una norma "corresponsiva", esto es, de una "normalidad" que sería propia de cada individuo. Nuestro viejo conocido,

el "homúnculo normalis", al que se ha llegado a calificar de "degenerado", tampoco nos sirve aquí, porque no existe y porque para nada pretende el derecho penal una masificación normativa, sino que se contenta con tutelar una serie de objetos en los que está interesado el orden jurídico ⁶⁷.

Por supuesto que quien mida el esfuerzo deberá tener en cuenta la personalidad del sujeto y, por ende, determinar en atención a ella y a la particular situación en que el sujeto actuó, cuáles fueron las reales posibilidades exigibles y si las hubo, en razón del estrechamiento sufrido por el individuo en su ámbito de libertad. Puede aquí sostenerse que se verían beneficiados en este juicio los que presentan características personales más negativas para la convivencia. Hemos negado que estas características puedan ser tomadas en cuenta en los supuestos de provocación para cuantificar su suficiencia en la legítima defensa, pero aquí sí deben tenerse en cuenta, porque el interrogante es notoriamente otro. Resultará cierto que los individuos con tales características serán los más beneficiados y en muchos casos apenas estarán por sobre el umbral mínimo requerido para fundar la reprochabilidad. De allí que insistamos, de *lege lata* y de *lege ferenda* en la necesidad del correctivo de la peligrosidad en la teoría de la pena, aunque en medida limitadísima, como oportunamente veremos ^{67 bis}. En caso de no alcanzar este umbral mínimo de libertad de decisión penalmente relevante, como sucede en el psicópata, de cualquier manera queda suficientemente salvaguardada la seguridad jurídica con la inteligente aplicación de las medidas que autoriza el mismo inc. 1º del art. 34.

En los casos problemáticos —que, por cierto, no son pocos— siempre será prácticamente imposible determinar con absoluta certeza si ha habido una hipotética posibilidad de comprensión. Para ello el juez debería penetrar en la individualidad del paciente, lo que no resulta factible. A este respecto siempre deberá actuar midiendo el esfuerzo que el paciente hubiese debido hacer —de serle posible— para comprender la antijuridicidad.

No se requiere una imposibilidad absoluta, puesto que la inimputabilidad se basa en un estado de perturbación de la consciencia, pero hay actividad consciente (de no haberla no habrá acción o conducta). Desde que hay actividad consciente, esta posibilidad hipotética —y remota a veces— casi siempre existe. No hay perito capaz de penetrar el círculo autístico de un esquizofrénico para saber qué pasa en él, sino que lo único que puede hacer es, conforme a su experiencia (recogida de la observación de muchos esquizofrénicos y de los relatos de los mismos al remitir el brote), estimar que le es muy difícil comprender la criminalidad y que hay un eleva-

⁶⁷ V. KOLLE, 41-2; WEITBRECHT, 67-8.

^{67 bis} V. *infra*, § 635.

dísimo grado de probabilidad de que le sea absolutamente imposible. Por otra parte, recordemos que el problema de la inimputabilidad se planteará si el enfermo mantiene aún contactos bastantes con el mundo externo, porque si éstos no existen y el sujeto no pudo conocer las circunstancias del tipo objetivo, no podrá haber ninguna voluntad final de realización de éste y, por ende, no se tratará de un problema de inimputabilidad, sino de atipicidad ^{67 ter.}

III. — PROBLEMÁTICA PARTICULAR DE LA INIMPUTABILIDAD

483. **El trastorno mental transitorio.** Nuestro código requiere una perturbación de la consciencia que haga inexigible la comprensión de la antijuridicidad para descartar la imputabilidad de un sujeto desde el ángulo en que la estamos viendo en este capítulo. No hace ninguna referencia concreta a entidad alguna de la nosotaxia psiquiátrica y ni siquiera exige que esta perturbación tenga un origen morboso. Tampoco requiere que obedezca a una causa permanente, lo que sólo puede cobrar significación para el párrafo 2º del inciso, es decir, para la aplicación de la medida de internación manicomial. Toda vez que la insuficiencia o la alteración morbosa —es decir, la perturbación de la consciencia— debe ser apreciada en el “momento del hecho”, poco importa su permanencia o transitoriedad.

Queda claro que la regla de la apreciación en el “momento del hecho”, implica que debe valorarse la capacidad psíquica del sujeto en el momento de realizar la conducta, sin que interese el momento del resultado ni el momento previo. Hemos rechazado la teoría de las a.l.i.c.⁶⁸, de modo que no admitimos la valoración previa de la imputabilidad, o sea, la anticipación de su requerimiento a una conducta previa a la típica. En el caso de la culpa —como lo expusimos en su oportunidad— no hay anticipación en el momento de la imputabilidad, sino que la conducta típica es, precisamente, la de colocarse en estado de inimputabilidad y, por consiguiente, no se altera el principio general. Tampoco hay anticipación en el caso del que se coloca en un estado de inimputabilidad que impida la realización de la conducta debida, puesto que ya implica un acto de tentativa —y por ende típico— dentro de la estructura típica omisiva.

Veremos al referirnos a la tentativa, que la misma consumación

^{67 ter} V. *supra*, § 344.

⁶⁸ V. *supra*, § 379.

del delito requiere que la culpabilidad acompañe a la totalidad de la conducta típica en el delito instantáneo, sin que sea necesaria en el momento de la producción del resultado.

De todo esto surge que el llamado "trastorno mental transitorio" no es ningún caso que merezca una consideración especial dentro de nuestra dogmática, puesto que no pasa de ser un caso más de inimputabilidad. Todos los problemas que suelen plantearse en torno del mismo responden, más bien, a cuestiones probatorias, o bien, a las particulares conexiones que suele presentar con enfermedades mentales. Son en el fondo un problema más grave para el derecho procesal penal y para la psiquiatría forense que para nuestra disciplina ⁶⁹.

Suele hablarse de un trastorno mental transitorio *completo* y de otro *incompleto* ⁷⁰, identificando al primero con el que produce inimputabilidad y al segundo con el que sólo acarrea una menor culpabilidad. Respecto de la literatura sobre el tema, es menester formular la advertencia de que suelen incluirse supuestos de inconsciencia esto es, de ausencia de conducta, tales como la epilepsia paroxística o el sueño. En cuanto a los trastornos mentales transitorios que son verdaderas causas de inimputabilidad, no sería posible aquí pasar revista a todos ellos, pero cabe mencionar, a título ejemplificativo, los episodios de intoxicación aguda por alcohol —siempre que no lleguen al coma— o enervantes, la llamada "ebriedad del sueño" ^{70 bis}, ciertos estados oníricos, las psicosis posteriores al parto, etc.

Un aspecto fundamental de la problemática del trastorno mental transitorio está dado por ciertos estados emocionales que pueden perturbar la consciencia hasta provocar una inimputabilidad y aún una más profunda incapacidad para el delito. Quizá uno de los más importantes sea el *miedo*, que nuestro código no releva en forma especial, puesto que ello es innecesario, toda vez que rigen a su respecto los principios generales.

Hay distintas intensidades de miedo, entendiendo por tal el

⁶⁹ Nuestra jurisprudencia ha reconocido ampliamente que el inc. 1º del art. 34 da cabida al trastorno mental transitorio (por ej., CCCCap., 1960, en RUBIANES, I, 117). Sobre la prueba del mismo: MALDONADO, HORACIO S., *Trastorno mental transitorio*, en JA, 20-III-63; CIAFARDO, ROBERTO, *Psicopatología forense*, Bs. As., 1972, pp. 39 y ss.; GÓMEZ LÓPEZ, ORLANDO, *La exclusión de culpabilidad por trastorno mental transitorio*, en "Veredicto", Popayán, Col., pp. 10 y ss.

⁷⁰ BONNET, EMILIO FEDERICO PABLO, *El trastorno mental transitorio*.

^{70 bis} V. el caso de un sereno que da muerte a otro, cayendo de inmediato en la cuenta de que había obrado así "soñando" que eran ladrones, en "Nuevo Foro Penal", Medellín, Colombia, nº 4, jul.-set. 1979, pp. 89 y ss.

que no tiene una etiología psicopatológica, es decir, el miedo que responde a un objeto cierto del mundo objetivo que es de temer. Este miedo, según su intensidad, puede ser indiferente para la imputabilidad, en caso de no alcanzar a provocar una perturbación suficientemente grave de la consciencia, pero bien puede suceder que provoque un estado de inimputabilidad y hasta una inconsciencia (ausencia de conducta).

Mira y López dice que hay distintos "niveles del miedo", que corresponden a distintas fases de "desintegración funcional" de los más altos centros cerebrales. Distingue seis fases, aún cuando advierte que éstas no se presentan ineludiblemente en todos los casos de miedo. Un primer período es la *prudencia o retraimiento*, o sea, un estado de inhibición producido por el miedo. Luego, deviene la *concentración y la cautela*, en que se disimula el miedo, pero los movimientos dejan de ser espontáneos, aunque son controlados. El tercer nivel es el de *aprensión y alarma*, en que se está "asustado", en actitud de desconfianza, comenzando a perder el control de movimientos y repitiendo movimientos inútiles. En el cuarto nivel, que Mira y López llama de *ansiedad y angustia*, el individuo "intenta ejecutar nuevas acciones antes de finalizar las anteriores; los moldes psicomotores se desorganizan. La creciente excitación de los centros subcorticales y mesencefálicos es responsable de continuos movimientos obtusos, algunos de los cuales son insistentemente repetidos; el sujeto semeja un autómatas, pero todavía es consciente y capaz de dar respuestas atinadas". La etapa quinta es la del *pánico*, en que la actividad consciente perturbada se interfiere con violenta rapidez, que impide cualquier función, incluso mnémica. La sexta es la del *terror*, en que el sujeto está totalmente paralizado, en el extremo de la inhibición. Si se insiste en el estímulo, se producirá la muerte⁷¹.

De esta descripción resulta claro que en la etapa de ansiedad y angustia puede darse un supuesto de inimputabilidad, el que, sin lugar a dudas, se halla en la etapa de pánico, con la consciencia gravemente perturbada. Las características de la última etapa son, evidentemente, las de un supuesto de involuntabilidad.

En cuanto a la ira y al ofuscamiento, no son supuestos de trastorno mental transitorio⁷², pero no debe confundirse con el ofuscamiento la verdadera reacción psicógena que da lugar a un cuadro pasajero de intensidad psicótica. En este último supuesto, está claro que habrá inimputabilidad. Al respecto se debe tener en cuenta que es irrelevante el motivo desencadenante de la reacción, que puede parecer baladí. Es correcto tomarla en cuenta como materia de prueba —pues normalmente se presume que nadie hace una

⁷¹ MIRA Y LÓPEZ, EMILIO, *La psiquiatría en la guerra*, Bs. As., 1944, pp. 38-43.

⁷² Cfr. CCCCap., en LL, 19-X-1977.

reacción psicótica por un motivo nimio—, pero la presunción puede destruirse si, efectivamente, el motivo de apariencia nimia genera ese cuadro. Bien puede acontecer esto último cuando la reacción tiene lugar por parte de un sujeto que padece una neurosis grave.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que los estímulos suelen potencializarse, particularmente cuando tienen lugar en una situación de tensión y zozobra sostenidas. En circunstancias tan adversas, cabe recordar que en la creación literaria, Stevenson, con el Dr. Jekyll y Mr. Hyde, vio detrás del alma del burgués otra, bien primitiva, pero luego, Hesse pone de manifiesto, en el *Steppenwolf*, que no son sólo dos, sino toda una república de “almas” que mora en cada hombre, en ese “lobo al que nada le es extraño”.

Además de estos casos particulares de trastorno mental transitorio hay otros que suelen plantear problemas médico-legales y dogmáticos. Tales son los episodios de intoxicación aguda, sea por embriaguez alcohólica o cualquier otro tóxico. Por supuesto que la más usual será la intoxicación por alcohol etílico, pero el problema dogmático es idéntico en todos los casos. Al descartar la teoría de la *actio libera in causa*, el único problema que resta será el de saber si la intoxicación habrá provocado una perturbación de la consciencia de entidad tal que diese lugar a inimputabilidad.

En el caso de la embriaguez de alcohol se estima que con una concentración de 0.5 ‰ en sangre se produce la muerte⁷³, en tanto que entre 2 y 3 ‰ puede haber ebriedad y por sobre 3 ‰ la hay sin duda⁷⁴. De cualquier forma no puede tomarse este índice como único criterio, puesto que la mayor o menor resistencia al tóxico suele depender de muchos factores: acostumbamiento, circunstancias emocionales, ingesta de medicamentos —especialmente psico-fármacos—, cansancio o vigilia prolongada, patología mental, etc. La llamada “embriaguez patológica” es la que tiene lugar con una pequeña ingesta de alcohol y obedece —por regla— a una patología previa. Uno de los criterios para cuantificar la perturbación de la consciencia está dado por la memoria. Una memoria muy pormenorizada no se compadece con la embriaguez completa. Sin embargo, se reconoce en general que el recuerdo de las circunstancias más esenciales no excluye la perturbación grave de la consciencia, puesto que la memoria parcial es relativamente frecuente.

Descartada la culpabilidad de las acciones que se cometen en la intoxicación aguda —provocada por cualquier medio—, sólo resta, en caso que haya sido provocada por el propio sujeto, analizar

⁷³ Cfr. QUIROZ CUARÓN, ALFONSO, *Medicina Forense*, México, 1977, 705.

⁷⁴ Cfr. NERIO ROJAS, 392; la misma concentración suele requerir la jurisprudencia alemana (RUDOLPHI, 157; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 447).

la posible tipicidad culposa de la provocación o bien la dolosa, en los casos en que la mera conducta de intoxicarse ya sea una tentativa. Dicha tipicidad quedará excluida en todos los casos en que la acción no esté tipificada en forma culposa, como también en los supuestos de intoxicación accidental y en aquellos en que la intoxicación aguda es resultado de una toxicofrenia o intoxicación crónica, particularmente cuando media una dependencia física del tóxico. En este último supuesto se presenta un grave problema respecto de los injustos cometidos fuera de los episodios agudos, pero con el fin de procurar tóxico. No obstante, esta problemática no está referida a la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, sino a la de ajustar la conducta a esa comprensión, de modo que la consideraremos dentro de ese segundo aspecto de la imputabilidad ⁷⁵.

484. El miedo y el momento normativo de la imputabilidad. El caso del trastorno mental transitorio es uno de los más demostrativos acerca de algo que venimos repitiendo, particularmente cuando su causa es el miedo, al que nos acabamos de referir en general. Se trata de la insistencia en que la imputabilidad, como capacidad psíquica de culpabilidad, es un concepto que tiene su asiento en supuestos psicológicos y psiquiátricos, pero que se construye normativamente, desde que se trata de valorar en cada caso, si a un sujeto concreto le era *jurídicamente exigible* la comprensión de la criminalidad de su injusto, juicio para el cual las ciencias de la conducta aportan elementos, pero en modo alguno pueden resolver.

En el miedo como causa de exclusión de la imputabilidad, la cuestión es bien clara, puesto que no siempre los mismos estímulos pueden dar por resultado un trastorno mental transitorio y, aún así, hay sujetos a los que les es exigible que eviten tal incapacidad, precisamente en función de su preparación o entrenamiento. Por supuesto que estamos tomando en consideración casos de sujetos con miedo no patológico, sino con estímulos realmente existentes, y desechando también los sujetos con alteración grave de la personalidad (fóbicos, histéricos, etc.). Fuera de tales supuestos, todo sujeto medianamente normal siente miedo frente a determinados estímulos, y hasta cierto punto puede controlarse, pero superado el mismo ya no hay posibilidad de hacerlo. El límite del control del miedo no es igual frente al mismo estímulo para todas las personas, puesto que hay objetos que son más "temibles" para unos que para otros. Sin embargo, hay sujetos a los que el derecho les exige el

⁷⁵ V. *infra*, §§ 514 y ss.

control del miedo frente a ciertos estímulos y no reconoce eficacia exculpante al estado de inimputabilidad en tales casos, salvo que el mismo responda a una "perturbación morbosa", porque entiendo que pudo y debió controlar esa situación y evitar caer en ese estado. Tal es, por ejemplo, el caso del militar.

Nuestro Código de Justicia Militar no cae en el error del código penal de la Marina Española de 1888, cuyo art. 10, inc. 10º, consignaba que el miedo insuperable no tenía efecto eximente alguno en los delitos y faltas militares, lo que repite el actual art. 185, inc. 1º, del código militar español. Semejante disposición es absurda, porque nadie puede pretender que en situación totalmente límite y particularmente respecto a hombres con escasa preparación, no pueda tener el miedo un efecto exculpante. Sin embargo, en nuestro derecho, resulta claro que al militar se le exige que supere el miedo en mayor medida que al civil, por consiguiente, hay supuestos en que la caída en un estado de descontrol le es reprochable (cuando en la misma circunstancia no le sería reprochable a un civil) y hasta puede determinar una circunstancia agravante. La mayor exigibilidad frente al estímulo capaz de generar miedo proviene, claramente, tanto del particular entrenamiento y conocimiento del militar como del mayor contenido injusto del hecho, derivado de la posición garantizadora del sujeto⁷⁶.

485. Inimputabilidad y emoción violenta. La fórmula de la emoción violenta, que nuestro texto consagra como atenuante para el homicidio (art. 81 inc. 1º) y las lesiones (art. 93), a nuestro juicio es un claro supuesto de culpabilidad disminuida, cuya fórmula general no admite nuestro código. Si bien hay una tradición legislativa a su respecto, puesto que el código Tejedor consagraba un principio por entero similar en su art. 197, por cierto que muy bien redactado, no es menos cierto que pareció en un comienzo ser una novedad y dio lugar a las interpretaciones más dipares.

El art. 197 del código Tejedor decía: "La pena será tres años de prisión si el muerto mismo provoca el acto homicida con ofensas o injurias ilícitas y graves, o si en el momento del hecho el homicida se hallaba en estado de furor sin culpa suya y sin que hubiese al mismo tiempo exclusión completa de la imputabilidad". Esta clara disposición de Tejedor provenía del art. 152 del código de Baviera⁷⁷. El mismo código consagra

⁷⁶ V. ZAFFARONI-CAVALLERO, *Derecho Penal Militar*, Bs. As., 1980, pp. 422-4.

⁷⁷ V. VATEL, *Ch.*, pp. 123-4.

un caso especial de emoción violenta en el art. 198, profundamente criticado por nuestra doctrina, dada la forma en que estaba redactado, que era el conyugicidio por adulterio⁷⁸.

En un primer momento, nuestra doctrina, o, mejor dicho, Juan P. Ramos, sostuvo que la emoción violenta sólo podría ser atenuante cuando respondía a "motivos éticos"⁷⁹. Este criterio orientó a nuestra jurisprudencia durante muchos años e hizo que en casos tales como el del concubino que sorprende a su concubina en un acceso carnal, la atenuante no se considerase. Semejante aberración interpretativa fue desechada luego, pero lo más curioso es que Ramos y nuestra doctrina y jurisprudencia parecen haber estado convencidos de que se trataba de una tesis tomada del proyecto suizo—que luego fue código y que tiene una fórmula análoga a la nuestra en su art. 113— cuando en realidad nunca fue tal, ni en el proyecto ni en el código suizo de 1940, pues no pasó de ser una interpretación dada por uno de los integrantes de una de las comisiones a una fórmula, que sólo se aceptó en forma transitoria y alternativa, y que se eliminó en la próxima revisión del texto. De ello surge claramente que la procedencia suiza de esa interpretación es falsa y que jamás la doctrina suiza la sostuvo seriamente.

En la legislación cantonal suiza se conocían diversas fórmulas y sistemas⁸⁰. El art. 50 del anteproyecto de 1893 disponía: "Quien mata dolosamente a un hombre será penado con prisión de 10 a 15 años; cometido el hecho en arrebató pasional la pena será de 3 a 10 años"⁸¹. Stooss explicaba que no era incorrecta la distinción francesa entre homicidio simple y calificado, pero se requería una tercera, que es la que crea el "arrebató pasional"⁸².

En la discusión del anteproyecto Scherb propuso que se impusiese un mínimo de arresto, lo que fue rechazado. Gretener y Gautier propu-

⁷⁸ V. PECO, JOSÉ, *El uxoricidio por adulterio*, Bs. As., 1929.

⁷⁹ La tesis de los motivos éticos y de que la misma tenía origen suizo, entendida casi como interpretación auténtica, partió de un trabajo de JUAN P. RAMOS, *Significación del término "emoción violenta" en el homicidio*, en "Rev. Penal Argentina", Bs. As., 1922, pp. 156-164; también en JA, 16-818. RAMOS hace una casi jactanciosa referencia a los distintos idiomas de la discusión suiza y al número de tomos de la misma, pero en realidad, la discusión del tema que nos interesa ocupa 21 páginas de ese texto. Contra los motivos éticos se expresa GÓMEZ LÓPEZ, ORLANDO, *El delito emocional*, Bogotá, 1981.

⁸⁰ V. STOOSS, KARL, *Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung*, Basel und Genf, 1890, pp. 611-627.

⁸¹ STOOSS, KARL, *Vorentwurf zu einem schweizerischen StGB*, Basel und Genf, 1893; *Motive zu dem Vorentwurf eines schweizerisches StGB*, Basel und Genf, 1893; *Vorentwurf mit Motiven*, Basel und Genf, 1894, con traducción francesa de Alfred Gautier.

⁸² STOOSS, *Vorentwurf mit Motiven*, p. 147.

sieron que marginalmente se distinguiese entre homicidio (*Tötung*), homicidio pasional (*Totschlag*) y asesinato (*Mord*)⁸³. El *Totschlag* queda como último párrafo del art. 52 en el anteproyecto que en edición bilingüe se publica en 1896⁸⁴ y que Teichmann ilustra con bibliografía en 1898⁸⁵.

En 1901 Stooss insiste rechazando la distinción francesa entre homicidio premeditado y no premeditado y sostiene que la premeditación no tiene por qué configurar asesinato, sino que debe establecerse el homicidio calificado (por otras razones), el homicidio simple y el pasional. Es aquí que Stooss aclara que el *Tatbestand* es unitario y que el arrebató pasional no hace más que atenuar la pena⁸⁶.

El anteproyecto de 1896 es revisado y en 1903 aparece su nueva versión en alemán⁸⁷ y en francés⁸⁸, en la cual el tercer párrafo del art. 60 conserva la redacción del tercer párrafo del art. 52 del anteproyecto de 1896⁸⁹. De acuerdo con la bibliografía y los materiales críticos reunidos por Hafter, Nadig criticó el artículo, postulando su restricción al homicidio provocado seriamente por la víctima⁹⁰ y von Liszt había observado que no cualquier arrebató puede atenuar, porque cuando obedece a una nimiedad revela la "peor disposición antisocial"⁹¹.

En 1908 hay una nueva redacción por parte de la Comisión de expertos⁹². En ella el *Totschlag* pasa a ser párrafo 3º del art. 64 conservando su anterior redacción, modificando sólo la penalidad⁹³. En la versión francesa el *Totschlag* se traduce *meurtre par passion* y en la italiana como *omicidio improvviso*, denominación que utilizaba el código *Ticinese* (art. 295 parág. 1 y 3)⁹⁴. Respecto de esa redacción, Thormann propone que se requiera una "seria provocación como causa privilegiante

⁸³ *Schweizerisches Strafrecht, Verhandlungen der Expertenkommission*, Bern, 1896, I, 217-223.

⁸⁴ *Vorentwurf einem schweizerischen StGB nach den Beschlüssen der Expertenkommission*, Bern, 1896, p. 48.

⁸⁵ TEICHMANN, ALBERT, *Bibliographie über der Vorentwurf einem Schweizerischen StGB*, Bern, 1898, pp. 42-44.

⁸⁶ STOOSS, *Bericht über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen StGB nach den Beschlüssen der Expertenkommission*, 2, Teil, Bern, 1901, pp. 1-5.

⁸⁷ *Vorentwurf zu einem Schweizerischen StGB und zu einem Bundesgesetz betreffend Einführung des schweizerischen StGB*, Juni, 1903, Bern, 1903.

⁸⁸ *Avant-Projet de Code Pénal Suisse et de Loi Fédérative concernant l'application du Code Pénal Suisse*, Juni, 1903, Berne, 1903.

⁸⁹ p. 26 de la ed. alemana (*Totschiag*) y 25 de la francesa (*meurtre inspiré par une passion*).

⁹⁰ HAFTER, E., *Bibliographie und kritische Materialien zum Vorentwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbücher*, 1898-1907, Bern, 1908, p. 184.

⁹¹ *Idem*, 185.

⁹² *Vorentwurf zu einem schweizerischen StGB. Neue Fassung der Expertenkommission*, April 1908, Bern, 1909; *Avant-Projet de Code Pénal Suisse, Nouvelle rédaction de la Commission d'Experts*, Avril 1908, Berne, 1909; *Avamprogetto di un Codice Penale Svizzero. Nuova redazione della Commissione di Esperti*, Aprile 1908, Bellinzona, 1911 (hay también una edición alemana, Berlín, 1909).

⁹³ *Idem*, p. 26 de la edición suiza en alemán; p. 25 de la francesa; p. 29 de la italiana y p. 24 de la alemana.

⁹⁴ Cfr. STOOSS, KARL, *Schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung*, Basel und Genf, 1890, pp. 611 y ss.

del *Totschlag*" y Ebermayer pretende que la diferencia entre homicidio y *Totschlag* se establezca según que el autor al tiempo de la decisión y ejecución se halle en "una excitación anímica suscitada por causas justificadas"⁹⁵. Esta expresión "causas justificadas" fue la que luego tomó Thormann para fundar su aislada opinión sobre los motivos éticos.

Se siguió trabajando sobre el proyecto de 1908 y en 1913 (el lunes 14 de abril a las 8.30 horas) la Segunda Comisión de Expertos trató el tema en definitiva, sobre la base del Proyecto de la Comisión de Redacción de marzo de 1913, en que se había introducido una reforma de fundamental importancia: art. 64 bis: "Matando el autor en un violento movimiento del ánimo *disculpable* conforme a las circunstancias..."⁹⁶. En alemán: "Totet der Täter in einer nach den Umständen *entschuldbaren* (subrayado en el original: "disculpable según las circunstancias") *heftigen Gemütsbewegung*..." En esta redacción se cambia el "leidenschaftlicher Aufwallung" (arrebato repentino) por el "violento movimiento de ánimo" (*heftigen Gemütsbewegung*) y se agregó "disculpable según las circunstancias" (*Nach den Umständen entschuldbaren*). En la versión francesa se sigue hablando de *meurtre par passion*⁹⁷. Sobre la versión de 1908 se habían introducido modificaciones en la reunión celebrada en Lugano e insistido en el empleo de la voz "gerechtfertigt" (justificable) en lugar de "entschuldbar" (disculpable), que es la que se aplica ahora. Zürcher explica que "justificada" es "pedir demasiado"⁹⁸, en lo que coincide Gautier, que sostiene que debe exigirse que "l'emotion soit excusable"⁹⁹, cerrándose de este modo la segunda discusión de este artículo en 1913. El mismo texto, con una pequeña modificación de estilo, pasa al proyecto de 1915 como art. 104¹⁰⁰, quedando como art. 105 del anteproyecto de 1916¹⁰¹, pása a ser art. 100 del proyecto definitivo y 113 del código suizo de 1937, hoy vigente. El referido texto dice: "Habiendo matado el autor en un violento movimiento de ánimo, disculpable según las circunstancias, será penado con reclusión hasta diez años o con prisión hasta cinco años"¹⁰².

⁹⁵ HAFTER, ERNST, *Bibliographie und kritische Materialien zum Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbucher*, Bern, 1912, pp. 6-66. Como se ve, lo de las "causas justificadas", que luego haría suyo Thormann para fundar su "motivo ético", pertenece a Ebermayer.

⁹⁶ *Schweizerischen Strafgesetzbuch, Code Pénal Suisse, Protokoll der Zweiten Expertenkommission*, t. III, abril 1913, Zürich, p. 4.

⁹⁷ *Idem*, p. 5.

⁹⁸ *Idem*, p. 38.

⁹⁹ *Idem*, p. 40.

¹⁰⁰ *Zweiter Bellagenband zum Protokoll der zweiten Expertenkommission*, Zürich, 1917, p. 38 en alemán y 39 en francés.

¹⁰¹ *Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch. Fassung der zweiten Expertenkommission, Oktober 1916*, Zürich, pp. 70-71.

¹⁰² *Texto alemán*: Totet der Täter in einer nach den Umständen entschuldbaren heftigen Gemütsbewegung, so wird er mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Gefängnis von einem bis zu fünf Jahren bestraft. (*Totschlag*).

Texto francés: Si le délinquant a tu alors qu'il était en proie à une émotion violente et que les circonstances renraient excusable, il sera puni de la

La revisión que hizo la Segunda Comisión de Expertos que fue la que generó el art. 64 bis, tuvo lugar el 19 de septiembre de 1912¹⁰³.

Conviene detenerse un tanto en esta discusión, porque ella ha dado lugar a malentendidos en nuestra doctrina, particularmente a la desafortunada restricción por vía de "motivos éticos"¹⁰⁴.

El art. 64 del anteproyecto, que se toma en cuenta como base de discusión decía: "matando el autor en repentino arrebato, la pena será de reclusión hasta diez años o de prisión de uno a cinco años"¹⁰⁵. La propuesta Müller rezaba: "64 bis: "Quien dolosamente, aunque sin premeditación, mata a un hombre, será penado de la siguiente manera: 1) Actuando el autor por sed de sangre, por codicia, con crueldad, alevosamente, con empleo de veneno, explosivo o fuego, con reclusión no menor de quince años o con reclusión perpetua; 2) En todos los otros casos con prisión hasta de diez años"¹⁰⁶. La propuesta Lang decía: "63, 3er. párrafo: "Habiendo decidido y ejecutado el hecho el autor en una violenta excitación del ánimo, será penado con prisión de dos a cinco años o con hasta ocho años de reclusión"¹⁰⁷. La propuesta Hafter, que fue la que nos creó el problema, expresaba: "64, 3er. párrafo: "Matando el autor en un violento impulso anímico justificado, la pena será hasta de diez años de reclusión o de uno a cinco años de prisión"¹⁰⁸.

En la discusión Zürcher y Gautier defienden la tripartición del artículo original¹⁰⁹. Müller defiende su punto de vista sosteniendo que los casos de repentino arrebato no merecen mención especial. Afirma que no se trata de un concepto, sino de una imagen y, por otra parte, está contemplado como atenuante en el art. 50 del anteproyecto¹¹⁰. Lang funda su postura en la crítica de Liszt¹¹¹. A esta altura del debate se formulan dos propuestas más: *Propuesta Thormann*: "Matando el autor en un violento movimiento del ánimo justificado por las circunstancias..."; *Propuesta Gabuzzi*: "Si ha actuado a consecuencia de cólera o de un dolor violento producido por una provocación u ofensas injustas..."¹¹². Thormann, que es el que más problemas ha causado porque

réclusion pour dix ans plus ou de l'emprisonnement pour un á cinq ans. (*Meurtre par passion*).

Texto italiano: Se il colpevole ha ucciso cedendo a una violenta commozione dell'animo scusabile per le circostanze, é punito con la reclusione fino a dieci anni o con la reclusione fine a dieci anni o con la detenzione da uno a cinque anni. (*Omicidio passionale*).

¹⁰³ *Protokoll der Zweiten Expertenkommission*, II, Luzern, 1913, pp. 146-167. Sobre Bibliografía y materiales de la época, Zürcher. *Bibliographie und kritische Materialien zu den Entwürfen eines zweizerischen Strafgesetzbuches*, *Vierte Fortsetzung*, 1912-1923, Bern, 1924, pp. 63-64.

¹⁰⁴ V. los referidos trabajos de JUAN P. RAMOS, cit.

¹⁰⁵ *Protokoll* . . . , II, 146.

¹⁰⁶ *Protokoll* . . . , II, 147.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Idem*, 147-151.

¹¹⁰ *Idem*, 152.

¹¹¹ *Idem*, 155.

¹¹² *Ibidem*.

Ramos entendió erróneamente que impuso su criterio, fundaba el mismo de la siguiente manera: "No me parece aceptable el momento privilegiante de arrebató repentino. Precisamente, no queremos privilegiar los homicidios repentinos. Estos autores son justamente más peligrosos. Quisiera colocar mejor por el impulso anímico justificado por las circunstancias, que haga aparecer disculpable el hecho por un motivo ético"¹¹³. Pese a esto, en la segunda lectura (14 de abril de 1913), el artículo no reza "justificada", sino "disculpable", y con ello resulta de toda evidencia que la famosa propuesta de Thormann no fue aceptada¹¹⁴.

Los "motivos éticos" no desempeñan ningún papel en la doctrina y en la legislación suizas, porque la "justificación" —que estaba también en la propuesta Hafter— y que hace que Thormann estime que Hafter está de acuerdo con él¹¹⁵, no aparece en la fórmula aprobada. Tan cierto es esto que salvo Thormann, que ya sancionado el Código insiste en que hay un "momento ético"¹¹⁶, los demás autores no hacen referencia al mismo¹¹⁷. Requerir una "motivación ética" cuando la ley no la requiere y cuando no hay argumentos dogmáticos o exegéticos en que sustentar la exigencia, basándose en una fracasada moción en el seno de la comisión redactora del precepto adoptado, y sobre la que no insiste tampoco la doctrina del país en que se la propuso, nos parece carente de cualquier sentido. Insistimos en que esto obedece a que ni en Suiza ni en la Argentina triunfó la enmienda o propuesta Thormann. Ello se debe a que en la votación de la primera lectura quedó la palabra "justificada" referida a la emoción violenta (aunque con "comprensible" o "explicable"), pero en la redacción suiza que surge de la segunda lectura se utiliza "disculpable" o "excusable", que es otra cosa muy diferente. De allí que ni la discusión del referido texto suizo en 1912 y mucho menos la ponencia de Thormann constituyan "interpretación auténtica", como pretendía Ramos¹¹⁸ y ni siquiera tengan cualquier relevancia, como no sea la de una alternativa de la gestión histórica del precepto.

¹¹³ Idem, 156.

¹¹⁴ En ocasión de la primera lectura se la había aceptado en la votación final de la sesión, pero alternativamente con otras: *Begreiflichen* y *erklärlichen* (comprensible y explicable). Con posterioridad en la segunda lectura, se volvió al texto original a este respecto (*Protokoll*..., II, 165).

¹¹⁵ *Protokoll*..., II, 156: "Hafter creo que está de acuerdo con mi formulación".

¹¹⁶ THORMANN, VON OVERBECK, *Das schweizerische StGB*, Zürich, 1941, II, pp. 12-13.

¹¹⁷ Así, HAFTER, ERNST, *Schweizerisches Strafrecht, Bes. Teil, I*, Berlín, 1937, pp. 17-18; WALDER, H., *Der Affekt und seine Bedeutung im schweizerischen Strafrecht*, en "Zweizerische Zeitschrift für Strafrecht Revue Pénal Suisse", 81 (1965), pp. 24-67; SCHWANDER, VITAL, *Das schweizerische StGB*, Zürich, 1952, pp. 236-237; CLERC, FRANCOIS, *Cours élémentaire sur le Code Pénal suisse, Partie Spéciale*, Lausanne, 1943, pp. 22-23; PETRZILKA WENNER-ZÜRCHER, *Erläuterungen zum Schweizerischen StGB*, Zürich, 1942, pp. 122 y ss.; etc.

¹¹⁸ RAMOS, JUAN P., en JA, 1925, 16-818, Ramos formula esta afirmación porque no tuvo en cuenta la segunda lectura (*Protokoll*..., t. III, pp. 4 y ss).

No terminaron tampoco allí las tribulaciones de nuestra "emoción violenta", sino que fue bastante difícil, en un medio en que campean los simplismos patéticos del positivismo italiano, aclarar que la emoción violenta es un estado de perturbación de la consciencia que, precisamente, *no debe alcanzar el grado de inimputabilidad, como bien decía el código Tejedor en forma expresa.*

En tiempo reciente ha venido a complicar también el entendimiento del problema la afirmación de que lo excusable es el homicidio y no el estado de emoción violenta. Por nuestra parte, no nos cabe duda alguna de que lo "excusable" debe ser el estado de emoción violenta y no el homicidio, acerca de lo que es coincidente tanto la doctrina suiza¹¹⁹ como la argentina¹²⁰.

Nuestro entendimiento se deduce del mero análisis exegético del texto. En el texto alemán "entchuldbaren" sólo puede referirse a la "heftigen Gemütsbewegung"; en el francés "excusable" corresponde a "emotion violente" y en italiano "scusabile" debe ser la "violenta commozione dell'animo". En nuestro texto sucede lo mismo: "al que matare a otro encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieran excusable". Si la "excusabilidad" no se refiriese a estado de emoción violenta sino a la conducta homicida, el precepto ostentaría redacción diversa, pues "al que matare a otro que las circunstancias hicieran excusable" no es una proposición, toda vez que carece de sentido. La afirmación de que "la ley argentina deja al intérprete sin guía alguna"¹²¹, a este respecto carece de asidero frente al mero análisis exegético.

El argumento que criticamos se funda en que lo excusable no puede ser la emoción "por ser un fenómeno del mundo del ser" que "no puede valorarse desde un enfoque ético, porque es neutro a ese valor"¹²². Aparte de que es harto discutible lo de "enfoque ético" (se trata de una valoración jurídica y no ética), es insostenible: tan "fenómeno del mundo del ser" como la emoción violenta es la alienación mental, la muerte de un hombre y, por supuesto, cualquiera de las conductas humanas que desvalora el derecho. Es absurdo sostener que los valores jurídicos pueden

¹¹⁹ "La emoción debe ser excusable" (CLERC, FRANCOIS, op. cit., p. 122); "Lo disculpable debe ser la emoción violenta" (PETRZILKA-WERNER-ZÜCHER, op. cit., p. 122); "No es el hecho lo que debe ser disculpable, sino las circunstancias" (THORMANN-VON OVERBERCK, op. cit., II, p. 12); la causa del privilegio es la "disculpable emoción violenta" (HERREN, RÜDIGER, *Die Gesinnung im Rahmen der vorsätzlichen Tötungsdelikte, insbesondere beim Mord*, Basel, 1966, p. 51); "resulta claro que en el homicidio emocional sólo se habla de la excusabilidad de la emoción y no de la excusabilidad de la conducta homicida" (WALDER, H., op. cit., p. 36); en igual sentido la jurisprudencia suiza (Tribunal de Casación, 6-5-1955, in-re "Christen gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich", en *Arrets du Tribunal Fédéral Suisse*, 81 (IV), 1955, Lausanne, pp. 150-156).

¹²⁰ Así, LEVENE (H.), RICARDO, *El delito de homicidio*, Buenos Aires, 1970, p. 284; SOLER, III, 74.

¹²¹ PEÑA GUZMÁN, op. cit., p. 10.

¹²² Idem, p. 225.

recaer sólo sobre “fenómenos del mundo del deber ser”. Que de la emoción se ocupa la psicología —que no es una “ciencia valorativa”— no puede deducirse que no pueda ser objeto de valor o desvalor jurídico: la muerte es un fenómeno del que también se ocupan la biología, la filosofía, la teología, etc.

La emoción violenta es un estado de perturbación de la consciencia que de modo alguno debe alcanzar la intensidad del que es causa de inimputabilidad, pues en tal caso opera directamente el inc. 1º del art. 34 CP. No hay, por ende, pautas fijas para el mismo. Es insostenible la afirmación de que no se compadece con una memoria pormenorizada ^{122 bis}, puesto que la intensidad de la vivencia puede dejar una huella mnémica bien marcada. Tampoco puede afirmarse que es incompatible con la fuga posterior del autor, ni con su actuar posterior sereno, puesto que no se configura con un arrepentimiento posterior ni tiene por qué continuar un tiempo determinado.

Ni siquiera puede sostenerse que no debe haber pasado un lapso prolongado entre el motivo de la misma y el hecho ^{122 ter}, porque bien puede acontecer que el motivo haya actuado inhibitoriamente en un comienzo y que luego haya estallado en ímpetu, o que la inhibición sufrida el día anterior estalle en ímpetu violento al día siguiente, ante la sola presencia de quien le dio origen. Estas son cuestiones que dependen de las circunstancias y de las características personales de cada sujeto, que el juez deberá valorar adecuadamente, para determinar si en efecto, el sujeto sufrió una disminución de sus frenos inhibitorios que le dificultaba la comprensión de su acto.

El efecto de la emoción violenta es la dificultad para actualizar la comprensión de la antijuridicidad en forma de motivarse en ella, pero debe tenerse presente que la posibilidad siempre debe existir, porque de lo contrario no habría culpabilidad.

La diferencia que media entre la emoción violenta y el trastorno mental transitorio, es la que hay entre una causa de atenuación de la culpabilidad y una causa de inculpabilidad: en la emoción violenta aún hay exigibilidad, en el trastorno mental transitorio no la hay.

Planteado el problema de esta manera, resulta claro que la emoción violenta no se trasmite a los partícipes, salvo que la hayan padecido

^{122 bis} Cfr. GÓMEZ LÓPEZ, ORLANDO, *El delito emocional*, Bogotá, 1981, p. 341.

^{122 ter} Idem, pp. 249-251.

ellos mismos. No consideramos que esto sea ninguna "injusticia", como afirma Peña Guzmán¹²³, porque tampoco hay "injusticia" alguna en que quien participe en el homicidio cometido por un inimputable no se beneficie con la inimputabilidad del autor. Nos parece inconcebible que la emoción violenta sea planteada como un problema de tipicidad, tal como lo hacía Fontán Balestra¹²⁴, pues la perturbación de la consciencia es un fenómeno que bajo ningún concepto puede entrar en la tipicidad subjetiva, como no sea que se pretenda quebrar la valla que separa al injusto de la culpabilidad, renunciando así a todo intento de estratificar teóricamente el delito o sembrando una serie de dudas bien terribles al introducir componentes motivacionales y anímicos en el injusto.

486. **El viejo planteo de los intervalos lúcidos.** Los llamados "intervalos lúcidos", es decir, aquellos momentos en que el enfermo mental parece haber recuperado el normal funcionamiento de la consciencia, deben distinguirse cuidadosamente de la remisión efectiva de una enfermedad mental. Para la psiquiatría contemporánea, los primeros son episodios que no pueden tomarse seriamente en cuenta para la responsabilidad penal del sujeto, careciendo incluso de todo valor en el campo mismo de las ciencias¹²⁵. No obstante, la vigencia de la capacidad psíquica durante los mismos se mantiene en algunos códigos antiguos (Chile, art. 10; Portugal, art. 41), en tanto que ha desaparecido de muchas legislaciones, aunque frecuentemente en tiempos sumamente recientes, habiendo sido tan profunda la convicción tradicional, que el *Corpus Juris Canonici* se vio precisado a rechazarla expresamente: "Los que están habitualmente locos, aunque de vez en cuando tengan intervalos lúcidos, o aunque en ciertos y determinados raciocinios y actos parezcan cuerdos, se presume, sin embargo, que son incapaces de delito" (Canon 2201, n. 2).

Entre nosotros le reconocía importancia Tejedor¹²⁶, aunque con serias dudas. La fuerza de este argumento provenía del derecho romano en el que, pese a que los romanos no se ocuparon mucho de las cuestiones psicológicas, repararon en especial en ésta, consagrando la responsabilidad penal en el intervalo lúcido en la ley 14 del Digesto. La regla se mantuvo con los prácticos pese a que Farinaccio aclaraba que en casos de duda, debía entenderse que el hecho se había cometido durante la enfermedad. Lo cierto es que en el siglo pasado, muchos códigos hicieron la salvedad del "intervalo lúcido", entre ellos el español de 1850, de donde pasó a buen número de textos latinoamericanos. Otros hablaban de "lo-

¹²³ PEÑA GUZMÁN, op. cit., 85 y ss.

¹²⁴ FONTÁN BALESTRA, *Emoción Violenta*, en "Enc. Jur. Omeba", IX, 1017.

¹²⁵ Cfr. WEYGANDT, W., *Psiquiatría Forense*, Barcelona, 1940, pp. 22-3.

¹²⁶ V. nota al inc. 2º del art. 147 del proyecto de Tejedor.

cura intermitente” —como el mexicano de 1871—, en tanto que otros recalcaban “en el momento del hecho” con la clara intención de hacer una referencia a los mismos (así Tejedor, art. 64 del código francés)¹²⁷.

En la doctrina se habían intentado generalizaciones absurdas. “Algunos juristas quisieron reducir a una teoría fija la imputabilidad del hombre en los intervalos lúcidos y dijeron que debía tomarse como criterio diferenciador la duración proporcional. Enseñaban que si la duración del acceso maniaco era igual o más larga que el intervalo lúcido, no había imputabilidad, la que debía admitirse sólo “cuando los intervalos lúcidos durasen más que el acceso”¹²⁸.

No obstante, desde comienzos del siglo pasado se había observado una clara tendencia a superar estas absurdas creencias. Foderé había observado que en los delirios la remisión era más aparente que real: “el delirio agudo —decía— es menos periódico; y si alguna vez se cree que está disipado, es porque hace mucho tiempo que no se ha hablado de los objetos que lo excitan”¹²⁹. De allí que hayan sido numerosos los autores que, si bien no los rechazaban de plano, se inclinaban a creer que en la generalidad de los casos había que entender que el sujeto había actuado bajo los efectos de la enfermedad¹³⁰ y, en cualquier supuesto, asignarle el valor de una atenuante¹³¹.

Por supuesto que hoy la vieja idea del “intervalo lúcido” está totalmente abandonada, lo que no implica que una parte de su problemática se conserve como serio problema médico-forense y procesal. Nos referimos concretamente a los casos de remisión de algunas psicosis, como puede ser la esquizofrenia, en que el sujeto siempre parece conservar una cierta “cicatriz esquizofrénica” que se percibe a nivel afectivo. De cualquier manera, el problema se plantea en nivel distinto y desde un punto de vista radicalmente diferente.

487. El antiguo planteo de la “parcialización de la consciencia”. El *delirio*, que etimológicamente significa “desviarse”, “salirse del surco”¹³², tiene dos sentidos: el de estado confusional provocado generalmente por intoxicaciones o infecciones, temperaturas

¹²⁷ En este sentido, por ej., la expresión *au temps de l'action*, en CARNOT, *Commentaire sur le Code Pénal*, París, 1836, I, 249.

¹²⁸ CARRARA, *Programma*, § 250.

¹²⁹ FODERÉ, FRANCISCO MANUEL, *Las leyes ilustradas por las ciencias físicas o tratado de Medicina Legal y de Higiene Pública escrito en francés por el ciudadano...* Madrid, 1801, p. 165.

¹³⁰ RAUTER, *Traité théorique et pratique du Droit Criminel Français*, París, 1836, p. 148; LE SELLYER, ACILLE FRANÇOIS, *Traité de Droit Pénal*, París, 1844, p. 101; ROSSI, PELLEGRINO, *Traité de Droit Pénal*, Bruxelles, 1850, p. 262.

¹³¹ CARRARA, § 250.

¹³² GARCÍA BADARACO, JORGE, en VIDAL-BLEICHMAR-USANDIVARAS, “Enciclopedia de Psiquiatría”, Bs. As., 1977, p. 119.

altas, lesiones, es decir, por causas orgánicas y, por otro lado, los fenómenos que suelen caracterizar cuadros de psicosis esquizofrénicas o de delirios crónicos, en que el enfermo toma una idea errónea con una certeza tal que no le permite someterla a ninguna crítica. Por supuesto que siempre habrá de plantearse la cuestión acerca de cuándo estos fenómenos entran dentro del campo de la patología, pero esa es una cuestión que corresponde determinarla a otros especialistas.

Lo cierto es que el enfermo delirante parece seguir un discurso en general coherente, aunque hay otras formas en que el delirio se presenta con mayores componentes de confusión o de imaginación. A las formas delirantes más sistematizadas, es decir, a aquéllas en que el enfermo parece conducirse con mayor coherencia, suele llamársela *paranoide*¹³³.

El delirio siempre llamó poderosamente la atención, en particular porque el enfermo puede dar la apariencia de lucidez y claridad de pensamiento, muy frecuentemente en varios temas distintos de la temática delirante, y aún respecto de ésta, en caso de ser verosímil la afirmación de que parte. Esto hizo que los psiquiatras del siglo pasado se ocuparan de estudiar y clasificar las ideas delirantes y llegaron a concebir una alienación parcial, limitada a la temática delirante, que Esquirol llamó "monomanía". La lógica consecuencia de concebir que había una "locura parcial" era también que, parcialmente, se conservaba una consciencia normal y, en el plano penal, la responsabilidad quedaba intacta respecto de cualquier hecho que no se vinculase a la idea delirante.

La explicación que por ese tiempo se pretendía dar a este fenómeno es más que curiosa. Foderé decía lo siguiente: "Por bien organizado que esté el sensorio o sea, el departamento general de todos los nervios que sirven para la sensación, necesita continuamente de cierta tensión que no sea ni demasiado débil ni demasiado fuerte, sino que esté siempre en equilibrio; porque la tensión general demasiado fuerte destruye la asociación de las ideas, subiéndolas a un tono muy alto y produce el delirio agudo general; más si el exceso de tensión es sólo parcial, resultará también el delirio agudo, pero con la diferencia de que sólo recaerá sobre aquellas ideas con que tenga relación la parte enferma del sensorio"¹³⁴.

¹³³ Sobre el discutido concepto de "paranoia" (que muchos niegan como entidad nosotóxica autónoma), KOLLE, 169; BLEULER, 473; JASPERS, 488; REICHARDT, 291; LANCELÜDDECKE, 338; WEITBRECHT, 112; FISH-CARSTALRS, 126; WIECK, 273; HENDERSON-GILLESPIE, 289; CAMERON, NORMAN, en *Am. Handbook of Psychiatry*, I, 508. Sobre delirio y derecho penal: VALENCIANO GAYA, LUIS, *Problemas médico-forenses de las psicosis delirantes*, en "Psiquiatría y Derecho Penal", autores varios, Madrid, 1965, p. 90-120.

¹³⁴ FODERÉ, FRANCISCO MANUEL, op. cit., I, 162-3.

Jurisconsultos de la talla de Carrara y de Mittermaier sostenían soluciones en consonancia con estas tesis. Mittermaier parece haber rectificado posteriormente su posición, pero Carrara se mantuvo en ella y frente al caso de un joven que pasó 27 años lavándose las manos cada hora, por creer que una moneda de cobre oxidado se las había contaminado, respondía que si hubiese dado muerte a alguien que hubiese querido restregarle el cobre por las manos, lo hubiese absuelto, pero si hubiese violado a una mujer lo hubiese condenado¹³⁵.

De esta desafortunada teoría se hizo cargo entre nosotros Tejedor: "Está reconocido —decía— que puede haber ausencia de razón relativamente a ciertos objetos, sin que respecto de los demás haya una alteración sensible en las facultades intelectuales"¹³⁶.

No obstante, esta teoría era ya combatida en la ciencia médica de su tiempo, particularmente por Morel y Falret¹³⁷.

Por el camino de esta tesis estaba la que consagraban las famosas *M'Naghten Rules* del derecho anglosajón, que habían sido establecidas en 1843, como consecuencia del "caso M'Naghten", un delirante que mató a un secretario del Primer Ministro, pues se sentía perseguido por el gobierno inglés y el Papa¹³⁸. Una de las respuestas de los jueces consagrada en estas reglas, de no ser dramática, sería francamente ridícula: "En caso de un delirio solamente parcial, y si el individuo para todo lo demás no es vesánico, su situación en cuanto a su responsabilidad es la misma que si los fenómenos imaginarios de su delirio fuesen reales. Por ejemplo, bajo la influencia del delirio, un individuo se imagina que alguien intenta actualmente arrebatarse la vida, y creyéndose en legítima defensa, asesina a su presunto agresor; el caso es excusable y nula la responsabilidad. Empero, si su delirio consiste en creer que el hombre asesinado había difamado gravemente su reputación y comprometido su posición social, y que él hubo de asesinarle por venganza en razón de estos agravios imaginarios, debe serle aplicada la pena legal"¹³⁹.

Ya entrado nuestro siglo, los tribunales españoles condenaron a Aurora Rodríguez, una psicótica que en 1934 dio muerte a su hija por querer apartarse del camino de "redención" que le había trazado desde

¹³⁵ CARRARA, *Programma*, § 249, nota 2; en parecido sentido Rossi, op. cit., ed. de París, 1863, pp. 43-47 del t. II.

¹³⁶ TEJEDOR, *Curso*, 1860, I, 45.

¹³⁷ MOREL, *Traité des maladies mentales*, París, 1861; FALRET, *Des maladies mentales et des asiles d'aliénés*, París, 1864.

¹³⁸ Sobre las reglas MC NAGHTEN, TURNER, CECIL, *Russell on crime*, 10ª ed., London, 1950, 50 y ss.; MAUDSLAY, H., *El crimen y la locura*, Valencia, s.f.; GILES, F. T., *The Criminal Law*, London, 1961; SCHMIDEBERG, en "The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science", Chicago, 52, 3, 1960, pp. 328 y ss.; sobre la reforma penal inglesa de 1948 al respecto, FRY, M., en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", París, 1951, 619; también, ZAFFARONI, en DPC, 31, 1969, 82-4; DAMIANOVICH, LAURA T. A., *Las fórmulas de la imputabilidad en el derecho anglosajón*, en LL, 132 (1968), 1324 y ss.

¹³⁹ MAUDSLEY, H., *El crimen y la locura*, trad. de Francisco Lombardia y Sánchez. Valencia, s.f., p. 108.

antes de su concepción y para el que la había preparado toda su vida¹⁴⁰. La sentencia se fundaba, justamente, en la lucidez de la mujer, la que, a los pocos meses debió ser trasladada a un manicomio.

También en nuestro siglo, Mario Carrara planteó un problema que preocupó a juristas y psiquiatras y que puso nuevamente sobre el tapete la teoría de la parcialización de la consciencia. Sostenía Mario Carrara —en tiempos en que la endocrinología creía haber hallado la solución a todos los problemas— que como la homosexualidad provenía de alteraciones o disfunciones endócrinas, los homosexuales debían ser declarados irresponsables cuando cometían delitos sexuales, admitiéndose en vez su responsabilidad respecto de otras infracciones. La clave era que los delitos sexuales tenían en este caso una base morbosa somática que creían conocida y, por lo tanto, las conductas que respondiesen a esa supuesta falla somática no podían ser consideradas de la misma manera que el resto¹⁴¹. La base somática de Mario Carrara era tan ilusoria como la explicación de Foderé.

Como es natural, la tesis central de la “monomanía” o teoría de la parcialización de la consciencia no tiene hoy más valor que el puramente histórico¹⁴². Por más que se discute con gran ardor la etiología del delirio y abundan las interpretaciones a su respecto, no cabe duda, para la ciencia de nuestros días, que el delirio compromete toda la actividad psíquica. Una de las tesis —y no de las menos aceptadas— sostiene que responde a las mismas causas que la esquizofrenia hebefrénica, que sería un “dejarse caer” frente a la despersonalización, en tanto que el delirio sería un esfuerzo del psiquismo por mantenerse armado frente a la misma¹⁴³.

488. La psicopatía. Uno de los conceptos más discutidos y problemáticos tanto en nuestra disciplina como en la psiquiatría, es el del psicópata¹⁴⁴. Los sentidos con que se ha empleado la ex-

¹⁴⁰ V. el relato de su defensor, MARINO LÓPEZ LUCAS, transcripto por EFRAIN TORRES CHAVES en *La premeditación*, Quito, 1965; también EDUARDO DE GUZMÁN, *Hildegart en su obra y su tiempo*, en pp. 7 a 26; de HILDEGART, *La rebeldía sexual de la juventud*, Barcelona, 1977.

¹⁴¹ CARRARA, MARIO, *La base biologica dell'imputabilità penale*, en “Scritti in onore di Ferri”, Torino, 1929, 58 y ss. Esta tesis fue compartida por MARIANO RUIZ FUNES, *El delincuente y la justicia*, Bs. As., 1944, pp. 93-97.

¹⁴² Cfr. VALENCIANO GAYÁ, LUIS, en autores varios, “Psiquiatría y Derecho Penal”, Madrid, 1965, pp. 119-120.

¹⁴³ V. “Enciclopedia de psiquiatría”, acit., p. 127.

¹⁴⁴ Sobre psicopatías, SCHNEIDER, op. cit.; MCCORD, WILLIAM-MCCORD, JOAN, *El psicópata*, Bs. As., 1966; PATIÑO ROJAS, JOSÉ LUIS-HUESCA LAGUINES, DARIO, *La personalidad psicopática*, en DPC, 1965; PÉREZ DE PETINTJ Y BERTOLOMEU, *El hombre, su carácter anormal y el hecho delictivo*, Madrid, 1968; KALLWASS, WOLFGANG, *Der Psychopat*, Berlin-Heidelberg, 1969; ZAC, JOEL, *Psicopatía*, I, Bs. As., 1977 (este trabajo es sumamente importante); KOLLE, KURT, p. 54; HEINRI EY-P. BERNARD-CH. BRISSET, 234; QUIROZ CUARÓN,

presión son harto diversos, lo que ha hecho que la problemática penal a su respecto no siempre resultase claramente planteada. No obstante, puede hoy plantearse el problema con un poco más de claridad, porque, en cierta medida, hay una mayor precisión conceptual.

Acabamos de referirnos a planteamientos del siglo pasado que hoy parecen poco menos que ridículos, conforme a los cuales se creía que el enfermo que eventualmente parecía razonar normalmente era considerado responsable, sea que esa apariencia fuese dada por un "intervalo lúcido" o por una temática distinta de la delirante. Estas posiciones están vinculadas todas a la teoría del "*loco bestia feroz*", es decir, a la creencia de que el "loco" sólo es irresponsable cuando puede asemejarse a una "bestia feroz", cuando carece de toda capacidad de razonamiento¹⁴⁵. Por esta vía, la única incapacidad que se reconocía como relevante era lo que hoy llamamos involuntabilidad y error de tipo psíquicamente condicionado, pero la inimputabilidad como incapacidad de culpabilidad no tenía relevancia alguna¹⁴⁶.

El origen de la tesis según la cual el "loco" era penalmente irresponsable sólo cuando era una "bestia feroz" está en la teoría que establecía como rango antropológico diferencial a la razón. Para el racionalismo era "locura" y pérdida de carácter humano todo aquello que iba contra la razón¹⁴⁷, lo que hizo que se viese sólo como enfermedad mental aquella que afectaba la esfera intelectual del hombre, hasta el punto de convertirlo en una "bestia salvaje". Mientras el hombre conservaba el razonamiento no cabía conside-

Medicina Forense, 677; JOSÉ A. SAURI, en VIDAL-BELICHMAR-UZANDIVARAS, op. cit., p. 535; SPOLANSKY, NORBERTO, *Imputabilidad y comprensión de la criminalidad*, Bs. As., 1976 (este trabajo es muy claro y significativo); TOZZINI, CARLOS A., *El problema de la responsabilidad penal de las personalidades psicopáticas*, en "Actas...", Univ. de Belgrano, 1973, pp. 178 y ss.; bibliografía por FERRACUTTI, F.-FONTANESI, M.-MELUP, I.-MINERVINI, G., *Bibliografía sui delinquenti anormali psichici*, Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, Roma, 1967; los trabajos de ALBERCA LLORENTE, RODRÍGUEZ BALLESTEROS Y SUÁREZ MONTES en "Los delincuentes mentalmente anormales", 1962, pp. 37, 537 y 641 respectivamente; ALBERCA LLORENTE en "Psiquiatría y Derecho Penal", Madrid, 1965, 61-2; DARRACINO, GERMÁN ALFREDO, *Personalidad perversa e imputabilidad*, en JA, junio 27, 1961; LÓPEZ IBOR, *La responsabilidad penal del enfermo mental*, Madrid, 1951; CABELLO, VICENTE P., *Impulsividad criminal*, en LL, 119 (1965), pp. 1255 y ss.

¹⁴⁵ Esta tesis ya fue explicada y acertadamente criticada en su tiempo por MAUDSLEY, op. cit., p. 104.

¹⁴⁶ Sobre las trágicas consecuencias de esta confusión de niveles ya hablamos en nuestro trabajo, *La capacidad psíquica de delito*, cit.

¹⁴⁷ Cfr. FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la locura*, cit.

rarlo irresponsable. Pese a que los médicos ya sabían que muchas veces no era más que una apariencia de razonamiento normal, los juristas tardaron casi un siglo en comprenderlo, aunque al fin lo hicieron.

En ese tiempo, entre médicos y juristas había cundido el positivismo, es decir una visión del mundo mecanicista, propia del materialismo ingenuo, pero se veía reforzada por algunos logros en el dominio de la naturaleza ¹⁴⁸. Para esa cosmovisión, lo primordial seguía siendo la esfera intelectual, es decir, la facultad que permitía captar la causalidad mecánica de los fenómenos. Esto permitió salir de la teoría del “loco feroz” y pasar a otra, según la cual el ámbito de la irresponsabilidad penal se extendía a todos los que conservaban cierto raciocinio pero que eran incapaces de alcanzar con él la explicación causal del mundo. El ámbito de la enfermedad se amplía, pero siempre limitado al plano intelectual. Una vez más podemos decir, sin embargo, que los médicos habían observado que había sujetos con gravísimas perturbaciones en la esfera afectiva, pero, no obstante, los juristas se negaban a reconocer importancia a las mismas ¹⁴⁹.

Lo cierto es que, en gran medida, aún estamos en esa etapa en la jurisprudencia penal, como lo demuestra la circunstancia de que en nuestro medio aún se conserve la idea de que “comprensión de la criminalidad” equivale a “conocimiento” de la misma, lo que se empalma con la tesis “alienista” de la enfermedad mental, tal como lo hemos expuesto antes ¹⁵⁰. Consecuencia directa de esta tesis es negarle relevancia, precisamente, a la psicopatía, aún cuando se la caracterice como la más grave de las anomalías de la esfera afectiva del sujeto, o creer que la misma no genera inimputabilidad porque impide la comprensión, sino porque impide la adaptación de la conducta a esa comprensión.

La moderna corriente de la escuela antropológica en psiquiatría, al igual que otras corrientes anteriores que también conservan vigencia, tienen por cierto, desde hace varias décadas —puede decirse que muy claramente desde fines del siglo pasado, particularmente con las investigaciones psicoanalíticas— que el concepto de enfermedad mental excede en mucho la mera alteración de la esfera intelectual, archivando además, los viejos conceptos de las entida-

¹⁴⁸ V. *supra*, §§ 145, 146.

¹⁴⁹ MAUDSLEY oponía a la “locura intelectual o locura de las ideas” la “locura afectiva” y se quejaba de la incomprensión e ignorancia de los juristas (op. cit., p. 79).

¹⁵⁰ V. *supra*, § 481.

des nosotáxicas psiquiátricas como cuadros de síntomas, para tratar de captarlos como formas de vivencias del paciente. Por distintas que sean las corrientes contemporáneas, dispares sus explicaciones, su terminología, sus bases teóricas y sus técnicas terapéuticas, lo cierto es que a ninguna se le ocurre afirmar que puede alterarse una manifestación del psiquismo y que conserven su integridad absoluta las restantes, sino que se entiende que el deterioro es de la persona, sólo que haciéndose más manifiesto en uno que en otro aspecto. Hechas estas advertencias, trataremos de conceptualizar someramente la psicopatía.

Pese a los distintos sentidos que se ha dado a la *psicopatía*¹⁵¹, podemos caracterizarla aproximativamente siguiendo la descripción hecha en uno de los más completos trabajos de nuestro medio¹⁵².

La sintomatología psicopática se manifiesta de modo bien diferente de la neurótica, puesto que el psicópata manifiesta su personalidad "sin darse cuenta de su carácter patológico ni de lo que está manifestando". Como componente más evidente de la conducta del psicópata hallamos su actitud básica agresivamente antisocial. No obstante, no resulta sencillo descubrir la grave perturbación de su personalidad, porque una de las más salientes características de su patología es su capacidad para "encubrir su enfermedad con una convincente máscara de salud". "Para su observador exterior todos sus rasgos de personalidad pueden aparentar los de una persona común que cualquiera puede conocer"¹⁵³. Ello obedece a que el psicópata está dotado de una gran capacidad "seductora".

La conducta del psicópata no parece obedecer a un plan hecho sobre la base de experiencias previas. "Son irresponsables y llama la atención su despreocupación total por las consecuencias de sus actos, como si los mismos no fueran a afectarlos a ellos ni a ningún otro hombre. Es notoria su falta de consideración real de la dimensión temporal, ya sea del presente, del vínculo con el pasado o de la progresión hacia el futuro"¹⁵⁴. En general, su conducta refleja una seria incapacidad para aprender por la experiencia.

La motivación última que hay en la conducta del psicópata es la venganza. Su pauta personal de conducta se elabora siguiendo este objetivo. Ello obedece a que el psicópata sustituye con la víctima a figuras parentales que fueron frustradoras en su niñez. Puede

¹⁵¹ Sobre ellos, SAURI, JORGE A., en "Enciclopedia de Psiquiatría", cit., pp. 535 y ss.

¹⁵² ZAC, JOEL, *Psicopatía*, Bs. As., 1977.

¹⁵³ ZAC, JOEL, 297.

¹⁵⁴ Idem, 298.

aparentar seguir pautas morales, pero lo cierto es que su "ética individual" se arma siempre tras el propósito vindicativo. Esta "ética vindicatoria" también le atribuye el psicópata a los demás, a quienes ve como sujetos con estructura análoga a la suya.

Como consecuencia, hay en él una falta extrema de amor, e incluso de toda afectividad, lo que le lleva a comunicarse con los demás a través de acciones, de actos concretos. Al no poder establecer una adecuada comunicación, el psicópata siente confirmar que se le rechaza "y entra en el círculo vicioso de la relación víctima-vengador, que lo lleva a externalizar su sentimiento con una conducta concreta"¹⁵⁵.

La gran capacidad seductora puede ocultar su asocialidad hasta que aparecen sus verdaderos objetivos. Tiene terror a ser descubierto, por lo que bien puede teatralizar y mover a la piedad.

Su falta de previsión, su pérdida del sentido del tiempo, le da al psicópata una cierta incoherencia para evitar la pena, que no es común en el delincuente ordinario¹⁵⁶. El psicópata tiene una tremenda incapacidad para tolerar la frustración. Su agresividad se hace manifiesta ante la demora en satisfacer sus apetencias. Su percepción de los demás como objeto o como víctimas para su venganza le impide una comunicación normal.

En la esfera intelectual, tiene una deficiencia en la simbolización, tendiendo a lo concreto, lo que hace que su inteligencia no rinda, aunque tenga un nivel normal, particularmente por esta dificultad para pensar, que le hace "pensar con actos". Su rendimiento intelectual es escaso, porque parece ser que una parte de él, la afectiva, ataca también por envidia a la que puede producir (a la intelectual) y porque también hay envidia hacia los aspectos propios y ajenos que podrían beneficiarse con el producto de esa actividad¹⁵⁷.

Esta somera caracterización nos muestra al psicópata como un ser que no posee la capacidad de internalizar valores, porque no concibe que la conducta se motive de otra forma que en la inmediata satisfacción de sus apetencias o en el deseo de venganza por la frustración de la demora en la satisfacción.

Desde un punto de vista existencial o fenomenológico, puede caracterizarse al psicópata como un sujeto que tiene alterado el sentido del tiempo —no del tiempo físico, sino del tiempo en sen-

¹⁵⁵ *Idem*, 301.

¹⁵⁶ *Idem*, 304.

¹⁵⁷ *Idem*, 315.

tido existencial—, lo que le impide ubicarse adecuadamente como hombre (como “ser en el tiempo”). De allí que no “tempore” adecuadamente, que no sienta angustia porque no siente temor a la muerte, que no conciba la autenticidad, que no pueda concebir a los otros como personas, sino como simples entes, de los que se vale su “Yo” al que los incorpora como instrumentos ¹⁶⁸.

Caracterizada la psicopatía en estos términos, nos cabe poca duda acerca de que *el psicópata es inimputable*, porque la grave distorsión que padece su actividad afectiva —con repercusiones que también perturban su esfera intelectual— le priva de la capacidad de vivenciar la existencia ajena como persona y, por consiguiente, también la propia. *El psicópata no puede internalizar valores y, por consiguiente, es absurdo que el derecho penal pretenda exigirle que los internalice y reprocharle porque no lo haya hecho*. Es algo tan absurdo como reprocharle a un ciego que no haya visto.

Si relacionamos este cuadro patológico con las advertencias que hemos formulado más arriba, veremos que la consideración jurídico-penal de la psicopatía como causa de inimputabilidad penal responde al reconocimiento del concepto contemporáneo de la enfermedad mental y a la superación del antiguo concepto positivista de la misma. Si hemos dedicado aquí especial interés al problema, es porque creemos que es uno de los más definitorios dentro de la problemática de la imputabilidad, puesto que en este momento equivale a lo que, en su momento histórico, representaron el de los intervalos lúcidos y los delirios bien sistematizados. En este punto se trata hoy de dar entrada en el campo jurídico-penal al concepto de enfermedad mental elaborado sobre un fundamento antropológico serio, y archivar el que se manejaba mediante una dicotomización arbitraria del hombre.

En la jurisprudencia de la Capital Federal se discutió la cuestión en 1965, en el fuero ordinario, siendo rechazada la inimputabilidad mediante el voto de Ure, quien sostuvo que el procesado era imputable porque “supo lo que quería y lo que hacía”. El voto de Frías Caballero, en minoría, sostenía la posición acorde con la aquí expuesta y, subsidiariamente, apelaba a la incapacidad para adaptar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad. La Sala Criminal de la Cámara Federal de la Capital, en 1967, admitió el criterio minoritario de la Cámara del fuero ordinario, con voto de Ramos Mejía, Romero Carranza y Juárez Peñalva. Ambos criterios fueron comentados en la mejor síntesis que del

¹⁶⁸ Es sumamente interesante el desarrollo que desde este punto de vista hace ALBERCA LLORENTE, *Psicopatía y delincuencia*, en “los delincuentes mentalmente anormales”, cit., pp. 37 y ss.

problema se ha hecho en nuestro país, con un certero enfoque del mismo, por Spolansky¹⁵⁹. En 1978, la Cámara del fuero ordinario volvió a afirmar que el psicópata es imputable porque “en resumidas cuentas supo lo que hacía y lo que quería” (voto de Calvo) y porque “cabe concluir que no puede aceptarse que el delincuente psicópata reemplace el sistema de valores de la comunidad por su propio orden anormal. El evitar que ello suceda es misión fundamental de la justicia, en especial de la del fuero penal” (voto de García Torres) (C.C.C. de la Cap. Fed., 17 de noviembre de 1978). El periodismo de gran público comentó el fallo afirmando que “la inimputabilidad de un procesado por estar encuadrado como psicópata y pretender la irresponsabilidad penal en todos los casos de perversidad —sin la discriminación y sin especial tratamiento del caso concreto— debe ser medida en función de la peligrosidad social” (“La Nación”, Bs. As., *Editorial* del 21-XII-1978, p. 8). Desde el ángulo psicológico el caso fue analizado por Cristina Oderda^{159 bis}.

Cabe advertir que la circunstancia de que la psicopatía se caracterice por algunos rasgos de conducta que parecen comunes a muchos sujetos en nuestro tiempo, esto no puede movernos a confusión. Que el afán de lucro inmediato, el negocio fácil y poco claro, la falta de escrúpulos, la insensibilidad al dolor ajenos y la explotación del prójimo, sean características de nuestro tiempo, no puede llevarnos a parificar las conductas así descritas, que son fuente de culpas, angustias y neurosis para muchos, con la conducta del que tiene una falla básica de personalidad tan grave como la psicopatía y que no tiene posibilidad alguna de sentir culpa o angustia en sentido estricto. *Una cosa es que una personalidad presente rasgos psicopáticos y otra muy distinta que sea un psicópata.* El psicópata no tiene otra alternativa que actuar psicopáticamente. De cualquier manera la psicopatía debe diagnosticarse por peritos que necesariamente deben colaborar con el tribunal mediante un estudio minucioso, especialmente, teniendo en cuenta que el diagnóstico de psicopatía es un diagnóstico residual (o por descarte) de todas las otras patologías susceptibles de confundirse con ella.

Dada la especial falta de unidad en la nosotaxia psiquiátrica a este respecto, el perito deberá, con mayor razón que en otros peritajes, informar al tribunal muy detalladamente las características psíquicas del sujeto y no limitarse a etiquetar el padecimiento.

La confusión puede ser promovida por la misma falta de acuerdo en la nosotaxia psiquiátrica, que puede hacer difusos los límites de la psicopatía. No es cuestión de discutir aquí las distintas exten-

¹⁵⁹ En “Rev. de Derecho Penal y Crim.”, 1968, n° 1, pp. 83-98; reed. en Bs. As., 1976; ampliamente, FRIAS CABALLERO, 299 y ss.

^{159 bis} ODERNA, CRISTINA, *Una conducta humana: una interpretación* (inédito).

siones del término ¹⁶⁰, pues es cuestión que corresponde al campo psiquiátrico y psicológico. Nosotros hemos seguido un concepto, pero bien puede ser que otros prefieran otros conceptos no tan restringidos. En tal caso, el problema jurídico no será más difícil que el que hace a la determinación de cualquier margen de culpabilidad, pues será cuestión, conforme a la sintomatología del sujeto, de saber si podía exigirsele o no la comprensión de la antijuridicidad ¹⁶¹. Aunque el concepto de psicopatía que se adopte sea más amplio que el que hemos dado, cuando presente esas características, no nos cabe duda que estamos frente a un caso de inimputabilidad.

La falta de unidad en la nosotaxia psiquiátrica ha desorientado frecuentemente a los penalistas, particularmente cuando se ha pretendido que una enfermedad mental invariablemente acarrea tal o cual incapacidad de delito, o bien, que en ningún caso la produce.

En Alemania se discutió largo tiempo si el psicópata era inimputable o si le correspondía ubicarlo en la imputabilidad disminuída. Contra la tesis de la inimputabilidad se alza el temor a que se “rompiese el dique” o se “hundiese el piso” con las absoluciones, en tanto que contra la segunda se alzaba el temor de que se violase el principio de culpabilidad, considerando como sujetos con imputabilidad disminuída a verdaderos inimputables. La cuestión fue resuelta en el código vigente en favor de la inimputabilidad del psicópata, al introducirse en la fórmula de la inimputabilidad la mención a “otros disturbios anímicos graves” (§ 20) ¹⁶².

No obstante, con ello no se aclaró del todo la cuestión, porque hay en la jurisprudencia alemana graves confusiones. Pesa sobre ella la teoría biológica o constitucional de la psicopatías de Schneider y otros conceptos aún más superados en el campo psiquiátrico. Pese a ello, los autores suelen caracterizar bastante bien a la psicopatía, al menos a la productora de inimputabilidad. Así, Maurach caracteriza perfectamente el egocentrismo, la incapacidad de objetivación y el defecto afectivo ¹⁶³, al igual que Rudolphi, pero de inmediato ambos advierten que la simple “locura moral” (*moralische Irresein*) como tal, no es causa de inimputabilidad y que tampoco lo son las “manomanías”, en las que incluyen la “piromanía”, “cleptomanía”, etc. ¹⁶⁴.

Esto indica una confusión conceptual bastante grande, porque psiquiátricamente es inadmisibile una “locura moral” que no sea caracterizada como psicopatía grave, es decir, que no tiene entidad alguna independiente de la psicopatía. Por otra parte, lo que llaman “monomanía”.

¹⁶⁰ V. el enorme enlistado de ZAC, JOEL, cap. I.

¹⁶¹ Esta es la conclusión de RODRIGO FAVIO SUÁREZ MONTES, *Psicopatía y responsabilidad*, en “Los delinquentes mentalmente anormales”, cit., p. 641 y ss., precisamente porque se maneja con un concepto mucho más amplio y nebuloso.

¹⁶² Cfr. MAURACH, 435.

¹⁶³ MAURACH, 436.

¹⁶⁴ MAURACH, 436; RUDOLPHI, 159..

no tiene nada que ver con las psicopatías en forma necesaria, pues son meros síntomas, que pueden serlo de una psicopatía (en cuyo caso hay inimputabilidad por incapacidad para ser sujeto de la exigencia de comprensión de la antijuridicidad) o de otras patologías, pero, en cualquier caso, pertenecerá siempre a la categoría de los *actos impulsivos* y, como tal, habrá que establecer en cada caso el grado de compulsión sufrido por el sujeto, para determinar si su autonomía de voluntad estaba estrechada por debajo del nivel de la exigibilidad.

Por lo que hace a la pena, el psicópata es incapaz de asimilarla como una motivación para su futura conducta. En él ha fallado la individualización y la socialización y no es posible hablar de "resocialización" en la misma forma en que se lo hace respecto del imputable. La pena no podría experimentarla sino como un motivo más que fortalece su deseo de venganza, que tornaría más rígida la estructura de su personalidad, es decir, que sería aún más "desocializadora" que la impunidad. En cuanto a someterle a una medida de seguridad, se tratará de la reclusión en establecimiento adecuado (párrafo 3º del inc. 1º del art. 34) pues no es de aplicación el párrafo 2º, toda vez que no se trata de un enajenado. Las perspectivas del tratamiento del psicópata son hoy un tanto más optimistas que hace algunos años, especialmente porque se rechaza la tesis de que invariablemente la anomalía responde a una falla de la constitución orgánica, reconociéndose la importancia de la familia en la misma, lo que puede permitir en el futuro una profilaxis adecuada. De cualquier manera, las posibilidades de mejoramiento son escasas cuando se trata de una personalidad que se ha ido haciendo rígida como resultado de mayores frustraciones y mayores cargas vindicativas, lo que acontece normalmente con el transcurso del tiempo. El pronóstico será menos sombrío, pues, cuanto más prematuro sea el diagnóstico.

489. **Deficiencias mentales.** Las deficiencias mentales han sido denominadas de distinta manera, siendo la más usual la de *oligofrenias*, derivada de la escuela alemana (Kraepelin), aunque también se difundieron las de "hipofrenia", "frenastenia" (escuela italiana), retardo mental, etc. Si bien tienen todas sus manifestaciones el efecto de provocar un desarrollo incompleto o deficiente de la inteligencia, no todas tienen la misma intensidad, ni tampoco presentan un cuadro unitario, pues suelen responder a etiologías diversas, lo cual da lugar a pronósticos y tratamientos diferentes. De cualquier manera, el problema social de las deficiencias mentales es sumamente grave, puesto que en el presente, con re-

cursos diagnósticos más finos, puede afirmarse que las mismas afectan a un porcentaje superior al 3 % de la población mundial.

En otros tiempos se asignó a las oligofrenias una etiología puramente orgánica, pero en el presente, a los antecedentes hereditarios y congénitos se asocian los psico-sociales. En la actualidad se emplean los C.I. (Cocientes Intelectuales), introducidos por Binet y Simon, con una escala en la que el límite inferior de la normalidad se halla en 75 (Binet) o 70 (Org. Mundial de la Salud). Según la tabla de la OMS, la deficiencia mental reconoce cuatro niveles: profunda (menos de 20), severa (entre 20 y 35), moderada (36 a 52), leve (53 a 70). Binet seguía la clasificación tradicional por intensidad en idiocia (menos de 25), imbelicidad (entre 25 y 49) y debilidad mental (entre 50 y 75)¹⁶⁵. Dentro de lo normal —o a partir de lo normal— suele distinguirse la zona marginal de insuficiencia (70 a 80), lentitud de pensamiento (80 a 90), inteligencia media (90 a 110), inteligencia superior (110 a 120), geniales (120 a 140)¹⁶⁶. Por supuesto que estos son básicamente elementos de juicio que deben tomarse en cuenta para el diagnóstico junto con otros¹⁶⁷.

La oligofrenia o deficiencia mental profunda, severa y moderada, en general no ofrece mayores problemas para la ciencia penal, puesto que se trata de supuestos de incapacidad de delito. Será cuestión de diferenciar qué incapacidad de delito han determinado en cada caso. Si sólo han impedido la comprensión de la antijuridicidad, será una causa de inimputabilidad, pero si han impedido el conocimiento de un elemento del tipo objetivo, como puede ser el caso de un deficiente mental que lesione a un bebé porque cree que es un muñeco, en tal caso tendremos un error de tipo psíquicamente condicionado. Incluso en el caso de la deficiencia mental muy profunda, que se da cuando el sujeto “no puede aprender a hablar o lo hace muy dificultosamente”¹⁶⁸, si ésta presenta uno de sus grados máximos, nos hallaremos con un supuesto de involuntabilidad.

¹⁶⁵ STANISLAV KRYNSKI, *Deficiencia mental*, en “Enc. de Psiquiatría”, cit., pp. 107 y ss.

¹⁶⁶ QUIROZ CUARÓN, ALFONSO, 848.

¹⁶⁷ BLEULER, 544-5.

¹⁶⁸ Sobre oligofrenias. LANCELÜDDECKE, 244; SCHLIEPHAKE. WALTER, *Zur forensischen Beurteilung der Imbecillität*, Kiel, 1919 (Diss.); WEITRECHT, op. cit., 173; HENDERSON-GILLESPIE, *Textbook of Psychiatry*, London, 1969, 448; REDLICH-FREEMAN, *Theorie und Praxis der Psychiatrie*, Frankfurt, 1970, 666; SALOMON-PATCH, *Handbook of Psychiatry*, California, 1971, 510; LEMKE-RENNERT, *Neurologie und Psychiatrie*, Leipzig, 1970, 925; *Handbook of mental*

La etiología de las deficiencias mentales no es un panorama unitario. Hoy se han abandonado las viejas teorías puramente orgánicas y se reconoce la importancia fundamental de factores psíquicos y sociales. La falta de comunicación adecuada en el período de desarrollo acarrea un retraso mental, como sucede en los niños que padecen ceguera o sordera, en los casos en que no se arbitren los medios para una educación adecuada. El caso de los niños sordos preocupó otrora mucho y mereció frecuente consideración especial en la legislaciones (así, el art. 5º del código Tejedor)¹⁶⁹, pero en la actualidad se lo considera superado como problema penal. El niño sordo o ciego, sometido a una adecuada educación, puede alcanzar el pleno desarrollo de su inteligencia¹⁷⁰, en tanto que, descuidado, sufrirá un retraso mental que será menester cuantificar para apreciar su grado de incapacidad.

La carencia de una relación afectiva, especialmente de la comunicación adecuada con la madre en los primeros años, puede producir en el niño una deficiencia mental, al igual que los defectos alimentarios. Es notoria la influencia de la relación afectiva en el desarrollo de la inteligencia, la que se patentiza en el llamado síndrome del "hospitalismo", con que se designa el fenómeno de niños privados tempranamente de afecto materno, en los que se observa un mayor atraso mental respecto de los que son llevados de inmediato a un hogar o familias sustitutos¹⁷¹. Puede suponerse

deficiency, edit. por Norman R. Ellis, 1963; SCHNEIDER, KURT, *Klinische Psychopathologie*, Stuttgart, 1971, 67; REICHARDT, 215; JASPERS, 182, BLEULER, 544; MACDONALD, *Psychiatry and the criminal*, Illinois, 1958, 152; KOLLE, KURT, *Psychiatrie*, Stuttgart, 1967, 291; HENRI EY, 550 y ss.

¹⁶⁹ V. ALIMENA, BERNARDINO, *I limiti e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1896, 12; en especial fueron considerados por los códigos de Baviera (119 inc. 5º), portugués de 1852 (68 inc. 5º); ZANARDELLI (57 y 58); griego de 1934; mexicano de 1871 (34 inc. 7º); noruego de 1843; húngaro de 1878 (art. 88); brasileño de 1830 (27 inc. 5º); etc. Quedan vigentes disposiciones especiales en los códigos de Luxemburgo (76); Panamá (58, 59); Venezuela (72); Paraguay (18); Uruguay (35); Cuba (35); Ecuador (38); México (67). Las disposiciones especiales de los códigos belga y alemán fueron derogadas.

¹⁷⁰ Puede verse el magnífico ejemplo de HELEN KELLER, especialmente a través de sus libros *Historia de mi vida* y *El mundo en que vivo*. Sobre el tema, BLEULER, 28; JASPERS, 156; WEITBRECHT, 99; LANGELÜDDECKE, 57.

¹⁷¹ Sobre ello, CORIAT, LYDIA F., *Carencias infantiles y deficiencia mental*, en "Enc. de Psiquiatría", cit., p. 114; SPITZ, RENÉ, *El primer año de vida del niño*, México, 1973; sobre el mismo problema la investigación de WILLIAM GOLFARB, *Consecuencias emocionales e intelectuales de la privación psicológica en la infancia* (trad. a multcopiador). SPITZ introdujo el término "depresión anaclítica" para designar el cuadro que presenta el niño por falta de afecto materno.

que, cuando por extraordinarias razones, el niño tiene la desgracia de sobrevivir sin ningún contacto humano, no hay posibilidad alguna de que desarrolle su inteligencia y, por consiguiente, una carencia tan tremenda determinará directamente una ausencia de conducta (involuntabilidad).

Estos desgraciados casos se han conocido con el nombre de “niños-lobos”. Se dice que los monarcas absolutos hicieron experimentos con niños aislados, pero no están probados. En unos pocos casos ha habido una comprobación suficiente. Uno de ellos es el conocido caso del desafortunado Kaspar Hauser, del que se ocupó Feuerbach personalmente y que la leyenda le atribuye haber sido envenenado para evitar que siguiese adelante con su investigación¹⁷². En nuestro siglo hay casos más dramáticos, como el de dos niñas hindúes halladas en una guarida de lobos en 1920, una de las cuales sobrevivió hasta 1929. En 1938 se descubrió en E.E.U.U. a una niña que había sido encerrada en una habitación sin contacto humano a los seis meses y que permaneció así durante cinco años¹⁷³. En el caso de mayor aislamiento —el de la niña hindú— no se reconocía en la niña ningún rasgo psíquico humano y, posteriormente, sólo se logró que pudiese pronunciar algunas palabras y adquirir algunos hábitos rudimentarios. Ignoramos cuál pudo haber sido también en este caso, la incidencia del defecto de alimentación, que es una causa de oligofrenia. Desde el punto de vista penal, refiriéndose a Hauser, el Graf zu Dohna observaba que, siendo una situación análoga a la sordomudez, quedaba sin ser considerada por el StGB de 1871¹⁷⁴.

Pese a todo lo expuesto y a que la problemática de la deficiencia mental es hoy ampliamente conocida, frecuentemente no se la maneja adecuadamente en su relevancia penal. No es respecto de las insuficiencias profundas, severas y moderadas que ello sucede, sino respecto de las insuficiencias leves, que en la terminología psiquiátrica clásica se llamó “debilidad mental” y que corresponden a cocientes intelectuales entre 50 y 70. El problema es grave, porque el 85 % de los deficientes mentales se calcula que corresponden a este nivel.

Es verdad que esta “oligofrenia superficial”, “debilidad mental” o insuficiencia mental leve, no necesariamente —y ni siquiera en la mayoría de los casos— determina una incapacidad para el delito, es decir que, normalmente, no producirá por sí misma el efecto de inimputabilidad¹⁷⁵. No obstante, no puede generalizarse esta afirma-

¹⁷² V. FEUERBACH, KASPAR HAUSER, *Beispiel eines Verbrechens am Seelenlebens des Menschen*, 1832; *Memori über Kaspar Hauser*, 1832.

¹⁷³ Información y bibliografía sobre estos casos en ROBERT M. MACIVER-CHARLES H. PAGE, *Sociología*, Madrid, 1960, 45-6.

¹⁷⁴ A. GRAF ZU DOHNA, *Estructura*, p. 68.

¹⁷⁵ CCCCap., JA, V, 1966, 275 (V. RUBIANES, I, 121-2).

ción, principalmente por dos razones fundamentales: porque la comprensión de la antijuridicidad requiere distintos grados de desarrollo intelectual, según sea el hecho de que se trate, y porque la deficiencia leve puede llevar a un mal manejo de una situación problemática, estrechando el ámbito de autodeterminación del sujeto que, precisamente por su escasa inteligencia, no percibe la posibilidad de adecuar su conducta a la norma. Este segundo supuesto lo consideraremos en el momento oportuno¹⁷⁶, limitándonos aquí al primero.

Cuando se afirma que una entidad nosotóxica psiquiátrica causa invariablemente un grado de incapacidad de delito, por lo general se incurre en error, al igual que cuando se afirma que invariablemente no produce ninguna incapacidad. Salvo los casos que, obviamente, son de involuntabilidad, respecto del resto la respuesta dogmática suele ser apresurada. Ello obedece a que la teoría del delito es una generalización, pero en la realidad lo que hay son "delitos". Cuando descendemos a casos particulares vemos claramente que las diferencias entre un homicidio y un hurto no son sólo a nivel de tipicidad, sino que también lo son a nivel de antijuridicidad y de culpabilidad. Por consiguiente, no es lo mismo la capacidad psíquica que se requiere para que un sujeto conozca los elementos del tipo objetivo de un delito de agiotaje (art. 300, inc. 1º)¹⁷⁷, que para reconocer los mismos elementos del tipo de robo; no se requiere la misma capacidad psíquica para comprender la antijuridicidad de un homicidio, que la demandada para comprender la de un delito cambiario¹⁷⁸. Así, se ha dicho con razón, que "el oligofrénico roba porque no tiene un sentido muy concreto de lo que le pertenece a otros, por falta de crítica o por impulsividad mal controlada"^{178 bis}.

La deficiencia mental se caracteriza porque a medida que es más profunda va incapacitando más para el pensamiento, impidiendo cada vez más la capacidad de abstracción. De allí que siempre en el deficiente mental haya una tendencia a manejarse con el llamado "pensamiento concreto" que, en definitiva, no es más que un

¹⁷⁶ V. *infra*, §§ 514 y ss.

¹⁷⁷ V. los complicados matices de este delito en ROTMAN, EDGARDO, *Los fraudes al comercio y a la industria*, Bs. As., 1974.

¹⁷⁸ V. la conferencia cit. de FONTÁN BALESTRA en las Terceras Jornadas Nacionales.

^{178 bis} POLÓNIO, PEDRO, *Psiquiatría Forense*, Lisboa, 1975, p. 474.

pensamiento limitado por la menor capacidad de abstracción del sujeto pensante ¹⁷⁹.

Hemos dicho que la comprensión presupone el conocimiento, de modo que la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad será exigible siempre que el sujeto la haya conocido o le fuese exigible que la conociese. Resulta claro que hay delitos cuya antijuridicidad puede comprenderse sin mayor necesidad de pensamiento abstracto, como es el caso del homicidio, que depende de la percepción y de la valoración de elementos muy concretos. Dicho más sencillamente no se necesita mayor inteligencia para caer en la cuenta de que matar a alguien es contrario a la ley. Pero no en todos los casos la antijuridicidad se comprende con tan poca elaboración abstracta. Si pensamos en la antijuridicidad de un injusto penal de desnaturalización de cheque (art. 175 inc. 4^o), veremos que se requiere mucho mayor grado de abstracción.

Lo mismo cabe decir respecto de los elementos que son requeridos en el tipo objetivo. No se requiere mucha abstracción para reconocer lo que supone el tipo de homicidio, salvo casos muy especiales o alambicados, pero en el hurto o en el apoderamiento de cosa perdida, se requiere la capacidad para valorar el carácter de cosa, es decir, la capacidad para apreciar el valor pecuniario de la misma. La capacidad de abstracción falla porque hay una falencia en la capacidad de análisis, que es un paso previo a la abstracción. El deficiente mental tiene disminuía esta capacidad y bien puede suceder que nos hallemos con una falta de discriminación de objetos que elimine el dolo de ciertos tipos.

Por otra parte, cabe tener presente que en la actualidad se trata de actuar sobre el deficiente mental en forma de desarrollar y aprovechar al máximo sus potencialidades. Suele decirse que más se tiende a aprovechar lo que hay en su inteligencia que a reparar en lo que falta ¹⁸⁰. Ello hace que el deficiente mental suficientemente educado y entrenado adquiera cierto grado superior de manejo respecto de otros no sometidos a iguales tratamientos, lo que habrá que tomar en cuenta para determinar la exigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad.

Por este camino llegamos a un terreno que se sitúa entre la problemática de la imputabilidad y la del error de prohibición, como que sus límites no son totalmente claros ni tiene mucho sentido

¹⁷⁹ Sobre el pensamiento y su patología, HENRI EY, 95; ITZIGSOHN, José A., *Pensamiento*, en "Enc. de Psiquiatría", cit., 434-438.

¹⁸⁰ STANISLAU KRYNSKI, op. et loc. cit.

práctico precisarlos, porque, en definitiva, por uno u otro camino, lo que eventualmente se hace evidente es que, a iguales o parejos cocientes intelectuales, puede exigírsele a un deficiente mental leve que comprenda la antijuridicidad de un acto, en tanto que a otro —analfabeto, de medio rural, con escasos contactos humanos— podría no serle exigible.

No deja de ser muy serio en el plano de la dogmática penal el problema que plantea el nuevo enfoque de la etiología de la deficiencia mental leve, particularmente, el esclarecimiento del papel que desempeña en ella la fata de afecto —el “hospitalismo” a que nos hemos referido— y las deficiencias alimentarias —especialmente proteicas— durante las primeras etapas de la vida. Reconocido pues, que en la deficiencia mental no actúa sólo una etiología orgánica, sino que la misma reconoce en muchos casos una etiología derivada de graves problemas sociales, nos hallamos aquí nuevamente con el serio planteamiento de la co-culpabilidad, que el juez no puede marginar en el momento de valorar el grado de exigibilidad. Si a esa etiología social le sumamos la circunstancia de que una acción terapéutica y educativa sobre el paciente puede dotarlo de una mayor capacidad de comprensión, el panorama de la co-culpabilidad que debe valorar el juez en cada caso será, por cierto, bastante complicado.

490. **Epilepsia.** Se trata de un padecimiento caracterizado por su tendencia a descargas neuronales espontáneas, producidas en forma paroxística, que en la antigüedad fue considerada sagrada, característica que durante mucho tiempo ha rodeado a la enfermedad¹⁸¹. Siempre hay en ella una actividad cerebral espontánea que provoca la crisis, que puede tener la forma de “gran mal”, “pequeño mal” y ataque psicomotor¹⁸². Esto obedece a que cualquier parte del cerebro puede activarse paroxística y espontáneamente¹⁸³.

Desde nuestro punto de vista, la epilepsia constituye un problema relativamente serio, porque si bien puede ser un padecimiento que no determine incapacidad delictiva alguna, hay casos en que

¹⁸¹ Sobre epilepsias, LANGELÜDDECKE, 302; SCOTT, DONALD, *About Epilepsy*, New York, 1970; MACDONALD, 98; WEITBRECHT, 252; WIECK, 62; STRAUSS, HANS, en *Am. Handbook of Psychiatry*, cit., I, 1109; HENDERSON-CHRISTOPHER, *The social psychology of the child with epilepsy*, London, *und ihre Randgebiete in Klinik und Praxis*, München, 1964; BAGLEY, CHRISTOPHER, *The social psychology of the child with epilepsy*, London, 1971; SALOMON-PATCH, 245; LEMKE-RENNERT, 380; FERRIO, CARLO, I, 1274; MICHAUX, LEÓN, *Psychiatrie*, París, 1965, 601; BLEULER, 328; SCHNEIDER, 86; JASPERS, 508; REICHARDT, 445; HENRI EY, 288; JULIO CÉSAR ORTIZ DE ZÁRATE, *Epilepsia*, en “Enc. de Psiquiatría”, 171.

¹⁸² H. GASTAUT hace otra clasificación en función de datos electroencefalográficos (*Epilepsias*, Bs. As., 1966).

¹⁸³ Cfr. ORTIZ DE ZÁRATE, op. cit.

puede condicionar causas de inimputabilidad, de involuntabilidad y de menor imputabilidad.

En las crisis convulsivas de "gran mal" hay una ausencia de conducta, sin duda alguna. El problema más grave en el "gran mal" lo constituyen las áuras que suelen preceder al acceso, en las que, por lo general, hay una perturbación de la consciencia o puede haberla. Otro de los problemas a este respecto, es acerca de la reprochabilidad de la conducta culposa por parte de quien sabe que padece estas crisis¹⁸⁴. No es invariable que el áura que precede a la crisis sea causa de un estado de inimputabilidad, porque las hay de diferentes intensidades y caracteres, lo que debe ser estudiado. Eventualmente las áuras pueden ser simples trastornos o alteraciones del ánimo del paciente, en que suele volverse altamente irritable, característica que puede darse también en forma de "equivalente" del ataque, es decir, como fenómeno aislado. Cuando sólo se presenta esta alteración tímica habrá por lo general una culpabilidad menor, a tomar en cuenta en la individualización de la pena.

El "gran mal" suele producir un deterioro que puede llegar a la demencia. En tal caso, y fuera de las crisis y sus etapas inmediatamente anteriores y posteriores, la capacidad del sujeto estará condicionada por la intensidad de ese deterioro, que puede ser irrelevante, puede determinar una menor culpabilidad, una inimputabilidad y, si la demencia es ya muy avanzada, una involuntabilidad.

Hay una forma de epilepsia —la epilepsia jacksoniana— en que el paciente conserva la consciencia, puesto que el síntoma se localiza en una parte del cuerpo. Puede ser el áura de una crisis convulsiva generalizada o ser una manifestación independiente. En cualquiera de ambos casos, se trata de un supuesto de ausencia de conducta por fuerza irresistible. El único problema penal sería la investigación de tipicidad culposa.

El "pequeño mal" se configura con crisis muy breves, a veces poco perceptibles hasta para el propio paciente. Sustancialmente, salvo en cuanto a su duración, nada la distingue del "gran mal" en cuanto a su valoración penal.

Mucho mayor es el problema penal de los *ataques psicomotores*, que también pueden pasar sin ser notados, puesto que el sujeto puede realizar tareas más o menos complejas.

¹⁸⁴ Cfr. MARINO BARBERO SANTOS-FERMÍN PRIETO AGUIRRE, en "Los delincuentes mentalmente anormales", 115 y ss.

El ataque psicomotor consiste en la realización de actos u operaciones, es decir, que el paciente desarrolla una actividad en la que participan mecanismos cerebrales superiores, comparables a la actividad normal lúcida y consciente de la vida diaria. "Así, el paciente interrumpe en forma brusca la tarea que estaba realizando y, luego de un instante en que parece atónito y desconcentrado, comienza a actuar. se levanta y camina, lentamente, rápidamente o corriendo, abriendo puertas, esquivando obstáculos, rechazando a quienes pretenden detenerlo. Esa marcha la hace frecuentemente en silencio, como abstraído u obsesionado por una necesidad perentoria, a veces pronunciando palabras más o menos inteligibles y más o menos adecuadas a lo que acontece, y otras tan perfectamente adecuadas que nadie repara en lo paroxístico y patológico del trance"¹⁸⁵.

Las actividades que el paciente puede realizar durante estos ataques psicomotores son muchas, pero casi siempre son las mismas en cada crisis. Estos ataques no presentan convulsiones y, además, no hay memoria durante ellos, de modo que, al recuperarse, el enfermo los interpreta como una simple ausencia.

Las actividades pueden ser complicadas, de modo que uno de los más serios problemas médico-legales consiste en determinar la presencia del mismo. No es muy verosímil la duración excesivamente prolongada, pero en general, debe tenerse en cuenta que las actividades producidas deben ser habituales en el sujeto, que siempre que se produce el ataque realiza las mismas actividades y que los ataques no pueden ser provocados, es decir, que siempre son espontáneos¹⁸⁶.

El carácter automático con que se desarrollan estas actividades y la total falta de memoria nos revelan que se trata de un estado de inconsciencia, o sea, de un supuesto de involuntabilidad.

Respecto de todos los casos de involuntabilidad, puede darse un problema típico con la conducta precedente a la crisis en cuanto a su posible tipicidad culposa. No obstante, según la frecuencia de las crisis o las características del áura, la tipicidad de esa conducta puede ser dolosa. Supóngase que una epiléptica con crisis convulsivas frecuentes se acueste diariamente junto a una criatura de días para aplastarla en una crisis.

Una cuestión debatida es la referente a la existencia de un "carácter epiléptico", es decir, si fuera de las crisis y de los efectos del deterioro mental, hay caracteres propios de los epilépticos, especialmente lo que se había definido como el carácter "pegajoso" y de pronto explosivo¹⁸⁷. La cuestión tiende a desmentirse en nuestros días, pero, de cualquier manera, parece cierto que en los epi-

¹⁸⁵ ORTIZ DE ZÁRATE, op. cit., p. 174.

¹⁸⁶ Cfr. ORTIZ DE ZÁRATE, op. cit., p. 175.

¹⁸⁷ Idem, 177.

lépticos suele hallarse una mayor irritabilidad que en cada caso será menester investigar para determinar la relación que puede tener con el hecho ¹⁸⁸.

491. **Neurosis.** En general, todos los cuadros psiquiátricos son susceptibles de ser valorados desde el ángulo de la capacidad psíquica para el delito y muchas reflexiones y precisiones conceptuales son susceptibles de formularse a este respecto, pero ello es faena que excede nuestra labor aquí, en que sólo pretendemos apuntar las cuestiones más delicadas que se plantean al dogmático. Siendo ello así, nos vemos obligados a omitir toda referencia al resto de la patología psíquica o mental, tema para una amplia consideración particularizada. En el marco de la problemática más general, el punto dificultoso que llama nuestra atención es el de las neurosis.

Al dejar necesariamente de lado los restantes cuadros, no se puede prescindir de la insistencia en cuanto a que es inadmisibile pretender asociar a cada incapacidad delictiva con una o varias entidades nosológicas o enfermedades mentales. Ni siquiera las más graves y orgánicamente reconocibles, como las *demencias*, pueden ser objeto de un tratamiento semejante.

La demencia, en el estricto sentido psiquiátrico, es el deterioro del psiquismo, que obedece a distintas causas (traumatismos, tóxicos, infecciones, senilidad, etc.) y que se reconoce por la alteración del tejido nervioso ¹⁸⁹. La demencia es un proceso, que puede avanzar lentamente y ser diagnosticado precozmente, cuando los síntomas son muy escasos, período en que el sujeto no necesariamente será inimputable. A medida que el deterioro avance irá aumentando la incapacidad del sujeto y llegará, finalmente, a una involuntabilidad.

Más complicado aún es el círculo de las psicosis ¹⁹⁰, que suelen clasificarse en "endógenas" y "exógenas". Las llamadas "psicosis endógenas" son, fundamentalmente, la *esquizofrenia* ¹⁹¹ y la psicosis *maníaco-depre-*

¹⁸⁸ BARBERO SANTOS-PRieto AGUIRRE, op. cit., p. 134.

¹⁸⁹ Sobre demencias, WEITBRECHT, 157; WIECK, 70; SALOMON-PATCH, 205; KOLLE, 230; JASPERS, 182; SCHNEIDER, 85; RICHARDT, 596; HENRI EY, 114; ALFREDO F. THOMSON, MARIO STREJILEVICH, *Demencias*, en "Enc. de Psiquiatría", 126 y ss.

¹⁹⁰ En sentido general, SALOMON RESNIK, *Psicosis*, en "Enc. de Psiquiatría", p. 538 QUIROZ CUARÓN, 675.

¹⁹¹ Sobre esquizofrenia, FERRIO, CARLO, *Trattato di Psichiatria clinica e forense*, Torino, 1970; SALOMON-PATCH, 173-191; LEMKE-RENNART, 425; LANGELÜDDECKE, 309; LAING, R. D., *The Divided Self. An existential Study in Sanity and Madness*, London, 1971 (sobre la inducción en la esquizofrenia); SCHARFETTER, CHRISTIAN, *Symbiotische Psychosen*, Bern-Stuttgart, Wien, 1970; LAING (en relación al núcleo familiar), en *The politics of the family and other Essays*, London, 1971; WEITBRECHT, 384; FISH-CARSTAIRS, *An outline of Psy-*

siva o *maniaco-melancólica*¹⁹². El autismo esquizofrénico puede hacer que no se reconozca el más obvio elemento del tipo objetivo, pues el mundo psicótico puede separarse casi totalmente del objetivo en la vivencia esquizofrénica. El maniaco puede que obtenga una ventaja patrimonial mediante un engaño sufrido por otro, pero sin que haya tenido fin alguno en engañar, porque se cree realmente depositario de esa inmensa capacidad de trabajo y producción que promete. En estos supuesto nos hallaremos con atipicidades por errores de tipo psíquicamente condicionados. En otros, nos hallaremos con casos de inimputabilidad, como el esquizofrénico que hiere porque se cree perseguido o el melancólico que mata a su familia e intenta suicidarse.

Las *psicosis exógenas* son producidas por distintas afecciones orgánicas, que pueden presentar una gran variante sintomatológica. En padecimientos derivados de cuadros orgánicos y también de problemas neurológicos, la variable es muy grande y debe ser ponderada en cada caso, siendo particularmente graves los trastornos post-encefalíticos¹⁹³.

Todos estos padecimientos pueden generar actos compulsivos, delirios, alteraciones de la sensopercepción, etc., que será siempre necesario valorar en cada caso.

El concepto de neurosis es, sin duda, el más controvertido de la psiquiatría contemporánea. Prescindiendo en lo posible de escuelas y corrientes, para limitarnos a una aproximación al mismo útil a nuestros fines, digamos que se trata de un "enfermo por causas psíquicas"¹⁹⁴, o que son "enfermedades de la personalidad caracterizadas por conflictos intrapsíquicos que inhiben las conductas sociales"¹⁹⁵, o bien, "cuadros en los que priman las manifestaciones histéricas, fóbicas, obsesivas, hipocondríacas y depresivas, trastor-

chiatry, Bristol, 1968, 126; CROWCROFT, ANDREW, *The Psychotic*, London, 1968, 115; WIECK, H. H., *Lehrbuch der Psychiatrie*, I, 455 y 485; HENDERSON-GILLESPIE, 247; SMYTHIES, JOHN RAYMOND, *Psychiatrie*, Stuttgart, 1970, 29; REDLICH-FREEMAN, 666; *The etiology of Schizophrenia*, ed. por Don D. Jackson, New York, 1960; *Psychopathology of Schizophrenia*, edit. por Paul H. Hoch and Joseph Zubin, New York, London, 1966; RATNER, JOSEF, *Das Wesen der schizophrenen Reaktion*, München-Basel, 1963; KREITLER, *Die weltanschauliche Orientierung der Schizophrenen*, München-Basel, 1965; SCHNEIDER, K., 89; BLEULER, 411; JASPERS, 345; KOLLE, 182; HENRI EY, 466; CARLOS A. LEÓN, en "Enc. de Psiquiatría", 187.

¹⁹² Sobre psicosis maniaco-melancólica, LANGELÜDDECKE, 321; WEITBRECHT, 308; ARIETI, SILVANO, *Maniac-Depressive Psychosis* en "*American Handbook of Psychiatry*", N. York, 1959, I, 419; SMYTHIES, 55; REDLICH-FREEDMAN, 760; SALOMON-PATCH, 192-200; LEMKE-RENNERT, 415; FERRIO, CARLO, II, 1047; EICHARDT, 25; JASPERS, 409; BLEULER, 425; KRETSCHMER, 89; KOLLE, 292; HENRI EY, 250.

¹⁹³ Un caso dramático en QUIROZ CUARÓN, *Medicina Forense*, 850 y ss.; del mismo, *Un estrangulador de mujeres*, México, 1952 (con prólogo de Mariano Ruiz Funes).

¹⁹⁴ KOLLE, 84.

¹⁹⁵ HENRI EY, 368; QUIROZ CUARÓN, 682.

nos de personalidad que cursan sin mayor menoscabo del juicio de realidad”¹⁹⁶.

Psicoanalíticamente se la define como “afección psicógena cuyos síntomas son la expresión simbólica de un conflicto psíquico que tiene sus raíces en la historia infantil del sujeto y constituyen compromisos entre el deseo y la defensa”¹⁹⁷.

En toda neurosis hay *represión* y hay *angustias*. La angustia neurótica no es la angustia existencial, que es un componente normal de la existencia. La angustia existencial es la que impulsa a la co-existencia, en tanto que la angustia neurótica la dificulta o perturba.

La angustia se manifiesta con síntomas diversos, según sea el tipo de neurosis de que se trate. Según la clasificación adoptada por Vidal¹⁹⁸ en la *histeria* la manifestación es el histrionismo, la conversión; en la *neurosis fóbica*, el histrionismo y temores intensos a objetos o situaciones; en la *neurosis obsesiva*, los temores intensos, obsesiones, compulsiones, dudas, escrúpulos; en la *depresión neurótica*, la tristeza, la abulia, el pesimismo; en la *órgano-neurosis*, lesiones orgánicas y un perfil de personalidad característica; en la *hipocondría*, la preocupación por el propio cuerpo, sin lesiones orgánicas.

La circunstancia de que frecuentemente se haya pretendido negar a la neurosis el carácter de enfermedad, como también que se haya observado —con razón— que el paso de la salud a la neurosis es a veces bastante sutil, han hecho que se pase por alto la incapacidad psíquica para el delito, o que se la haya querido ignorar o negar, afirmando dogmáticamente que la neurosis nunca es causa de inimputabilidad.

No nos cabe duda de que en la generalidad de los casos, las neurosis no darán lugar a una inimputabilidad, pero hay “raros casos en que se apartan o comprometen seriamente la capacidad del autor para la acción orientadora normativamente”¹⁹⁹. No hay ninguna razón fundada para sostener lo contrario y afirmar dogmáticamente que la neurosis sólo puede fundar una imputabilidad dismi-

¹⁹⁶ VIDAL, GUILLERMO, *Neurosis*, en “Enc. de Psiquiatría”, 394.

¹⁹⁷ J. LAPLANCHE-J. B. PONTALIS, *Diccionario de psicoanálisis*, Barcelona, 1974, p. 247; la bibliografía sobre neurosis es inmensa (por ej., JASPERS, 481; SCHNEIDER, 41; REICHARDT, 275; SALOMON-PATCH, 210; REDLICH-FREEDMAN, 509; FENICHEL, O., *Teoría psicoanalítica de las neurosis*, Bs. As., 1964; la bibliog. indicada por VIDAL, op. cit., p. 407).

¹⁹⁸ VIDAL, GUILLERMO, op. cit., p. 403.

¹⁹⁹ RUDOLPH, 159.

nuida²⁰⁰. Nos basta pensar en la gravedad que puede tener alguna de estas neurosis, como por ejemplo, la histeria conversiva²⁰¹, para percatarnos de que bien puede fundar una inimputabilidad y aún una más profunda incapacidad de delito.

“La neurosis histérica se caracteriza porque el conflicto psíquico se simboliza en los más diversos síntomas corporales”²⁰². Si bien hay una “complacencia somática” en el histérico, o sea, una cierta disposición somática, pero, sin embargo, si los síntomas son parálisis, no siguen las leyes de la organización anatómica, sino los conocimientos del común de las personas. El paciente simboliza su conflicto con síntomas orgánicos en lugar de palabras. No nos ocuparemos de una descripción de la sintomatología histérica, pero sólo basta recordar que ésta presenta crisis con pérdida de consciencia, grandes crisis espectaculares similares a las epilépticas, estados crepusculares con estrechamiento de la consciencia, amnesias, ataques catalépticos, anestias, parálisis funcionales o localizadas, ceguera, pérdida de la función de algún sentido, manifestaciones viscerales, etc.²⁰³. Este cuadro es bien demostrativo de que a una neurosis grave puede obedecer una inimputabilidad, como sucedería en el caso del estrechamiento de la consciencia, o bien una involuntabilidad, como en el supuesto del histérico que estalla en una carcajada en el momento más solemne de una recepción oficial o religiosa.

Veremos luego que las neurosis graves pueden determinar inimputabilidad por efecto de un estrechamiento del ámbito de autoterminación del sujeto. Convenimos en que, normalmente, la neurosis no impide la comprensión de la antijuridicidad, es decir que, en ésta como en cualquier otra enfermedad mental, no puede decirse que siempre produzca uno u otro grado de incapacidad psíquica para el delito. La histeria puede producir una inimputabilidad por estrechamiento de la consciencia, cuadro en que el histérico vivencia otra realidad distinta de la que le rodea y conserva muy poco contacto con el mundo; o por obnubilación, que también puede presentarse en tales cuadros. Frecuentemente podrá aparejar una atipicidad por error de tipo psíquicamente condicionado, lo que es bien probable en cualquiera de los cuadros mencionados (el histérico que da una respuesta inadecuada a la situación objetiva, que

²⁰⁰ Cfr. JESCHECK, 356; FRIAS CABALLERO, 363; en contra WELZEL, 155.

²⁰¹ Sobre ella, WEITBRECH, 86; WIECK, 348; ABSE, WILFRED, *Hysteria*, en “American Handbook of Psychiatry”, N. York, 1959, I, 272; SALOMON-PATCH, 161; M'CHAUX, LEÓN, 695; REICHORDT, 224; JASPERS, 322; BLEULER, 504; HENRI EY, 412; KOLLE, 100; etc. En general sobre la importancia de la personalidad para la valoración de la imputabilidad, ARNOLD, W., *Person und Schuldfähigkeit*, Würzburg, 1965.

²⁰² HORNSTEIN, BERNARDO LUIS, *Hysteria*, en “Enc. de Psiquiatría”, 282.

²⁰³ Una detallada descripción, en HENRI EY, 413-419.

resulta injuriosa dentro de ese contexto, pero que en el contexto vivenciado por el paciente cobra un sentido por entero diferente). Por último —y con muy especial relevancia para los supuestos de delitos omisivos— las parálisis y alteraciones sensoriales de los histéricos eliminan la conducta, sin contar con que la histeria también provoca verdaderos estados de inconsciencia, que en sus manifestaciones extremas hacen disminuir al mínimo las funciones vitales hasta asemejarse a la muerte (catalepsia), lo que ha dado lugar a toda una literatura —en gran parte fantástica— sobre inhumaciones prematuras ²⁰⁴.

Al margen de éstos, que son efectos jurídicos de la neurosis en forma directa e inmediata, no podemos pasar por alto que bien puede acontecer que la situación constelacional en que obra el neurótico sea muy particularmente afectante del núcleo de la neurosis —por decirlo de alguna manera—, lo que puede potencializar el trastorno dando lugar a una reacción psicógena transitoria de entidad psicótica. Piénsese en un fóbico más o menos intenso, a quien por chanza o malicia se le hace caer rodeado de elementos situacionales o materiales que son objeto de su fobia (un fóbico a los sapos o a los réptiles a quien se encierra en una habitación llena de sapos o réptiles, por ejemplo).

492. **El efecto del grupo sobre el individuo.** En la potencialización de factores que anotamos recién, no puede descartarse frecuentemente el efecto que produce la multitud sobre ciertas personalidades. La multitud se compone de elementos heterogéneos en los que bien puede haber enfermos mentales, cuya reacción frente al efecto de la multitud les provoque un verdadero estado de incapacidad psíquica para el delito ²⁰⁵.

Esto no significa, por supuesto, que todo el que se integre en una multitud y cometa un delito así integrado, padezca de una incapacidad psíquica ni mucho menos. Respecto de aquellos individuos en los que no se da la excepcional potencialización de estímulos de que hablamos, la masa ejerce un efecto igualmente singular y que será necesario ponderar caso por caso. De toda forma, es fenómeno perfectamente comprobado que el individuo incorporado a la masa actúa de modo diferente e inesperado, en comparación con su propio comportamiento fuera de la masa.

En líneas generales puede observarse que el individuo integra-

²⁰⁴ QUIROZ CUARÓN, ALFONSO, *Medicina Forense*, 425-6.

²⁰⁵ Cfr. MANZNI, II, 423.

do en la multitud cede una parte considerable de su individualidad, el psiquismo inconsciente tiende a predominar, el aspecto intelectual se empobrece, al igual que el sentido crítico —lo que hace que la multitud sea muy influenciable y crédula, los sentimientos se exaltan en forma tal que nunca hay dudas, la sospecha más leve se convierte en convicción, las inhibiciones individuales desaparecen, la satisfacción se busca en forma inmediata, etc. En síntesis, puede decirse que se opera una inhibición colectiva de la función intelectual que va acompañada por un aumento de afectividad del paso del impulso a la acción, sin que ello implique, desde el punto de vista ético, que la multitud se mueva invariablemente por motivaciones egoístas y crueles, puesto que, frecuentemente, al par que disminuye la función intelectual, bien puede dar lugar a actos mucho más altruistas que los de sus componentes individualmente considerados, y también caer en actos mucho más inmorales y crueles ²⁰⁶.

En otro tiempo, particularmente desde fines del siglo pasado, el problema preocupó seriamente a muchos autores, particularmente de la escuela positivista ²⁰⁷. El proyecto Ferri de 1921 (inc. 6º del art. 22) consideraba atenuante “haber actuado por sugestión de una multitud en tumulto”, lo que pasó al proyecto Rocco y al código Rocco, aunque no sin el sello autoritario de excluir del beneficio a los que participasen de reuniones prohibidas (en otras palabras: la atenuante opera siempre que la multitud sea “amiga” del régimen).

La relevancia penal del fenómeno era reconocida por los romanos, por el derecho canónico y por los prácticos ²⁰⁸, de modo que no constituye una novedad del positivismo italiano. Entre nosotros, lo recogió el proyecto de 1951 (art. 55 inc. 2º).

Las explicaciones que se ha pretendido dar a este fenómeno son múltiples, pero, en general, casi todos los autores la atribuyen —en definitiva— a la “sugestión”. Tarde es el único que prefiere referir la explicación a la “imitación” ²⁰⁹, pero ésta no sería en definitiva más que una integración de la sugestión, con lo que el planteo seguiría igual ²¹⁰. Por otra parte, si la explicación se agota en la sugestión, no cabe duda de que tan sugestionado actúa quien dirige a la masa como quien se deja sugestionar integrándola ²¹¹.

²⁰⁶ Mucho se ha escrito sobre estas características. Las obras más interesantes son: LE BON, GUSTAVE, *Psychologie des foules*, París, 1921; FREUD, *Psicología de las masas* (1921), en “Obras Completas, 1948, I, 1119 y ss.

²⁰⁷ PUGLIESE, G. A., *Il delitto collettivo*, Trani, 1887; SICHELE, S., *La folla delinquente*, Torino, 1910; FERRI, *Principii*, Roma, 1928, p. 207.

²⁰⁸ V. SCHIAPOLI, FERRINI, en “Enc. Pessina”, cit.

²⁰⁹ GABRIEL TARDE, *Filosofía Penal*, trad. de J. Moreno Barutell, Madrid, s.f., II, 47.

²¹⁰ Cfr. FREUD, op. cit., p. 119.

²¹¹ Así lo entiende BERNALDO DE QUIRÓS, CONSTANCIO, *Derecho Penal, Parte General*, Puebla, 1948, 140-141.

Seguramente la más interesante y profunda de ellas es la que da Freud, que no sólo nos puede ser útil a este efecto, sino que contiene vertientes aún no exploradas suficientemente en la psicología social. Lamentablemente, no es aquí el lugar de exponerla *in extenso*. Sintéticamente —y a riesgo de deformar la explicación— digamos que Freud entiende que en este fenómeno opera una vuelta a la horda primitiva. Dice que, en tanto que en el *enamoramiento* hay una dualidad de tendencias sexuales, directas las más y coartadas las otras, en la *hipnosis*, si bien hay una relación del Yo y el objeto, las tendencias sexuales son siempre coartadas y, por ello, el objeto pasa a ocupar el lugar del ideal del Yo. En la *masa* se daría el mismo fenómeno que en la hipnosis, pero con la diferencia de que a ello se agrega la identificación con otros individuos que también colocan al objeto en el lugar de su ideal de Yo.

El mecanismo por el cual el “ideal del Yo” es reemplazado por el objeto (el caudillo) obedece a que hay muchos sujetos cuyo “ideal del Yo” no se diferencia mucho del Yo y, por ende, les resulta bastante simple ese reemplazo que, una vez producido, mueve a los restantes a proceder por identificación.

Resulta incuestionable que el sujeto en la multitud sufre una inhibición parcial de su actividad intelectual y crítica, lo que no puede pasarse por alto al momento de valorar su imputabilidad.

Frecuentemente, este estrechamiento será sólo una cuestión a tomar en cuenta a los efectos del art. 41, pero ésta no puede ser una regla general y fija, puesto que —como lo hemos dicho— puede operar sobre ciertos sujetos como una causa de inimputabilidad.

Por otra parte, no siempre pueden pasarse por alto los efectos de un grupo, más o menos pequeño, sobre un individuo. El fenómeno es particularmente grave cuando el grupo determina en el sujeto creencias firmemente arraigadas que se separan notoriamente de la experiencia común y verificable. No es normal que las religiones den lugar a estos casos, pero hay desarrollos patológicos grupales que parten de supuestas ideas religiosas y que desembocan en una total pérdida de la autocritica por parte del sujeto. Frecuentemente estos casos no sólo dan lugar a inimputabilidad, sino que pueden llegar a hacer perder la capacidad psíquica de dolo, al perderse de vista el verdadero sentido del acto que se realiza. Esto suele suceder con ciertos “exorcismos”, en que se cree curar y se está matando. Otros supuestos son meros casos de inimputabilidad, en que el sujeto conoce el sentido de la conducta pero no puede reprochársele la misma. La realidad de estos fenómenos es innegable y el mundo contemporáneo nos enfrenta con supuestos verdaderamente aterradores, que quizá sean el producto de una desorientación metafísica y espiritual del hombre.

En julio de 1976, como resultado de un rito exorcista que se le administró, murió por desnutrición en Klingenberg, cerca de Aschaffenburg, una joven de 23 años. El rito fue realizado con intervención de sacerdotes y fueron sometidos a juicio los padres de la víctima, como también su novio y los sacerdotes intervinientes. Se descartó la responsabilidad del obispo que había autorizado el exorcismo, por no haber tenido ningún contacto con la familia de la infortunada joven²¹². En este supuesto es posible hallarse ante un error de tipo psíquicamente condicionado, puesto que lo normal es pensar que el exorcista actúa convencido de que está "curando" en su lucha con el demonio.

Otros casos son de inimputabilidad únicamente, tal como el que tuvo lugar en 1885, en el Estado de São Paulo, donde un abogado "que se entregaba al espiritismo, imaginó una ceremonia, a la que designaba como 'la construcción del Arca de Noé' y que, sin duda, respondía a un sentimiento apocalíptico: el mundo acabaría a causa de nuestros pecados; era preciso construir el navío que llevaría a la humanidad futura a la nueva Tierra. El hombrecillo consiguió que sus esclavos participasen de su locura, junto con otros miembros de la 'tienda' espiritista a la que pertenecía. Eran negros y blancos unidos en el mismo sueño. La casa del abogado asistió al desarrollo de extrañas procesiones de mujeres descalzas con los cabellos en desorden; la ceremonia debía terminar con el asesinato de un niño que aceptara su suerte, y cuya sangre debía ser bebida por la comunidad. La población, alarmada, con la ayuda de la policía, logró impedir el asesinato ritual y prender a los participantes de la ceremonia; esas detenciones fueron seguidas por crisis de locura, especialmente de una negra que intentaba matar a un niño para cumplir una orden, decía, de San Lucas"²¹³. La mucho más reciente matanza de Guyana nos da otro ejemplo enormemente espeluznante.

IV. — LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

493. La imputabilidad disminuída. Hemos venido hablando de "imputabilidad disminuída" y también hemos dicho que nuestro código no tiene una fórmula general de la misma.

Esto parecería contradictorio y, por ello, son muchos los autores que afirman que nuestro código penal no conoce la imputabilidad disminuída o atenuada. Dicha afirmación sólo es verdadera a medias, pues su contenido depende del sentido que se le da a la expresión.

La imputabilidad es la capacidad psíquica de culpabilidad y,

²¹² Noticia de "AP" en "La Nación" de Buenos Aires, del 27-III-1978,

²¹³ BASTIDE, ROGER, *As religiões africanas no Brasil*, S. Paulo, 1971, II, pp. 500-501.

por consiguiente, su ausencia impedirá que opere la exigibilidad y el reproche. El sujeto que comete un injusto en estado de inimputabilidad no exhibe ninguna disposición interna contraria a la norma, porque no es posible reprocharle su decisión. No obstante, todos sabemos que hay grados de reprochabilidad, puesto que siempre hay grados de autodeterminación. Cuando el ámbito de autodeterminación está muy reducido, ya no hay exigibilidad jurídica (el derecho no puede dirigir requerimiento) y, consiguientemente no habrá culpabilidad; por el contrario, cuando el ámbito de autodeterminación esté por sobre ese umbral mínimo, ya habrá culpabilidad.

No obstante, somos conscientes siempre de que, por sobre ese umbral mínimo, sigue habiendo ámbitos de autodeterminación de diferente magnitud y, por consiguiente, distintos grados de culpabilidad, que corresponden a distintas razones que estrechan o amplían la autodeterminación. De allí que la culpabilidad sea un concepto eminentemente graduable.

El grado de culpabilidad estará dado por el accionar de cualquiera de los grandes reductores de la autodeterminación, siempre que —como es lógico— no excedan el umbral mínimo, en cuyo caso la culpabilidad desaparece. Estos grados de culpabilidad están perfectamente reconocidos en el art. 41 del CP²¹⁴.

Hemos visto que cualquiera de ambos reductores (inexigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad y situación reductora limitadora de la autodeterminación) puede funcionar por una incapacidad psíquica hasta sobrepasar el umbral mínimo y eliminar la culpabilidad porque, en cierto momento, el derecho reconoce que ya no le puede dirigir el requerimiento de que se conduzca conforme a sus pautas. Para ello, el derecho no puede menos que reconocer que la capacidad psíquica de un sujeto no es algo que se da como blanco y negro, sino que hay una ininterrumpida secuencia de matices que pasan por todas las tonalidades del gris, hasta que en alguno de esos puntos la jurisprudencia penal —que va tratando de ponderar el esfuerzo que hubiese debido hacer el sujeto para evitar el injusto— concluye en que no es posible exigirle que se haya comportado de otra manera, sin perjuicio de seguir reconociendo que por sobre ese punto habrá una gama de grises más claros —hasta el blanco—, que representan ámbitos de autodeterminación cada vez mayores, y que por debajo del mismo seguirá otra gama de

²¹⁴ V. *infra*, § 633.

grises hasta el negro, que nunca pueden fundar la responsabilidad por un delito.

El reconocimiento de que esta capacidad se da por grados, es innegable, puesto que no tiene contenido jurídico, sino óntico y ontológico. *Es la forma de ser del psiquismo humano lo que proporciona ese dato*, que el derecho penal se limita a recoger.

El derecho penal se limita a señalar que en un cierto límite desaparece la exigibilidad, es decir, que ya no tienen razón los requerimientos jurídicos. Eso es todo lo que hace, pero, en ningún momento dice que por debajo de ese límite todo da igual porque todos son por igual incapaces, ni tampoco que por sobre el mismo todos son igualmente culpables. *Por debajo de ese límite no habrá delito*, pero no es lo mismo que no haya delito porque no hubo inimputabilidad (lo que no altera la situación del partícipe, por ejemplo), que no haya delito porque no hubo dolo (en que no se concebirá la participación de un tercero), o que no lo hubo porque hubo ausencia de voluntad (que descartará la posibilidad de que un tercero se defiende legítimamente del incapaz). Por cierto que, *por sobre el umbral mínimo habrá delito*, pero no es lo mismo que la culpabilidad esté dada por una autodeterminación condicionada a una reacción violenta posterior a una injuria o a una provocación, o que esté dada por un afán de lucro y manifestada en una larga y minuciosa programación.

Hemos visto que el límite entre la imputabilidad y la inimputabilidad está puesto por una valoración jurídica, que exige hasta cierta magnitud de esfuerzo y no más. Sabemos que ese límite no tiene absolutamente nada que ver con la enfermedad y la salud mentales, porque hay inimputables sanos e imputables enfermos; todos pasamos a diario por estados de inimputabilidad y de involuntabilidad (el sueño y los fenómenos conexos) y un neurótico, o quien presenta una lejana "cicatriz" esquizofrénica o un demente muy precozmente diagnosticado, pueden ser imputables.

Afirmar que nuestro CP no reconoce la posible disminución de la imputabilidad implica dar a la expresión "no haya podido" del inc. 1º del art. 34 un carácter de *imposibilidad total y absoluta*, en forma tal de dejar fuera de su ámbito a sujetos que nadie duda que son inimputables. De igual forma, implicaría pasar por alto el texto expreso del art. 41 y sus correspondientes antecedentes legislativos²¹⁵.

En este sentido, afirmar que nuestro CP no reconoce que hay

²¹⁵ V. *infra*, § 630.

grados de inimputabilidad (y por ende, de culpabilidad) es totalmente falso. Reconociendo esos grados, *queda claro que se debe aceptar que hay sujetos imputables, pero cuya imputabilidad está disminuída en relación a otros que hubiesen podido cometer el mismo injusto*. Afirmar lo contrario implicaría pretender que nuestro legislador no reconoce la naturaleza de las cosas y, particularmente, la estructura lógico-real que le vincula al concepto del hombre como ente capaz de autodeterminación (persona), pero que siempre se determina en una circunstancia dada, que es "su" circunstancia, integrada también por sus propias condiciones físicas y psíquicas, es decir que, a cada momento, tiene un particular ámbito de autodeterminación, que nunca es idéntico, no sólo entre dos hombres, sino respecto del mismo hombre para conductas diferentes y también respecto del mismo hombre y de la misma conducta en momentos diferentes.

Quienquiera que niegue esa afirmación, permanecerá ciego a la realidad psicológica y existencial del ser humano. Sólo el materialismo ingenuo pudo ver en la acción humana una cadena causal igual a la de otro fenómeno natural, o su versión atemperada (Wundt) pudo ver una doble causalidad paralela. Hoy tampoco la física admite siquiera esa idea ingenua de la causalidad.

Pese a lo expuesto, en otro sentido, la afirmación de que nuestro código no admite la imputabilidad disminuída, a condición de ser suficientemente aclarada y debidamente formulada, resulta cierta. En efecto: nuestro código no conoce una fórmula general que le permita al juez imponer una pena inferior al mínimo establecido para cada delito, en función de la imputabilidad disminuída, sino que hace valer la imputabilidad disminuída dentro de la fórmula general del art. 41²¹⁶.

En rigor, nuestra legislación positiva ha reconocido a la imputabilidad disminuída en forma expresa en el código de 1886. Este texto, a diferencia del código Tejedor, adoptó el sistema español de las eximentes incompletas. Su art. 83 expresaba que son atenuantes las circunstancias "expresadas en el título anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos".

Esta disposición pasó, simplificada, del art. 18 del Código de Brasil de 1830 a la legislación española, donde su alcance fue discutido, por-

²¹⁶ Con muy buen criterio ha hecho jugar la imputabilidad disminuída dentro del art. 41 la Cámara de Rosario (V. voto del Dr. Prunotto, JA, 8-VI-1977, nota de ROBERTO A. M. TERÁN LOMAS, *Imputabilidad disminuída, penas y medidas de seguridad*).

que no se reconoció que abarcaba en la referencia a todas las eximentes. No obstante, en cuanto a la "demencia", Pacheco entendió que era aplicable cuando no "resulte una locura completa; pero resulta, sí, un desarreglo intelectual que a la locura se aproxima"²¹⁷. El Tribunal Supremo, en 1881 y en 1884 se inclinó por la opinión contraria, aduciendo que la disposición estaba limitada a las eximentes con varios requisitos²¹⁸. Groizard se inclinó decididamente por el criterio de Pacheco²¹⁹, ampliando ardientemente sus fundamentos. Con posteridad la jurisprudencia se inclinó por el criterio de que en todas las eximentes podían operar sólo atenuantes si faltaba algún requisito y el legislador de 1932 le había agregado al inc. 1º del art. 9 la palabra "todas" para que no quedase duda. Aunque en 1963 se volvió a la antigua redacción, hoy se admite doctrinaria y jurisprudencialmente que está referido a la imputabilidad disminuida²²⁰.

Al copiar el legislador argentino en 1886 el texto español, trajo a América nuevamente el texto imperial brasileño de 1830, pero con la simplificación española. El texto imperial brasileño era más claro, porque decía: "No haber habido en el delincuente pleno conocimiento del mal ni directa intención de cometerlo" (art. 18, § 1). La fórmula española quiso sintetizar todas las eximentes incompletas y sembró la duda. En nuestro país se planteó la misma duda, pero Rivarola sostuvo el criterio de Pacheco en España²²¹ y fue la misma opinión de Segovia, que la expresó en su proyecto (art. 16, inc. 1º)²²².

Esto demuestra claramente que *en nuestro país se reconoció expresamente el efecto de la imputabilidad disminuida desde 1887 hasta 1922*. Pero hay más aún: la imputabilidad disminuida se reconocía desde 1877, pues el código Tejedor, en su art. 188, preveía que la criminalidad disminuye "cuando por efecto de la falta de instrucción, o por una debilidad natural de la inteligencia, el culpable no ha comprendido toda la gravedad del peligro, ni la extensión de la prohibición o de la pena infligida a su acción".

Este inc. 1º del art. 188 del código Tejedor estaba tomado del art. 93 del código de Baviera de 1813. Es curioso lo que sucedió con esta disposición, porque fue tomada también del código de Baviera para el código de Brasil de 1830 y de éste último fue tomada por los españoles en 1848, simplificándola en la forma que vimos y manteniéndola en 1850 y 1870, de donde la retomó nuestro legislador en 1886.

En síntesis, la imputabilidad disminuida, como criterio para la in-

²¹⁷ PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO, *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1870, I, 190.

²¹⁸ V. VIADA Y VILASECA, SALVADOR, Madrid, 1890, I, 197.

²¹⁹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Madrid, 1902, I, 351-4.

²²⁰ Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, 601; CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, 1972, I, 409.

²²¹ RIVAROLA, *Exposición y crítica*, I, 163; *Derecho Penal Argentino*, Madrid, 1910, 410.

²²² SEGOVIA, LISANDRO, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina redactado oficiosamente por el Dr. . . .*, en "Rev. Jurídica y de Ciencias Sociales", Bs. As., 1893, pp. 65 y ss. (81)

dividualización de la pena, estuvo *expresamente* vigente en nuestra legislación, desde 1877 a 1887, en virtud del art. 188 del código Tejedor, y desde 1887 hasta 1922 por el primer código federal. Es sabido que nuestro texto vigente hace una fórmula sintética, abandonando la tabulación de atenuantes, pero no por ello debe entenderse que se niega a reconocer el fenómeno, pues son varias las referencias que se pueden hallar al mismo en el art. 41.

La asignación de un efecto más amplio que el del criterio de cuantificación penal, es cuestión que ha venido proponiéndose desde 1960, en el proyecto de ese año (art. 25), en el anteproyecto de 1973 (art. 25), en el proyecto de 1974-1975 (art. 6°) y en el de 1979 (art. 16).

Debe quedar claro que la imputabilidad disminuída es un caso particular de menor culpabilidad, reconocido desde siempre como fenómeno real por nuestras sucesivas leyes penales, aunque sólo se le permita al juez tomarlo en cuenta sin poder exceder del mínimo penal de la escala establecida. Lo que aún no ha hecho nuestra legislación —y postula nuestra doctrina²²³— es extender ese efecto, permitiendo que el juez pueda aplicar una pena inferior al mínimo legal o una escala penal reducida.

A la introducción legislativa de esta fórmula se opuso en otro tiempo toda la corriente positivista. Gómez entre nosotros sostenía que “basta la más ligera reflexión para encontrar ampliamente justificado el repudio de una teoría en cuya virtud los delincuentes más peligrosos pueden ser objeto de sanciones atenuadas, alcanzando así, una situación de privilegio, con visible menosprecio de los intereses de la sociedad, que reclaman, en términos perentorios, una defensa eficaz”²²⁴. Florián, refiriéndose al *Codice Zanardelli*, decía que “donde es evidente el absurdo en que el código ha caído, es en aplicar la misma especie de pena al delincuente sano y al delincuente semi-loco, sólo que acortando a éste la duración, cuando deberían adoptarse instituciones especiales y subordinar la duración de la detención a la cura”²²⁵.

Refiriéndose al mismo código italiano de Zanardelli, Ferri decía que “adopta el absurdo sistema de tratar al delincuente semi-loco como si fuese un delincuente común y castigarlo en cualquier caso con una pena ordinaria disminuída y a término fijo”, terminando con un signo admi-

²²³ Sobre el tema, puede verse en especial: HERRERA, MARCOS A., *Responsabilidad atenuada*, LL, 123-1039; BLARDUNI, OSCAR C., *El problema de la imputabilidad disminuída*, en “Rev. del Inst. de Inv. y Doc. Crim.”, La Plata, 1961, 45 y ss.; ARCIBAY MOLINA, JOSÉ F., *La imputabilidad disminuída en el proyecto Soler*, en LL, 110-976; TERÁN LOMAS, *La llamada imputabilidad disminuída*, en “Rev. de Cs. Jurs. y Soc.”, Sta. Fe, 113, 1967, p. 251; SPOLANSKY, NORBERTO EDUARDO, *Imputabilidad disminuída, penas y medidas de seguridad*, en LL, 3-VII-1978.

²²⁴ GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado*, I, 312.

²²⁵ FLORIAN, EUGENIO, *Dei reati e delle pene in generale*, Milano, 1910, 383.

rativo²²⁶. Bastante absurda era la crítica de Prins, que dogmáticamente y con admirable ingenuidad afirmaba axiomáticamente que “los normales cometen en ciertos momentos actos amenazadores, pero vuelven después a las vías regulares; los defectuosos permanecen defectuosos; de una manera permanente se encuentran en un estado peligroso para ellos mismos, para su ambiente inmediato y para la sociedad”²²⁷.

Estos argumentos brillaban por su esplendoroso autoritarismo, que pretendía internar a un neurótico que había cometido un pequeño hurto en un “establecimiento especial” —de los que en todos lados se reemplazan por unos depósitos más o menos limpios de enfermos mentales— hasta “curarle” su neurosis, o a un impulsivo que haya injuriado hasta que le “controlen” los impulsos. Aunque parezca mentira, las nociones de psiquiatría que tenían los positivistas eran bastante rudimentarias, lo que les hacía abrigar ese ingenuo optimismo que, frecuentemente, terminaba en un turbio autoritarismo dogmatizante con pretensiones científicas.

Cabe recordar que también hubo argumentos bastantes curiosos, como el de Birkmeyer, que si bien estaba en la acera opuesta al positivismo italiano, se oponía a su reconocimiento porque daba lugar a una intrusión excesiva de los psiquiatras²²⁸. En Alemania la discusión fue bastante curiosa, porque la fórmula fue defendida por Liszt y atacada por Birkmeyer y por algunos psiquiatras de la época, como Longard, Strassmann, Willmanns, etc.²²⁹, dando la sensación de que en Italia el “clasicismo” defendía la fórmula y el “positivismo” la atacaba, en tanto que en Alemania la defendía el “positivismo” y la atacaba el “clasicismo”. Lo cierto es que hoy la consagran los códigos de ambos países.

Debe quedar sumamente en claro que la imputabilidad disminuída en modo alguno puede ser considerada como una “media imputabilidad”²³⁰, lo que carecería de sentido. Mucho menos cabe hablar de categorías absurdas como la de los “semi-alienados”, “semi-imputables”, etc., que en la psiquiatría frecuentemente se designan como “border-line” o “fronterizos”, expresiones todas que, en el fondo, encierran una imprecisión diagnóstica. Es absolutamente inconcebible en la psiquiatría contemporánea que un médico informe que un sujeto puede ser calificado de “medio loco” u otra expresión parecida que no haga más que encubrir esa expresión vulgar.

El ámbito de la imputabilidad atenuada puede nutrirse con neuróticos, leves defectos demenciales o esquizofrénicos, epilépticos fuera de las crisis con defectos de carácter, emociones y “shocks”

²²⁶ FERRI, *Principii*, 505.

²²⁷ PRINS, A., *La defensa social y las transformaciones del derecho penal*, Madrid, 1912, p. 95.

²²⁸ BIRKMEYER, *Beiträge zur Kritik der Vorentwurf z.e. StGB*, Leipzig, 1910, I, 62.

²²⁹ V. LOMBERG, ROBERT, *Die Lehre von der verminderten Zurechnungsfähigkeit*, Diss Bremen, 1930, pp. 61 y ss.

²³⁰ Cfr. JESCHECK, 359.

que no provoquen trastornos mentales transitorios, depresiones durante la menstruación, el climaterio o el embarazo, senilidad sin demencia, estados de embriaguez incompleta, etc.²⁸¹. Por supuesto que esto no significa que todos estos casos den lugar siempre a una imputabilidad atenuada, sino que deben valorarse conforme a los principios generales, es decir, caso por caso.

La naturaleza de la imputabilidad disminuida no puede ser otra que la de una causa de atenuación de la culpabilidad²⁸², que se refleja en una atenuación de la pena, pero como una necesaria consecuencia de la menor culpabilidad.

Algunos autores alemanes consideran que se trata sólo de una regla para la cuantificación de la pena²⁸³, considerando otros que es una regla facultativa y no obligatoria²⁸⁴. Respecto de esto último dice con razón Bockelmann "que la atenuación de pena sea sólo facultativa contradice el principio de culpabilidad. Sólo será admisible prescindir de la atenuación de pena si la atenuación de culpabilidad resultante de la imputabilidad disminuida está neutralizada por otras causas de aumento de la culpabilidad en la persona del autor o en las circunstancias del hecho"²⁸⁵.

Queda por considerar una cuestión que en la economía de nuestro código puede resultar de problemática respuesta: ¿Quiebra el principio de culpabilidad nuestro CP al no aceptar que la imputabilidad disminuida por regla general, autorice una escala penal inferior? La respuesta depende de qué alcance quiera dársele al principio de culpabilidad. Si se pretende que el principio de culpabilidad implica que la cuantía máxima de la pena a imponer deba guardar estrictamente la medida de la culpabilidad, la respuesta sería afirmativa. No obstante, hemos visto —y volveremos luego sobre el tema— que no es éste el alcance que el principio de culpabilidad tiene en nuestro código, puesto que la pena admite el correctivo de la peligrosidad, cuantificándose así la pena por un procedimiento fenomenológico y no idealista.

Siendo ello así, no resulta cierto que nuestro código quiebre el principio de culpabilidad con esa limitación. De cualquier manera, bueno es advertir que, si bien no lo quiebra, preferible sería que el juez penal tuviese a este respecto un mayor ámbito de valoración, tal como se establece en casi todos los textos modernos y como lo previeron nuestros últimos proyectos.

²⁸¹ Cfr. RUDOLPHI, 165.

²⁸² Cfr. SCHMIDHÄUSER, 301; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 451; RUDOLPHI, 166; BOCKELMANN, 117.

²⁸³ Así, BLEI, 173; MAYER, H., 114-5; MAURACH, 445.

²⁸⁴ Así MAURACH, loc. cit.; BAUMANN, 392.

²⁸⁵ BOCKELMANN, 117.

CAPÍTULO XXXIV

LA INEXIGIBILIDAD DE COMPRESIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD PROVENIENTE DE ERROR (ERROR DE PROHIBICIÓN)

I. — CONCEPTO Y FORMAS: 494. Delimitación respecto de otras formas de error. 495. Distintas formas de error de prohibición. - II. — ANÁLISIS DE FORMAS PARTICULARES DE APARICIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE: 496. El error directo que afecta al conocimiento de la norma. 497. El error de comprensión y la conciencia disidente. 498. El error indirecto de prohibición. 499. Error sobre la relevancia penal de la antijuridicidad. 500. Los errores de prohibición invencibles, que disminuyen la culpabilidad. 501. El delito putativo. III. — ERROR VENCIBLE E INVENCIBLE DE PROHIBICIÓN: 502. Error vencible e invencible de prohibición. - IV. — LOS EFECTOS DE LA VENCIBILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN: 503. Nuestra posición. 504. El error vencible de prohibición para la "teoría del dolo" y para la "teoría de la culpabilidad". 505. El error vencible de prohibición según las teorías estricta y limitada de la culpabilidad. - V. — JUSTIFICACIÓN PUTATIVA Y EXCESO: 506. Justificación putativa y exceso.

I. — CONCEPTO Y FORMAS

494. **Delimitación respecto de otras formas de error.** Se denomina error de prohibición al que impide la comprensión del carácter y entidad de injusto del acto *solamente*. No todo error que impida la comprensión del carácter injusto del hecho es un error de prohibición, porque, en tal sentido, también el error de tipo impide la comprensión de la antijuridicidad; es obvio que quien cree que caza un oso no puede comprender que su acto es antijurídico cuando, en lugar de matar a un oso, mata a un hombre. De allí que error de prohibición sea el que *únicamente* impide la comprensión de la antijuridicidad, sin afectar el conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo.

"La regla sobre el error de prohibición encuentra aplicación donde el error sobre la antijuridicidad del hecho no es la conse-

cuencia de un error sobre las circunstancias del hecho ya excluyente del dolo”¹.

Debemos tener siempre presente que la diferencia entre el error de tipo y el de prohibición finca en que en el primero, el sujeto “cree que hace otra cosa”, en tanto que en el segundo, “sabe lo que hace”, pero no puede motivarse de acuerdo con la norma porque carece de los elementos que le posibilitan su comprensión.

α) Hemos visto que “comprensión de la criminalidad” es la comprensión que presupone el conocimiento de: 1º) los elementos del tipo objetivo dados en la realidad; 2º) la antijuridicidad como penalmente relevante; y 3º) las circunstancias que hacen a la existencia de un cierto ámbito de autodeterminación para el sujeto². El error acerca de los primeros es el *error de tipo*, que siempre elimina el dolo y que, en caso de ser vencible puede dar lugar a tipicidad culposa; el error acerca de la segunda es el *error de prohibición*, del que nos ocuparemos aquí; el error acerca de las terceras, es el *error sobre la situación objetiva de inculpabilidad* que, por tener los mismos efectos que la necesidad exculpante, será considerado al ocuparnos de la misma.

β) Queda fuera de la expresión “comprensión de la criminalidad”, el conocimiento de la punibilidad, pues, conforme lo hemos dicho en su momento, ésta no es una condición de la “criminalidad”, sino que la criminalidad es un presupuesto de la punibilidad (o la punibilidad una consecuencia de la criminalidad). Sólo sosteniendo que la criminalidad depende de la punibilidad —como acontecía antes de la teoría del tipo— puede afirmarse la relevancia del error de punibilidad en nuestra ley. Por nuestra parte —sosteniendo la posición inversa— *no podemos reconocerle relevancia al error sobre la punibilidad*.

Debe quedar claro que por error sobre la punibilidad entendemos lo que la doctrina tradicional llama “error sobre las excusas absolutorias”, es decir, la falsa suposición de una “excusa absolutoria”, sea porque el sujeto cree que están dados los supuestos fácticos o jurídicos de una de ellas, o porque suponga que lo ampara una “excusa absolutoria” que no está prevista en la ley³.

Basado en la expresión “criminalidad”, Sancinetti sostiene que el art. 34 deja “abierta la posibilidad de admitir el efecto excusante de

¹ BLEI, 178.

² V. cap. XXXV.

³ Más adelante criticaremos la denominación de “excusa absolutoria” (*infra*, § 584).

toda fundada creencia (error inevitable) del carácter impune del hecho ejecutado (p. ej., falsa suposición de excusas absolutorias)"⁴. Sancinetti cita en su apoyo la opinión de Kaufmann, pero creemos que éste opina exactamente lo contrario, pues dice que "la comprensión de la naturaleza y medida de la pena sería" para el reconocimiento de la criminalidad, "un indicio, pero en mi opinión no una exigencia del art. 34"⁵. Creemos que lleva razón Kaufmann, y que la "criminalidad" no requiere la "punibilidad" ni depende de ella y, por consiguiente tampoco su comprensión dependerá del conocimiento de la punibilidad.

La doctrina germana dominante afirma —a nuestro entender con buen criterio— que las causas personales de exclusión de pena basta con que existan en la situación objetiva, sin que sea relevante el error a su respecto⁶. El que cree que se apodera de algo de su ascendiente, pero se apodera de lo de un tercero, no puede beneficiarse con el art. 185; inversamente, este artículo es aplicable al que cree que se apodera de algo de un tercero y se apodera de una cosa del ascendiente⁷. Cabe aclarar que debe distinguirse cuidadosamente el error sobre circunstancias que fundan una mera exclusión de la penalidad, del que recae sobre las circunstancias que hacen a una exclusión de culpabilidad⁸, como acontece en el art. 279, que debe manejarse como un error sobre la necesidad exculpante, del que luego nos ocuparemos. Mezger sostenía —aisladamente en la doctrina— que la mera situación objetiva liberaba de pena, pero que el desconocimiento de las circunstancias que la fundaban surtía el mismo efecto⁹.

γ) Otra forma de error respecto de la cual se debe distinguir cuidadosamente es el llamado *error de subsunción*, tarea que no es fácil, porque se ha llegado a dar este nombre a cualquier *error juris*. Es obvio que, para diferenciarlo claramente del error de prohibición, se impone previamente circunscribirlo.

La "subsunción" es el fenómeno de adecuarse una conducta a un tipo legal. Hemos repetido que en ningún momento se requiere que esa adecuación sea conocida por el autor en el sentido técnico de la palabra, sino que basta con la "valoración paralela en la esfera del profano"¹⁰. Luego, la "subsunción" sólo puede hacerla el jurista, al menos si se la considera en su aspecto técnico. Fuera del sen-

⁴ SANCINETTI, MARCELO, *Error, dolo y culpabilidad*, en NPP, abril-setiembre de 1976, pp. 267 y ss.

⁵ KAUFMANN, ARMIN, *El Código Penal Argentino: artículo 34, inc. 1º y el error de prohibición*, en "Jornadas Int. de D. Penal Argentino", Univ. de Belgrano, Bs. As., 1973, 206 y ss. (212).

⁶ Cfr. WELZEL, 356; MAURACH, 272.

⁷ También WESSELS, 80.

⁸ Cfr. BAUMANN, 481; JESCHECK, 448.

⁹ Así, MEZGER-BLEI, 195; más ampliamente sobre este problema, *supra*, § 476.

¹⁰ V. RUDOLPHI, 112 y bibliog. allí indicada.

tido técnico, creemos que no es conveniente hablar del "error de subsunción", porque no hay tal o, si lo hay, a los efectos de determinar si hay o no culpabilidad y el grado de la misma, ese error será irrelevante como tal, aunque puede ser relevante en la medida en que sea un error de prohibición.

Dicho en otras palabras: la culpabilidad requiere la comprensión potencial de la antijuridicidad con relevancia penal, lo que demanda que el autor tenga la posibilidad de comprender la *naturaleza* y *entidad* del carácter injusto de su acto. Cuando por cualquier error invencible al autor no pueda exigirse la comprensión de que su injusto tenía entidad penal, por más que comprendiera su simple antijuridicidad, no habrá culpabilidad. Así, quien cree que su injusto es contravencional cuando es penal, mediando un invencible error al respecto, no será culpable, porque no habrá podido comprender la "criminalidad"¹¹, sin que importe si fue o no un "error de subsunción", porque la culpabilidad desaparece sólo porque es un error de prohibición, porque no pudo comprender que su conducta estaba prohibida con relevancia penal.

Del mismo modo, cuando alguien sólo pudo comprender la antijuridicidad correspondiente a un injusto penal de menor entidad, también incurrirá en un error invencible de prohibición, sólo que no tendrá por efecto eliminar la culpabilidad, sino únicamente disminuirla. Nos parece claro que si la imposibilidad de comprender la antijuridicidad elimina la culpabilidad, la posibilidad de comprender un injusto menor permitirá que la culpabilidad surja hasta la medida de ese injusto. Esto es para nosotros una consecuencia lógica de ciertos errores de prohibición invencibles, pero que para nada depende de que sean o no "errores de subsunción", sino de que son errores de prohibición, *errores sobre la entidad de la prohibición*.

En síntesis: *La subsunción es una operación técnica que no tiene por qué realizar el autor, pero que si la realiza y yerra en ella, ello es irrelevante para la culpabilidad, en la medida en que ese yerro no funde un verdadero error de prohibición.*

Rudolphi explica que "el fundamento de un error de prohibición puede estar configurado por un error de subsunción del autor, siendo decisivo al respecto, que el autor haya creído efectivamente, en razón de su error de subsunción, que su conducta estaba jurídicamente permitida", pero aclara de inmediato que "no todo error de subsunción debe

¹¹ Cfr. ARMIN KAUFMANN, op. cit. en "Actas", Univ. de Belgrano, Bs. As., 1973.

reconocerse como error de prohibición”¹², criticando en este sentido a Schönke-Schröder, que no dan por “error de subsunción” el mismo concepto de Rudolphi, sino que se torna un término difuso en la terminología de estos autores, dentro del cual consideran supuestos tales como el del error acerca de elementos normativos del tipo, o la falsa suposición de que la caza de ciertos animales no está vedada¹³. Como puede verse, estos autores consideran “error de subsunción” a verdaderos errores de tipo y de prohibición.

Rudolphi aclara que el error invencible que determina la falsa creencia de que una acción está prohibida por una norma, cuando en realidad lo está por otra, en un “error de subsunción” irrelevante¹⁴. En general, la idea es llamar “error de subsunción” al que, debido a una errónea interpretación de la ley, determina que el autor crea que su conducta no está prohibida¹⁵, para negarle eficacia al que determina la creencia de que la conducta está prohibida por otra norma. Esto es obvio porque el § 17 del código alemán vigente exige la comprensión de lo “injusto” del hacer, y no de la “criminalidad” del mismo, como en el inc. 1º del art. 34 argentino. Pese a ello no faltan en Alemania opiniones —bien que aisladas— que requieren el conocimiento de que la infracción es a un precepto penal, considerando que es insuficiente el conocimiento de la antijuridicidad frente a normas de derecho civil o de derecho público general¹⁶. Como consecuencia de esta diferencia, si de un “error de subsunción” se deriva que el autor no ha podido comprender que la antijuridicidad tenía entidad penal, o sí, comprendiendo esa entidad, no podía comprender la magnitud de la misma, el llamado “error de subsunción” será un error de prohibición y tendrá relevancia exclusiva de la culpabilidad en el primer caso y disminuyente de la misma en el segundo.

Esta diferencia entre el código argentino y el alemán determina que sea más amplio entre nosotros el círculo de casos de “error de subsunción” que pueden traducirse en errores de prohibición y, por ende, ser relevantes en cuanto a la culpabilidad, entendiéndose siempre —claro está— que esa relevancia proviene de que son errores de prohibición y no del mero hecho de ser “errores de subsunción”.

Suponiendo que antes de la reforma de la ley 21.338, una jurisprudencia plenaria hubiese dicho que la falsificación de cheque no oficial se asimilaba a la falsificación de instrumento público y un sujeto hubiese cometido ese delito, pero al tiempo de juzgarlo, variase la jurisprudencia plenaria, sentando el criterio de que la falsificación de cheque no oficial era asimilable a la falsificación de moneda, la pena de esta última no podría aplicársele, porque por un invencible error de prohibición —determinado por la misma jurisprudencia plenaria— el sujeto no habría podido comprender la magnitud de su injusto. Su culpabilidad estaría limitada a la del injusto de falsificación de instrumento público, pero nunca a la del injusto de falsificación de moneda.

¹² RUDOLPHI, 137.

¹³ V. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 488-489.

¹⁴ En igual sentido: WELZEL, 173; MAURACH, 283; BAUMANN, 421; etc.

¹⁵ V. por ej., BROCKELMANN, 119.

¹⁶ Así, OTTO, HARRO, 196.

Sancinetti nos ha observado que llamando "error de prohibición" a los que recaen sólo sobre la entidad del injusto, estamos violando una estructura lógico-real, porque la prohibición no depende de la entidad o gravedad. Sostiene que el error de prohibición tiene en nuestro código el mismo alcance que en el alemán, porque el legislador no puede alterar las categorías de "prohibido" y "no prohibido", afirmando que lo que nuestro código hace es dar relevancia al *error de punibilidad* (es decir, que quien comprende la antijuridicidad pero ignora la criminalidad, se hallaría en un error de punibilidad)¹⁷.

La asimilación de todos los errores sobre la entidad de la antijuridicidad a los de punibilidad nos parece impracticable en nuestra dogmática, porque la criminalidad depende del injusto penal y de la culpabilidad. Desde la teoría del tipo no es en modo alguno necesario hacer depender la criminalidad de la punibilidad. Por otra parte, lo "prohibido", lo "injusto", lo "antijurídico", tiene consecuencias y grados: se trata en el caso de errores sobre la magnitud de la desvaloración jurídica de lo prohibido, sobre la magnitud de lo injusto, sobre la entidad de lo antijurídico. Nadie tiene una "consciencia" de que algo es un injusto a secas, sino que siempre que se la tiene, la "consciencia" es de un injusto de cierta magnitud. Como contenido de la consciencia no aparece "lo injusto", sino "lo injusto de un homicidio" o "lo injusto de una infracción de tránsito".

Por supuesto que la idea de la magnitud del desvalor jurídico se forma generalmente por la idea de la penalidad, pero, como bien dice Kaufmann¹⁸, esto es sólo un "indicio", pero no una exigencia, por lo que el error acerca de la penalidad y de la mera aplicabilidad de la misma, nunca es un error acerca de la magnitud del injusto, sino, cuanto más, un *indicio* de este error. Prueba de ello es que el desconocimiento de la punibilidad en esos casos obedece a que el sujeto desconoce la relevancia penal, que está dada por la tipificación, pero no por la punibilidad, pues la falsa suposición de una excusa absolutoria (verdadero error de punibilidad) para nada afecta la comprensión de la antijuridicidad con entidad de relevancia penal. Por supuesto que el error sobre la entidad penal del injusto afecta la punibilidad, pero porque afecta la culpabilidad. Con ello no se altera ninguna estructura lógico-real, porque el legislador es dueño de determinar si le basta con la "consciencia" potencial del injusto o si quiere la "consciencia" potencial del injusto como penalmente relevante, como criterio para reprochar jurídico-penalmente la conducta típica y antijurídica. El legislador alemán siguió el primer camino y el nuestro el segundo.

En síntesis, *error de prohibición* es el que impide solamente la comprensión del carácter y entidad del injusto del acto. Se asemeja al *error de tipo* en que éste último también impide esa comprensión, pero se distingue del mismo en que no afecta para nada a la tipi-

¹⁷ SANCINETTI, MARCELO, op. cit. en NPP, abril-setiembre 1976, p. 285.

¹⁸ KAUFMANN, ARMIN, op. cit., p. 212.

cidad. Se parece al *error sobre una situación objetiva de inculpabilidad* en que también elimina la culpabilidad, pero este último lo hace sin impedir la comprensión de la antijuridicidad, sino porque limita el ámbito de autodeterminación.

El *error sobre la punibilidad* es —a diferencia del error de prohibición— irrelevante. Igualmente lo es el llamado *error de subsunción*, en la medida en que no sea el fundamento de un error de prohibición.

Cabe insistir en que la clasificación del error *facti* y error *juris* nada tiene que ver con el error de prohibición, que, conforme a la antigua clasificación, puede tener cualquiera de ambas formas. La superficial identificación del error de prohibición con el “error de derecho” es totalmente inexacta, porque el error acerca del “estar prohibida” de una conducta puede provenir de falsos contenidos de conciencia sobre cuestiones fácticas o jurídicas, siendo “indiferente qué raíces tenga y de qué clase sean las circunstancias”¹⁹. El error de prohibición es por entero independiente de la antigua y desacreditada distinción en error de hecho y de derecho, seguida durante largos años por nuestra doctrina y jurisprudencia, sostenida por el viejo Tribunal del *Reich* alemán (RG) y que, como vimos, abandonó en la posguerra el actual Tribunal Federal (BGH)²⁰. La afirmación de Hellmuth Mayer, según la cual el error de tipo coincide con el llamado “error de derecho penal” y el de prohibición con el llamado “error de derecho extrapenal”²¹, es totalmente infundada y gratuita.

495. **Distintas formas de error de prohibición.** Con lo expuesto hasta aquí ha quedado asentado que el error de prohibición es el que afecta la *comprensión* del injusto, en su *carácter* o en su *entidad*. Este supuesto habrá de presentarse siempre que un error —sin afectar a la tipicidad— elimine la exigibilidad de la comprensión del carácter antijurídico de una conducta o de la entidad que asume la antijuridicidad de la misma.

También hemos establecido que “comprensión” no es sinónimo de “conocimiento”. Hemos visto que la antijuridicidad es un desvalor que no sólo se “conoce”, sino que también se “comprende”, como toda valoración. Sentadas estas premisas básicas, veremos seguidamente cómo puede manifestarse el error de prohibición.

α) En primer término, corresponde ocuparnos de los errores de prohibición que recaen sobre el *carácter* antijurídico en sí mismo,

¹⁹ DOHNA, *Aufbau*, 1941, p. 16.

²⁰ Sobre la jurisp. alemana en materia de error de prohibición: Herdegen, Gerhard, *Der Verbotsirrtum in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, pp. 195-209, *25 Jahre Bundesgerichtshofs*, München, 1975.

²¹ MAYER, HELLMUTH, *Studienbuch*, 1967, p. 139.

o sea, que determinan una inexigibilidad de la comprensión del “estar prohibido” mismo. Hemos visto que “comprensión es algo diferente de “conocimiento”, pero que *presupone* el conocimiento (puede haber conocimiento sin comprensión, pero no puede comprenderse la valoración que se desconoce). Luego, los errores que afectan al conocimiento del carácter antijurídico del acto, necesariamente implican una imposibilidad de comprensión.

El error de prohibición que impide la comprensión del carácter antijurídico del acto en razón del desconocimiento del mismo, puede ser un error directo o un error indirecto de prohibición.

Error directo de prohibición es el que recae sobre la norma misma, es decir, sobre la “representación de la valoración jurídica del acto”²² conforme a la norma prohibitiva. Este error puede reconocer distintas modalidades, pero todas tienen la misma consecuencia. Una de ellas es cuando el autor conoce la norma, pero desconoce que su conducta choca con ella, por efecto de un error en la interpretación de la norma, caso en que el *error de subsunción* funda un error directo de prohibición²³. Otra de las formas es el llamado *error de validez*, en que el sujeto conoce la norma, pero cree que no es válida, porque choca contra otra norma de superior jerarquía. Se trata de un claro caso de error directo de prohibición²⁴. En realidad, todo error directo de prohibición afecta al conocimiento de la norma como valoración paralela en la esfera del profano al menos. El llamado error de subsunción no es más que un conocimiento insuficiente de la norma. El llamado error de validez es sólo un insuficiente conocimiento de la norma encuadrada dentro del orden normativo. Ambos pueden confundirse pues *ambos pueden ser errores acerca de la tipicidad conglobante*, al igual que el error acerca del cumplimiento de un deber jurídico, que es un error acerca del alcance de la norma prohibitiva.

Como vemos, el llamado *error directo de prohibición* es un error que afecta siempre la comprensión de la norma prohibitiva, sea por desconocimiento de su existencia, de su validez o de su alcance. No obstante, hemos visto que es posible que haya conocimiento sin comprensión. Por ende, el error de prohibición directo no se agota con los casos en que hay desconocimiento de la existencia de la prohibición o del alcance de la misma, sino que también abarca el caso en que, existiendo este conocimiento, el error determina úni-

²² JESCHECK, 368.

²³ Cfr. BOCKELMANN, 119; RUDOLPHI, 137.

²⁴ Cfr. WELZEL, 170; RUDOLPHI, 137; BOCKELMANN, 120.

camente la falta de comprensión. Este error es una forma especial de aparición del error directo de prohibición, que llamamos *error de comprensión*.

Sabemos —pues ya hemos visto el fenómeno al estudiar la imputabilidad— que casi ningún autor de injusto comprende efectivamente la antijuridicidad del mismo, pues de haberla comprendido, se hubiese motivado en ella. No obstante, puede suceder que no le sea exigible la comprensión de la antijuridicidad que conoce, debido a que ha internalizado otras pautas en forma que el derecho penal no puede reprocharle. Tal es lo que sucede especialmente cuando la falta de comprensión obedece a un condicionamiento cultural. Veremos luego con mayor detalle esta problemática y su adecuada distinción respecto del supuesto de la "autoría por conciencia"²⁵.

En cualquiera de los casos hasta aquí vistos —sea que el error de prohibición afecte la comprensión porque afecta al conocimiento o porque afecte sólo la comprensión pese al conocimiento— el error recae *en forma directa* sobre la norma prohibitiva o sobre su alcance. De ahí su nombre de *error directo de prohibición*: *error que recae sobre la norma que da origen al tipo prohibitivo o sobre su alcance*.

Frente a este error directo, los autores suelen distinguir el llamado *error indirecto de prohibición*²⁶, que consiste en la falsa creencia de que existe una tipicidad permisiva en el caso concreto. De allí que también se haya llamado al error directo "error abstracto de prohibición" y al indirecto "error concreto de prohibición", por suponer la "retirada" de la norma en el caso concreto²⁷. Dicho más sencillamente, el *error indirecto de prohibición es el que determina la falsa convicción de que opera en el caso una causa de justificación*.

Este error puede afectar distintas formas, que pueden reducirse a dos: la falsa suposición de que existe una causa de justificación que la ley no reconoce (falsa creencia en la existencia de un precepto permisivo) y la falsa suposición de circunstancias que hacen a una situación objetiva de justificación (falsa creencia en la existencia de una tipicidad permisiva objetiva o "justificación putativa"). Algunos autores suelen agregar el "error sobre los límites de

²⁵ V. infra, § 497.

²⁶ Así, DOHNA, *Aufbau*, 1941, p. 42; JESCHECK, 342; WELZEL, 167; STRATENWERTH, 162; WESSELS, 72; etc.

²⁷ MAURACH, 473.

una causa de justificación”²⁸, pero esta forma no constituye más que una variante de la primera, pues no pasa de ser un caso de error sobre el precepto permisivo.

β) Hemos visto hasta aquí una serie de errores de prohibición que recaen sobre la antijuridicidad considerada sólo como característica, es decir, sobre el mero carácter antijurídico del acto. No obstante, sabemos que todo acto antijurídico siempre lo es con una cierta *entidad*, de la que resultará su *relevancia penal* y su *magnitud*. Siempre la antijuridicidad es un carácter que se presenta con cierta entidad que dota de determinados caracteres al injusto. Pues bien, nuestra ley requiere que al sujeto le haya sido posible comprender la antijuridicidad no sólo como carácter, sino también en cuanto a entidad, es decir que, como carácter que siempre presenta cierta entidad, requiere la potencial comprensión del carácter y de su entidad. De allí que haya *errores de prohibición sobre la entidad del injusto*.

Hemos visto que, si bien es lo normal que los delitos sean injustos graves, no es siempre la gravedad del injusto lo que determina su tipificación (relevancia penal), sino que la tipificación expresa la necesidad jurídica de tomar ingerencia en los bienes jurídicos del autor con propósito resocializador²⁹. De allí que el *error sobre la entidad de la antijuridicidad* del acto pueda traducirse en un *error acerca de su relevancia penal*, o bien en que el sujeto, pese a comprender la relevancia penal de la antijuridicidad del acto, es decir, pese a comprender —o poder comprender— el carácter de injusto *penal* del acto, se halle incurso en un *error acerca de la magnitud o grado del mismo*.

El *error acerca de la relevancia penal del injusto*, es decir, el conocimiento de que se trata de injusto, pero acompañado de la falsa convicción de que no tiene relevancia penal, operará también como un error de prohibición que elimina la culpabilidad, puesto que el conocimiento y comprensión de la antijuridicidad carente del conocimiento y comprensión de su relevancia penal, no permite la comprensión de la “criminalidad”.

Todos los errores de prohibición de que nos hemos ocupado hasta aquí tienen por efecto eliminar la culpabilidad, a condición de ser invencibles. Veremos luego cuándo un error de prohibición es invencible y también nos ocuparemos de los efectos del error de

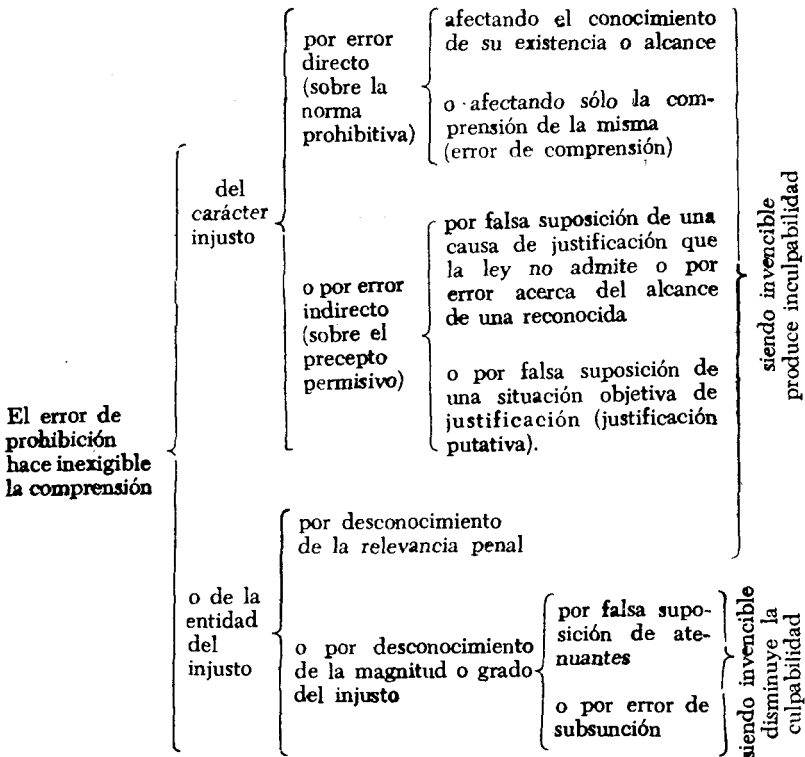
²⁸ Así, NAUCKE, *Strafrecht, Eine Einführung*, Frankfurt, 1975, p. 277; BOCKELMANN, p. 119.

²⁹ V. Supra, § 11.

prohibición vencible, pero por ahora nos interesa sólo aclarar que todas las formas de aparición del error de prohibición de que nos hemos ocupado hasta aquí son supuestos en los que, en caso de invencibilidad del error, desaparece la culpabilidad, pues se imposibilita la reprochabilidad del injusto a su autor, dado que al mismo no le es exigible la comprensión del carácter antijurídico penalmente relevante de su injusto.

A diferencia de todos los supuestos anteriores, el *error acerca de la magnitud o grado del injusto* no elimina la reprochabilidad, sino que sólo permite que opere hasta la medida del injusto cuya comprensión se le podía exigir al sujeto. De allí que el único supuesto de error de prohibición que, siendo invencible, no elimina la culpabilidad, sea el error acerca de la magnitud o grado del injusto, que sólo provoca una atenuación de la misma hasta el límite de la antijuridicidad cuya magnitud podía comprender el sujeto.

El error acerca de la magnitud del injusto puede presentarse en la forma de *falsa suposición de una atenuante*, sea ésta una



atenuante no reconocida por la ley, sea una atenuante reconocida, pero errando el autor en cuanto a circunstancias reales de hecho que le encuadrarían en ella.

Pero no siempre el error acerca de la magnitud del injusto se presenta en la forma de una falsa suposición de atenuante, pues bien puede tratarse de un *error de subsunción que da origen a la falsa convicción de la existencia de un injusto menor*.

Antes de pasar al análisis de algunas formas más o menos problemáticas en que puede presentarse el error *invencible* de prohibición —y después de esta visión general panorámica de las mismas— creemos conveniente sintetizarlas ³⁰.

II. — ANÁLISIS DE FORMAS PARTICULARES DE APARICIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE

496. **El error directo que afecta al conocimiento de la norma.** El error directo que recae sobre el conocimiento de la prohibición en sí misma puede ser tanto error *facti* como error *juris*, sin que ello sea mayormente importante. Precisamente, una de las dificultades para deslindar el error de hecho y el de derecho procede de que el error de derecho por lo general proviene de la ignorancia del hecho de que el legislador sancionó una ley. No obstante, puede también el error directo de prohibición afectar al conocimiento de la misma por recaer sobre otras circunstancias fácticas.

Hemos visto que una forma de este error es el llamado “error de validez”. El error de validez puede ser un error de subsunción, en el caso en que el sujeto crea que la norma no tiene alcance prohibitivo sobre su conducta porque así interpretada sería inconstitucional, por ejemplo. En este caso, el error de validez se confunde con el de subsunción, pero hay otros, en que está referido a circunstancias fácticas mucho más concretas, como puede ser cuando el sujeto ignora que la norma prohibitiva alcanza a su conducta porque cree que está en otro territorio, es decir, fuera del ámbito espacial de validez de la misma, o porque cree que se halla en una fecha distinta, anterior a la entrada en vigencia de la norma. El error acerca de la posición del sujeto en el tiempo o en el espacio es claramente un error fáctico y, sin embargo, da lugar al desconocimiento de la prohibición de la conducta.

³⁰ Cabe hacer la advertencia que, por razones puramente didácticas, en nuestro *Manual* hemos simplificado las formas de aparición del error de prohibición, incluso omitiendo algunas.

En los *delitos culposos* hay que distinguir cuidadosamente el conocimiento efectivo o potencial del peligro que la conducta crea para los bienes jurídicos, del conocimiento abstracto del deber de cuidado. El conocimiento del peligro causado es efectivo en la culpa consciente o con representación, pero es potencial en la culpa inconsciente o sin representación. Cuando ese conocimiento falta en forma efectiva y no es exigible, faltará la tipicidad culposa, pero cuando no es ese el caso, sino que el sujeto desconoce directamente su deber de cuidado en forma abstracta, no puede pretenderse que reconozca la antijuridicidad concreta de su conducta y reprochársele por no haberla conocido, pese a que conozca perfectamente el peligro que con la misma introduce, lo que configurará un claro supuesto de error directo de prohibición³¹.

El sujeto que cree que no introduce peligro con su conducta porque un bromista cambió los carteles direccionales del camino, se halla fuera de la tipicidad culposa, pero el que pasa una frontera e ignora que la mano de circulación está invertida en el país al que ingresa, también actuará atípicamente, si es que no lo ignora por negligencia, porque en ambos casos, lo que le falta es la posibilidad de conocer el peligro mismo. Distinto sería el caso en que conoce el peligro que introduce con su conducta, pero cree que en esa circunstancia no se le impone observar la mano de circulación, porque no está regulado el tránsito en esa región, por ejemplo. El profesional que dirige una obra y a cuyo cargo ponen las ordenanzas municipales el cuidado en la seguridad de los andamios, puede ordenar a los operarios que los coloquen a su entender, sabiendo con ello el peligro que introduce, pero ignorando que su conducta es antijurídica, por creer que es incumbencia ajena la vigilancia de la seguridad de los mismos.

En los *delitos omisivos* hay que distinguir el error que recae sobre la situación objetiva de la que se deriva la posición de garante (padre, cónyuge, médico de guardia, etc.), cuyo desconocimiento dará lugar a un error de tipo, del desconocimiento del deber de cuidado que de esa posición se deriva, cuyo desconocimiento debe dar lugar al error de prohibición. Hay error de tipo cuando el médico no sabe que está de guardia, pero hay error de prohibición cuando ignora que estando de guardia tiene el deber de asistir sin excepción alguna; hay error de tipo cuando el sujeto ignora que es el cónyuge, pero hay error de prohibición cuando ignora que su condición de cónyuge le impone velar por la integridad física del otro; etc.

³¹ Cfr. RUDOLPHI, 137.

Cabe formular la aclaración, como veremos más adelante, de que este error de prohibición que afecta directamente el conocimiento de la norma prohibitiva, *elimina la culpabilidad sólo cuando es invencible*.

497. **El error de comprensión y la conciencia disidente.** Ya nos hemos referido al problema que plantea la llamada “conciencia disidente”, “autoría por conciencia” o también “objeción de conciencia”, al menos en la medida necesaria para destacar que la “conciencia de la antijuridicidad” no puede depender de la conciencia individual, pues ello implicaría librar la vigencia del derecho a la conciencia individual³². También hemos visto que este es casi un problema sin solución, puesto que el drama de Antígona se halla presente en todo el derecho, y fundamentalmente en el derecho penal³³. Resulta pues, inevitable, que no cualquier objeción fundada en razones morales, políticas, religiosas, etc., es suficiente para pretender la existencia de un error de prohibición, pues ello implicaría el imperio del caos y la autodestrucción del derecho. Tampoco puede relevarse la falta de internalización de la norma que proviene de una seria decisión de conciencia del autor, al menos como error exculpante. La doctrina suele admitir que la misma tiene relevancia únicamente cuando le lleva al autor a creer que existe una causa de justificación en la ley, que le dispensa de su obligación, es decir, cuando el autor por conciencia se encuentra en un error indirecto de prohibición en razón de suponer falsamente la existencia de una justificante no reconocida por el derecho³⁴. En síntesis, si bien algunos autores llaman “autor por convicción” al que sólo es un objetor de la norma y “autor por conciencia” (o por “conciencia disidente”) al que incumple la norma por sentirlo como un deber de conciencia, a ambas categorías —que muchos identifican— se les resta en general relevancia a los efectos del error de prohibición³⁵.

“El autor por conciencia no es el que piensa o cree que la ley es injusta a partir de cualquier posición personal o jusnaturalista, sino el

³² V. Supra, § 471.

³³ Supra, §§ 201 y ss.

³⁴ Así, WELZEL, 176; MAURACH, 475; SCHMIDHÄUSER, 334; etc.

³⁵ V. BAUMANN, 373 y bibliog. allí indicada; también: BOCKELMANN, PAUL, *Zur Problematik der Sonderbehandlung von überzeugungsverbrechen*, en *Fest. für Welzel*, Berlín, 1974, pp. 543 y ss.; RUDOLPH, HANS-JOACHIM, *Die Bedeutung eines Gewissensscheider für das Strafrecht*, en *Fest. Für Welzel*, Berlín, 1974, pp. 605 y ss.

que siente el deber de actuar contra la ley como un ineludible deber de conciencia", dice Bopp³⁶, con lo que trata de distinguir al mero objetor del autor por conciencia.

El problema jurídico se plantea en Alemania Federal en razón de que el art. 4º de la Constitución prohíbe cualquier lesión de la conciencia, pero resulta obvio que ello no puede ser entendido en el sentido de dejar la vigencia del derecho librada a la conciencia individual³⁷. En la práctica, el problema sería análogo en nuestro país frente al texto que establece la libertad de cultos, sin que pueda argumentarse que la prescripción de que ella queda sometida a las leyes reglamentarias, importe solución alguna frente a los casos concretos.

El Tribunal Constitucional alemán consideró que afectaba la libertad de cultos la sentencia que condenaba al marido por omisión de auxilio, porque no había llevado a la mujer al hospital para que se le practicase una transfusión, después de haber tenido un niño y hallándose en peligro de muerte, fundado en que sus creencias religiosas —y las de su mujer— no permiten ese tipo de intervenciones y en que ambos creían que el mejor camino "era la oración"³⁸. Suele entenderse que en el caso opera una causa de inculpabilidad. No obstante, según las circunstancias, puede incluso que en el caso no haya dolo: la creencia religiosa determina aquí un error sobre la causalidad, consistente en considerar más efectivos los rezos que la transfusión. No hay dolo de omitir el auxilio, sino voluntad de prestarlo por otra vía que se cree más idónea.

Nuestra ley positiva exige que la posibilidad de *comprensión de la antijuridicidad* no esté excluida por error. Nuestra disposición es una clara consecuencia del concepto de derecho, según el cual no se exige una efectiva internalización de sus pautas, sino que sólo se limita a "aspirar" a ella, por lo que se lo considera un orden coactivo con "aspiración ética", que permanece indiferente si esa "aspiración" no se cumple, a condición de que el incumplimiento no se traduzca en la comisión de un injusto, momento en que recién le reprocha que no haya internalizado (comprendido) sus pautas (su señalación de la antijuridicidad). Cabe preguntarse si siempre que media una *conciencia errónea* ella es totalmente indiferente al derecho, en forma de pasarla siempre por alto al reprochar la falta de comprensión.

Cuando se cumple un injusto, el derecho no requiere, para afirmar la culpabilidad, que el sujeto haya internalizado esos valores, puesto que

³⁶ BOPP, ULRICH, *Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, Karlsruhe, 1974, p. 245.

³⁷ BECKSTEIN, GÜNTHER, *Der Gewissenstäter im Strafrecht und Strafprozessrecht*, Diss, Erlangen, 1975, pp. 151 y ss.

³⁸ V. RANFT, OTFRIED, *Hilfspflicht und Glaubensfreiheit in strafrechtlicher Sicht*, en Fest. für Erich Schwinge, Bonn, 1973, pp. 111 y ss.; RUDOLPHI, 150; ROXIN, *Problemas básicos*, p. 224.

las más de las veces el injusto obedecerá a una falta de internalización. Lo que requiere es que el sujeto haya tenido la posibilidad de internalizarlos en un grado razonablemente exigible. Si tomamos en cuenta que aquí también habrá de computarse la co-culpabilidad y descargarla de la reprochabilidad que se le formule al autor, veremos la importancia que este punto de vista tiene en lo social, en que abre la puerta a la consideración jurídica de todas las injusticias sociales para la ponderación del grado de reproche, obligando al juez a encararse con la realidad social, sin que ello implique una limitación a las garantías individuales de nadie, sino precisamente su mayor realización, no ya en un planteo idealista sino realista.

La "cosificación" del hombre que se produce en la sociedad (y que genera la reacción de los sectores más desfavorecidos) reduce ciertas garantías individuales a meras ficciones. Una de esas ficciones es el principio de culpabilidad si lo tomamos en el sentido de que cualquier hombre que conoce la antijuridicidad de su conducta está en condiciones de comprenderla, lo que parece hacerse tradicionalmente con respecto a la llamada "consciencia de la antijuridicidad". Esta sería una ficción tan tremenda como la que implicaba el *error juris nocet*, y en ella coinciden tanto el liberalismo idealista del Estado "gendarme" como las concepciones totalitarias u organicistas del Estado (coincidentes en éste como en múltiples aspectos, porque en definitiva conducen a lo mismo, que es a hacer del hombre un objeto, sea en el "mercado" o en el "organismo social", o sea, en la negación del principio de que el hombre debe ser tratado como un fin en sí mismo). Una ponderación de la real posibilidad de comprensión de la antijuridicidad no se compagina con ninguna forma de Estado o de derecho que "cosifique" al hombre. Un derecho penal antropológicamente fundado no puede menos que tomar en cuenta la efectiva posibilidad de comprensión que el hombre ha tenido.

No nos cabe duda de que la respuesta a la relevancia de la autoría por conciencia es una cuestión que debe ser resuelta parejamente por el derecho penal y el derecho constitucional. Las dificultades, como bien lo observa Gödan, provienen de que "para la literatura penal vale aún el principio de que el derecho constitucional pasa y la dogmática penal queda. De allí proviene que en los casos tratados surja una enorme distancia entre la ciencia del derecho penal y la del derecho constitucional, que escinde a una ciencia jurídica, en que la mano izquierda no sabe lo que hace la derecha"³⁹. Con mucha más razón puede afirmarse esto en nuestro país.

Hemos sostenido que la exigibilidad de la internalización (comprensión) de las pautas jurídicas (señalización de las conductas antijurídicas) depende siempre del grado de esfuerzo que el sujeto debía realizar para materializar esa internalización o comprensión efectiva. En caso de concluir en que podía exigírsele jurídicamente

³⁹ GÖDAN, JÜRGEN CHRISTOPH, *Die Rechtsfigur der Überzeugungstäter*, Berlín, 1975, p. 289.

esa comprensión, el injusto será reprochable y, por consiguiente, el grado de reprochabilidad (culpabilidad) necesariamente se remitirá al grado de la exigibilidad y al respectivo grado de esfuerzo que el sujeto hubiese debido realizar.

Conforme a ello, se nos hace evidente que el grado de esfuerzo que debía haber realizado el mero objetor, no es igual al que debía realizar un autor por conciencia, que actuase en consecuencia con un sistema cerrado de valoraciones y consiguientes pautas, distinto del jurídico. Es incuestionable que el sujeto que experimenta como un deber de conciencia la necesidad de cometer el injusto, debe realizar un esfuerzo mayor para evitarlo que el correspondiente a quien comete el injusto sin experimentar esa vivencia.

Como consecuencia de lo expuesto, *la conciencia disidente o autoría por conciencia será siempre, al menos, una causa de disminución de la culpabilidad.*

Por consiguiente, esta menor culpabilidad deberá tenerse en cuenta para la cuantificación de la pena y, en lo posible, también habrá de tomarse en cuenta para el tratamiento penitenciario del sujeto, que siempre tendrá presente que la conciencia es cuestión individual en tanto que no se traduzca en injustos. Desafortunadamente, no siempre podrá entenderse que la menor culpabilidad implica una menor pena y un trato penitenciario menos riguroso, porque cabe reconocer que hay autores por conciencia con un elevado índice de peligrosidad. Frecuentemente el fanático que raya en lo patológico aparecerá beneficiado por esta menor culpabilidad, pero será necesaria la rectificación de la peligrosidad a la hora de la cuantificación penal. Bástenos recordar que generalmente los magnicidas pertenecen a esta categoría: pensemos en Ramón Mercader del Río (el homicida de Trotzky), José de León Toral (el homicida de Alvaro Obregón), los autores del atentado contra De Gaulle y tantos otros⁴⁰. Por supuesto que la peligrosidad deberá operar como correctivo siempre que ello se imponga y no servir de pretexto para la persecución ideológica o religiosa, que es un riesgo a cuyo borde siempre se halla el juez en estos casos.

El *error de comprensión*, esto es, la *conciencia errada* que determina siempre un mayor esfuerzo para la comprensión, determinará pues, en todos los casos, una menor culpabilidad, al menos, dentro del planteo de la culpabilidad como culpabilidad de acto que hemos venido sosteniendo. Distinto será el planteo del problema dentro de la llamada "culpabilidad por la conducta de la vida" o "culpabilidad de autor", que pretenderá hacer responder al hombre

⁴⁰ V. el interesantísimo estudio de ALFONSO QUIRÓZ CUARÓN-SAMUEL MAYNEZ PUENTE, *Psicoanálisis del magnicidio*, México, 1965.

por toda su conciencia, es decir, reprocharle su conciencia misma. Esta es la tendencia de todos los autoritarismos —de cualquier signo— y frecuentemente se maneja la peligrosidad en las sentencias argentinas encubriendo esta concepción con su nombre.

Cabe aclarar que “conciencia errada” y “error de comprensión” son términos casi sinónimos. Para evitar cualquier equívoco, aclaramos que no estamos hablando de “errada” y de “error” frente a una ética jusnaturalista cualquiera, sino que el “error” y lo “errado” aparece como tal sólo frente a la valoración jurídica, es decir, frente al mínimo ético a que aspira el derecho penal, o sea, frente a la pretensión de que no se cometan delitos.

Sentadas estas premisas y aclarando que la autoría por conciencia siempre opera como una disminución de la culpabilidad, *cabe que nos preguntemos si no hay ningún caso en que tenga el efecto de excluir la culpabilidad*. La respuesta dependerá de que nos hallemos frente a un supuesto en que el esfuerzo que hubiese debido realizar el autor fuese de magnitud tal que surja claramente su inexigibilidad jurídica y, por ende, quede excluida la reprochabilidad. En un supuesto tal nos hallaríamos frente a un caso de error de comprensión que sería un invencible error de prohibición.

Estimamos que ese caso se da con meridiana claridad cuando la dificultad para la comprensión está *condicionada culturalmente*. Al sujeto que conoce la norma prohibitiva, pero que no la puede internalizar por razones culturales, por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (comprensión). Si pensamos en un sujeto nacido y crecido en una comunidad indígena, con sus moldes culturales —frecuentemente bien complejos—, que lleva a cabo las inhumaciones conforme a su ritual, pero en violación de las leyes vigentes, bien puede conocer esas leyes y saber que las inhumaciones en esas condiciones pueden propagar una enfermedad peligrosa, y quedar eventualmente incurso en la tipicidad del art. 203. No obstante, el sujeto no podrá internalizar (comprender) la antijuridicidad de su conducta, porque frente a la importancia del ritual funerario, el riesgo le parecerá siempre nímio y no podrá exigírsele que lo comprenda de otra manera.

Entendemos, pues, que *no todo error culturalmente condicionado es un error de prohibición directo*, pues el condicionamiento cultural puede provocar errores sobre la causalidad que pueden dar lugar a “delitos imaginarios”, pero también a atipicidades (errores de tipo) y justificaciones putativas. El planteo general del error culturalmente condicionado excede, pues, en mucho, al del error de comprensión, sólo que entendemos que *el error de comprensión*

elimina la culpabilidad únicamente en el caso en que coincide esta calidad con la de error culturalmente condicionado (o sea, cuando ambos se superponen).

Debe quedar bien claro que el error culturalmente condicionado, no siempre es un error de prohibición por conciencia disiente y ni siquiera es siempre un error de prohibición. Puede dar lugar a un error de prohibición que sea un error de tipo permisivo (justificación putativa), como sucede con los miembros de la cultura Ahuca, en el oriente del Ecuador, respecto de sus ataques a los blancos. Sus partícipes están en la creencia, probablemente condicionada sobre base cierta, de que el hombre blanco les eliminará en cuanto les vea. Por tanto, creen actuar en defensa de su vida suprimiendo a cuanto blanco ven. El proceso de adaptación de estos individuos por parte de los misioneros es tarea difícil, precisamente debido a este error culturalmente condicionado.

Igualmente, puede que una cultura tenga un conocimiento de la causalidad que sea completamente falso y que les condicione errores invencibles de tipo. Los médicos medievales que infectaban las heridas con ungüentos extrañísimos, no realizaban ninguna conducta final de lesión ni de homicidio. Tampoco las realizamos nosotros en nuestros días, en que seguramente, por limitaciones al conocimiento de la causalidad, cometemos un buen número de errores de tipo culturalmente condicionados. Por ser tales, nada tienen que ver con la conciencia disidente.

El pensamiento mágico se ha manifestado particularmente rico en casuística de defensas putativas en África, que enfrentaron al derecho de los nuevos países con graves problemas. Redueiéndonos al caso del derecho penal africano de recepción anglosajona, la Corte de Sudán resolvió, en el caso de un indígena que quiso eliminar a un "espíritu maligno" que le perseguía, dando muerte en realidad a una anciana vecina, que faltaba la *mens rea* ⁴¹. Igual criterio sostuvo la Corte de Sudáfrica en 1933, en el caso de un joven que viendo los pequeños pies de un ser oculto detrás de una estera, lo tomó por un espíritu maligno cuando, en realidad, era un niño. En este caso, pese a faltar la *mens rea*, el tribunal sudafricano consideró que había delito culposo, lo cual parece correcto. En el juzgamiento del caso, no se quita del medio la molesta figura de la versión anglosajona del homúnculo normalis (el *razonable man*), pero se hace una prudente aplicación de la misma ⁴².

No tan prudente es la aplicación hecha en otros casos, en que se rechaza la defensa putativa en razón de la falta de inminencia del peligro creído ⁴³. Así, en el caso del homicidio de un "brujo" a quien se sorprende en actos de brujería y que se le atribuían algunas muertes

⁴¹ Sudan Government vs. Abdullah Mukhtar Nur, 1959.

⁴² Materiales para el *Strafrechtliches Seminar im Sommersemester 1972 über Criminal Law in Common Law Countries of Africa*, preparados por Barbara Huber, Friburg i. Br., 1972, tema: *Criminal Law: The problem of supernatural beliefs*, p. 72.

⁴³ Así la Corte Suprema de Malawi en 1967, caso Republic vs. Lufazema, y la Corte de Apelación de Africa Oriental en 1941, caso R. v. Fabiano Kineme and two others (op. cit., pp. 73 y ss. y 83 y ss.).

en la pequeña villa, se olvida que, conforme a la creencia primitiva, el acto de brujería implica ya una agresión inminente. El individuo fue muerto en este caso, siguiendo un antiguo ritual, conforme al cual los "brujos" deben ser eliminados de manera especial. En el caso se lo mata introduciéndole plátanos verdes por vía rectal. En África suele producirse este tipo de "caza de brujos", que puede llegar a ser epidémico en una región. Estas creencias se trasladaron a las culturas neoafricanas de América ⁴⁴, penándose su práctica en algunas legislaciones latinoamericanas, con independencia del resultado, es decir, como contravenciones de peligro abstracto ⁴⁵.

La admisión del error de comprensión como causa de exclusión de la culpabilidad en el caso del condicionamiento cultural del mismo, no nos deja indefensos frente al sujeto si éste se manifiesta peligroso, al menos conforme al claro texto de nuestra ley penal. Cabe pensar que quien padece este error bien puede ser un jíbaro de extremada peligrosidad, siendo absurda la pretensión de dejarle en libertad. Nuestro código resuelve el problema, puesto que el error de comprensión es un caso más del error del inc. 1º del art. 34 que entra dentro de "los demás casos" a que se refiere el párrafo 3º del mismo inciso, por lo que, en caso de peligrosidad, correspondería "la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobare la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso".

El error de comprensión es la única solución que nos permite eludir la absurda teoría de que los indígenas son inimputables o que se hallan en "estado peligroso". Esta posición es hija de un etnocentrismo inadmisibles, que desprecia por inferiores a las culturas indígenas, y que encuentra su versión moderna en Hegel y en Garofalo ⁴⁶. Por nuestra parte hemos expresado reiteradas veces que el indígena puede ser inimputable por las mismas causas que puede serlo el que no es indígena, pero nos negamos rotundamente a considerarlo inimputable por el hecho de pertenecer a otra cultura. La única razón que puede justificar semejante actitud es la de asumir la posición de conquistador y considerar que nuestra propia cultura es la superior y que las restantes deben desaparecer por inferiores, presentando también la condición de inferiores sus integrantes mientras la compartan. Semejante criterio, que no puede ser más brutal

⁴⁴ V. por ejemplo la enorme importancia de la "palabra" en las culturas africanas (sobre ello, JAHN, JANHEIZ, *Muntu: las culturas neoafricanas*, México, 1963, p. 173).

⁴⁵ Sobre las disposiciones que reprimen la hechicería en Cuba y Haití, BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Curiosidades penales*, en LL, 103 (857 y ss).

⁴⁶ V. *Supra*, §§ 140 y 151.

a la luz de una mínima consideración a la dignidad humana, sería inadmisibles entre nosotros, por afectar el principio de igualdad ante la ley.

En Australia, afirma Elkin que "incluso misioneros bien intencionados se hacen todavía eco del sofisma de que los papúas u otros grupos étnicos son razas infantiles"⁴⁷. En Latinoamérica el concepto se ha divulgado con desgraciada facilidad, estando recogido en los arts. 44 y 45 del código penal peruano y en el inc. 5° del art. 17 del código penal boliviano. La misma solución se sostuvo en los proyectos venezolano de 1967 (art. 16) y colombiano de 1973 (art. 42). El proyecto oficial para Bolivia de 1943 (art. 20) consideraba inimputable al indígena, ubicándolo junto al menor. Medrano Ossio sostuvo que lo que correspondía era declararles en "estado peligroso" —como medida tutelar—, con lo que se desató una polémica entre este autor y Manuel López-Rey, autor del proyecto⁴⁸, en que a lo largo de los años fueron participando otros autores⁴⁹. Lo cierto es que ambas posiciones son similares, pues por una u otra vía deben admitir, en el fondo, que parten de la premisa de que el indígena se encuentra en una situación de inferioridad, cuando lo cierto es, únicamente, que pertenece a otra cultura diferente. La solución correcta —por la vía del error— es sostenida por Crespo Solís en Bolivia, por Luis Carlos Pérez en Colombia y Gladys Yrureta en Venezuela⁵⁰.

Cabe apuntar que los tribunales peruanos parecen haberse percatado de los inconvenientes de la solución dada por los arts. 44 y 45 de ese código, pues suelen completar el fundamento de sus sentencias con referencias a las disposiciones sobre el error⁵¹.

En Colombia, los misioneros tenían facultades extraordinarias respecto de los indígenas no civilizados, acordadas por leyes de 1890 y de 1892, lo que los excluía del derecho penal común, pero en la actualidad se considera que están sometidos a la ley penal⁵².

En Brasil, la exposición de motivos del código vigente (de 1940) entiende que con la fórmula "desarrollo mental incompleto o retardado" del art. 22, se "dispensaba la alución expresa a los sordomudos y selvá-

⁴⁷ ELKIN, A. P., en autores varios, *Los derechos del Hombre*, Barcelona, 1973, p. 344.

⁴⁸ Sobre esta polémica, HUASCAR CAJFAS K., *Criminología*, La Paz, 1964; MEDRANO OSSIO, JOSÉ, *Derecho Penal Aplicado*, Potosí, 1960, pp. 177-179; LÓPEZ REY, MANUEL, *Introducción al estudio de la Criminología*, Bs. As., 1945.

⁴⁹ Por ej., DURÁN P., MANUEL, *La reforma penal en Bolivia*, Sucre, 1946; MURILLO VACAREZZA, *El indio, el cholo y el blanco*, en "Rev. Jurídica", Cochabamba, 1950; BERNALDO DE QUIRÓZ, CONSTANCIO, *Derecho Penal*, Puebla, 1948, p. 118.

⁵⁰ CRESPO SOLIZ, OSCAR, *Breves comentarios al anteproyecto de Código Penal para Bolivia*, La Paz, 1967, pp. 47 y ss.; PÉREZ, LUIS CARLOS, *Tratado de Derecho Penal*, Bogotá 1967, T. I, p. 383; YRURETA, GLADYS, *El indígena ante la ley penal*, Caracas, 1981.

⁵¹ V. ESPINO PÉREZ, JULIO D., *Código Penal, Concordancias*, Lima, 1962, pp. 58-59.

⁵² Cfr. PÉREZ, LUIS CARLOS, op. cit., p. 382; afortunadamente el código de 1980 no siguió al proyecto de 1973.

ticos inadaptados". Siguiendo esta opinión, los considera inimputables la mayoría de la doctrina⁵³.

En 1965 se propuso la fórmula brasileña de la inimputabilidad en la reunión para la redacción del "código penal tipo", sosteniéndose que la misma abarca al indígena. Reyes Echandía se opuso afirmando que no es posible sostener "*in genere* que el indígena, sólo porque es indígena, es un sujeto de desarrollo mental incompleto". La misma posición sostuvieron Peña Cabrera y Carrancá y Trujillo. Este último observó —muy certeramente— que "todo está en el punto de vista en que uno se coloque, y puede ser que desde el punto de vista de muchos indígenas, los que no tengamos un desarrollo muy completo, seamos nosotros"⁵⁴.

La especial referencia a los indígenas en los códigos penales de América tiene su origen en el proyecto de Livingston para Louisiana, cuyo art. 43, lejos de considerarlos inimputables, les reconocía un ámbito cultural propio: "Las tribus indias que residen dentro de los límites de este Estado se gobiernan por sus propias costumbres; ningún acto cometido por los individuos de estas tribus en sus relaciones entre ellos o con los de otras tribus, es considerado como una violación del presente código; pero en cuanto a todas las otras relaciones, estos individuos son como todos los habitantes de este Estado, protegidos o punidos por la ley que les gobierna"⁵⁵. Claramente inspirado en este texto estaba el código nicaragüense de 1837, cuyo artículo 14 decía: "Las tribus de indígenas salvajes que existen dentro del territorio del Estado, están exceptuadas de las disposiciones del anterior artículo, con tal que los delitos declarados que cometan, sean dentro de sus confines, y no sean ofensivos a la Nación o al Estado; en cuanto a los principios fundamentales de su sistema, o la independencia o integridad de su territorio"⁵⁶.

No obstante, no debe pensarse que la cultura indígena sea el único caso de error de comprensión culturalmente condicionado, puesto que a veces puede surgir de una tradición cultural que enraiza perfectamente con la nuestra. Así, si bien la inclusión de las hojas coca en la lista

⁵³ Así, BRUNO, ANÍBAL, *Direito Penal*, Río de Janeiro, 1967, II, p. 137; SALGADO MARTINS, JOSÉ, *Direito Penal*, S. Paulo, 1974, p. 309; GARCÍA, BACILEU, *Instituições de Direito Penal*, S. Paulo, 1977, I, p. 330; PIZZOTTI MENDES, NELSON, *Direito Penal*, S. Paulo, 1974, p. 117; FRAGOSO, HELENO CLAUDIO, *Lições de Direito Penal*, S. Paulo, 1976, p. 215; en sentido crítico, FRAGOSO, *Direito Penal e Direito Humanos*, Río de Janeiro, 1977, pp. 14-16; también criticando las legislaciones que consideran a los indígenas como incapaces y los someten a curatela, LEITE, GERVÁSIO, *A emancipação do índio*, en "Rev. de Informação Legislativa" Senado Federal, Brasília, oct.-dic. 1978, pp. 159 y ss.; también YRURETA L., GLADYS, *Responsabilidade penal del indígena*, en "Hom. a Tulio Chiossonne", Caracas, 1980, pp. 637 y ss.

⁵⁴ *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Procuraduría General de Justicia de la República, Academia Mexicana de Ciencias Penales, México, 1967, pp. 189-191. En términos análogos y con valiente defensa de las culturas indígenas se expresa recientemente GLADYS YRURETA, en *El indígena ante la ley penal*, Caracas, 1981.

⁵⁵ LIVINGSTON, EDOUARD, *Rapport sur le Projet d'un Code Pénal fait a l'Assemblée Générale de l'Etat de la Louisiane*, París, 1825, p. 147.

⁵⁶ MEDINA y ORMAECHEA, ANTONIO A. de, *La Legislación Penal de los Pueblos Latinos*, México, 1896.

de la ley 20.771 sólo puede entenderse como incluyendo las que se destinan a la elaboración de cocaína, pero no las que se destinan a “coqueo”, porque en tal caso no puede hablarse de “estupefaciente” (como no puede hablarse de “estupefaciente” en el café, pese a que contiene cafeína), lo cierto es que si se superase incluso este obstáculo fundamental, se trataría de un caso generalizado de error de comprensión ^{58 bis}.

Debe quedar aclarado que el acondicionamiento cultural influye de manera diversa, según sea la separación del contexto cultural del sujeto respecto del contexto cultural en que surge la señalización de lo antijurídico. Dentro de una sociedad “pluralista” —como es toda sociedad moderna— surgen “subculturas” e intra-grupos “que siempre muestran alguna faceta disidente, propia del derecho a la diferencia”, que sólo unos cuantos orates pretenden desconocer. Pero estos grupos o variables no están separados de nuestra cultura, sino que no pasan de ser variantes de la misma, fenómeno propio del dinamismo característico de lo social y de lo humano. No son, por cierto, estas variables —frecuentemente patológicas— las que pueden dar lugar a un error de comprensión. Una cosa es la imposibilidad de comprensión que se deriva de la pertenencia a una cultura indígena y otra la no comprensión que se funda en la pertenencia a una “secta diabólica” para burgueses ociosos o a un grupo político violento de fanáticos racistas.

Confundir estos niveles implica anular el verdadero sentido que el error de comprensión tiene en nuestro derecho penal, pudiendo llevar a conclusiones aberrantes e inadmisibles.

Una aberrante sentencia de Frankfurt, del 6 de junio de 1972, conocida como “caso Born”, es una aplicación totalmente descabellada del principio en que se funda el error de comprensión. Se trataba de un médico que entre 1940 y 1941 había participado en la selección de enfermos mentales para ser suprimidos en cámaras de gas y quien también había comunicado los decesos a los familiares, estimándose que de esa forma había participado en el homicidio de, por lo menos, 6652 enfermos mentales.

El tribunal reconoció expresamente que no había ninguna ley que

^{58 bis} Así lo entiendo MARTÍNEZ, VÍCTOR RENÉ, *La aplicación de la ley penal y el problema del regionalismo cultural*, en “Boletín Judicial”, Salta, 1978, XXI. La Cámara Criminal de la Capital, considera que es delito la simple tenencia de hojas de coca, argumentando, respecto de la analogía con el café, lo siguiente: “Y en lo que concierne al café, ninguna duda tengo que la autoridad sanitaria competente (art. 77 Cód. Penal) no habrá hoy de incluirlo en las listas de la ley que reprime la tenencia y tráfico de estupefacientes pero, si lo hiciera, aceptaría la plena validez de la resolución respectiva, aún convencido de la falta de acierto de su dictado” (Voto de Andereggen, al que adhieren Palacios y Ledesma, Sala 2ª, 30 de marzo de 1979. El fallo completo en “Ciencias Penales”, nº 8, Bs. As., nov. 1979).

autorizase esas medidas, pues las mismas se tomaban en secreto, ante la negativa del dictador a hacer pública una ley semejante. No obstante la antijuridicidad —incluso formal dentro de la “legalidad nazi”— de la conducta, el tribunal valoró que el procesado se había formado bajo el régimen nacional-socialista, precisamente en Berlín, donde la propaganda del mismo era más intensa, era muy joven en aquel momento, no tenía formación jurídica e incluso juristas de talla habían defendido la eutanasia, y en función de ello concluyó que el mismo no había tenido consciencia de la antijuridicidad de su conducta, razón por la que no cabía formular el reproche de culpabilidad. El Presidente de la República Federal, Dr. Gustav Heinemann, declaró con motivo de esta sentencia que “ningún hombre del mundo dejaría de estremecerse ante el privilegio del homicidio en masa, de la forma en que se lo puede hacer en la República”⁵⁷. A medida que mayores aberraciones políticas acontecen en el mundo, se incrementa el serio riesgo de que estas “inculpabilidades” se instrumenten para obviar los anteriores y correctos rechazos que de las causas de justificación y de la obediencia jerárquica se hicieron en casos similares.

498. **El error indirecto de prohibición.** El error indirecto de prohibición vimos que es el que recae sobre la tipicidad permisiva de la conducta típica de un tipo prohibitivo. Ello acontece cuando el sujeto conoce la tipicidad prohibitiva, pero cree que está amparada su conducta por un tipo permisivo. Esta falsa creencia en la tipicidad permisiva de la conducta puede provenir de que el autor, por desconocimiento del derecho, crea que hay una causa de justificación que la ley no reconoce. Así, puede ser que el sujeto crea que una costumbre deviene un permiso legal y, en realidad, ese permiso no exista. Esta forma de error de prohibición indirecto puede afectar el conocimiento de la antijuridicidad o sólo su comprensión. Tendríamos un error de comprensión indirecto en el supuesto en que el derecho consuetudinario indígena consagrara un permiso que la ley penal no releva. En cualquier caso, el autor no comprende la antijuridicidad porque actúa bajo lo que él cree que es una causa de justificación.

La otra variante del error indirecto de prohibición tiene lugar cuando el autor cree actuar en una situación objetiva de justificación que no existe. Aquí el error recae sobre los aspectos objetivos de la tipicidad permisiva. El sujeto cree que le agreden, pero resulta que no es agredido; el sujeto cree actuar para salvar un bien mayor, pero resulta que el bien mayor no corría peligro alguno; el sujeto retiene la cosa porque cree que no se le han pagado los gastos de reparación, cuando en realidad la cuenta está saldada. A

⁵⁷ V. OTTO, HARRO, pp. 197-200.

diferencia del supuesto anterior, aquí el sujeto sabe que hay un precepto que le permite defenderse legítimamente y su creencia a este respecto es correcta, sólo que se representa una situación objetiva que encuadraría en el mismo, pero que sólo existe en su imaginación. Generalmente se tratará de un error *facti*, pero bien puede ser un error *juris*, lo que demuestra una vez más que la antigua clasificación del error es por entero independiente de la presente. Piénsese en el sujeto que retiene la cosa porque cree que el cheque es un instrumento de crédito en lugar de considerarlo un medio de pago.

No es más que una variante de cualquiera de las mencionadas formas del error indirecto de prohibición, el que recae sobre los límites de la tipicidad permisiva, es decir, cuando el sujeto excede por error el límite de lo permitido. Así, por ejemplo, el que continúa golpeando al que le agredió cuando la agresión ya ha cesado. El error que le determina a eso puede consistir en que cree que tiene derecho a hacerlo o en que no ha podido conocer el cese de la agresión. En el primer caso, se trata de una variante de la falsa suposición de una justificación no reconocida por la ley; en el segundo, tampoco pasa de ser una variante de la falsa suposición de una situación de justificación que no existe, es decir, un supuesto más de justificación putativa ^{57 bis}.

499. **Error sobre la relevancia penal de la antijuridicidad.** Es éste un error sobre la entidad de la antijuridicidad y no sobre su existencia misma. Afecta la comprensión porque no permite el conocimiento de la relevancia penal de la antijuridicidad, pese a que el sujeto conozca el carácter antijurídico de la conducta. Eso será lo que acontece en el caso en que un individuo que proviene de cualquiera de los muchos países en que se desincriminó el adulterio, comete adulterio en la Argentina sabiendo que es un injusto civil (art. 50 de la Ley de Matrimonio Civil), pero ignorando su relevancia (tipificación) penal. Lo mismo sucede en el ya comentado ejemplo del estudiante que se apodera de un libro porque cree que el hurto de uso es impune ^{57 ter}.

500. **Los errores de prohibición invencibles que disminuyen la culpabilidad.** Ya hemos expuesto en su momento que el dolo demanda el conocimiento de los elementos que requiere la tipicidad objetiva de la conducta, pues todo desconocimiento de esos elemen-

^{57 bis} V. su diferencia con el exceso, supra, § 445.

^{57 ter} V. supra, § 475.

tos provoca un error de tipo que hace desaparecer el dolo. Cuando tenemos un tipo básico y uno calificado por una circunstancia objetiva, como el parricidio, habrá un homicidio simple cuando el autor ignoraba el vínculo de parentesco realmente existente como cuando lo suponía falsamente^{57 quat}. La regla general sería que la tipicidad se da hasta donde la parte objetiva concuerda con la subjetiva, no pudiendo recaer sobre las partes que no se corresponden⁵⁸. En el caso de la falsa suposición de la agravante hay una voluntad de matar al pariente que es típica del homicidio simple (en el caso, es dolo de homicidio simple), porque el pariente no se halla en el tipo objetivo. En el caso inverso sucede lo mismo, porque hay una cobertura subjetiva del tipo objetivo, pero sólo hasta el querer la muerte, es decir, hasta el dolo de homicidio simple.

Respecto de las atenuantes el problema no suele ser tan sencillo y no puede ser relevado como error a nivel de la tipicidad, al menos en forma completa. Aquí se opera inevitablemente una asimetría en el sistema, y por muchos que sean los esfuerzos doctrinarios para ocultarla ello es imposible, pues surge con toda claridad. El que quiere facilitar la prostitución de un menor de 17 años e ignora que el menor tiene 18 años (*desconocimiento de la atenuante*) no está cometiendo una facilitación de la prostitución de menor de 18 años (art. 125, inc. 2º), sino una de mayor de 18 y menor de veintiún años (art. 125, inc. 3º). *Si fuesen tipos independientes habría que afirmar la atipicidad*, porque no puede darse la tipicidad objetiva de un tipo y la subjetiva de otro, pretendiendo con ello construir cualquiera de ambas tipicidades. Pero el caso planteado no es el mismo, pues hay un único tipo básico al que responden ambas tipicidades: el autor quiso facilitar la prostitución de un menor y facilitó efectivamente la prostitución de un menor.

En esas circunstancias, a nivel de la tipicidad se produce una disyuntiva: consideramos a la atenuante objetivamente o la consideramos subjetivamente. Una tercera solución no cabe, pues tampoco resulta coherente pretender que el autor cometió un delito de concurrencia ideal entre tentativa de facilitación de la prostitución de un menor de 17 años y facilitación consumada de un menor de 18 años⁵⁹, porque tampoco cabe hablar de tentativa cuando hay ausencia de tipo.

Para evitar estos inconvenientes, la doctrina germana acude al

⁵⁷ quat V. supra, § 342.

⁵⁸ Cfr. BAUMANN, 429.

⁵⁹ Como variable absurda la considera MAURACH, 277.

expediente de *subjetivizar* los atenuantes que, por otra parte, se sostiene que está consagrado —bien que sólo respecto de la falsa suposición de atenuantes— en la fracción II del § 16 del StGB. Conforme a ese principio, desde que el sujeto ignora la existencia de la atenuante, ésta no puede tomarse en cuenta a los efectos de la tipicidad. Inversamente, en el caso en que se supone falsamente que existe la atenuante, ésta será la que determine la tipicidad. Así quien objetivamente facilita por intimidación la prostitución de un menor, pero cree que es un mayor, se considerará incurso en la tipicidad del art. 126 y no en la del art. 125.

Esta solución tiene el inconveniente de que determina la tipicidad de la conducta conforme a la imaginación del sujeto activo, dejando de lado la concreta manifestación de su voluntad en el mundo objetivo. Por otra parte, es violatoria del principio de legalidad, puesto que si bien no afecta a éste en el supuesto de la falsa suposición de atenuantes, no sucede lo mismo con la ignorancia de las atenuantes: *si no se facilitó la prostitución de ningún menor, la conducta no puede estar prohibida en el tipo de facilitación de la prostitución de un menor, por mucho que el autor se la haya imaginado.*

En el caso de la falsa suposición de atenuantes se trataría de una ficción que beneficia al procesado, pero en el caso de la atenuante desconocida por el autor, lo perjudica gravemente. No abrimos opinión concluyente sobre la situación en el código alemán, pero en el nuestro no nos cabe duda alguna de que la situación no es admisible, porque no hay ninguna base legal para considerar que cuando objetivamente se cumple el tipo del art. 126, se da por cumplida la tipicidad del art. 125 último párrafo.

Esta teoría de la subjetivización de las atenuantes⁶⁰ tiene un cierto sentido lógico, pero pasa por alto una fundamental diferencia que no podemos dejar de tener en cuenta. En las figuras de la parte especial, frecuentemente se beneficia al autor, no por un menor injusto del hecho sino por una menor culpabilidad del mismo. Los supuestos de privilegio por menor culpabilidad pueden depender de la motivación o de estados psíquicos del autor. Ninguna duda puede haber de que esas atenuantes son eminentemente subjetivas, porque la culpabilidad depende de procesos subjetivos. Resulta claro que la mujer que mata a su hijo bajo la influencia del estado puerperal no sabiendo que es extramatrimonial, no puede actuar moti-

⁶⁰ Generalmente sostenida en Alemania (así, BAUMANN, 428; RUDOLPHI, 114; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 514; BLEI, 116).

vada por eso ni querer ocultar su deshonra. El que mata a otro que le acaba de injuriar de la peor manera, no puede estar en estado de emoción violenta si no oyó lo que el otro dijo. La "subjetivización" de las atenuantes se explica perfectamente en este caso, pero no se puede decir lo mismo cuando la atenuante está referida al contenido injusto del hecho, porque se renuncia a considerar típico lo que realmente pasó, para considerar típico lo que el autor imaginó.

Jescheck se percata muy agudamente de este fenómeno y afirma que, conforme a la disposición expresa del § 16, II del StGB, la característica privilegiante del injusto debe ser valorada como subjetiva a los efectos de la tipicidad cuando se la supone falsamente. Respecto del caso inverso se expresa en estos términos: "Discutible es el caso inverso, en que el autor no conoce una circunstancia privilegiante del injusto que está dada. La opinión dominante le niega aquí al autor la aplicación de la causa de atenuación. Esto se justifica sólo cuando el error se relaciona con una característica de la culpabilidad, puesto que una circunstancia que permanece desconocida para el autor no puede ser puesta en cuestión como motivo para el hecho, pero relacionándose el privilegio con un injusto atenuado, debe hacerse prevalecer la situación objetiva"⁶¹.

El razonamiento de Jescheck es correcto en cuanto a la ignorancia del injusto menor, pero no resulta coherente con la solución de la falsa suposición de atenuantes, porque, tratándose siempre de un problema de tipicidad, no vemos porqué en la ignorancia que privilegia el injusto debe prevalecer la objetividad típica y en la falsa suposición de atenuantes la subjetividad típica. En ambos casos el principio debe ser el mismo.

Puede argumentarse afirmando que el § 16, II del StGB así lo resuelve. A partir de esa disposición es que los autores alemanes llegan a la conclusión que Jescheck critica: razonan por analogía, partiendo de que la prevalencia de la subjetividad típica en la falsa suposición de atenuantes no tiene por qué alterarse en la ignorancia de atenuantes⁶². Sin afirmarlo rotundamente, creemos, sin embargo, que el § 16, II del StGB no dice que debe considerarse típica del tipo privilegiado la conducta del que supone erróneamente la atenuante, sino sólo que deberá ser penado conforme a la ley más benigna, lo que permitiría (en ese texto igual que en el nuestro) afirmar que siempre prevalece la tipicidad objetiva, trasladando el caso de la falsa suposición de atenuantes a la culpabilidad.

Dejando, pues, de lado todas las circunstancias privilegiantes que hacen a la culpabilidad, y limitándonos sólo a las que revelan un menor contenido del injusto, afirmamos rotundamente que la ti-

⁶¹ JESCHECK, 231 (se omiten en el párrafo los ejemplos alemanes). BLEY apunta que sólo los estados psíquicos quedan fuera del § 16, II (p. 116).

⁶² Así BAUMANN, loc. cit.

picidad, puestos en la disyuntiva de asentarla en lo objetivo o en lo subjetivo, no puede menos que asentarse en lo objetivo, porque lo contrario implicaría caer en un derecho penal de ánimo. Faltando el menor de 21 años en el ejemplo de la facilitación de la prostitución, el dolo respecto de un menor quedaría en el aire y, por consiguiente, no sería dolo, sino ánimo. Inversamente —y aunque se lo use para atenuar las consecuencias— tampoco habría dolo cuando el autor hubiera creído que el sujeto pasivo tenía más de 21 años, pues faltaría el sujeto pasivo adulto, respecto del cual únicamente habría un ánimo. Por otra parte asentar la tipicidad sobre lo imaginado por el autor es algo que puede tener consecuencias imprevisibles para la teoría de la participación y no tiene ningún sustento en nuestra ley, donde, sin lugar a dudas, se quiebra el principio de legalidad. En cualquiera de los dos supuestos (falsa suposición o ignorancia de la atenuante) el sujeto tendría derecho a decirle al tribunal: “me pena por algo que quise hacer, pero que no hice”.

Creemos que debe establecerse claramente que en este supuesto la tipicidad siempre se asienta en su aspecto objetivo y, por consiguiente, *no es necesario que el dolo abarque las circunstancias atenuantes referidas al contenido injusto del hecho*.

Fundado este principio, la ignorancia de las circunstancias atenuantes será irrelevante como error de tipo y el caso se calificará conforme al tipo privilegiado, atendiendo a la tipicidad objetiva. En el caso inverso (falsa suposición) el acto se considerará en el tipo más grave atendiendo también a la tipicidad objetiva, es decir, sin que sea relevante el error como error de tipo. Allí termina la cuestión en el plano de la tipicidad, pero ello no significa que haya terminado para los restantes planos.

En efecto, en el caso de la falsa suposición de atenuantes se nos plantea un problema de culpabilidad, porque el sujeto, por un error, no habrá podido comprender la magnitud del injusto cometido, sino sólo la del injusto privilegiado. Quien quiso prostituir intimidatoriamente a mayores no pudo comprender que su conducta era un injusto de magnitud correspondiente a la prostitución coactiva de menores, porque no sabía que el sujeto pasivo era un menor.

Es claro que el inc. 1º del art. 34 exime de pena al que no pudo comprender la criminalidad de su acto y, frente a ello, resulta totalmente incoherente que el mismo dispositivo deje igual la pena para el que sólo pudo comprender la criminalidad de un injusto menor. De allí que en este caso se imponga la admisión del principio de culpabilidad en todas sus consecuencias, conforme al cual a nadie se le puede reprochar un injusto que no pudo comprender

como tal. Por ende, se impone en el caso una aplicación analógica *in bonam partem* del inc. 1º del art. 34, a efectos de salvar la coherencia del derecho (evitar su irracionalidad o contradicción): *si se exime de pena al que no pudo comprender la antijuridicidad de su conducta, al que sólo pudo comprender la antijuridicidad de un injusto de menor magnitud, sólo podrá aplicársele la pena correspondiente a este injusto menor.*

La consecuencia a que llegamos no es más que una aplicación coherente del principio de culpabilidad frente a una alternativa que estaría dada por la irrelevancia total de una falta de comprensión de la antijuridicidad, que se le reprocharía al sujeto sin ninguna explicación posible. En este caso, nos parece claro que el error de prohibición, toda vez que no elimina la comprensión de la antijuridicidad, sino sólo la de su mayor magnitud, es un error que no elimina tampoco la culpabilidad del acto, sino que sólo da lugar a una disminución de la misma.

Welzel se percató de que en el caso de la falsa suposición de atenuantes hay una disminución de la culpabilidad, pero la asocia a una atenuación del injusto (del "desvalor de la acción"), puesto que se pliega a la tesis tradicional, sagazmente criticada por Jescheck⁶³.

No es la falsa suposición de atenuantes el único caso en que el error invencible de prohibición tiene por efecto atenuar la culpabilidad en lugar de eliminarla, en razón de que sólo permite la comprensión de un injusto menor. Otro de los supuestos se da cuando el sujeto se cree cómplice y es autor (el llamado error sobre la autoría) o cuando se cree cómplice y es un cooperador necesario. Toda vez que es necesario explicar las relaciones entre estas tipicidades para comprender luego cómo operan estos errores, reservamos el tema para tratarlo en esa oportunidad⁶⁴.

Muchas veces los errores de subsunción pueden traducirse en errores de prohibición si afectan la comprensión de la magnitud del injusto y, por ende no eliminan la culpabilidad, sino que la atenúan. Aplicando el principio de culpabilidad en la forma en que lo hicimos respecto de la falsa suposición de circunstancias atenuantes, debemos llegar a igual solución: siempre que un sujeto pudo comprender sólo la antijuridicidad de un injusto menor, hasta allí puede llegar el reproche, pues no puede reprochársele que no haya comprendido lo que no podía comprender. Por supuesto que también

⁶³ WELZEL, 183.

⁶⁴ V. *infra*, cap. XXXVI.

para que se opere esta atenuación es menester que el error de prohibición haya sido invencible, sin que en modo alguno baste la mera afirmación o creencia infundada del sujeto en el sentido de que era un delito menos grave.

Sabemos que no es necesario que el sujeto conozca el correcto encuadre legal de su conducta, sino que basta con la valoración paralela en la esfera del profano, es decir, que sepa que la conducta está prohibida en la ley penal y que no tiene ningún permiso que le autorice a realizarla. De no ser así "sólo un jurista cometería delito"⁶⁵. Consiguientemente, no tiene importancia que el sujeto crea que es un delito y no otro, conforme a lo que acontece ordinariamente. Pero el caso no es idéntico cuando hay circunstancias especiales que le llevaron a creer que el injusto que cometería o podía cometer era de mucha menor entidad.

Así, un turista argentino, habituado al tráfico de divisas en el "mercado negro", benignamente penado siempre entre nosotros, apenas desembarcado en un país socialista, bien puede cometer el mismo injusto y, salvo que tuviese una información especial, no le sería exigible que comprendiese la magnitud que ese injusto tiene en esos sistemas. Tampoco a un abogado que conociera la jurisprudencia de casación de una provincia, que en su momento haya seguido la teoría de Jofré, según la cual el hurto de una cabeza de ganado era hurto simple, podría reprochársele el injusto como hurto calificado si al juzgarle o después de su hecho se hubiese cambiado la jurisprudencia en el sentido consagrado en el texto vigente. Estos ejemplos demuestran que no es la simple alegación de la creencia en una magnitud de injusto menor lo que puede fundar una menor culpabilidad, sino una verdadera situación de error invencible respecto de la magnitud del injusto.

El error de subsunción que se traduce en una menor culpabilidad puede estar también culturalmente condicionado, y también puede haber un error de comprensión que dé lugar a la creencia en un injusto entitativamente menor. El sujeto perteneciente a una cultura indígena puede no comprender —ni serle jurídicamente exigible que lo haga— la magnitud que para nuestro derecho tenga un injusto, que en su derecho consuetudinario es insignificante.

501. **El delito putativo.** El delito putativo constituye un supuesto de "error al revés"⁶⁶, es decir, un caso en que el sujeto

⁶⁵ FRANK, REINHART, *StGB*, cit., § 59, II.

⁶⁶ La denominación de "error al revés" proviene de BINDING, *Der umgekehrte Irrtum*, en "Gerichtssaal", 1917, pp. 178 y ss.

imagina que su conducta es delito, cree cometer un injusto, pero todo eso es efecto de una ilusión del autor, pues la conducta no tiene ese carácter. No puede surgir responsabilidad penal alguna respecto de este supuesto, porque la imaginación del autor no puede fundar la antijuridicidad⁶⁷. “La completa captación de una conducta no punible como penalmente prohibida, no fundamenta tentativa alguna”⁶⁸. Hay, pues, general acuerdo en que este error —que da lugar al delito “putativo”, también llamado “imaginario” o “ilusorio”— no puede alterar la impunidad de la conducta, toda vez que “no basta con que una persona crea que está realizando un hecho castigado con una pena para que de él se deriven consecuencias penales”⁶⁹.

Una difícil problemática a su respecto es la que plantea su adecuada distinción respecto de la tentativa inidónea o “delito imposible”. Suele decirse que el delito imaginario es un “error de prohibición al revés”, en tanto que la tentativa inidónea es un “error de tipo al revés”⁷⁰. No creemos que esta distinción pueda tomarse al pie de la letra, porque estimamos que la tentativa inidónea es un “error de tipo al revés”, pero respecto de cierto elemento del tipo objetivo y no de cualquiera. De toda forma, no podremos afinar la distinción entre ambos antes de tratar la última⁷¹. Digamos ahora, para precisar el concepto del presente, que para nosotros es delito imaginario el que tiene lugar cuando el autor yerra creyendo que su conducta está prohibida por una norma y no lo está, como, por ejemplo, cuando cree que están penadas las relaciones homosexuales; también cuando existe la norma, pero el sujeto ignora que hay una causa de justificación que ampara su conducta, como el que retiene sin saber que ejerce un derecho; cuando por un error de subsunción, el sujeto cree que su conducta es típica y no lo es (error de subsunción al revés); cuando el sujeto cree que actúa típica y antijurídicamente, pero la ley que establece la tipicidad es declarada inconstitucional; cuando el sujeto cree afectar un bien jurídico ajeno y no afecta ninguno, como quien cree cometer adulterio y yace con la propia mujer, o cree dañar una cosa ajena y daña una cosa propia, o cree apoderarse del sombrero ajeno y se lleva el propio. Veremos luego que, para nosotros, el “delito imposible”

⁶⁷ Cfr. WELZEL, 194; STRATENWERTH, 192; v. WEBER, *Grundriss*, 80; JESCHECK, 431.

⁶⁸ STRATENWERTH, 192.

⁶⁹ RODRÍGUEZ DEvesa, 521.

⁷⁰ Así, RUDOLPHI, 179.

⁷¹ V. infra, § 561.

o tentativa inidónea importa sólo un error grosero acerca de la causalidad, pero los últimos ejemplos que hemos mencionado no entran en su concepto. Habrá tentativa inidónea cuando alguien quiera arruinar el frente de su vecino y arroja bombas de agua creyendo que producen el mismo efecto que las de alquitrán, pero cuando se arrojan bombas de alquitrán contra el frente de la propia casa sólo hay insensatez.

El delito imaginario nunca se puede relevar, aún cuando se trate del caso de un "error de prohibición al revés" que, por efecto de un error de la apreciación de la situación objetiva, dé por resultado que en realidad se cometa una acción típica. Este sería el caso de un *doble error*, en que el sujeto conoce la antijuridicidad de su acción, pero cree que está realizando una acción distinta de la que realmente realiza. Por consiguiente, no podrá reprochársele la realización de una acción cuya antijuridicidad no comprendió, fundando el reproche en que comprendió la antijuridicidad —sólo imaginada por él— de una acción que también se imaginó cometer pero que no cometió.

Así, habrá un doble error de esta clase, cuando un sujeto cree que es delito el acceso carnal con una mujer de 16 años de edad, pero en realidad resulta que la mujer tiene 14 años y le engañó acerca de su edad. El sujeto sabía que su conducta era antijurídica, pero porque creía que su conducta era el acceso carnal con una mujer de 16 años; la antijuridicidad de una conducta típica de estupro no se la planteó nunca porque no actuaba con dolo de estupro.

Baumann pone como ejemplo el de un sujeto que imagina que el ratón es un animal cuya caza está vedada y dispara sobre uno de ellos, creyendo que su conducta es antijurídica. En realidad, actúa antijurídicamente porque confundió a una comadreja —cuya caza está verdaderamente vedada— con un ratón ⁷².

III. — ERROR VENCIBLE E INVENCIBLE DE PROHIBICIÓN

502. **Error vencible e invencible de prohibición.** El inc. 1º de nuestro art. 34 se refiere al error "no imputable" y ya vimos el sentido amplio que la voz "imputación" tiene en nuestra ley. La doctrina contemporánea emplea la palabra "vencible" para indicar el error reprochable e "invencible" para su contrario, lo que, según la terminología de nuestro texto, sería "imputable" y "no imputable".

Hemos venido usando la denominación adoptada por la ciencia jurídica para evitar confusiones, pero lo cierto es que el criterio de vencibilidad es un mero cambio de denominación, al igual que el de "evitabilidad" (*Vermeidbarkeit*) que también suele emplearse

⁷² BAUMANN, 437.

(“error evitable” y “error inevitable”). Lo cierto es que queda en pie el problema central de la cuestión que nos ocupa: error “vencible” o “evitable” es aquél que puede exigírsele al autor que lo supere y, por consiguiente, que puede reprochársele, y viceversa. Pero de allí no extraemos ninguna regla práctica para individualizar uno y otro supuesto. “Poco claros son hasta hoy los criterios sobre la evitabilidad del error de prohibición”⁷³. La línea divisoria entre el error culpable y el inculpable queda en la penumbra.

Las distinciones generales que suelen hacerse, como por ejemplo la inadmisibilidad de la *ignorantia crassa* y otras similares, son retornos a viejos conceptos, tales como el error de derecho natural y el de derecho civil, que se remonta al derecho romano y que era recogido en Las Partidas de Alfonso El Sabio. No muy diferente es el criterio que pretende rechazable el error que podía reconocerse con un esfuerzo de conciencia, cuya relatividad se pone claramente de manifiesto con la inadmisibile sentencia del Tribunal de Frankfurt que comentamos antes. Tampoco puede ser útil la general afirmación de que el error es vencible cuando afecta normas que constituyen principios de ética social, los que deben distinguirse de los delitos “de creación política”, o la referencia a un deber medio de información, porque frente a los problemas que plantea la pluralidad de pautas culturales de nuestra compleja sociedad, no se trata más que de fórmulas bastante huecas.

Se ha propuesto también la ponderación de la vencibilidad en base a un “deber de información jurídica”, que estaría violado en el error vencible. Lo cierto es que este deber “en general” no existe y, de existir, habría que preguntarse qué sucede con la ignorancia de ese deber mismo, lo que nos llevaría a un “regressus in infinitum”⁷⁴. El deber de información puede existir en algún caso particular, como es el supuesto del que emprende cierta actividad (el comercio, una industria peligrosa, la conducción de vehículos), pero incluso allí tampoco puede señalárselo como regla inflexible. Por otra parte, pretender que la base del reproche del error vencible finca en la violación del supuesto “deber de información” implica acudir a la inconstitucional teoría de la *actio libera in causa*⁷⁵ —que ya hemos rechazado— o bien, crear una tipicidad culposa con fundamento en la violación de ese deber, y dejar impune el injusto doloso culpable cometido (es decir. el delito doloso realmen-

⁷³ JESCHECK, 370.

⁷⁴ Cfr. STRATENWERTH, 177.

⁷⁵ Así lo sostiene expresamente RUDOLPHI (p. 143).

te cometido con error vencible de prohibición). “El reproche del dolo dependerá aquí de una específica característica culposa, puesto que el reproche que con razón aquí se puede erigir, es el de no haberse esforzado suficientemente e informado”, según los sostenedores de esta posición⁷⁶.

Plantear el problema como una tipicidad culposa implica desconocer o renunciar a la culpabilidad normativa, porque la esencia de la misma finca en reprocharle al sujeto no haberse motivado en la norma cuando podía hacerlo. Si el sujeto podía informarse era porque podía llegar a comprender y a motivarse en la norma, pero no lo hizo. Cuando nos preguntamos si podemos reprocharle y comprobamos que no agotó los esfuerzos para hacerlo, se nos hace claro que por esa razón, precisamente, le reprochamos ese injusto, pero no echamos por la borda ese injusto y le reprochamos una tipicidad culposa en razón de haber violado un deber de información, acerca de lo cual tendríamos que investigar su culpabilidad misma, en la que bien podemos hallarnos con la ignorancia del propio deber de información, como lo observa Strantenwerth. Considerar el problema desde la culpa es dejar el recto camino con un recurso desesperado para defender una teoría del delito que ya se ha derrumbado. No podemos perder de vista que lo que estamos averiguando es si el injusto es reprochable y no la tipicidad culposa por la violación de un supuesto “deber de información” que no aparece consagrado en ninguna ley.

Al margen de los argumentos señalados, que son de naturaleza dogmática, hay argumentos políticos fundamentales para rechazar la idea de la culpabilidad fundada sobre la violación de un hipotético deber de información jurídica, puesto que estimamos que esa tesis es incompatible con el sano entendimiento de la culpabilidad en el marco de un Estado de derecho democrático. En ese contexto no hay ningún deber de información jurídica que incumba al ciudadano como tal, sino que los ciudadanos tienen —directamente y sin lugar a dudas— el deber de no cometer injustos, sólo que tal deber es exigible en la medida en que los ciudadanos gocen del correlativo *derecho a comprender la naturaleza de tales injustos*, sin que importe si han hecho o no uso de ese *derecho de comprensión*. Así, se les reprochará el injusto en la medida en que hayan podido disponer de ese derecho de comprensión de la antijuridicidad. Cuando no hayan dispuesto efectivamente de ese derecho —sea por acción del propio Estado (una ley retroactiva, oscura, jurisprudencia con-

⁷⁶ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 501.

tradicitoria y arbitraria, etc.) o de particulares circunstancias que han impedido su ejercicio— no puede reprochársele la comisión del injusto. En síntesis: en un Estado democrático la culpabilidad no puede fundarse en que se ha violado un deber de comprensión, sino de que no se ha hecho uso de un derecho de comprensión del que se disponía en concreto y que es el presupuesto indispensable del deber de abstenerse de cometer injustos.

En realidad, la vencibilidad o evitabilidad del error de prohibición es un límite de culpabilidad, es decir un límite de exigibilidad y consiguiente reprochabilidad. Por ende, bien sabemos que a ese respecto no suele haber reglas fijas e inconvencionales. Siempre habrá que analizar las particularidades de cada caso y será una gran cantidad de circunstancias, cuya sola enunciación nos convencería de la imposibilidad de establecer una fórmula práctica con validez general. No se trata de agotar contenidos reales y potenciales de carácter psicológico, sino de establecer la medida en que el “poder” es exigible⁷⁷. Para ello no pueden pasarse por alto las condiciones personales del sujeto, su grado de instrucción, el medio cultural, la profesión y actividad habitual, la co-culpabilidad, las circunstancias del hecho, las contradicciones de la jurisprudencia y de las resoluciones administrativas, la oscuridad de la ley, etc.

Puede afirmarse que el error es invencible cuando el sujeto no tuvo la posibilidad de informarse o cuando teniéndola y habiendo hecho uso de los medios idóneos para la información, no logró la misma. No son medios idóneos la propia conciencia, aunque bien puede serlo la reflexión con los elementos de juicio con que cuenta. La consulta letrada y la información acerca de la jurisprudencia, particularmente de casación o plenaria, constituye uno de los medios idóneos por excelencia. La información obtenida por cualquier medio que sea *digno de confianza* excluye la vencibilidad del error⁷⁸.

Según las circunstancias, también una sola sentencia aislada puede ser una fuente digna de confianza. Pensemos en el caso de un sujeto que libra un cheque y lo entrega sin fecha, siendo absuelto por un tribunal que considera que el cheque sin fecha no es tal. Tratándose de un ciudadano común, no vemos por qué habrá de reprochársele que en cada lugar no averigüe cuál es el criterio de la jurisprudencia local. Habiendo jurisprudencia contradictoria dentro de un mismo ámbito, como puede ser entre distintas cámaras o salas de una misma cámara, no puede sostenerse que hav

⁷⁷ Cfr. RUDOLPHI, 141.

⁷⁸ V. RUDOLPHI, loc. cit.

lugar al reproche si el sujeto podía conocer la controversia —como lo sostiene la doctrina alemana dominante—, porque es inadmisibles que por fallas de los organismos técnicos de la administración de justicia un ciudadano deba abstenerse de realizar conductas “por las dudas”. Quizá el criterio sea justo donde los diferendos jurisprudenciales se suelen solucionar pronto, pero en nuestro país donde no hay casación en el orden nacional, donde las salas de la misma cámara disienten en sus calificaciones y ni siquiera se ponen de acuerdo sobre la vigencia de su propia jurisprudencia plenaria, es una arbitrariedad, pues el defecto de información proviene de los órganos y no del sujeto.

En general, puede afirmarse que la evitabilidad del error de prohibición presenta tres aspectos que se deben analizar: α) si el sujeto tuvo la posibilidad de conocer la antijuridicidad, es decir, si le era posible acudir a algún medio idóneo de información; β) si el sujeto, al tiempo del hecho, tuvo la oportunidad de hacerlo, lo que dependerá del tiempo de que disponga para la decisión, reflexión, etc.; y γ) si al autor le era exigible que concibiese la antijuridicidad de su conducta, lo que no acontece cuando, cualquier sujeto prudente y con igual capacidad intelectual que el autor, no hubiera tenido motivos para sospechar la antijuridicidad ⁷⁹.

La evitabilidad de la falta de comprensión de la antijuridicidad de la conducta debe valorarse en relación al sujeto en concreto y a sus posibilidades. Esto plantea el serio problema de la vinculación o condicionamiento de este reproche y la imputabilidad o capacidad psíquica de culpabilidad. En principio, cabe sostener que ambos presupuestos del reproche de culpabilidad permanecen separados y sometidos a sus propios criterios regulativos, pero no puede desconocerse que son dos aspectos de un mismo presupuesto para la existencia de un ámbito de autodeterminación posibilitante del reproche jurídico-penal de culpabilidad.

Como supuesto fáctico, la comprensión de la antijuridicidad puede faltar porque el sujeto se encuentre en un error de prohibición condicionado, entre otros factores por un defecto psíquico. Pensemos en un sujeto que es débil mental o sea, deficiente mental relativamente superficial, a lo que auna su analfabetismo, su vida en un medio agreste y escaso de contactos humanos, con vocabulario pobre, carácter tímido, y que no alcanzó a comprender ni a conocer las obligaciones que le incumben como depositario de una cosa embargada. En rigor, carece de mayor interés averiguar en

⁷⁹ En general, cfr. RUDOLPH, 139.

qué aspecto conviene considerarlo, porque aparecen componentes de ambos y desde cualquier ángulo condiciona el mismo resultado, que es la inculpabilidad.

IV. — LOS EFECTOS DE LA VENCIBILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

503. **Nuestra posición.** Hemos dicho que para nosotros hay errores de prohibición *invencibles* que atenúan la culpabilidad, permitiendo la aplicación de la pena correspondiente al injusto cuya magnitud de antijuridicidad pudo comprender el autor, en función de una construcción analógica del art. 34, inc. 1º, necesaria para salvar la racionalidad del derecho. No obstante, no es lo usual cuando de errores de prohibición invencibles se trata, pues usualmente éstos impedirán la comprensión del carácter antijurídico penalmente relevante del injusto y, por consiguiente, eliminarán toda posibilidad de reproche.

El error indirecto de prohibición puede ser *doble*, es decir que, al mismo tiempo que el sujeto cree erróneamente que su conducta está amparada por una causa de justificación —cuando en realidad el derecho no reconoce esa justificación— yerra también sobre la apreciación de la situación objetiva, que sería la base de esa imaginaria causa de justificación. Así, quien cree que le asiste un derecho de retención sobre la cosa que tiene en depósito regular en razón de un crédito contra el depositante contraído con independencia de la cosa y del depósito, puede ignorar que éste hizo efectivo el pago de su deuda al mandatario del depositario.

Este doble error puede dar lugar a cuatro hipótesis diferentes: 1ª) que ambos errores sean invencibles; 2ª) que sea invencible el primero y vencible el segundo; 3ª) que sea vencible el primero e invencible el segundo; 4ª) que ambos sean vencibles.

En el único caso en que este *doble error* eliminará la culpabilidad, será cuando ambos errores sean invencibles, porque en las tres hipótesis restantes siempre habrá tenido el sujeto la posibilidad de comprender la antijuridicidad, por más que —obviamente— en las tres se impone una considerable disminución de la culpabilidad.

En las hipótesis 2ª y 3ª, hay errores invencibles de prohibición, pero dados en cadena con errores vencibles, no eliminan la posibilidad de comprender la antijuridicidad, por lo que también resultan siendo errores invencibles de prohibición que sólo disminuyen la culpabilidad.

Tratándose de errores de prohibición *vencibles*, las consecuencias son otras. El autor puede comprender la antijuridicidad y, por consiguiente, habrá culpabilidad porque el error, siendo vencible,

no elimina la reprochabilidad del injusto. En general, casi siempre que haya un error vencible de prohibición, particularmente cuando el error hizo que el sujeto actuará sin conocimiento del contenido injusto del hecho, la culpabilidad habrá que considerarla disminuída. Lamentablemente, nuestro código no contiene una fórmula general de la culpabilidad disminuída o atenuada, lo que acontece en otros textos, de modo que esa menor culpabilidad operará en nuestro sistema a los efectos de los arts. 40 y 41, sin que le sea permitido al juez estar por debajo de la escala legal. En el caso del inc. 1º del art. 80, estimamos que se trata de uno de los supuestos abarcados por el último párrafo del mismo artículo como "circunstancia extraordinaria de atenuación".

Ordinariamente el error vencible de prohibición da lugar a una menor culpabilidad, porque suele ser más reprochable la conducta del que actúa con conocimiento efectivo del injusto que la del que sólo tuvo un conocimiento potencial, salvo que la falta de conocimiento efectivo ponga de manifiesto un total desprecio por el derecho. Del mismo modo, cuando operan factores culturales que, sin embargo, no llegan a excluir la exigibilidad de la comprensión de la antijuridicidad (error vencible de comprensión), no podemos menos que tener en cuenta que para haber hecho efectiva esa comprensión el sujeto hubiese debido realizar un esfuerzo mayor que el correspondiente a otro sujeto en que esos factores no hayan operado.

Por consiguiente, *de ordinario, el error vencible de prohibición tiene por efecto atenuar la culpabilidad del autor, lo que debe tenerse en cuenta para la cuantificación de la pena conforme a los arts. 40 y 41.*

En Alemania, en vigencia del StGB de 1871, se acudía a la escala de la imputabilidad disminuída (§ 51)⁸⁰. Cabe recordar una vez más que, respecto de nuestro código, Bacigalupo entiende que el art. 35 prevé un caso de vencible error de prohibición, debiendo resolverse los restantes por analogía y, en caso de ausencia de tipo doloso, aplicar la escala penal de la tentativa⁸¹. No compartimos este criterio por lo siguiente: cuando no hay tipo culposo se aplica una pena que no está legalmente prevista y que se construye analógicamente. Puede argumentarse que esa construcción analógica es *in bonam partem*, pero la interpretación del art. 35, en que se funda toda la construcción, integra analógicamente

⁸⁰ Sobre ello, DREHER, *Verbotsirrtum und § 51 StGB*, en GA, 1957, 97; SCHRÖDER, *Verbotsirrtum, Zurechnungsfähigkeit, actio libera in causa*, en el mismo, 1957, 297.

⁸¹ BACIGALUPO, op. cit. en NPP, 2.

el texto de ese artículo *in malam partem*, porque le agrega el requisito del error vencible, que la ley no contiene.

Por otra parte, tiene el inconveniente de que también —por analogía— hay que construir el error de prohibición vencible directo, en tanto que todos los invencibles quedan en la ultralegalidad.

En ningún caso el error de prohibición vencible puede tener el efecto de convertir en culposo al injusto doloso. Esta es una directa consecuencia de la ubicación que le hemos dado a la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad en la teoría del delito, es decir, de haber adoptado la teoría de la culpabilidad y haberla independizado totalmente del dolo⁸². La tipicidad —dolosa o culposa— de la conducta, es un juicio que ya ha quedado cerrado en el injusto, en forma tal que, estando la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad en la culpabilidad, todo lo que pueda afectarla —incapacidad psíquica o error de prohibición— para nada podrá afectar los contenidos de que el injusto es portador. *Todo lo referente a la comprensión de la antijuridicidad —en este caso el error de prohibición— no puede decidir otra cosa que la pregunta sobre si el injusto es o no reprochable al autor y, en caso de serlo, en qué grado.*

Esta regla tiene plena validez para todas las formas de aparición del error de prohibición y, por consiguiente, tratándose de errores vencibles de prohibición, ya está respondida en sentido afirmativo la reprochabilidad, restando sólo responder la pregunta acerca de su grado.

Esta posición no es pacíficamente aceptada por la doctrina, puesto que un sector de ella piensa que el error vencible siempre tiene por efecto transformar al dolo en culpa. Esta posición —que aún se sostiene en la Argentina— está prácticamente abandonada en Alemania. Más moderna —y vigente la discusión— es la posición que entiende que todos los casos de error vencible de prohibición tienen por efecto disminuir la culpabilidad, salvo la justificación putativa, que sostienen, en caso de vencibilidad, que transforma al injusto en culposo. Estas dos posiciones divergentes dependen de la ubicación y concepto del dolo, por un lado, y, por otro, de la idea que se tenga sobre las relaciones de la tipicidad con la antijuridicidad. Las analizaremos brevemente partiendo de las distintas posi-

⁸² En igual sentido, todos los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad (así, WELZEL, 166; MAURACH, 471; CURY URZÚA, 217-218; BACIGALUPO, *Lineamientos*, 90; CEREZO MIR, "Revista de estudios penitenciarios", Madrid, XX, 1964-449 y ss.; etc.).

ciones respecto de esos temas, que es la única manera de exponerlas coherentemente.

504. **El error vencible de prohibición para la “teoría del dolo” y para la “teoría de la culpabilidad”.** A partir de la decisión del Tribunal Federal alemán que cambió la antigua jurisprudencia del Tribunal del *Reich*, se impuso una terminología criticable⁸³ pero muy difundida, según la cual se llama “teoría del dolo” a la que estima que la llamada “consciencia del injusto” pertenece al dolo —que por ende, será “dolo malo” y estará ubicado en la culpabilidad—, y “teoría de la culpabilidad” a la que afirma que la “consciencia del injusto” pertenece a la culpabilidad y no al dolo (que será dolo “avalorado” y podrá estar tanto en la tipicidad como en la culpabilidad). En Alemania, el debate entre estas teorías lo resume Blei —el discípulo y actualizador de Mezger— bajo el título “De la historia”⁸⁴. Queda claro que nuestra posición —y la de prácticamente toda la dogmática alemana contemporánea— se afilia decididamente a la llamada “teoría de la culpabilidad”.

A nivel de obras generales, probablemente hace excepción Schmidhäuser⁸⁵. Baumann se sigue mostrando también partidario de la teoría del dolo, aunque reconoce que el § 17 del StGB adoptó la teoría de la culpabilidad que “deplora”⁸⁶. La gran mayoría de los autores de obras generales contemporáneas se inclinan abiertamente por la teoría de la culpabilidad⁸⁷.

Más adelante comentaremos brevemente el menor impulso que en los últimos años se ha dado a la teoría del dolo desde un punto de vista diferente, esto es, desde el “neo-lisztianismo” de Roxin.

Ya nos hemos ocupado de las dos posiciones respecto de la ubicación de la consciencia de la antijuridicidad al precisar el contenido de la misma⁸⁸. Nos corresponde ver ahora cuáles son sus consecuencias respecto del error de prohibición.

La teoría del dolo, hemos visto que parte de una notable confusión de niveles psicológicos, lo que la obliga a aceptar que la consciencia del injusto es, al menos, un contenido efectivo de la consciencia y no una mera posibilidad de comprensión. Dejando

⁸³ Cfr. BLEI, 175; MAURACH, 456; BAUMANN, 440.

⁸⁴ BLEI, 175.

⁸⁵ SCHMIDHÄUSER, 327.

⁸⁶ BAUMANN, 443.

⁸⁷ Así, WELZEL, BOCKELMANN, BLEI, STRATENWERTH, JESCHECK, MAURACH, WESSELS, RUDOLPHI.

⁸⁸ Supra, §§ 469, 470.

de lado que la letra expresa de nuestra ley sólo requiere la *posibilidad de comprender*, lo cierto es que, cuando el sujeto no haya “comprendido”, es decir, cuando no tenga el conocimiento (porque para esta teoría “comprensión” y “conocimiento” son sinónimos), no habrá dolo. De allí que desde este punto de vista no tenga caso distinguir el error de tipo y el error de prohibición, puesto que ambos tendrán idéntica consecuencia: si son invencibles eliminan toda culpabilidad, pero, si son vencibles, convierten en culposa la conducta.

Esta teoría tiene dos consecuencias insalvables, sistemática la una y político-penal la otra.

a) La consecuencia sistemática más notoria de la teoría unitaria del error es que lleva a la *tentativa culposa*. Así, quien cree defenderse legítimamente y dispara sobre quien cree que es su agresor, aunque sin alcanzarle, cuando es vencible su error se dirá que actuó culposamente y, en consecuencia, tendremos una tentativa culposa de homicidio. Se puede afirmar que es atípica o que la ley no la pena por razones político-penales, pero lo cierto es que no logrará explicar cómo puede considerarse culposa la conducta del que actúa queriendo el resultado, ni logrará evitar la aberración lógica que hay en la “tentativa culposa”.

Los partidarios de la teoría del dolo tratan de eludir esta consecuencia, afirmando que no pretenden considerar culposa —en el ejemplo— la conducta de disparar, sino que penan como tal al *error culposo*, es decir que habría un “tipo de error culposo” o “tipo culposo de error”, que es al que correspondería la pena del delito culposo. Así, Schröder partía de la base de que el error en la presuposición de una causa de justificación o de inculpabilidad es “cualitativamente un reproche culposo”, entendiendo, en consecuencia, que para cada tipo doloso hay un particular tipo de “culpa de prohibición” (*Verbotsfahrlässigkeit*) o sea que, entre los delitos dolosos y culposos habría un tercer grupo de delitos “culposos de prohibición” (*verbotsfahrlässigen Delikte*)⁸⁹. Esta compleja teoría se basaba en un trabajo de Engisch⁹⁰. Tiene la desventaja dogmática de que estos tipos no estarían escritos, pero además, los mismos tendrían que tener por base un general deber de información que tampoco aparece consagrado legalmente. Al margen de ello, lo fundamental —como ya lo apuntáramos— sería el serio inconveniente que le descubre Stratenwerth: esos tipos culposos sancionarían la actuación en violación de un supuesto deber de información, pero lo que no se responde es cómo se resolvería el caso del error respecto de ese deber de información, cuestión que nos llevaría al infinito. Por otra parte, pesa en contra

⁸⁹ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 482-3.

⁹⁰ ENGISCH, KARL, *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründe*, en ZSTW, 70 (1958) pp. 566 y ss. (575).

el argumento de que en un derecho democrático únicamente existe un *derecho de información*.

β) La consecuencia político-penal de la teoría unitaria del error es verdaderamente desoladora. En primer lugar, cualquiera que desconozca la antijuridicidad actuará sin dolo, es decir que, en los casos en que la ignorancia de la antijuridicidad tiene origen en el más grueso desprecio por el orden jurídico, traducido en que el sujeto no se informa porque le da lo mismo que la conducta sea antijurídica o que sea conforme a derecho, no habría dolo. Por otra parte, se penaría la “culpa” de no informarse y quedaría con total irrelevancia jurídica la voluntad dirigida a la realización del tipo objetivo, lo que, además de ser grave por sí, también lo es porque deja en la impunidad total los casos en que no hay tipo culposo (robo, violación, hurto, defraudación, estupro, corrupción, facilitación coactiva de la prostitución, etc.).

Si el conocimiento de la antijuridicidad pertenece al dolo, repetimos que debe participar de la naturaleza de los elementos del aspecto cognoscitivo del dolo, es decir que su conocimiento debe ser efectivo. La ausencia de ese contenido efectivo condiciona la ausencia de dolo. El límite entre el error relevante y el no relevante surge en esta teoría con gran claridad y precisión, lo que no dejaría de ser su gran mérito, como lo destacan sus sostenedores. Pero sucede que desde el punto de vista político-penal se hace insostenible.

Para evitar estos inconvenientes se han ensayado dos caminos. Uno consiste en apegarse a la teoría del dolo y desvirtuar el aspecto cognoscitivo del dolo, extendiéndolo hasta abarcar contenidos de conciencia que no son “co-pensados” o borrando los límites entre la actualidad y la potencialidad, la ignorancia y la duda. Demás está decir cuáles son los peligros de esta extensión, pues ella alcanza al conocimiento de otros elementos del tipo y el dolo deja de ser un “querer” para pasar a ser, al menos parcialmente, un “haber podido querer”.

Los partidarios de esta teoría suelen afirmar que no es así, puesto que basta con que el sujeto actúe en la duda para que haya dolo⁹¹, pero lo cierto es que el que ni siquiera piensa en la antijuridicidad, el que actúa sin haber reparado en ella para nada, sin tenerla en cuenta, no *habrá actuado con dolo*. Es verdad que el dolo no requiere un “pensar en ello”, pero también es verdad que requiere cierto grado de “co-pensar”

⁹¹ Así BAUMANN, pp. 439 y 408.

que siempre acompaña a la acción o a la decisión para la acción⁹². El dolo típico de estupro no requiere que en el momento de la acción el sujeto reflexione sobre la condición de mujer de la víctima, pero no puede dejar de “darse cuenta”; en lugar, alguien puede librar un cheque sin fondos sin tomar en cuenta para nada la antijuridicidad y, menos aún, en los casos de infracciones en estados emocionales. No se trata de un contenido de consciencia que acompaña al acto; como dice Welzel, lo sabe, pero en ese momento bien puede ser un “saber” igual al del “Padre-nuestro” o al de una regla de multiplicar.

Schmidhäuser, por su parte, llama “consciencia actual” a la que es “actualizable”. Dice que de cualquiera que haya manifestado con consciencia una vivencia psíquica momentánea, puede decirse que ha actuado con consciencia siempre actual del injusto⁹³. Poca duda puede haber de que esto no pasa de ser una presunción⁹⁴ peligrosa, que extendida a los elementos del tipo objetivo barre con todos los errores de tipo.

El segundo camino fue el que dio lugar a la llamada “*teoría limitada del dolo*”, para distinguirla de la hasta aquí expuesta (llamada “*teoría estricta del dolo*”). Es el recurso que ya hemos criticado⁹⁵, de substituir al dolo en algunos casos por la “ceguera para el derecho” o la “enemistad al derecho”, llevado a cabo por Mezger, quien, en este sentido, ha sido el más hábil penetrante y peligroso artífice de la variante analítica del derecho penal autoritario. Fue así como Mezger extrajo este elemento de su siempre bien presta “galera de mago”, nutriéndolo de un contenido irracional (lo rellenaba con la “sana intuición del pueblo alemán”, según sus propias palabras), para redondear de este modo un dolo remendado, sin consciencia de la antijuridicidad, pero afirmando siempre que ésta pertenece al dolo.

Como vemos, la tan alardeada pretensión de que la “teoría del dolo” brinda un límite cierto, que se pierde en la “teoría de la culpabilidad”, porque el criterio de evitabilidad o vencibilidad se hace nebuloso, resulta falsa. La “teoría del dolo” sólo puede dar un límite cierto cuando se la maneja en forma tal que desde el punto de vista político-penal es insoportable. Fuera de ese extremo, corre el serio peligro de que llame dolo a lo que no es dolo o de completar sus insuficiencias con un concepto que, al par de nebuloso, es irracional y de cuño autoritario.

Al margen de este desarrollo de la “teoría del dolo”, quiso evitarse la impunidad en los supuestos de vencibilidad sin tipicidad culposa, crean-

⁹² V. Supra, § 334.

⁹³ SCHMIDHÄUSER, 328.

⁹⁴ BACIGALUPO, *Lineamientos*, p. 89.

⁹⁵ V. Supra, §473.

do una "culpa jurídica" o "culpa de derecho" (*Rechtsfahrlässigkeit*), que sería una suerte de *crimen culpae* limitado a los casos de error vencible. Esa fue la solución del proyecto alemán de 1936. Aparte de ser una solución de *lege forenda*, lo cierto es que es susceptible de la misma crítica que se ha formulado a la tesis de los tipos "culposos de prohibición".

En el último tiempo, la teoría del dolo ha recibido nuevos aires por un camino bastante insólito. Roxin sostiene que el grado del conocimiento de la significación requerido por el dolo es una cuestión que la determina el legislador y no está ónticamente dada, de modo que el legislador es libre de exigir en el dolo contravencional el conocimiento de la prohibición y en el penal sólo el del desvalor ético-social. Dicho de otro modo, se afirma que es el legislador el que determina qué conocimientos son necesarios para incurrir en la pena más alta (la del delito doloso)⁹⁶. Similarmente radical es la posición de Harro Otto, que entiende que la consciencia del injusto es "consciencia" del sentido "material" de la antijuridicidad y afirma rotundamente que se trata de un "elemento del tipo de injusto"⁹⁷.

El principio de que parte esta tesis es falso, puesto que no es el legislador el que decide qué conocimientos presupone el fin de injuriar ni cuáles el de hurtar. El legislador es libre para elegir qué conductas quiere prohibir, pero cuando la individualiza mediante un verbo, en lo óntico están indicados los conocimientos que son necesarios para realizar esa conducta. El legislador será libre también para condicionar la pena a otros conocimientos, pero nunca serán ellos necesarios para que el sujeto se proponga y realice el fin prohibido.

El desconocimiento de este límite, que pretende la omnipotencia del legislador, permite opiniones tan curiosas como la de Naucke, quien sugiere la posibilidad de que la teoría de la culpabilidad se aplique en los delitos en que nadie puede ignorar la antijuridicidad —como los delitos contra las personas— y la teoría del dolo se aplique a los preceptos que son casi desconocidos para la generalidad⁹⁸.

Como sabemos, esta tendencia a volver a la teoría del dolo, pero ubicando al dolo en el tipo y compartiendo la teoría de los elementos negativos del tipo, implica una mutación que tiende a hacer del supuesto "tipo del injusto" un todo con un aspecto objetivo y otro subjetivo, muy análogo a la sistematización "objetivo-subjetiva" del delito en la estructura de Liszt. Si a ello añadimos que la culpabilidad se reduce a un criterio político, mucho se acerca a la punibilidad y la imputabilidad quedará como presupuesto de la misma, lo que nos acerca al sistema de Lilienthal. Si a esto le agregamos que la "imputación" también es un criterio político, basado en el "aumento del riesgo", resultará que nos hallamos tan cerca del esquema positivista sociológico que ya nos hemos caído en él, sólo que no por la vía del materialismo ingenuo sino del idealismo jurídico-positivista.

⁹⁶ ROXIN, *Problemas básicos*, p. 95; *Grundlagenprobleme*, p. 84.

⁹⁷ OTTO, pp. 103-108.

⁹⁸ NAUCKE, 274.

505. El error vencible de prohibición según las teorías estricta y limitada de la culpabilidad. Frente a la “teoría estricta de la culpabilidad” —que es la que sostenemos— se alza la llamada “teoría limitada de la culpabilidad”, que la sostienen quienes comparan la “teoría de los elementos negativos del tipo” y la teoría del “tipo de injusto”. Recordemos que los primeros son los que afirman que siempre que hay tipicidad hay antijuridicidad, porque las causas de justificación son elementos negativos del tipo penal. Los segundos sostienen que la tipicidad implica antijuridicidad, pero que excepcionalmente, esa antijuridicidad puede ser quitada o cancelada por una causa de justificación, operando el tipo y la justificación como “regla-excepción”⁹⁹.

Para los partidarios de la teoría de los elementos negativos del tipo que, a la vez, ubica al dolo en el tipo¹⁰⁰, las circunstancias objetivas que hacen a una situación de justificación forman parte del tipo objetivo, de modo que deben ser captadas por el dolo, y, cuando hay un error a su respecto (se las supone falsamente), ese error deberá manejarse como error de tipo y no como error de prohibición. Por ende, *estiman que la justificación putativa vencible convierte en culposo al delito*.

La solución debe ser lógicamente idéntica para quienes sostienen la teoría del “tipo de injusto”, puesto que si la tipicidad implica la antijuridicidad, por más que la justificación elimine la antijuridicidad y no la tipicidad, la falsa admisión de circunstancias que fundan una causa de justificación elimina un carácter del tipo de injusto y debe ser tratada conforme a las reglas del error de tipo¹⁰¹.

Esta tesis es sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Federal y también por autores que, sin compartir la solución de las antes mencionadas teorías respecto de las relaciones entre el tipo y la antijuridicidad, consideran que el error sobre la situación objetiva de justificación se asemeja más al error de tipo que al de prohibición¹⁰².

Este último género de argumentos ensaya Stratenwerth, quien le encuentra cierto paralelo con el error de tipo, fundado en que el autor,

⁹⁹ V. Supra, §§ 297, 298, 418.

¹⁰⁰ Así, HELLMUTH VON WEBER, *Grundriss*.

¹⁰¹ Así, BLEI, 115; RUDOLPHI, 109.

¹⁰² Tal parece ser también entre nosotros la opinión de ENRIQUE RAMOS MEJÍA (LL, 1975-A, p. 182, *Un posible caso de error de prohibición indirecto*); en Brasil, FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, *O erro no Direito Penal*, Sao Paulo, 1977, p. 110.

debido a un error sobre circunstancias del hecho, cree actuar en ambos casos conforme al orden jurídico. Además, se funda en que los límites entre la atipicidad y la justificación a veces no son muy claros, mencionando como ejemplos la “adecuación social” y el consentimiento y, por último, dice que no ve diferencia notable entre la mujer que con ligereza cree que se le ha dado una indicación médica de abortar y la que, también por ligereza, viaja en un “side-car”, y se causa el aborto¹⁰³. Por ello, considera que es mayor la similitud con el error de tipo y entiende que debe quedar sometido a sus reglas, es decir, que en caso de vencibilidad hace culposa la tipicidad.

En primer lugar, cabe decir que también en el error de prohibición el sujeto cree que actúa conforme a derecho. En segundo término, la circunstancia de que en algunos casos se dude acerca de la tipicidad o de la justificación, no podría justificar otra solución que el tratamiento como error de tipo de esos casos, como criterio orientador general para la interpretación de la ley penal, a falta de argumentos dogmáticos que señalen otros. Por último, no estamos del todo seguros acerca de que el aborto terapéutico sea un supuesto de justificación, pues nos inclinamos a pensar que al menos a veces puede ser un caso de inculpabilidad.

Otros argumentos se inclinan por la solución que pena a la justificante putativa vencible con la pena del delito culposo, pero sin que por ello acepten que se trata de tipicidad culposa, sino dolosa, sólo que con una disminución de la culpabilidad que autoriza la aplicación de esa pena reducida.

Al tratar las causas de justificación, hemos aceptado que existe un “tipo de permisión” o “tipo permisivo” (*Erlaubnistatbestand*). Basado en ello, Jescheck sostiene que la “consciencia de justificación” tiene que operar como una circunstancia que disminuya la culpabilidad en caso de vencibilidad del error, porque disminuye el devalor de la acción. Considera que la acción debe ser entendida como dolosa, ya que en efecto lo es, pero por esa razón su desvalor está disminuido y sus consecuencias jurídicas deben ser las del delito culposo. En síntesis: Jescheck se limita a privilegiar especialmente los casos de vencible error de tipo permisivo y, por ende, a aplicarle la pena del delito culposo¹⁰⁴. Nos parece que esta solución puede ser sostenible de *lege ferenda*, pero de *lege lata* —al menos en el CP Argentino— no es sostenible.

Admitida por nuestra parte la función indiciaria de la tipicidad penal respecto de la antijuridicidad, no podemos sostener nunca que la justificación putativa elimine al dolo, puesto que éste queda afirmado a nivel de la tipicidad. No altera para nada esta solución el hecho de que hayamos aceptado la existencia de tipos permisivos.

¹⁰³ STRATENWERTH, 147 (1ª edición).

¹⁰⁴ JESCHECK, p. 375.

vos, puesto que la estructura del tipo permisivo no permite que éste entre en funcionamiento sino teniendo como presupuesto una tipicidad prohibitiva.

No puede haber tipicidad permisiva sino sobre una tipicidad prohibitiva, por la sencilla razón de que el precepto permisivo presupone la norma prohibitiva. La tipicidad permisiva está siempre destinada a “cubrir” una tipicidad prohibitiva, a envolverla, a “enquistarla”. Cuando falta cualquiera de los caracteres objetivos o subjetivos de la tipicidad permisiva, la tipicidad prohibitiva surge completa, con todos sus caracteres. Un *error de tipo permisivo*, es decir, una tipicidad permisiva meramente subjetiva, sin correspondencia con la tipicidad permisiva objetiva, no puede afectar nunca al dolo que quedó afirmado con el juicio de tipicidad prohibitiva.

V. — JUSTIFICACIÓN PUTATIVA Y EXCESO

506. *Justificación putativa y exceso.* Dentro de este tema se hace menester distinguir diferentes hipótesis, a las que corresponderán soluciones distintas. α) En primer término se encuentran los *casos en que el autor nunca habrá estado dentro de los límites de una causa de justificación* y, por ende, no podrá hablarse de “exceso”, porque nadie puede exceder el ámbito de algo dentro de lo que nunca ha estado. Estos serán casos de justificación putativa que deberán resolverse conforme a los principios generales que rigen el error de prohibición. Tales serán los errores que determinen una ausencia de la necesidad racional de la conducta defensiva: quien se cree agredido por una persona armada, y repele la agresión con arma de fuego, no se defendió legítimamente, sino que se defendió putativamente. Se trata de un error de prohibición que, según las circunstancias, será vencible o invencible.

β) En segundo término, tenemos los *supuestos en que el sujeto ha obrado dentro de los límites de la justificación y los ha excedido*. No es necesario que en estos casos haya un error vencible para aplicar la pena atenuada del art. 35 CP, pues ello implica agregar a la atenuación legal un requisito que ella no contiene¹⁰⁵. Aquí la pena se atenúa en razón de que el art. 35 CP contempla acciones típicas (dolosas) con un menor grado de antijuridicidad (un injusto menor)¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Cfr. Supra, § 445.

¹⁰⁶ Idem.

a') En los casos en que el exceso sea debido a un error invencible, no habrá culpabilidad, pues ese error será un invencible error de prohibición que eliminará la culpabilidad del injusto menor. Tal sucederá, por ejemplo cuando el sujeto siga disparando contra su agresor sin saber que a éste se le han agotado los proyectiles del arma.

β') En los casos en que el exceso sea debido a un error vencible se aplicará la pena disminuída conforme al art. 35 CP, pero ello no será porque se trate de un error vencible, sino de un exceso, es decir, de un injusto menor. La menor culpabilidad que en esos casos condicionaría el error vencible de prohibición sólo es relevante —por aplicación del art. 41 CP— para individualizar la pena dentro de la escala penal que señala el art. 35 CP.

En todos los casos en que la conducta culposa no se halle prevista, el exceso quedará impune¹⁰⁷ por ausencia de pena legal.

El exceso en la justificación putativa no puede regirse por el art. 35 CP, porque no hay en la realidad ningún injusto atenuado, sino que la causa por la que se disminuye la antijuridicidad sólo existe en la representación del agente (todo ello sin perjuicio de una posible disminución de la culpabilidad).

¹⁰⁷ Cfr. FONTÁN BALESTRA, II, 185; en contra BACIGALUPO, en NPP, 2, 69 y en "Relatos", Univ. de Belgrano, 1971, 13 y ss.

CAPÍTULO XXXV

INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA POR LA SITUACIÓN REDUCTORA DE LA AUTODETERMINACIÓN

I. — PLANTEAMIENTO: 507. Planteamiento. - II. — EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE: 508. Delimitación respecto de la coacción. 509. Su naturaleza jurídica. 510. Requisitos de la situación de necesidad exculpante. 511. El reconocimiento de la situación de necesidad y la falsa suposición de la misma. 512. El error de culpabilidad. 513. La necesidad exculpante en los delitos culposos. - III. — LA REDUCCIÓN DE LA AUTODETERMINACIÓN POR INCAPACIDAD PSÍQUICA (SEGUNDA FORMA DE INIMPUTABILIDAD). 514. La segunda forma de la inimputabilidad. 515. La conducta impulsiva. 516. La farmacodependencia. 517. La individualización de la valoración de esta forma de inimputabilidad. IV. — LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA: 518. La fórmula legal. 519. La disputa en torno de su naturaleza jurídica. 520. Replanteo dentro de la estructura expuesta.

I. — PLANTEAMIENTO

507. **Planteamiento.** En último análisis, todas las causas de inculpabilidad son supuestos en que no puede exigírsele al autor una conducta conforme al derecho, sea porque no podía exigírsele la comprensión de la antijuridicidad, sea porque, pese a esa comprensión, no podía exigírsele que adecuase su conducta a la misma. Nos hemos ocupado hasta aquí de los supuestos en que la inexigibilidad —y la consiguiente ausencia de culpabilidad— provenían de la inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad. Veremos ahora los supuestos en que esta comprensión es jurídicamente exigible —y aún eventualmente efectiva— y, no obstante, no hay exigibilidad de una conducta diferente y adecuada al derecho.

Cabe aclarar que respecto de estas causas de inculpabilidad las anteriores no se hallan en relación de prioridad. Esto posibilita una eventual *conurrencia de causas de inculpabilidad*. En ese caso la *conurrencia debe ser admitida*, sin que pueda excluirse ninguna de ellas. En el caso de un *inimputable*, que al mismo tiempo resulte amparado por

otra causa de inculpabilidad, no se le podrá aplicar la medida de internación, porque hallándose beneficiado por dos causas de inculpabilidad, una de las cuales tiene efectos jurídicos más restrictivos de su libertad individual que la otra, debe primar la que menos ingerencia para sus bienes jurídicos implica. En caso que el Tribunal lo considere peligroso, deberá proceder de conformidad con la ley civil, pero no podrá hacer uso de la coerción formalmente penal, y no podrá aplicar la medida del inc. 1º del art. 34 CP. Cuando la concurrencia sea de causas de inculpabilidad que tienen los mismos efectos jurídicos, no primará ninguna.

Debemos recordar que hay un buen número de autores que sostienen que en estas causas de inculpabilidad hay un remanente de exigibilidad, puesto que no se cancela del todo la posibilidad del autor de obrar de otra manera, pretendiendo la mayoría fundar en ello una diferencia entre causas de "inculpabilidad" y de "exculpación" (o de "exculpación" y de "disculpa"), en tanto que otros pretenden extraer de allí consecuencias dogmáticas más profundas. Hemos demostrado que estas diferencias no se justifican¹ y, por lo tanto, no hay jerarquías entre las causas de inculpabilidad salvo las que impone la mera prelación lógica entre la incapacidad psíquica para comprender la antijuridicidad o el error de prohibición invencible y la incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad, pues no tiene sentido alguno preguntarse si un sujeto tiene capacidad psíquica para adecuar su conducta a la comprensión de la antijuridicidad, cuando no sabemos si tiene capacidad para comprender la antijuridicidad; pero bien puede suceder que un sujeto actúe simultáneamente en error de prohibición invencible y en estado de necesidad exculpante (actúa para evitar un mal grave e inminente y no sabe que su conducta es antijurídica) o en error sobre la necesidad exculpante e ignorando también la antijuridicidad por error de prohibición (cree que evita un mal grave e inminente mediante una conducta que no sabe que es antijurídica), o con incapacidad psíquica para comprender la antijuridicidad pero en estado de necesidad exculpante (el "loco" que para salvar su vida en el incendio de un manicomio empuja a otro).

Toda vez que hemos afirmado que la inexigibilidad de otra conducta adecuada a derecho es la naturaleza última y común a todas las causas de inculpabilidad, rechazamos la posición que sostiene que la inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho constituye una causa supralegal de inculpabilidad².

Dentro de nuestro sistema, hay dos supuestos de inexigibilidad de otra conducta provenientes de la situación reductora de la auto-determinación: α) el estado de necesidad exculpante; β) la incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad.

¹ V. supra, § 456.

² Como tal la consideran JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 1959, p. 410; FRÍAS CABALLERÓN, *Temas*, 95-97.

Nos ocuparemos en primer lugar de la problemática del estado de necesidad exculpante, cuyo fundamento se halla en el inc. 2º del art. 34 del Código Penal: “el que obrare violentado por . . . amenazas de sufrir un mal grave e inminente”.

La incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad nos ocupará en la segunda parte de nuestro tratamiento, y su base legal se halla en el inc. 1º del art. 34 del Código Penal, en la parte que dice: “el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas . . . dirigir sus acciones”. La capacidad psíquica para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad, que presupone la capacidad para comprender la antijuridicidad, configura con ésta última la *imputabilidad* o capacidad psíquica de culpabilidad.

Nos ocuparemos, por último, de un instituto frecuentemente discutido en cuanto a su extensión y naturaleza, que es la obediencia debida, altamente complejo en sus singularidades y expresamente mencionado en nuestra ley.

II. — EL ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE

508. **Delimitación respecto de la coacción.** Nos remitimos a lo dicho al tratar del estado de necesidad justificante en lo referente a los límites con el exculpante, para ocuparnos ahora de la relación que hay entre este estado de necesidad y la coacción. Si llamamos coacción al supuesto en que la necesidad tiene su origen en una conducta humana, es decir, la del que hace “uso de amenazas con el propósito de obligar a otro a hacer, no hacer o tolerar algo contra su voluntad” (art. 149 bis, 2º párrafo), veremos que la coacción es, en cuanto al autor de las mismas, una conducta típica y, en cuanto al que las sufre, un estado de necesidad.

Cabe consignar que esto está dicho en términos generales, porque pueda que una y otro no coincidan de manera tan ideal, puesto que la conducta típica de coacción se consuma cuando se hace uso de las amenazas con el elemento subjetivo de obtener la colocación del otro en estado de necesidad, es decir, que la coacción del art. 149 bis, 2º párrafo, no es más que una tentativa idónea de colocar a otro en estado de necesidad, o sea, una tentativa (idónea) de *vis compulsiva*.

En cuanto al estado de necesidad, no tiene en nuestro código —por lo que al exculpante se refiere— limitación alguna de fuen-

tes de peligro. La *amenaza de sufrir un mal grave e inminente* de nuestro art. 34, inc. 2º, puede provenir tanto de un acto humano como de fuerzas o acontecimientos naturales. En modo alguno puede considerarse que este dispositivo está limitado a la coacción o *vis compulsiva*³ entre otras razones porque no existe ninguna explicación lógica ni histórica para considerarlo así limitado. Por otra parte, nadie pone en duda que la fuerza física irresistible —que se prevé en el mismo inciso— pueda tener un origen extra-humano, por lo que no cabe el retaceo respecto de la amenaza del mal grave e inminente.

El único argumento para restringir el alcance del inc. 2º del art. 34 —en la parte que nos ocupa— a la coacción, sería la interpretación literal de la voz “amenazas”, que indicaría un actuar humano. No obstante, tampoco en este sentido la interpretación resulta correcta, puesto que, junto al sentido estricto, el verbo “amenazar” también tiene un sentido figurado, que es el de presagiar un daño. En este segundo sentido, la amenaza puede ser una vivencia y el daño provenir de un peligro generado por otro o por la naturaleza.

En rigor, ambos sentidos están aceptados por la Real Academia y en ambos sentidos se lo encuentra en la literatura, como bien lo destaca Terán Lomas. Etimológicamente, tampoco se excluye la doble fuente, puesto que da el sentido de restricción de la libertad en función de un mal anunciado de un castigo, puesto que parece provenir de “mina”, oveja esquilada (*mina ovis*, de lo que deriva en catalán “menar”, que es llevar el ganado). Tenemos la impresión que la palabra más específica en castellano para designar la amenaza proveniente de acción humana no es el verbo “amenazar”, sino “conminar”, que tiene la misma raíz^{3 bis}. El argumento que esgrime Terán Lomas para optar por la interpretación restrictiva es convincente si se acepta el presupuesto de que la amenaza debe ser “injusta”, porque es lógico que no pueda calificarse de “injusto” un fenómeno natural. Sin embargo, la cuestión no resulta tan contundente, puesto que la ley no requiere que la amenaza sea “injusta”, sino que éste es un requisito de algunas acciones amenazantes únicamente y ni siquiera de todas.

El origen de esta disposición se halla en el código bávaro, cuyo art. 121, inc. 8º, decía: “es precisado a una acción penal mediante amenazas unidas a un peligro actual e inevitable para la vida”. Esta disposición bávara empleaba dos palabras bien significativas: ‘precisado’ (*Genöthiget*) a la que daba el sentido de ‘verse necesitado’ (de *Not o Noth*, necesidad) y *Drohungen* que, por cierto, son amenazas, pero que

³ Cfr. NÚÑEZ, II, 125 y ss.; *Manual*, 238; GONZÁLEZ ROURA, II, 36, DE LA RÚA, I, 402; FONTÁN BALESTRA, II, 318; MALAGARRIGA, I, 224; en contra, SOLER, II, 91; TERÁN LOMAS, II, 68.

^{3 bis} V. COROMINAS, I, 190; VALBUENA, 1930, p. 540.

es palabra que no está limitada en alemán a la acción del hombre, puesto que se puede decir 'es droht Regen' ('amenaza lluvia'), 'mir droht ein Verlust' (me amenaza una pérdida), 'das Schiff droht unterzugehen' (el buque amenaza naufragar)⁴. Vatel tradujo como *forcée* y *menaces* respectivamente⁵ y Tejedor respetó exactamente la traducción de Vatel⁶: "Cuando por una violencia irresistible y física, o por amenazas acompañadas de un peligro de muerte actual e inevitable, una persona se ve forzada a un acto criminal" (art. 148, inc. 2°).

Tejedor, según su nota, parece haber entendido esta fórmula únicamente como coacción, pero si vemos los artículos que cita como correlativos de otros códigos, queda una gran duda, porque es evidente que se está refiriendo al estado de necesidad en general, sin limitarlo al causado por una acción humana. Es verdad que menciona a Livingston, y el art. 35 del proyecto de Louisiana se refiere a la coacción⁷, pero no es menos cierto que cita el art. 10 del código brasileño de 1830 ("Os que cometerem crimes violentados, por força ou por medo irresistiveis"), las Partidas (L. 7, tit. 33, P. VII), el código español (art. 8°, inc. 10°: "El que obra impulsado por miedo insuperable de un mal mayor")⁸ y comenta expresamente el código prusiano ("todo el que esté privado de obrar libremente, no es susceptible ni de cometer delito, ni de sufrir pena")⁹, como también el de Bolivia, similar al español de 1822. Queda de este modo demostrado que ni en el código bávaro ni en el código Tejedor, la disposición excluía el estado de necesidad causado por fuerzas naturales.

El código de 1886 —como era usual en este texto— introduce una fórmula desgraciada: "El que obra violentado por fuerza irresistible, física o moral" (art. 81, inc. 5°) En el proyecto de 1891 la fórmula cobra la redacción que —con ligera variante— tiene en el texto vigente: "El que obra violentado por fuerza física irresistible, o impulsado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente"¹⁰. La Exposición de Motivos del proyecto de 1891 parece dejar claro que la fuente del peligro puede ser cualquiera, porque no hace ninguna referencia en contrario, insistiendo sólo en eliminar el concepto de "fuerza moral", que había dado lugar a muy malas interpretaciones¹¹. En el proyecto de Segovia la fórmula queda casi igual —dice "cediendo a la amenaza"— con la particularidad de que el autor dice expresamente que la fuente puede ser humana o natural¹².

El inc. 3° del art. 41 del Proyecto de 1906 reproducía el inc. 5° del

⁴ MATTUTAT, HEINRICH, *Deutsche Grundsprache, Wort- und Satzlexikon*, Stuttgart, 1969, p. 82.

⁵ VATEL, CH., *op. cit.*, p. 105.

⁶ Pág. 101 de la edición oficial de la Provincia de Buenos Aires de 1884; pág. 150 de la edición oficial del *Proyecto*.

⁷ LIVINGSTON, *Rapport*, cit., París, 1825, pp. 145-6.

⁸ La fuente de información, al menos parcialmente, parece haber sido PACHECO (en la 4ª ed., de 1870, t. I, pp. 169-170).

⁹ *Proyecto*, ed. oficial, pp. 149-150.

¹⁰ Art. 59, inc. 5°, ed. oficial, p. 270.

¹¹ *Proyecto*, p. 43.

¹² Art. 15, inc. 4°, p. 77.

Proyecto de 1891. La exposición de motivos decía: "Alguna vez se ha sostenido que la fuerza moral a que se refiere el inciso, puede ser la ira, el dolor u otro sentimiento análogo, y a fin de evitar esta errónea interpretación, consignamos expresamente que la eximente sólo comprende al que obrare impulsado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente"¹³. El Proyecto de 1916 lo transcribía con la misma numeración y también transcribía la exposición¹⁴. El Proyecto de 1917 lo consagra con su numeración actual y la variante de suprimir la palabra "impulsado". Pese a las críticas de Herrera —que proponía una solución diferente¹⁵—, la Comisión dijo: "La Comisión ha aceptado en esta parte las conclusiones del proyecto de 1906, no obstante las críticas hechas por el Dr. Herrera. Todos los códigos y todos los autores convienen en la justicia de esta eximente, existiendo divergencia de términos más que de conceptos. Hemos preferido adoptar los del proyecto, porque aparte de precisar de manera acertada el concepto, se encuentra de acuerdo con nuestros antecedentes legales y conclusiones de la jurisprudencia"¹⁶.

Queda claro que no hay razones históricas que abonen la interpretación según la cual esta parte del inc. 2º del art. 34 deba reducirse a la coacción.

En consecuencia, ante la orfandad de elementos gramaticales, dogmáticos e históricos en contrario, cabe afirmar que la coacción no pasa de ser, para nosotros, sólo un supuesto de estado de necesidad exculpante. Debe aclararse que la acción coacta se enfocará como estado de necesidad exculpante siempre que reúna los caracteres del mismo, porque puede tratarse de una coacción que, por la naturaleza del mal amenazado y por su entidad, coloque al coacto en estado de necesidad justificante, supuesto que no es abarcado por el inc. 2º del art. 34, sino, precisamente, por el inc. 3º.

En otras concepciones diferentes del delito, en que la antijuridicidad se la entiende en forma tal que el injusto es injusto para cualquiera de los que concurren causalmente a él, resulta inadmisibles que un supuesto de coacción sea considerado justificante para el coaccionado, porque esas concepciones no pueden admitir que un sujeto actúe típica y antijurídicamente valiéndose de otro que actúa justificadamente. Desde nuestro punto de vista, en que concebimos al injusto como *personal* (lo injusto es tan sólo para el autor del mismo) no hay problema alguno en admitir esa hipótesis.

La tesis de que la coacción puede ser un estado de necesidad justificante o un estado de necesidad exculpante, nos lleva necesariamente a la conclusión de que en los casos en que es un estado de

¹³ Proyecto, Bs. As., 1905, p. XLIII.

¹⁴ Proyecto, Bs. As., 1916, p. 60.

¹⁵ HERRERA, JULIO, pp. 427 y ss.

¹⁶ Proyecto, Bs. As., 1917, p. 69.

necesidad justificante, el afectado por la acción del coacto no pueda defenderse legítimamente contra el coacto, lo que resulta más racional que en el planteo de la tesis del injusto objetivo. Conforme a nuestra posición, si A amenaza de muerte a B para que le hurte el reloj a C, C no podrá ejercer una legítima defensa contra B, sino sólo contra A. Por supuesto que si C ignora la amenaza de A actuará en un invencible error de prohibición. Esto le da a B el derecho a defenderse legítimamente de C, lo que también parece racional, hecha la salvedad respecto del posible error de prohibición de C.

Otra de las consecuencias inherentes a la posición que hemos adoptado, es que la acción inculpable del coacto no necesariamente debe ser la acción que pretendía hacerle realizar el coaccionado. En principio, resulta siempre claro que cuando puede realizar una acción menos antijurídica que la realizada, no tiene sentido que el coacto se ampare en la inculpabilidad, porque no hay necesidad y, por ende, la culpabilidad subsiste. No obstante, hay un caso en que se plantean dudas y que se afirma que no encuadra en el inc. 2º del art. 34, remitiendo la solución a la "supralegalidad". Se trata del supuesto en que la única alternativa que le queda al coacto es la de dar muerte al coaccionante o a otra persona.

Tal es el famoso caso del sujeto sorprendido en adulterio con la mujer casada, por el marido de ésta, quien le amenaza de muerte para que mate a la mujer. En este supuesto no cabe duda de que si el sujeto reacciona dando muerte al marido en lugar de la mujer, no habrá legítima defensa —por haber mediado provocación suficiente—, pero habrá una inculpabilidad. Para algunos autores esa inculpabilidad no está amparada por el inc. 2º del art. 34, porque la acción realizada por el sujeto no es la ordenada por el coaccionante¹⁷.

Hemos visto que nuestro legislador no atinaba bien al participio pasado verbal en la fórmula legal del art. 34, inc. 2º. Terminó consagrando "violentado", es decir la traducción de *Genöethiget* del código bávaro, *forcée* de la traducción de Vatel, "forzada" en Tejedor, "violentado" en el código de 1886 y en el proyecto de 1891 (pero en este último se reservaba para la fuerza y, en cuanto a la necesidad decía "impulsado"), "cediendo a la amenaza" en Segovia, "impulsado" nuevamente en los proyectos de 1906 y 1916, hasta que el proyecto de 1917 suprime la voz y deja "violentado" para ambas hipótesis. Creemos que el participio que al fin se consagró en nuestro texto es correcto, puesto que tan "violentado" está el que es sometido por una fuerza física irresistible como el que es conminado a hacer o no hacer algo. La expresión.

¹⁷ Así, FRÍAS CABALLERO, *Temas*, pp. 104-5.

“violentado” tiene varios sentidos, entre los cuales cuenta el de calidad de lo que está fuera de su natural estado, situación o modo, como también la de ejecutar contra el modo regular. Resultando claro que puede “violentar” tanto una acción humana como una fuerza natural y también que, en el primer caso, el “violentado” lo sigue estando cuando realiza una acción distinta de la que se le ordena, siempre que la misma sea impuesta por la situación en que se halla.

No vemos cuál es la razón para pretender que en los supuestos de coacción que quedan abarcados por el estado de necesidad exculpante, la acción realizada deba ser la misma que la ordenada y, en caso de no serlo, considerarla automáticamente fuera de la previsión del mismo. Si no hacemos tan dramático el ejemplo del marido furioso y suponemos que el amante puede elegir entre matar a la mujer, matar al marido o huir por una ventana, pero a costa de lanzarse a través de un “vitreaux” artístico que vale una fortuna, veremos que esta tercera posibilidad es la que le corresponde seguir. No obstante, la destrucción del “vitreaux” sería antijurídica, pues no ha sido el sujeto ajeno al mal mayor que evita con ella. Pero ¿cuál es la razón para afirmar que el sujeto no lo hizo violentado por las amenazas? ¿acaso hubiese pasado por el “vitreaux” si no hubiese mediado la conducta del marido? No vemos por qué hay que buscar la solución en la “supralegalidad” cuando la fórmula legal es lo suficientemente amplia, al menos con una interpretación no restrictiva de su letra, tal como corresponde a la de una eximente.

Aunque resulta sobreabundante, recordemos, por último, que por “coacción” se entiende siempre la *vis compulsiva*, es decir, aquellos supuestos que no tienen tal magnitud que llevan a configurar una fuerza física irresistible o *vis absoluta* que elimina la conducta.

En lo que respecta a las disposiciones proyectadas referentes al estado de necesidad exculpante, con posterioridad a la sanción del código penal vigente, cabe recordar que el proyecto de 1937 suprimió la referencia especial, regulándola dentro de un concepto más amplio del estado de necesidad en que no se distinguía entre justificante y exculpante (art. 15, inc. 3º). El proyecto de 1941 lo consideraba causa de inimputabilidad (art. 26, inc. 1º), al igual que el de 1951 (art. 52). El art. 35 del Proyecto de 1953 disponía: “No es culpable quien obra coaccionado por amenaza seria e ilegítima de sufrir un mal grave e inminente”. El art. 23 del Proyecto de 1960 decía: “No es culpable el que obrare bajo la coacción de otro. Tampoco es culpable el que causare un mal, apremiado por la necesidad de evitar otro inminente y particularmente grave para su persona o sus derechos o la persona o los derechos de un tercero, siempre que no sea razonable exigir que el necesitado afrontare el riesgo”. El proyecto de 1973 disponía en su art. 22 que “no es punible el que obrare moralmente violentado por coacción de otro”; su art. 23 decía:

“No es punible el que obrare moralmente violentado por necesidad de evitar un mal inminente y particularmente grave para su persona o para la persona de alguien con la que está unido por estrechos vínculos de afecto. Si el agente hubiese creado culposamente la situación de peligro, el hecho será reprimido con la pena fijada para el delito culposo”. El inc. 4º del art. 5º del proyecto de 1974-1975 decía: “El que obrara bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente”. El art. 24 del proyecto de 1979 disponía lo mismo que el art. 23 del proyecto de 1973. En comparación con el de 1960, estos dos suprimen la excepción del que tuviera el deber de afrontar el riesgo.

509. Su naturaleza jurídica. Para nosotros —y para la casi totalidad de la doctrina— el estado de necesidad que tiene lugar cuando entran en conflicto bienes jurídicos y magnitudes de afectación de los mismos que son más o menos equivalentes, operan como una causa de inculpabilidad, es decir, que se trata de un estado de necesidad exculpante (en nuestro sistema, el inc. 2º del art. 34).

Es sabido que, en algún momento, partiendo de las concepciones kantianas¹⁸, se sostuvo que todos los estados de necesidad eran exculpantes. En este momento, quizá la única opinión que entiende que el conflicto entre bienes jurídicos iguales debe ser tratado igual que el caso de preponderancia del bien salvado, pero en el sentido diametralmente opuesto al kantiano, es decir, ambos como justificantes, es la de Gimbernat Ordeig¹⁹, quien excluye la posibilidad de legítima defensa por parte del que es agredido por el necesitado, explicando que “lo único que cabe ante tal acción, es a su vez, otro estado de necesidad”, tesis que le lleva a sostener el concepto de “estado de necesidad defensivo”, criticado por Malamud Goti²⁰.

No obstante, no resulta del todo satisfactoria la explicación, particularmente teniendo en cuenta que hay personas a las que el estado de necesidad exculpante no las beneficia —no elimina a su respecto la culpabilidad— en razón del deber legal que tienen de afrontar el peligro. Siendo ello así, la inculpabilidad no dependerá en este caso de una cuestión psicológica (es decir, del ámbito de autodeterminación), sino de que exista o no un deber de afrontar el peligro, que sería algo ajeno al ámbito de autodeterminación. Tampoco parece muy lógico afirmar que hay culpabilidad en el caso

¹⁸ V. KANT, *Principios metafísicos del derecho*, Bs, As., 1974, trad. de G. Lizarraga, pp. 44 y ss.

¹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1976, p. 120; del mismo, *Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem*, en “*Welzel Fest.*”, 1974, p. 485.

²⁰ MALAMUD GOTI, JAIME E., *Legítima defensa y estado de necesidad*, Bs. As., 1977, p. 43.

del error vencible sobre la situación de necesidad exculpante, pues la situación vivenciada por el sujeto es la misma, sea vencible o invencible el error.

Un respetable sector doctrinario sostiene que este fenómeno se explica porque en el estado de necesidad exculpante hay un injusto menor y también hay un remanente de posibilidad de actuar de otra manera ²¹.

Hemos rechazado la distinción entre estas causas de inculpabilidad y las que afectan la comprensión de la antijuridicidad que pretende fundarse en que en éstas hay una posibilidad remanente de actuar de otra manera, cosa que en aquellas no acontece, porque creemos que en aquéllas también hay siempre un cierto grado de exigibilidad ²², de modo que no volveremos ahora sobre esta cuestión. En cuanto a la disminución del contenido injusto del hecho, ella creemos que es incuestionable, puesto que, efectivamente, por más que los males sean equivalentes en este estado de necesidad, siempre se actúa para salvar un bien jurídico, conducta que necesariamente ha de estar menos desvalorada como antijurídica que aquélla que no persigue este objetivo.

El propósito de salvar un bien jurídico disminuye el injusto, siempre que el bien jurídico que se salve sea importante, porque la salvación de un bien jurídico importante debe "descontarse" de la magnitud del injusto cometido, aunque no lo neutralice totalmente. *De allí que no sea necesario que el mal que se evita sea exactamente equivalente al que se causa, sino que basta con que sea un mal importante, aún cuando sea mayor el que se causa.*

La fórmula del art. 34, inc. 2°, no exige para la inculpabilidad la exacta equivalencia de males para amparar al sujeto. De allí que una mujer puede defender inculpablemente su honestidad frente a un sujeto que no realiza conducta y por parte de quien resultaría violada incluso a costa de la vida del sujeto, si es el único camino que tiene para evitar la violación. Igualmente, un sujeto resultará amparado por el inc. 2° del art. 34 cuando no tiene más solución que dar muerte al que actúa justificadamente por necesidad impuesta por coacción, aunque éste no tenga más intención que la de lesionarle gravemente. Supóngase que un sujeto coacciona a otro para que deje ciego a un tercero, bajo amenaza de muerte, y el tercero no tiene otro medio para evitar que le ceguen que matar al coaccionado que actúa en necesidad justificante. Obviamente que el mal que causa es mayor que el mal que evita, porque evita una lesión gravísima a costa de la vida del que actúa justificada-

²¹ Así, WELZEL, 178; JESCHECK, 388; STRATENWERTH, 181; RUDOLPHI, 269; etc.

²² V. supra, § 482.

mente, pero su conducta —que en modo alguno puede ser justificada— es, sin embargo, inculpable. La cuantía del injusto que comete el que evita quedar ciego es notoriamente menor que la del sujeto que da muerte a otro por simple odio o ira, puesto que el primero sacrifica un bien para salvar otro bien importante, aunque la importancia del que salva no sea de tal entidad que permita compensar o neutralizar totalmente la antijuridicidad de su conducta.

A estos casos se refiere en España Luzón Peña, concluyendo que conforme a la legislación española no pueden considerarse casos de inculpabilidad, pero proponiendo de *lege ferenda* la previsión de los mismos en una futura reforma penal²³. Lleva razón este autor en lo que respecta a la legislación española, porque la disposición 7ª del art. 8º del código penal español exige que el mal causado *no sea mayor* que el mal que se quiere evitar. En lugar, nuestro código invierte la redacción y exige que el mal que se quiere evitar sea mayor que el que se causa cuando elabora el tipo permisivo del estado de necesidad justificante, pero cuando acuña la fórmula de la inculpabilidad por estado de necesidad exculpante (inc. 2º del art. 34 en la parte pertinente) se conforma con que el mal amenazado sea grave e inminente, lo que obvia el requisito español de la exacta proporcionalidad, que dificulta la solución de los mencionados casos en la dogmática de ese país.

El injusto menor existe siempre que el sujeto que actúa para salvar el bien del peligro grave e inminente —aunque no sea exactamente equivalente al mal causado— no tenga a su cargo en esa circunstancia soportar la amenaza, el riesgo o el peligro del mal, porque en tal caso no hay ningún motivo para considerar que el injusto cometido es menor. Quien asume o tiene legalmente a su cargo la obligación de soportar un peligro o riesgo, no puede alegar que comete un injusto menor cuando causa un mal para evitar ese riesgo, porque en tal caso la norma que le obliga a asumirlo le impide que cuente a su favor la evitación del mal. La norma que pone el riesgo a su cargo quedaría en letra muerta si cuando la viola, es decir, cuando no lo asume, sin computársele la violación de esa norma se concluyese que ha cometido un injusto menor. El orden normativo procedería de manera contradictoria en este caso, porque por un lado le obligaría a soportar el riesgo y, por otro, le beneficiaría descontándole del mal causado el riesgo que apartó violando la norma que le imponía soportarlo.

Sintetizando lo dicho: hay un injusto menor cuando se salva un bien jurídico importante, porque la salvación de este bien debe tenerse en cuenta a favor del que causa el mal en el acto de cuantificar la magnitud del injusto, pero siempre y cuando la obligación

²³ LUZÓN PEÑA, op. cit., pp. 249 y 339.

de soportar el riesgo del mal que evitó no impida esta disminución del contenido injusto de la conducta.

Dicho en otras palabras, siempre la culpabilidad es reprochabilidad de un *injusto determinado*. Esta es una vinculación necesaria que guardan la tipicidad y la antijuridicidad con la culpabilidad. Al autor de un homicidio doloso sólo puede reprochársele el tipo de homicidio doloso, no pudiendo “completarse” el delito con la culpabilidad de un robo. De allí que los niveles del injusto sean necesariamente previos al de la culpabilidad. Para que opere el estado de necesidad exculpante como eximente, está presupuesto —en forma ineludible— que el injusto se halle disminuido por debajo de un cierto límite, es decir, cuando de la ponderación de males surge que se quiso evitar un mal mayor, obviamente no habrá injusto alguno, pero cuando de la ponderación de males surja que no se quiso evitar un mal mayor sino uno equivalente o un tanto menor, pero de cualquier manera importante, es decir, grave, lo que cabe es “descontarlo” en la cuantificación del injusto, lo que dará por resultado que nos hallemos ante un injusto menor. Diferente será el caso en que el mal que se causa sea muy superior al que se evita, lo que eventualmente sólo podrá tenerse en cuenta dentro de los límites del art. 41.

El derecho supone que la evitación de los injustos más graves es de más elemental cumplimiento que la de los menos graves. Entiende que las pautas de conducta señaladas para evitar los injustos más graves deben presumirse más comprendidas que las de los injustos menores: en circunstancias normales será menor el esfuerzo para evitar un parricidio que para vencer la tentación de un hurto. La *aspiración ética* del derecho es mayor en cuanto a los valores referidos a los bienes jurídicos tutelados en los injustos graves que en los leves. Se parte, pues, de la premisa de que el esfuerzo demandado al que cometió un injusto más grave es menor que el requerido al que cometió un injusto leve. La premisa es: *a mayor injusto, menor esfuerzo, y viceversa*.

Partiendo de esa premisa general, en la culpabilidad se ponderan las circunstancias que pudieron reducir el ámbito de auto-determinación del autor y, por consiguiente, cuanto más grande sea el esfuerzo demandado, tanto menor habrán de ser los obstáculos al mismo para afectarlo. Un ligero resfrío eventualmente disculpa la ausencia a clase, pero no la ausencia al acto del propio matrimonio, porque no se le exige parejamente al sujeto que asista a clase como que no falte al Registro Civil el día y hora de su matrimonio, dado que es menos grave lo primero que lo segundo.

Dado que la exigencia de abstenerse del injusto más grave siempre es mayor que la de abstenerse del más leve, se necesitan causas más poderosamente limitativas de la autodeterminación para excluir el reproche del injusto más grave. La comisión de un injusto pone de relieve una actitud contraria al derecho que se cancela más fácilmente cuanto menos grave es el injusto cometido. Una misma circunstancia limitativa del ámbito de autodeterminación puede excluir la culpabilidad de un hurto, pero no la de un robo con armas y asociación ilícita y menos aún la de un homicidio para robar.

Este fenómeno de carácter general, trasladado al plano del estado de necesidad exculpante, es el que nos da la clave del mismo: cuando falta el injusto menor (porque el mal que se quería evitar era notoriamente menor que el que se causó o porque el sujeto tenía el deber de afrontar el riesgo) será necesario un mayor estrechamiento del ámbito de autodeterminación para excluir el reproche, que cuando hay un injusto disminuido (porque el mal era equivalente y el sujeto no tenía el deber de afrontarlo). De allí que, dados los mismos extremos limitativos de la autodeterminación, es decir, dada la amenaza de sufrir el mal grave e inminente, en el caso del injusto disminuido haya inculpabilidad y en caso contrario haya culpabilidad (sin perjuicio de que el grado del injusto y de ésta se valoren a los efectos de la cuantificación penal).

El injusto es de carácter eminentemente personal, de modo que la gravedad del mismo depende siempre de circunstancias personales del sujeto, de las que forman parte los especiales deberes que tiene a su cargo. No es igual la magnitud del deber jurídico que tiene un médico para cooperar auxiliando en una epidemia, que el que incumbe a un simple ciudadano; la omisión de auxilio del primero tendrá un mayor contenido de injusto que la del segundo, siendo mayor la limitación del ámbito de autodeterminación que debe acreditar el médico para que no se le reproche su actitud, que la que debe acreditar el simple ciudadano. A este último le bastará con invocar su temor a la enfermedad como amenaza del mal inminente y grave; pero para el médico no será esa la amenaza de mal idónea para excusar el reproche, aunque podrá invocar como tal el dilema de auxiliar a los demás o dejar que su esposa y sus hijos enfermos mueran por falta de asistencia.

Como puede verse claramente en el ejemplo del médico, el mayor injusto demanda un menor esfuerzo para evitarlo (se supone que el médico debe realizar un esfuerzo menor que el del simple ciudadano para vencer el temor a la enfermedad) y, por consiguiente, mayor debe ser la limitación de la autodeterminación que

sufra para eliminar el reproche, en forma tal que su conducta no ponga de manifiesto una disposición contraria al derecho. En el mismo ejemplo, el temor normal a la epidemia grave, elimina la culpabilidad del ciudadano común, pero no la del médico; sin embargo, si se demostrase que el médico padece un miedo patológico a las enfermedades contagiosas, igualmente desaparecería la culpabilidad. En tanto que el miedo normal basta para la inculpabilidad del ciudadano, recién el miedo hipocondríaco funda la del médico.

Entendemos que esta es la explicación al hecho de que el estado de necesidad exculpante no opere de la misma forma respecto de quien tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo que respecto de quien no lo tiene. No es cierto que la necesidad exculpante no ampare —en forma absoluta— a quien tiene ese deber a su cargo, sino que se requiere una mayor limitación de la autodeterminación para que elimine la culpabilidad de quien tiene el deber de afrontar el riesgo con que se ve amenazado. Cuanto más gravoso sea ese deber, mayor será el contenido de injusto de su infracción y menor habrá de ser el ámbito de autodeterminación para que elimine la reprochabilidad de ese injusto. A tal punto es ello cierto que, en definitiva, nadie queda en cualquier caso y circunstancia fuera de la posibilidad de la necesidad exculpante, por importante y grave que sea la intensidad del deber que le incumbe.

Vimos que el médico, llega también a un límite de estrechamiento de la autodeterminación en que desaparece el reproche, cesa la exigibilidad. En los casos —más celosos en cuanto a la magnitud del deber específico— de los militares, policías y bomberos, también hay un límite a la exigibilidad de afrontar el riesgo. No hay exigibilidad de afrontar una muerte segura²⁴. En el ámbito policial se considera falta grave “dar pruebas de debilidad moral en actos de servicio”²⁵, pero es evidente que la “fortaleza moral” se exige hasta cierto límite, pues de lo contrario, no tendría sentido el premio a los actos de arrojo previsto en las mismas reglamentaciones, pues, no se premia el normal cumplimiento de un deber.

En síntesis: *no es verdad que se excluya a algunas personas del estado de necesidad exculpante, sino que el estado de necesidad es exculpante para un injusto menor, pero, cuando el injusto no está disminuído, las circunstancias que son suficientes para eliminar la*

²⁴ Cfr. MAURACH, 271.

²⁵ Reglamentación de la ley orgánica de la Policía Federal (decreto 6580/58, art. 343, inc. 18°).

reprochabilidad del injusto menor, no alcanzan a eliminar la del injusto más grave. Tengamos en cuenta que de la gravedad del injusto dependerá la eficacia de la circunstancia reductora de la autodeterminación. Para el ciudadano común, el mero miedo al peligro de contagio borra el reproche; el médico, en lugar, sólo se vería amparado, por ejemplo, frente al peligro de muerte del hijo afectado, pero es de meditar si este mismo peligro sería eficaz para el médico jefe de sanidad de la región. Esto no obedece a que *sean personas distintas*, sino a que *son injustos distintos*, porque violan deberes distintos, el último de los cuales es el deber que emerge de la posición de garante, de magnitud bien diferente del que emerge de la pura solidaridad impuesta por la coexistencia.

No cabe duda de que el miedo que siente el soldado frente al fuego enemigo es igual al que siente el civil²⁶ y, en modo alguno se justifica la presunción *juris et de jure* de que ciertas actividades presuponen condiciones psíquicas que no tiene la generalidad. Esa *consideración psicológica* del problema es errónea. La consideración es claramente normativa y corresponde al injusto: la sociedad hace descansar la seguridad de los bienes jurídicos sobre una serie de actividades cuyo cumplimiento implica ciertos riesgos. Quienes asumen esas actividades o posiciones deben asumir los correspondientes riesgos. La infracción al deber por parte de quien no se halla en esa actividad o posición afecta sólo al bien jurídico que alcanza, pero la infracción al deber por el obligado afecta también a la seguridad de la comunidad. De allí que en una *consideración normativa* sea de toda evidencia que el miedo que exculpa a un civil no exculpa a un militar^{26 bis}.

Como vemos, no se alteran aquí las reglas generales que rigen las causas de inculpabilidad, sin que se justifique un tratamiento diferenciado del estado de necesidad exculpante respecto de las restantes.

Los injustos disminuídos se excluyen en los casos de deberes de soportar el riesgo de muy distinta naturaleza. Estos deberes emergen generalmente de la actividad asumida por el sujeto, incumbiendo, por ejemplo, a militares, policías, marinos, guías de montaña, bañeros, médicos, funcionarios judiciales, magistrados, enfermeras, personal de la Cruz Roja, etc. También se considera que el deber de soportar el riesgo le incumbe al que emprende una actividad política ilícita en un Estado totalitario²⁷. La ejecución de una pena, por más que pueda afectar la

²⁶ JESCHECK, 367 (2ª ed.).

^{26 bis} V. supra, § 484.

²⁷ Cfr. JESCHECK, 393.

salud, no puede eludirse por la vía de la necesidad exculpante, por supuesto, siempre que no se trate de una "justicia por el terror"²⁸. También funda el deber de afrontar el riesgo, como principio general, el emprendimiento por decisión común de una actividad peligrosa²⁹.

Debe quedar claro que los injustos no atenuados son eminentemente personales y el deber de afrontar peligros queda reducido a los que están directamente vinculados a su función o actividad, siendo inherentes a la misma³⁰ y no a otros. Con razón se ha dicho que el médico no está obligado a arriesgarse en un incendio³¹.

510. **Requisitos de la situación de necesidad exculpante.** Hemos visto que uno de los requisitos fundamentales de la situación de necesidad es la gravedad del mal que se quiere evitar, pues de lo contrario no hay atenuación alguna del injusto. De allí que el ejemplo más clásico de necesidad exculpante sea el de la "tabla de Carneades", es decir, el náufrago que ante la inminencia de ahogarse le arrebató a otro la tabla que lo sostiene y que sólo tiene capacidad para mantener a una sola persona a flote.

Carneades de Cerine fue un filósofo del siglo II a.C. que dirigió la Academia hasta su muerte, el año 129 a.C. Nunca escribió, de modo que su pensamiento es conocido a través de las obras de Clitómaco de Cartago, quien le sucedió en la dirección de la Academia. Como los escritos de Clitómaco se han perdido, conocemos el pensamiento de Carneades parcialmente, en especial a través de las obras de Cicerón, que es de donde se toma el ejemplo de la tabla³². La tabla es también mencionada por Kant³³. Entre los ejemplos históricos se suelen mencionar casos como el del "Mignonette", juzgado en Inglaterra en 1884, en que unos naufragos en una chalupa permanecieron en alta mar más de veinte días y, estando a punto de perecer de sed, dieron muerte a uno de ellos, un grumete, que se hallaba moribundo. Fueron condenados a muerte y la reina conmutó la pena por seis meses de trabajos forzados³⁴. Se menciona también el caso del incendio del Bazar de Caridad de París, en que muchos empujaron y pisotearon gente para huir del fuego y del humo, y también muchos otros naufragios y siniestros similares³⁵.

Para que opere la necesidad exculpante se presupone que debe haber un peligro para el bien jurídico que se quiere salvar. En

²⁸ Cfr. JESCHECK, 393.

²⁹ RUDOLPHI, 271.

³⁰ Cfr. JESCHECK, 393.

³¹ Cfr. RUDOLPHI, loc. cit.

³² Sobre su pensamiento, BRÉHIER, ÉMILE, *Historia de la filosofía*, Bs. As., 1956, I, 523 y ss.; también se refieren a él SCIACCA, M. F., *Historia de la Filosofía*, Barcelona, 1966, p. 139; JULIÁN MARIÁS, p. 94.

³³ *Principios*, cit., p. 45.

³⁴ V. HALL, JEROME, *General Principles of Criminal Law*, pp. 430-2.

³⁵ HERRERA, JULIO, p. 433.

nuestro código penal no hay limitación alguna en cuanto a los bienes jurídicos que pueden estar en peligro para que tenga lugar la inculpabilidad. El mal grave e inminente puede provenir de cualquier fuente que fuese y *amenazar a cualquier bien jurídico*, pero hay que tener en cuenta que siempre debe ser un mal grave, porque el orden jurídico no puede exculpar los injustos contra inocentes para evitar males pequeños e insignificantes ^{35 bis}.

El principio de no limitación de bienes jurídicos peligrados como fundamento de la necesidad exculpante, no se halla en contradicción con el requerimiento de *gravedad* del mal, pues no sólo pueden ser graves los peligros para la vida, la salud o la libertad (a ellos lo restringe el párrafo 31 del Código alemán vigente), sino también el que puede afectar al honor, a la propiedad, a la honestidad, etc. Cualquiera de estos otros bienes jurídicos puede ser afectado de modo grave o de modo leve, puesto que no es lo mismo que le hurten a un sujeto normal un paquete de tabaco, que despojarle de la vivienda familiar o de su único medio de subsistencia. La gravedad del mal no sólo se deriva del requerimiento expreso de la ley, sino también de que —a falta de ella— el sujeto no puede hallarse “violentado”, puesto que nadie es “violentado” por la amenaza de un mal ínfimo, no siendo admisible que los males que debemos soportar los descarguemos en nuestros semejantes con igual intensidad, lo que sólo puede no sernos reprochable cuando no es razonable exigirnos que los aceptemos, es decir, en casos verdaderamente graves. Lo contrario significaría la introducción de la guerra general, en que cada quien querría desviar todas las pequeñas molestias en su vecino.

Tampoco exige el código que el mal que se quiere evitar deba recaer directamente sobre bienes jurídicos del necesitado, sino sólo que constituya para él un mal (grave e inminente). De allí que el sujeto pueda verse precisado a cometer un injusto para evitar una lesión de bienes jurídicos ajenos que se tradujese en un mal grave e inminente para él. Ello es lo que acontece cuando la afectación directa recaería sobre bienes jurídicos de personas estrechamente vinculadas al sujeto, lo que el mismo código reconoce al establecer taxativamente la inculpabilidad en el caso del encubrimiento personal cometido en favor “del cónyuge, de un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o el segundo de afinidad, de un

^{35 bis} Cfr. RODRIGUES DE SOUZA, ALBERTO R., *Estado de necesidad*, Río de Janeiro, 1973, p. 249.

amigo íntimo o de una persona a la que debieren especial gratitud" (art. 279).

En estos casos, es natural que el sujeto sienta como un deber de conciencia prestar la ayuda, por más que el mal que amenaza al encubierto sea legal y debido. La propia conciencia y los sentimientos de solidaridad, lealtad, humanidad, etc., son fomentados por el derecho como valores positivos de co-existencia, de modo que es perfectamente comprensible que el sujeto en esa situación, si hiciese otro cosa, lo sentiría como una grave lesión a su conciencia y a su autoestima. *Siempre que la lesión de los propios deberes de conciencia elementales del sujeto, cuyo desarrollo fomenta el propio orden jurídico, sea comprensible a la luz de las pautas rudimentarias vivenciadas por el sujeto como pérdida sensible de la autoestima, debe admitirse que eso sería también un mal grave para el sujeto que lo sufre.*

Un grave sentimiento de culpa derivado del incumplimiento de normas éticas socialmente admitidas como importantes para la coexistencia, no puede menos que ser considerado por el derecho como un mal grave. Se trata de sentimientos que, en definitiva son fomentados por el orden jurídico y, por consiguiente, cuando la motivación en esos mismos sentimientos es lo que estrecha el ámbito de autodeterminación del autor, no puede el orden jurídico formular reproche alguno.

El peligro puede provenir también del grupo humano o cultural al que pertenece el sujeto. Puede darse el caso de que un individuo pertenece a una cultura indígena, por ejemplo, haya convivido fuera de ella y comprenda la antijuridicidad de su conducta pero, no obstante, le amenacen las sanciones sociales vigentes en esa cultura en forma grave.

Nuestro código penal exige que el mal amenazado, además de grave, sea *inminente*. "Inminente" implica algo que sucederá pronto. Por ende, siempre el mal será un acontecimiento futuro, es decir que a su respecto siempre tendrá lugar cierta duda, puesto que nunca puede tenerse una certeza absoluta acerca de un hecho futuro. La ley no exige una certeza sobrehumana ni tampoco el máximo de certeza humano, sino una alta probabilidad, que es suficiente para la inminencia. Tampoco se excluye la inminencia cuando se trata de un mal duradero, es decir, que no se agota instantáneamente, sino que ya tiene carácter actual, pero que éste se va intensificando³⁶. Es claro que en este caso siempre se querrá evitar el

³⁶ Cf. SCHMIDHÄUSER, 370.

mal futuro, de modo que éste seguirá siendo "inminente". Debe considerarse también inminente aquél peligro que es más o menos prolongado, pero que puede actualizarse en cualquier momento ³⁷.

Un particular problema doctrinario tiene lugar respecto del caso en que la situación de necesidad es provocada por el propio sujeto. Un gran sector doctrinario sostiene que en ese caso queda excluido el estado de necesidad exculpante.

Los argumentos en que se funda esta posición son discrepantes. Para Rudolphi —siguiendo a Stratenwerth— se trata de un especial deber de soportar el riesgo que adquiere el autor con su conducta precedente, lo que lo colocaría en una suerte de posición de garante. Debido a ello, no habría un injusto menor y, por consiguiente, no cabría la necesidad exculpante ³⁸. Desde otro punto de vista, Schmidhäuser, por ejemplo, sostiene que es aplicable el principio *actio libera in causa* ³⁹. Por otro lado, algunos autores opinan que la necesidad exculpante beneficia a quien ayuda al pariente que provocó la situación de necesidad ⁴⁰, en tanto que otros niegan su inculpabilidad ⁴¹.

Las dificultades y las opiniones divergentes a este respecto devienen de que la ley alemana expresamente dice que no puede beneficiarse con la inculpabilidad el que ha causado la situación (§ 35).

En nuestro texto no hay ninguna disposición que excluya del ámbito del inc. 2.º del art. 34 al que ha provocado la situación de necesidad, lo que es de notarse muy especialmente, sobre todo teniendo en cuenta que para las causas de justificación consigna el requisito. Consiguientemente *no hay base legal alguna para excluir del estado de necesidad exculpante a quien provocó la situación*. Hemos visto que la teoría de la *actio libera in causa* no tiene base legal en nuestro texto e incluso, de tenerla, su constitucionalidad sería dudosa ⁴², de modo que por esta vía no cabe excluir el estado de necesidad exculpante.

Cabe preguntarse si es verdad que la provocación de la situación de necesidad crea un deber de soportar el riesgo, que impide la disminución del injusto, como lo afirma un sector de la doctrina germana. Si al afirmarse que al sujeto no le beneficia la necesidad exculpante, quedando completa su culpabilidad por el delito doloso —o disminuía, según lo autoriza la ley alemana— y se pretende

³⁷ Cfr. MAURACH, 402; SCHMIDHÄUSER, 369.

³⁸ RUDOLPHI, 272; STRATENWERTH, 177.

³⁹ SCHMIDHÄUSER, 370.

⁴⁰ Así, por ejemplo, MAURACH, 334.

⁴¹ Así, por ejemplo, WELZEL, 180; BAUMANN, 471.

⁴² V. supra, § 378.

con ello que el sujeto ha tenido el deber de soportar el riesgo, esto implica afirmar la existencia de un deber que a nadie se le exige, al menos en ciertos casos, que son, por cierto, los más graves. En efecto: está pacíficamente aceptado que ningún deber de soportar el peligro puede llegar al extremo de obligar a una muerte prácticamente segura ⁴³ y, en el caso del amante sorprendido en adulterio por el marido, que está siendo víctima de los disparos de éste, se pretendería que tiene el deber de soportar su muerte, es decir, de dejarse matar. Y ni siquiera puede afirmarse que sea la vida el único bien en que puede darse esta situación límite, pues es obvio que tampoco tiene el sujeto el deber de dejarse mutilar. Por muy programada y preordenada que haya sido la conducta del amante, es insostenible la existencia de este deber. Mucho más lo es en el caso de la ley argentina, en que se carece de toda base legal para el mismo.

En el derecho positivo argentino la única solución para estos supuestos, cualquiera haya sido la intención del sujeto al provocar la situación de necesidad, es la tipicidad culposa de la conducta, como ya lo observamos al rechazar la teoría de la *actio libera in causa*. No se trata de convertir al dolo en culpa, pues la conducta dolosa del amante que mata al marido no es culpable, pero la que es típica, antijurídica y culpable, es la conducta que provoca la situación de necesidad que *causa* la muerte del marido ⁴⁴.

Cabe tener en cuenta que el estado de necesidad exculpante presupone, lógicamente, la *necesidad de la conducta* para apartar el peligro del mal amenazado, es decir, que teniendo el sujeto la posibilidad de realizar una acción conforme a derecho (o de menor contenido injusto) y siéndole exigible la misma, queda descartado el estado de necesidad exculpante. La necesidad de la conducta implica el requerimiento de que la misma sea *objetivamente idónea y adecuada* ⁴⁵, puesto que la conducta necesaria para apartar el peligro no puede ser tal si le faltan los requisitos de idoneidad y adecuación al fin propuesto.

En cuanto a la participación y, en general, a la concurrencia de personas, rige a su respecto el mismo principio que respecto de las causas de inculpabilidad en general, es decir que, en principio, sólo alcanza al co-autor o partícipe que se halla en la situación o estado de necesidad. No teniendo ninguno de los concurrentes el

⁴³ Así, MAURACH, 401; RUDOLPHI, 271.

⁴⁴ V. *supra*, §§ 378, 379.

⁴⁵ Cfr. WELZEL, 180.

deber de afrontar el peligro, resulta claro que la inculpabilidad no pasa ni del autor al partícipe, ni del partícipe al autor⁴⁶. En el caso de que el autor se halle sin el deber de afrontar el riesgo, en forma tal que éste pese sólo sobre el partícipe, tampoco cambia el planteo, pues el partícipe —por ser su injusto accesorio— será partícipe en un injusto menor, pero, de cualquier manera, será igual la solución, puesto que la inculpabilidad no pasa al partícipe.

Cabe toda razón a la negación de la inculpabilidad al partícipe que no se halla él mismo en necesidad, pues carece de sentido que decida un tercero ajeno a la cuestión. Distinto sería el caso, planteado por Welzel, de los dos escaladores que quedan colgando de una cuerda que va cediendo, y un tercero le alcanza un cuchillo al que tiene más próximo, que cortando la cuerda se salva a costa de la muerte del que estaba más abajo⁴⁷. En realidad, creemos que en este caso no hay inculpabilidad en la conducta de quien da el cuchillo, sino el simple cumplimiento del deber de auxiliar, que le imponía evitar que ambos escaladores muriesen. No es el autor del auxilio el que crea el peligro, sino el que hace lo único físicamente posible por apartarlo y, además, está legalmente obligado a ello.

511. El reconocimiento de la situación de necesidad y la falsa suposición de la misma. El sujeto que ignora la situación objetiva de necesidad no actúa en tal estado, porque su autodeterminación permanece intacta, no habiendo influido en nada la situación en cuanto a su motivación. Nuestra ley requiere que el sujeto obre “violentado” por la amenaza de sufrir el mal grave e inminente y, es obvio, que no obra violentado quien desconoce la amenaza y su entidad. Por consiguiente, quien no se motiva en la amenaza y no actúa para evitar el mal, no puede ser considerado inculpable⁴⁸. No es necesario que el único motivo sean las amenazas, pues pueden operar simultáneamente otros motivos⁴⁹, pero es necesario que las amenazas hayan sido conocidas en grado suficiente y que hayan sido uno de los motivos como mínimo.

Conforme a lo expuesto, el error del sujeto, que determina su ignorancia de la situación de necesidad, tiene el efecto de dejar intacta la culpabilidad. Veamos ahora qué pasa en el caso inverso, es decir, cuando el sujeto supone falsamente la existencia de una

⁴⁶ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 472; WELZEL, 186 RUDOLPHI, 271; etc.

⁴⁷ WELZEL, 180.

⁴⁸ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 473

⁴⁹ Cfr. JESCHECK, 391; BAUMANN, 476; BLEI, 183; BOCKELMANN, 124; STRATENWERTH, 183.

situación de necesidad exculpante, es decir, la llamada necesidad *exculpante putativa*.

Esta forma de error tiene por resultado la exclusión de la culpabilidad, lo que resulta coherente con la forma en que hemos resuelto la ignorancia de la situación de necesidad. En la falsa suposición de la situación de inculpabilidad, el sujeto se encuentra en la misma posición de coacción psíquica que si la situación de inculpabilidad se hallase efectivamente dada. Su ámbito de auto-determinación se halla igualmente limitado, sea que conozca la real situación de inculpabilidad, sea que la suponga por efecto de un error invencible ⁵⁰.

Este error puede darse también en las causas de inculpabilidad por necesidad que se encuentran regladas especialmente en el código penal como sucede en el caso del error sobre las circunstancias que fundan la inculpabilidad en el art. 279. El que oculta a otro que no es el pariente, porque es engañado acerca de la identidad del mismo, se encuentra en un error invencible sobre la situación de necesidad exculpante.

Cabe observar que la falsa suposición de una situación de necesidad exculpante no es un simple caso de error sobre la culpabilidad, sino también al menos parcialmente, un supuesto de simultáneo error sobre la culpabilidad y sobre la prohibición, puesto que el sujeto que cree salvar un bien jurídico, padece un error acerca de la magnitud del injusto que comete. Consecuentemente, el error acerca de la situación de inculpabilidad es a la vez un error de prohibición en cuanto a la magnitud del injusto. El que cree actuar para salvar un bien jurídico, aunque no crea actuar conforme a derecho, siempre podrá comprender solamente la antijuridicidad de un injusto menor que el que realmente comete. Estas características hacen que se justifique plenamente la afirmación de que se debe resolver siguiendo las reglas del error de prohibición, pero que se trata de una forma especial de error ⁵¹.

Debe quedar claro también que la necesidad exculpante putativa no es necesariamente un error *facti*, por lo que tampoco se vincula a la división tradicional del error. Como ejemplo de necesidad exculpante putativa que —conforme a esa vieja clasificación— sería error *juris*, podemos mencionar el caso de la viuda que, amenazada por un acreedor con una inminente ejecución de la vivienda en que

⁵⁰ Cfr. RUDOLPHI, 273; BLEI, 185; STRATENWERTH, 179.

⁵¹ Cfr. KAUFMANN, ARTHUR, *Die Irrtumsregelung im StGB Entwurf 1962*, en ZStW, 66 (1964), pp. 543 y ss. (577); WESSELS, 77.

vive y que es su único bien, no teniendo ninguna fuente de recursos, siendo sus niños pequeños y afectada su salud en forma que le impide trabajar, libra un cheque sin provisión de fondos para obtener dinero y pagar su deuda, pese a que conoce que su casa se encuentra sujeta al régimen del "bien de familia", pero ignorando invenciblemente que por esa misma razón el bien no es embargable, puesto que su abogado —en connivencia con el acreedor— le ocultó esta circunstancia.

En caso de vencibilidad del error sobre la situación de necesidad, no desaparece la exigibilidad, debiendo tenerse en cuenta, a los efectos de la pena, para considerarlo un supuesto de menor culpabilidad. No es verdad que éste sea un argumento que daría base a una diferenciación entre esta inculpabilidad y las restantes, basada en que la situación psicológica no es la misma en ambos casos⁵². La culpabilidad se funda en la exigibilidad y no en la mera posición psicológica del autor, de modo que lo importante aquí será que al sujeto le sea o no exigible salir de esa situación de error. En caso de error vencible, sólo se tendrá en cuenta esa circunstancia para los efectos de la pena, puesto que, de cualquier manera, siempre le será menos exigible la comprensión de la criminalidad a quien se hallaba en esa situación.

La teoría causal sostenía que en caso de necesidad exculpante putativa y vencible se imponía la solución del delito culposo, pues este error eliminaba al dolo. Este es el criterio de varios autores en nuestra doctrina⁵³ y era la tesis de Schönke-Schröder, por ejemplo: "en estos casos no puede tener lugar una punición por comisión dolosa, puesto que si la culpabilidad dolosa presupone que el autor, sin la influencia de impulsos poderosos, se subleva contra el orden jurídico, este reproche no se podrá alzar cuando los motivos del § 54 han determinado al autor, aunque fuere en función de un error"⁵⁴. La referida solución fue atacada por la tesis finalista, que sólo veía en este supuesto una menor culpabilidad, que es la solución que actualmente se consagra en el código alemán vigente por lo que ha perdido gran parte de su sentido la discusión⁵⁵.

La solución por la vía del delito culposo se ensayó en base a varios argumentos distintos. Se entendió que el dolo no desaparecía, sino que no era reprochable, siendo únicamente reprochable la ignorancia de la situación, razón por la que la tipicidad culposa se trató de justificar por una analogía con el error de tipo permisivo —como lo hace Bau-

⁵² Sobre ello, RUDOLPHI, 269.

⁵³ Así, por ej., NÚÑEZ, *Manual*, 239.

⁵⁴ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 473.

⁵⁵ Cfr. BLEI, 185; MAURACH, 476; BOCKELMANN, 125; WELZEL, 182; STRATENWERTH, 180; RUDOLPHI, 273; VOGLER, *Der Irrtum über Entschuldigungsgründe im Strafrecht*, en GA, 1969, 103.

mann⁵⁶— o por aplicación de la *actio libera in causa*, como lo hace Roxin⁵⁷. El problema es aquí igual al que se plantea en la problemática de la justificación putativa, respecto de la cual, en general, los partidarios de la misma desplazan la culpa hacia otra conducta anterior⁵⁸. El inconveniente que esto tiene es que no hay ningún “tipo” que aprese la conducta anterior, es decir, ningún “tipo de error culposo” y tampoco se lo puede inventar por vía de la *actio libera in causa*. Si en el momento mismo del hecho el dolo no se altera y la culpabilidad se la quiere hacer fincar en la pura situación psicológica del autor, no habría otra solución que la sostenida por Schmidhäuser: el error vencible sobre la situación de inculpabilidad también debe quedar impune⁵⁹. De lo contrario, se estarían creando tipos que no existen.

Jescheck, que sostiene la solución culposa para la justificación putativa vencible, no sostuvo el mismo criterio para la necesidad exculpante putativa vencible, basado en que en esta última el autor siempre tiene consciencia de la antijuridicidad, por lo que construyó la solución por analogía con el parágrafo 157, I del código alemán de 1871, que permitía disminuir la pena o prescindir de ella cuando alguien cometía un falso testimonio para evitar una condena a un pariente⁶⁰.

El error sobre la situación de necesidad exculpante puede estar también psíquicamente condicionado, lo que debe tenerse particularmente en cuenta para juzgar su vencibilidad. Así, por ejemplo, sabemos que los oligofrénicos tienen un menor manejo de las situaciones complejas, lo que puede dar lugar a que no tengan la suficiente capacidad para imaginar una variable de la conducta que resulte menos lesiva al orden jurídico. En tal caso la situación de error se les puede hacer invencible, cuando para otro sujeto no lo sería. El acondicionamiento psíquico del error sobre la necesidad exculpante, puede ser considerado como un caso de simple error sobre la misma o bien podría configurar una tercera forma de la inimputabilidad (entendida como total capacidad psíquica de culpabilidad). Una u otra ubicación dependerían de que se considere que está previsto en nuestro código como “incapacidad para comprender la criminalidad” o como “error que impide adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad”. Ambas posibilidades están dadas en la fórmula del inc. 1º del art. 34 y creemos que la

⁵⁶ BAUMANN, 430.

⁵⁷ ROXIN, CLAUDIUS, *Die Behandlung des Irrtums im Entwurf*, en ZStW, 1964, 76, pp. 582 y ss. (612).

⁵⁸ El malentendido que señala Núñez a Sancinetti, creemos que responde a esta diferencia (NÚÑEZ, *Manual*, p. 239, nota 54 bis).

⁵⁹ SCHMIDHÄUSER, 372.

⁶⁰ JESCHECK, 383-4 (2ª ed.).

cuestión es teórica, pero sin consecuencias prácticas, por lo que no vale la pena ahondar en ella.

El fundamento legal de la inculpabilidad en caso de error invencible acerca de la necesidad exculpante, se halla en nuestro código en el inc. 1º del art. 34 y puede elaborarse de dos maneras distintas, pero con idénticas consecuencias. Si entendemos que “comprensión de la criminalidad” implica conocimiento de los elementos requeridos en el tipo objetivo (aspecto cognoscitivo del dolo), posibilidad exigible de conocimiento y de comprensión de la antijuridicidad (que falta en el error de prohibición) y posibilidad exigible de comprender la dimensión del ámbito de autodeterminación, el caso de la necesidad exculpante putativa eliminará la culpabilidad y, por consiguiente, ese error será un supuesto más de “error que impide la comprensión de la criminalidad”. No obstante, en lo que a la necesidad exculpante putativa respecta, el planteo no se altera si entendemos que la “comprensión de la criminalidad” abarca sólo los conocimientos que presupone el dolo y la posibilidad de conocimiento y comprensión de la antijuridicidad, porque en tal caso, si bien el error no impedirá la comprensión de la antijuridicidad —y con ello de la “criminalidad” así entendida—, lo que sin duda impedirá será “dirigir las acciones” conforme a esa comprensión.

Sintetizando, digamos que la base legal para la inculpabilidad en caso de necesidad exculpante putativa puede hallarse tanto en la fórmula legal “*el que no haya podido en el momento del hecho, por error o ignorancia de hecho no imputable, comprender la criminalidad del acto*” (caso en que se entienda que “criminalidad” abarca la situación que posibilita el ámbito de autodeterminación), o bien en la fórmula legal “*el que no haya podido en el momento del hecho, por error o ignorancia de hecho no imputable, dirigir sus acciones*” (caso en que se entienda que “criminalidad” abarca sólo tipicidad y antijuridicidad del acto).

512. **El error de culpabilidad.** Hemos visto que el inc. 1º del art. 34 puede entenderse en dos sentidos, según sea que la “criminalidad” se entienda compuesta por la tipicidad y la antijuridicidad, o que se la entienda también integrada por las circunstancias referentes al ámbito de autodeterminación. Según sea la extensión que quiera dársele, la “comprensión de la criminalidad” abarcará la de la culpabilidad o no la abarcará. Acabamos de ver que esto no tiene importancia para la solución práctica del caso de la necesidad exculpante putativa.

No obstante, la necesidad exculpante putativa no es el único

caso de error acerca de la culpabilidad. Respecto de la culpabilidad pueden darse las mismas hipótesis que respecto del error indirecto de prohibición, es decir, puede suponerse que hay una inculpabilidad que la ley no reconoce, sea porque se crea falsamente en una causa de inculpabilidad no reconocida legalmente, o porque se yerre sobre los límites de una causa de inculpabilidad legalmente reconocida, o bien puede suponerse erróneamente una situación fáctica que funde una necesidad exculpante legalmente reconocida⁶¹. Esta última es la necesidad exculpante putativa, de la que ya acabamos de ocuparnos. Nos resta, pues, considerar la otra hipótesis en cualquiera de sus dos variables.

Si nos quedásemos en el mero planteamiento legal, daría la impresión de que si "criminalidad" implicase "culpabilidad", el error sobre la culpabilidad debe ser relevado, no siéndolo en el caso contrario, con lo que una u otra interpretación cobrarían importancia para esta forma de error. No obstante, veremos que ésta no pasa de ser una cuestión exegética, es decir, una variable interpretativa resultante del mero análisis semántico y lógico de la fórmula legal, pero que nos da por resultado un "camino prohibido", o sea, un supuesto en que la variable lógica no se corresponde con una posibilidad real.

En efecto: creemos que es absolutamente imposible relevar como inculpabilidad al error de culpabilidad derivado de la falsa suposición de una causa de inculpabilidad no reconocida por la ley, por mucho que fuera invencible. Esta es una necesaria consecuencia del reconocimiento de que el error sobre la culpabilidad no es un simple error de prohibición, sino una forma diferente de error. En el error de culpabilidad el autor puede comprender la antijuridicidad y, sin embargo, no se motiva en la norma, no porque no le sea exigible que lo haga, sino porque creyó que los motivos que tenía hacían inexigible que se motivase en la norma. Pero este error deja todo tal cual porque la selección de los motivos que hacen inexigible la omisión de un injusto no depende de la imaginación del autor del injusto, sino sólo del derecho, que señala así el límite de la exigibilidad y de la reprochabilidad.

Es bien diferente la situación del que cree que su conducta no es un injusto y la de quien cree solamente que el injusto que comete no le es reprochable jurídicamente. La culpabilidad se funda en que el sujeto no se motivó en la norma cuando podía hacerlo,

⁶¹ JESCHECK, 381 (2ª ed.).

pero en modo alguno se funda en que no se motivó en el conocimiento de que su conducta era reprochable.

La culpabilidad desempeña una función por entero diferente de la antijuridicidad: la última señala el límite de lo prohibido, pero la primera no hace más que decir qué motivos excluyen la exigencia de abstenerse de lo prohibido.

Si la culpabilidad se "enroscase" sobre sí misma, en forma tal de exigir que el sujeto se motive también en el conocimiento (real o potencial) de los motivos conforme a los cuales el derecho limita la exigibilidad, también tendría que fundarse en la exigencia de que el sujeto se motive en el conocimiento de que la exigibilidad se funda en el conocimiento de los motivos por los que el derecho limita la exigibilidad, y así, entraríamos a un verdadero círculo al infinito de conocimientos como motivos y de motivos como conocimientos, lo que daría lugar a una cadena infinita de errores.

Distinto por completo es el caso de la necesidad exculpante putativa invencible, porque en ella el sujeto se motiva realmente en las motivaciones que según la ley excluyen la culpabilidad, por más que estas motivaciones no se correspondan con una base objetiva cierta, lo que la inexigibilidad del reconocimiento de la situación objetiva hace indiferente.

No podemos menos que estar enteramente de acuerdo en que "corresponde sólo a la ley la decisión acerca de cuáles constelaciones motivacionales hacen aparecer como inculpable una lesión al orden jurídico"⁶².

Esta conclusión, referida a la falsa suposición de una causa legal de inculpabilidad, es válida también para el supuesto de error acerca de los límites de una causa de inculpabilidad legalmente reconocida, porque, de cualquier manera, se trata de una falsa suposición de inculpabilidad no admitida legalmente.

Como un caso de error sobre los límites de una causa de justificación considera Jescheck el conocido "caso de la cigüeña" (*Klapperstorch*), que resolvió el Tribunal del *Reich* y que Freudenthal comentó, considerando un supuesto de ausencia de dolo⁶³. Se trataba de una empresa minera que había resuelto conceder franco al padre y con percepción íntegra del salario el día que naciese un niño. Como de ese beneficio no gozaban los mineros cuyos niños nacían en domingo, éstos amenazaron a la comadrona con no requerir más sus servicios si no accedía a

⁶² SCHÖNKE-SCHRÖDER, 514.

⁶³ FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, 1922, p. 18.

denunciar los nacimientos un día hábil. La mujer, ante la perspectiva de quedar sin trabajo cometió una serie de falsedades en las inscripciones de los nacimientos. El planteo de Jescheck parece correcto en Alemania, donde el estado de necesidad exculpante se limita a amenazas contra la vida, el cuerpo o la libertad⁶⁴, pero entre nosotros, el "caso de la cigüeña" sería una verdadera necesidad exculpante, puesto que también es un mal grave la pérdida del medio único de subsistencia. Como ejemplos de error de culpabilidad por falsa suposición de una causa de inculpabilidad no reconocida legalmente, se podrían mencionar entre nosotros, a la mujer que se practica un aborto en la creencia de que nuestra legislación no pena al aborto por razones económicas; o al del sujeto que cree que la amistad íntima opera como exculpante en el falso testimonio al igual que en el encubrimiento personal. Si bien no hay ninguna diferencia práctica notable, un error sobre los límites de la causa de inculpabilidad legalmente reconocida, sería el del sujeto que cree que la inculpabilidad del art. 279 se extiende a un grado de parentesco no comprendido en él.

No obstante lo dicho, debe tenerse en cuenta la especial naturaleza que tiene siempre la necesidad exculpante y de la cual se deriva una importante consecuencia para el error sobre la inculpabilidad. Hemos afirmado que la falsa creencia en una causa de inculpabilidad que la ley no reconoce nunca elimina la culpabilidad, sea que el error fuese vencible o invencible. Este principio no tolera excepción alguna, pero ello no significa que la falsa suposición de la conducta como encuadrada dentro de una causa de inculpabilidad, cuando la ley no reconozca esa causa o la reconozca en límites dentro de los que no cabe la situación del autor, sea siempre totalmente irrelevante, porque frecuentemente, esta creencia del autor puede operar como un factor de menor culpabilidad, a tenerse en cuenta a los efectos del art. 41.

Por supuesto que no tendrá relevancia alguna —ni eximente ni atenuante— que el autor, por ejemplo, se sepa neurótico y crea que su padecimiento le encuadra sin más en la inimputabilidad, pero distinto es el caso en que el sujeto actúe en una necesidad que crea que la ley releva como exculpante, cuando no lo hace. Pensemos en un supuesto en que el autor cree que es inculpable cuando oculta a la justicia al hijo de su primo, porque cree que ese grado de parentesco se halla comprendido en el art. 279. En ese supuesto, el sujeto actúa para salvar los lazos de lealtad y solidaridad creados por el vínculo de parentesco, es decir, en ese supuesto, también el autor cree estar cometiendo un injusto menor, lo que es una inevi-

⁶⁴ JESCHECK, 389.

table consecuencia de la naturaleza de la necesidad exculpante, que siempre es la inculpabilidad de un injusto atenuado.

Hemos visto que el error que da lugar a la necesidad exculpante putativa es siempre un error de prohibición y un error de culpabilidad al mismo tiempo. Esto no se reduce a ese único caso, sino que también se extiende al error que determina la falsa creencia en el relevamiento legal de una necesidad como inculpabilidad, porque también ese error hace que el autor crea, no sólo que actúa inculpablemente, sino también que actúa menos antijurídicamente.

Por consiguiente, dado que esta falsa suposición no sólo da lugar a creer que la conducta es inculpable, sino que también impide la comprensión del mayor injusto, necesariamente produce una reprochabilidad menor, es decir, una atenuación de la culpabilidad.

513. **La necesidad exculpante en los delitos culposos.** En los delitos culposos la necesidad exculpante ofrece un amplio campo de aplicación, quizá en mayor medida que en los delitos dolosos⁶⁵ y aún no suficientemente estudiado ni esclarecido. Hay una serie de circunstancias, tales como el cansancio físico, el sometimiento a una actividad de magnitud tal que provoca un agotamiento psíquico, el sueño, etc., que representan claras violaciones al deber de cuidado y que frecuentemente, son supuestos de inculpabilidad, particularmente en la vida actual, y cabe suponer que en mayor medida lo serán en el futuro. Desde el punto de vista político penal a este respecto tiene una gran importancia la comprensión de la verdadera naturaleza de la autoría y de la co-autoría culposa, como lo veremos en el capítulo siguiente.

Ejemplo clásico de necesidad exculpante en delito culposo es el caso del *Leinenfänger* (caballo que enrieda las riendas con la cola). Se trata del caso del cochero al que su empleador obliga a atar un caballo que tiene este defecto, so pena de perder su puesto, haciéndolo así el cochero, a consecuencia de lo cual el caballo se desboca y produce lesiones a una persona⁶⁶. Entre nosotros se mencionan ejemplos tales como el del conductor de un tranvía que, en tiempo de crisis, es obligado a conducir el doble de las horas de su turno, y, agotado, causa lesiones; o el del chofer del ministro, que causa unas lesiones por circular a contramano, lo que hacía por habérselo ordenado el ministro.

En Alemania se consideraron casos tales como el del padre, que omitió la oportuna internación de su hijo gravemente enfermo ante las sú-

⁶⁵ Cfr. STRATENWERTH, 298 (1ª ed.).

⁶⁶ V. WELZEL, 183.

plicas del propio niño y de la madre, muerta poco antes en la misma clínica en que debía internar al niño⁶⁷; y en nuestro país el de la maniobra brusca para evitar el choque, pese a que la misma le lleve a tomar a “contramano”⁶⁸.

Cabe pensar que en estos casos no tiene lugar, muchas veces, una equivalencia de males, pues se trata de enfrentar peligros patrimoniales con peligros en el cuerpo, en la salud o incluso, para la vida ajena. No obstante, en los delitos culposos hay que tener en cuenta, para cuantificar los males y ponderarlos, el grado de proximidad del peligro, lo que ya vimos como adecuado criterio general para establecer la distinción entre justificación e inculpabilidad en estos casos. Mayor será el mal cuanto más próximo sea el peligro, cuanto mayor sea el grado de probabilidad de que sobrevenga la lesión. Por supuesto que tal grado de proximidad no puede valorarse libremente por el autor, sino que debe responder a las pautas de un observador objetivo⁶⁹.

Siguiendo el criterio según el cual la exigibilidad es un principio regulativo, Hellmuth Mayer sostiene que el caso del cochero es un supuesto en el que cesa el deber de cuidado del autor, lo que sugiere que la solución no se halla en la inculpabilidad del injusto culposo, sino en la atipicidad culposa de la acción, conclusión a la que llega por afirmar que “la exigibilidad también cumple un papel en la determinación de la lesión al deber objetivo de cuidado”⁷⁰. Esta confusión de niveles tiene su origen en la tesis de Henkel, revalorada últimamente por Roxin⁷¹, con la intención de desarmar el concepto de culpabilidad.

III. — LA REDUCCIÓN DE LA AUTODETERMINACIÓN POR INCAPACIDAD PSÍQUICA (SEGUNDA FORMA DE INIMPUTABILIDAD)

514. La segunda forma de la inimputabilidad. Hemos visto que la eximente a que hace referencia el inc. 1º del art. 34 cuando dice “no haya podido dirigir sus acciones”, puede ser interpretada como “incapacidad para dirigir las acciones” a secas o como “incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad”. Ambas interpretaciones son posibles y, además,

⁶⁷ JESCHECK, 485.

⁶⁸ V. RAMOS MEJÍA, ENRIQUE, *Estudios de Derecho Penal*, Bs. As., 1947, pp. 117 y ss.

⁶⁹ Cf. WELZEL, 184; JESCHECK, 485.

⁷⁰ MAYER, HULLMUTH, *Grundriss*, 1967, p. 135.

⁷¹ V. ROXIN, *Problemas básicos*, pp. 200 y ss.

tampoco son excluyentes, pues bien puede le ley querer sintetizar ambos conceptos en esa expresión, variable que creemos la más viable.

1°) *La incapacidad para dirigir las acciones a secas* es un supuesto de *involuntabilidad* y puede obedecer a *inconsciencia* tanto como a *insuficiencia de las facultades* o a *alteración morbosa de las mismas*. 2°) *La incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad* es la incapacidad para adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad y puede obedecer a *insuficiencia de las facultades* o a *alteración morbosa de las mismas*.

La hipótesis de la ausencia de conducta determinada por error sería un caso de error de tipo, es decir, la conducta del sordo que atraviesa una calle no es dolosa de lesiones si ignora que viene una multitud que lo proyecta contra una anciana, de modo que no tiene caso considerarla en este dispositivo.

La incapacidad para dirigir las acciones conforme a la comprensión de la antijuridicidad no puede obedecer a *inconsciencia* puesto que, quien está inconsciente, directamente no puede realizar conducta, esto es, dirigir las acciones a secas. Tampoco puede obedecer a error —ni de prohibición ni menos aún, de tipo— porque éste priva de la comprensión de la antijuridicidad.

Hemos dicho que hay también una tercera extensión de la expresión legal, que haría referencia a quien no haya podido dirigir sus acciones hacia el fin propuesto, es decir, a la realización de un determinado fin. Esta tercera variable, que bien puede estar sintetizada en la fórmula, obedecería a *insuficiencia de las facultades*, a *alteración morbosa de las mismas* y también a error. Cuando obedeciere a error, sería un error de tipo; cuando obedeciese a *insuficiencia* o *alteración morbosa*, sería el error de tipo psíquicamente condicionado. Tampoco esta forma puede obedecer a *inconsciencia*, porque en tal caso hay una total incapacidad directiva que elimina la conducta. No hemos insistido en la posibilidad de esta tercera variable, por considerarla sobreabundante⁷².

Ya hemos visto en qué consiste la *insuficiencia de las facultades* y la *alteración morbosa de las mismas*, en ocasión de tratar el supuesto en que acarrear la *inexigibilidad de comprensión de la antijuridicidad*. Aquí nos reduciremos a mencionar los supuestos en que en razón de ellas tiene lugar la *inexigibilidad de adecuar la conducta a esa comprensión*. Se trata de otra forma de incapacidad psíquica de culpabilidad, es decir, de otra forma de *inimputabilidad*, que presupone que el sujeto es capaz de comprender la antijuridicidad de su conducta —y hasta admite perfectamente que la haya comprendido en forma efectiva—, pero no obstante, padece una incapacidad psíquica que hace *inexigible* que adecúe su conducta

⁷² V. supra, § 344.

a esa comprensión. De esto surge claramente que *el reproche de culpabilidad* presupone, no sólo que el sujeto tenga la capacidad psíquica que le permita la comprensión de la antijuridicidad, sino, también que esa capacidad psíquica tenga un grado tal que permita hacerle exigible la adecuación de la conducta a la comprensión de la valoración jurídica.

Los cuadros que en general sirven de base para los supuestos en que esta capacidad se halla ausente, no son casos en que la incapacidad recae predominantemente en la esfera intelectual ni afectiva del sujeto, sino que son trastornos que se manifiestan con preferente intensidad sobre la volición misma. De allí que operen en la forma que corresponde al segundo reductor de la autodeterminación y no al primero. El sujeto se encuentra en ellos seriamente limitado, tanto como sucede cuando se lo coacciona, sólo que la limitación no proviene en este caso del medio externo, sino del propio psiquismo del agente.

Por cierto que no se trata de casos sencillos, sino que suelen presentar serias dificultades. Al igual que cuando nos referimos a la otra forma de inimputabilidad, no podemos pasar revista aquí a todas las hipótesis, puesto que eso es algo que compete a la medicina forense pero, de cualquier modo, nos detendremos en algunos supuestos particulares.

515. Las conductas impulsivas. La impulsividad tiene una gama de matices que van desde el automatismo y descontrol casi total hasta una irrupción en el pensamiento del paciente. Así, en el síndrome postencefalético común, las tendencias impulsivas son bien manifiestas y pueden revestir carácter autoagresivo o heteroagresivo, que también suele estar vinculado a impulsividad en la esfera sexual⁷³.

No obstante, las conductas pueden descontrolarse parcialmente en otros padecimientos no tan graves, tales como en algunas fobias. El fóbico tiende a armar toda una conducta defensiva frente al objeto o a la situación temida, que le es muy difícil evitar. En general, si bien donde se plantean con mayor dramática y problemática las dificultades penales de las tendencias impulsivas es en el ámbito de los delitos graves contra las personas y en los delitos sexuales, lo cierto es que la impulsividad como inimputabilidad, a nivel de la teoría general del delito, tiene gran importancia, puesto que pue-

⁷³ Cfr. HENRI EY, op. cit., pp. 749-750; sobre ello CABELLO, VICENTE P., op. cit, pp. 223 y ss.

de darse en delitos menos graves, tales como en las injurias: piénsese que frecuentemente la impulsividad se traduce en risas inmotivadas, explosión de carcajadas, necesidad de huir del lugar sin explicación aparente, etc. Puede pensarse también en el papel que las fobias son susceptibles de desempeñar en las omisiones de auxilio, abandono de personas, etc., particularmente las fobias a los lugares relativamente vacíos (agarofobia), al encierro (claustrofobia), a ratones, sapos y otros animales, a las armas e instrumentos cortantes, etc.⁷⁴.

Las *impulsiones* son tentaciones muy fuertes a realizar algo, distinguiéndose de las *compulsiones*, que son impulsos hechos realidad. La compulsión —a diferencia de la impulsión— no se concibe sin el correspondiente acto ⁷⁵. Es obvio, pues, que cuando hay una compulsión, la culpabilidad queda eliminada, en tanto que las impulsiones presentan grados, que es necesario mensurar y valorar. De toda forma, siempre que haya impulsividad, al menos hay una disminución de la culpabilidad.

Debe quedar claro que la impulsión puede dar lugar a una inimputabilidad o a una atenuación de la culpabilidad, según el grado de limitación de la autodeterminación del sujeto que implique, en tanto que la compulsión, inevitablemente, conlleva la inimputabilidad. “La compulsión se define como un tipo de conducta que el sujeto se ve obligado a realizar por acción de una exigencia interna, y cuyo incumplimiento genera angustia, la que, en los casos extremos, puede llevar a la despersonalización” ⁷⁶.

No tiene gran importancia, a los efectos penales, determinar cuál es la etiología de este género de conductas, sino poder establecer la intensidad de la impulsión o la presencia de la compulsión. Sabemos que pueden presentarse en las neurosis obsesivas, en ciertas formas fóbicas, en cuadros postencefalíticos y en otras dolencias, pero en cualquiera de ellas, sus efectos respecto de la culpabilidad dependerán siempre, en forma directa, de la magnitud del síntoma.

516. **La farmacodependencia.** Ya nos hemos ocupado del problema jurídico que plantea el propio consumo de fármacos y de la

⁷⁴ V. ETINGER DE ÁLVAREZ, DIANA, *Fobias*, en “Enc. de Psiquiatría”, cit., p. 250; sobre fobias: WEITBRECHT, 446; LANGELÜDDECKE, 330; FRIEDMAN, PAUL, *The Fobias*, en “Am. Handbook of Psychiatry”, I, 293; SALOMON-PATCH, 21; MEYER-CRISP, *Phobias*, en “Symptoms of Psychopatology”, 1970, 263; BLEULER, 487; JASPERS, 114, REICHARDT, 254.

⁷⁵ Cfr. VIDAL, GILGERMO, *Neurosis*, en “Enc. de Psiquiatría”, cit., p. 401.

⁷⁶ RAVINOVICH, DIANA, *Obsesiones*, en “Enc. de Psiquiatría”, cit., p. 413.

consiguiente inconstitucionalidad de la punición indiferenciada de la tenencia de drogas para el propio consumo⁷⁷. Igualmente, queda en claro que el hecho que tiene lugar en el curso de un episodio agudo de intoxicación es, inquestionablemente, un supuesto de incapacidad psíquica de delito. No obstante, aquí no se agotan los problemas que para el derecho penal plantea la dependencia de los psicofármacos y tóxicos en general, pues resta aún plantear el caso más complejo, que es el que se nos ofrece cuando un dependiente o adicto comete un injusto para procurarse el tóxico.

No podemos aquí plantear la enorme problemática que plantea la toxicofrenia⁷⁸ ni menos aún agotar su enfoque jurídico-penal y, particularmente, el criterio político-penal más aconsejable. Simplemente, cabe plantear el enfoque jurídico-penal, desde el ángulo de la culpabilidad.

El concepto de "droga" es indefinible desde nuestro enfoque, si nos atenemos exclusivamente a la estructura de las substancias que se comportan como tales. La problemática de la dependencia se genera como resultado de la relación "hombre-droga", de modo que lo determinante, conforme a la constante "hombre" que debemos tener en cualquier caso presente, es el efecto humano de la droga⁷⁹. Desde este punto de vista, nos interesan los efectos de las substancias que provocan dependencia y, además, de aquellas substancias que, provocando dependencia, dificultan la integración social del dependiente. En otras palabras: son muchas las substancias que provocan dependencia —entre ellas el alcohol y el tabaco—, pero no nos interesan a los efectos penales sino las que perturban la integración social del sujeto, e incluso, en la medida en que el consumo se haga en forma tal que tenga este efecto. El tabaquismo no entra dentro de nuestro planteo, como tampoco entra el problema del alcoholismo, sino en la medida en que el consumo alcohólico se haga en forma perturbadora para la coexistencia.

No se nos puede ocultar que, en el fondo del problema, media una valoración social de la "droga", como que no es menos cierto que hay drogas "toleradas" y drogas que no son socialmente toleradas. Las drogas no siempre se combaten por ser tóxicas, porque hay tóxicos que nuestra

⁷⁷ V. supra, § 404.

⁷⁸ La bibliografía sobre toxicofrenias es enorme. Puede verse la exposición de QUIROZ CUARÓN, ALFONSO, en "Medicina Forense", México, 1977, pp. 712 y ss. y la bibliografía que se indica en BASELGA-BERISTAIN-GUIMÓN-SEGARRA-CORI, *Estudio interdisciplinario de la droga*, en "Gaceta Médica de Bilbao", setiembre de 1974, pp. 438-446.

⁷⁹ SEGARRA, en op. cit., p. 356.

sociedad tolera perfectamente, tales como el alcoholismo social, el de "fin de semana", el tabaquismo y la polución ambiental. En orden a las "drogas", en gran medida, se está consagrando una tutela de pautas de conducta que, frecuentemente, pueden caer en una violación al principio constitucional de reserva. Es sumamente peligroso este camino, pues puede acarrear extremos de absurda mojigatería y, lo que es más grave aún, afectar el honor de personas inocentes.

Desde nuestro punto de vista, pues, cabe circunscribirnos a aquellos casos en que media una *dependencia* del tóxico, de entidad tal que limita el ámbito de autodeterminación del sujeto. La dependencia ha sido definida por los expertos de la Organización Mundial de la Salud como "el estado psíquico y a veces físico causado por la interacción entre un organismo vivo y un fármaco". Se dice de ella, que "se caracteriza por modificaciones del comportamiento y por otras reacciones que compelen irreprimiblemente a tomar un fármaco en forma continua o periódica a fin de experimentar sus efectos psíquicos y a veces para evitar malestares producidos por su privación"⁸⁰.

Conforme a lo dicho, vemos que el tóxico puede ofrecer una dependencia meramente psíquica, o bien, una dependencia física u orgánica, que se añade a la psíquica. Esta última forma de dependencia se da con la morfina, los opiáceos, el alcohol y algunos barbitúricos. Dependencia meramente psíquica produce la marihuana y las anfetaminas⁸¹. El problema que plantea al penalista esta relación "hombre-droga" es serio, pues si bien —y contra lo que habitualmente se opina— es ínfimo el número de injustos cometidos en estado de inculpabilidad producido por el uso de drogas, resultan un poco más frecuentes los injustos —hurtos, robos, tráfico de drogas, falsificaciones de recetas— cometidos por farmacodependientes para obtener drogas⁸². El interrogante frente a la culpabilidad se refiere, justamente, a la imputabilidad del adicto respecto de tales injustos.

No cabe duda que el adicto —fuera de los episodios agudos— tiene la posibilidad de comprender la criminalidad de su conducta. No obstante, desde el punto de vista de la autodeterminación, queda en pie preguntarse *si al adicto puede exigírsele la adecuación de su conducta a la norma*, es decir, si tiene capacidad para motivarse en la norma.

⁸⁰ DANIEL L. MURGUÍA, *Farmacodependencia*, en "Enc. de Psiquiatría", cit. p. 233.

⁸¹ *Idem*, p. 234.

⁸² BERISTAIN, ANTONIO, en "Estudio cit.", p. 402.

Mediando un cuadro de dependencia física, no cabe duda de que el adicto no puede motivarse en la norma, pues carece de la suficiente capacidad de adecuar su conducta a la norma. La droga genera en estos casos un cuadro de tolerancia a la misma, conforme a la cual el organismo —por decirlo de algún modo— se adapta a la droga, que es lo que se llama también “intoxicación crónica”. La forma o mecanismo por el que se opera esta tolerancia no está bien determinada, habiéndose enunciado varias teorías en el campo de la fisiología⁸³. La cierto es que la tolerancia se desarrolla y con ella la dependencia física de la droga, que, en caso de supresión de la misma, da lugar al llamado “síndrome de abstinencia”.

El “síndrome de abstinencia” no es el mismo respecto de todos los tóxicos, pero, de cualquier manera, siempre se traduce en un fuerte malestar físico que, según sea el tóxico, puede ir más o menos acompañado de síntomas tales como sudoración, hipotensión, vómitos, convulsiones, delirios, pérdida de conocimiento, siendo incluso susceptible de producir accidentes fatales. Frente a este cuadro no es en forma alguna admisible que el derecho exija la adecuación de la conducta del sujeto a la comprensión de la antijuridicidad. Resulta obvio que la autodeterminación del sujeto se halla sumamente limitada, especialmente si tenemos en cuenta que el síndrome de abstinencia, cualesquiera sean los síntomas orgánicos, va acompañado siempre de una enorme ansiedad y que, además, bien puede conocer el sujeto el peligro de muerte que corre.

Es clara la incapacidad del sujeto para adecuar su conducta a la comprensión de la antijuridicidad en este caso. No obstante, pueden sostenerse dos argumentos diferentes para pretender fundar en ellos la imputabilidad del toxicofrénico, pese al “síndrome de abstinencia”. Uno de ellos es el recurso a la *actio libera in causa*. El otro sería la exigencia de que el sujeto se sometiese a un tratamiento, como alternativa frente a la comisión de un injusto.

En cuanto a la pretensión de acudir a la *actio libera in causa*, ésta resulta poco menos que descabellada y constituye la mejor demostración de que aquí se pretende manejar una ficción, harto similar a la que se esgrimía al pretender penar como dolosos todos los injustos cometidos en estado de embriaguez completa, desafortunada tesis que —huérfana de todo sustento doctrinario— fue, sin embargo, seguida por nuestra jurisprudencia hasta el conocido “plenario Segura”. En el caso de la toxicofrenia, pretender aplicar la tesis de la a.l.i.c. implica lo mismo que convertir a esa teoría en un *versari in re illicita*, que ni siquiera sería tal, pues la conducta de someterse a la droga no es delito. Se estaría su-

⁸³ V. un resumen de las cuatro teorías principales en SEGARRA, “Estudio interdisciplinario...”, cit., pp. 394-5.

poniendo, mediante este ardid intelectual, que la conducta de someterse o acostumbrarse a la droga va acompañada de la aceptación de la posibilidad de cometer todos los ilícitos que fuesen menester para proveerse de droga en caso de llegar a la dependencia física. Semejante teoría pasa por alto que jamás el fármacodependiente cae en la dependencia queriendo caer en ella, sino que experimenta la droga siempre en la certeza de que no caerá en la dependencia.

Por otra parte, ninguno de los sostenedores de la teoría de la *actio libera in causa* —salvo algunos *dilettantes* articulistas que no merecen ser mencionados— acude a ella con esta amplitud, precisamente porque es aquí donde se pone de manifiesto la falsedad de la teoría y la palmaria violación que la misma implica al principio de legalidad. Todos ellos pretenden que la a.l.i.c. opera en cuanto a la embriaguez aguda, pero también todos la rechazan cuando de alcoholismo “crónico” se trata. El límite para un recorte semejante no puede ser otro que el límite del absurdo, la eliminación del principio de legalidad y de la culpabilidad del acto, que aquí se ponen de manifiesto en toda su extensión, porque queda al descubierto que no se pena el injusto cometido, sino el “haberse hecho dependiente”, es decir, el haber enfermado. En este sentido, nada es más grave que los falsos prejuicios morales, acompañados de la ignorancia gruesa de la profunda problemática psiquiátrica y social de la fármacodependencia, que lleva a confundir la enfermedad, el vicio y el delito, magnificando unos efectos y minimizando otros, respecto de un problema que es demasiado grave para dejarlo en manos de “moralistas de café”, frecuentemente puestos en posición de improvisados legisladores.

El segundo argumento puede parecer más convincente: al dependiente siempre le queda la alternativa entre someterse a un tratamiento o cometer un injusto. En principio, esta alternativa, para que pueda ser esgrimida con seriedad, no debe ser una mera posibilidad abstracta sino una posibilidad concreta. Sabemos que en el país hay pocos centros especializados —quizá sólo uno en condiciones óptimas— y también sabemos que el tratamiento depende de un equipo de especialistas.

Por otra parte, no siempre el tratamiento tiene éxito, siendo posible que el sujeto lo haya intentado una o varias veces y haya fracasado. Además, media el nivel de instrucción y de información del sujeto, que condicionará que pueda o no atender a esa posibilidad. Por otra parte, resulta claro que el destino último de la fármacodependencia es conocido, de manera que cuando el sujeto que la padece no se somete a un tratamiento, son pocas las dudas que puede haber en torno a la base patológica de su padecimiento, puesto que nadie puede querer conscientemente semejante destino.

Lo menos que se puede decir, con sólo estas consideraciones, es que es menester cuantificar cuidadosamente el margen de co-culpabilidad social en cuanto a la posibilidad de dirigirle semejante requerimiento.

Pero no termina allí la cuestión, sino que falta lo fundamental: *el argumento pasa por alto que el dependiente es un enfermo, con toda una patología, y no un sujeto sano en estado de necesidad*. El toxicófrénico por algo va a la droga y por algo llega a la dependencia. Cuando cae en ella desarrolla un cuadro que suele complementarse con una indiferencia cada vez mayor para lo que no sea la droga misma. La convi-

vencia se le vuelve cada vez más difícil y se vuelve también hacia los que padecen el mismo mal, siendo lo más frecuente que se integre a una "sub-cultura" de dependientes. En ese círculo —y además como una necesidad tremenda de calmar el enorme deseo de frustración que experimenta— desarrolla toda una "ideología de justificación" (a veces no tan gratuita) que va reforzando sus propias pautas.

Crear que el dependiente se halla en la misma situación que el sujeto que contagia a su ocasional amante por no tratarse una blenorragia, denota una total ignorancia del problema que implica la dependencia, de su compleja patología que, precisamente, es causa de las dificultades terapéuticas y, muy especialmente, pone de manifiesto el desconocimiento de uno de los efectos de esa patología, que es el reforzamiento del síntoma mediante la integración grupal a que suele llevar. Si fuese tan sencillo el tratamiento y tan seguro su resultado, la dependencia no sería un problema social, ni los gobiernos y las organizaciones internacionales invertirían semejantes recursos en investigarla, ni internacionalmente podrían movilizarse los increíbles capitales que se acrecientan en base al tráfico ilícito.

No obstante lo dicho, el síndrome de abstinencia y la consiguiente dependencia física no tiene lugar respecto de todas las dependencias, pues son muchas las que sólo dan lugar a una dependencia psíquica. Desde el punto de vista terapéutico, la conducta a seguir en uno y otro caso es diferente⁸⁴, pero el planteamiento penal corre por carriles propios.

No es posible afirmar que en los supuestos de dependencia psíquica haya invariablemente inimputabilidad respecto de las conductas que tienen por objeto obtener la droga o, al menos, no sería correcto indicarlo con igual certeza que en los casos de dependencia física. En la actualidad, está superada la tesis constitucional de la etiología de la fármacodependencia y se reconoce que la misma es compleja, al par que cada dependiente presenta rasgos psicológicos que le son propios, es decir, que la patología varía de sujeto en sujeto y el grado de dependencia psíquica, por consiguiente, habrá que determinarlo en cada caso.

No debe pensarse que la falta de dependencia física hace siempre menos grave el pronóstico. Esto suele ser verdad en ciertos pacientes y respecto de ciertas drogas, como por ejemplo la marihuana, pero tampoco puede afirmarse en todos los casos, porque la dependencia puede agregarse en un cuadro patológico anterior y revestirse entonces de caracteres bastantes sombríos y sumamente limitativos de la autodeterminación del sujeto. Cuando la dependen-

⁸⁴ Cfr. GUIMÓN, en "Estudio interdisciplinario . . .", cit., p. 357.

cia es meramente psíquica, se plantea un supuesto que es análogo al de las neurosis, debido a que el juez, con la ayuda de peritos hábiles, deberá medir el esfuerzo que debe realizar el sujeto para vencer la ansiedad que le produce su dependencia, no obstante que en estos supuestos —a diferencia de las neurosis— serán más frecuentes las hipótesis de inimputabilidad.

517. La individualización de la valoración de esta forma de inimputabilidad. Nos resta plantear un interrogante que puede dar lugar a confusiones. Hemos visto que la culpabilidad siempre debe responder a un injusto determinado y, por consiguiente, la imputabilidad —entendida como capacidad psíquica de culpabilidad— debe ser la capacidad psíquica para la culpabilidad correspondiente a ese determinado injusto y no a otro. Fue así como hemos afirmado que un insuficiente mental superficial puede ser capaz de culpabilidad respecto de un injusto de homicidio y no serlo respecto de un injusto de libramiento de cheque sin provisión de fondos, por ejemplo.

Pues bien, en esta segunda forma de inimputabilidad sucede algo análogo, aunque aquí se ve el fenómeno con mayor claridad, pues la individualización de la valoración de la imputabilidad del sujeto en directa referencia a la culpabilidad del injusto en concreto, se hace mucho más evidente. Cuando de la capacidad de adecuar la conducta a la comprensión de la antijuridicidad se trata, se hace obvio que esa capacidad psíquica debe estimarse en relación a la correspondiente comprensión de la antijuridicidad de un injusto en concreto, siendo inimaginable su valoración respecto de cualquier injusto.

Es indiscutible que cuando nos referimos a las compulsiones y a la impulsividad como causas que limitan el ámbito de autodeterminación de un sujeto, nos estamos refiriendo a la limitación que ese ámbito sufre en cuanto a evitar las conductas a que le lleva la impulsión y no respecto de otras. Del mismo modo, cuando valoramos en el mismo sentido la fármacodependencia, lo hacemos en cuanto a las conductas que conducen a procurar el tóxico, es decir, a la supresión de la ansiedad provocada por la abstinencia en forma directa e inmediata y no a otras. El toxicofrénico tendrá limitada su autodeterminación cuando necesita el tóxico y, de ese modo, podrá ser inimputable respecto de la falsificación de una receta para obtenerlo, pero no podrá decirse lo mismo si decide matar al "tío rico" para conseguir la herencia y disponer del tóxico todo el resto de su vida; igualmente, puede haber inculpabilidad si se convierte

en un “vendedor minorista” de droga, pero no la habrá si monta una red de tráfico internacional.

Esta característica que presenta la imputabilidad en general se vio frecuentemente oscurecida por la equívoca afirmación de que la imputabilidad es una capacidad que depende de un estado del sujeto. Esto, que en principio es cierto, se hace falso si se lo toma en el sentido de un estado que incapacita para “ser culpable” en general o, peor aún cuando se pretendía que la inimputabilidad impide actuar con cualquier relevancia jurídico-penal.

IV. — LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA

518. **La fórmula legal.** El inc. 5º del art. 34 de nuestro código penal se refiere a la “obediencia debida” como eximente. La fórmula legal responde a una larga tradición legislativa entre nosotros, pero, en realidad, desde el punto de vista dogmático ha presentado siempre serias dificultades en cuanto a su alcance y naturaleza.

La consideración particularizada de la obediencia jerárquica en los códigos penales proviene de la tradición inglesa y, más precisamente, de la exposición que de la misma hizo Blackstone, puesto que todo indica que es ajena a la tradición francesa, dado que no la mencionaba Muyard de Vouglans entre las causas que eliminan el delito y la pena⁸⁵ y tampoco se refieren a ella los códigos franceses de 1791 y 1810.

La corriente inglesa, al menos por la pluma de Blackstone, le dedicó un tratamiento extremadamente pormenorizado. Distinguía este autor entre la “sujeción civil” y las “relaciones privadas”. La primera se daba en el caso en que un inferior debía cumplir con una ley injusta, como los ejecutores de las muertes en la época del fanatismo religioso. Afirmaba que la “sujeción civil” siempre eximía de responsabilidad jurídica aunque no sucediese lo mismo en el orden moral⁸⁶, con lo cual, Blackstone se identificaba bastante claramente con la actitud política del despotismo ilustrado. En cuanto a las “relaciones privadas”, no admitía que la orden del amo o del padre excusase al doméstico o al hijo, en tanto que la orden del marido servía de excusa a la mujer llegando incluso a sostener que la mujer que participaba del delito del marido no era punible, tesis a la que asignaba una tradición más que milenaria en Inglaterra⁸⁷. En la misma situación de la mujer colocaba al esclavo, aunque limitaba la eximente de la mujer al caso en que el delito no fuese un supuesto

⁸⁵ Consideraba sus causas: la necesidad de una justa defensa; la fuerza mayor; el accidente o caso fortuito; la ignorancia; el defecto de inteligencia; el error (MUYARD DE VOUGLANS, t. I, p. 9).

⁸⁶ BLACKSTONE, op. cit., t. V, pp. 232-3.

⁸⁷ Idem, p. 233.

de *mala in se*, lo que explicaba afirmando que tales delitos surgían del derecho natural y, dado que en el estado natural no operaba la obediencia —que recién surge con la sociedad civil—, ésta no podía excusar crímenes contra el derecho natural⁸⁸.

Siguiendo a Blackstone, *Mello Freire* se refirió en concreto a la obediencia en su proyecto, otorgando eficacia eximente a lo que Blackstone llamaba “sujeción civil” (arts. 14 y 15 del Título II) y negándosela por completo a lo que había llamado “relaciones privadas” (art. 17). En una línea análoga, *Feuerbach* asignó eficacia eximente expresa al cumplimiento de una orden de autoridad pública ejecutada sin exceso (art. 122 del código de Baviera)⁸⁹, aunque no mencionó la orden doméstica. El *código español de 1822* también la mencionó expresamente, eximiendo de responsabilidad al que cometía la acción contra su voluntad, en razón de “alguna orden de las que legalmente esté forzado a obedecer y ejecutar” (art. 21), en tanto que el art. 19 disminuía a la mitad la pena de la esposa o de los descendientes en línea recta que fuesen auxiliares o fautores de su esposo o ascendientes en línea recta.

El texto de la época que más se extendió en su tratamiento fue el *proyecto de Livingston para Louisiana*, que seguramente estaba influido por la tradición inglesa, aunque se separaba notoriamente de Blackstone. Eximía de responsabilidad al soldado que actuaba por orden superior en los delitos, pero no en los crímenes (arts. 31 y 32). El art. 33 eliminaba la responsabilidad del que actuaba en función de una orden escrita de un magistrado, siempre que éste tuviese jurisdicción en la causa, que la orden revistiese las formas legales, que el ejecutor estuviese obligado a cumplir ese tipo de órdenes y que no tuviese conocimiento de su ilegalidad⁹⁰.

Es verdad —como lo señala Rivacoba— que los antecedentes pueden rastrearse en el Digesto y en la Ley V del Título XV de la Partida Séptima, pero las referencias expresas en la legislación codificada no proviene directamente de estas fuentes. Es curioso que, aparte del código francés, el único código de su tiempo que no la menciona sea el del Brasil de 1830, pese a la notoria influencia de Livingston, probablemente por ser un código que era aplicable también a los esclavos (a diferencia del proyecto de Livingston, que les reservaba una legislación especial). No obstante, la registró el código español de 1848.

El art. 149 del código Tejedor disponía que: “La orden por sí sola de cometer un crimen, no dispensa de la pena al que lo ejecute. Sin embargo, cuando un funcionario del Estado, o representante de la autoridad pública, prescribe a los agentes, oficiales, o autoridades bajo sus órdenes o dependencia, un acto no sujeto a castigo sino como abuso, exceso o violencia de los deberes anexos a sus funciones, la responsabilidad penal de este hecho incumbirá al que dio la orden y no al que la hubiese obedecido”. La disposición provenía del art. 122 del código de Baviera.

El complejo dispositivo del código bávaro es abandonado en nuestra

⁸⁸ *Idem*, p. 234.

⁸⁹ V. VATEL, CH., op. cit., p. 102.

⁹⁰ V. LIVINGSTON, *Rapport*, París, 1825, pp. 144-5.

legislación por el código de 1886, cuyo artículo 81, inc. 15, decía: "El que obra en virtud de obediencia debida". Reproducía así textualmente la fórmula del inc. 12º del art. 8º del código español.

Por cierto que los códigos de la época que hacían referencia a la obediencia, lo hacían de modo más complejo que el código español. A nuestros proyectistas de 1891 también les pareció demasiado escueta la fórmula y, si bien la consagraban junto al cumplimiento de deber y al ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, en el inc. 10º del art. 59, agregaban a este inciso un segundo párrafo, que decía: "La obediencia es debida cuando la orden emana de quien ejerce sobre el agente autoridad directa, corresponde al género de sus funciones y reviste las formas legales". Segovia reprodujo prácticamente la fórmula del proyecto de 1891 como inc. 12º del art. 15, sólo que en lugar de "autoridad directa" proyectó "autoridad, como superior jerárquico".

Los proyectos de 1906 (art. 41, inc. 6º), 1916 (art. 40, inc. 6º) y 1917 (art. 34, inc. 5º) suprimieron la aclaración de los proyectos de 1891 y de Segovia y volvieron a la escueta fórmula española, pese a la dura crítica de Herrera⁹¹. Así fue como la fórmula de la "obediencia debida" tiene vigencia en nuestro derecho positivo desde 1886.

El proyecto de 1937 la había suprimido por considerarla un supuesto de cumplimiento del deber. También la suprimían los proyectos de 1951 y 1974-1975. Los restantes la consagraban rodeándola de recaudos no siempre coherentes y que, en general, hubiesen complicado más el problema. El proyecto de 1941 consagraba la inculpabilidad si el hecho se cometía "por una orden ilegítima cuando la norma jurídica impide cuestionar su legitimidad" (art. 28). El proyecto de 1953, en forma bastante inexplicable, decía: "La obediencia jerárquica en la función pública no excluye la culpabilidad, pero se podrá atenuar libremente la pena del agente si éste creyó razonablemente que la orden era lícita, y aún eximírsele de ella, sino revelare peligrosidad" (art. 36). La segunda parte del art. 27 del proyecto de 1960 —en forma también poco explicable— decía: "No es autor el que obrare violentado por fuerza física o en virtud de una orden de autoridad competente, impartida en las formas debidas, cuando la ley no permita al ejecutor examinar la legalidad de la orden. En ambos casos, quien ha dado la orden es punible como autor directo del hecho". En términos similares se redactó el art. 34 del proyecto de 1973. El art. 31 del proyecto de 1979 no hizo de ello una cuestión de autoría, puesto que su artículo 31 limitó el problema a la "responsabilidad", aunque incurrió en el error de dejar la disposición entre los artículos que se refieren a la "participación".

Es incuestionable que nuestra fórmula legal tiene el defecto de resultar demasiado escueta, por lo que cobra un alcance peligrosamente desmesurado, que la doctrina y la jurisprudencia han debido limitar, por cierto que no sin grandes esfuerzos para no comprometer la legalidad. De *lege ferenda* preferiríamos que la misma desapa-

⁹¹ HERRERA, JULIO, p. 459.

reciese del texto, lo que nos evitaría muchas dudas que, si bien aparecen hoy un tanto clarificadas, ello obedece a más de un siglo de esfuerzos doctrinarios, tanto nacionales como españoles y de todos los países latinoamericanos que la adoptaron⁹².

El primer problema que se nos plantea es determinar a qué clase de "obediencia" se está refiriendo la fórmula. La doctrina parece coincidir en forma unánime en que se trata de la obediencia que se debe al superior jerárquico administrativo. Con razón dice Núñez que hay subordinación jerárquica administrativa, laboral, eclesiástica, doméstica, etc., pero sólo es relevante para esta fórmula la primera, por su naturaleza pública⁹³.

El problema no es tan sencillo, puesto que si bien puede afirmarse que la obediencia debida como causa de justificación o como causa que elimina el injusto, sólo puede ser la jerárquica administrativa, la cuestión puede ser más discutible si se considera a la obediencia debida como causa de inculpabilidad, pues a los efectos de la reprochabilidad podrían relevarse otras subordinaciones, como la laboral y, más especialmente, la doméstica⁹⁴. No podemos olvidar que el art. 266 del Código Civil dispone que "los hijos deben respeto y obediencia a sus padres".

En España, casi unánimemente la jurisprudencia ha limitado el efecto de la eximente a la relación jerárquica pública⁹⁵ pero no ha sido éste el criterio de toda la doctrina. Pacheco decía que "obediencia debida es la que está fundada en las leyes: la que prestan los subordinados a sus superiores, los hijos a sus padres, los vecinos a su autoridad, los súbditos al gobierno"⁹⁶.

Pero, aún rechazando la condición de eximente de la obediencia doméstica, una vieja sentencia española, del 26 de noviembre de 1877, le asignó el carácter de atenuante por analogía, es decir, de eximente incompleta. Si entre nosotros se diese el carácter de eximente incompleta al art. 35 —como algunos autores hacen— no sería tampoco descabellada la construcción.

Debemos tener en cuenta que en favor de la comprensión de la subordinación doméstica como fuente de la obediencia debida habla bastante favorablemente la circunstancia de que la eximente viene al derecho ar-

⁹² No obstante, de *lege ferenda* asume su defensa MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA, en su penetrante trabajo sobre el tema (*La obediencia jerárquica en el derecho penal*, Valparaíso, 1969).

⁹³ NÚÑEZ, *Manual*, 203; sobre la doctrina española, el amplio panorama dado por RODRÍGUEZ DEVESA, 449 y ss.

⁹⁴ Así lo entiende ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, 1949, I, p. 277.

⁹⁵ Cfr. CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, Barcelona, 1972, I, 387.

⁹⁶ PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO, *El código penal...*, Madrid, 1870, I, p. 177.

gentino traída del español y que, en ese derecho, es claro antecedente de la misma la disposición que regía en las Partidas y que se refería contundentemente a la subordinación jerárquica doméstica⁹⁷. Por otra parte, tampoco puede dejarse de lado el importante dato que en favor de esta extensión proporciona el hecho de que la fórmula limitada del código Tejedor fuese abandonada en nuestro país, para adoptar la fórmula escueta y amplia española, a lo que cabe agregar que luego, la limitación proyectada por los autores del texto de 1891 y por Segovia, también fuese desechada y tampoco se tomasen en cuenta las observaciones de Herrera. El proyecto de 1906 no explicó por qué retomaba la fórmula del código de 1886⁹⁸ y el proyecto de 1917 remitía a la exposición de motivos del de 1891, sin hacer referencia a la crítica de Herrera⁹⁹, pues remitía también a la obra de Rivarola¹⁰⁰, que sólo se limitaba a reproducir a Haus, pero que no podía rebatir a Herrera, por ser anterior.

Nuestro legislador del siglo pasado tampoco podía ignorar el metódico sistema de Livingston, tan tenido en cuenta en su época, según el cual se aplicaba la pena del delito cometido al padre o al marido que daba la orden y se atenuaba la pena de la mujer casada o del menor que la había ejecutado¹⁰¹.

En nuestra doctrina, Soler¹⁰² daba por sentado que se trata de la obediencia jerárquica administrativa, al igual que Fontán Balestra¹⁰³. Sólo Núñez da como fundamento que la obediencia doméstica no tiene naturaleza pública¹⁰⁴.

De toda forma, resulta problemático que el deber jurídico de obediencia de los hijos bajo patria potestad, que emerge muy claro en el art. 266 del código civil, pueda ser descartado sin más, ante una fórmula tan escueta y amplia como la del inc. 5º del código penal.

Parecería ser el simple sentido común el que indica que la obligación de obediencia familiar no cubre la ejecución de un injusto penal, pero el "sentido común" no es ningún argumento jurídico. No puede quedar la cuestión librada a la intuición, máxime cuando nuestro código penal releva bien a las claras la importancia del vínculo familiar, bastando para corroborar este aserto la figura del parricidio, las figuras calificadas de delitos contra la honestidad, las causas personales de exclusión de pena en algunos delitos contra

⁹⁷ BERNI, JOSEPH, *Apuntamientos sobre las leyes de Partida*, Valencia, 1769, Partida VIIª, p. 67.

⁹⁸ V. MORENO (H.), RODOLFO, II, p. 272; *Proyecto*, 1906 (la referencia debería hallarse en las pp. 43-44).

⁹⁹ *Proyecto*, 1917, p. 70.

¹⁰⁰ RIVAROLA, RODOLFO, *Derecho Penal Argentino*, 1910, pp. 424-5.

¹⁰¹ Arts. 28-29 del proyecto, en *Rapport*, cit., París, 1825, pp. 141-3.

¹⁰² V. SOLER, I, 255 y ss.

¹⁰³ FONTÁN BALESTRA, II, 327.

¹⁰⁴ NÚÑEZ, *Manual*, 203.

la propiedad, etc. Son estos argumentos frente a los cuales, sin base dogmática, la pura intuición no puede alzarse como criterio.

No obstante, creemos que de la misma relevancia que otorga la ley penal a la familia es de donde surge el argumento que nos lleva a sostener que la previsión legal de la obediencia debida está limitada a la obediencia jerárquica de derecho público. En efecto: el art. 279 incluye en la inculpabilidad los encubrimientos personales cometidos por los hijos en favor de sus padres, lo que carecería de sentido si éstos estuviesen ya comprendidos en el art. 34, inc. 5º. Estimamos que éste es el argumento dogmático más sólido. Si con este argumento sacamos del ámbito de la obediencia jerárquica penal la que es debida domésticamente, con mayor razón excluiríamos de ese ámbito las otras obediencias que impone la ley con menor relevancia o intensidad, tal como, por ejemplo, la obediencia laboral.

De cualquier manera, si bien creemos que la ley penal se refiere únicamente a la obediencia jerárquica administrativa, veremos, como consecuencia de la indagación acerca de su naturaleza jurídica y, consecuentemente, de sus efectos, que la cuestión en definitiva carece de importancia, puesto que no altera para nada los principios generales que hemos visto hasta aquí, es decir, que no opera en favor del funcionario o empleado público subordinado una eximente de "obediencia debida" independiente y distinta de las que hemos visto.

519. **La disputa en torno de su naturaleza jurídica.** Si pretendiese entenderse la fórmula legal en modo literal, esto es, en el sentido de que invariablemente es la obediencia jerárquica una eximente, las consecuencias serían absurdas y carecerían de cualquier explicación coherente. Esto muestra bien claramente que el legislador ha sido poco feliz al elegir sus palabras, con las que parece de preferencia señalar un problema que crear y dar límite a una eximente. Esto se observó tempranamente y ya pueden leerse en Pacheco las sutiles distinciones que este doctrinario intenta al respecto. A partir de allí comienzan los planteamientos y las dudas, tanto acerca de su naturaleza jurídica como de su extensión y requisitos, todas las cuales se derivan —fundamentalmente— de que la ley no aclara a qué caso quiere referirse.

Fue así como la "obediencia debida" ha sido considerada, en el plano dogmático, como caso de ausencia de conducta, como causa de justificación y como causa de inculpabilidad y, dentro de algunas sistemáticas, podría ser considerada como supuesto de causa personal de exclusión de la punibilidad. Este desesperado deam-

bulas desde la base hasta la cúspide de la construcción, sólo es comparable con el de la imputabilidad, con la cual parece compartir el destino de "fantasma errante". Este fenómeno de desubicación tan llamativo nos indica por sí mismo que, aparte de las diferencias que devienen de las concepciones generales, las más graves tienen su génesis en que, bajo la misma expresión, todos entienden cosas distintas.

El acuerdo doctrinario mínimo —y quizá el único que hay— es que la "obediencia debida" problemática es la que corresponde a una orden cuyo contenido es antijurídico, porque tratándose de una orden cuyo contenido sea conforme a derecho, no hay problema alguno en admitir que se trata de un supuesto en que se elimina el injusto, lo que casi todos hacen por vía de una causa de justificación. Por ende, dado que en este sentido el desacuerdo es insignificante, nos limitaremos a la otra hipótesis, esto es, el caso en que la orden tiene contenido antijurídico, pese a que se conforme a derecho en cuanto a sus requisitos formales.

α) Limitándonos, pues, a esta última hipótesis, nos hallamos con un sector doctrinario que hace hincapié en una distinción estimada por ellos como decisiva para el encuadre del caso: consideran determinante saber si el autor tenía o no facultades para revisar la legalidad del contenido de la orden, o si sólo podía controlar el aspecto formal de la misma.

Así, resulta que cuando el sujeto sólo puede controlar la legalidad de la forma está cumpliendo con la ley al controlar sólo ésta, pues es lo que la ley le manda. Por consiguiente entienden que en este caso se trata de una causa de justificación¹⁰⁵. En caso contrario, es decir, cuando el sujeto tiene la posibilidad de revisar la orden, puede caer en la cuenta del contenido ilegal y hallarse, no obstante, frente a la disyuntiva de violar el deber de cumplir la orden o de violar el deber de no cometer delitos. En tal supuesto creen hallarse frente a un caso de "conflicto de deberes" que resuelven como inculpabilidad¹⁰⁶.

Ya hemos visto que no hay verdaderos conflictos de deberes y, por consiguiente, no podemos aceptar esta posibilidad teórica.

β) Otros autores consideran que cuando la orden tiene contenido ilícito no puede tener carácter justificante. Así opinan, por ejemplo, Rivacoba, Núñez, Blasco Fernández de Moreda, etc.¹⁰⁷. Dentro de una teoría del injusto objetivo, esta posición tiene la ventaja de evitar la contradicción de que el ejecutor de una orden ilícita actúe conforme a derecho. Dentro de esta posición, las particularizaciones a nivel de inculpabilidad también difieren, pues hay quienes la consideran un supuesto de error¹⁰⁸

¹⁰⁵ Así, por ej., STRATENWERTH, 144.

¹⁰⁶ Así, STRATENWERTH, 144; HELLMUTH VON WEBER, *Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handeln und Befehl*, 1948.

¹⁰⁷ NÚÑEZ, *Manual*, 203; RIVACOBA, op. cit.; BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, en prólogo a RIVACOBA, op. cit.; FIERRO, GUILLERMO J., *La obediencia debida*, en LL, 109-058 y ss.; ANÍBAL BRUNO, op. cit., II, 173-4; etc.

¹⁰⁸ Así NÚÑEZ, loc. cit.

y quienes la entienden como una causa de inculpabilidad autónoma¹⁰⁹. Por esta última vía puede ser considerada una especial causa de inexigibilidad de otra conducta y, para quienes escinden éstas de la culpabilidad, relegaría a la condición de simple problema de punibilidad.

La crítica que merecen estas tesis depende de la posición que se adopte en la culpabilidad, porque resulta bastante claro que hay supuestos en que el subordinado actúa por error, pero también los hay en que éste actúa coaccionado, o sea, en estado de necesidad. De allí que pretender ver cualquier supuesto como error o como estado de necesidad es siempre una visión parcial de los casos que pueden presentarse. En cuanto a la consideración como causa autónoma de inculpabilidad, no quedan claros cuáles serían las diferencias que caracterizarían a esta inculpabilidad respecto del error exculpante y de la necesidad. Por último, en los casos en que media necesidad, no hay por qué considerar que son todos supuestos de inculpabilidad, pues es obvio que también los habrá de estado necesidad justificante.

γ) Las dos posiciones que hemos visto —sean cuales fueran sus variantes— se distinguen fundamentalmente porque una (Stratenwerth, Jescheck, etc.) entiende que el cumplimiento de la orden del superior, que el interior no tiene la facultad de revisar, opera como una causa de justificación, lo que cobraría especial relevancia en el ámbito del derecho penal militar, en que la facultad de revisión del inferior debe ser, por lógica necesidad propia de la materia, notoriamente reducida¹¹⁰. La segunda tesis, pese a relevar la facultad de revisión para otros efectos —que varían según los desarrollos que se hagan en el plano de la culpabilidad— en ningún caso acepta que el cumplimiento de una orden de contenido antijurídico pueda ser una causa de justificación, sino que, eventualmente, será una causa de inculpabilidad.

La tesis que considera que la obediencia debida a la orden antijurídica puede eventualmente ser una causa de justificación —o, más generalmente dicho, que puede darse el caso en que el cumplimiento de una orden antijurídica no sea un injusto—, sólo puede ser sostenida por los partidarios de una teoría personal del injusto. Los partidarios de la teoría del injusto objetivo no la pueden suscribir, porque para esa concepción es inadmisibles que alguien pueda cometer un injusto valiéndose de una acción conforme a derecho de otro; de allí que todos ellos lleven el problema al nivel de la culpabilidad.

No obstante, los partidarios de la tesis del injusto objetivo no pueden evitar las consecuencias de su posición, que resultan bastante graves, para el orden jurídico: como el que cumple la orden actúa inculparsemente, pero siempre antijurídicamente, el que sufre las consecuencias de su conducta puede defenderse legítimamente contra el ejecutor de la

¹⁰⁹ Así, RIVACOBIA, op. cit.

¹¹⁰ Sobre el problema en el derecho penal militar, RODRÍGUEZ DEVESA, *La obediencia debida en el derecho penal militar*, Madrid, 1957; FIERRO, GUILLERMO, J., *La obediencia debida en el ámbito penal y militar*, en "Criminalia", XXXV, 1; KOHLI, ULRICH A., *Handeln auf Befehl im schweizerischen Militärstrafrecht*, Bern, 1975; ZAFFARONI-CABALLERO, op. cit., pp. 349 y ss.

orden. Piénsese qué consecuencias tiene admitir que el oficial de justicia que va a practicar un embargo dispuesto de mala fe, actúa antijurídicamente y contra él puede defenderse legítimamente el embargado. Agréguese a ello que la antijuridicidad de la orden puede emanar de la acción de un tercero que cometió un fraude procesal y engaño al tribunal. Imaginemos que por una denuncia calumniosa se hacen recaer sospechas sobre un sujeto, haciendo incurrir en error al juez instructor que ordena la detención. En tal caso la persona a detenerse podría defender legítimamente su libertad. Son todos ellos supuestos en que el ejecutor —oficial de justicia o agente de policía— no tiene la facultad ni la posibilidad de revisar el contenido de la orden.

Esta consecuencia es inevitable para quienes sostienen la teoría del injusto objetivo y la tesis de la obediencia como inculpabilidad. De allí que se haya ensayado un tercer camino, que consiste en afirmar que en el caso de que la orden no sea revisable por el inferior, la autoridad se desplaza totalmente al superior en forma tal que el inferior no realizaría ninguna conducta, parangonándose el actuar en cumplimiento de una orden no revisable del superior jerárquico con el supuesto de fuerza física irresistible, esto es, dándole el carácter de una causa de *ausencia de conducta*.

Esta es la tesis sostenida —con muy ligeros detalles diferenciales— por Soler y Fontán Balestra¹¹¹. Para los partidarios del injusto objetivo tiene la ventaja de que el ejecutor pasa a ser un tercero y ya no es admisible contra él la legítima defensa, sino sólo el estado de necesidad justificante que, por efecto de la ponderación de males, pone un límite a la acción de rechazo del sujeto pasivo.

Semejante tesis encierra una gravísima alteración de los conceptos jurídicos. La autoridad deja de ser un concepto con apoyo fáctico, óntico, y pasa a ser un concepto meramente jurídico, lo que el derecho penal no puede hacer. Soler y Fontán Balestra caen en un idealismo jurídico que se acerca a la alucinación, porque de ningún modo pueden hacer que no haya una conducta donde hay una conducta. Lo único que pretenden es crear una *ficción* de ausencia de conducta. La solución es tan terriblemente distorsionante de la realidad que desconocemos cualquier opinión parecida en toda la doctrina extranjera, y no creemos que sea por falta de imaginación. De cualquier manera, es admirable la coherencia con que buscan llevar hasta sus últimas consecuencias el idealismo de su construcción: si el derecho crea su propio concepto de conducta, también puede crear su propio concepto de la autoridad y, de este modo, cada vez que la realidad no responda a la construcción idealista, ésta, en lugar de corregirse, modificará la realidad, quedando inalterada la teoría que la explica.

Con toda razón responde a esta tesis Núñez que “la irrefragabilidad de la orden no excluye el hecho de que la conducta del subordinado sea la de un autor por su propio impulso voluntario, libre de violencia física

¹¹¹ V. SOLER, I, 255-263; la misma solución pretendió consagrar legislativamente el art. 27 del proyecto de 1960 y el art. 34 del proyecto de 1973; FONTÁN BALESTRA, II, 327 y ss.

(*coactus volit*). No se trata, por consiguiente, del traslado de la acción, sino del traslado de la responsabilidad al superior”¹¹².

Por otra parte, aún admitiendo el inadmisibles idealismo extremo de la construcción de Soler y Fontán Balestra, éste resulta incoherente, porque de “fabricar” el derecho su propio concepto de ausencia de acto, éste debe mantenerse en forma coherente, lo que obviamente no sucede, puesto que al subordinado se le paga por ese acto de servicio, se le sanciona si lo omite o si lo ejecuta irregularmente y también se le premia si lo cumple en forma extraordinaria. No puede el orden jurídico decir que un acto no existe y, al mismo tiempo, remunerarlo, sancionar su omisión o premiar su buen cumplimiento¹¹³. Por otra parte, el art. 249 estaría pensando la omisión de algo que no sería un acto.

Además —y llevando más adelante el anterior argumento— no se descubre cuál es la diferencia, en lo que a la conducta y autoría respecta, entre la obediencia debida a la orden lícita y a la ilícita. Si la segunda elimina la conducta, la primera también lo hará, pues de lo contrario se seguiría que el concepto de ausencia de acción no sería el mismo cuando se trata de una acción lícita que cuando se trata de una acción ilícita. Siendo ello así el cumplimiento de una acción lícita por obediencia jerárquica no sería un caso de cumplimiento de deber jurídico, sino un caso de ausencia de acto. Esto nos llevaría a la máxima contradicción al afirmar que la administración sostiene a todo un personal para que no realice actos, o que la resistencia a la autoridad no se ejerce contra el subordinado, sino contra el superior que impartió la orden y que cuando se “pone manos en la autoridad” el sujeto pasivo de la conducta es el superior que dio la orden resistida, siendo el inferior el mero objeto sobre el que se “ponen manos”. Las inconsecuencias de esta ficción, por cierto que, con algo de imaginación, pueden multiplicarse.

520. **Replanteo dentro de la estructura expuesta.** Resultando claro que cuando nuestra ley dice “obediencia debida” no distingue si la orden a la que se debe obediencia tiene o no contenido antijurídico, creemos que no debemos hacer una distinción para excluir a la última de la formulación legal. El argumento que pretende excluir de la fórmula a la obediencia a la orden de contenido legítimo, fundado en que esta hipótesis ya está abarcada por otra disposición legal, carece a nuestro juicio de asidero, porque *no encontramos hipótesis alguna en que la obediencia debida pueda operar como eximente, que no resulte abarcada por alguna de las disposiciones legales en que fundamos la exclusión de los caracteres del delito.*

Siendo ello así, el criterio distintivo según la licitud o ilicitud del contenido de la orden cae por su base y la obediencia debida

¹¹² NÚÑEZ, 204-5; en parecido sentido crítico, GRAMAJO, EDGARDO, *La acción en la teoría del delito*, Bs. As., 1975, pp. 143-4.

¹¹³ Esta reflexión nos la sugirió BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA en conversación en 1973.

queda en la ley como una formulación general, que no tiene otro sentido que el de insistir aclaratoriamente en lo que se consagra en otras partes de la misma ley. No hallamos ningún supuesto de obediencia jerárquica, en que ésta sea un fundamento *per se* de la exclusión de la responsabilidad penal. Por consiguiente, *la obediencia jerárquica no es para nosotros una eximente autónoma, sino sólo una insistencia legal aclaratoria en cuanto a otras eximentes ya contempladas en la misma ley.*

Veamos, pues, las distintas hipótesis de obediencia debida que, como eximente, pueden presentarse, a efectos de demostrar la certeza de nuestra afirmación.

a) En el caso en que la orden sea impartida legítimamente y su contenido sea lícito, es deber del inferior cumplirla y, por consiguiente, el caso queda encuadrado en el cumplimiento de un deber jurídico, que lo consideramos una ausencia de tipicidad con base legal en el inc. 4º del art. 34.

b) En el supuesto de ser la orden sólo formalmente lícita, pero de contenido antijurídico, cabe determinar si nos hallamos ante el cumplimiento de un deber jurídico o si ese deber jurídico no existe.

Para establecer esto, debemos partir de una premisa que no siempre resulta clara: *no existe nunca una "facultad" de revisar el contenido de la orden; existe o no el deber de hacerlo.* Sólo hay casos en que el inferior tiene el deber de controlar la legalidad del contenido de la orden, como parte de un control mutuo de legalidad, tal como suele suceder en la administración, y casos en que predomina el deber de ejecutar la orden, como acontece en el derecho militar. Teniendo el inferior el deber de controlar o revisar la orden, éste es parte del deber de cumplimiento, de modo que, si la cumple sin controlarla no está cumpliendo con su deber. En caso contrario, el cumplimiento de la orden es cumplimiento de un deber jurídico. En cualquiera de ambos casos, el deber jurídico cesa si la orden es manifiestamente ilegal en cuanto a su contenido.

En síntesis: el cumplimiento de una orden formalmente lícita y de contenido antijurídico, es atípico —por cumplimiento de un deber jurídico— siempre que la antijuridicidad no sea manifiesta y que el inferior no haya tenido el deber de revisar la orden.

Por supuesto que para admitir que una orden de contenido antijurídico no dé lugar necesariamente a una conducta antijurídica del subordinado, es menester admitir que se puede actuar antijurídicamente por

medio de otro que actúa conforme a derecho ¹¹⁴, es decir, que debe admitirse la existencia de un injusto personal.

c) Puede ser que la orden formalmente lícita y de contenido antijurídico sea manifiestamente antijurídica o que el inferior tenga el deber de revisarla y que, no obstante, la cumpla, porque de esa manera evita un mal mayor. Supongamos que el inferior que ejecuta una orden de allanamiento irregular de su superior para detener arbitrariamente a una persona, lo haga porque sabe que, de lo contrario, la persona corre peligro de muerte. En ese caso nos hallamos frente a un estado de necesidad justificante.

d) Puede suceder que el subordinado no haya revisado la legalidad de la orden, o bien que lo haya hecho y no se haya percatado de su ilegalidad, o que la orden sea manifiestamente ilegal y, pese a ello, el inferior no haya comprendido su antijuridicidad. En cualquiera de estos casos nos hallamos con un error de prohibición que habrá que determinar si es o no vencible, lo que establecerá si hay o no una causa de inculpabilidad.

Este último caso —el de la antijuridicidad manifiesta— es el que planteara Radbruch respecto de los jueces durante el nacional-socialismo. Pese a lo manifiestamente antijurídico de aquella legislación, dudaba acerca de la posibilidad de reprochar a los jueces la falta de comprensión del injusto, educados como estaban en las líneas del positivismo legal ¹¹⁵. Tenemos nuestras serias dudas respecto de un principio tan amplio, particularmente en los casos en que se condenaba a muerte. De cualquier manera, en la actualidad, después de la Declaración Universal de Derechos Humanos, creemos que la situación de esos jueces hubiese sido distinta, puesto que ahora no podrían ignorar el injusto, alegando un supuesto error invencible de prohibición. En nuestros días, si un juez resolviese por ejemplo, que una autoridad administrativa puede aplicar penas sin proceso, no podría alegar un invencible error de prohibición.

e) Por último, puede acontecer que el subordinado sepa que la orden es antijurídica, sea en su contenido como en su forma, pero que no se le pueda reprochar el cumplimiento de la misma, puesto que, de lo contrario, caerían sobre él gravísimas consecuencias. Se trata de un caso de coacción que, según las circunstancias, dará

¹¹⁴ Así, VERHAEGEN, JACQUES, *La protection pénale contre les excès de pouvoir et la résistance légitime à l'autorité*, Bruxelles, 1969 (ver el comentario de BERISTAIN, en "Anuario", Madrid, 1972 (25), 215.

¹¹⁵ RADBRUCH, GUSTAV, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, en "Rechtsphilosophie", pp. 356-7.

lugar a un estado de necesidad justificante o exculpante. Piénsese en el caso del soldado, a quien se obliga a formar parte de un pelotón de fusilamiento, pues de lo contrario él sería uno de los fusilados; o del juez al que se le ordena que dicte una sentencia arbitraria en un régimen de terror, bajo amenaza de muerte para él o para su familia.

Como vemos, se nos ha escurrido la "obediencia debida" en su autonomía: puede configurar atipicidad por cumplimiento de un deber jurídico, justificación por estado de necesidad, inculpabilidad por error de prohibición o por necesidad inculpante, pero no hay ningún caso en que pueda obrar como eximente al margen de estos supuestos, como no sea que se pretenda darle una extensión aberrante e inadmisibile.

Resulta bastante lógico que la obediencia jerárquica haya caminado de abajo hasta arriba a lo largo de todos los estratos teóricos del delito y no haya cabido en ninguno. Si a ello le sumamos las dificultades insalvables que tiene la teoría del "injusto objetivo" para manejar cualquier caso de exclusión del injusto, es más que comprensible que la confusión frente al inc. 5º del art. 34 sea extrema y que nadie coincida con nadie, teniendo todos —salvo los que creen que es ausencia de acto— una parte de razón y ninguno la totalidad.

TÍTULO VI

PROBLEMÁTICA ESPECIAL DE LA TIPICIDAD

CAPÍTULO XXXVI: El concurso de personas en el delito.

CAPÍTULO XXXVII: Las etapas del delito.

CAPÍTULO XXXVIII: Unidad y pluralidad de delitos.

CAPÍTULO XXXVI

EL CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO

I. — LA PROBLEMÁTICA DE LA CONCURRENCIA DE PERSONAS EN EL DELITO: 521. Planteamiento general. 522. Naturaleza de los conceptos de autor y partícipe. 523. Los conceptos jurídicos: "ejecutores", "determinadores", "cooperadores necesarios" y "cooperadores no necesarios".

II. — AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN: 524. Conceptos "extensivo" y "restrictivo" de autor. 525. Criterios delimitadores entre autoría y participación. 526. El criterio del "dominio del hecho". - III. — FORMAS DE AUTORÍA: 527. El autor en el código penal: el autor como ejecutor y como determinador. 528. Autoría por determinación e instigación. 529. ¿Es posible una autoría mediata en la que el determinado también sea autor culpable? 530. Autoría por determinación, autoría directa y autoría mediata. 531. Autoría mediata: problemas propios. 532. Autoría mediante determinación y error. 523. La co-autoría. - IV. — EL TIPO DE AUTORÍA DE DETERMINACIÓN Y LA FIGURA DEL "CÓMPLICE PRIMARIO": 534. Delitos de propia mano y "delicta propria". 535. El autor de determinación y la autoría mediante determinación. 536. El co-autor y el cómplice primario". - V. — AUTORÍA DOLOSA Y CULPOSA: 537. Autoría dolosa y culposa. - VI. — CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA PARTICIPACIÓN: 538. Concepto y fundamento de la punición. 539. Delimitación del concepto. - VII. — LA ESTRUCTURA DE LA PARTICIPACIÓN: 540. El aspecto objetivo. 541. El aspecto subjetivo. 542. Algunas formas de aparición de la participación 543. El problema de la llamada "comunicabilidad de las circunstancias". 544. Las circunstancias personales que influyen sobre los partícipes. - VIII. — PARTICULARIDADES DE LA INSTIGACIÓN: 545. Concepto y aspecto subjetivo. 546. Aspecto objetivo de la instigación. - IX. — PARTICULARIDADES DE LA COMPLICIDAD: 547. Aspecto objetivo de la complicidad secundaria. 548. Aspecto objetivo de la complicidad primaria. 549. El aspecto subjetivo de la complicidad.

I. — LA PROBLEMÁTICA DE LA CONCURRENCIA DE PERSONAS EN EL DELITO

521. **Planteamiento general.** El delito puede ser la obra de varias personas, como sucede frecuentemente, las que concurren en

el hecho con parecidos o diferentes roles, tal como ocurre con cualquier otra obra humana. Igualmente, puede darse el caso en que la empresa criminal, llevada adelante por uno o más sujetos, no llegue a su término, es decir, quede en mero conato, sea porque se interrumpa la conducta o porque no sobrevenga el resultado. Por otro lado, un sujeto puede cometer varios delitos o bien, puede cometer un delito que resulte prohibido a la luz de dos o más tipos penales.

Todas estas circunstancias dan lugar a la aparición de una problemática especial de la tipicidad que es, respectivamente, la de la concurrencia de personas en el delito, la de la tentativa y la del concurso de delitos y de leyes. Son *formas eventuales* de la tipicidad, según la caracterización de algunos autores¹, pero también puede ser que ni siquiera pueda hablarse de “formas” de tipicidad, sino sólo de eventuales problemas de la misma, por lo que preferimos designarlas a todas bajo la denominación de “problemática especial de la tipicidad”, que tratamos aquí para evitar así una hipertrofia abrumadora del desarrollo de la tipicidad y porque, además, puede comprenderse mejor una vez que hemos superado la visión de conjunto de todos los estratos analíticos del concepto de delito.

Comenzaremos por el estudio de la participación o concurrencia de personas en el delito, a cuyo respecto cabe observar que la expresión “participación” tiene dos sentidos diferentes: en un sentido completamente *amplio* podemos hablar de *participantes*, es decir, llamar “participación” al fenómeno que se opera cuando una pluralidad de personas *toma parte en el delito*, en el carácter que fuere, es decir, como autores, cómplices o instigadores; en un sentido *limitado o restringido* hablamos de *participes*, es decir, llamando “participación” al fenómeno por el que otras personas *toman parte en el delito ajeno*, sentido en el cual son participes sólo los cómplices y los instigadores, quedando fuera del concepto los autores.

En el sentido amplio de “participación” el Código Penal rubrica como “participación criminal” el título séptimo de la parte general, en que se abarca a todos los participantes (autores, instigadores y cómplices). En lo sucesivo, para evitar confusiones, nos abstendremos de utilizar la expresión en este sentido amplio, haciéndolo sólo en el sentido estricto, que sólo abarca a los instigadores —que son los que deciden a otro a la comisión de un delito— y a los cómpli-

¹ “Fattispecie eventuali” las llama PIETRO NUVOLONE (*Il sistema del Diritto Penale*, Padova, 1975, p. 349).

ces —que son los que cooperan en el injusto ajeno—, lo que, por otra parte, nos servirá para identificar estas formas de concurrencia como distintas de la autoría, cuya delimitación, es decir, la distinción entre autor y partícipe, configura el núcleo problemático más importante de la concurrencia de personas ².

Nuestra labor aquí ha de comenzar, pues, por la caracterización del concepto de autor y su correspondiente distinción del concepto de partícipe.

Cabe aclarar, aunque resulte más que obvio, que cuando hablamos aquí de autor, para nada nos estamos refiriendo a la posición, bastante difundida en la doctrina —particularmente italiana—, que escinde de la teoría del delito y de la teoría de la coerción, algunos elementos con los que pretende integrar una “teoría del autor” en forma independiente. Esta “teoría del autor” así entendida, suele llamarse “teoría del delincuente” y tiene origen positivista, pese a que la sostienen otros muchos autores no identificados con esa vieja corriente, como por ejemplo, Antolisei, quien sistematizaba el estudio de nuestra disciplina en ley penal, delito, delincuente y consecuencias jurídicas del delito. A la “teoría del delincuente” reservaba el tratamiento del “sujeto activo del delito”, la “imputabilidad” y la “capacidad criminal” ³.

También es necesario evitar confusiones respecto de algunas expresiones usuales y que si bien por gráficas pueden ser útiles, mal comprendidas pueden dar lugar a equívocos. Así, para graficar el alcance de la ley penal, suele decirse que el menor está fuera de ella, o que el diplomático no puede ser alcanzado por ella, etc., o más directamente, que “no pueden ser autores”. En todos estos casos debe quedar claro que no hay una exclusión de la autoría, la que se determina por los principios que le son propios ⁴, mediando sólo una ausencia de responsabilidad frente a nuestra ley penal.

522. **Naturaleza de los conceptos de autor y partícipe.** Cabe preguntarse si los conceptos de “autor” y de “partícipe” son conceptos jurídicos, porque en tal caso será el legislador quien los habrá de proporcionar. En ese caso, el legislador podría llegar a negar cualquier diferencia entre el autor y el partícipe, plegándose a la llamada tesis del “autor único”, para la cual es autor todo el que

² Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Autor y partícipe en derecho penal*, Madrid, 1966, p. 11.

³ ANTOLISEI, 461-530; entre nosotros, TERÁN LOMAS, *La teoría del autor en la sistemática del derecho penal y otros ensayos*, Bs. As., 1964, pp. 113 y ss.

⁴ Cfr. BLEI, 66.

hace cualquier aporte al delito, sea como autor o partícipe, tesis que fue consagrada por el código italiano y, siguiendo sus pasos, por el código de Brasil de 1940. No obstante, la insuficiencia de este recurso se ha puesto de manifiesto en la necesidad que ha tenido la doctrina italiana de desarrollar la teoría de la participación para establecer adecuadamente las diferencias, como lo prueba la abundante bibliografía al respecto⁵. Pero dejando de lado este recurso extremo, de cualquier manera nos queda por ver si en los textos que no llegan a esos límites, los conceptos de autor y partícipe que manejan son de elaboración legislativa.

Si la regulación de la autoría es un producto del legislador o la esencia de la participación le está pre-dada al legislador, configura una lucha que "ya en tiempos de la dogmática clásica, ha conducido a críticas completamente temperamentales. Así, el gran Karl Binding, llamó al instigador del StGB, un homúnculo de la retorta de la doctrina"⁶. "La idea de que el instituto del concurso de personas sea por entero un producto de la ley podría ser sostenida sólo en una concepción causal de la acción, para la cual el devenir causal, privado por sí de significado, sería transformado por la ley en un hecho o en algo jurídicamente relevante. A la inversa; cuando se reconoce que la disciplina normativa del concurso nace del valor implícito en la estructura específica de la conducta colectiva, se reconoce también que al legislador preexisten las estructuras ontológicas del ser"⁷. "Si se prescinde de la relevancia del contenido de la voluntad y nos quedamos con la consideración del puro aspecto exterior (causal) de los comportamientos de los participantes individuales, es imposible aceptar el carácter unitario del hecho colectivo"⁸.

Para nosotros, caben muy pocas dudas de que el legislador puede valorar o desvalorar las conductas de distinta forma, pero lo que no puede alterar es el objeto de su desvaloración, tal como lo hemos repetido varias veces. Este respeto a la estructura óptica del objeto, es decir, esta estructura lógico-real que vincula al legislador, rinde también sus frutos en la indagación de la participación.

⁵ V. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952; RANIERI, *Il concorso di più persone in un reato*, Milano, 1952; LATAGLIATA, ANGELO RAFFAELE, *I principii del concorso di persone nel reato*, Napoli, 1964; PECORARO-ALBANI, *Il concorso di persone nel reato*, Milano, 1957; BOSCARRELLI, *Contributo alla teoria del concorso di persone nel reato*, Padova, 1958; BETTIOL, 557 y ss.; PAGLIARO, 507 y ss.

⁶ LANGE RICHARD, *Beteiligter und Teilnehmer*, en "Fest. f. Maurach", 235-243 (242).

⁷ LATAGLIATA, op. cit., p. 267.

⁸ Idem, p. 268.

La posición idealista pretenderá siempre que estos conceptos son de factura legal, lo que será rebatido desde un punto de vista realista, como el que venimos aplicando en nuestra construcción. *Si negamos al legislador la posibilidad de alterar el concepto de conducta, es una necesaria consecuencia que tampoco puede alterar el concepto de autor o de partícipe de la conducta. Si de lo óntico proviene la idea de conducta, también de lo óntico surgirá el concepto de autor, que la anterior supone.* Esto no significa que no pueda limitarlo o restringirlo en cierta medida, para lo cual siempre deberá partir de su propia estructura óntica, pero lo que no puede admitirse —siempre desde el ángulo realista del conocimiento— es que lo recorte tanto que lo presente reducido a una caricatura que no guarde semejanza alguna con el dato óntico. No obstante, veremos luego que las mismas limitaciones jurídicas no pueden entenderse en el sentido de alteración del concepto, sino de restricciones que impone la vinculación lógica del mismo.

En la vida cotidiana nos manejamos con los conceptos de autor y de partícipe, sin necesidad de acudir para ello a conceptos jurídicos. A diario decimos que una persona es autora de una obra, que otra cooperó en la obra de un tercero o que otro decidió a alguien a emprender una tarea determinada. En los prólogos de los libros el autor suele agradecer a los colaboradores y a quienes le impulsaron y decidieron a la empresa de escribirlos, y distinguimos nitidamente los roles de cada uno, sin necesidad alguna de acudir a conceptos jurídicos.

Todo esto demuestra que *los conceptos de autor, cómplice e instigador, no son conceptos jurídicos, sino óntico-ontológicos.* El concepto de autor de la conducta de escribir un libro no se distingue estructuralmente del concepto de autor en una conducta de escribir una novela injuriosa. La conducta del que paga para que otro se decida a hacerle un corte de cabello a un tercero, no tiene diferencia estructural alguna con la del que paga para que otro cometa un delito.

Estos son conceptos que vienen dados al legislador, pero que éste no puede alterar. La teoría del autor único no ha logrado nunca modificar el concepto de autor, sino sólo aplicar también al partícipe la pena del autor, que no es lo mismo. Aunque no resulte muy racional, el legislador puede extender al partícipe la misma pena del autor, pero el concepto de autor y de partícipe no puede ser alterado, so pena de “rebautizar” a uno o al otro de manera absurda. Piénsese en lo absurdo que resulta considerar “autor del

delito de auto-aborto” al farmacéutico que le proporciona el abortivo a la mujer; o autor de violación al que sólo la golpea o la amedrenta.

Nuestro código penal no cae en esos errores, pues habla claramente de “complicidad” y “cómplice” en el art. 47, indicando ciertamente que *cómplice es el que coopera con el autor*, es decir, que cómplice es el que coopera en el delito ajeno. *La instigación no está definida en la parte general ni tampoco se la menciona expresamente en ella*. El concepto está reconocido en la parte especial, donde el art. 83 pena al que “instigare a otro al suicidio” y el art. 99 al que “instigare a otro a provocar o a aceptar un duelo”. De estos tipos —y de los arts. 148 y 209— resulta claro que el código argentino no pretende caer en el absurdo de alterar el sentido semántico de la “instigación”, entendida como “inducir a alguien a hacer algo”.

Dicho sintéticamente, los conceptos de cómplice y de instigador son receptados por nuestro código como conceptos de la vida real, que en ningún momento pretende alterar.

Con toda razón dice Sierra que “los conceptos de autoría, complicidad e instigación no son meros engendros de los estudiosos del derecho penal, sino que surgen naturalmente de la realidad de la vida, por lo que el legislador no puede desconocerlos”. Agrega inteligentemente que “el codificador argentino se ha mostrado sabio al no adherir claramente a posición dogmática alguna, permitiendo una rica elaboración doctrinaria en torno a estos conceptos”⁹.

523. **Los conceptos jurídicos: “ejecutores”, “determinadores”, “cooperadores necesarios” y “cooperadores no necesarios”.** Hemos visto que nuestro código —sin necesidad de definirlos— acude a los conceptos óntico-ontológicos de autores, instigadores y cómplices. De este modo, se remite a conceptos pre-jurídicos, respetando “la naturaleza de las cosas”.

Frente a estos conceptos óntico ontológicos alza nuestra ley unos conceptos jurídicos, que le sirven para determinar la escala penal aplicable, es decir, como reglas para las penas. Estos conceptos son los de “ejecutor”, “determinador”, “cooperador necesario” y “cooperador no necesario”.

Ello obedece a que el código penal adopta un método especial para la fijación de las penas, introduciendo una distinción entre los cómplices, según sean simples cómplices —llamados “cómplices se-

⁹ SIERRA, HUGO MARIO, *La autoría mediata*, en LL, marzo 31 de 1978.

cundarios” en la doctrina—, que son los “cooperadores no necesarios”, a los que pena en forma atenuada, o que sean cómplices que prestan una cooperación necesaria para que el autor pueda llevar adelante su hecho, pero que no pueden ser considerados autores porque no reúnen los requisitos necesarios para serlo, que son los que la doctrina llama “cómplices primarios” y que la ley asimila al autor en cuanto a la pena. Dicho más sencillamente: nuestro código distingue entre los cómplices, según sean *cooperadores necesarios* o *cooperadores no necesarios*, para penar a los mismos con la pena del autor en el primer caso y con una escala reducida en el segundo.

Entre los cooperadores no necesarios cabe distinguir aquéllos cuyo aporte es totalmente previo o simultáneo a la ejecución (cooperador no necesario en la ejecución) y aquéllos que realizan una promesa anterior a la consumación y la ayuda prometida posterior a la misma (cooperador no necesario con posterioridad a la ejecución en virtud de promesa anterior).

Veremos con mayor detalle que la necesidad del aporte es lo que determina que el mismo sea “al hecho” y no “al autor”, es decir que, normalmente, el que hace un aporte necesario es también un autor. No obstante, esto no acontece cuando quien hace el aporte necesario no reúne los caracteres que demanda la condición de autor, lo que en modo alguno afecta la “naturaleza de las cosas”, sino que, por el contrario la respeta, puesto que nos evita el absurdo de considerar, por ejemplo, al farmacéutico autor del “auto-aborto”. Estos sujetos, que hacen un aporte necesario, pero que no pueden ser autores, son cómplices, a los que nuestra ley llama “cooperadores necesarios” para distinguirlos de los simples cómplices o cooperadores no necesarios, a efectos de depararles el mismo tratamiento penal que a los autores.

En cuanto a los “ejecutores”, que nuestro código caracteriza como “los que toman parte en la ejecución del hecho”, éstos son los que “ejecutan una parte del hecho” haciendo así un aporte al hecho mismo. El que toma a su cargo una parte de la ejecución hace un aporte necesario, de modo que es autor, en la medida en que nada impida que sea considerado tal. Esto nos indica que, cuando hay “reparto” de la ejecución, cada uno de los que realiza “una parte” (“toma parte en la ejecución”) es un autor.

Esto no sucede cuando no puede ser considerado autor el que hace el aporte necesario, lo que tiene lugar cuando el sujeto no presenta los caracteres que el tipo o la naturaleza de las cosas requiere en el sujeto activo (mujer en el auto-aborto, hombre en la

violación, funcionario público en el cohecho pasivo, etc.), es decir, en los llamados *delicta propria*, o sea, tipos con autor calificado. Tampoco sucede cuando el tipo requiere que el verbo típico sea realizado personal y directamente por el autor, lo que se produce en los llamados “delitos de propia mano” (violación, por ejemplo, en que sólo es autor el que “tiene acceso carnal”). Por último, tampoco sucede cuando el aporte necesario se hace en una etapa preparatoria, como por ejemplo, la planificación, porque, pese a ser el aporte necesario, el sujeto no es “ejecutor”, es decir, no toma parte en la ejecución del hecho.

Queda así aclarado que los *ejecutores* son los que se presentan cuando se da una forma particular de autoría plural, que es la co-autoría.

Es lógico que el art. 45 haga una especial referencia a la categoría jurídica de los “ejecutores”, porque los autores individuales y la pluralidad de autores en que realiza cada uno la totalidad de la conducta, no es necesario que sean mencionados en forma especial, puesto que su función emerge directamente de los tipos.

En cuanto a la restante figura jurídica creada por la ley para regular la pena —y a la que aplica la pena del autor—, que es la de los *determinadores*, se han creado serias confusiones, que es necesario eliminar. Se ha pretendido que “determinar a otro” es instigar, lo que si bien es cierto en el sentido de que el instigador determina a otro, no lo es en cuanto a que todo el que determina a otro sea instigador. Es claro que Lady Macbeth determinó a su marido a matar al Rey con lo que de ese modo lo instigó, pero también resulta claro que quien pone en manos de otro un florete envenenado, sin que quien lo esgrime conozca esta última circunstancia, como sucede en Hamlet, también lo está determinando, pero no lo está instigando. En síntesis: *instigación es una forma de determinación, pero no es la única*. El instigador es sólo una clase de determinador, pero también hay otras.

La figura del *determinador*, junto al instigador —que es un partícipe al que se pena como al autor— pena también al autor que se vale de otro que no tiene el dominio del hecho, es decir, al *autor mediato*, y también pena al que se vale de otro que domina el hecho, pero que no puede ser autor porque le faltan los caracteres necesarios para serlo, o que tampoco puede ser instigador, porque falta la conducta, o bien la conducta que reúna los caracteres necesarios para que la instigación pueda ser accesoria. Por ello, den-

tro de la figura jurídica del determinador, y junto al instigador y al autor mediato, la ley penal crea un tipo especial de *autor de la determinación*, al que también aplica la pena del autor.

Este panorama, en el que resumimos nuestra interpretación del sistema que adopta el código penal argentino —y que de inmediato veremos en mayor detalle— abarca las *categorías que la ley penal crea* para individualizar a quienes aplica las penas del autor y a quienes aplica una escala penal reducida, entre todos los participantes en el delito. Estas categorías (ejecutor, determinador, cooperador necesario y no necesario) son creaciones legales, conceptos jurídicos, que se asientan sobre los *conceptos óptico-ontológicos de autor, cómplice e instigador*, que quedan intactos. Se trata de un sistema que funciona perfectamente, sin alterar los conceptos fundamentales de autor y partícipe y que, además, lo hace con gran coherencia y racionalidad.

Cuando la ley mercantil crea el concepto jurídico de “comerciante”, respeta la condición de hombre o de mujer que puede tener el comerciante, es decir, que no los altera; a nadie se le ocurriría decir que la ley comercial supone que el comerciante no es ni hombre ni mujer. Lo mismo pasa en el código penal cuando crea los conceptos de ejecutor, determinador y cooperador, que respetan la condición de autor o de partícipe que tenga cada uno, sin negar la distinción óptica entre ambos. Es tarea dogmática determinar —conforme a los conceptos óptico-ontológicos— quiénes son autores, quiénes instigadores y quiénes cómplices, dentro de esta conceptualización jurídica que aplica la pena del autor a los ejecutores, determinadores y cooperadores necesarios, y la pena reducida conforme a una escala especial, a los cooperadores no necesarios.

Conforme lo hemos hecho —y lo veremos seguidamente en detalle— *autores* son para nuestro código los que realizan las conductas típicas en forma individual (*autor individual*, cuyo concepto emerge directamente de cada tipo penal) o en forma simultánea (co-autores, en la forma de realización simultánea de la conducta típica por cada uno de ellos), pero también lo son los co-autores, que llama *ejecutores*, es decir, los que realizan una parte de la conducta típica, por efecto de un reparto de la ejecución de la empresa criminal, sin que ninguno realice la totalidad de la misma, que sólo realizan todos juntos, por lo que el aporte de cada uno es imprescindible (necesario).

De conformidad con lo manifestado, podemos graficar nuestro punto de vista del modo expuesto en el siguiente cuadro.

Autores son tanto	}	el autor individual,	{	α) realice simultáneamente la conducta típica (autoría paralela o concomitante) o que
		la pluralidad de autores, sea que		β) tome parte en la ejecución (ejecutores; co-autoría).
		el autor directo, sea que		α) se valga de otro que actúa atípicamente, o
				β) de otro que actúe justificadamente, como
Autores son tanto	}	el autor mediato (determinador), sea que	{	α) se valga de otro que no realiza conducta (determinador) o que
				β) actúa en forma personal,
Autores son tanto	}	el autor de determinación (determinador), sea que determine a otro que	{	α) no realice conducta,
				β) realice una conducta atípica, o
Autores son tanto	}		{	γ) realice una conducta típica pero justificada, cuando
				α') no presenta los caracteres típicos en los <i>delicta propria</i> o
				β') no realiza personalmente el verbo típico en los delitos de propia mano.
Cómplices son tanto	}	El cooperador no necesario, que presta cualquier cooperación a la conducta del autor α) en la ejecución o β) después de la ejecución, pero prometida con anterioridad, como también el cooperador necesario, que es el que hace un aporte indispensable a la conducta del autor, pero que no puede ser autor porque:		
		α) no tiene la calidad requerida para ser autor (<i>delicta propria</i>);		
		β) no realiza personalmente el verbo típico en los casos en que así lo requiere el tipo (<i>delitos de propria mano</i>); o		
		γ) la cooperación la presta en una etapa que aún no es de ejecución (aporte necesario a la preparación).		
Instigadores son tanto quien se vale de otro que	}	{	α) comete un injusto (conducta típica y antijurídica)	
			o que	
			β) comete un delito.	

Veremos seguidamente en detalle el análisis de estos diferentes supuestos y los criterios en que nos fundamos para plantearlos en estos términos.

Esta reconstrucción dogmática de nuestros artículos 45 y 46 vigentes se halla avalada por sus antecedentes legislativos. Nuestro sistema se remonta al art. 31 del código Tejedor, que reproducía el art. 45 del código de Baviera, conforme al cual eran autores el ejecutor, el auxiliador necesario y el determinador, en cuyo concepto estaba incluido el instigador, pero no lo agotaba.

El art. 31 del código Tejedor decía: "Se consideran autores principales: 1º El que ejecuta el crimen o delito directamente por su propio hecho, y ayudado de su fuerza corporal. 2º El que antes o durante la ejecución presta al ejecutor, con el intento de asegurar la consumación

del crimen o delito, un auxilio o cooperación, sin la cual el hecho no habría podido tener lugar. 3º Todos los que con intención criminal determinan a otros a cometer y consumir el crimen o delito". Queda claro que este código incluía entre los autores al instigador, pero también a otras categorías de ejecutores y, además, el criterio para señalar el límite entre la autoría y la complicidad era la necesidad del aporte, en tanto que ejecutor era únicamente el autor director y de propia mano.

Esto, que se veía claro en el código Tejedor, resulta todavía más claro en el código de 1886, en forma tal que no queda duda alguna. El art. 21 del código de 1886 decía: "Se consideran autores principales: 1º El que ejecuta el delito directamente por su propia acción; 2º El que antes o durante la ejecución, presta al ejecutor con el intento de asegurar la ejecución del delito, un auxilio o cooperación, sin los que el hecho no habría podido tener lugar; 3º El que con voluntad criminal, determina al autor material a ejecutar el hecho, sea por medio de consejos, orden, comisión, promesa de recompensa, dádiva, violencia irresistible, física o moral, o sea induciéndolo intencionalmente en error o confirmándolo en el que se hallaba".

El proyecto de 1881 había seguido la misma línea, sólo que agregando en un 4º inciso del art. 16 a "los funcionarios públicos que obligados a esclarecer y penar los delitos hubiesen, antes de la ejecución y para decidirla, ofrecido encubrirlos".

El proyecto de 1891 trató de simplificar la fórmula y estableció en su art. 69: "Se consideran autores: 1º Los que toman parte en la ejecución del hecho. 2º Los que prestan al ejecutor un auxilio o cooperación sin los que el hecho no habría podido tener lugar. 3º Los que instigan y determinan a otros a cometerlo". La fórmula del ejecutor se amplía al "que toma parte en la ejecución", que da cabida al co-autor; el auxilio necesario divide la autoría de la complicidad; el determinador abarca a otros autores y también al instigador.

El proyecto de 1906 quiso simplificar aún más la fórmula y dijo en su art. 48: "Se consideran autores: 1º Los que toman parte en la ejecución del hecho; 2º Los que prestaren al ejecutor un auxilio o cooperación, sin los cuales el hecho no habría podido cometerse; 3º Los que determinaren a otros a cometerlo". Se mantiene el mismo criterio del proyecto de 1891, con la salvedad de que parece haber considerado que era innecesario aclarar que el determinador abarca al instigador. El art. 45 toma su redacción vigente en el proyecto de 1917, en el que sus autores creyeron que el determinador se identificaba con el instigador¹⁰, pero, por efecto de esta mala comprensión, renunciaron a la expresión "considerar autores" en este artículo, limitándose a decir que se les aplica la pena del autor, lo que dejó librado a la dogmática la determinación de los autores y partícipes.

Cabe tener presente, en síntesis, que de un sistema en que se consideraba autores a todos los ejecutores, a los que prestaban un auxilio necesario y a los que determinaban, se pasó a un sistema en que a todos esos, simplemente, se les aplica la pena del autor. A este cambio, que se opera en el proyecto de 1917, no pudo ser ajena la discusión sobre la

¹⁰ Proyecto, 1917, p. 86.

naturaleza de la instigación, puesto que la instigación fue durante mucho tiempo llamada "autoría intelectual" o "autoría moral" y considerada como una forma de autoría. Como tal la concebía Feuerbach, y Tejedor decía expresamente: "Nosotros seguimos al pie de la letra el Código Penal de Baviera, que no distingue entre participación material o moral"¹¹. Pero sin embargo, la instigación ya había sido científicamente separada de la autoría, principalmente porque la escuela hegeliana, "re-calcando la importancia de la libre voluntad, ya no pudo sostener la reunión de la autoría propia con la instigación de una voluntad ajena"¹².

Nuestro sistema, que consistía en considerar autores a los ejecutores, determinadores y cooperadores necesarios fue el más difundido. Era el sistema del código de Baviera, que había sido simplificado en una escueta fórmula por el código imperial del Brasil ("son criminales, como autores, los que cometan, constriñan o manden a alguien a cometer crímenes", art. 4º). Esta fórmula simplificada fue la que pasó al código español de 1848 con mucha similitud a la adoptada por nuestro proyecto de 1891, sólo que en ambos se numeraban separadamente las tres hipótesis, tal como lo hacía Feuerbach, pero luego desaparece la numeración en el proyecto de 1917, siguiendo la técnica brasileña.

El código de Baviera distinguía estas tres hipótesis de autoría (una de las cuales incluía la instigación), tres hipótesis de complicidad y el encubrimiento, como forma de participación. El código de Brasil de 1830 simplificaba el sistema, porque incluía a los encubridores entre los cómplices y no hacía distinción entre grados de complicidad. El código español seguía la simplificación brasileña, sólo que trata como participantes separados a los encubridores (arts. 11, 12, 13 y 14).

A esta corriente del código bávaro —en la que se enmarcó nuestra legislación anterior y nuestros proyectos hasta la modificación hecha por el de 1917— se oponía la mala estructuración del código francés, que sin definir al autor, considera cómplices a los co-autores, instigadores, cómplices y encubridores (arts. 60, 61, 62).

II. — AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

524. **Conceptos "extensivo" y "restrictivo" de autor.** Cuando se ha intentado conceptuar al "autor" se han seguido caminos distintos, que salen también de puntos de partida que son diferentes.

Para algunos, el autor es un "concepto extensivo"¹³, que abarca a todo el que pone una causa para la producción del resultado. Según esta idea, es la causalidad —entendida conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones— la que da la base

¹¹ TEJEDOR, *Proyecto*, p. 36.

¹² MAURACH, *Los problemas de la autoría*, cit., p. 51.

¹³ La calificación de "extensivo" y "restrictivo" corresponde a LEOPOLD ZIMMERL, *Grundätzliches zur Teilnahmelehre*, en ZStW, 49 (1929), pp. 39 y 55.

del concepto de autor. Por consiguiente, todo "causante" es un autor.

Según esta teoría, el legislador pretende la aplicación directa del tipo penal a todos los causantes, sin distinguir para nada entre autores y partícipes, dando lugar a la tesis del "autor único"¹⁴, o bien puede el legislador haber distinguido al autor del partícipe y, sin embargo, la doctrina partir del concepto extensivo de autor, para afirmar que la participación es sólo una forma de atenuación de la pena. En este sentido, la *teoría de la participación sería una forma de restricción de la punibilidad*.

Hay varios argumentos que demuestran lo insostenible del criterio extensivo de autor. Por un lado, los partidarios de esta tesis deben admitir que en ciertos casos no es sostenible, como, por ejemplo, cuando se trata de delitos de propia mano, en que no basta la causación, sino que se requiere que el autor realice el verbo típico; por otro, cuando la forma típica de autoría es una autoría mediata, puesto que el que directamente "causa" no es el autor, como en el caso del que "hiciera insertar" del art. 292¹⁵. Si bien puede sostenerse que éste no es un argumento decisivo en contra del concepto extensivo de autor, puesto que habría tipos que, además de la causación, requerirían especiales características en el autor, lo que resulta incontestable es que esta teoría no puede menos que reconocer que no todos los caracteres del autor se encuentran en el tipo, sino que también son completados por las disposiciones sobre participación, porque de lo contrario, no podría ser partícipe el que no tuviese los caracteres del autor¹⁶.

Por otra parte, no resulta en general muy coherente que esta tesis tenga que aceptar que eventualmente los tipos alteran el concepto de autor restringiéndolo y que otras veces las disposiciones de la parte general lo alteran ampliándolo. Además, no parece ser del todo cierto o, al menos, no es del todo evidente —que la participación sea siempre una forma de restringir la punibilidad, pues cuando se trata de la punición de la participación en delitos propios, la punición del partícipe, en lugar de ser una forma de restringir la punibilidad del autor, es una clara forma de extenderla¹⁷. Por último, tampoco puede pasarse por alto la circunstancia de que, por ser "autor" y "causante" dos cosas distintas, la extensión

¹⁴ Sobre ello, KIENAPFEL, DIETHELM, *Probleme der Einheitstäterschaft*, en "Strafrechtliche Probleme der Gegenwart", Wien, 1973, pp. 63 y ss. (67).

¹⁵ Cfr. JESCHECK, 529.

¹⁶ Cfr. WELZEL, 99; SAMSON EN RUDOLPHI y otros, p. 195.

¹⁷ Cfr. BAUMANN, 540.

del concepto de "autor" hasta abarcar a cualquier "causante" resulta violatoria del principio de legalidad. "La estructura del concepto extensivo de autor se vincula con un desconocimiento de la función de garantía de la ley penal. Esta está confiada a los tipos de la parte especial, cuya función es delimitar las zonas punibles del ámbito de las impunes y la complicidad y la instigación se construyen a partir de los tipos, como ampliaciones de las zonas punibles. Esta conexión fundamental del Estado de derecho se invierte con el concepto extensivo de autor: el principio *nullum crimen sine lege* pierde su sentido cuando cualquier causación del resultado prohibido se quiere hacer valer como autoría fundamentalmente punible y de este modo eliminar los límites ciertos"¹⁸.

Rechazando este concepto extensivo de autor, sólo nos resta la otra posición, según la cual el concepto de autor es mucho más *restringido y la participación —esto es, la complicidad y la instigación— son formas de extender la punibilidad*. Esta es la tesis sostenida en la actualidad por la mayoría de la doctrina¹⁹. A su respecto cabe aclarar que para una posición como la que hemos adoptado, afirmada en la naturaleza óntica de los conceptos de autor y partícipe, el concepto restrictivo de autor es el que se impone, puesto que resulta obvio que en lo óntico no todo el que pone una causa es un autor. No obstante el concepto restrictivo de autor no se identifica necesariamente con esta posición, porque también es sostenido desde otros puntos de vista.

525. Criterios delimitadores entre autoría y participación. Resulta lógico que el concepto extensivo de autor, incline a los autores a buscar una delimitación de la autoría por el camino de lo subjetivo. Si pensamos que el concepto extensivo de autor tiene su base en la causalidad, y recordamos que han fracasado las tentativas de limitar la causalidad al margen de conceptos jurídicos —es decir, en el plano óntico— veremos que en la objetividad de la conducta se hará casi imposible encontrar los conceptos que permitan un

¹⁸ MAURACH, 622.

¹⁹ Cfr. WELZEL, 99; JESCHECK, 527; SAMSON, en RUDOLPHI y otros, 194; MAURACH, 623; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 341; etc. Entre nosotros: TOZZINI, CARLOS A., en "Rev. de Derecho Penal y Crim.", 1968, 3; BACIGALUPO, *Lineamientos*, 119-121; en España, CEREZO MIR, *Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Wissenschaft*, en "Fest. f. Welzel", Berlín, 1974, 635 y ss. (hay trad. castellana en NPP, enero-dic., 1974, pp. 49 y ss.); en Chile, SERGIO YANEZ PÉREZ, *Autoría y participación en el código penal chileno*, en "Jornadas", Valparaíso, 1974.

límite. De allí que “esta concepción condujo en el pasado a la afirmación de que ninguna característica objetiva del tipo podría determinar la delimitación de la autoría y la participación”²⁰.

Consiguientemente, con el fracaso de las teorías individualizadoras de la causalidad, el concepto de autor —fundado en la equivalencia de todas las condiciones— se amplía hasta abarcar a todos los causantes, apelando para su delimitación a criterios eminentemente subjetivos²¹, lo que da lugar a la llamada *teoría subjetiva de la autoría*. La circunstancia de que la autoría no pueda limitarse sólo en base a criterios objetivos fundados en la causalidad es lo que hace que en el fondo de la teoría subjetiva haya algo de verdad²², lo que no implica que sea la solución adecuada.

La teoría subjetiva se basa en la tesis de la equivalencia de las condiciones, afirmando que el autor quiere el hecho como propio (*animus auctoris*), por oposición al *animus socii*, que sería característico de los partícipes.

Esta teoría fue sostenida, entre otros por Zimmerl²³ y quizá su máxima difusión la alcanzó con Mezger, aunque también fue sostenida por otros varios autores²⁴. Así, Mezger sostenía que autor es el que comete el hecho “con voluntad de autor”²⁵, pero se crea una gran confusión cuando hay que precisar en qué consiste precisamente esa “voluntad de autor”. Una de las tesis al respecto, pretendió que era autor el que perseguía intereses propios. La insuficiencia de esta variable es obvia, porque hay casos en que por más que un sujeto haya querido un resultado como propio y lo haya causado, no puede considerársele autor, e inversamente, también hay casos en que el sujeto debe considerarse autor, pese a que no haya querido el resultado para sí.

A facilita un arma a B para que mate a C y, luego, para asegurarse va al lugar y dispara simultáneamente con B contra C, sin que B se entere, resultando que erró todos los disparos, en tanto que los de B causaron la muerte de C. A no puede ser considerado autor de esa muerte, por mucho que la haya querido como propia (habrá un concurso de tentativa de homicidio e instigación en el homicidio cometido por B).

²⁰ SAMSON, en RUDOLPHI y otros, 196.

²¹ Cfr. MAURACH, 620.

²² Cfr. STRATENWERTH, 218; WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, en ZStW, 58 (1939), 491 y ss.; del mismo, *Zur Kritik der subjektiven Teilnahmelehre*, en “Süddeutsche JZ”, 1947, 645.

²³ ZIMMERL, LEOPOLD, op. cit. en ZStW, pp. 39 y ss.

²⁴ Según BAUMANN fue fundada por Köstlin y von Buri (552). Sobre ella, también SCHÖNKE-SCHRÖDER, 356; SCHMIDT, EBERHARD, *Die mittelbare Täterschaft*, en “Fest. f. Frank”, 1930, pp. 106 y ss.

²⁵ MEZGER, trad. de Finzi, p. 306; LEHRBUCH, 1949, 415; el criterio de MEZGER fue abandonado por BLEI (MEZGER-BLEI, 255 y ss.; BLEI, 223-4).

La teoría subjetiva de la autoría llevó a la jurisprudencia alemana a resolver dos casos en forma harto descabellada: el RG "no tuvo reparos en castigar como simple cómplice al que había realizado un tipo, solo y de propia mano, por el sólo hecho de que le faltaron la voluntad de autor y el interés personal en el resultado. mientras que al inductor interesado en el hecho lo condenó como autor". El caso más conocido es la llamada "sentencia de la bañera": inmediatamente después de dar a luz un hijo ilegítimo, una joven, "que estaba del todo debilitada en la cama, había pedido a su hermana, por miedo a la cólera del padre, que ahogase al niño en la bañera. Ahora bien, el RG castigó a la madre como autora; a la hermana, en cambio, sólo como cómplice" ²⁶.

Con posterioridad, el BGH siguió un criterio similar "un agente, entrenado en la Unión Soviética, había asesinado, en ocasiones diferentes, a dos políticos ucranianos en el exilio, con una pistola de líquido tóxico. El BGH creyó poder apreciar en este caso extraordinario, solamente la complicidad de Staschinskij en los actos manejados por el gobierno soviético" ²⁷.

Debemos tener en cuenta que esta tesis parte de un concepto de autor que —como hemos dicho— afecta el principio de legalidad, porque extiende el concepto de autor a cualquier causante, lo que hace que la autoría dolosa se identifique con la culposa ²⁸, dando así una amplitud al concepto de autor que resulta lesiva del principio de legalidad. Pues bien: con el pretexto de que la participación es una restricción a la autoría, la misma se resuelve por la vía del *animus*, argumentándose que no daría por resultado la caída en el derecho penal de ánimo, porque se emplearía para atenuar la punibilidad. Lo cierto es que esta tesis es un juego arbitrario de razonamientos que desembocan en el derecho penal de ánimo, porque desde que falla el argumento de que todo causante es autor, pasa a convertirse en una extensión de la misma, fundada en el *animus socii* y, aún admitiendo el planteo del concepto extensivo de autor, la autoría sería siempre una circunstancia de mayor gravedad fundada invariablemente en el *animus*.

Quedaría por verse, por otra parte, cuál es el ámbito en el que la teoría subjetiva del *animus auctoris* pretende resolver el problema de la autoría en cuanto a su delimitación, porque bien podría pensarse que el problema quiere resolverse fuera del marco

²⁶ MAURACH, *Los problemas de la autoría*, en DPC, 14 (1966), 49 y ss. (56).

²⁷ Idem, p. 52; contra la sentencia criticada por MAURACH, también ROXIN, *Sobre la autoría y participación en el derecho penal*, en "Hom. a J. de Asúa", Bs. As., 1970, 55 y ss. (57).

²⁸ Cfr. WELZEL, 99.

de la teoría de la tipicidad, llevándolo a la culpabilidad, lo que daría por resultado un completo desplazamiento del mismo, con consecuencias sistemáticas imprevisibles.

De cualquier manera, cabe advertir que la teoría subjetiva surgió como una necesidad ante el fracaso de las *teorías objetivas*, es decir, de los intentos de delimitar la autoría dentro del marco de la tipicidad o de la conducta y apelando a puros criterios objetivos. Si bien en la teoría subjetiva permanece un fondo de verdad —dado por la insuficiencia de los criterios objetivos—, en las teorías objetivas también había un fondo de verdad, en la medida en que quisieron hacer el planteamiento del problema dentro de la teoría de la tipicidad y vinculado a la estructura del tipo. El fracaso de las teorías objetivas se debe, precisamente, a la insuficiencia de la teoría del tipo concebido como puramente objetivo.

Dentro de las teorías objetivas cabe distinguir la *antigua teoría formal-objetiva* y los intentos en sentido *material-objetivo*.

La teoría *formal-objetiva* se atenía a la relevancia delimitadora del verbo típico. Para esta teoría es autor el que realiza personalmente la acción que está descrita en el tipo. El concepto de autor así obtenido tiene la ventaja de ser sumamente respetuoso del principio de legalidad penal, puesto que se vincula al concepto restrictivo de autor, es decir, que proporciona una concepción según la cual la participación es una ampliación de la punibilidad. No obstante, tiene el serio inconveniente de proporcionar un concepto de autor demasiado estrecho, en cuyo ámbito no tiene cabida la autoría mediata ni tampoco la co-autoría, cuando se presenta en la forma de empresa común entre varios sujetos, en la que nadie individualmente realiza la totalidad de la acción típica²⁹.

La autoría mediata, en el caso en que el interpuesto actúe sin dolo, conforme a la teoría formal-objetiva, debe considerarse un supuesto de instigación de delito culposo³⁰, lo que, como veremos, carece de sentido.

~ Dado que el concepto de autor de la teoría formal-objetiva es demasiado limitado, y pese que esto no podía pasarle por alto a los autores que la sostenían³¹, éstos se veían obligados a excluir del círculo de autores a quienes evidentemente lo eran: el "entregador", que además es jefe de la banda y que guarda en el automóvil a que sus compinches

²⁹ Cfr. WELZEL, 99.

³⁰ Cfr. BACIGALUPO, *La noción de autor en el código penal*, p. 43.

³¹ Así, BELING, *Die Lehre v. Verbrechen*, 250; DORNA, *Estructura*, 94; entre nosotros, NÚÑEZ, *Manual*, 290.

se apoderen de las cosas, para poder fugar rápido, como las circunstancias del caso lo exigen, para esta teoría no pasa de ser instigador y encubridor. Por otra parte, el requerimiento de que el sujeto ejecute "en persona" el núcleo verbal del tipo, excluía del ámbito de la autoría aquellos casos en que el autor se vale de un tercero sin dolo: el que en lugar de bala de "fogueo" coloca un proyectil en el arma a utilizarse por otro en una representación teatral, será instigador, a estar a este criterio.

Para obviar estos inconvenientes, esta teoría apela a una ampliación del verbo típico, en función del "simple empleo del lenguaje cotidiano"³². Aunque no se lo suele señalar expresamente, parece ser éste el criterio decisivo para la extensión de la autoría a la "mediata" en la doctrina nacional³³. Por esta vía se provocó la extensión del concepto de autor al que ejecuta "por mano ajena". No obstante, "la apelación al empleo del lenguaje significa sólo la renuncia a la aplicación de criterios precisos de delimitación. La teoría formal-objetiva, aquí como en la tentativa, sólo puede posibilitar el punto de partida"³⁴.

La teoría formal-objetiva, a su vez, se anunció porque dentro del campo de la conducta, es decir, pre-típica y pre-jurídicamente, no era posible hallar criterio objetivo alguno que permitiese una distinción del autor respecto del partícipe. Los ensayos que habían querido hacerse en este sentido conducían inexorablemente a un fracaso, puesto que en el plano óntico no hay posibilidad alguna de caracterizar la autoría en forma puramente objetiva, es decir, prescindiendo de todo dato sobre la voluntad del sujeto.

No obstante, éste fue el sendero intentado por las antiguas teorías *material-objetivas*, que pretendieron fundarse en teorías de la causalidad distintas de la equivalencia de las condiciones, tratando de establecer una diferencia cuantitativa entre el aporte del autor y el del partícipe en el plano de la causalidad.

Así, se pretendió que era necesario distinguir entre la causa necesaria o inevitable y la causa meramente aprovechable³⁵, o entre la causa y la condición, o la causalidad que interviene físicamente de la que lo hace psíquicamente³⁶. Desde que toda distinción limitativa de la causalidad en el plano pre-típico ha fracasado, ninguna de estas teorías podía ver coronada exitosamente su empresa, por lo que, desde hace muchos años, han sido desechadas³⁷.

³² Así BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 1930, pp. 37 y 39.

³³ Por ej., SOLER, II, 244-5.

³⁴ STRATENWERTH, 215.

³⁵ FEUERBACH, *Lehrbuch*, 1826, pp. 44 y ss.

³⁶ FRANK, *StGB*, p. 104.

³⁷ Cfr. STRATENWERTH, 215; SAMSON, 197.

526. El criterio del “dominio del hecho”. Hemos recorrido retrospectivamente los tres caminos ensayados por la doctrina para delimitar la autoría. Hemos visto que las tesis subjetivas surgen ante el fracaso de las objetivas y que, dentro de estas últimas, la tesis formal-objetiva fue la consecuencia del fracaso de la material-objetiva.

Al desandar esta ruta nos hallamos con un preciso paralelo entre la autoría y la problemática de la causalidad, que es muy evidente y, por otra parte, absolutamente inevitable. Primero quiso limitarse la relevancia de la causalidad en el plano físico, prescindiendo de cualquier dato subjetivo y jurídico; luego, se entendió que sólo era posible limitar la relevancia penal de la causalidad en el plano de la tipicidad y, por último, se pretendió que la culpabilidad operaba como “correctivo”. En la delimitación de la autoría los pasos fueron idénticos: primero se quiso delimitar el concepto de autor en un plano físico (teorías material-objetivas), luego se apeló al tipo —considerado como captador de mera objetividad— (teoría formal-objetiva) y, por último, se acudió al *animus*, que es una invocación de la culpabilidad en el nivel de la tipicidad. Lo cierto es que la admisión de que en el plano físico no hay “jerarquía de causas” hizo fracasar a las teorías materiales; la estrechez de la objetividad típica aislada y la insuficiencia de la apelación al uso del lenguaje, hicieron naufragar la tesis formal; y la invocación del *animus* a nivel típico, como quiebra de la estratificación y como solución peligrosa para los principios jurídicos generales, ha hecho fracasar la tesis subjetiva.

Este aparente callejón sin salida al que fue a dar la doctrina, comenzó a superarse en los últimos años, a medida que se ha ido imponiendo la teoría del *dominio del hecho* como criterio diferenciador. Así como en un momento en que se concibió a la conducta como “causación”, se ensayó la tesis “material-objetiva”, resulta lógico que, superada esta idea y reemplazada por un concepto óntico de conducta, se ensaye una teoría “final-objetiva”³⁸, que renuncie a la vieja dicotomía “objetivo-subjetivo”.

La *teoría del dominio del hecho* fue enunciada por Welzel en 1939³⁹ (y es la que predomina en la doctrina contemporánea)⁴⁰.

³⁸ Cfr. STRATENWERTH, 218.

³⁹ WELZEL, en ZStW, 58, pp. 491 y ss.

⁴⁰ Así WELZEL, 99; STRATENWERTH, 218; MAURACH, 626; JESCHECK, 529; WESSELS, 88; F. C. SCHRÖDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, 60 y ss.; GALLAS, *Beiträge*, 1968, 139; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1967; BOCKELMANN, 168; OTTO, 247; BLEI, 220; en contra, BAUMANN, 556.

“Conforme a ella el autor es el que domina el hecho, que retiene en sus manos el curso causal, que puede decidir sobre el *si* y el *cómo* o, más brevemente dicho, la configuración central del acontecimiento”⁴¹. De varios concurrentes en un hecho, “es autor el que actúa con una plenitud de poder tal que es comparable con la del autor individual”⁴².

La tesis del dominio del hecho tiene antecedentes muy claros en la doctrina no germana, pero que no fueron suficientemente explotados en las respectivas doctrinas latinas. Sin mayor esfuerzo puede remontarse la tesis del dominio del hecho a Pellegrino Rossi, quien afirmaba que “la resolución y el hecho material son los dos elementos constitutivos del delito”. Concluía en que “todo otro aporte que facilite, pero que no configure los elementos constitutivos del delito, corresponde a los cómplices, que secundan la ejecución, pero no crean el crimen”⁴³. Entre nosotros, fue Adán Quiroga quien secundó esta opinión en términos todavía más claros. Refiriéndose a un ejemplo de rapto, escribía Adán Quiroga que “los que ejecutan el delito por su hecho y los que toman y conducen a la víctima, los que han cometido violencia en la persona de los dueños de casa; en fin, hasta los criados que abren las puertas, siempre que ese acto hubiese sido indispensable para el delito, son *autores del rapto*”. “No sucede lo mismo —agregaba— con los que vigilan la casa, los que prestan los instrumentos que pueden fácilmente suplirse, los que borran los rastros del delito, etc., porque su participación es indirecta y accesoria”⁴⁴. Por cierto que no es sencillo hallar una mejor síntesis de la tesis del dominio del hecho.

El fenómeno mismo del dominio del hecho no puede caracterizarse en forma general con precisión, porque tiene distintas formas concretas de aparición, que son las que pueden caracterizarse con cierto grado de certeza. Ello obedece a que siempre el dominio del hecho se presenta en una forma concreta, que puede ser la del *dominio de la acción*, la del *dominio funcional del hecho* o la del *dominio de la voluntad*.

α) El dominio de la acción es el que tiene el autor que realiza el tipo de propia mano, es decir que sería el concepto de autor de la teoría formal-objetiva. β) El dominio funcional del hecho es la idea central de la co-autoría, cuando se presenta en la forma de una división de la tarea en la etapa ejecutiva. γ) El dominio

⁴¹ SAMSON, 197.

⁴² BOCKELMANN, 188.

⁴³ ROSSI, PELLEGRINO, *Traité de Droit Pénal*, París, 1863, II, p. 194; en la edición de Bruselas, 1850, p. 361.

⁴⁴ V. QUIROGA, ADÁN, *Delito y pena*, Córdoba, 1886, p. 148.

de la voluntad es la idea central de la autoría mediata, y es el que tiene lugar cuando se domina la voluntad de otro, sea por necesidad, sea por error.

Quizá fuese más gráfico afirmar, sintéticamente, que el autor es la figura central del suceso, que se caracteriza por tener el dominio del hecho —por tener sus “riendas”—, el que puede manifestarse como directo dominio de la acción del tipo, como dominio de los acontecimientos obtenidos por la división de tareas de la empresa típica o como dominio de la voluntad de otro en virtud de la incapacidad en que se lo coloca o de la que se aprovecha, sea por error o por necesidad.

Es obvio que el dominio del hecho es el criterio óntico al que se remite el legislador para señalar la figura central o autor del injusto, pero también debe quedar claro que el legislador, al concretar el desvalor, puede hacerlo depender de otros requisitos, que operan como limitaciones al dominio del hecho. Así, sucede que eventualmente el legislador requiere que esa figura central presente también ciertas características particulares o que tenga ciertos deberes a su cargo que viole con la conducta (*delicta propria*), o bien que, además del dolo, aparezcan especiales elementos subjetivos distintos del dolo o, en algunos casos, que la conducta típica se ejecute por propia mano.

Todos estos requisitos son agregados que el legislador es libre de hacer para caracterizar al autor, que operan como limitaciones al criterio del dominio del hecho, pero no lo niegan ni lo desplazan, sino que lo complementan a nivel típico ⁴⁵.

La investigación más extensa que se ha realizado sobre el dominio del hecho, la ha llevado a cabo Roxin, con el título de “Autoría y dominio del hecho”, título que, por cierto, da lugar en alemán a un juego estético de palabras, gráfico pero intraducible (“*Täterschaft und Tatherrschaft*”, “Fechoría” y “fecho-señoría”) ⁴⁶. No obstante, Roxin contribuye como el mejor al esclarecimiento y precisión de la tesis del dominio del hecho, pero ya en la época de esta investigación se perciben en él las tendencias idealistas que luego habrá de desarrollar más en profundidad y con otras consecuencias.

Debido a estas tendencias, Roxin concibe al autor como la figura central, pero reduce el dominio del hecho a una de las formas de señalización de la autoría. Así, entiende que la autoría puede señalarse por el dominio del hecho (en los que llama “delitos de dominio”), por la lesión de un deber especial (en los hechos omisivos, culposos y en los que llama

⁴⁵ STRATENWERTH, 219.

⁴⁶ ROXIN, CLAUS, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1967.

“delitos activos de deber”) y por el requerimiento de “propia mano” (en los que llama “delitos de autor penal” y “delitos sujetos a conducta sin lesión de bienes jurídicos”)⁴⁷.

En síntesis, la tesis de Roxin guarda coherencia con su concepto de conducta, que no es el del finalismo, sino una conducta construida por el derecho en base a requerimientos sistemáticos —similar a la teoría de Hellmuth von Weber—, puesto que según Roxin, el dominio del hecho caracteriza a la autoría porque configura lo central del suceso no sólo cuando el legislador lo quiere, sino que, además, lo hace como una creación del legislador, quien la deja de lado en otros tipos, en los que la figura central (autor) prescinde del dominio del hecho y se caracteriza una veces por la lesión de un deber especial y otras por el requerimiento de la actuación de mano propia. En otras palabras: para Roxin, el dominio del hecho no es algo que el legislador recoge del plano óntico realmente, o, si lo es, no es algo que le vincule, por lo que puede ser reemplazado por otros criterios y dejado totalmente de lado.

Es verdad, como hemos dicho hace un momento, que el dominio del hecho no basta a veces para caracterizar al autor o figura central. Nadie puede dudar de esto, puesto que la ley es clara. Tanto en los delitos en que el tipo requiere que el autor viole especiales deberes, como en los que demanda la ejecución por mano propia, pero estas son limitaciones que el legislador pone al dominio del hecho⁴⁸, que en modo alguno significan un reemplazo del mismo.

El legislador es dueño de tomar el dominio del hecho del plano óntico y de relevarlo como único requerimiento para señalar a la figura central del suceso, o bien de adicionarle otros requisitos para ello. Estas son limitaciones al principio general, que dependen de cuestiones valorativas que corresponde al legislador resolver, es decir, de cuestiones que dependen de los tipos particulares, pero no son criterios autónomos y sustitutivos del dominio del hecho, porque el legislador no puede sustituir en los tipos dolosos el dominio del hecho por cualquier otro criterio. En este último sentido, el planteamiento de Roxin es claramente idealista y tiende a invalidar todo el terreno ganado con la teoría del dominio del hecho, a cuyo esclarecimiento el mismo Roxin contribuyó en forma decisiva.

El concepto de *dominio del hecho* se asienta sobre la finalidad y, por consiguiente, se halla muy cerca del dolo. No obstante, pese a ser la idea básica para la individualización delimitadora de la autoría dolosa, no debe confundirse “dolo” con “dominio del hecho”. Se ve claramente que no pueden superponerse sin más, porque con dolo también actúan los partícipes y, sin embargo, no tienen el dominio del hecho⁴⁹. Es indiscutible que el dominio del hecho y

⁴⁷ ROXIN, 578-9.

⁴⁸ Cfr. STRATENWERTH, 219; BLEI, 224.

⁴⁹ *Ibidem*.

el dolo se superponen cuando se trata del autor único o de co-autores que actúan sin cómplices ni instigadores, pero cuando en el hecho concurren partícipes, el dolo resulta más amplio que el dominio del hecho.

Cabe concluir advirtiendo que, a nuestro entender, el criterio del dominio del hecho es una sana apelación a un sustento óntico, pero que su relevancia típica está siempre más o menos complementada por el legislador, por lo que, necesariamente, el dominio del hecho es una solución al problema de la delimitación conceptual de la autoría respecto de la participación, que reconoce una base óntica, pero que opera —como no puede ser de otra manera— a nivel de la tipicidad⁵⁰.

Cabe aclarar que —aparte de la desacreditada teoría del “tipo de autor”— hay otro intento de resolver el problema de la autoría prescindiendo de la vinculación con el tipo, que es el que lleva a cabo Roxin, al menos parcialmente. Como resultado de que Roxin considera que en los “delitos de deber” la violación del mismo es una forma autónoma de aparición de la autoría, que nada tiene que ver con el dominio del hecho —que para él opera sólo en la autoría de los “delitos de dominio”— afirma que en estos delitos “es indiferente la forma exterior de la participación, siendo equivalente cualquier “producir” condicionado, en forma tal que, la irrelevancia de la forma exterior de la conducta haga que se encuentre una coincidencia con el concepto extensivo de autor”⁵¹.

De esta forma, Roxin hace una renuncia del concepto del dominio del hecho en ciertos delitos, permitiendo que el mismo sea reemplazado por el concepto extensivo de autor, fundado en la causalidad⁵².

III. — FORMAS DE AUTORÍA

527. El autor en el código penal: el autor como ejecutor y como determinador. Aparte del concepto de autor que surge de cada tipo penal y que obtenemos por aplicación del criterio del dominio del hecho, que aparece allí en la forma de “dominio de la acción”, las bases legales para considerar que nuestro texto admite este criterio y abarca los casos de dominio funcional del hecho (co-autoría

⁵⁰ En general, respecto del “dominio del hecho”, cabe recordar que un articulista que acude al pseudónimo de “Genócrates”, afirmó que el dominio del hecho sólo tiene vigencia entre los alemanes (LL, junio 11 de 1968), a lo que TOZZINI, citando a Julio López Lastra, responde que es una posición “zenofóbica” (TOZZINI, CARLOS D., *El dominio final de la acción en la autoría y en la participación*, en RDP y C, 1968-3, p. 80).

⁵¹ ROXIN, op. cit., 379.

⁵² V. en agudo sentido crítico, WELZEL, 100.

en la forma de reparto de tareas) y de dominio de la voluntad (autoría mediata) se hallan en el art. 45, cuando se refiere a los "que tomasen parte en la ejecución del hecho" y a los "que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo".

Por consiguiente, la base legal de la elaboración dogmática del concepto de autor en nuestra ciencia, la hallamos de la siguiente manera:

a) Para el *autor individual* es el *ejecutor* propiamente dicho, que se obtiene de cada tipo en particular, aplicando el criterio del dominio del hecho como "dominio del acto".

b) Para el *autor paralelo* vale lo mismo que para el anterior, porque realiza toda la acción típica.

c) Para el *co-autor por reparto de la tarea*, la base legal se halla en la expresión "que tomasen parte en la ejecución del hecho" y se la interpreta conforme al principio del dominio del hecho en la forma de "dominio funcional del hecho".

d) Para el *autor directo que se vale de otro que no realiza conducta* vale, bien la interpretación a), pero también la figura del determinador, puesto que es la más radical forma de determinación, en la que el autor conserva el dominio del hecho en la forma de dominio del acto.

e) Para el *autor mediato*, sea que se valga del que actúa atípicamente o del que actúa justificadamente, su fundamento también se halla en la figura jurídica del determinador, entendida conforme al principio del dominio del hecho en la forma de dominio de la voluntad.

f) Por último, nos quedan los supuestos en que el determinador tiene el dominio del hecho, que puede ser en la forma de dominio del acto (se vale de quien no realiza conducta) o en la forma de dominio de la voluntad (se vale del que actúa atípica o justificadamente), pero el determinador no tiene los caracteres típicos del autor (en los *delicta propria*) o se trata del tipo de un delito de propia mano. En estos casos, el art. 45 igualmente les aplica la pena del autor, pero no son autores del delito —porque no llenan los requisitos típicos para serlo— y tampoco son instigadores —porque no hay injusto del que la instigación sea accesorio—, lo que impone que nos preguntemos a qué título la ley les impone la pena del autor. Se nos hace de toda evidencia que la ley les pena, no como autores del delito, sino como *autores de la determinación al hecho*, es decir que el art. 45 también crea una tipicidad independiente de *autoría de determinación*.

Conforme a esta interpretación general del sentido de nuestra ley positiva, pasamos a ocuparnos de las distintas hipótesis de autoría en nuestro derecho.

528. Autoría por determinación e instigación. El autor —o los autores— de un delito, pueden cometerlo personalmente, realizando paralela, individual o mancomunadamente la acción típica, o bien, pueden valerse de otro sujeto, al que determinan al delito, de distinta forma, es decir, con diferente intensidad. Cuando la determinación del otro tenga una intensidad tan grande que el determinado no tenga el dominio del hecho, sólo el determinador será autor. Cuando la determinación no tenga tal intensidad, sino que pertenezca a un estadio superficial o poco profundo, el determinador será instigador, caso este último en que el autor es el instigado.

¿Cuándo media una determinación de grado tal que es autoría y cuándo media una determinación que sólo es instigación? La respuesta generalizada en la doctrina es que la determinación es autoría cuando el determinado no comete delito, es decir que el determinador es autor cuando el determinado no realiza conducta, realiza una conducta atípica, realiza una conducta típica pero justificada, o realiza un injusto inculpable. Como vemos, hay diferentes grados de determinación, y la doctrina dominante sostiene que sólo cuando el determinado comete una acción típica, antijurídica y culpable, el determinador es instigador (partícipe), en tanto que en los restantes casos sería autor, sea cual fuere el carácter del delito que la acción determinante haya eliminado.

Cabe que nos preguntemos si esta respuesta es correcta, porque, en verdad, la vemos adolecer de una seria falla. No nos cabe duda de que el determinador tiene el pleno dominio del hecho cuando el determinado no realiza conducta (el determinador aplica una fuerza física irresistible, por ejemplo) o cuando la conducta del determinado no constituye un injusto, porque falta cualquiera de los dos caracteres específicos del injusto (tipicidad o antijuridicidad).

El primer supuesto no merece mayores reflexiones para evidenciar que el autor es el determinador. Cuando falta la tipicidad, tampoco es difícil comprobarlo: si el determinador se vale de un error de tipo del determinado, el dominio del hecho lo tiene el determinador, porque es el único que sabe lo que hace. Cuando en una representación teatral un sujeto reemplaza una bala "de foguero" por otra de plomo, el dominio del hecho lo tiene quien reemplazó la bala y no el autor que dispara, puesto que el actor ignora qué

es lo que realmente hace. Tampoco cabe duda cuando el determinado cumple con un deber jurídico: el sujeto que se vale de un agente de policía para privar de la libertad a un tercero, determina al agente de policía mediante el uso de la coerción jurídica sobre el agente, a quien se le amenaza con una sanción si no detiene a la persona a quien el determinador sindicó como autor del hurto de su billetera. El dominio del hecho no lo tiene el agente de policía, que actúa bajo la amenaza de una sanción, sino el que denuncia falsamente, que coloca al agente bajo esa amenaza.

En el supuesto de la justificación creemos que la solución es análoga: quien amenaza de muerte a otro para que escriba una carta injuriosa, crea una situación de necesidad en que la coerción jurídica cesa respecto del determinado, pues hace surgir en beneficio del mismo un permiso jurídico, dado que le coloca en esa situación. Se presume —aunque el derecho no lo fomente— que cuando media un permiso, el beneficiario hará uso del mismo, y, si bien tendrá dominio del hecho, será sólo del hecho típico, pero el dominio del hecho fuera del marco de la situación de justificación lo tiene el que crea la situación de justificación.

En todos estos casos veremos que hay un comienzo de ejecución cuando el autor comienza a determinar, por lo que ya el hecho será tentativa conforme a la fórmula del art. 42. Hay tentativa de homicidio cuando se comienza a empujar a otro para que caiga sobre un niño recién nacido, aún cuando la fuerza no llegue a lograrlo por insuficiente; la hay cuando se cambian las balas, aún cuando el actor se percate del cambio y no dispere; hay tentativa de privación de libertad —sin perjuicio del concurso— aún cuando la víctima aclare su situación de inmediato al agente policial; hay tentativa de injurias —sin perjuicio del concurso— aún cuando el coaccionado afronte el peligro de muerte. En todos estos casos, comenzar a determinar equivale a comenzar a ejecutar, claro está que en la modalidad elegida para la comisión del hecho.

Pero no podemos decir lo mismo del caso más frecuente que la doctrina considera de autoría, que es el supuesto en que el determinado actúa solo inculpablemente. El que para obtener un resultado típico se vale de alguien que comete un injusto inculpablemente, no tiene el dominio del hecho⁵³. El que convence a una mujer de que el aborto no es delito para hacerla abortar, el que trata de inducir a un delirante para que mate a su vecino, a quien le sindicó como autor de todos sus males, no domina el hecho. La

⁵³ La tesis tradicional la sostuvimos en *Teoría*, 641.

determinación que se da por medio de la motivación no da el dominio del hecho, porque la motivación siempre es una cuestión individual. Nada hay que cuando la motivación opera de modo que el sujeto cometería el injusto en forma inculpable, nos haga presumir que efectivamente cometerá el injusto. No hay nada que nos haga presumir que la mujer abortará o que el loco matará a su vecino. Simplemente, pueden o no hacerlo, pero el dominio del hecho no se transfiere al determinador, pues en cualquier caso, lo siguen teniendo la mujer, el psicótico y el coaccionado. No resulta lógico afirmar que tratar de convencer al psicótico es una tentativa de homicidio, o que tratar de inducir en error a la mujer es una tentativa de aborto.

Las opiniones respecto del momento en que comienza la tentativa en caso de autoría por determinación se hallan divididas. Maurach sostiene que comienza con el comienzo de la interposición del sujeto que realiza la conducta, sin distinguir si éste actúa inculpablemente o bien sin dolo, es decir que, sosteniendo el criterio tradicional, según el cual el que se vale de quien actúa inculpablemente es un autor, afirma que comenzar a convencer al loco de nuestro ejemplo, sería un acto de tentativa⁵⁴. Según otros autores, como Jescheck o Welzel, la tentativa comienza con el comienzo de la determinación sólo en los casos en que el determinado actúa de buena fe⁵⁵. No podemos compartir este criterio porque se nos hace evidente que, quien pone veneno en el té que otro de buena fe sirve, desde que pone el veneno incurre en tentativa (el que sirve está en error de tipo), pero nos resistimos a creer que quien comienza a convencer a otro de que tiene derecho a echarle los muebles a la calle al inquilino que no le paga el alquiler, para vengarse de una vieja afrenta del inquilino, realice ya con ello un acto de tentativa.

La probabilidad de que el individuo se motive conforme al cuadro motivacional que le montamos no nos da el dominio del hecho, puesto que el dominio del hecho se configura con elementos objetivos y subjetivos, siendo los primeros la retención del hecho, la conducción del mismo en la forma planeada, lo que es evidente que el determinador no tiene cuando la motivación que ofrece no aparece avalada con ningún dato objetivo que cree la presunción de que la conducta del determinado será manejable a voluntad. Estos datos objetivos existen cuando el determinado no sabe lo que hace, cuando pesa sobre el determinado una real amenaza de sanción penal, cuando el determinado actúa en una situación de justifica-

⁵⁴ MAURACH, 504.

⁵⁵ JESCHECK, 548; WELZEL, 191 (así lo creíamos en *Teoría*, 645).

ción real, pero no cuando nada de eso existe realmente, sino sólo una apariencia que puede llegar a ser motivo.

Cabe aclarar una salvedad que es muy importante cuando de la inculpabilidad del determinado se trata. Acabamos de afirmar que quien se vale de un inculpable para obtener la realización de un injusto es un instigador, porque no tiene el dominio del hecho, lo que consideramos claro, pero hay que establecer una diferencia que es fundamental: cuando el sujeto no se vale del que actúa inculpablemente, sino que en forma directa causa uno de dos o más resultados queridos, mediante la producción de una situación de necesidad inculpante, no será un instigador, sino un autor directo con todo el dominio del hecho, sólo que actuando con *dolo alternativo*. El que arroja a dos sujetos al mar, con la *tábula unius capax*, con el fin de que muera uno cualquiera de ellos o ambos, actúa con dolo alternativo (quiere la muerte de uno, de otro o de ambos) y tiene el dominio del hecho, pues introduce la causa para que el hecho se realice en la forma prevista. En este caso no se está valiendo de la conducta de uno o de la conducta del otro, sino que es su propia conducta la que determina el resultado, cualquiera que sea, porque crea la limitación fáctica (física) que lo produce.

En el supuesto del heredero de los hermanos ricos, que en la montaña alta insta a que salgan del refugio llevando abrigo que por la noche sólo es suficiente a uno de ellos, y que sabe que se perderán, dándole lo mismo que muera uno que el otro, al instarlos a salir para que se pierdan y abandonarlos porque nadie los hallará hasta el día siguiente, en que uno estará muerto, está creando una situación de limitación física que causa el resultado querido, sin valerse para ello de la conducta de ninguno, sino de su propia conducta. En este caso hay determinación, pero no autoría por determinación, sino autoría directa, puesto que es la necesidad introducida la que causa la muerte y no la determinación de un sujeto individualizado.

El que causa una catástrofe para que se pierdan alimentos y una tercera parte de la población muera de hambre, determina en forma directa la muerte de esa tercera parte de la población, por más que la necesidad determine a unos a dejar morir a otros.

El que actúa inculpablemente tiene el dominio del hecho, porque puede realizar o no el injusto, con igualdad de probabilidades, sin que nada haya que incline las mismas en uno u otro sentido. Así, el loco puede besar o matar al vecino. El que actúa por deber o justificadamente también tiene el dominio de hecho, pero el determinador se vale allí de toda la coerción jurídica para compararlo, de modo que cuenta con esa alta probabilidad que está jurídicamente reconocida y que es la que le otorga señorío sobre el acontecer. Conforme a esto podemos decir que *quien actúa sólo inculpablemente es el único que tiene el señorío del hecho, porque en favor de la determinación por otro no obran mayores probabili-*

dades que las que sirven a cualquier instigación. ¿Por qué razón debe ser considerado "autor" el que instiga al inimputable e instigador el que instiga a un asesino profesional pagándole holgadamente? Por otra parte, esta posición se compagina mejor con la teoría limitada de la participación, que es la consagrada por nuestra ley (art. 47 in fine).

Por consiguiente, creemos que es autor el que determina a otro a algo que para el determinado no es injusto, en tanto que es instigador el que determina a otro a la realización de un injusto o de un delito. En otras palabras: cuando el *determinado* no realiza conducta o realiza una conducta atípica o típica pero justificada, el *determinador* es *autor*; cuando el *determinado* comete el injusto querido por el *determinador*, éste es instigador (*aunque el determinado actúa inculpablemente*). *El límite de la autoría del determinador estará dado, pues, por el carácter injusto de la acción del determinado.*

Por supuesto que para que haya instigación el injusto del determinado debe ser doloso, pero con el dolo correspondiente al injusto a que lo decide el instigador y que el instigador efectivamente quiere que cometa, porque si el determinador le engaña para que crea que comete un injusto menor, no habrá instigación, sino autoría. Así, quien instiga a otro a que cometa un robo con un arma que está inutilizada, pero sabiendo que el arma funciona en perfectas condiciones y está cargada, no comete una instigación al robo con armas, sino una autoría mediata de robo con armas. No puede cometer nunca una instigación al robo con armas porque el determinado no comete un injusto de robo con armas, sino sólo un injusto de robo simple, por lo que la conducta del determinador no podrá ser accesoria de un injusto que no existe y, sin accesoriidad no hay participación en ninguna de sus formas. Lo mismo vale cuando se trata de casos de *delicta propria*, en que no se trata más que de un supuesto de *autoría de determinación* de quien se vale de un sujeto que actúa atípicamente, pero no puede ser considerado autor del delito (sino autor de la determinación al delito) porque carece de los caracteres típicamente requeridos (quien determina a otro a que mate a su padre, pero el determinado ignora que se trata de su padre, es autor de determinación al parricidio y no instigador del parricidio, porque el determinado será allí autor de un injusto de homicidio simple).

Esta aclaración no invalida en modo alguno lo que acabamos de afirmar, porque cuando decimos que no es posible una autoría mediata en que el determinado sea autor del injusto o del delito,

nos estamos refiriendo al injusto o al delito que quiere el determinador y no a uno diferente, que es lo que sucede en estos casos.

A esto obedece que muy rara vez la instigación se dé en los casos de coacción inculpante, pues la mayoría de las veces son supuestos de dolo alternativo, aunque respecto de alguno de los resultados el dolo sea eventual, lo que no afecta la alternatividad.

Cabe apuntar que la doctrina es bastante dubitativa en cuanto a la naturaleza de la determinación del inculpable. Welzel sostiene que en el caso del error de prohibición del determinado se da una instigación y no una autoría mediata⁵⁶. Bockelmann afirma que la decisión sobre si es autoría o participación valerse de un inculpable, depende de quien tenga la decisión sobre el "sí" del hecho⁵⁷, lo que equivale a llevar el problema fuera del ámbito de la autoría mediata, es decir, al de la co-autoría. No cabe duda de que un inculpable puede ser co-autor. Parece, pues, que la tesis de Bockelmann se aproxima a nuestra posición. En Chile, también se sostuvo que la determinación del inculpable es instigación⁵⁸. Baumann, siguiendo la tesis subjetiva de la autoría, lo deja librado al *animus auctoris*⁵⁹. Entre nosotros, Sierra defiende la tesis de que se trata de casos de autoría mediata y ello, como es lógico, lo enfrenta con el problema de la tentativa. Afirma así que no hay diferencia alguna entre el que se vale del que actúa justificadamente, en cumplimiento de un deber o en error de tipo y el que se vale del inculpable, pero en todos los casos considera que la tentativa comienza en el momento en que el determinado inicia la ejecución y no cuando el determinador inicia la determinación⁶⁰. En esta posición, nos parece ver una inconsecuencia, puesto que el determinador ya ha terminado su propia conducta, no restándole nada más por hacer, cuando el determinado comienza a actuar y, sin embargo, si el determinado no actúa, su conducta será impune. El que en la puerta del ministerio entrega una caja supuestamente de bombones al secretario privado del ministro, para que éste la ponga sobre el escritorio del ministro, cuando en realidad la caja contiene una bomba, no cometería injusto alguno si la caja la pierde el secretario privado en el camino. La conducta del determinado sería una suerte de condición de punibilidad para el autor mediato, lo que nos parece insostenible.

529. ¿Es posible una autoría mediata en la que el determinado también sea autor culpable? Veremos seguidamente que la autoría mediata o indirecta es una forma de la autoría mediante determinación, cuyo concepto precisaremos, pero para los efectos del interrogante que nos planteamos, cabe decir de momento, solamente, que en la autoría mediata el determinado siempre realiza conducta.

⁵⁶ WELZEL, 103.

⁵⁷ BOCKELMANN, 171.

⁵⁸ PEÑA WASAFF, SILVIA, *Autoría y participación en el delito*, en "Rev. de Cs. Jurídicas", Valparaíso, c.c. de 1972, pp. 85 y ss. (112).

⁵⁹ BAUMANN, 566.

⁶⁰ SIERRA, HUGO MARIO, op. cit., p. 6.

Dado que la autoría mediata es una de las formas de la autoría mediante determinación, conforme al criterio diferencial que acabamos de señalar, no hay autoría mediata, sino instigación, en cualquier caso en que el determinado actúa como autor del delito. Por supuesto que es indiferente que la acción del determinado sea punible por otro delito⁶¹, como sería el caso del sujeto corto de vista a quien el autor mediato induce en error para que dispare sobre lo que le señala como una pieza de caza cuando en realidad se trata de un hombre; aquí el determinado será autor de un homicidio culposo, y ello no obsta a la tipicidad de autoría de la conducta del autor mediato.

Puesto que hemos limitado la autoría mediata a los casos en que el determinado actúa atípica o justificadamente, no se nos plantea el problema que debe resolver la doctrina que admite la autoría mediata aún en el caso de mera inculpabilidad del determinado.

Para esta teoría es inevitable que en caso que el determinado actúe en un error de prohibición vencible, el determinador y el determinado sean penados por el mismo delito doloso⁶². Para nosotros está hipótesis no es admisible.

No obstante, se ha planteado en los últimos años una hipótesis, que bien puede hacernos dudar respecto de la posibilidad de la autoría mediata en caso en que también el determinado sea autor del mismo delito, y que nada tiene que ver con la que acepta Maurach y que nosotros rechazamos. Se trata de un planteamiento que en forma orgánica ha enunciado Roxin y que, pese a que lo aceptan en general varios autores, entre los que cabe mencionar a Jescheck, Samson, Stratenwerth, Schmidhäuser, Jäger, etc.⁶³, no está aún suficientemente investigado y desarrollado.

Roxin⁶⁴ sostiene que el dominio del hecho puede asumir la forma de un dominio de la acción, de un dominio funcional del hecho o de un dominio de la voluntad. Esta última forma, que es la que da lugar a la autoría mediata, afirma que puede tener lugar mediante coacción o mediante error, pero agrega como tercer medio de dominio de la voluntad, el *dominio por fuerza de un aparato organizado de poder*, partiendo de que los conceptos referidos al hecho individual no son aplicables cuando se trata de crímenes de Estado, de guerra y de organización. Afirma que en el proceso de Nürenberg no se pudo comprobar la coacción y que ella estaba claramente excluida en el caso de Stachinskij⁶⁵. Igualmente descarta en esos casos el error, que sólo podría ser un error acerca de una antijuridicidad formal. De ello concluye que ni la coacción ni el error sirven para fundar la autoría del comitente en esos casos. Por otra parte, resultan bastante lógicos los argumentos que muestran al comitente como un sujeto que desempeña un papel demasiado protagónico como para ser considerado un simple instigador.

⁶¹ MAURACH, 641.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ SCHMIDHÄUSER, 426; STRATENWERTH, 227; JESCHECK, 547; SAMSON, 202; JÄGER, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, 1967, 166; etc.

⁶⁴ ROXIN, CLAUS, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1967, pp. 242-252.

⁶⁵ V. supra, § 525.

Concluye en que “el factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en tales casos, que hace aparecer, frente al dominio por la coacción y el error, una tercera forma delimitadora de la autoría mediata, yace en la fungibilidad del ejecutor”. De esta forma, cree que se puede dominar el hecho cuando no se lo quiere ejecutar personalmente, forzando al actor, ocultándole las circunstancias, o bien, cuando el ejecutor puede ser cambiado a voluntad. Este tercer medio no elimina la responsabilidad del determinado, pero esa cuestión carece de mayor importancia, porque el determinado no opera como una persona individual, sino como un engranaje mecánico, lo que lleva al autor mediato, junto al ejecutor, al centro del acontecimiento.

Descarta en primer término la irresponsabilidad del autor mediato que pretenda fundarse en que cometió el delito, porque de lo contrario otro lo hubiese hecho, porque considera que se trata de una “causalidad adelantada”, inadmisiblemente penalmente. Por otra parte —y toma como ejemplo el caso de Eichmann— observa que éste no podía colocarse en posición de ejecutor, cuando al mismo tiempo él también era comitente para que otros ejecutasen. Conforme a esta doble calidad de comitente y ejecutor que presenta el individuo en tal organización, afirma que mientras en lo ordinario, cuando un sujeto más alejado se halla de la víctima y de la conducta misma del hecho, más se va alejando del dominio del hecho, en este caso se produce una inversión, por la cual a medida que el sujeto más se aleja de la conducta del hecho, este alejamiento se compensa con la mayor proximidad a los puestos directivos del aparato de poder, lo que lo proyecta al centro del acontecimiento.

Aclara que en tales casos ya no se puede hablar de un instigador, porque el alejamiento del hecho acerca a la autoría, en lugar de alejar de ella, porque cabe excluir en esta constelación de factores la participación que sólo podrá existir como complicidad, cuando alguien se limite a hacer de simple informante o como instigación cuando alguien opere como denunciante voluntario.

Aclara Roxin que para que se produzca esta forma de autoría mediata es necesario que el aparato organizativo de poder se halle desligado del derecho, porque en tal caso habría leyes de mayor rango. Estima que esto sucede tanto en los Estados de terror, que hayan barrido con los derechos humanos, al igual que en organizaciones delictivas que actúen como una especie de “Estado dentro del Estado”, las que no necesitan tener objetivos exclusiva ni preponderantemente políticos (la “mafia”, por ejemplo), pero que no deben confundirse con cualquier asociación ilícita, sino que se requiere, conjuntamente, el aparato y poder y la fungibilidad de sus miembros.

De esta manera concluye en que el “dominio del hecho” no es un concepto acabado sino un concepto “abierto”, sin que la consideración de la autoría mediata para estos casos conforme un “derecho de excepción”, sino sólo una complementación del principio del “dominio del hecho” hacia nuevas formas.

En general, cabe decir que la posición de Roxin es importante y novedosa. No la suscribimos decididamente, porque creemos que aún está un tanto carente de elaboración. De cualquier manera, no habría mucha dificultad para hacerlo frente al texto de nuestra ley, puesto que no cabe

duda de que el comitente es un determinador⁶⁶ y es bastante distinta su posición de la del mero instigador. La diferencia práctica estribaría en que si lo consideramos autor mediato, habrá tentativa desde que comienza a dar la orden, en tanto que si lo consideramos instigador, recién será punible cuando el ejecutor final comience a realizar su conducta.

530. Autoría por determinación, autoría directa y autoría mediata. Es autor por determinación el sujeto que determina a otro al hecho, pero que conserva el dominio del mismo, puesto que si lo pierde, como en el caso en que el determinado comete un injusto o un delito, ya no es autor, sino instigador.

Pues bien, el autor por determinación puede determinar también con distintos grados de intensidad, porque puede hacerlo en forma tal que el determinado opere sin conducta, atípicamente o sólo justificadamente. En el primer caso, la determinación es tan absoluta que la única conducta que hay es la del determinador, puesto que el determinado no realiza conducta alguna. *En este caso la autoría es directa.*

En todos los demás casos de autoría por determinación, es decir, cuando el determinador se vale de quien actúa atípicamente o cuando se vale de quien actúa justificadamente, el autor por determinación se está valiendo de la conducta de otro, es decir que no realiza personalmente el tipo, sino que interpone a otro que realiza la conducta por él. Dado que no realiza directamente la conducta típica, esta forma de autoría por determinación se llama *autoría indirecta*, o más comúnmente, *autoría mediata*.

Dado que por lo general se entiende en nuestra doctrina que el que "determina otro" (art. 45) es únicamente el instigador⁶⁷, no deja de ser grave la punición de la autoría mediata en la forma en que la fundan nuestros autores, porque parece carecer de sustento legal. No le falta razón a Blasco Fernández de Moreda cuando critica a nuestra dogmática por la forma en que construye la teoría de la participación. "De la manera como se la formula en la doctrina científica —dice—, supone una extensión del concepto legal de autor, que choca con el dogma de la legalidad de la incriminación, que entre nosotros tiene rango constitucional expreso, en virtud del art. 18 de la Carta Magna Argentina"⁶⁸.

La crítica de este autor está perfectamente fundada, porque sin asidero legal no se puede ampliar el concepto de autor. Por nuestra

⁶⁶ Cfr. SIERRA, HUGO MARIO, *op. cit.*

⁶⁷ V. por ej., NÚÑEZ, *Manual*, 302.

⁶⁸ BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, FRANCISCO, *Problemas básicos de la participación y de la autoría en el código penal argentino*, en "Ponencias", Univ. de Belgrano, Bs. As., 1971, p. 73; cabe recordar que la figura del autor mediato es también rechazada en Italia por TULLIO PADOVANI, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973.

parte, creemos haber demostrado que no se cae en ninguna ampliación de los conceptos legales, sino que, por el contrario, se respeta la letra de la ley, si se renuncia a la identificación de los agrupamientos del art. 45 con los conceptos doctrinarios de autor, instigador y cómplice, reconociendo que el determinador puede ser también un autor. Cabe recordar que la superposición de la figura jurídica del determinador con el concepto de instigador no tiene otro valor que el de una tradición doctrinaria, pero en modo alguno la impone la ley.

Sintéticamente dicho, pues, la *autoría mediante determinación* puede ser un caso de *autoría directa*, cuando el determinado no realiza conducta alguna, que es el más radical supuesto de determinación, o bien, puede ser un caso de *autoría mediata*, cuando el determinado actúa, pero lo hace en forma atípica o típica pero justificada. Cuando el determinado comete un injusto, sólo que inculpablemente, no hay autoría por determinación, sino participación por determinación, esto es, instigación.

531. **Autoría mediata: problemas propios.** La autoría mediata plantea una serie de problemas, que ya suelen derivarse de su mismo nombre. En efecto: pareciera ser que el autor "mediato" supone la existencia de un autor "inmediato", lo que no es cierto, puesto que hay casos en que el determinado actúa sin dolo, por lo que no puede ser considerado autor de un tipo doloso. Tal es el caso de la enfermera que aplica una inyección mortal que el médico le suministra dolosamente. En ese caso es evidente que no hay ningún autor "inmediato" o "directo" que complemente al autor mediato.

Debe quedar en claro, pues, que la autoría mediata no supone ninguna autoría directa o "inmediata", no siendo ese ningún rasgo distintivo, sino una simple característica accidental o eventual. Con ello queda dicho que la autoría mediata no hace más que designar, simplemente, un particular grupo de casos de autoría.

El prejuicio de que siempre debe haber "un autor detrás del autor"⁶⁹ tiene su origen en que la autoría mediata se creó como un "expediente práctico" para resolver unos huecos de punibilidad que surgían del requerimiento de que el instigado actuase culpablemente, puesto que se llevaba la accesoriadad de la participación hasta la culpabilidad⁷⁰. Como no podía haber participación en la conducta inculpable, se desarrolló una forma de autoría —la autoría "mediata"—, que debía acudir a un con-

⁶⁹ Expresión usada por LANGE, *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf*, 1935.

⁷⁰ Sobre esta naturaleza de "expediente práctico", WELZEL, 101; MAURACH, *Los problemas de la autoría*, cit.; LATAGLIATA, op. cit., 127; BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, op. cit. en "Ponencias", p. 73.

cepto de dolo "natural" ⁷¹. Hoy todo esto está descartado, merced al abandono de la tesis de la accesoriadad extrema. El problema no preocupó a la dogmática anterior a Beling en forma tan grave, pues en base a la teoría de la imputación, se hacía claro que el autor mediato era autor, lo que se complicó con el concepto limitado del tipo. De cualquier manera, el nombre se suele atribuir a Stübel, quien lo habría creado en 1828, y el problema aparece planteado por los prácticos italianos ⁷².

Esta falsa idea de que siempre se supone la existencia de un autor "directo", impide frecuentemente esclarecer algunos aspectos de la autoría mediata, que desaparecen cuando caemos en la cuenta de que el determinador puede determinar al propio sujeto a provocarse una lesión o la muerte.

Por supuesto que si la enfermedad mental le impide al determinado darle sentido a su conducta, como cuando el sujeto no tiene capacidad para reconocer el poder letal de un arma, nos hallaremos frente a una autoría y no con una simple instigación.

El art. 45 prevé el caso en que se "determine a otro" a la comisión del "hecho", pero no exige que el hecho recaiga sobre persona distinta del determinado, lo que, por otra parte, no tendría sentido. La autolesión no es punible, pero en el caso en que se determina a otro a autolesionarse es punible el determinador, porque es el único autor de la lesión ajena ⁷³.

Esto nos confirma una vez más que la determinación del inculpable es instigación y no autoría, puesto que, precisamente se tipifica la instigación al suicidio porque el suicidio no es un injusto penal, pero, si la determinación del inculpable fuese autoría, la mayoría de los casos de instigación al suicidio serían casos de homicidio. El sentido común más elemental nos demuestra que no es igual el grado de determinación del que se lleva un reloj con un mecanismo explosivo que estalla cuando le quiere dar cuerda, o del que bebe el vino envenenado, ignorando esas circunstancias, que el grado de determinación del que es instigado a suicidarse. Nos damos cuenta perfectamente de que un enfermo mental puede suicidarse —y en el lenguaje corriente decimos que el "loco" "se" suicida—, pero en ninguna de los otros casos se nos ocurriría decir algo diferente de que al sujeto "lo" matan.

Dado que nos manejamos con un concepto personal del injusto, no hay inconveniente alguno en admitir que el determinado pueda

⁷¹ V. BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, op. cit., p. 76.

⁷² Sobre la evolución histórica, PADOVANI, TULLIO, *Le ipotesi speciali di concorso nel reato*, Milano, 1973, pp. 11-22.

⁷³ Cfr. SCHMIDHÄUSER, 421; LANGE, *Der moderne Täterbegriff*, cit., p. 32; ROXIN, op. cit., 158-163.

actuar conforme a derecho y, no obstante, el determinador pueda ser autor de una conducta típica. Esta consecuencia surge, además, de que el concepto de autor se limita al que tiene el dominio del acto ⁷⁴.

En efecto, si autor es el que tiene el dominio final del acto y el injusto es personal, o sea que la conducta del autor no depende de la conducta de su instrumento para ser o no calificada como anti-jurídica, resulta perfectamente admisible que el autor "mediato" puede valerse de quien actúa jurídicamente, como por ejemplo, un funcionario público que cumple con su deber.

Si bien ésta es la opinión dominante en la doctrina ⁷⁵, cabe mencionar que en un momento se sostuvo que el autor mediato debía ser punible porque le faltaba el elemento subjetivo de la justificación, en tanto que el instrumento no era punible por la presencia de este elemento ⁷⁶. Tal teoría no satisface todos los casos que pueden plantearse y, además, hace depender la autoría del mero "ánimo" ⁷⁷, solución que es coherente con el punto de vista de que parte (el concepto extensivo de autor), pero que resulta intolerable por caer en un verdadero derecho penal de ánimo.

De la misma manera —toda vez que se parte del carácter personal del injusto— deben resolverse los casos en que la tipicidad de la acción del instrumento es distinta de la correspondiente a la acción del autor ⁷⁸.

La interposición de un instrumento que actúa en forma adecuada a derecho puede llevarse a cabo por determinación a la realización de una conducta atípica para el determinado (como puede ser el caso de una denuncia falsa) o bien por la creación de una situación de justificación para el determinado.

Naturalmente que no habrá determinación cuando el sujeto no ha creado la situación de justificación y sólo se limita a aconsejar la acción justificada: aquí no hay autoría porque el sujeto actúa libremente, y tampoco instigación propia, porque ésta requiere la accesoriadad respecto de un injusto ⁷⁹.

Una de las cuestiones que se debaten seriamente respecto de

⁷⁴ Cfr. MAURACH, 561; SERRA, HUGO MARIO, op. cit.

⁷⁵ Cfr. WELZEL, 105; JESCHECK, 543; MAYER, HULLMUTH, *Grundriss*, 1967, 152; BLEI, 227; etc.

⁷⁶ Cfr. MAURACH, loc. cit.

⁷⁷ Cfr. LESS, *Gibt es strafbare mittelbare Täterschaft, wenn der Tatmittler rechtmässig handelt?*, en JZ, 1951, 550 y ss.

⁷⁸ SCHMIDHÄUSER, 422.

⁷⁹ Cfr. ROXIN, 163.

la *autoría mediata* es la posibilidad de la misma en la estructura típica omisiva. El ejemplo que suele darse es el del enfermero que omite impedir a un enfermo mental que mate a otro⁸⁰. De cualquier modo, la discusión no tiene en este caso relevancia práctica, porque se considera que hay homicidio cometido omisivamente, unos como autor mediato⁸¹ y otros por asimilar el caso a la omisión de impedir el resultado lesivo de cualquier fuerza natural⁸².

532. **Autoría mediante determinación y error.** El error plantea una serie de interrogantes bastantes complicados, cuando su problemática se vincula con la de la *autoría mediante determinación*. Por regla general, estos problemas suelen ser tratados siempre en relación con la *autoría mediata* únicamente, pero, dado que la *autoría mediata* no es más que una forma de la *autoría mediante determinación*, preferimos plantear la cuestión en conjunto.

Hay tres grupos de casos problemáticos que debemos considerar aquí, siguiendo a Jescheck en la clasificación de los mismos: el error sobre la *autoría* misma, el error en el objeto y el exceso por parte del determinado⁸³.

α) Puede darse el caso en que alguien crea que es instigador cuando en realidad es autor mediato. Alguien cree que el determinado ha comprendido la naturaleza y el sentido de lo que se le induce a hacer, pero sucede que el determinado se halla en un error de tipo que el determinador ignora. Hay aquí un error de tipo en el determinado, no provocado ni tampoco conocido por el determinador, quien también se halla en error respecto del dolo del determinado. Supóngase el caso del que quiere instigar a la cocinera a que coloque veneno en la comida de su empleador y se entienda con ella por una serie de signos y gestos inteligentes, induciéndola a que tome el polvo de una caja de veneno para ratas que hay en la cocina, en el convencimiento de que la cocinera conoce la naturaleza de la substancia, pero, en realidad, ésta cree que es un laxante que causará a su empleador sólo un ligero malestar intestinal. El sujeto cree instigar, pero, en definitiva, es el único que tiene el dominio del hecho, porque la cocinera no actúa con dolo homicida.

Este problema no está limitado al caso que tratamos, sino que

⁸⁰ V. JESCHECK, 548.

⁸¹ MAURACH, 643; BAUMANN, 565; BLEI, 229.

⁸² WELZEL, 206; ROXIN, 471-2.

⁸³ Cfr. JESCHECK, 546.

se nos presentará en cualquier supuesto en que el autor ignore que tiene el dominio del hecho, es decir en cualquier caso en que quien quiso ser partícipe, por error haya tenido el dominio del hecho. Esto sucederá no sólo en el caso que planteamos ahora con respecto a la instigación, sino también cuando el que se cree cómplice tiene el dominio del hecho. En la autoría funcional, bien puede suceder que quien haga un aporte necesario lo ignore, creyendo que sólo hace un aporte eventual al hecho. Más raro, pero igualmente posible, será que quien se crea cómplice resulte dominando el hecho porque el supuesto autor no realizaba conducta alguna: quien pone un martillo en la mano del que golpea a otro para que lo mate, sin percatarse de que el sujeto se halla en una crisis epiléptica o que está hipnotizado.

Dentro de la autoría funcional, bien puede darse también el caso del que sepa que realiza una cooperación imprescindible pero crea que esa cooperación no constituye co-autoría porque supone que para ser autor el tipo exige alguna calidad especial en el autor, o bien, porque efectivamente se trate de un delito especial y, sin embargo, el sujeto ignore que tiene la calidad exigida en el tipo.

Las soluciones de estos casos en Alemania han sido muy discutidas. Un sector minoritario, al que se afiliaban por ejemplo Schönke-Schröder⁸⁴, entendía que *no era necesario que el hecho principal fuese doloso* para que hubiese participación y, por consiguiente, afirmaba que en estos casos hay participación, solución que ya no puede sostenerse en aquella doctrina, porque la ley ahora vigente lo impide⁸⁵.

La posición contraria, que sostiene que *el hecho principal debe ser doloso*⁸⁶, entiende que en este supuesto habría una tentativa de instigación, solución que no es sostenible entre nosotros por ser en general una hipótesis atípica. Una tercera tesis se conforma con que *el partícipe se represente el dolo del autor*, aunque éste no exista⁸⁷, solucionando el caso como una participación completa.

Entendemos que la participación requiere invariablemente la accesoriadad respecto de un injusto doloso, como más adelante lo explicaremos, de modo que, hallándose ausente el dolo del determinado, el que quiso participar en ningún caso es un partícipe cuando el dolo del autor es sólo imaginado por él o cuando él sólo imagina que el determinado actúa, pero en realidad éste no realiza con-

⁸⁴ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 371.

⁸⁵ SAMSON, 212.

⁸⁶ WELZEL, 113; MAURACH, 674.

⁸⁷ JESCHECK, 499; STRATENWERTH, 262; BAUMANN, 513.

ducta alguna. Pretender que en estos casos hay una participación nos llevaría al absurdo de que en algún momento habría delito sin autor, es decir, un delito cometido sólo por partícipes, lo que carece de sentido. La solución que pretende que la participación puede darse en un evento no doloso, sea porque no requiera en general el dolo en el hecho principal, sea porque lo requiera sólo en la representación del partícipe, no puede negar que quiebra el contenido óntico del concepto de participación porque no puede evitar admitir que hay delitos sin autor.

La solución que pretende que en estos casos hay una tentativa de participación es en nuestro derecho positivo insostenible, por la general atipicidad de esa tentativa. De estar a ella, se nos impondría aquí la impunidad de tales conductas. No nos asusta esa conclusión, pero sucede que consideramos que el planteamiento pasa por alto algunas particularidades de la participación, quizá como resultado del frontal rechazo del concepto extensivo de autor —plenamente justificado— que lleva a ver en otra solución un reverdecimiento de la teoría causalista del autor cuando, bien visto, no es así.

La tipicidad de la conducta del partícipe dependerá de la tipicidad de la conducta del autor; luego, el dolo del partícipe tendrá que hallarse en una relación de correspondencia con el dolo del autor, ambos dolos —del autor y del partícipe— tienen algo en común: ambos quieren el resultado. Ambos, cada uno a su modo, ponen causas y dirigen la causalidad hacia el resultado, pero el injusto del partícipe es inferior al del autor, porque el partícipe despliega una actividad dirigida al mismo fin, pero accesoria de la del autor. Luego, *la participación constituye un injusto menor que la autoría; la tipicidad de la conducta del partícipe es accesoria y su contenido de injusto es menor que el de la tipicidad de la conducta del autor.*

Es lógico que esta solución no se advierta en Alemania en razón de que puede hacer pensar que proviene de la teoría extensiva de la autoría. No obstante, decir que la participación es una tipicidad accesoria y atenuada —en el sentido de injusto menor— respecto de la autoría, no es lo mismo que decir que la participación es una “autoría atenuada”, como sostiene el concepto extensivo de autor fundado en la causalidad. Para sostener que la participación representa una atenuación típica en relación con la autoría no es necesario afirmar que es una limitación de la autoría. *En el sentido en que lo usamos, atenuación significa sólo un injusto menos grave, pero que no es independiente del injusto más grave.* En este sentido simplista de atenuación —que es el que nos inte-

resa a los efectos del error—, el hurto representa una atenuación típica frente al robo.

Planteada en estos términos la cuestión, no creemos que la solución deba diferir del caso general en que un individuo quiere cometer un injusto pero supone falsamente que se hallan dados los extremos de otro injusto dependiente del que quería cometer, pero menos grave. Será inevitable aquí —como en todo caso del llamado “error sobre atenuantes”— una cierta asimetría en la tipicidad, pero no hay ninguna razón para suponer que cuando los tipos se hallan en una *relación de dependencia*, la ley haya dejado fuera de la prohibición la conducta del que quería realizar la tipicidad dependiente menos grave, por el mero hecho de que haya incurrido en una objetividad más grave. Eso implicaría que la ley prohíba la conducta cuando la objetividad realizada tiene un menor contenido injusto, en lugar, cuando esa objetividad alcanza un mayor contenido injusto, la conducta no está prohibida.

Por supuesto que el razonamiento sólo tiene valor cuando se trata de tipos que se hallan en una relación de dependencia, porque, de lo contrario, *en los tipos independientes no podría funcionar jamás*, sencillamente *porque son tipos que tutelan distintos bienes jurídicos*, es decir, que corresponden a conductas desvaloradas por razones que nada tienen que ver entre sí. Pero *en el caso de la participación y de la autoría, la relación de dependencia no puede ser más íntima*.

Por consiguiente, creemos que la solución del caso no puede ser otra que la misma que hemos dado para los casos del llamado error sobre atenuantes o falsa suposición de causas de atenuación⁸⁸, o sea que, en la disyuntiva entre afirmar la tipicidad en lo objetivo o en lo subjetivo, resulta claro el beneficio de apoyarla sobre lo objetivo y afirmar la tipicidad de la autoría, sin perjuicio de relevar el error de prohibición, que determina la imposibilidad de comprender la antijuridicidad del injusto mayor, lo que, por aplicación extensiva del art. 34, inc. 1º, *in bonam partem*, tiene el efecto de un error de prohibición que disminuye la culpabilidad dando lugar a que se aplique la pena conforme a la escala de la participación, cuando esto sea relevante, es decir, cuando corresponda por tratarse de un simple cómplice (“cómplice secundario” de nuestra doctrina), o de considerarlo a los efectos del art. 41, atendiendo a la parte en

⁸⁸ V. supra, §§ 342 y 500.

que ordena tener en cuenta "la participación que haya tomado en el hecho".

El paralelismo entre este error y la falsa suposición de atenuantes es más que evidente, puesto que si dejamos de lado la tesis que pretende que no es necesario que el injusto del autor sea doloso, vemos que los que pretenden hallar una participación, argumentando que basta con que el dolo del autor sea imaginado por el partícipe, no hacen más que trasladar a este planteamiento la "subjektivización de las atenuantes" que propugnan para el error sobre las mismas. En este sentido es coherente Jescheck ⁸⁹, al igual que Baumann ⁹⁰, pero no resulta coherente Maurach, que pretende subjektivizar las atenuantes y hallar aquí una tentativa de instigación ⁹¹. Blei entiende expresamente que es un error sobre atenuantes, pero propugna la solución de la tentativa ⁹².

El caso inverso, en el cual el sujeto se cree autor y, sin embargo es sólo instigador (o cómplice, pues la solución es igual), también está discutido en la doctrina. Para los partidarios de la teoría subjetiva de la autoría, el sujeto es autor, porque ha actuado con *animus auctoris* ⁹³. Para otros, puesto que el dolo de autoría excede al de instigación, habría una instigación perfecta ⁹⁴. Para un tercer criterio, la cuestión debe resolverse también como tentativa de instigación ⁹⁵, puesto que el dolo de autoría no abarca al dolo de instigación.

Para nosotros el caso debe resolverse también por las reglas del error sobre atenuantes, es decir, que se trata de la ignorancia de que en realidad se está cometiendo un injusto menor y, por consiguiente, no puede relevarse el injusto mayor cometido, porque faltaría el sustento objetivo; por consiguiente, la autoría meramente imaginada no puede ser típica. La única tipicidad que hallamos es la de instigación, siendo irrelevante el dolo de autor del sujeto.

La tesis que sostiene que el dolo de autor no abarca al de instigador, al igual que la que funda la tipicidad de instigación en que el dolo de autor es más que el de instigación, plantean las cosas en términos equívocos. Es cierto que el dolo de autor no implica simultáneamente que el sujeto quiera instigar, pero lo que se pasa por alto es que el autor y el instigador persiguen igual fin, sólo que uno mediante el dominio del

⁸⁹ JESCHECK, 546.

⁹⁰ BAUMANN, 427.

⁹¹ MAURACH, 277.

⁹² BLEI, 230.

⁹³ Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 362.

⁹⁴ Así, JESCHECK, 547; STRATENWERTH, 262; SCHMIDHÄUSER, 428.

⁹⁵ Así, SAMSON, 203.

hecho propio y otro mediante una determinación de otro, al hecho. No son dolos independientes, como que la participación no configura tipos independientes; es un dolo accesorio el del instigador, pero con igual fin que el dolo del autor. Es cierto que el dolo del autor no es el del instigador *más* otros elementos⁹⁶, pero lo que no puede ignorarse es que aquí se trata de la obtención del mismo fin del autor, sólo que con diferente medio. De allí que tenga razón Blei en el sentido de que sólo puede pensarse como tentativa cuando la separación del curso de los hechos respecto de lo planeado sea de magnitud tal que no pueda reconocerse el dolo respecto de la objetivización típica⁹⁷, pero en ese caso ya habría un verdadero error de tipo, es decir, un error relevante sobre la causalidad.

β) Tratándose de *errores sobre el objeto* hay que distinguir cuál es la forma de autoría mediante determinación de que se trata. Si es una autoría directa, en que el sujeto se vale de quien no realiza conducta, rigen el caso los principios generales, pues el que no realiza conducta no es concebible que se halle en error.

El autor mediato dispone del intermediario como un instrumento del que se vale para cometer el hecho y, por consiguiente, el error en el objeto que comete el determinado produce respecto del autor mediato los efectos de un "error en el golpe" o *aberratio ictus*⁹⁸.

La doctrina dominante sostiene que en este caso debe distinguirse según que el determinado haya actuado con dolo o sin dolo. Se sostiene que cuando el determinado actúa con dolo deben producirse los mismos efectos que si el error sobre el objeto lo hubiese cometido el autor mediato, en tanto que cuando actúa sin dolo, los efectos para el autor mediato son los de la *aberratio ictus*⁹⁹. Se argumenta que en el caso del determinado que actúa dolosamente no se trata de un instrumento ciego, lo que en gran medida sucede cuando se trata de un determinado de buena fe. Creemos que esta solución debe rechazarse desde que la punición de autor mediato nunca depende de que el determinado actúe con dolo ni de que el determinado sea punible por otro delito¹⁰⁰. Por consiguiente, siempre que yerre el sujeto determinado sobre el objetivo, el autor mediato incurrirá en un concurso ideal de tentativa respecto del hecho que no se consumó y de culpa en cuanto al resultado producido.

γ) El caso del *exceso* es el que proporciona el tercer grupo de supuestos de error en caso de autoría por determinación. Cuando

⁹⁶ Cfr. SAMSON, loc. cit.

⁹⁷ BLEI, 230.

⁹⁸ SCHMIDHÄUSER, 428; BAUMANN, 563.

⁹⁹ Así, WELZEL, 75; WESSELS, 91; JESCHECK, 547.

¹⁰⁰ Cfr. MAURACH, 637.

ésta se presenta en la forma de autoría directa en que el determinador se vale de quien no realiza conducta, no habrá problema especial alguno, como no sean los comunes, en caso de que se produzca un resultado más grave que el querido.

En el supuesto de la autoría mediata, el principio general es que el autor mediato no responde por las acciones emprendidas por propia iniciativa del determinado ni de los mayores daños que éste cause al margen de su voluntad¹⁰¹. No obstante, hay casos límite que se plantean especialmente cuando el determinado comprende *erróneamente las instrucciones del determinador*. En tales supuestos hay que tener siempre presente que pueden darse casos de dolo y de culpa.

Cuando el autor mediato no se cerciora de la comprensión que ha tenido el determinado, puede haber dolo alternativo (cualquiera de las dos o más conductas posibles es querida) o bien dolo eventual (acepta la posibilidad de que por mala comprensión vaya a cometer un mayor daño), pero también puede haber culpa, si no ha mediado más que la violación del deber de cuidado, la que concurrirá idealmente junto con la tipicidad dolosa respecto de lo querido en caso que también lo haya hecho el determinado.

533. **La co-autoría.** Cuando en la realización de un hecho converge una pluralidad de sujetos, todos los cuales deben ser considerados autores, puede ser que cada uno de ellos realice por sí la totalidad de la acción típica, en cuyo caso no habrá mayor problema. Esta es la *autoría plural* que se conoce con el nombre de *autoría concomitante* (o paralela), cuyo concepto emerge directamente del concepto de autor individual conforme a cada uno de los tipos en particular.

Welzel define a la autoría concomitante como el obrar conjunto de dos o más sujetos sin acuerdo previo para la producción del resultado, destacando que es propio de su problemática —cuando se da en la tipicidad dolosa— el aprovechamiento del plan delictivo ajeno para fines propios¹⁰². No obstante, cabe apuntar que la misma es mucho más frecuente en los tipos culposos que en los dolosos¹⁰³.

El principio general en la autoría concomitante o paralela es que cada autor es sólo responsable por lo que ha querido, tratándose, claro está, de su forma dolosa.

Los problemas que suelen plantear dentro de su ámbito, en realidad

¹⁰¹ Cfr. JESCHECK, 547.

¹⁰² Cfr. WELZEL, 111.

¹⁰³ Cfr. MAYER, H., *Grundriss*, 1967, 153.

poco tiene que ver con la autoría, debiendo resolverse preferentemente en otros capítulos de la analítica del delito. Así, por ejemplo, Baumann plantea como problema de autoría concomitante el clásico caso de dos sujetos que proporcionan a un tercero sendas dosis de veneno que no son mortales, ignorando mutuamente las conductas, pero la suma de ambas dosis resulta mortal y la víctima sucumbe¹⁰⁴, lo que a todas luces es un problema que debe ser estudiado en el marco de la causalidad y del dolo, como bien lo señala Blei¹⁰⁵.

La verdadera importancia dogmática que tiene la autoría paralela finca en que, por ser un supuesto de pluralidad de autores y sin embargo, no ser un caso de co-autoría, contribuye a perfilar el concepto de ésta. Así, suele decirse con razón que la autoría concomitante o paralela se presenta cuando no hay una decisión común al hecho, que es una característica esencial de la co-autoría¹⁰⁶.

No habrá de ser, pues, el caso de la autoría concomitante o paralela el que ofrezca dificultades, sino aquél en que la pluralidad de autores se presente en la forma de *co-autoría* caracterizada por el *dominio funcional del hecho*, esto es, cuando ninguno de quienes toman parte en el hecho realiza más que una parte de la conducta que el tipo describe, por efecto de una *división de la tarea*, pero ninguno de ellos realiza la totalidad de la conducta típica. Así, si en el robo a un banco, mientras uno de los autores amenaza al personal y al público con un arma, otro recoge el dinero de las cajas y lo coloca en una bolsa, cada uno de ellos realiza parcialmente la conducta típica, pero sería absurdo pretender que uno coacciona mientras el otro hurta, pues es evidente que ambos cometen el robo¹⁰⁷.

Así como vimos que en la autoría mediata se requería un dispositivo legal para poder construir el concepto de autor abarcando a los autores mediatos, pues de lo contrario la construcción de la autoría mediata podría ser violatoria del principio de legalidad, también en la co-autoría funcional se requiere una base legal, porque de lo contrario, puede parecer arbitrario pretender que quien no realiza más que una parte del acto típico, sea autor. El dispositivo legal funciona en este caso como un amplificador del tipo en forma eventualmente plurisubjetiva¹⁰⁸.

El requerimiento de una base legal no implica que la co-autoría

¹⁰⁴ V. BAUMANN, 545.

¹⁰⁵ BLEI, 244.

¹⁰⁶ Cfr. MAURACH, 664; BLEI, 244; JESCHECK, 549; SCHMIDHÄUSER, 414.

¹⁰⁷ STRATENWERTH, 225.

¹⁰⁸ Cfr. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, 1956, p. 89.

funcional sea una creación del legislador. Por el contrario, también esta forma de autoría tiene una clara base óptica, sólo que cuando de extensiones de la autoría delimitada en los tipos se trata, por mucho que haya una base óptica para ella, es muy saludable que la misma sea reconocida por el legislador, lo que ahorra el esfuerzo de una construcción más compleja y proporciona una mayor garantía de certeza jurídica.

No obstante lo dicho, cabe insistir en que la tipicidad eventualmente plurisubjetiva, esto es, la actuación en común, no es una creación de legislador, sino que éste se limita a aclarar que amplía el tipo hasta abarcar formas de autoría que son ópticamente conocidas, pero que consideradas en forma aislada, conforme a los principios del punto de vista formal-objetivo, serían atípicas, pero que también desde ese ángulo pasan a ser típicas cuando el legislador precisa que comprende en el ámbito de la autoría de lo prohibido, también la que tiene lugar como resultado de una división del quehacer típico. La finalidad tampoco en esas conductas se convierte en una ficción, porque nadie pretende que todos tengan una finalidad *única*, sino una finalidad *común*¹⁰⁹, que es lo que da sentido *convergente* a las diferentes acciones.

La base legal de la co-autoría se halla claramente establecida en nuestra ley en el art. 45: *coautores son los que toman parte en la ejecución del hecho*¹¹⁰. Para nuestro código, quienes *toman parte en la ejecución del hecho* son autores, en tanto que, quienes *cooperan o auxilian a los autores* —es decir, quienes cooperan o auxilian a los que toman parte en la ejecución del hecho— son cómplices. *Corresponde a la doctrina establecer cuándo un sujeto toma parte en la ejecución del hecho —es decir, es autor—, y cuándo se limita a cooperar o auxiliar a los autores, o sea, es cómplice.*

La co-autoría funcional presupone un aspecto subjetivo y otro objetivo: el primero es la *decisión común al hecho* y el segundo la *ejecución de esta decisión mediante división del trabajo*¹¹¹. Ambos aspectos son imprescindibles, y la acentuación de uno cualquiera en detrimento del restante no es más que una recaída en alguna de las teorías tradicionales de la autoría en el ámbito de la autoría funcional.

La decisión común al hecho es imprescindible, puesto que es lo que confiere una unidad de sentido a la ejecución, toda vez que

¹⁰⁹ Cfr. LATAGLIATA, 272.

¹¹⁰ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 297.

¹¹¹ STRATENWERTH, 226; JESCHECK, 552-553.

la misma resulta común y no individual. No obstante, como la decisión común al hecho no puede identificarse con el acuerdo para la realización dolosa (que también puede existir entre el autor y el cómplice), vuelve a reaparecer el problema central de la autoría: ¿es la "decisión común" una fórmula hueca que enmascara el *animus auctoris* de la teoría subjetiva? Para los criterios subjetivos la respuesta afirmativa se impone. Pero, "una teoría del autor final-objetiva puede optar por la otra posibilidad y partir de la contribución al hecho como tal, de la clase de co-realización de la conducta. Sólo conforme a ella podrá decidirse si el individuo ha tomado parte en el dominio del acto y, consecuentemente, si es coautor". "El punto central yace, de este modo, en el segundo requerimiento de la co-autoría: la realización común de la decisión al hecho"¹¹².

Siendo ésta la pregunta decisiva, es la que requiere urgente respuesta, la que no siempre resulta del todo clara: ¿Qué clase de contribución al hecho configura "ejecución típica"?

Las dudas surgen en varios casos concretos: se hace dudoso el carácter que asumen las figuras del "entregador", es decir, de quien proporciona los datos que son imprescindibles para la ejecución del hecho; la del "campana", que monta guardia para avisar si alguien se acerca para interrumpir la tarea; la del chofer en el hurto o en el robo; etc. En cada uno de estos casos cabe preguntarse si la contribución del sujeto es una *participación en la ejecución* o una *cooperación con quienes participan en la ejecución*.

La respuesta la dará en cada caso la referencia al dominio del hecho que, atendiendo a lo que se ha dado en llamar "autoría funcional", no puede determinarse en abstracto, sino que en cada caso se investigará si la contribución "en el estadio de ejecución constituye un presupuesto indispensable para la realización del resultado-buscado", según que con él el "completo emprendimiento permanezca o caiga"¹¹³.

No puede darse a la cuestión una respuesta general y abstracta, sino que debe concretársela conforme al *plan del hecho*. Sin tener en cuenta la forma en que los sujetos han planeado concretamente el hecho, no podrá determinarse quién realizó una contribución a la ejecución y quien se limitó a ayudar a los ejecutores. Teniendo a la vista el plan concreto del hecho sabremos con certeza si el dominio del mismo estuvo en algún momento ejecutivo en las manos del sujeto, es decir, si de su actividad dependió el éxito o el fracaso

¹¹² STRATENWERTH, loc. cit.

¹¹³ ROXIN, 280; JESCHECK, 553.

de la empresa. Así, en el caso de los dos asaltantes al banco, veremos que del aporte de ambos resulta el éxito del plan, porque en cualquier momento el que amenazaba a los presentes pudo guardar el arma y hacerlo fracasar, al igual que quien recogía el dinero, pudo no hacerlo y tampoco se hubiese podido llevar adelante el plan. Dicho de una manera más simple: *será co-autor el que realice un aporte que sea necesario para llevar adelante el hecho en la forma concretamente planeada*. Cuando sin ese aporte en la etapa ejecutiva, el plan se hubiese frustrado, allí tenemos a un co-autor ¹¹⁴.

Conforme a este principio, veremos que en los casos dudosos, como por ejemplo, es el del chofer en el robo, será co-autor si se trata de un asalto en que se debe operar con celeridad y explotando la sorpresa, lo que requiere el vehículo para desaparecer al punto, en tanto que será un simple cómplice cuando se trate del que sigue a la distancia al vehículo en que viaja el "carterista" para trasladarlo más rápido y facilitarle así su tarea ¹¹⁵.

En el caso del "campana" sucede algo análogo: si el hecho tiene lugar en sitio concurrido, en que sin el "campana" sería inmediatamente descubierta la actividad, parece claro que el campana es co-autor, pero si el "campana" actúa sólo para una mayor tranquilidad será un cómplice ¹¹⁶.

Distinto es el caso del entregador, porque si bien su aporte es indispensable, lo cierto es que el entregador toma parte en el planeamiento pero no en la ejecución del hecho. Nuestra ley es clara a este respecto y, conectando la disposición del art. 45 con la del art. 42, resultará claro que el "entregador", por más que hace un aporte indispensable, puesto que la información puede ser indispensable para la ejecución, dado que sin la información y la planificación la ejecución sería imposible, actuará en una etapa previa a la ejecución, que sólo es preparatoria, por lo que, según el caso, será cómplice o instigador, pero no podrá ser co-autor.

Es diferente la solución sostenida en Alemania, donde no existe esta limitación legal. Stratenwerth sostiene que "quedará en instigación o complicidad la del amigo que aconseja o refuerza la decisión de la mujer casada de quitar del medio al marido, en tanto que habrá co-autoría

¹¹⁴ El criterio de necesidad es en este caso también aceptado por el Tribunal Supremo de España (v. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en derecho penal*, cit., pp. 122 y ss.).

¹¹⁵ Cfr. ROXIN, 282.

¹¹⁶ Siempre como cómplice, por entender que "tomar parte en la ejecución" implica adherirse a la tesis material-objetiva, lo considera SERGIO YASEZ en "Rev. de Cs. Penales", Sgo. de Chile, enero-junio de 1975, p. 58.

cuando la mujer actúa sólo y en tanto el amigo se solidariza con ella, lo que ambos conocen”¹¹⁷. Entre nosotros esta solución es insostenible, porque no hay en el “amigo” de referencia ninguna participación en la ejecución, sino, en los casos en que corresponda, sólo una instigación, es decir, el apoyo psíquico que decide a la mujer a eliminar al marido.

Cabe consignar que en los casos en que la ley tipifica expresamente un acto preparatorio que no excede el ámbito de lo prohibido por el delito tentado^{117 bis}, es decir, si se trata de uno de los casos de excepción de mera punición de acto preparatorio, el autor del aporte será cómplice o co-autor del acto típico. Así, el que coopera en forma necesaria en la tenencia de materiales para falsificar, es co-autor en el delito del art. 200 CP, pero si su co-autor intenta la falsificación, sólo será cómplice necesario de la falsificación tentada.

Con lo dicho, estamos en condiciones de precisar que en la co-autoría funcional hay una “*imputación inmediata y mutua* de todos los aportes que se prestan al hecho en el marco de la decisión común al hecho”¹¹⁸, por lo que no cabe asimilar en ningún momento la co-autoría funcional con la autoría mediata. Consecuencia directa de este principio es que en la co-autoría no se alteran las reglas generales del error, porque ninguno de los autores es instrumento del otro, sino que todos son “ejecutores”.

La errónea asimilación de la co-autoría funcional a la autoría mediata ha tenido lugar cuando se perdió de vista que la co-autoría funcional es una empresa común y se la quiso considerar como conducta individual de cada uno de los que toman parte en la ejecución, pretendiéndose que cada quien sería un instrumento de los otros en forma recíproca. Esta tesis está enunciada por Schönke-Schröder, cuando afirma que la ley “considera a todos como autores, porque la porción del hecho de cada uno de ellos se imputa a todos los otros participantes como propia, pudiendo de este modo considerarse a cada uno como si hubiese llenado todos los requerimientos típicos. De allí —concluye— que con razón se haya señalado a la co-autoría como un caso de autoría mediata”¹¹⁹.

Con razón se pronunció contra esta asimilación Mezger¹²⁰, y, como bien lo destaca Latagliata¹²¹, trata de explicar la co-autoría en el ámbito de la autoría individual, negando así la realidad ontológica de la autoría colectiva.

Lo importante para la co-autoría, como que es un concepto óntico, no es la realización común de un tipo, sino de un “hecho”,

¹¹⁷ STRATENWERTH, 229.

^{117 bis} V. *infra*, § 550.

¹¹⁸ JESCHECK, 550.

¹¹⁹ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 349.

¹²⁰ MEZGER, en “Leipziger Kommentar”, parág. 47, nota 9.

¹²¹ LATAGLIATA, 273.

pudiendo encuadrar la conducta de los diferentes co-autores en distintos tipos¹²². Esto bien puede dar lugar a que la conducta de un sujeto, que considerada aisladamente estaría justificada, considerada como parte de una empresa común, permanezca antijurídica. Así, si A y B se ponen de acuerdo para que A provoque un incendio en casa de C, que le permita a B penetrar en la misma para apagarlo y de este modo violar el domicilio de C con otro fin cualquiera, veremos que la conducta de B, prescindiendo de la decisión y ejecución común con A, estaría justificada, lo que no sucede en el caso contrario, puesto que no puede considerarse a B como “extraño” al mal que quiere evitar (art. 34, inc. 3º). Si en lugar se tratase de una legítima defensa, en que A y B se pusiesen de acuerdo, para que A provoque a C, a efectos de que C le agrede y B pueda defenderlo, la solución sería distinta, porque, de cualquier manera, B no habría “participado” en la provocación.

Desde el punto de vista de la teoría formal-objetiva, Núñez sostiene que la expresión del art. 45 nada tiene que ver con la tesis del dominio del hecho y que no puede ser entendida en ese sentido, criticando así la interpretación de Tozzini¹²³. Conforme a esa posición, Núñez exige que cada uno de los co-autores haya realizado alguno o algunos de los actos típicos, excluyendo del ámbito de la co-autoría al que cumple “actos coadyuvantes y necesarios para que la acción típica sea posible”¹²⁴. Esta interpretación dejaría siempre fuera del ámbito de la autoría al “campana” y al chofer en el robo, por ejemplo. Núñez sostiene que el dominio del hecho viola la legalidad, porque fuerza la letra de la ley, pero nos parece que ello no es exacto, dado que no hay ninguna violencia a la fórmula legal cuando se afirma que el chofer que está con el auto en marcha y la puerta abierta aguardando que los atracadores se monten en el vehículo para alejarse del lugar, está “tomando parte en la ejecución”, o que el campana, que mientras dos compinches liman un candado en una calle transitada, silva una canción cada vez que se acerca un vehículo, para que interrumpan y disimulen su tarea, también “toma parte en la ejecución”. Parecería, frente a estos ejemplos, que es la teoría formal-objetiva la que fuerza la fórmula legal al excluirlos de ella.

Cabe observar que lleva razón Núñez —y equivocadamente habíamos sostenido lo contrario— en cuanto a la participación en la preparación y en el planeamiento. Creemos que Núñez es aquí claro y que el concepto de “ejecutor” nunca admite que el aporte necesario al planeamiento sea co-autoría, pero no se extrae de él la consecuencia de que el aporte necesario a la ejecución no la sea. Para sostener que el concepto de “eje-

¹²² Cfr. BLEI, 249.

¹²³ NÚÑEZ, *Manual*, 297, nota 38; TOZZINI, en nota de p. 57 de la trad. de LATAGLIATA, *El concurso de personas en el delito*, Bs. As., 1967.

¹²⁴ NÚÑEZ, *Manual*, 298.

autor" consagra la tesis formal-objetiva —como lo afirma Núñez— habría que exigir que la "ejecución" fuese siempre la realización personal y directa del verbo típico, cuando sabemos que bien puede "ejecutar" la conducta típica quien no lo haga en forma personal y directa.

Una de las dudas doctrinarias más serias que se han planteado es la referida a la llamada *autoría sucesiva*. En general, puede admitirse que la "coincidencia entre los varios autores no se impone desde el principio mismo de la realización típica (el llamado "complot") sino que también puede tener lugar durante el hecho y aún después de la realización parcial del tipo por el otro o por los otros" ¹²⁵.

El problema no es la admisión de la posibilidad en sí misma, pues es poco menos que obvio que se puede ser co-autor interviniendo cuando ya se ha iniciado la ejecución de un hecho, es decir, cuando media una ejecución parcial. El problema consiste en saber si se le puede imputar al sujeto la parte del hecho ya cumplida, lo que en modo alguno es sencillo de resolver. La pregunta siempre tiene importancia, porque aún cuando se tratare de una misma tipicidad para todos los co-autores, siempre habrá una distinta magnitud del injusto, que va aumentando con el avance de la ejecución. Por otra parte, bien puede acontecer que el hecho ya se encuentre consumado, pero aún no se haya agotado su ejecución, como es el caso del sujeto que ya se ha llevado cosas, pero vuelve al lugar a cargar más cosas. En tal caso la doctrina también admite la posibilidad de co-autoría ¹²⁶, pero sigue sin ser ese el problema, sino el ya señalado interrogante respecto de la cuantía del injusto, pues a medida que avanza la ejecución hacia el agotamiento la lesión al bien jurídico va siendo mayor.

La pregunta consiste en saber si a este co-autor se le imputa también la parte del hecho ya realizada al tiempo de su incorporación a la empresa delictiva. La respuesta a este interrogante se complica cuando en la parte ya ejecutada ha habido circunstancias típicas de mayor gravedad.

En general, la doctrina se inclina a admitir que esas circunstancias ya realizadas —siempre que fuesen conocidas— deben serle imputables al sujeto ¹²⁷, al menos tratándose de casos de ejecución parcial. Tal fue el criterio que también siguió el Tribunal Federal alemán en un caso

¹²⁵ BLEI, 244.

¹²⁶ BAUMANN, 568; MAURACH, 660.

¹²⁷ Así, JESCHECK, 553; MAURACH, 660; WELZEL, 107; BAUMANN, 568; BLEI, 244; BOCKELMANN, 178.

bien ilustrativo: un sujeto cometió un robo con fractura y llevó lo robado a casa de otro que, impuesto del hecho, le acompañó para recoger juntos mayor botín en el lugar. El Tribunal entendió que en el segundo también respondía por robo con fractura. Si bien la doctrina limita esta solución, excluyendo de ella, por ejemplo, el robo con resultado de muerte¹²⁸, la cuestión sigue siendo problemática y la solución es bastante dudosa. Stratenwerth señala que es la consagración del dolo subsecuente¹²⁹, en lo que no parece carecer de razón. El criterio del antiguo Tribunal del *Reich* era distinto y en forma abiertamente diferente se expresa Roxin¹³⁰.

Creemos que en ningún caso es admisible que se considere típica del tipo calificado la conducta del que toma parte en la ejecución cuando ya ésta ha comenzado, en base a circunstancias que se hubiesen realizado con anterioridad a su advenimiento al hecho. Más aún: creemos que *de ninguna manera se le puede considerar co-autor de la parte del hecho ya ejecutada*, como no sea por una ficción jurídica. La tipicidad presupone, como mínimo, un aspecto objetivo que se funda en la causalidad, pero en este caso el sujeto no ha causado ninguna de esas circunstancias. Si bien es cierto que no todo causante es autor, no es menos cierto que no hay autor que no sea causante, y esto es lo que aquí se pretende, cuando se quiere afirmar que la conducta del sujeto es típica de actos que no ha realizado directamente, que tampoco ha determinado a otro a que los realice ni que realizó otro por efecto de una distribución de tareas en una empresa común, sino que, mientras se realizaban, el sujeto bien podría tener una ignorancia absoluta de los actos y del plan mismo. Al faltarle a esas circunstancias la tipicidad objetiva respecto del autor que se incorpora al plan posteriormente —porque no hay causalidad entre su conducta y esas circunstancias— no puede haber tampoco tipicidad subjetiva, es decir, dolo. El conocimiento posterior de lo realizado nunca puede ser el dolo.

Por consiguiente, quien se incorpora a un grupo de co-autores que han roto una puerta y se están llevando cosas, y toma a su cargo una parte de la tarea de apoderamiento, sólo realizará una conducta típica de hurto, porque la fuerza en las cosas ya estaba hecha y acabada cuando él ingresó al plan criminal. Conoce y aprovecha la fuerza previamente realizada, pero eso será hurto calamitoso, más nunca robo. Distinto es el caso en que la circunstancia agravante ya se realizó, pero se mantiene en forma continuada, como

¹²⁸ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 376.

¹²⁹ STRATENWERTH, 234.

¹³⁰ ROXIN, 289.

sucedería cuando el sujeto se incorpora a los autores que tienen encerrado al sereno en el baño y actúa mientras los otros lo mantienen en esa situación; aquí hay una concomitancia de la circunstancia agravante continuada con la actuación del sujeto como autor.

Con toda razón señala Samson: "El que se introduce posteriormente, por cierto que podrá ser co-autor, pero no se le podrá imputar lo que antes de su participación ya se había realizado. Esto resulta ya del principio de que el presupuesto mínimo de toda imputación de circunstancias objetivas es la causalidad. Los partidarios de la co-autoría sucesiva no han explicado por qué este principio no debe tener validez en la co-autoría. Además, esta teoría presupone un doble concepto de dolo: el dolo, en relación con esas circunstancias, cuya realización presupone por parte del autor del tipo, no es el mero conocimiento, sino la voluntad final de realización; pero en la admisión de la autoría sucesiva debió contentarse sólo con el mero conocimiento de las circunstancias ya realizadas, puesto que la voluntad de realización no podría ser requerida, toda vez que falta en quien se introduce con posterioridad"¹³¹.

Schmidhäuser observa que la ley agrava el robo con fuerza en las cosas porque se ha aplicado una fuerza extraordinaria y, "conforme resulta de esta causa de agravación, la pena más grave sólo puede corresponderle al autor cuando él mismo ha participado en la aplicación de la mayor energía, y no cuando sólo se ha aprovechado de la situación dada"¹³². El mismo Maurach se ve forzado a reconocer que lleva razón Stratenwerth cuando afirma que es la consagración del dolo subsecuente, puesto que exige, junto al conocimiento, la aprobación de las circunstancias que ya se hallan realizadas¹³³.

Se ha observado certeramente que la solución que pretende atribuir al co-autor que interviene posteriormente las conductas realizadas por sus co-autores antes de su incorporación a la empresa común, ha caído en el error de pretender resolver un problema de autoría aplicando los principios generales de la participación, es decir, el principio de la accesoriadad. Esta crítica es sumamente razonable, porque en la participación hay un hecho principal, que es la conducta que está realizando el autor, y el partícipe despliega una actividad accesoria que, en cualquier momento en que comience a desplegarla, siempre será accesoria de esa conducta principal. Así, quien coopera con el que está robando, incurre en una complicidad de robo, sin que importe si el otro realizó la fuerza antes de recibir la cooperación o después, bastando sólo con que conozca la naturaleza y circunstancias de la conducta en que coopera. Pero

¹³¹ SAMSON, 204.

¹³² SCHMIDHÄUSER, 407.

¹³³ MAURACH, 661.

esto, que es válido en la participación, no lo es en la co-autoría, donde no opera el principio de accesoriidad, sino que todos en común llevan a cabo la empresa criminal.

Por otra parte, la fórmula de nuestro art. 45 difícilmente pueda entenderse en un sentido tan amplio que abarque una ficción de autoría de la magnitud de la que pretenden los partidarios de la posición que rechazamos.

Hay otra serie de problemas complejos que plantea la co-autoría y que no podemos considerar en toda la amplitud que merecerían, no obstante lo cual, conviene apuntar algunos de ellos.

α) Se ha discutido la naturaleza de la co-autoría y hemos visto que, erróneamente, un sector doctrinario ha pretendido identificarla con la autoría mediata. Esta identificación no es correcta, pero ello no impide que la co-autoría asuma eventualmente la forma de autoría mediata. Creemos que bien puede darse este fenómeno y que a su respecto pueden señalarse tres hipótesis distintas: cuando todos los co-autores se valen de la conducta de otro; cuando cada uno de ellos se vale de la conducta de un sujeto diferente (o dos o más de un único determinado y los restantes de un determinado cada uno, etc.); cuando unos actúan en forma directa y otros determinando a otros sujetos.

Cuando en una co-autoría se da una autoría mediata sobre otro co-autor, la hipótesis cae fuera de la co-autoría y se rige por los principios de la autoría mediata (el que le asegura a su co-autor de incendio que no hay nadie en la vivienda, para que el otro cause la muerte de una persona con el incendio).

β) En cuanto al aspecto subjetivo de la co-autoría, fuera de la decisión común no presenta particularidades dignas de mayor mención.

El acuerdo o decisión común al hecho tiene la función de delimitar la tipicidad de la co-autoría, porque los actos que por cuenta propia realiza el co-autor (exceso), no les son imputables al otro co-autor o co-autores, porque no tienen el dolo de realización. Aquí debe considerarse la posibilidad de dolo eventual, la que se podrá presentar particularmente problemática cuando uno de los co-autores se excede ante el silencio de los restantes¹³⁴.

γ) La posibilidad de co-autoría en la omisión está discutida. Por nuestra parte entendemos que es posible, sea que los autores omitan hallándose todos en posición de garantes (los padres que dejan morir de hambre a su hijo) o que un co-autor actúe y el otro omita: "Para conseguir una suma asegurada incendia el hijo la vivienda paterna; la madre, que tiene conocimiento del hecho, cuando se levantan ya las llamas (consumación del tipo, pero aún no habiendo agotamiento real del incendio), omite llamar al servicio de extinción de incendios"¹³⁵.

¹³⁴ V. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 377.

¹³⁵ Ejemplos de MAURACH, 661; entre nosotros, admite la co-autoría y la autoría mediata VIDAL, HUMBERTO S., *Delitos de omisión*, en DP, jul.-dic., 1977, pp. 165 y ss.

Roxin admite la co-autoría en la omisión, pero rechaza la de acción y omisión, fundado en el distinto concepto de autor. La admite, sin embargo, en los delitos de incumplimiento de deber: para que se fuge un preso, un guardia omite cerrar una puerta y otro proporciona la llave de otra ¹³⁶. Otro sector doctrinario la rechaza de plano ¹³⁷.

IV. — EL TIPO DE AUTORIA DE DETERMINACIÓN Y LA FIGURA DEL “CÓMPLICE PRIMARIO”

534. Delitos de propia mano y “*delicta propria*”. Insistiremos aquí en dos clases de tipos que ya hemos mencionado, debido a los problemas particulares que de ellos se derivan para el tema de la autoría mediante determinación y de la autoría funcional.

Suele llamarse “autoría de mano ajena” a la “autoría mediata” ¹³⁸, por oposición a la “autoría de propia mano”. En rigor, la expresión “de propia mano” es más usual que se la reserve para designar a *cierta categoría de tipos penales que sólo admiten la comisión en forma personal y directa por el autor*. Por otro lado, la autoría de propia mano no se opone únicamente a la autoría mediata, sino a toda la autoría por determinación, es decir, tanto a la mediata como a la de quien se vale de alguien que no realiza conducta, es decir, también a una forma de autoría directa. Dicho más sintéticamente, *la autoría de propia mano no es lo mismo que la autoría directa, pues excluye el caso del que se vale de quien no realiza conducta, que también es un supuesto de autoría directa*.

Delitos de propia mano son aquellos que deben ser realizados en forma corporalmente inmediata por el autor ¹³⁹, lo que, por consiguiente, excluye cualquier posibilidad de autoría por determinación a su respecto, sea valiéndose de quien no realiza conducta, sea por vía de la “autoría mediata” ¹⁴⁰. “En los delitos de propia mano, el tipo exige un acto ejecutivo corporalmente inmediato que debe realizar el mismo autor en persona, porque de otro modo, faltaría el injusto especial de la acción de la correspondiente clase de delito” ¹⁴¹. Se trata de tipos de cuya interpretación se desprende

¹³⁶ ROXIN, 470.

¹³⁷ WELZEL, 206; KAUFMANN, ARMIN, *Unterlassungsdelikte*, 189; GRÜNWALD, *Die Beteiligung durch Unterlassen*, en GA, 1959, 110 y ss.

¹³⁸ Así, por ej., MAYER, H., *Grundriss*, 1967, 151.

¹³⁹ JESCHECK, 200.

¹⁴⁰ El concepto se remonta a BINDING (*Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit: der Täter, der Verursacher und der Gehilfe*, en GA, 1908, 71, pp. 1 y ss.

¹⁴¹ JESCHECK, 213.

que “el legislador, de todas las conductas lesivas de bienes jurídicos posibles, sólo ha abarcado en el tipo aquéllas en que el autor haya cometido el hecho en forma inmediata”¹⁴².

Suelen considerarse delitos de propia mano a los delitos carnales¹⁴³ y al falso testimonio¹⁴⁴, entre otros. De cualquier manera, la disputa en torno de cuáles son los tipos que no admiten la interposición de un determinado para considerarse ejecutados por el autor, se halla discutida¹⁴⁵, correspondiendo su análisis detallado a la parte especial.

El Tribunal Federal alemán ha resuelto que la violación del incapaz de resistir (§ 179 del StGB), al igual que la conducción de un vehículo en estado de embriaguez (§ 315 a, 1, del StGB) son delitos de propia mano, debiendo, el último de éstos, ser cometido por quien, al menos, da las instrucciones técnicas necesarias para el movimiento¹⁴⁶.

Bockelmann señala como tal al incesto, agregando que la encargada de burdel que hace yacer a un marinero con su hermana desconocida, de la que estaba separado durante largos años, debe ser punible por rufianería, pero no por autoría mediata de incesto. Exprésa que también es delito de propia mano el falso testimonio, porque “el deber de verdad lesionado es un deber personal del declarante, que no puede ser lesionado por otro que el que declara”. Considera que quien de mala fe hace incurrir a otro en falso testimonio es punible por el § 160 del StGB (incitación al falso testimonio)¹⁴⁷.

Los *delicta propria* son los delitos de autor calificado, que suelen también llamarse *delitos especiales* (por oposición a los *delitos generales*, que pueden ser cometidos por cualquiera) y que se subdividen en *delitos especiales propios* y *delitos especiales impropios*. “En los delitos generales cualquiera puede ser el autor, como lo señala el innominado “que” al comienzo de la mayoría de los preceptos. En los delitos especiales propios, en lugar, pueden ser considerados autores, conforme al tipo, sólo las personas allí señaladas (por ejemplo, funcionarios o empleados). Los delitos especiales impropios pueden, por cierto, ser cometidos por cualquiera, pero la autoría es, para personas calificadas, una causa de agravación de pena”¹⁴⁸.

¹⁴² SCHMIDHÄUSER, 426.

¹⁴³ WELZEL, 107; SCHMIDHÄUSER, 426.

¹⁴⁴ WELZEL, loc. cit.

¹⁴⁵ Sobre ello, SCHMIDHÄUSER, loc. cit.; ROXIN, 416.

¹⁴⁶ BLEI, 66.

¹⁴⁷ BOCKELMANN, 173.

¹⁴⁸ JESCHECK, 213.

535. El autor de determinación y la autoría mediante determinación. En los casos de delitos especiales o *delicta propria*, no habrá posibilidad alguna de penar al determinador como autor, cuando no presente las características que requiere el autor típico, por más que las presente el determinado. La conducta del determinador no puede jamás ser típica del respectivo tipo de que se trate. El que induce en error a quien es funcionario público, para que reciba una cantidad de dinero y se la entregue, creyendo el funcionario que no hace más que el papel de mandatario, pero entregándola el tercero en concepto de dádiva, no incurre en ninguna autoría mediata de cohecho pasivo, porque no tiene la calidad requerida en el tipo, es decir, no es el funcionario del que se espera que realice u omita el acto propio de sus funciones. El médico que engaña a un sujeto, haciéndole creer que no es el padre de una criatura, no es el autor mediato del delito de incumplimiento de deberes de asistencia, porque no es el padre del niño.

En estos casos, tampoco puede hablarse de una instigación, porque la instigación es una forma de participación que, como tal, es accesoria de un injusto, que en los ejemplos no existe, puesto que el determinado actúa sin dolo.

No resta, frente a tales supuestos, otra solución que reconocer su impunidad a la luz de la materia de prohibición de los tipos en particular. Así lo hace, por ejemplo Bockelmann, recordando que únicamente serán punibles —conforme al §14 del nuevo código alemán— los representantes de personas jurídicas o de establecimientos en los que la calidad típica se dé en el representado¹⁴⁹. Otros sectores doctrinarios pretenden escapar a esta solución afirmando que no hay razón para requerir que el hecho principal sea doloso¹⁵⁰, con lo que terminan aceptando la participación en la autoría culposa, que es inconcebible, tal como lo demostraremos en el párrafo siguiente. De cualquier manera, aunque esta última posición se comparta, tampoco podrá negarse que no se trata de la instigación a un injusto culposo, lo que es poco menos que evidente.

En síntesis en los casos de *delitos especiales* o *delicta propria*, cuando el determinador actúa con dominio del hecho y no tiene las características típicamente exigidas, no resta otra solución que la atipicidad de la conducta respecto del tipo especial de que se

¹⁴⁹ BOCKELMANN, 174.

¹⁵⁰ Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 371.

trata, salvo que se acuda a medios artificiales para llamar instigación a lo que no es instigación.

*Exactamente lo mismo cabe decir respecto de los delitos de propia mano. Cuando se trata de un tipo que exige la realización directa y personal por parte del autor, el determinador nunca puede ser considerado autor. "Quien lleva a cabo su ejecución, de modo y forma que, en un delito que no fuese de propia mano sería considerado como autoría mediata, queda impune"*¹⁵¹.

No obstante, aún en el caso en que se pretendiese acudir —en cualquiera de los supuestos tratados— a un concepto arbitrario de instigación, que renunciare a la accesoriedad, nadie puede negar que ese concepto tampoco puede satisfacer el requerimiento de una instigación de un sujeto que no realiza conducta, lo que es directamente inimaginable, salvo que se llegue a concebir la instigación como un tipo totalmente independiente, tesis que es muy minoritaria en la doctrina extranjera y que entre nosotros no tiene seguidores. Sin embargo, a eso debería llegarse si se pretendiese penar por la vía del tipo especial al determinador que se vale del que no realiza conducta en un delito especial —sin tener el determinador la calidad requerida para ser autor— o en un delito de propia mano.

Esto es lo que sucedería si una mujer hipnotiza a un hombre para que en trançe hipnótico tenga acceso carnal con otra mujer a la que tiene drogada en la habitación vecina. La hipnotizadora no puede ser considerada ni instigadora ni autora de violación. La violación es delito de propia mano y, de cualquier manera, la mujer no puede tener "acceso carnal", es decir, no puede penetrar carnalmente, con lo que el ejemplo resulta más absurdo, pese a que es suficientemente claro que sólo es autor de violación el que tiene acceso carnal. Tampoco la hipnotizadora puede ser considerada instigadora, porque, en verdad, considerar que el hipnotismo es un medio de "instigar" es llevar ya demasiado lejos el concepto de instigación, en forma absurdamente inadmisibles.

Por consiguiente, en estos casos, la única solución desde el punto de vista de la prohibición del tipo especial, es la atipicidad de la conducta del determinador, tanto a título de autor como de instigador.

No obstante, cabe preguntarnos *si esa determinación no resulta prohibida desde un punto de vista distinto de la prohibición del*

¹⁵¹ BOCKELMANN, 173.

tipo especial, pregunta que creemos que en nuestro código halla una respuesta afirmativa.

Recordemos que la expresión “participación criminal” que rubrica el título VII^o del código, está usada en sentido amplio, es decir, en el sentido de *intervención de pluralidad de personas en el hecho*. Es evidente que no se refiere a los “participes” *stricto sensu*, sino a los “participantes” *lato sensu*, porque “los que tomasen parte en la ejecución” son autores —como lo reconoce pacíficamente nuestra doctrina— y, no obstante, están considerados bajo esa rúbrica.

También hemos visto que el art. 45 CP fija una regla general para la penalidad, pero que esa regla, imprescindible para salvar cualquier objeción de tipo constitucional, no puede confundirse con una clasificación dogmático-científica de los distintos participantes en el delito o en el hecho. Conforme a ellos, son co-autores sólo “los que tomasen parte en la ejecución”, pero no son instigadores todos “los que hubiesen determinado a otro a cometerlo”. Se trata de un agrupamiento que la ley hace únicamente a los efectos de la penalidad y, en tanto que la clasificación científico-dogmática de los participantes no viole esas reglas, los principios constitucionales quedan a salvo.

Quizá parezca aventurada la interpretación del art. 45 CP como meras reglas de penalidad, pero no lo es. Nuestro legislador, en general, ha prescindido de criterios doctrinarios precisos, en lo que ha sido sabio, porque deja margen para un amplio trabajo de elaboración científica.

Consiguientemente, *la identificación de “determinador” con “instigador” no es legal, sino puramente doctrinaria*. Ya hemos demostrado largamente que hay determinadores que son autores y que el concepto de instigación hay que construirlo dogmáticamente en base a datos ónticos y a indicaciones que se hallan en la parte especial.

Por consiguiente, creemos que el concepto de *determinador* no se agota en la instigación y en la autoría mediante determinación, sino que incluye una tercera variable que es un auténtico *tipo de determinación*, o sea, una prohibición legal, no ya de *ser autor mediante la determinación* de otro, sino una prohibición legal de *ser autor de la determinación misma de otro a la materialización de una objetividad típica*. No se trata de una tipicidad que tiene lugar porque se es autor de la conducta típica del delito sino porque se es autor de la determinación de otro a la tipicidad objetiva del delito.

Así, la hipnotizadora de nuestro ejemplo, no sería penada como

autora de la conducta típica de violación (*autora de violación*), sino como autora de la determinación de otro a la tipicidad objetiva de violación (*autora de determinación*). Hay aquí una diferencia fundamental entre ser *autor mediante determinación*, que es lo mismo que ser autor del delito, y ser *autor de determinación*, que es sólo ser autor conforme a un tipo de determinación, en que la punibilidad le alcanza en virtud de un título diferente al de autor del delito o partícipe del mismo. Equivale esta figura que el código incluye en su art. 45, a que en su parte especial dijese: "El que determine a otro a un hecho, cuando no tenga las características necesarias para ser autor o el hecho sea punible sólo para el que lo realiza personalmente, será penado...".

Por tratarse de un tipo independiente, admite la autoría directa y mediata o, en general, mediante determinación, como también la co-autoría funcional. Quien coopere con el sujeto será cómplice de la determinación típica y no del delito mismo; quien le instigue, será instigador de la conducta típica de determinación y no instigador del delito mismo. Veremos luego que la palabra "directamente" no tiene en nuestro código el efecto de impedir la determinación en cadena.

Welzel critica duramente la pretensión de llenar las "lagunas de la punibilidad" que quedan "entre la autoría y la participación"¹⁵². Afirma que lo que se pena no es participación. Lleva razón en cuanto al rechazo de la participación en un injusto no doloso¹⁵³, posibilidad que aceptan Roxin, Schönke-Schröder, Lange, Dahm y Engisch¹⁵⁴. También tiene razón en que se trata de un problema de autoría, puesto que la participación en un hecho no doloso vicia una estructura lógico-objetiva. Pero, dada la amplitud de la voz "determinar" que emplea la ley argentina¹⁵⁵, creemos que lo que ella hace es algo muy diferente, puesto que al crear una *autoría de determinación*, es decir, al tipificar la determinación en forma independiente, quedan a salvo las estructuras lógico-objetivas, de la misma manera que acontece en el código alemán con la tipificación independiente del que determina al perjurio.

¹⁵² WELZEL, 113-4.

¹⁵³ Cfr. también STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*, p. 15.

¹⁵⁴ Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, nota 87 al parág. 47; LANGE, *Zur Teilnahme an unvorsätzliche Haupttat*, en JZ, 1959, 560-4; DAHM, GEORG, *Ammerkung zu OLG Stuttgart von 6.3.1959*, en MDR, 1959, 508-510; ENGISCH, *Zur "Natur der Sache" im Strafrecht*, en "Fest. f. Eb. Schmidt", 90 y ss.; ROXIN, 365 y ss.

¹⁵⁵ Otra opinión, FONTÁN BALESTRA, II, 464 y ss.; FIERRO, op. cit., 248; JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, *La tipicidad*, cit. 181; BETTIOL, 256 (este último, no obstante, distingue entre instigador y determinador, abarcando en la última figura al "agente provocador").

Nuestra posición —que afirma la existencia de un tipo de autoría por determinación— no debe confundirse con el “delito del partícipe” de Schmidhäuser, que es una negación de la accesoriedad en la participación¹⁵⁶.

536. El co-autor y el “cómplice primario”. Nuestra doctrina da el nombre de “cómplice primario” al cooperador o auxiliador necesario, que nuestra ley recepta en el art. 45¹⁵⁷. Toda vez que sin duda se trata de un cómplice —en lo que la doctrina lleva razón— ha hecho pensar que la distinción entre autor y cómplice —al menos “primario”— en nuestro derecho penal no puede apelar a criterios con cierta base objetiva, sino que debe ensayarse por el camino de la teoría subjetiva de la autoría¹⁵⁸, es decir, apelando a los conocidos *animus auctoris* y *animus socii*. El razonamiento no parece carente de lógica: si hay una clase de cómplices que hacen aportes que son necesarios para la ejecución del hecho, la necesidad del aporte a la ejecución no puede ser el criterio que nos señale el límite de la autoría¹⁵⁹.

No obstante, este razonamiento no repara en un importantísimo detalle de la formulación legal: para ser cómplice primario es necesario prestar una cooperación necesaria *al autor* o a los autores, según la clara expresión de la ley. En otras palabras: *para ser cómplice primario es necesario no ser autor*.

Nuestra ley distingue claramente entre *los que toman parte en la ejecución del hecho* y *los que prestan a los autores una cooperación necesaria*: los primeros son co-autores y los segundos son cómplices primarios. Para prestar a los autores una cooperación necesaria y ser cómplice, es necesario no tomar parte en la ejecución (no ser autor). Luego, *nuestra ley en ningún momento dice que todo cooperador necesario sea cómplice, sino sólo que todo cooperador necesario es cómplice, siempre que no sea ejecutor (autor)*.

Ello es lógico, porque media una diferencia abismal entre prestar una cooperación necesaria al hecho —que es lo que hace el ejecutor— y prestar una cooperación necesaria al autor del hecho, que es lo que hace el cómplice primario. Por consiguiente, el art. 45, al ocuparse del cómplice primario, lo que hace es crear una regla de punición especial, reparando en aquellos casos de compli-

¹⁵⁶ V. SCHMIDHÄUSER, 431.

¹⁵⁷ Así, SOLER, II, 271 y ss.; NÚÑEZ, *Manual*, 290; FONTÁN BALESTRA, III, 482, ss.; TERÁN LOMAS, II, 158.

¹⁵⁸ V. SOLER, II, 471.

¹⁵⁹ V. BACIGALUPO, p. 47.

cidad en que el sujeto, pese a hacer un aporte necesario, no puede ser considerado autor, en razón de restricciones al principio del dominio del hecho. Si esa regla no existiese, estos cómplices tendrían igual tratamiento que los cómplices ordinarios o secundarios, pero, existiendo esa regla, su pena se equipara a la del autor.

El criterio del dominio del hecho, hemos visto que tiene un sustento óntico-ontológico, pero que el legislador lo puede limitar en cuanto a su relevancia para la prohibición, lo que es materia exclusivamente reservada a su valoración y cuyo ejercicio en nada afecta al sustento óntico sobre el que se asienta la valoración. Pues bien, este criterio sufre limitaciones¹⁶⁰, que se dan cuando el tipo requiere que el autor presente ciertas calidades, al igual que cuando el tipo demanda la ejecución de propia mano. Hemos negado que éstas sean formas de fundar la autoría distintas del dominio del hecho¹⁶¹, afirmando que no son más que limitaciones que el legislador le hace sufrir al relevarlo típicamente. Que el legislador, en ciertos tipos, limite el círculo de autores conforme a calidades especiales o al requerimiento de que actúen personalmente, no implica que abandone el general criterio del dominio del hecho, sino, precisamente, que lo tome como base sobre la que asentar sus valores y que, como tal, no lo haga valer siempre en toda su extensión.

Como consecuencia de esto hay, al menos, dos supuestos en que, pese a que el sujeto tenga el dominio del hecho, no es considerado autor, sino cómplice, y que son perfectamente admitidos por todos los partidarios del criterio que compartimos: los delitos especiales o *delicta propria* y los delitos de propia mano. Dicho en la terminología legal argentina: hay quien presta una cooperación necesaria y no es considerado autor. Esos son los casos en que la cooperación se presta "al autor" y no "al hecho".

Cuando un sujeto ejerce la violencia y otro se apodera del dinero, ninguno de ambos presta un auxilio o cooperación necesaria al autor, sino que ambos cooperan en el hecho, son autores. Aquí el aporte es "intercambiable", es decir, que nada se alteraría si entre ellos invirtiesen los papeles, puesto que ambos seguirían siendo autores. En lugar, en los delitos de propia mano, como en la violación, por más que haya división de trabajo, división de la empresa criminal, el único autor es el que tiene el acceso carnal. Cuando un sujeto domina a la víctima de la violación y el otro tiene acceso car-

¹⁶⁰ Cfr. STRATENWERTH, 217; BLEI, 224.

¹⁶¹ Esa opinión, que hemos criticado como producto del idealismo, es la de ROXIN, 352 y ss., 410 y ss.

nal, es este último sólomente el autor, en tanto que el primero no hace más que prestar una cooperación al autor. Aquí los aportes no son intercambiables, de modo que, aunque quien ejerza la violencia sobre la víctima de la violación realice un aporte indispensable, siempre será un cómplice (primario, si se quiere así llamarlo), pero nunca será autor ¹⁶².

Del mismo modo, tampoco puede ser autor de un delito propio o especial, quien no reúne los requisitos típicos del autor. En tanto que el *intraneus* es el único que puede ser autor, el *extraneus* sólo puede ser cómplice ¹⁶³. En el supuesto en que haya una división de la tarea y una decisión común al hecho por parte de un *intraneus* y de un *extraneus*, el *extraneus* no será, para nuestra ley, un co-autor, sino que será cómplice necesario en el delito del *intraneus*. Esto será válido, tanto cuando la calidad del *intraneus* se requiere en un tipo básico como en uno calificado, es decir, sea que se trate de un delito especial "propio" o "impropio".

En Alemania se distingue según que las circunstancias personales fundamenten el injusto —caso de los delitos especiales propios—, o que sólo lo agraven —caso de delitos especiales impropios—, pero ello es una cuestión que sólo obedece a la defectuosa redacción del § 50 del código penal de 1871, que no tiene razón de ser entre nosotros ¹⁶⁴.

Si un sujeto que no participa de la función pública se divide la tarea con un funcionario público para cometer una malversación, será cómplice primario en la malversación del funcionario público y nunca co-autor.

Cuando una sedición se cometa conjuntamente por jefes y agentes de la fuerza pública y otros que no revisten ese carácter, ostentando todos armas o materiales ofensivos confiados a los primeros, los segundos serán cómplices primarios de la sedición calificada por el art. 235 CP en que han incurrido los primeros como autores.

Hay también en nuestra ley, además de los casos de aportes necesarios en *delicta propria* y en delitos de propia mano, otro supuesto en que quien realiza un aporte necesario también debe ser considerado cómplice primario. Se trata de esos aportes que se hacen en la etapa preparatoria del delito, tales como la planificación, la información indispensable, el aporte de medios materiales indispensables, etc. En la doctrina extranjera suele considerarse a estos aportes indispensables realizados en la etapa preparatoria, es decir,

¹⁶² Como supuesto de co-autoría parece considerarlo NÚÑEZ, *Manual*, 298.

¹⁶³ Cfr. MAURACH, 247; BLEI, 66; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 376; GIMBERNAT ORDEIG, 256 (con amplia bibliografía).

¹⁶⁴ GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 254.

cuando la actividad aún no fue alcanzada por la prohibición ampliada conforme a la fórmula del art. 42, como casos de co-autoría. Entre nosotros eso no es posible, puesto que la disposición del art. 45 referida a los ejecutores, elimina toda discusión al respecto: co-autor sólo puede ser quien hace un aporte indispensable al comenzar la ejecución o durante la misma. Los aportes indispensables preparatorios son complicidad primaria, pero no son co-autoría.

Es problemático determinar si ésta es una tercera limitación al principio del dominio del hecho, que tiene lugar en la ley penal argentina, o bien, si quien hace el aporte indispensable en la etapa preparatoria, en realidad, no tiene el dominio efectivo del hecho. Abrigamos nuestras serias dudas a este respecto, pese a que antes opinamos de otra forma. Nos inclinábamos a creer que, en definitiva, *el dominio del hecho lo tiene únicamente el que hace el aporte indispensable en la ejecución y en ningún caso el que lo hace en la etapa preparatoria*, porque quien hace este último aporte domina la preparación del hecho, es decir, lo necesario para la ejecución, pero no la ejecución misma, que es el "hecho" que nos interesa, la que, desde el inicio está totalmente en manos de los ejecutores. En consecuencia, nuestra ley no haría más que dejar fuera de la co-autoría un caso en que, por mediar un aporte indispensable *a la preparación del hecho*, pero no al hecho, no sería un caso de co-autoría, porque ese aporte jamás da al sujeto el dominio del hecho mismo.

En síntesis, son *cómplices primarios* los que hacen aportes indispensables sin ser autores, es decir: α) los que hacen aportes necesarios al autor del hecho en los *delicta propria*; β) los que hacen aportes necesarios al autor del hecho en los delitos de propia mano; δ) los que hacen aportes necesarios a la preparación del hecho sin intervenir en la ejecución. Inversamente, el círculo de los *co-autores* abarca únicamente a quienes hacen el aporte necesario *al hecho mismo*.

V. — AUTORÍA DOLOSA Y CULPOSA

537. **Autoría dolosa y culposa.** Hemos visto hasta aquí un concepto de autor definido mediante el dominio del hecho, que se distingue de los otros conceptos enunciados al respecto, tales como los que pretenden responder a criterios meramente objetivos o meramente subjetivos. Hemos rechazado la teoría subjetiva de la autoría, la cual, válida de un puro "ánimo", pretende limitar un con-

cepto de autor que nada tiene que ver con el óntico, es decir, con lo que cualquiera entiende por "autor", puesto que reclama sólo un "ánimo" para deducir del "autor", entendido como simple *causante*, el campo que le reserva a la participación, la que, desde este punto de vista, es una restricción de la autoría. Vimos que si bien todo autor es un causante, no todo causante es autor, por lo que no se puede caracterizar a la autoría únicamente por su requisito mínimo, que le es común con los otros roles desempeñados en el delito. Todo esto tiene plena validez cuando nos referimos a las conductas dolosas, porque aquí el tipo prohíbe justamente la conducta por su finalidad misma y, en consecuencia, es la finalidad la que da el dominio del hecho, que delimita la autoría.

En el tipo culposo el planteamiento de la autoría es por completo diferente, en razón de que la conducta que se prohíbe viene identificada de un modo distinto. Es necesario aclarar esto y también —incluso so pena de redundancia— insistir y recapitular algunos conceptos.

El tipo es un *instrumento legal* que individualiza la conducta prohibida. El tipo es una creación del legislador, pero los conceptos de autor y de partícipe son ónticos, no son creación del derecho, sino que éste los recepta. Si decimos que el concepto de autor es distinto en la tipicidad dolosa y en la culposa, parece haber una contradicción con lo anterior, porque pareciera ser que el concepto de autor depende de la tipicidad. No obstante, ello no es así, pero requiere una explicación.

El concepto de autor y de partícipe está dado en lo óntico. Puede un sujeto ser autor de un libro y otro participar con él pres-tándole cooperación, sin que para averiguarlo sea necesario acudir al código penal. De la misma manera, un sujeto es autor de una conducta de conducir un vehículo, en tanto que otro puede haberle instigado a que lo haga, y estos conceptos los comprendemos sin necesidad de tipos penales. En el plano óntico sabemos que el autor es el que tiene el dominio del hecho y que el instigador es el que realiza una conducta final, pero sin dominio del hecho.

En el plano jurídico se individualiza la conducta dolosa por su finalidad prohibida, porque la finalidad dirige la causalidad hacia un resultado prohibido, es decir que *se la señala porque la finalidad determina a la causalidad hacia la mutación física prohibida*.

Cuando nos referimos a una conducta y el dato que tenemos es el fin que persigue, podemos saber quién es el autor y quién es el instigador, porque si bien ambos causan y ambos tienen una

finalidad prohibida, está claro que el autor domina el hecho y el instigador no, porque la producción del resultado no dependió ya de su voluntad, sino de la voluntad del autor. La voluntad del instigador llegó hasta instigar, pero lo demás fue un mero deseo, puesto que el curso del hecho estuvo siempre en las manos del otro.

En lugar, el tipo culposo se integra con un resultado que no es perseguido por la finalidad, sino *causado*. Como el resultado es solamente causado, no podemos hablar de ningún dominio del hecho, puesto que no se condujo la causalidad finalmente hacia ese resultado, sino que sólo desembocó en él. Como no hubo una conducta dirigida a ese resultado, no pudo haber ni autor ni partícipe, sino sólo *causantes*. Lo que al tipo culposo le interesa es que, por violar un deber de cuidado, se haya causado un resultado.

Por supuesto que habrá en lo óntico un autor y un instigador de la conducta de conducir, pero al tipo culposo no le preocupa si se trata del autor o del instigador de la conducta de conducir: lo que le preocupa es si cualquiera de ambas conductas —o ambas— violaron un deber de cuidado y causaron un resultado. Autor e instigador de la conducta de conducir son conceptos ónticos que los tomamos teniendo en cuenta el *fin* de conducir, pero justamente, como no se trata de un tipo doloso, el legislador no prohíbe el *fin* de conducir, sino que prohíbe cualquier conducta que violando un deber de cuidado *cause* el resultado lesivo, sea la de conducir a más de los 80 Km. reglamentarios como la de instigar al que conduce a que exceda los 80 Km. de velocidad. Las dudas, en definitiva, provienen de que se “piensa” al delito culposo como si fuese un delito doloso de peligro, pero no es así, puesto que si esa fuese la intención legal se habrían estructurado como tipos dolosos de peligro, penando la conducción a exceso de velocidad, por ejemplo.

En síntesis: como el tipo culposo no prohíbe la conducta que persigue tal resultado, sino la que causa tal resultado, tan causal es la conducta del autor, como la del cómplice o la del instigador. Autoría y participación son datos ónticos, vinculados a la finalidad de la conducta por la forma en que ésta domina la causalidad en procura del resultado, que el legislador no puede tomar en cuenta cuando no individualiza la conducta por la finalidad que va hacia el resultado, sino por la mala programación de una finalidad que *per se* no prohíbe, y que *causa* un resultado generalmente distinto.

No es cierto, pues, que el tipo culposo altere los conceptos de autor y de partícipe, sino que se desentiende de ellos, individualizando a su sujeto activo como simple causante, lo que también es

un dato óntico. El tipo culposo no altera el concepto de "autor", sino que simplemente no lo usa y, lógicamente, tampoco usa el de "partícipe". La confusión puede devenir de que, por lo general, nos expresamos con cierta imprecisión en la tipicidad culposa, pues usamos indistintamente las expresiones "autor" y "sujeto activo", cuando el sujeto activo del tipo culposo no es propiamente un "autor", sino sólo un "causante".

En síntesis: A) Los que causan un resultado, en forma final, pueden tener o no el dominio del hecho; los que lo tienen son autores y los que no lo tienen son partícipes; B) la tipicidad dolosa siempre prohíbe la causación final de un resultado, de modo que siempre distinguirá entre autores y partícipes; C) en la tipicidad culposa se prohíbe la sola causación del resultado, que por definición no puede ser finalmente causado (porque eso sería dolo); D) la finalidad de la conducta culposa permite distinguir un autor y un partícipe, pero típicamente no interesan, porque son autor o partícipe de una conducta finalmente atípica; E) sujeto activo del tipo culposo puede ser tanto el autor como el partícipe de la conducta no individualizada en el tipo por su finalidad, con tal que viole el deber de cuidado y cause el resultado; F) el sujeto activo del tipo doloso es el autor, extendiéndose luego la punibilidad al partícipe; sujeto activo del tipo doloso es el causante del resultado, sea autor o partícipe de la conducta mal planificada que lo causa, pero cuya finalidad no se dirigía a causarlo.

De esta diferencia fundamental en la manera de individualizar la conducta prohibida resulta que el autor del injusto doloso no es el que simplemente "causa" un resultado, sino el que domina el hecho, pero el sujeto activo del injusto culposo es el que sólo causa el resultado. El sujeto activo del injusto culposo basta que sea causante, sin perjuicio, por supuesto, de que la relevancia de la causalidad se limite típicamente por otras vías, como tampoco que la finalidad sea imprescindible para individualizar el deber de cuidado ¹⁶⁵.

El causante es un concepto óntico, y dentro de él pueden distinguirse —también ónticamente— al autor del partícipe. Esto último es lo que hace el tipo doloso, pero el tipo culposo toma de lo óntico sólo el primer dato, es decir, el de causante. De allí que cuando se pretende usar el concepto de causante para definir al autor doloso, se pase por alto la limitación que el tipo doloso hace

¹⁶⁵ Cfr. WELZEL, 98-9; STRATENWERTH, 212.

valiéndose del otro dato óptico del dominio del hecho, y con ello se caiga en una extensión inadmisibile del concepto de autor doloso¹⁶⁶.

La individualización del sujeto activo del tipo culposo como mero causante, no da lugar a que pueda distinguirse entre "autor" y "partícipe" en el tipo culposo, porque con cualquier intervención en el curso causal se es sujeto activo¹⁶⁷.

La llamada "participación en el hecho culposo", no hace más que encubrir autoría, a veces dolosa: "A incita al miope B a disparar sobre una supuesta pieza, en realidad sobre C. B dispara, C queda muerto. El tribunal castiga a A por instigación al homicidio culposo. Casi resulta imposible imaginarse cosa más absurda. Un caso típico, un caso modelo de la autoría indirecta, se desfigura aquí en un acto de participación^{167 bis}.

Welzel dice que "cualquier cantidad de co-causalidad para el resultado típico producido en forma no culposa por una conducta que no guardó el cuidado debido en el tránsito, funda la autoría del correspondiente tipo culposo. De allí que en el ámbito de los delitos culposos no haya diferencia entre autoría y participación"¹⁶⁸. Tal es la posición de la mayoría de la doctrina contemporánea¹⁶⁹. En Alemania el nuevo código penal excluye la posibilidad, quedando la discusión reducida a averiguar si es concebible, lo que sostiene Roxin¹⁷⁰.

En Bélgica, Jean Constant no admite la participación en la culpa, sino que los considera casos de co-autoría, citando dos precedentes jurisprudenciales muy interesantes: "Puede ser culpado de incendio por imprudencia, el padre que ordena a su hijo encender un fuego a menos de cien metros de un bosque y el hijo que, siguiendo la orden de su padre, provoca el incendio del bosque"; pueden ser considerados autores de homicidio culposo tanto "el chofer que conduce el vehículo como el propietario que, conociendo el mal estado de funcionamiento del vehículo, le ordena al chofer poner en funcionamiento un camión que no está en

¹⁶⁶ Cfr. MAURACH, 619.

¹⁶⁷ Cfr. WELZEL, 98.

^{167 bis} Esta objeción de WELZEL es la misma que con buen criterio formulara IMPALLOMENE, quien ejemplificaba con el mismo caso y rechazaba toda posible forma de participación dolosa en delito culposo como de culposa en delito doloso (*Istituzioni di Diritto Penale*, Torino, 1921, p. 376).

¹⁶⁸ WELZEL, loc. cit.

¹⁶⁹ Cfr. BLEI, 218; JESCHECK, 497; GALLAS, *Beiträge*, 18; MAURACH, 628; STRATENWERTH, 303; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 364; BOCKELMANN, 192; SAMSON, 213; BLASCO y FERNÁNDEZ DE MOREDA, op. cit. en "Relatos", 59 y ss.; FONTÁN BALESTRA, II, 426 y ss.; FIERRO, CUIILLERMO H., *Teoría de la participación criminal*, Bs. As., 1964, 62; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La orientación moderna de las nociones de autor en la infracción y de participación en la infracción*, en "Rev. de Cs. Jurídicas y Sociales", Santa Fe, 1957, nos. 90/91; MALAMUD GOTI, *El delito imprudente*, Bs. As., 1972, 43; TOZZINI, op. cit. en "Rev. de D. P. y Crim.", 3, p. 100 (lo deduce de la voz "directamente" del art. 45); otra opinión, SOLER, II, 267; NÚÑEZ, *Manual*, 278; ROXIN, 327 y ss.

¹⁷⁰ V. §§ 26, 27 del StGB y ROXIN, loc. cit.

situación de marchar". El primer caso data de 1929, en tanto que el segundo, que es de casación, proviene de 1925¹⁷¹.

La ilustrativa mención de los casos jurisprudenciales belgas es suficiente para demostrarnos la importancia político-criminal del punto de vista que sostenemos y que, generalmente pasa por alto a la mayor parte de nuestros tribunales.

VI. — CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA PARTICIPACIÓN

538. **Concepto y fundamento de la punición.** La participación es el aporte doloso que se hace al injusto doloso ajeno o, dicho más rigurosamente, la participación es *el delito doloso cometido por vía de un injusto doloso ajeno, consistente en un aporte al mismo, hecho en la forma de instigación o de complicidad*. Dicho en forma negativa, puede decirse que el partícipe es quien es alcanzado por la pena sin ser autor¹⁷².

Conforme a esto, dice con razón Bettiol, que es partícipe "el que concurre a la perpetración de un delito desplegando una actividad distinta de la del autor principal, siempre que caiga en el ámbito de las normas incriminadoras secundarias de carácter extensivo sobre la participación"¹⁷³. Consecuentemente, la participación no constituye un tipo diferente¹⁷⁴ ni una forma especial de autoría¹⁷⁵.

Como la participación, en cualquiera de sus formas (instigación y complicidad), configura un "concepto de referencia", permanece ligada a un hecho ajeno, lo que hace que tenga carácter accesorio. Si bien este carácter es generalmente reconocido, hay dudas sobre los caracteres que debe reunir este hecho o acción, las que dependen del fundamento que quiera darse a la penalización de la participación.

Como el partícipe comete su delito por vía del injusto ajeno, corresponde entender que no tiene por qué llenar todos los requisitos del autor, pero cuáles son los requerimientos que debe llenar será siempre una cuestión que habrá de depender de que se entienda que la participación es accesorio y, esto, a su vez, dependerá de cuál se considera que es el fundamento de la punición de la participación.

¹⁷¹ CONSTANT, JEAN, *Précis de Droit Pénal*, Liège, 1967, p. 174.

¹⁷² STRATENWERTH, 238.

¹⁷³ BETTIOL, 566.

¹⁷⁴ V. el concepto de "delito de concurso" en MASSARI y su crítica en SOLEIR, II, 256.

¹⁷⁵ Cfr. MAURACH, 666.

La misma expresión "participación" nos indica que nos hallamos ante un concepto referenciado, es decir, ante un concepto que necesita de otro, porque no nos dice nada, salvo que aclaremos en qué se participa. La expresión "participación" indica una relación, porque siempre se participa de "algo". Este carácter referencial o relativo (relacionado con algo) es lo que le da a la participación su naturaleza accesoria.

Al conceptuar a la participación en la forma en que lo hemos hecho, diciendo que consiste en el aporte doloso que se hace al injusto doloso ajeno, hemos adelantado nuestra opinión respecto de la naturaleza accesoria de la participación y respecto del objeto de que es accesoria: entendemos que *la participación siempre es accesoria del injusto doloso ajeno*. No concebimos la participación criminal accesoria de algo que no sea una conducta típica y antijurídica. Quien coopera en una conducta atípica ajena, quien coopera en una conducta ajena justificada o quien presta algún aporte a los movimientos involuntarios ajenos, no puede ser partícipe, sin perjuicio de que eventualmente pueda ser autor.

Se ha puesto en duda la naturaleza accesoria de la participación, de modo que corresponde que fundemos nuestra opinión acerca de esta primera característica que entendemos que la misma presenta. De admitir nuestro código que la participación diese lugar a tipos independientes, no se podría explicar satisfactoriamente por qué no es generalmente punible la tentativa de participación, es decir, por qué no se pena al partícipe hasta que el autor no comienza a ejecutar el hecho, ni tampoco por qué se atenúa también la escala penal del partícipe cuando el autor ha dejado el delito en grado de tentativa, supuestos para los que la última parte del art. 47 dispone que se apliquen ambas reglas reductoras cuando corresponda.

Para sostener que la participación no tiene naturaleza accesoria, también es necesario vincular esta afirmación con algún determinado fundamento de la punición de la participación, es decir, que no sólo las posiciones que afirman la accesoriad fundan la extensión de la misma en una tesis particular sobre la razón de su punición, sino que también quienes niegan la accesoriad, deben fundar su negativa en una de tales tesis.

La tipicidad independiente de la participación sólo puede fundarse en *la causación de una lesión al bien jurídico independiente de la del autor* (la llamada "teoría de la causación pura"), sostenida en la actualidad por Schmidhäuser. Según esta teoría, la participación es punible porque afecta en forma independiente el mismo bien jurídico que afecta el delito del autor, es decir que la "participación conlleva su propio in-

justo", que es independiente del injusto del autor. El hecho principal se comportaría en la participación de la misma forma que la producción del resultado para el autor. Conforme a esta tesis, Schmidhäuser tiene que sostener que en los *delicta propria* el partícipe no es punible, "porque el *extraneus* ha lesionado el bien jurídico en la forma general en que la ley lo deja impune"¹⁷⁶.

Un poco más original que la construcción de Schmidhäuser es la llevada a cabo por Lüderssen, quien, partiendo de la misma teoría de la causación pura, dice que los bienes jurídicos están protegidos frente a los ataques de determinadas personas, por lo cual, el que instiga a otro a que se apodere de una cosa que es de propiedad del instigador, no realiza una conducta típica, porque el bien jurídico no está protegido contra él mismo, de la misma manera que la instigación al suicidio no es impune, porque la vida está tutelada frente al instigador, pero no frente al suicida. En cuanto a los delitos propios —o al menos respecto de algunos de ellos— afirma que los bienes jurídicos están allí tutelados contra todos, sólo que el partícipe no puede afectarlos directamente, sino sólo mediante el autor que presenta las características típicas, por lo que reconoce aquí una dependencia, pero afirma que no es jurídica, sino que se trata de una pura dependencia fáctica¹⁷⁷.

Esta teoría sólo podría aplicarse a la interpretación de nuestra ley positiva apelando al argumento de que la impunidad de la tentativa de participación es sólo una limitación de la punibilidad —argumento que ya enuncia Schmidhäuser¹⁷⁸— pero no puede con eso satisfacer la explicación de la disposición final del art. 47. Una posición en cierto sentido análoga a la sostenida por estos autores fue la de Massari¹⁷⁹.

Desde el momento que rechazamos la posición que pretende que la participación configura una tipicidad independiente, el fundamento de su punición no lo podremos asentar en la producción de una lesión al bien jurídico en forma independiente de la lesión producida por el autor. No obstante, se presentan varias tesis, que dan por resultado distintos grados de accesoriedad. Así, se han sostenido todas las posiciones, habiendo opiniones de toda índole y que llevan a la accesoriedad a lo largo de toda la teoría del delito: unos la hicieron depender de la tipicidad, otros del injusto, otros de la culpabilidad y otros incluso de la punibilidad del autor.

Max Ernst Mayer ha clasificado las teorías sobre la accesoriedad de la siguiente manera: α) hay quienes sostienen una accesoriedad mi-

¹⁷⁶ SCHMIDHÄUSER, 438.

¹⁷⁷ LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, 168, 214 y ss.; en sentido crítico, JESCHECK, 520; WELZEL, 116; STRATENWERTH, 230; SAMSON, 208.

¹⁷⁸ SCHMIDHÄUSER, 431-2.

¹⁷⁹ MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, Pisa, 1923, 202; en sentido crítico, FONTÁN BALESTRA, II, 439.

nima de la participación, según la cual es suficiente que el hecho principal sea típico; β) la accesoriedad limitada exige que, además, sea antijurídico; γ) la accesoriedad *extrema* requiere también la culpabilidad; y δ) la accesoriedad ultra-extrema, según la cual también se transmiten a los partícipes las condiciones personales del sujeto activo del hecho principal¹⁸⁰.

Dejando de lado la teoría ultra-extrema, que hoy no tiene seguidores, la teoría de la accesoriedad extrema considera que el fundamento de la punición de la participación se halla en que se favorece la culpabilidad del autor, es decir, se favorece su corrupción. Esta teoría de la culpabilidad, sostenida —entre otros autores— por H. Mayer¹⁸¹, pretende que la participación no se funda en la circunstancia de producir un efecto sobre el hecho, sino sobre el autor del hecho. En rigor, y por más que Mayer reconoce que hay una “doble naturaleza de las disposiciones sobre la participación”, esta tesis no puede menos que admitir que esas disposiciones tutelan un bien jurídico diferente del tutelado en el delito. En nuestra ley tampoco cabe sostener esta teoría, puesto que las disposiciones del art. 48 del código penal son terminantemente claras en el sentido de que la culpabilidad no se comparte, al menos en todos los casos.

La teoría de la *participación en el injusto* sostiene que la participación es accesoria de un injusto, pero que el partícipe no viola con su conducta el mismo precepto que el autor, sino que, al favorecer el injusto del autor provoca una “desintegración social” que afecta la “paz jurídica”¹⁸². Por esa vía se explica la participación en los delitos propios, ya que el partícipe, aunque no tenga las calidades del autor, igualmente altera la paz jurídica, provoca la desintegración social, al contribuir al injusto del autor. Samson objeta a esta teoría que produce una imprecisa y difusa delimitación del bien jurídico “paz social”, apartándose de los bienes jurídicos tutelados en la parte especial¹⁸³. Por otra parte, esta teoría no puede evitar la objeción de que el instigador al apoderamiento de una cosa propia, toda vez que el injusto del autor es completo y perfecto, también sería punible.

Esta teoría de la participación en el injusto conduce a una accesoriedad limitada, en lo que estamos de acuerdo, pero como no satisfacen bien todos los requerimientos de la participación, ha sido desplazada por la tesis de la *causación modificada*, sostenida por la mayoría de la doctrina, que también da como resultado una participación limitada, pero que, en realidad, es una teoría más intuitiva que coherentemente elaborada.

¹⁸⁰ MAYER, M. E., *Lehrbuch*, 1915, 391; sobre la evolución de la accesoriedad, SCHLUTTER, *Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme*, 1941.

¹⁸¹ MAYER, H., *Grundriss*, 1967, 155 y ss.; del mismo, *Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft*, en “Rittler-Fest.”, 1957, 243 y ss.; también LESS, *Der Unrechtscharakter der Anstiftung*, en ZStW, 69, 1957, 43 y ss.

¹⁸² Así WELZEL, 115; TRECHSEL, *Der Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 54 y 107.

¹⁸³ SAMSON, op. cit., 207.

da¹⁸⁴. En definitiva esta tesis sostiene que hay una accesoriedad del injusto del autor, que depende del favorecimiento del mismo, pero no explica casi nada y pretende fundar así la punición del partícipe *extraneus*, en los *delicta propria*.

Esta teoría dominante se mueve entre dos fuegos, porque, por un lado, tiene la tesis de la causación que —coherentemente desarrollada— lleva a fundar la existencia de tipos independientes, como lo hace LÜDERSSEN¹⁸⁵, en tanto que, por el otro, se halla con la teoría de la participación en el injusto, que la lleva a admitir que hay un bien jurídico distinto para el partícipe que para el autor. De allí que quiera fundar la tesis de la accesoriedad limitada, pero huyendo de las consecuencias de la teoría de la participación del injusto, lo que ensaya buscando corregir la tesis de la causación. Así, parte de que “la causalidad, para la realización antijurídica del tipo, es sólo el primer requerimiento de la participación”¹⁸⁶, por lo que luego pasan a complementarlo por caminos no del todo coincidentes y, además, poco claros.

En síntesis, el problema se halla en que las características y el alcance de la accesoriedad siempre deben estar sustentados por el fundamento que se da a la punición de la participación, porque son un derivado de ese fundamento, pero, lo que ahora sucede, es que si bien no sólo en la doctrina alemana¹⁸⁷ se acepta generalmente la teoría de la accesoriedad limitada, que presupone un injusto en el autor, en ninguna parte se explica claramente cuál es el fundamento de la punición de la participación del que se deriva esa consecuencia.

Sin embargo, últimamente se han ensayado algunas explicaciones que pueden ser bastante satisfactorias o que, al menos, indican que esa es la senda por la que corresponde marchar para hallarle un sólido fundamento a la tesis de la accesoriedad limitada.

Según STRATENWERTH, “la participación se dirige contra el mismo bien jurídico que la comisión del delito por el autor, sólo que en forma mediata. Si para la punibilidad de la participación se requiere este “desvío” por la autoría, ello se debe exclusivamente a que el derecho penal no puede proteger un bien jurídico contra cualquier afectación causal, sino sólo contra determinadas formas de conducta”. Agrega que este es el argumento más fuerte contra el concepto del “causante”, propio de las tesis de la causación pura¹⁸⁸.

Continúa expresando STRATENWERTH que, de igual modo, “es necesario extraer de la dependencia de la participación de la autoría, la conclusión contraria, en el sentido de que en la participación no tiene lugar una valoración independiente. Justamente porque el partícipe afecta el

¹⁸⁴ La sostienen: JESCHECK, 520; MAURACH, 680; BAUMANN, 580; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 364; BOCKELMANN, 182; etc.

¹⁸⁵ LÜDERSSEN, op. cit.; sobre ello, STRATENWERTH, 233-4.

¹⁸⁶ BOCKELMANN, 182.

¹⁸⁷ Así por ejemplo, PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1951; PAGLIARO, 509; BETTIOL, 577 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, 651; SOLER, II, 266; FONTÁN BALESTRA, II, 437; etc.

¹⁸⁸ STRATENWERTH, 243-4.

mismo bien jurídico que el autor, resulta que este bien jurídico también está protegido frente a él y no únicamente frente al autor”¹⁸⁹.

La síntesis de esta tesis es que el fundamento de la punición del partícipe finca en que éste afecta el mismo bien jurídico que el autor —que estaría así tutelado frente a ambos—, pero no por una mera causalidad, sino por la vía del injusto del autor.

La teoría que sostiene Stratenwerth —y que hasta el presente se muestra como la más razonable— la desarrolló Samson, completándola con palabras bien precisas, lo que justifica que las transcribamos *in extenso*: “El partícipe será penado porque afecta al bien jurídico protegido en el tipo de la parte especial. No obstante, los tipos de la parte especial no lo abarcan en forma directa, en tanto se sostenga la tesis del concepto restrictivo de autor. Por el contrario: los preceptos sobre la participación extienden la punibilidad de las lesiones sobre los bienes jurídicos por sobre los límites que señalan los tipos de la parte especial. Sin embargo, conforme a la regulación legal, no es suficiente cualquier lesión causal de bien jurídico. Puesto que el partícipe no es autor *sólo se lo responsabiliza como partícipe cuando afecta un bien jurídico por la vía de un hecho principal antijurídico*. La accesoriedad de la participación que resulta así legalmente delimitada, no tiene sólo carácter fáctico —como lo pretende Lüderssen— sino que proviene de la determinación típica. Mediante la combinación de la lesión jurídica causada por el partícipe y del hecho típico y antijurídico cometido por el autor, se alcanzará la *extensión de la punibilidad* al partícipe sin disolución de los límites típicos, puesto que el partícipe afectará al bien jurídico en alguna de las formas legalmente previstas, sólo cuando lo haga por la vía de un autor que actúa típica y antijurídicamente”.

“La misma posición permite explicar por qué usualmente la participación presupone como mínimo la tentativa del hecho principal: la participación en el hecho principal tentado es, por su naturaleza, sólo una lesión jurídica tentada”¹⁹⁰. Por otra parte, también esto podría explicar por qué normalmente tampoco se pena la tentativa de participación, puesto que debiendo actuar el partícipe por la vía del autor principal, en la medida en que lo hace autónomamente —es decir, hasta que el autor principal no comienza a actuar— no es posible la tipicidad. Así lo explica también Samson: “La participación depende doblemente del hecho principal: la lesión jurídica del partícipe es jurídicamente posible sólo por vía del autor y la acción lesiva de bienes jurídicos del partícipe sólo es punible cuando el autor haya comenzado con la tentativa. No se trata aquí de una dependencia fáctica ni tampoco conceptual, sino que, por el contrario, la accesoriedad es una *dependencia jurídica* vinculada a la idea de la determinación típica”¹⁹¹.

Esta tesis de Stratenwerth-Samson es la única que, sin mayores esfuerzos ni alambicamientos explica satisfactoriamente la participación en los *delicta propria* y la impunidad del partícipe de lesiones a sus propios bienes jurídicos.

¹⁸⁹ STRATENWERTH, 244.

¹⁹⁰ SAMSON, 209-210.

¹⁹¹ SAMSON, 210.

Por nuestra parte, sostenemos que el partícipe actúa afectando el mismo bien jurídico que el autor, pero sólo que no lo hace en forma directa, sino *por medio del hecho antijurídico del autor*. De allí se deduce que cada tipo tutela bienes jurídicos frente al autor y frente a quien quiera afectarlos por vía del injusto del autor. Ello es lógico, porque la seguridad jurídica no sólo resulta afectada cuando el autor haya cometido el injusto, sino también mediante el delito que comete el que contribuye a ese injusto, y no se la afecta en el último caso porque quien contribuye al injusto afecta un bien jurídico distinto del que tutela el tipo particular, sino justamente porque afecta el mismo bien jurídico.

De esta forma, resulta claro que la participación siempre tiene que ser accesoria de un injusto (accesoriedad limitada), como también que el partícipe no necesita tener las características del autor, porque no es autor del hecho en forma directa, sino que actúa típicamente sólo cuando lo hace por la vía del hecho del autor. También se explica que la tentativa de participación sea impune y la doble reducción del art. 47 *in fine*: si la conducta lesiva del autor quedó tentada, es que ha quedado tentada la conducta lesiva que el partícipe quería consumir por vía del injusto del autor.

Además, como se trata del bien jurídico que también afecta la conducta del autor, el que está por ende, tutelado frente al partícipe, cuando el partícipe contribuye a la conducta que afecta un bien jurídico que le es propio, no comete ningún delito. Esto es también lo que sucede cuando un sujeto instiga a su propia muerte, lo que no obsta a la irrelevancia del consentimiento en la propia muerte, que responde a otras razones ¹⁹².

539. **Delimitación del concepto.** Como demasiado frecuentemente se ha confundido la participación con otros supuestos en que no hay participación, para precisar el concepto de la misma no basta con definirlo, sino que se hace necesario también deslindarlo, aunque fuere someramente, de los otros conceptos con los que más usualmente se la confundió.

a) Una de las confusiones más graves es la del partícipe con el co-autor culposo, que ya nos hemos ocupado de clarificar ¹⁹³, es decir, que hemos rechazado toda posibilidad de participación en el injusto culposo porque el partícipe es en ese injusto un sujeto activo, o sea, un co-autor (aunque, impropriamente hablando).

¹⁹² Cfr. SAMSON, 211.

¹⁹³ V. supra, § 537.

Igualmente, quedan fuera del ámbito de la participación las conductas que configuran un aporte a un injusto ajeno, pero que se cometen culposamente. Hemos afirmado que la participación sólo puede ser dolosa¹⁹⁴, pues la "participación culposa" viola una estructura lógico-objetiva¹⁹⁵.

Hemos repetido varias veces que la participación no es un concepto de creación legal, sino que se recoge de la realidad. En el plano óntico, la "participación culposa" es inimaginable, pues es más bien un monstruo lógico. Pensar que alguien pueda "instigar culposamente" o ser "cómplice culposo" es incomprensible ónticamente hablando. Los ejemplos que se dan de la supuesta "participación culposa" son verdaderos casos de autoría culposa, debido a la base causal sobre la que se funda la individualización del sujeto activo en esa clase de injustos. El que ve que su vecino es un hombre irascible y que se encuentra sumamente excitado y, sin embargo, accede a prestarle un arma, sin imaginarse que puede matar a alguien, no es un "cómplice culposo" del homicidio, sino un autor culposo. La comadre maliciosa que informa al marido celoso y violento acerca de lo que se comenta de su mujer, sin imaginar que éste puede lesionar a la mujer, no es una "instigadora culposa" sino una autora culposa.

En cuanto a las figuras complejas que se denominan "delitos preterintencionales", hemos visto que son concursos ideales de tipos dolosos y culposos, no habiendo problema alguno en admitir la participación en lo que a la tipicidad dolosa respecta, pero no así en cuanto a la culposa¹⁹⁶.

b) Al estudiar la autoría hemos visto que no son casos de participación, sino que configuran un tipo independiente de *autoría de determinación*, las conductas de quienes teniendo el dominio del hecho determinan a otro a la realización de un tipo objetivo, sea por autoría mediata, sea por autoría directa mediante la determinación de alguien que no realiza conducta, en el caso en que el determinador no presente los caracteres típicamente exigidos en los *delicta propria*, es decir, de determinador *extraneus* con dominio del hecho, o en el supuesto de delitos de propia mano¹⁹⁷. Esta auto-

¹⁹⁴ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, loc. cit.; en la antigua doctrina belga, HAUS, París, 1874, I, 348-9; otra opinión, CREUS, CARLOS, "Revista Penal-penitenciaria", Santa Fe, 3-4 (1965), p. 211.

¹⁹⁵ STRATENWERTH, *Das Rechtsstheoretische Problem*, cit., p. 15; el mismo, p. 302.

¹⁹⁶ Cfr. FONTÁN BALESTRA, II, 429.

¹⁹⁷ V. supra, § 535.

ria por determinación es un tipo independiente y, por consiguiente, un verdadero caso de autoría, por lo que, a su vez, admite perfectamente la participación.

c) Otra de las figuras que solían confundirse con la participación —incluso legislativamente— es la del *encubrimiento*.

En nuestro CP el encubrimiento ha salido del ámbito de la participación, para configurar un tipo de delito, criterio legislativo diverso del vigente hasta 1922. El cambio se operó a partir del Proyecto de 1891. Una de las mejores argumentaciones sobre su carácter independiente se debe a Binding¹⁹⁸. El problema sigue preocupando en los países que conservan al encubrimiento en la parte general¹⁹⁹.

De cualquier manera, la delimitación sigue siendo problemática porque debe determinarse hasta qué momento puede haber participación, es decir, desde qué momento sólo puede darse la tipicidad del encubrimiento. *No mediando promesa anterior al hecho, sólo puede haber participación hasta el agotamiento del mismo*²⁰⁰.

Se llama “agotamiento” —y también “consumación material”, por oposición a la “formal”— al término de la acción que sostiene el resultado típico²⁰¹. Así, se consuma (consumación formal) un incendio en cuanto se produce el fuego. Quien arroja combustible a las llamas, después de producido el “fuego grande” es partícipe y no encubridor, porque el delito está consumado, pero aún no está agotado. Si un sujeto rompe una puerta y penetra en la casa llevándose cosas, y vuelve al poco rato acompañado por otro que le ayuda a cargar más cosas, el segundo es partícipe de robo porque intervino cuando el hecho ya se consumó (con el apoderamiento de la primera tanda de cosas), pero antes de que el hecho se agotara.

d) Hemos tenido ya oportunidad de ver que no es participación punible la tentativa de participación, sea que tenga lugar porque no llegue oportunamente, sea que la participación tenga lugar en la etapa preparatoria y el autor no inicie la ejecución del hecho.

La disposición del art. 209 del código penal, después de la redacción dada por la ley 21.338, parece ser la tipificación de cualquier tentativa

¹⁹⁸ BINDING, *Lehrbuch*, 636 y ss.

¹⁹⁹ V. por ej., la bibliografía española (RODRÍGUEZ DEVESEA, 663 y ss.; CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, I, 898 y ss.).

²⁰⁰ Cfr. WELZEL, 113-114.

²⁰¹ V. *infra*, § 556.

de instigación, si estamos sólo a la letra del mismo, particularmente si tenemos en cuenta sólo su primera parte ("El que instigare a cometer un delito contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años"). No obstante, este tipo no puede ser entendido en su sentido literal, porque sería inconstitucional, debido a su notoria irracionalidad. Si se instigase a un hurto, es absurdo que por la sola instigación se pene al sujeto con prisión de dos a seis años y al autor con prisión de un mes a tres años. Es evidente que eso no es lo que el tipo quiere prohibir.

Por consiguiente, este tipo debe ser interpretado racionalmente, esto es, en el encuadre general del código. Hemos visto que la participación afecta al bien jurídico tutelado en el tipo especial recién cuando el autor comienza la ejecución, porque es por la vía del injusto del autor que el partícipe lesiona al bien jurídico. Luego, la "sola instigación a cometer un delito" tiene que afectar otro bien jurídico para ser un delito. Si tenemos en cuenta que este tipo encabeza el enlistado de los tipos de "delitos contra la tranquilidad pública", es muy evidente que "la sola instigación" a cometer un delito sólo es punible cuando se la realice de alguna forma que sea capaz de alterar la tranquilidad pública, como sería el caso de que se la hiciese en público o por un medio de comunicación masiva a un número indeterminado de personas, pero de ninguna manera cuando no pueda afectar ese bien jurídico. Es decir que, la instigación individualmente hecha, no tiene entidad para afectar la tranquilidad pública, de modo que no puede ser típica. En lugar cuando la instigación fuese a una muchedumbre o a un número indeterminado de personas, allí la sola instigación afecta la tranquilidad pública. Por ende, la instigación que afecta la tranquilidad pública es un tipo independiente, con su autor propio, que puede a su vez tener partícipes, y que eventualmente —en caso que el delito se intente o consume— concurrirá idealmente con la instigación, porque se trata de tipicidades que tutelan bienes jurídicos diferentes: la del art. 209 tutela la tranquilidad pública frente al autor y a los partícipes de ese delito, en tanto que el tipo de la parte especial que fuese tutela el bien jurídico que corresponda frente al autor y al partícipe del delito al que se haya instigado.

Ello explica que cuando la instigación no sea a cometer un delito, sino "delitos" en forma indeterminada, la pena sea más grave, porque el bien jurídico "tranquilidad pública" estará más comprometido. Si bien la primera parte del artículo, cuando se trata de un delito usa el verbo "instigare", en tanto que la segunda parte, en que se trata de "delitos", emplea "incitare", ello carece de importancia, porque son sinónimos.

e) Una problemática que también da lugar a confusiones es la "participación necesaria", expresión con que se designan diferentes supuestos en que la concurrencia de personas está requerida en el tipo mismo, sea porque el legislador la releva para asociarle cierta consecuencia, sea porque se le impone como una necesidad fáctica. La designación sólo puede ser justificada si la tomamos en el sentido amplio de "participantes" y no en el limitado de "partí-

cipes”²⁰², puesto que en ocasiones se trata de una pluralidad de autores y partícipes, sin que sea regla tampoco la punición de los últimos.

Este fenómeno de pluralidad de participantes típicamente requerida debe ser cuidadosamente esclarecido, a efectos de no incurrir en confusiones sobre las diferentes hipótesis que plantea. El mismo tiene lugar en los tipos en la forma de *convergencia* o en la forma de *encuentro*²⁰³.

En los *tipos de convergencia* los distintos participantes convergen hacia un mismo fin lesivo de un bien jurídico, siendo todos ellos punibles. Esto es lo que pasa en la asociación ilícita (art. 210), en el robo en banda (arts. 166 inc. 2º, 167 inc. 2º), en el homicidio calificado del art. 80 inc. 6º, en el hurto calificado del art. 163 inc. 9º, en la sedición (arts. 229, 230), en la rebelión (art. 226), etc. En todos estos casos se trata de una autoría plural que no ofrece mayores problemas y que nada tiene que ver con la participación en sentido estricto.

En los *delitos de encuentro* las conductas se “cruzan”, dando lugar de este modo a la tipicidad, en forma tal que es necesario determinar en muchos casos cuál es el papel que juegan los distintos protagonistas. Hay supuestos en que ambos son autores, como acontece en el adulterio, pero hay otros en que se requiere cierta actividad del sujeto pasivo para que se configure la tipicidad de la conducta del sujeto activo. Esto último sucede en el *estupro*, por ejemplo, en que de no mediar consentimiento de la mujer habría violación, o en la *usura*, en que el sujeto pasivo debe obligarse, en la *estafa*, en que quien es engañado debe entregar, etc. En otros el consentimiento convierte a uno de los sujetos de pasivo en activo, como el *aborto* consentido (si la mujer no presta consentimiento es sujeto pasivo de una conducta del otro con mayor contenido injusto; si lo presta, ambos son sujetos activos de conductas menos graves).

Por último, no faltan tampoco tipos en que se requiere necesariamente la intervención de sujetos que actúan como partícipes necesarios y, sin embargo, son impunes, junto a otros sujetos, cuya intervención también es necesaria y que pueden ser autores o víctimas. Este complicado juego se da en el duelo. En principio, el duelo requiere la intervención de dos duelistas, que pueden ser autores o sujetos pasivos del delito; además, el tipo requiere la inter-

²⁰² V. supra, § 521.

²⁰³ Cfr. MAURACH, 667.

vención de padrinos, pues sin padrinos no habría duelo regular. Es obvio que los padrinos son partícipes y, no obstante, en tanto que su intervención se limite al papel que les asigna el tipo, la participación es impune.

f) El proyecto de 1891 incorporó como art. 77 el principio consagrado en nuestro actual art. 49, según el cual “no se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta”. Si bien los autores del proyecto expresaron que esta regla por lo general no sentaba una excepción a los principios de la participación ²⁰⁴, puesto que en la mayor parte de los casos no habrá dolo, lo cierto es que quedan fuera de la participación todos los casos.

Esta disposición tiene el claro sentido político-criminal ²⁰⁵ de evitar cualquier interferencia en la circulación de las ideas escritas, como sería la intervención investigadora permanente de actos que en su gran mayoría no son dolosos, pero que perjudicaría en general la actividad ideológica e intelectual, lo que se evita limitando la responsabilidad sólo al autor del hecho. “La Constitución Nacional —dice la Comisión de 1891— ha desechado la censura previa; y sería restablecerla, y restablecer la peor de las censuras —la de la ignorancia— responsabilizar a los editores, grabadores, cajistas, etc., por los actos punibles cometidos mediante la prensa. En efecto, antes de imprimir cualquier trabajo examinarían si es o no ofensivo; y, si a su juicio fuera susceptible de comprometer su responsabilidad, se rehusarían a imprimirlo” ²⁰⁶. Queda claro que esta disposición no sólo se refiere a la prensa periódica, sino a cualquier clase de impresos, incluyendo, claro está, los libros.

El proyecto de 1891 menciona como antecedentes los arts. 12 y 14 del código español de 1870, el que reglaba la cuestión dándole un sentido mucho más liberal que el del art. 7º del código de Brasil de 1830, que es la fuente originaria de la disposición de nuestro art. 49, aunque resulta casi irreconocible. Parece, más bien, que los arts. 12 y 14 del código español de 1870 son una reacción liberal —más liberalizada aún en nuestro texto— contra el reglamentarismo del art. 7º del código imperial del Brasil. Es sumamente defectuosa la disposición de la última parte del art. 37 del proyecto de 1979, según la cual “el editor y en su defecto el impresor, sólo serán responsables cuando el autor no fuere

²⁰⁴ *Proyecto*, 1891, pp. 90-91.

²⁰⁵ Sobre ello, SOLER, II, 268; FONTÁN BALESTRA, II, 420.

²⁰⁶ *Proyecto*, 1891, p. 91.

conocido o se encontrare en rebeldía”, particularmente porque la rebeldía del autor es una circunstancia totalmente ajena a la conducta del editor o impresor, que en modo alguno puede hacer típica su conducta ^{206 bis}.

VII. — LA ESTRUCTURA DE LA PARTICIPACIÓN

540. **El aspecto objetivo.** La instigación y la complicidad son dos formas de extensión típica, por las que un sujeto puede ser punible por afectar bienes jurídicos mediante una conducta que fue realizada dolosamente, pero sin el dominio del hecho. Esta extensión de la tipicidad permite que esas conductas sean también delitos, cuya tipicidad habrá de resultar de la aplicación de las reglas que corresponden a la figura del instigador o del cómplice a un tipo de la parte especial. Establecida de este modo la tipicidad, la conducta típica del partícipe, sea instigador o cómplice, demandará la antijuridicidad y la culpabilidad, como cualquier delito.

Dado que la característica de la participación es la producción de un resultado que afecta un bien jurídico por la vía del injusto doloso de otro, debe tener como base una causalidad, que en este caso es una *co-causación* ²⁰⁷ del resultado.

Esta causación en forma de co-causación deja claramente fuera de la tipicidad objetiva de cualquier forma de participación la que es *ineficaz*, por cualquier razón que fuere (la llamada *tentativa de participación*): porque el autor no se enteró de la instigación, o enterándose no le determinó, porque la cooperación que se quiso prestar en la complicidad no llegó a tiempo, porque el autor no se valió de ella, etc.

La tipicidad objetiva de participación requiere, ineludiblemente, que haya un *injusto principal doloso*. El hecho principal debe ser *típico y antijurídico*. La participación comienza a ser típica cuando el hecho principal comienza a ser típico, es decir, cuando el autor del hecho principal comienza la ejecución ²⁰⁸. De este modo, resulta que en tanto que la tentativa de participación es atípica, la participación en la tentativa es típica ²⁰⁹. Dado que la participación afecta un bien jurídico mediante la conducta típica de otro, mientras esa conducta típica no opere, la conducta del partícipe

^{206 bis} Compárese esta descuidada previsión con el claro razonamiento liberal de la comisión de 1891.

²⁰⁷ Cfr. SAMSON, 211.

²⁰⁸ Cfr. WELZEL, 115; STRATENWERTH, 242; SOLER, II, 263; NÚÑEZ, II, 274; FONTÁN BALESTRA, II, 450; etc.

²⁰⁹ Cfr. SOLER, II, 264; FONTÁN BALESTRA, II, 452.

no puede penetrar el campo de lo prohibido. Cualquier tipificación que se haga de una "tentativa de participación" constituye un tipo independiente que afecta un bien jurídico distinto del que el sujeto quería afectar, en forma indirecta y, por consiguiente, no se trata ya de un problema de participación, sino de autoría de un delito independiente (el art. 209, por ejemplo).

La tentativa de participación comienza con la tentativa del hecho principal por parte del autor, y se consuma también cuando se consuma el hecho principal: cuando falta el resultado desvalorado del hecho principal, la participación tampoco ha sido causal del resultado y, por consiguiente, debe seguir el destino del hecho principal que es a través del cual se lleva a cabo²¹⁰, tal como surge de la regla expresa de nuestro art. 47 *in fine*. Por supuesto que realizándose la afectación del bien jurídico por parte del partícipe por la vía del *injusto* ajeno, basta con que la tentativa del hecho principal configure un injusto en grado de tentativa, sin que importe que el sujeto sea culpable y —menos aún— que sea punible (el desistimiento del autor no beneficiará al partícipe)²¹¹.

Para que el desistimiento del partícipe sea efectivo, éste debe tener lugar después de dado el aporte —puesto que antes no puede hablarse de desistimiento, ya que no hay tipicidad alguna— y debe implicar una verdadera neutralización del aporte. No creemos que deba exigirse siempre, como pretende Maurach, que el desistimiento del partícipe impida la consumación del hecho²¹², porque eso es demasiado: quien se aviene a llevar y a esperar al autor de hurto en su vehículo, para facilitarle el hecho, basta con que interrumpa el aporte consistente en haberlo llevado, marchándose sin esperarle. Por cierto que en determinadas formas de participación, como es el caso de la instigación, de la participación necesaria o cuando el aporte ya no puede interrumpirse o retirarse, el desistimiento deba impedir el resultado, pero, ello no autoriza a extenderlo a cualquier caso, y menos por vía de una regla legal, como se lo pretendió en el segundo párrafo del art. 26 del proyecto de 1979.

Toda vez que la tipicidad penal de la participación se realiza a través del injusto del autor, la tipicidad conglobante de la participación requiere que el bien jurídico esté tutelado también frente al partícipe y no sólo frente al autor. Por consiguiente, será penalmen-

²¹⁰ Cfr. STRATENWERTH, 250; SAMSON, loc. cit.

²¹¹ FONTÁN BALESTRA, II, 451; entiende que el desistimiento del autor beneficia al partícipe.

²¹² MAURACH, 677.

te atípica la conducta de quien participa en la afectación de un bien jurídico propio.

Hemos afirmado ya que el hecho principal debe ser doloso ²¹³, sin que baste la mera representación del dolo por parte del partícipe ²¹⁴ y sin que sea admisible la participación cuando no actúa dolosamente el autor.

Cabe recordar que se ha intentado solucionar el caso en que el autor actúa sin dolo y el partícipe actúa con dolo de participación, como un supuesto de participación impropia, acudiendo a la figura del *Urheberschaft*, es decir, de quien presenta la calidad de *Urheber* o "generador" ²¹⁵. Esta figura de la "generación del hecho" se pretendía que era una *tercera forma de participación* ²¹⁶ con la que se cubrían los huecos entre la autoría y la participación ²¹⁷. Creemos que lleva razón Welzel en cuanto a que este concepto es un recurso artificioso que debe rechazarse, pues no hay junto a la instigación y a la complicidad una figura de "generación del hecho" que sea accesoria de cualquier cosa. Hemos visto que esto no tiene nada que ver con la autoría de determinación que hay en nuestro código y que no pretende ser una forma de participación, sino un tipo independiente, pero que tampoco cubre todos los casos en que Schröder hace aparecer al "generador". Nuestro determinador que es sólo autor de la determinación, es un autor y no un partícipe, porque no pretendemos extender la autoría bajo el nombre de participación, que es lo que con justicia le critica Welzel a Schröder. El autor de la determinación tiene el dominio del hecho y, por consiguiente, es un verdadero autor. Con esto no afectamos ninguna estructura lógico-objetiva, como sucede con la figura del generador, que crea una participación con dominio del hecho, lo que resulta en general inconcebible en el plano óntico.

No basta con que el hecho principal sea doloso, sino que no debe estar el autor del hecho en error de tipo en cuanto a agravantes, es decir, que no debe ignorar las circunstancias calificantes, pues si las ignora, el autor del hecho tendrá sólo el dolo del tipo básico, con lo que su conducta no podrá ser típica del tipo califica-

²¹³ V. supra, 532; cfr. WELZEL, 113; MAURACH, 674.

²¹⁴ Así lo sostienen JESCHECK, 534; BAUMANN, 583; STRATENWERTH, 264.

²¹⁵ La traducción de esta palabra es difícil: *Ursprung* es "origen" o "génesis" y *Urheber* es, en el lenguaje corriente, "autor", pero tiene el sentido etimológico distinto de *Täter*, que también es autor pero que literalmente significa "hechor" (de *Tat*, "hecho"). BUSTOS RAMÍREZ y YANES PÉREZ traducen *Urheber* por "causante" y *Urheberschaft* por "causatividad" (trad. castellana de WELZEL, Sgo. de Chile, 1970, p. 163). Nos parece que es correcto, pero en el sentido de causa "primera", es decir, de "creador", palabra que preferimos no usar, por sus connotaciones teológicas y filosóficas. De cualquier manera, no hay una traducción exacta que sea igualmente significativa.

²¹⁶ Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 370; en contra SAMSON, 206.

²¹⁷ En duro sentido crítico, WELZEL, 114.

do y, por consiguiente, el partícipe que conoce las circunstancias calificantes que el autor ignora, no podrá en ningún caso ser partícipe de un injusto calificado que no existe, sino autor por determinación.

El que facilita a otro una pistola que le dice que es "de humo", cuando, en realidad es de gas venenoso, para que cometa un robo ²¹⁸, no es un cómplice de robo calificado por el uso de armas, sino un simple autor mediato del robo calificado, que se vale de un sujeto que actúa con dolo de robo simple. Quien instiga a otro a que robe usando un arma que sabe que funciona y que está cargada, pero haciéndole creer que está inutilizada, no es instigador de robo calificado, sino autor mediato de robo calificado ²¹⁹.

También el hecho principal debe reunir todos los requisitos subjetivos del injusto, es decir, todos los elementos subjetivos distintos del dolo. Aunque se quiera instigar al curanderismo, no habrá tal instigación si el instigado no actúa con la particular disposición que requiere la habitualidad, caso en el cual serán atípicas las conductas del autor y del instigador. El que instiga a otro a que cometa un hurto calamitoso, no será instigador del hurto calamitoso, sino de hurto simple, si el instigado actúa sin ánimo de aprovechar el infortunio ajeno.

El error de prohibición del autor del injusto principal no afecta en nada la existencia del injusto por parte del mismo, de manera que siempre estará dado este requisito de la tipicidad objetiva de la participación. Para la teoría limitada de la culpabilidad, cuando se trate de casos de falsa suposición de una situación de justificación, habrá una ausencia del dolo y de injusto doloso ²²⁰.

Toda vez que la tipicidad de participación reconoce dependencia de un injusto doloso, no basta con que haya una conducta típica del autor, sino que, además, se requiere que la misma sea antijurídica, es decir, que si alguna causa de justificación ampara al autor faltará la tipicidad objetiva en la conducta del partícipe. No será punible nunca la participación en una conducta justificada, sin perjuicio de que, eventualmente, pueda configurar una autoría.

Por último, cabe tener en cuenta que la tipicidad objetiva de la participación sólo puede tener lugar cuando la conducta se ade-

²¹⁸ Ejemplo de SCHÖNKE-SCHRÖDER, 371.

²¹⁹ V. supra, § 528.

²²⁰ Así, SAMSON, 214.

cua a alguna de las formas típicas de la complicidad o de la instigación que, lógicamente, no admiten extensión posible.

541. **El aspecto subjetivo.** El aspecto subjetivo de la tipicidad de la participación supone el conocimiento de los elementos que acabamos de describir como pertenecientes a la tipicidad objetiva. Sobre la base de ese conocimiento se erige el aspecto conativo del dolo de participación, que consiste en querer el resultado que afecta al bien jurídico.

Resulta claro que cuando el autor actúa *excediendo* lo querido por el partícipe habrá responsabilidad del partícipe sólo en la medida de lo querido por él, es decir, en la medida de su dolo, tal como lo proclama expresamente para el cómplice el art. 47, lo que no hay razón para negar en el caso del instigador²²¹. La regla del art. 47 está reducida al cómplice porque es una supervivencia del art. 80 del código de Baviera, que fue el art. 56 del código Tejedor y 38 del código de 1886, no mencionándose la instigación, porque en todos esos textos se la consideraba una forma de autoría. De cualquier modo es obvio que en aquellos códigos cada autor respondía según su dolo, lo que se extendía con esta regla al cómplice, es decir, a todos los que intervengan en el delito. La aplicación extensiva del art. 47 al instigador no hace otra cosa que consagrar el mismo principio.

Cuando el autor hace menos que lo querido por el partícipe, quien por ejemplo creyó participar en un homicidio y estaba participando en unas lesiones, según fuera el dolo del autor, habrá una participación en la tentativa de homicidio (en caso que el autor haya actuado con dolo homicida) o una tentativa de participación atípica (en caso que el autor haya tenido sólo el fin de lesionar)²²².

Todo lo dicho debe ser entendido, por supuesto, con la aclaración de que el partícipe puede actuar con dolo eventual, de modo que cuando el dolo eventual abarca la comisión de un delito más grave o menos grave por parte del autor, lo señalado no se resuelve del modo expresado, como también en el caso en que el sujeto cometa un delito totalmente distinto del imaginado por el partícipe.

Toda vez que el partícipe siempre quiere la producción del injusto por la vía del injusto ajeno, es correcto entender que cuando el autor comete un error en el objeto, el caso debe resolverse para el partícipe

²²¹ Cfr. con la explicación extensiva, SOLER, II, 260.

²²² Cfr. BAUMANN, 590; JESCHECK, 535; STRATENWERTH, 245.

como una *aberratio ictus*²²³, sea que se trate de un supuesto de instigación o de un supuesto de complicidad. Si bien el caso más frecuentemente planteado es el de la instigación, no creemos que quepa dar otra solución en caso de complicidad.

Quien quiere cooperar en el homicidio de una persona determinada y presta un revólver al autor, quien confunde a la persona y da muerte a otra, debe ser considerado cómplice de tentativa de homicidio, sin perjuicio de la eventual concurrencia ideal de ésta con la tipicidad de homicidio culposo.

Un particular problema —seriamente discutido— ha habido en torno al caso del sujeto que tiene por fin cooperar sólo en una tentativa del injusto cuando el autor se propone consumir el injusto. Puede acontecer que el cómplice sepa que, porque el sujeto pasivo lleva un chaleco a prueba de balas, el homicidio que el sujeto piensa consumir disparándole al pecho no lo logrará y, sin embargo, le facilite el arma. También es posible —y más frecuente— que se dé el caso del “agente provocador” (*agent provocateur*) o “instigador aparente”²²⁴. Tal es el supuesto del “sujeto que incita a otro a cometer el hecho con la finalidad de detenerlo y darlo a la justicia, cuando ya hubiese entrado en la zona de lo punible (tentativa)”²²⁵.

Se suele argumentar que la participación requiere un dolo dirigido a la consumación del tipo y que no es suficiente la voluntad de realización de la tentativa, afirmando así que no es instigador el agente provocador²²⁶. Se afirma que para los partidarios de la tesis que funda la punibilidad de la participación en la culpabilidad del autor, es decir, para la teoría de la corrupción, el agente provocador debe ser punible como instigador²²⁷, en tanto que para quienes la fundan en la causación del resultado —modificada o no— la atipicidad de la conducta del agente provocador se impone²²⁸. Por otro lado, suele decirse que la conducta del agente provocador es atípica porque falta la lesión de bienes jurídicos²²⁹ y también se ha dicho que media un estado de necesidad²³⁰ o que la tentativa del autor configura una tentativa inidónea²³¹.

²²³ Así, SAMSON, 216.

²²⁴ Así lo llama SCHMIDHÄUSER, 435.

²²⁵ MAURACH, 686.

²²⁶ Así, FRANK, *StGB*, 1931, parág. 48, III; KOHLRAUSCH, LANGE, parág. 48, III; MAURACH, 686; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 435; BOCKELMANN, 185; BLEI, 250; BAUMANN, 511; SAMSON, 215; WELZEL, 117; etc.

²²⁷ Desde la tesis de la participación en la culpabilidad, sostuvo la punición del agente provocador HELLMUTH MAYER (*Lehrbuch*, 1953, 338); se identifica luego con la tesis generalizada en Alemania en *Grundriss*, 1967, 163.

²²⁸ Así, MAURACH, BLEI, SAMSON, etc., loc. cit.

²²⁹ Así SCHMIDHÄUSER, 435.

²³⁰ Así STRATENWERTH, 247.

²³¹ Así TERÁN LOMAS, ROBERTO A. M., en *JA*, 1969-I-695; por la im-

Núñez cree que el instigador no es punible cuando la tentativa es inidónea, siempre que tampoco sea punible el autor, pero en caso contrario dice que siempre es punible, aún cuando sea para individualizar y detener al autor de otros delitos²³².

Es necesario distinguir varios supuestos respecto de la conducta del agente provocador. En principio, no hay razón para reducir el caso del provocador al de quien desea entregar al instigado a la justicia. En segundo término, es necesario distinguir el problema del agente provocador del problema del delito experimental y de la tentativa inidónea.

Como principio general, consideramos —en forma diferente a cómo lo entendimos antes— que el agente provocador actúa típicamente. *La ley pena al que determina a otro a cometer un delito, sin distinguir si se trata de un delito completo o incompleto.* Desde el punto de vista de la teoría que funda la punición de la participación en la causación —con las limitaciones y correcciones que le hemos hecho— la punición de quien instiga a otro para que sólo llegue a la tentativa es inobjetable, puesto que la tentativa causa una afectación del bien jurídico, ya que le pone en peligro²³³. Incluso en la tentativa inidónea veremos que hay una afectación del bien jurídico —por perturbación—, de modo que buscar la atipicidad por esa vía es algo que carece de sentido, puesto que la tipicidad conglobante existe.

Cuando se afirma que la conducta del agente provocador está cubierta por un estado de necesidad en caso de que no haya otro recurso para descubrir un delito o que en ese caso media un consentimiento del sujeto pasivo, también hay que distinguir hipótesis diferentes, para poder valorar esa consideración, porque la misma puede ser eventualmente válida, pero no quita la posible tipicidad de la acción del *agent provocateur*. En principio, quedan fuera de la consideración los casos en que no se persigue el fin de descubrir ningún delito ya cometido. En segundo término, si media un acuer-

punidad del agente provocador, fundados en que la instigación requiere dolo de consumación, SOLER, II, 278; FONTÁN BALESTRA, III, 488; CAVALLERO, RICARDO JUAN, *Acerca del agente provocador y del delito experimental*, en LL, 1976, D, 837; igual n. *Teoría*, 666.

²³² NÚÑEZ, II, 299; por la punición, RODRÍGUEZ DEVESA, 687; BETTIOL, 527; en general la doctrina italiana (PANNAIN, 643; ANTOLISEI, 440; etc.).

²³³ JESCHECK, 522 (en la primera edición fundaba la tipicidad en la causación de una conducta injusta, 457).

do del sujeto pasivo, puede haber una atipicidad. Por último, si se trata de interrumpir una serie de delitos o la continuación de un mismo delito, estando afectados o en peligro bienes jurídicos considerables, sin que reste otra solución que acudir a la provocación de una nueva tentativa —idónea o inidónea—, quien lo hace estará cumpliendo con un deber jurídico o cooperando con quienes lo cumplen, de modo que la conducta no será justificada por el estado de necesidad, sino que será atípica por cumplimiento de un deber jurídico.

El problema del “delito experimental” con fines de investigación policial es harto delicado, pero creemos que se trata de una cuestión que hace al alcance del deber jurídico de la policía de investigación. El *principio general* lo establece en palabras claras Bettiol: “los agentes de la policía tienen la obligación de perseguir delitos *perpetrados*, y no la de suscitar, más o menos malignamente, acciones delictuosas con fines pretendidamente lícitos”^{233 bis}.

No obstante, creemos que el principio general cede cuando se trata de un peligro *concreto* y *actual* de bienes jurídicos importantes, como la vida o la *libertad sexual*, en que la dignidad ética del Estado no sufre detrimento si no resta otra solución que el delito experimental y, por ende, éste pasa a ser un deber jurídico para la policía de investigación. Tal es el caso de los agentes que se disfrazan, presentando todas las características de las víctimas anteriores, y se muestran en las circunstancias más favorables para el delito, en las investigaciones de casos de homicidios o violaciones cometidos por maniáticos, o de organizaciones de secuestros extorsivos, etc.

Queda claro —como bien señala Pannain²³⁴— que todos estos argumentos se quedan en la periferia del problema, pero no lo resuelven, porque la posibilidad de un agente provocador que actúe al margen de un deber jurídico y que instigue a una verdadera tentativa de injusto, que afecta bienes jurídicos, siempre seguirá existiendo. El problema de fondo, pues, desbrozado el panorama, queda en pie: *¿es dolo de participación el que sólo quiere llegar hasta la tentativa del autor?*

El dolo de tentativa es el dolo del delito, porque no hay otro dolo²³⁵. Esto no tiene alternativa en cuanto al autor: *el único dolo que puede tener el autor es dolo del delito*, sea que el delito quede tentado o que se consume. En lugar, en el partícipe puede haber un dolo de consumación o un dolo de tentativa, porque el partícipe

^{233 bis} BETTIOL, 575.

²³⁴ PANNAIN, 643.

²³⁵ MAYER, MAX ERNST, 1915, 343.

comete un delito *por la vía* del injusto del autor, y si lo que quiere cometer por tal vía es sólo un injusto tentado, no tiene ninguna otra posibilidad que valerse del injusto doloso del autor integrado con el único dolo que puede haber en el autor. Aquí media una imposibilidad fáctica, óptica, de que el dolo del partícipe combine con el dolo del autor. *La voluntad realizadora de una tentativa —concebible en el partícipe e inconcebible en el autor— sólo puede realizarse mediante la voluntad realizadora de un tipo objetivo en la forma en que integra un injusto doloso.*

En síntesis, no sólo creemos que el dolo de tentativa del partícipe sea una forma de dolo de participación, sino que, además, es únicamente como tal que es concebible y *la circunstancia de que en ese caso el autor quiera algo diferente del partícipe, obedece sólo a una imposibilidad óptica de realizar ese dolo de otra manera.*

En consecuencia de lo dicho, cuando el autor llegue a la consumación, el partícipe siempre responderá como tal hasta su dolo de participar en la tentativa, salvo que medie dolo eventual en cuanto al delito consumado. De cualquier manera, mediará en su caso un concurso ideal de participación en tentativa con autoría culposa.

542. Algunas formas de aparición de la participación. a) Al igual que hemos considerado posible la co-autoría en la omisión, creemos que es posible la α) participación en la omisión y la β) participación mediante omisión²³⁶.

a) A instiga a B a omitir el cumplimiento de sus deberes de asistencia familiar.

β) A deja abierta una puerta que debe cerrar en razón de sus funciones de vigilancia y seguridad, para que B penetre a cometer un atraco.

b) La participación puede darse también *en cadena*, es decir, en forma de instigación a la instigación o de complicidad en la complicidad. Estas hipótesis no plantean problemas prácticos mayores, salvo la solución de la complicidad en la complicidad, cuando es secundaria o no necesaria, en que cabe preguntarse si corresponde una doble (triple, cuádruple, etc.) reducción de la pena conforme a la regla del art. 46. Esto dependerá de que se entienda que la participación en la conducta del partícipe configura una

²³⁶ Cfr. FONTÁN BALESTRA, II, 423-5; FIERRO, GUILLERMO, *Teoría de la participación criminal*, Bs. As., 1964, pp. 45-48; NÚÑEZ, II, 290.

participación en el injusto del autor o una participación en la participación. Creemos que cabe considerarla como una participación indirecta o mediata en el hecho del autor, lo que explica mejor que mientras el injusto del autor no comienza a ejecutarse, toda la cadena de participaciones sea impune y, por otra parte, evite la absurda cadena de atenuaciones de la escala penal en caso de complicidad secundaria en cadena.

La participación en cadena puede darse también entre distintas formas, tales como complicidad en la instigación e instigación a la complicidad, combinación que abarca el número de variables posibles en cada nuevo eslabón de la cadena. La instigación a la complicidad y la complicidad en la instigación son siempre complicidad en el hecho, porque el que instiga al cómplice coopera en el hecho y el que coopera con el instigador también coopera con el hecho (no determina al autor)²³⁷.

c) Puede darse también la *conurrencia de formas de participación*, que puede asumir muy diversas modalidades. Si concurren varios partícipes en una misma acción, se podrán aplicar entre ellos las reglas de la co-autoría o de la autoría paralela, según el caso²³⁸.

Es posible que una misma persona desempeñe distintos papeles en torno de un mismo hecho. En tal caso, la forma de participación más grave interfiere a la de menor gravedad, en forma tal que quien interviene como co-autor y como partícipe, será penado sólo como co-autor y el que interviene como instigador y cómplice, será penado sólo como instigador²³⁹, en función del principio de subsidiaridad.

543. El problema de la llamada “comunicabilidad de las circunstancias”. En nuestra doctrina se ha dado en llamar “comunicabilidad de las circunstancias” a lo que no son más que las consecuencias de la accesoriedad de la participación y del principio de individualización de la culpabilidad, aplicado a la interpretación del art. 48 de nuestro código.

No nos cabe duda de que nuestro código adopta el principio de la *accesoriedad limitada*, es decir, que la participación es accesoría de un injusto. Deducimos esto de lo *dispuesto en la última parte del art. 47* y de la *atipicidad de la tentativa de instigación y de complicidad*. Estas circunstancias nos revelan que rechaza la

²³⁷ Cfr. WELZEL, 120; MAURACH, 681; JESCHECK, 528; SAMSON, 217.

²³⁸ Cfr. STRATENWERTH, 256.

²³⁹ Cfr. STRATENWERTH, 257.

accesoriedad extrema, puesto que, de adoptar la accesoriedad en la culpabilidad —el argumento de la corrupción del autor— tipificaría la tentativa de corromper al autor, y de adoptar la tesis de los tipos independientes no haría depender la penalidad del hecho de que el autor haya consumado o no el delito. No obstante, queda aún una duda, consistente en saber por qué no adopta el principio de la accesoriedad mínima, es decir, en la mera tipicidad penal de la conducta.

Sostenemos que nuestro código adopta el criterio de la accesoriedad del injusto y no de la tipicidad únicamente, porque en el estado de necesidad justificante y en la legítima defensa resulta claro que nuestro código justifica la conducta del que coopera con el que está amparado por la justificación. En el estado de necesidad es evidente que no distingue entre autor y partícipe, sino que cubre a todos. Ello surge del verbo que usa el inc. 3º del art. 34: “el que causare un mal”. Se trata de un tipo permisivo cuyo sujeto activo es el mero *causante*, sea autor o partícipe. En la legítima defensa se puede amparar tanto el que defiende sus propios bienes jurídicos, como el que defiende los bienes jurídicos de un tercero. En ninguno de ambos casos el código limita la legítima defensa al que actúa como autor, lo que, por otra parte sería irracional, porque si están comprendidos en el tipo permisivo tanto el que defiende sus propios bienes como el que defiende los bienes ajenos cuando son autores de la defensa, sería absurdo pretender que queda fuera del tipo permisivo el que se limita a cooperar con la acción del tercero que le defiende, o el que se limita a participar de la acción del que se defiende.

El principio de la accesoriedad limitada resultaría violado cuando fuese punible como partícipe quien actúa en forma accesoria de algo que no es un injusto, pero no cuando se justifica la conducta de alguien que participa de una acción típica y antijurídica. En consecuencia, la acción del tercero que coopera con el provocador en su defensa —y que por lógica está justificada— no constituye violación a la accesoriedad limitada. Ello resulta de que la participación es accesoria de la autoría, pero no la autoría de la participación.

Habría una derogación del principio de accesoriedad limitada si se penase al provocador que participa en la conducta del tercero no provocador que le defiende, pero no creemos que esta excepción esté comprendida en la formulación legal que sólo excluye del tipo permisivo al que “se” defiende, pero no al provocador que obra en

defensa propia cuando otro "le" defiende, participando en la conducta justificada del que "le" defiende.

Estas razones nos confirman aún más en el convencimiento de que nuestro código adopta el principio de la accesoriedad limitada, lo que nos lleva a afirmar que el art. 48 del código penal debe ser interpretado ateniéndonos en todo momento a las reglas que surgen de este principio, puesto que, si no las tenemos en cuenta, *el art. 48, entendido simplemente en forma exegética, hace trizas cualquier intento de construcción racional de la participación en nuestro derecho. La sola lectura del mismo basta para convencernos de que no puede ser interpretado en forma meramente exegética: "Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir, o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe"*.

Esta disposición es un desafortunado injerto que hizo en nuestra ley el proyecto de 1891 y que, por gran falta de comprensión de los autores de los proyectos posteriores, quedó tan mal redactado en el texto vigente. El *art. 71 del proyecto de 1891 decía: "Las circunstancias, cualidades y relaciones personales que excluyan, disminuyan o aumenten la criminalidad no se tomarán en cuenta, en la aplicación de las penas, sino respecto del autor o del cómplice a quien conciernen. Sin embargo, cuando las circunstancias, cualidades y relaciones personales que agraven la criminalidad, concernientes a uno de los partícipes, hayan servido para facilitar la ejecución del hecho, se tomarán en cuenta también para establecer la responsabilidad de los coautores y cómplices que las conocían en el momento en que concurrieron al hecho"*. El proyecto citaba como antecedente el art. 50 del código holandés, el art. 74 del código húngaro y el art. 65 del código italiano. Sabido es que entre el código italiano y el holandés media un emparentamiento.

*El art. 50 del código holandés dice: "Las circunstancias personales que excluyen, disminuyen o agravan la criminalidad son tomadas en consideración en la aplicación de la ley penal, sólo respecto del autor o del cómplice al que conciernen personalmente"*²⁴⁰.

El art. 74 del código húngaro de 1878 era análogo al art. 50 del código holandés²⁴¹ y decía: "Las cualidades o circunstancias personales que concurran en un autor o cómplice y que hagan desaparecer la criminalidad del hecho, o disminuyan o aumenten la pena imponible, no ten-

²⁴⁰ *Les Codes Penaux Europeéns*, III, 1393; *Wetboek van strafrecht*, Deventer, 1977, p. 24.

²⁴¹ CRIVELLARI, G., *Il Codice Penale per il Regno d'Italia, Interpretato*, Torino, 1892, IV, p. 188.

drán aplicación a los demás autores o cómplices en quienes no concurren”²⁴².

El art. 65 del *Codice Zanardelli* decía: “Las circunstancias y las cualidades inherentes a la persona, permanentes o accidentales, por las que se agrava la pena de alguno entre aquellos que han concurrido al delito, cuando hayan servido para facilitar la ejecución, están a cargo también de aquellos que las conocían en el momento en que concurren; pero la pena puede ser disminuída en un sexto y el ergástulo puede ser sustituido por la reclusión de veinticinco a treinta años”²⁴³.

Para el código holandés, las circunstancias personales no se comunican nunca, sea que agraven o atenúen la “criminalidad”. Para el código italiano —aunque no lo dice— tampoco se comunican, pero hace la salvedad de que las agravantes se comunican sólo cuando sirvieron para facilitar el delito y en la medida en que los demás las conocían. El proyecto de 1891 toma el sistema italiano, sólo que suprimiéndole la última atenuación facultativa que éste contiene y aclarando su fórmula con la disposición holandesa, que en el texto italiano estaba tácita. Si bien el texto holandés parece el más coherente, el italiano y el de 1891 no dejaban de serlo, porque agravaban la pena por circunstancias personales sólo cuando éstas habían aprovechado al hecho por todos cometido. El proyecto de Segovia seguía en general el mismo criterio (art. 37).

El proyecto de 1906 suprimió directamente la disposición, pero la misma, en su redacción actual, aparece en el proyecto de 1917²⁴⁴, con una explicación incomprensible: “Quiere decir así que las circunstancias atenuantes que eximen o atenúan, no se comunican y sólo tienen alcance personal; y en cuanto a las agravantes se comunican sólo cuando el partícipe las conoce, porque sólo así ha podido tenerlas en cuenta”²⁴⁵.

La explicación más coherente, sin embargo, de lo que quiso decirse en este artículo, la da Rodolfo Moreno (h.)²⁴⁶, aunque pasó ignorada en gran medida para nuestra doctrina, que pareció desconcertarse ante un texto que, tomado literalmente, es verdaderamente desconcertante.

Si esta disposición la entendiésemos en el sentido de que cuando un tipo aparece atenuado por alguna relación, circunstancia o calidad personal del autor, ésta nunca puede beneficiar al partícipe, la conozca o no la conozca, y que cuando el tipo aparece agravado por una relación, circunstancia o calidad del autor, ésta perjudica al partícipe si la conoce, no parece tener una explicación coherente y satisfactoria, porque *las calidades personales conocidas por el partícipe no le benefician si son atenuantes y le perjudican si son agravantes*.

²⁴² RAMOS JUAN P., *Concordancias del proyecto de código penal de 1917*, Bs. As., 1921, p. 248.

²⁴³ CRIVELLARI, p. 38.

²⁴⁴ *Proyecto*, 1917, p. 140.

²⁴⁵ *Idem*, p. 89.

²⁴⁶ MORENO (h.), RODOLFO, III, p. 57.

Para mayor desgracia de esta redacción parece que las calidades del partícipe tampoco benefician al autor si son atenuantes, pero *las calidades personales del partícipe perjudican al autor cuando son agravantes*, lo que llevaría a concluir en que *la autoría es accesoria de la participación*. Si entendemos de esta manera este artículo, *todo lo que se haya teorizado sobre la participación no tendrá valor alguno entres nosotros*, pero tampoco habría quien pueda explicar qué quiere decir el resto de las disposiciones que la regulan. Esta interpretación derrumbaría cualquier intento de explicar satisfactoriamente la participación en nuestro código.

En realidad, la fórmula legal quedó trunca, porque los redactores no se percataron de que la alteraban sustancialmente al separarse del código italiano sin dar explicación alguna, pese a que Herrera había insistido en que las agravantes personales conocidas debían perjudicar a los partícipes sólo cuando habían favorecido la ejecución del hecho, como decía el código italiano²⁴⁷. De cualquier manera, así la tenemos en la ley y es menester interpretarla en forma que sea racional, dejando a salvo que la responsabilidad de esta mala redacción no se debe a ninguno de los dos hombres que más han influido en nuestro código —Rivarola y Herrera—, sino exclusivamente a los redactores de la forma casi definitiva de 1917 en la Comisión de la Cámara de Diputados.

En principio, hay tres cuestiones que separar nítidamente:

1ª) *¿Qué son las “relaciones, circunstancias y calidades personales”?* 2ª) *¿Qué significa “disminuir” o “agravar” la penalidad?* 3ª) *¿Entre quiénes tienen influencia las que agravan la penalidad?* Las respuestas a estas tres preguntas son las que constituyen la base de cualquier entendimiento de la fórmula del art. 48.

a) Entendemos que las “relaciones, circunstancias y calidades personales” (en lo sucesivo hablaremos sintéticamente de “circunstancias personales”) son únicamente las que hacen a la culpabilidad, a la peligrosidad y a la punibilidad, es decir, aquellas que no se transmiten en función de la accesoriadad limitada. De allí que resulte claro en este sentido, el *principio general* de que, agraven o atenúen la penalidad, “no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan”. Resulta coherente que la inculpabilidad de cualquiera de los participantes (autores, instigadores, cómplices) no pueden beneficiar a otro; que las atenuaciones por la edad tampoco puedan hacerlo; que la menor culpabi-

²⁴⁷ HERRERA, JULIO, 532; en igual sentido el Senador Angel D. Rojas, en Moreno (h), III, 58-60.

lidad —como la emoción violenta y las causas extraordinarias de atenuación del art. 80— tampoco beneficien a los otros; y que las causas personales de exclusión o cancelación de pena surten un efecto estrictamente personal.

b) Habiendo aclarado que “circunstancias personales” son las que se refieren a la culpabilidad y a la peligrosidad del autor y del partícipe, como también las que se refieren a la operatividad de la penalidad, nos queda por ver cuándo agravan y cuándo disminuyen la penalidad conforme al art. 48. No es necesario que nos preguntemos cuándo la excluyen, porque sabemos que ello sucede en todos los casos de inculpabilidad y en las causas personales que excluyen o cancelan la penalidad. La ausencia de peligrosidad no cancela por sí misma la penalidad, sino que en un sólo caso puede impedir la operatividad de la penalidad (art. 44 último párrafo).

Hay tres respuestas posibles a este interrogante: α) se refiere únicamente a los casos en que la culpabilidad y la peligrosidad operan dentro de los límites de los arts. 40 y 41; β) se refiere únicamente a los casos en que la culpabilidad opera por efecto de un tipo de culpabilidad, en el sentido de que una mayor o menor culpabilidad altera en forma particular la escala penal; o γ) se refiere a ambos casos.

Responderemos aquí a este interrogante y luego, por razones de claridad expositiva, lo explicaremos más en particular para la hipótesis excepcional en que las circunstancias personales agravantes pasan del autor al partícipe.

Creemos que se trata de casos en los que la respuesta que se impone es la tercera, puesto que *en ambos supuestos se altera la penalidad*, sólo que en uno dentro de la escala general del delito y en otro conforme a una escala particular; por consiguiente, ambas dan lugar a circunstancias personales que alteran la penalidad.

Por otra parte, entendiendo que se trata también de las circunstancias personales que dan lugar a una mayor o menor culpabilidad y peligrosidad dentro del art. 41, *el art. 48 sienta la regla de la punibilidad independiente de los partícipes*.

Las calidades personales que no están abarcadas por el art. 48 como agravantes o atenuantes, ni en la regla general ni en la excepción particular, son las que forman parte del injusto, como es el carácter de pariente en el parricidio, el de funcionario en la malversación, el de ascendiente en los delitos contra la honestidad, el de casado en el adulterio, etc., sea que funden o agraven el injusto,

porque éstos perjudican al partícipe que los conoce en función del concepto general del dolo de participación.

La regla general misma del art. 48 es innecesaria, porque surge de la accesoriad limitada de la participación y de la misma accesoriad limitada surge también la individualidad de las circunstancias personales que hacen a la culpabilidad, de modo que lo único necesario sería la excepción, tal como lo hacía el código Zanardelli, tomado como modelo. La regla general es una aclaración hecha por los proyectistas de 1891 sobre la base de los códigos holandés y húngaro, pero como bien lo observó la doctrina italiana, es innecesaria ²⁴⁸.

De ahí que el art. 46 no se refiera para nada a la reincidencia, que es un mayor contenido injusto eminentemente personal, y veremos luego que, tal como está redactado este artículo, tampoco es muy necesaria la excepción que consagra para las circunstancias personales agravantes.

El argumento con que Núñez afirma que no se refiere a las circunstancias del art. 41 nos parece insuficiente. Dice que no puede referirse a las circunstancias de los arts. 40 y 41, "pues su función es servir para la aplicación de las escalas penales, sin alterarlas o excluirlas" ²⁴⁹. No nos parece que esta razón sea válida: aunque no altere las escalas, indica cómo manejarse dentro de ellas, que, por cierto, suele ser importante.

Soler, por su parte afirma que las circunstancias del art. 41 no son agravantes y atenuantes de la penalidad, sino que son circunstancias "de mayor o menor peligrosidad" ²⁵⁰, que, por consiguiente, nada tienen que ver con las que estamos estudiando. Si ello fuera cierto, el único criterio cuantificador de la pena en nuestro código sería la peligrosidad, lo que negamos rotundamente, como la veremos más adelante. Por otra parte, no nos cabe duda de que la peligrosidad es una circunstancia personal que agrava la penalidad.

La opinión que sostenemos es —al menos en cierta forma— la de Moreno, pues el ejemplo del pariente que pone no se refiere al parricidio, sino al homicidio del hermano de uno de los "copartícipes", puesto que habla de "pariente en segundo grado" ²⁵¹, aunque veremos luego que el ejemplo no es del todo feliz, sólo que por razones dogmáticas que Moreno, lógicamente, no podía percibir. De cualquier modo, es clara su opinión de que la excepción del art. 48 opera dentro de los límites del art. 41.

La calidad de pariente en el parricidio es uno de los caracteres del injusto, y para nada tenía necesidad de mencionarlo el código, porque es natural que del autor pase al partícipe, puesto que el partícipe lo es

²⁴⁸ Cfr. MAJNO, I, 226.

²⁴⁹ NÚÑEZ, *Manual*, 304.

²⁵⁰ SOLER, II, 262.

²⁵¹ MORENO (h), RODOLFO, III, 57-58.

en un injusto de parricidio. Así lo entendió la doctrina y la jurisprudencia italiana, que afirmaban que “no era necesario que el código sancionase con una disposición expresa la comunicabilidad de las cualidades personales que sirven para constituir o incluso para agravar al delito”²⁵² y excluyó de las agravantes al parricidio, a la ascendencia en la corrupción de menores, etc.²⁵³. Cabe tener en cuenta que en Italia también se restringió la aplicación por el requisito de que la circunstancia personal hubiese favorecido la ejecución del hecho.

Por otra parte, abona nuestro criterio un significativo detalle: el código holandés hablaba de agravar, atenuar o excluir la “criminalidad” (art. 50); el italiano la “penalidad” (art. 65); el proyecto de 1891 —en que aparece la disposición— habla de la “criminalidad”; pero ya en el proyecto de 1917 se vuelve a la fórmula italiana en este sentido, al hablar de “penalidad”. Es indiscutible que las circunstancias de los arts. 40 y 41 agravan y atenúan la penalidad, en tanto que las especialmente relevadas en la ley alteran la “criminalidad”.

c) En tercer lugar, cabe preguntarse entre quiénes tienen influencia las circunstancias personales que agravan la penalidad. La ley pareciera dar a entender que pueden tener influencia de autores a partícipes y de partícipes a autores, lo que se correspondía con el antecedente italiano. No obstante, al antecedente italiano puede extender la agravante de este modo, porque se limita a una agravante que es aprovechada por todos los que participan, en la calidad que fuere, ya que favorece la ejecución del hecho. Ese es otro argumento por el que los italianos decían que no puede extenderse la calidad de pariente del parricidio, pero extendían la de doméstico en el hurto, ejemplo que citaban los autores del proyecto de 1891²⁵⁴. Pero en nuestro código esto no pasa. *Crear que aquí se pueden transmitir las circunstancias personales que agravan la penalidad del partícipe al autor, implica tanto como hacer a la autoría accesoria de la participación, con lo que se invierte cualquier planteo coherente acerca de la autoría y habría que sostener que nuestro código adopta el sistema del autor único con comunicabilidad de circunstancias entre todos los “co-autores”.*

Soler se percata de que esta interpretación causa cierto desbarajuste y trata de salvar la situación afirmando que la transmisión se opera entre todos los participantes que hacen un aporte necesario, sean autores, instigadores o cómplices primarios, pero no se opera de los

²⁵² MAJNO, LUIGI, *Commento al Codice Penale Italiano*, Torino, 1924, I, 224.

²⁵³ *Idem*, 226.

²⁵⁴ V. MAJNO, 226; *Proyecto*, 1891, p. 88.

cómplices secundarios a los restantes participantes²⁵⁵. Este planteamiento no salva a la participación, porque por más que Soler admita que quien es responsable de un aporte necesario no es autor, resulta incoherente que sostenga que un partícipe puede transmitir sus circunstancias al autor, porque sigue haciendo a la autoría accesoria de la participación.

Fontán Balestra no se percata en absoluto del problema y dice que *de lege lata* la solución de Soler no tiene fundamento, tratando de demostrar que es equitativo que la circunstancia conocida por el partícipe e ignorada por el autor, se transmita al partícipe. El ejemplo que pone es el de un sujeto que instiga a otro a que mate a su padre, desconociendo el instigado el vínculo —que en el ejemplo parece ser indiferente con quién es—, y afirmando que es justo que el instigador lo sea de un parricidio²⁵⁶. El ejemplo cae totalmente descolgado, porque se trata de una autoría de determinación al parricidio y no de una instigación, y, además, para nada invalida la consecuencia de demoler todos los principios de la participación.

El único tratadista que se da cuenta del problema —y cambia su anterior posición— es Núñez, quien con toda coherencia afirma que “dado que sólo la relación, circunstancia o calidad de índole personal que corresponde al autor o autores del delito, es susceptible de agravar su penalidad, la comunicación únicamente puede funcionar del autor a los otros partícipes y no al revés”²⁵⁷.

En rigor de verdad, el art. 48 sienta la regla general de que las circunstancias personales son individuales respecto de los autores y cómplices, y luego hace una *excepción para las circunstancias personales agravantes “conocidas por el partícipe”*, y con esta regla y esta excepción y las distintas denominaciones que usa (“autor” y “cómplice” en la regla; “partícipe” en la excepción), nos deja abierto el camino para darle a la palabra “partícipe” el sentido amplio de “participante” o el sentido técnico y estricto de “cómplice e instigador”. Con el sentido amplio de “participante” (autores, instigadores y cómplices) es desbaratante, en tanto que con el sentido limitado o estricto (instigadores y cómplices) es respetuosa de la accesoria de la participación.

En este segundo sentido resultaría corroborando el alcance que le da Núñez —que es el único admisible— y restaría sin valor el argumento de que cualquier limitación pierde sentido de *lege lata*, esgrimido por Fontán Balestra²⁵⁸.

Este art. 48, como si no hubiese generado suficientes confusiones,

²⁵⁵ Así, SOLER, II, 263.

²⁵⁶ Así, FONTÁN BALESTRA, II, 448.

²⁵⁷ NÚÑEZ, *Manual*, 305.

²⁵⁸ V. FONTÁN BALESTRA, loc. cit.

parece presentar otra asimetría consistente en sentar la regla general de individualidad de las circunstancias personales de que se ocupa, refiriéndola sólo "al autor o cómplice", en tanto que la excepción la extiende al cómplice y al instigador ("partícipe" en sentido estricto). Así entendido, pareciera ser que excluye al instigador de la regla general, lo que podría interpretarse en el sentido de que las circunstancias personales que excluyen o disminuyen la penalidad puedan influir del autor al instigador. Por supuesto que semejante interpretación es absurda, pero la letra de ley es tan defectuosa que bien puede dar lugar a ella.

El proyecto de 1917, tal como había sido redactado por la Comisión de la Cámara de Diputados, contenía el art. 48 con la misma redacción vigente, salvo que en esta parte decía: "...no tendrán influencia sino respecto al autor, *instigador* o cómplice a quienes correspondan"²⁵⁹. Rodolfo Moreno (h.) da cuenta de que "la segunda Comisión de Códigos del Senado propuso se suprimiese la palabra *instigador* colocada después del término *autor*", y agrega que, en su opinión, al aceptarse esa modificación "no se ha cambiado ningún concepto, desde que el término *autor* comprende al de *instigador*, dado el sistema del código"²⁶⁰. Resulta claro, frente a esta opinión de Moreno, que no se había percatado de que cambiando la redacción que el art. 45 tenía en el proyecto de 1906 (donde era art. 48), se había abandonado el sistema de "declarar" autor al instigador y al cómplice primario, para reservarles sólo "la pena del autor".

El impedimento para una interpretación tan estrafularia es el principio general de la accesoriedad limitada de la participación, que nuestro código consagra en las disposiciones que hemos referido al comienzo. De este principio se desprende que las calidades personales del autor que integran el injusto afectan siempre al partícipe y, también por otro lado —como ineludible consecuencia de lo anterior— que las que hacen a la culpabilidad, a la peligrosidad y a la punibilidad, son eminentemente individuales. De allí que el principio general del art. 48 resulte prácticamente innecesario en la ley, a tal punto de que no se lo establecía en la fórmula italiana del código Zanardelli, porque se lo daba por derivado de las reglas generales sobre la responsabilidad penal de los partícipes.

En consecuencia, es totalmente irrelevante que el art. 48 mencione o no a los instigadores entre los sujetos a los que aplica su regla general, en virtud de que ella se deduce —de cualquier manera— en forma directa e ineludible, del principio de accesoriedad limitada, es decir, del principio de que la participación siempre depende de un injusto, lo que hace, por un lado que las calidades personales del autor que forman parte del injusto se extiendan al instigador (y al cómplice), y, por otro lado, que las que hacen a la culpabilidad, a la peligrosidad y a la operatividad de la penalidad, sean eminentemente individuales.

²⁵⁹ Proyecto, 1917, p. 140.

²⁶⁰ MORENO (h.), RODOLFO, III, 59-60.

En síntesis, cabe decir respecto del art. 48, que:

1º) *Establece como principio general que las circunstancias personales que fundamentan causas de inculpabilidad, de menor y de mayor culpabilidad o peligrosidad y de exclusión y cancelación de la penalidad, son eminentemente individuales, lo que implica consagrar la regla de que la cuantificación penal es eminentemente personal aún en caso de concurso de personas en el delito.*

2º) *Excepciona del anterior principio las circunstancias personales que fundan una agravación de la penalidad del autor y que son conocidas por el partícipe.*

544. **Las circunstancias personales que influyen sobre los partícipes.** Hemos visto que en la excepción consagrada por el art. 48, las “relaciones, circunstancias y calidades personales cuyo efecto sea agravar la penalidad” del autor influyen sobre los partícipes, y también hemos afirmado que talés circunstancias son las que hacen a una mayor penalidad dentro de las escalas normales, por efecto del art. 41, o bien, mediante escalas especiales en “tipos de culpabilidad agravados”, esto es, cuando la ley releva con una pena mayor a la de la escala del delito, la mayor culpabilidad del autor que obedece a circunstancias personales del mismo.

Esto, dicho de esta manera, parece una excepción al principio general de la accesoriadad de la participación respecto de la culpabilidad del autor. Incluso puede creerse que es una aberración pensar que la peligrosidad del autor pueda influir sobre la del partícipe, puesto que la peligrosidad es un juicio de probabilidad eminentemente personalizado sobre la posible conducta futura del autor. Por otra parte, parecería que, de cualquier manera, hay una asimetría en cuanto a la influencia que pueden ejercer las circunstancias personales, ya que consagra la influencia de las que agravan la penalidad y proscribela de las circunstancias que la atenúan.

No obstante, si leemos detenidamente nuestro artículo 48, veremos que en ningún momento dice que esas circunstancias se “transmiten” o no se transmiten, sino solamente que tienen “influencia” o que no la tienen (“no tendrán influencia” y “tendrán influencia”, dice respectivamente). “Influir” no significa más que el accionar de una cosa sobre otra, es decir, que una cosa tiene efecto sobre otra, pero ese efecto no necesariamente debe ser un efecto producido siempre en razón directa, sino que, a veces, puede ser también en razón inversa. En este sentido, la ley sólo dice que las circunstancias personales que disminuyen o excluyen la penalidad, del autor

no tienen influencia alguna sobre el partícipe, pero excepciona las que agravan la penalidad del autor, que tienen influencia sobre el partícipe que las conoce, pero *no dice en ningún momento que esta influencia deba ser invariablemente en razón directa.*

“Tener influencia” no es “comunicar” y menos “extenderse” sino que “tener influencia” es que producen algún efecto sobre la penalidad del partícipe.

Por consiguiente, si con este entendimiento textual de “tener influencia” (y de “no tener influencia”) —que es por demás respetuoso del texto de este artículo— encaramos su interpretación, veremos que el ámbito de la excepción que consagra no pasa de ser el que indica la lógica dentro de un sano criterio de cuantificación penal.

Sabemos que el partícipe es autor de un delito y, por consiguiente, de una conducta que no sólo es típica, con una tipicidad de la que ya nos hemos ocupado tanto en un aspecto objetivo como subjetivo, sino que también debe ser antijurídica y culpable. Si bien la participación es siempre accesoria de un injusto, no basta con que la conducta del autor sea un injusto (lo que es sólo un requisito de la tipicidad objetiva de la conducta del partícipe), sino que, además, la propia conducta del partícipe tiene que ser un injusto. Por otra parte, no interesa en absoluto que la conducta del autor sea culpable, puesto que la participación es accesoria de un injusto, pero no necesariamente de un delito, pero es necesario que la conducta del propio partícipe sea culpable para ser delito.

El injusto del partícipe debe serle reprochable, pues, al propio partícipe y, al hacerlo, no podemos dejar de tener en cuenta que el injusto es accesorio de otro injusto ajeno, puesto que siempre la culpabilidad debe corresponderse con el injusto, es decir, que siempre la reprochabilidad debe adecuarse al injusto, toda vez que es reprochabilidad de ese injusto y no de otro. Ya vimos que la correspondencia del injusto con la culpabilidad era una de las observaciones que el propio Beling receptó en 1930.

La culpabilidad del partícipe, por ende, debe ser precisamente la reprochabilidad de una conducta que es accesoria de la conducta de otra persona. *Esto en modo alguno hace que la culpabilidad del partícipe sea accesoria de la culpabilidad del autor, sino sólo que tiene características propias.* Cuando en la vida ordinaria se le reprochan a alguien sus compañías, este reproche no es accesorio del que se le puede hacer a sus amigos (a los que incluso puede no hacersele ninguno, porque sean locos, por ejemplo), pero no es igual

al reproche que se le hace a la misma persona en razón de que le haya propinado una golpiza a su mujer.

Hay pues, en la culpabilidad del partícipe, peculiaridades que son exclusivas de la culpabilidad que corresponde al injusto del partícipe.

Teniendo esto en cuenta —e insistiendo en lo que significa “tener influencia”— resulta que *una de las características que presenta la culpabilidad del partícipe es, justamente, que las “relaciones, circunstancias y calidades personales” del autor, tienen influencia sobre la culpabilidad del partícipe cuando agravan la pena del autor, en tanto que no pueden tenerla cuando la disminuyen o la excluyen*. Si meditamos detenidamente la cuestión, veremos que esta solución se impone.

a) En principio, *resulta en extremo coherente que las “relaciones, circunstancias y calidades personales del autor” “que excluyen la penalidad” del autor, no es lógico que “tengan influencia” sobre el partícipe*.

Estas pueden ser causas de inculpabilidad (como la condición de pariente cercano o amigo íntimo en el encubrimiento personal) o causas que excluyen la penalidad (el parentesco en el hurto y otros delitos contra la propiedad; la menor peligrosidad en la tentativa inidónea) o causas que cancelan la penalidad (el matrimonio posterior con la ofendida en algunos delitos contra la honestidad). Es inobjetable la disposición de la ley en este sentido.

b) *Las “relaciones, circunstancias y calidades personales de autor” que disminuyen la penalidad del autor, tampoco es lógico que tengan influencia sobre el partícipe*.

α) Estas pueden ser causas de menor culpabilidad (como la emoción violenta o el estado puerperal) que no tiene sentido extender a quienes no las presentan. β) También pueden consistir en circunstancias de menor culpabilidad o de menor peligrosidad dentro de los límites del art. 41. El efecto de estas circunstancias personales del autor sobre la culpabilidad del partícipe es generalmente inverso, de modo que una atenuación para el autor suele ser una agravación para el partícipe, lo que resulta bastante peligroso, puesto que la cuantificación penal en caso de concurrencia sería casi siempre una balanza desequilibrada.

Pensemos que la menor culpabilidad del autor por la miseria o por la edad, aumenta la reprochabilidad de quien le instiga al delito, que se habría aprovechado de esa circunstancia para ver facilitada su instigación, o que la menor proclividad al delito por par-

te del autor demostraría una mayor habilidad disuasiva por parte del instigador, etc. *Permitir que estas circunstancias personales que disminuyen la penalidad del autor sean tenidas en cuenta para la culpabilidad del partícipe es colocar al juez entre dos fuegos a la hora de la cuantificación penal.*

γ) A veces son las motivaciones las que disminuyen la culpabilidad del autor, pero todo el ámbito de las motivaciones queda fuera del concepto de "circunstancias, relaciones y calidades personales", pues es claro que el motivo no es una relación, ni una circunstancia, ni una calidad. De cualquiera de ellas puede surgir que se le reproche con mayor intensidad al sujeto el no haberse motivado en la norma, pero ellas mismas no son un motivo.

Por consiguiente, *las motivaciones que disminuyen la penalidad porque disminuyen la culpabilidad, quedan fuera de las circunstancias personales del autor que no influyen sobre la culpabilidad del partícipe, porque no constituyen ni una relación, ni una calidad, ni una circunstancia personal, y no porque disminuyan la penalidad.* Con esto queda también automáticamente dicho, que quedan fuera de las circunstancias personales que agravan la penalidad del autor y que influyen sobre la culpabilidad del partícipe.

Esto es completamente razonable, porque el autor puede actuar por un motivo y el partícipe por otro, en forma tal de hacer que cada uno de ellos sea sujeto de un reproche independiente, que puede ser mayor para el autor o para el partícipe, según el caso. Esto nos revela que *todo el ámbito de la motivación queda fuera del posible reflejo agravante de la penalidad mayor del autor en la del partícipe, porque es cuestión exclusivamente personal de cada uno.*

c) Por último, *tenemos las "relaciones, circunstancias y calidades personales del autor" que agravan la penalidad del mismo y, respecto de éstas, es lógico que operen influyendo en la culpabilidad del partícipe.*

α) Como tales, podrían entenderse los "tipos de culpabilidad" agravados por las circunstancias personales, es decir, aquellas escalas penales diferenciadas por su mayor culpabilidad basada en circunstancias personales. No obstante, no encontramos en nuestro código ningún caso en que esto suceda, sino que, por el contrario, las agravaciones especiales por mayor culpabilidad se refieren fundamentalmente a la motivación. Los casos en que se agrava la pena por circunstancias personales también agravan la culpabilidad, pero no porque sean causas de mayor culpabilidad como tales, sino por-

que estas circunstancias integran el injusto y, por consiguiente, dan lugar a un injusto mayor y a una culpabilidad correspondiente.

El parricida comete un injusto mayor, al igual que el ascendiente en el caso de algunos delitos contra la honestidad, y así podríamos multiplicar los ejemplos. Por consiguiente, *no hay escalas de mayor penalidad especiales que resulten de una mayor culpabilidad fundada en "relaciones, circunstancias y calidades personales" del autor.*

β) Las circunstancias personales que, conforme al art. 48, tienen influencia sobre el partícipe, no pueden ser otras que las que agravan la penalidad del autor en el marco del art. 41, referidas a la culpabilidad y a la peligrosidad del mismo. No se trata de las circunstancias personales del autor que dan lugar a una mayor penalidad dentro de esos límites en función de un mayor contenido de injusto, porque éstas surten una influencia agravante directa en función del principio de accesoriadad limitada de la participación. Este es el caso del ejemplo puesto por Moreno, del homicidio del hermano del autor, que agrava la penalidad del partícipe dentro de los límites del art. 41²⁶¹, pero no en función del art. 48, sino en función —simple y llanamente— de que la participación es accesoria de un injusto.

Las circunstancias personales que agravan la penalidad del autor en razón de que aumentan su culpabilidad o su peligrosidad, también por lo general tienen una influencia inversa sobre la culpabilidad del partícipe. Puede argüirse que aquí también el juez al cuantificar la pena, se halla frente a una balanza desequilibrada, pero hay que tener en cuenta que, tratándose de un concurso de personas, la preferencia debe ser dada al protagonista principal, que es el autor, dejando las manos del juzgador lo más libre posible a su respecto en cuanto a la cuantificación de la pena para el mismo se refiere y, *son obvias las razones que hacen que el juez no se halle tan limitado cuando el aumento de la penalidad del autor por circunstancias personales del mismo, disminuye la penalidad del partícipe, que en el caso inverso, en que todo favorecimiento del autor por circunstancias personales que hacen a su culpabilidad o peligrosidad, perjudica al partícipe.* Así como el partícipe es un personaje secundario en la concurrencia, la cuantificación de su pena ocupa un lugar marginal, pero sería poco equitativo que esta posi-

²⁶¹ MORENO (h), RODOLFO, III, 57-58.

ción secundaria tuviese como consecuencia que, de un beneficio para el autor, se derivase un perjuicio para el partícipe.

Si invertimos el ejemplo usado en el caso en que las circunstancias personales del autor disminuyen su penalidad, veremos que cuando el autor tiene mayor edad, es decir, mayor madurez, la reprochabilidad del instigador será menor, porque siempre el instigado habrá tenido un ámbito mayor de autodeterminación. Algo parecido pasa cuando la peligrosidad del autor es mayor: cuanto mayor sea la proclividad al delito demostrada por el autor, menor deberá ser la habilidad del instigador para determinarle.

Algo análogo sucede con el cómplice: la cooperación o auxilio que se le presta a un hombre más culpable de sus actos, es decir, al que éstos le son más reprochables, es siempre un aporte que se le hace a quien con más seguridad elige el rumbo y mantiene el timón de su conducta, en tanto que la que se le proporciona al que es menos culpable siempre tiende a asemejarse más a la autoría, sin perjuicio de que por este camino nunca puede llegar a ella. En cuanto a la cooperación al acto de un sujeto más peligroso, ésta representa un aporte que siempre tenderá a ser menos necesario como ocasión para el delito, pues el autor más peligroso necesitará por lo general menos facilitación para cometerlo que el menos proclive a hacerlo.

Recapitulando, pues, lo dicho —y en consonancia con las conclusiones del párrafo anterior— digamos que, en nuestra opinión:

1º) *Las relaciones, calidades y circunstancias personales del autor que modifican su penalidad, influyen por regla general de modo inverso sobre la culpabilidad del partícipe.*

2º) *Las que atenúan la penalidad del autor —conforme a escalas especiales o a los criterios del art. 41— no pueden tener influencia sobre el partícipe, porque limitan al juzgador en la valoración de las mismas respecto del autor, por implicar generalmente un aumento de la penalidad del partícipe.*

3º) *Las que agravan la penalidad del autor son las que lo hacen únicamente dentro de los límites del art. 41 e influyen por lo general disminuyendo la culpabilidad del partícipe.*

4º) *Las únicas circunstancias personales que dentro del art. 41 aumentan la penalidad del autor e influyen en forma directa sobre la culpabilidad del partícipe son las que se fundan en un mayor contenido injusto del hecho.*

VIII. — PARTICULARIDADES DE LA INSTIGACIÓN

545. Concepto y aspecto subjetivo. Instigador es quien, queriendo que otro sea autor de un injusto doloso, lo determina al mismo. En consecuencia, la instigación supone el dolo del instigador y el dolo del autor al realizar la conducta típica y antijurídica a que el instigador le determina ²⁶². No hay instigación culposa al delito doloso o culposo ni instigación dolosa al delito culposo. La primera podrá ser autoría culposa —en caso de que el tipo culposo exista— y la segunda será autoría mediata o autoría mediante determinación, pero en ningún caso se tratará de instigación.

En un caso en que el padre dio el volante del automóvil a su hija menor de edad, la Cámara de la Capital entendió que había instigación, pero luego, un tanto desconcertada esa jurisprudencia por la crítica doctrinaria a esa solución —dada al confirmar el auto de prisión preventiva— terminó confirmando la condena por autoría mediata de homicidio culposo. Comentando esta solución, Ramos Mejía rechaza —a nuestro juicio correctamente— esta posibilidad, puesto que la autoría mediata sólo puede ser de delito doloso, pero a continuación dice que la tesis que sostenemos no puede aplicarse al caso, porque violaría el principio de legalidad. Se funda en que el deber de cuidado que impone el art. 84 no está dirigido al padre, sino a la conductora del rodado, la que queda sin responsabilidad por razones de edad ²⁶³. Esa posición pasa por alto que el art. 84 no dice “el que por imprudencia, ... en la conducción de un rodado, causare...”, sino, “el que por imprudencia causare...”. Por cierto que hay un deber de cuidado impuesto también bajo pena del art. 84 para todo el que tiene una cosa peligrosa o eventualmente peligrosa, que le impide darle su manejo a un incapaz. El deber de cuidado del padre es el de custodia de una cosa peligrosa y el de custodia de un incapaz. Nos parece muy claro que en el caso no puede haber otra cosa que autoría culposa ²⁶⁴.

La literatura nos proporciona un hermoso ejemplo de lo que un sector doctrinario pretende que es instigación culposa, que es todo el comportamiento de Iván Karamazov frente a Smerdiachkov, que lleva al último a matar al viejo Karamazov.

²⁶² Sobre el concepto de instigación, WELZEL, 116; MAURACH, 682; BLEI, 249; BOCKELMANN, 184; STRATENWERTH, 237; SCHMIDHÄUSER, 452; MAYER, H., *Grundriss*, 1967, 160; JESCHECK, 521; BAUMANN, 570; WESSELS, 93; SCHULTZ, I, 232; BETTIOL, 526; PAGLIARO, 531; SOLER, II, 274; FONTÁN BALESTRA, II, 461; NÚÑEZ, *Manual*, 302; CREUS, 151.

²⁶³ V. LL, 5-VII-1978; RAMOS MEJÍA, ENRIQUE, *El problema de la autoría en delito culposo*, en la misma; antes, *El problema de la participación en el hecho principal culposo*, en LL, 15-IX-76.

²⁶⁴ Cfr. SIERRA, HUGO MARIO, *La autoría mediata*, en LL, 31-III-1978.

El dolo del instigador debe dirigirse siempre a la producción del hecho principal por vía de la decisión al hecho por parte del autor. No hay “dos dolos” o un “doble dolo” en la instigación (dolo de decidir al instigador y dolo de producir el hecho)²⁶⁵, sino *un solo dolo, que es el de producir el hecho mediante la decisión del instigado*.

No es necesario que el instigador se represente todos los detalles del hecho al que instiga, puesto que esa cuestión no pasa de ser el replanteo de las dificultades que ya vimos que se presentan en el error sobre el curso causal. En principio, basta con que el instigador se represente las características generales del hecho²⁶⁶. Es también posible que el instigador actúe con dolo alternativo, es decir, que le resulte indiferente que el instigado se decida por uno u otro hecho, o incluso con dolo eventual, sea porque como parte eventual del resultado de su conducta abarque en su finalidad la posibilidad misma de que el autor se decida, sea que como tal abarque la de que se decida a realizar otro delito.

En caso que el delito del autor o las características generales del mismo se aparten respecto de lo representado por el instigador, de un modo que resulte significativo para el dolo del instigador, en forma de excluirlo, podrá haber una tipicidad de autoría culposa por parte del instigador²⁶⁷.

El dolo de instigación, en cuanto al error que puede excluirlo, no tiene modalidades que le apartan de los principios generales que hemos establecido para el aspecto subjetivo de la participación en general. No obstante, en la instigación se ve más claro el problema del “exceso” y, especialmente, el del error en el objeto cometido por el autor.

Se recuerda en Alemania un caso resuelto en Prusia en 1859, conocido como caso “Rose-Rosahl”²⁶⁸, en el que Rosahl prometió a su peón Rose una fuerte retribución por eliminar a un acreedor, a quien Rose, conocía, Rose acechó al acreedor en una emboscada, pero a la luz del crepúsculo disparó matando a otra persona que venía por el camino, y que era totalmente ajena al hecho. No nos cabe duda de que este caso debe resolverse como una *aberratio ictus* respecto de Rosahl y, por consiguiente, considerar que hay una instigación en tentativa de homicidio por su parte, aún cuando haya un homicidio consumado por parte de Rose²⁶⁹, la que eventualmente concurrirá idealmente con un homicidio

²⁶⁵ Así lo sostiene JESCHECK, 522.

²⁶⁶ Cfr. JESCHECK, 523; BAUMANN, 588.

²⁶⁷ Cfr. WELZEL, 117.

²⁶⁸ Sobre este caso, BEMMANN, *Zum Fall Rose-Rosahl*, en “*Monatsschrift für Deutsche Recht*”, 1958, 817; JESCHECK, 232.

²⁶⁹ Cfr. BLEI, 251.

culposo. Es la misma solución que se impone en la autoría mediata y en cualquier forma de autoría por determinación o de determinación.

Cabe aclarar que Maurach presenta una variante del caso, que también es válida para cualquier forma de determinación en que sea posible, que también demuestra que puede haber un error en el objeto cometido por el mismo determinador: plantea el supuesto en que Rosahl hubiese indicado al "hombre que en ese lugar y a esa hora habría que pasar"²⁷⁰, pero lo cierto es que ese no fue el caso, aunque la modificación del mismo es ilustrativa.

Si bien no es necesario que el instigador determine en forma concreta al autor, es necesario que éste resulte abarcado en su dolo en forma individualizada, aunque fuera alternativa o eventual. La instigación siempre debe dirigirse a persona o a personas determinadas²⁷¹, porque en caso contrario nos hallaremos con alguno de los supuestos del art. 209. Por ende, puede el instigador dirigirse a un grupo de personas determinadas, siéndole indiferente que cualquiera de ellas o todas ejecuten el hecho, pero no puede ser éste el caso cuando se trata de una asamblea pública, de cualquiera de los parroquianos de una cantina, de una multitud, etc.²⁷².

Hay una especial circunstancia que cabe considerar respecto de la instigación en su aspecto subjetivo, que es la posible consecuencia lesiva que a raíz de la realización del hecho puede sobrevenirle al autor. Esta circunstancia debe ser considerada en cualquier caso en que medie determinación, pero sus consecuencias son distintas. Puede haber dolo eventual o puede haber culpa, o bien puede no haber tipicidad, conforme a los principios generales, en cualquier caso en que la determinación, sea autoría, sea de autoría mediante determinación o de autoría de determinación, y lo mismo cabe decir en el supuesto de instigación de un sujeto inculpable. En la instigación de un sujeto que llena todos los caracteres del delito, es decir, en la de un sujeto culpable, no pueden en ningún caso imputarse al instigador los daños que haya sufrido el instigado, ni siquiera a título de culpa, porque se trata de un sujeto que ha asumido voluntariamente el riesgo.

546. Aspecto objetivo de la instigación. Determinar significa en cualquier caso ser el factor decisivo, pero en el caso de la instigación, debido a que, por definición, es una forma de determinación en la que el determinador no tiene el dominio del hecho, "determinar" significa hacer surgir en el autor la *decisión al hecho*, *provocar que el autor "se" decida*.

De esto surge claramente que no puede ser objeto idóneo de

²⁷⁰ MAURACH, 689.

²⁷¹ Idem.

²⁷² SAMSON, 219.

la instigación el que ya está decidido al hecho ²⁷³, pese a que esta afirmación requiere ciertas precisiones, que no suelen ser siempre sencillas. Por de pronto, estar decidido implica estarlo a un injusto concreto, pero no en forma general, de modo que quien decide al que ha tomado una decisión general, para que la concrete, está instigando. Por supuesto que tampoco está decidido el que duda sobre si cometerá o no el injusto. Todo esto nos demuestra que no es necesario que el instigador haga surgir la idea misma en el autor, sino que la idea puede estar ya en el autor, siempre y cuando el instigador sea el que lo decida a ejecutarla.

Tampoco está decidido quien hace depender la ejecución de una condición ²⁷⁴, como es el caso de quien sólo ejecutará el hecho en caso de que se le prometa o efectivice un pago. En este caso, el que cumple la condición está decidiendo al autor.

Cuando un sujeto ya se halla decidido al hecho, nunca puede haber instigación, pero el reforzamiento de la decisión ya tomada por el sujeto puede constituir una complicidad intelectual ²⁷⁵, es decir un aporte psíquico al acto, que queda abarcado por la cooperación que se presta “de cualquier otro modo” a la ejecución del hecho.

Cabe observar que “disuadir” también puede ser determinar ²⁷⁶, no siendo sencillo el problema que a este respecto se plantea. Debemos partir de la base de que la determinación sólo puede ser a un delito determinado, de modo que la decisión que se hace surgir en el autor también debe ser a ese delito determinado. Al que ya está decidido a un hecho, no se lo puede determinar a ese hecho, pero puede determinárselo a un injusto diferente. Cuando el injusto al que se lo determina es un injusto que corresponde a una figura atenuada o menos grave, es decir, se le disuade de que cometa el injusto del tipo calificado agravado para que cometa el simple, o bien de que cometa el simple para que realice el atenuado, no habrá instigación, aunque *puede* haber complicidad intelectual ²⁷⁷, del mismo modo que cuando se le disuade de que cometa un tipo básico o calificado por algún medio para que lo cometa por otro (por ej. que en lugar del escalamiento en el hurto, use llave falsa).

El problema inverso, que tiene lugar cuando el sujeto está decidido a cometer un injusto y se le disuade para que cometa otro

²⁷³ Cfr. MAURACH, 687.

²⁷⁴ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 381; SAMSON, 218.

²⁷⁵ Cfr. MAURACH, 687; WELZEL, 116.

²⁷⁶ Cfr. SAMSON, 218.

²⁷⁷ Cfr. MAURACH, loc. cit.; WELZEL, 117.

agravado (al que se disuade del hurto para que cometa un robo), es bastante discutido, pues mientras algunos piensan que debe considerársele instigador del injusto agravado²⁷⁸, otros consideran que sólo debe responder como instigador por el excedente y como cómplice intelectual respecto de lo que ya tenía decidido, como formas de participación que concurren idealmente²⁷⁹, en tanto que otros opinan que sólo debe responder por la instigación a la parte que no tenía decidida, siempre que configure un injusto autónomo, debido a que no aceptan que el reforzamiento de la decisión del autor sea una complicidad intelectual²⁸⁰. Creemos que esta última posición es la correcta, en la medida en que no haya una verdadera complicidad o aporte psíquico, es decir, en que el reforzamiento no consista en un "consejo técnico" o en la promesa de que se le prestará ayuda después del hecho. Mientras el reforzamiento sea sólo un argumento que racionaliza la conveniencia o acalla la conciencia, no habrá más que instigación por el excedente y ello, sólo en el caso de que sea punible por separado. Por supuesto que esto sólo puede tener lugar en tanto que la parte de mayor gravedad a que el instigador ha determinado sea punible separadamente, pues de lo contrario no puede haber más que una complicidad intelectual, si es que se dan sus condiciones.

Así, si a quien está decidido a cometer un hurto se lo decide a cometer un robo con fuerza en las cosas, el caso deberá resolverse como instigación de daño; en lugar, si se lo decide a un robo con violencia en las personas, se tratará de instigación a la coacción. La solución contraria, que pretende que en ambos casos debe tratarse de instigación al robo, pasa por alto que la decisión de apoderarse ya está tomada. En el caso en que la agravante no configure una tipicidad separada, no vemos otra solución que la impunidad para el caso en que no medie una auténtica complicidad intelectual. Tal es el caso de determinar a cometer un hurto con escalamiento o con llave falsa, al que está resuelto a cometer un hurto simple, porque el uso de la llave falsa o el escalamiento no son punibles en forma separada.

En cuanto al medio por el que es susceptible de cometerse una instigación, hay una discusión que es más formal que de fondo. Para un sector doctrinario se requiere que el medio sea psíquico²⁸¹,

²⁷⁸ Así, MAURACH, loc. cit.; WESSELS, 93; Tribunal Federal Alemán.

²⁷⁹ Así, JESCHECK, 523; WELZEL, 116; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 381.

²⁸⁰ Así SAMSON, 218.

²⁸¹ Así JESCHECK, 521; WELZEL, 116; SCHMIDHÄUSER, 452; STRATEN-WERTH, 238.

en tanto que otro sector reconoce como medio *cualquiera*²⁸². En realidad, siempre que hay una instigación, hay un medio psíquico, “intelectual” o “espiritual”, desde que debe influirse el psiquismo ajeno para que el autor tome la decisión. Por consiguiente, para que haya instigación siempre debe haber un “contacto psíquico” entre el instigador y el autor. Las dudas surgen respecto de los medios que son empleados por el instigador y que llegan al psiquismo del instigado —por lo que hay “contacto psíquico”— pero sin que el instigado los conozca, como es el caso del que proporciona facilidades para la ejecución del hecho. Aquí un amplio sector doctrinario sostiene que las tentaciones y medios similares no configuran instigación²⁸³, es decir, que no configuran instigación aquellos casos en que el contacto psíquico es de instigador a autor pero no de autor a instigador, porque el autor no reconoce que sigue la conducta a la que le ha inducido el pensamiento del instigador.

Así, Stratenwerth afirma que no comete instigación de homicidio quien envía a su casa al marido para que sorprenda a la mujer en adulterio²⁸⁴, en tanto que Samson afirma que también en ese caso hay un contacto psíquico, porque de toda forma el sujeto actúa sobre el psiquismo del autor. Samson ejemplifica también con el caso de quien deja dinero para que otro lo tome o del que descuida la cosa asegurada.

Creemos que en nuestro derecho la solución viene dada por la misma fórmula legal que, para cualquier caso de determinación, exige que la misma sea hecha “directamente”, expresión que creemos que no tiene el sentido de excluir la instigación en cadena²⁸⁵, sino el de excluir los medios indirectos, esto es, las incitaciones sutiles, tales como las tentaciones o las sugerencias veladas y ambíguas^{285 bis}.

Hay determinación directa en la autoría por determinación (más directa imposible), pero también la hay en la instigación. El accionar psíquico encubierto no constituye determinación directa, sino indirecta. Ello no significa que el único medio para la instigación sea la palabra. Aunque éste será el medio más común, pueden ser empleados otros medios

²⁸² Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 381; SAMSON, 218.

²⁸³ WELZEL, 116; RUTKOWSKY, *Die psychisch vermittelte Kausalität*, en NJW, 1952, 606 y ss. (608).

²⁸⁴ STRATENWERTH, 238-9.

²⁸⁵ Sobre el diverso sentido que a la voz “directamente” otorga la doctrina nacional, NÚÑEZ, II, 300; FONTÁN BALESTRA, II, 466; FIERRO, op. cit., 253; SOLER, II, 276; etc. Aunque sea distinto el sentido dado, ninguno de nuestros autores parece excluir a partir de él la instigación en cadena.

^{285 bis} En este sentido lo interpretaba en su tiempo TOBIÁS BARRETO, *Estudos de Direito*, R. de Janeiro, 1892, p. 194.

simbólicos: un disparo contra un sujeto, efectuado por quien tiene un arma de corto alcance con la que no puede herirle, con la intención de que el acompañante, en poder de un arma de largo alcance se decida a disparar, constituye instigación.

Un gesto, mostrar un arma, arrojar un pañuelo, etc., son todas formas de instigación en ciertas circunstancias en que tienen un sentido inequívoco para el autor. En lugar, tanto las tentaciones como otras formas indirectas no percibidas o reconocidas como instigación por el autor, quedan fuera de la prohibición, sin perjuicio de que pueden constituir una complicidad en la medida en que signifiquen una cooperación al hecho.

Así, quien le oculta el sedante a un sujeto nervioso y excitable, para que en la situación dada le sea más difícil dominarse, no es instigador, pero puede ser un cómplice.

IX. — PARTICULARIDADES DE LA COMPLICIDAD

547. **Aspecto objetivo de la complicidad secundaria.** La complicidad secundaria consiste en una *cooperación* que se presta al autor de un injusto penal. La cooperación es la ayuda que el autor acepta, en forma tácita o expresa, es decir, que la cooperación siempre requiere una cierta coordinación entre autor y cómplice hacia la obtención del resultado típico.

El conocimiento de la ayuda y su aceptación por parte del autor, son presupuestos objetivos de la tipicidad de participación secundaria. Si el autor no se entera de la ayuda que se le presta o si, enterado, la ha rechazado, no puede haber complicidad secundaria. No es necesario que el autor sepa concretamente de quién procede la ayuda, ni tampoco que cumpla ninguna formalidad para aceptarla. Así, quien recoge el arma que alguien le arroja, está conociendo y aceptando la ayuda. A este respecto también basta con la incorporación eventual del aporte como ayuda a su fin realizado: quien toma la piedra que está al alcance de su mano sin importarle si otro la puso allí *ex-profeso* para que él la tomase, está aceptando la ayuda y hay cooperación —y, por ende, complicidad— por parte del otro.

En lugar, nunca puede ser cómplice secundario el que dispone las cosas en forma tal que el autor resulte engañado y crea que es un efecto de la naturaleza o del azar.

La cooperación puede ser cometida mediante una omisión²⁸⁶, y buen ejemplo de ello dan los casos que estaban expresamente pre-

²⁸⁶ Cfr. WELZEL, 119.

vistos en el código Tejedor, respecto de los funcionarios que, de acuerdo con los autores, prometían omitir el cumplimiento de sus deberes represivos (arts 49 y 51)^{286 bis}.

Para que haya complicidad secundaria, la cooperación nunca debe ser necesaria para la comisión del hecho. En cuanto al criterio para determinar la necesidad, la doctrina nacional no resulta muy clara²⁸⁷, hasta el punto de no haber faltado autores que han creído que ese criterio debería quedar librado al prudente arbitrio judicial²⁸⁸. Creemos que la necesidad del aporte debe valorarse siempre *ex-ante* y en concreto, y jamás *ex-post* y en abstracto, es decir, debe mediar el mismo criterio que hemos empleado para la determinación de la autoría²⁸⁹.

Así, quien le facilita a otro un arma para que mate a su padre, *ex-ante*, en el momento del aporte, no presta una cooperación necesaria, pues el sujeto podía lograr otra arma; claro está que no podría haberse cometido el hecho *con esa arma*. Hay que estar siempre a la primera ponderación y no a la segunda. Por otro lado hay que hacerla en concreto, es decir, que *ex-ante* la cooperación podía ser necesaria si el autor no hubiese podido matar a su padre sin armas —por su gran fortaleza física, por ejemplo— y la única arma disponible la tuviese el cómplice.

Dentro de quienes cooperan de modo no necesario a la comisión del hecho, nuestra ley no distingue categorías, aplicando a todos ellos la escala reducida y remitiendo, para sus consecuencias en cuanto a la importancia del aporte, al art. 41, en el que expresamente se señala que, para individualizar la pena, debe tomarse en cuenta “la participación que haya tomado en el hecho”.

De esta forma, el código vigente distingue entre los autores y los cómplices en cuanto a sus consecuencias penales. Esta diferencia tan general no había sido conocida en el derecho romano, el que sólo la admitía para algunos delitos²⁹⁰, en tanto que parece consagrarla el derecho penal germánico, particularmente el derecho longobardo, que disminuía la pena de los cómplices que podía llegar hasta la novena parte de la composición del autor²⁹¹.

^{286 bis} Cfr. BARRETO, TOBIAS, *Estudos de Direito*, R. de Janeiro, 1892, pp. 180-191.

²⁸⁷ V. DÍAZ, p. 112; NÚÑEZ, II, 295; FONTÁN BALESTRA, II, 483 y ss.

²⁸⁸ Así GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado*, I, 500.

²⁸⁹ Sobre ello, ROXIN, 280.

²⁹⁰ Cfr. SIGHELE, ESCIPIÓN, *La teoría positiva de la complicidad*, trad. de Pedro Dorado, Madrid, s.f., p. 38.

²⁹¹ Cfr. CARTORI, en COGLIOLO, *Completo Trattato teorico e pratico di diritto penale*, I, III, pp. 524 y ss.

En el Fuero Juzgo, también los visigodos distinguían muy frecuentemente entre autor y cómplice, aplicándoles penas distintas en los delitos de violación,²⁹² rapto²⁹³, hurto²⁹⁴, etc. lo que viene a confirmar el origen germano de la distinción²⁹⁵.

El código Tejedor seguía el complicado sistema del código de Baviera, según el cual la cooperación necesaria era autoría y dentro de la secundaria distinguía tres grados. La complicidad de primer grado. (art. 49) era la que se refería a quienes daban los instrumentos para la ejecución o las instrucciones que efectivamente se seguían y a los que cooperaban en la ejecución misma. La de segundo grado la configuraban las conductas de quienes daban instrucciones que no se seguían por completo y los que prometían ayuda posterior (art. 51). La de tercer grado era la conducta de quienes teniendo conocimiento del delito no lo impedían (art. 53).

El código de 1886 mantuvo el sistema en cuanto a cómplices de primer (art. 33) y de segundo grado (art. 36), pero eliminó los de tercer grado. El art. 70 del proyecto de 1891 renunció a hacer distinciones entre los cómplices secundarios, criterio que se siguió en todos los proyectos posteriores (proyecto Segovia, art. 36; proyecto de 1906, art. 49; proyecto de 1917, art. 46).

Es requisito necesario que el aporte que hace el cómplice sea causal para el resultado²⁹⁶. La mediación de una relación causal entre el aporte y el resultado es requisito de cualquier forma de participación y, por consiguiente, también de la complicidad, sea que ésta asuma la forma de una complicidad por *cooperación física* o por *cooperación psíquica con el autor*.

La cooperación física es la acción que facilita la conducta del autor. En cuanto a la cooperación psíquica, se pueden distinguir dos formas: el "consejo técnico" y el reforzamiento de la decisión del autor²⁹⁷.

La *cooperación psíquica por "consejo técnico"* es la que proporciona el que da las indicaciones que facilitan el hecho, sea que éstas lleguen a su conocimiento por vía de su experiencia, de su especial capacitación personal o profesional o de sus indagaciones previas. En este sentido, es cómplice "psíquico" o "intelectual", el

²⁹² Libro III, Título III, Ley I (*Fuero Juzgo en latín y castellano*, Real Academia Española, Madrid, 1815, p. 52).

²⁹³ Libro III, Título II, Leyes III y IV (*idem*, p. 53).

²⁹⁴ Libro VII, Título II, Ley IX (*idem*, pp. 122-123).

²⁹⁵ Un detenido estudio sobre la cuestión en el Fuero Juzgo en GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, Madrid, 1902, I, 593 y ss.

²⁹⁶ Cfr. WELZEL, 119; JESCHECK, 526; BAUMANN, 548; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 386; SAMSON, 220.

²⁹⁷ Cfr. SAMSON, 221.

“entregador”, como también lo es el planificador (en tanto no asuman el papel de instigador o la planificación o información no resulten necesarias, en cuyo caso serán cómplices necesarios, si es que no toman parte en actos de ejecución).

Hay otra forma de cooperación psíquica, que es el *fortalecimiento de la decisión del autor*, que debe manejarse con mayor cuidado. Esta forma de cooperación psíquica no debe tomarse con extensión tal que cualquier fortalecimiento de la decisión del autor sea considerado complicidad, porque se olvidaría que la complicidad presupone la causalidad. La mera racionalización que acalla la conciencia de quien está ya decidido al delito, la apelación sentimental para darle mayor seguridad, no configuran una complicidad, porque no son causales del resultado. La *única forma de participación psíquica por fortalecimiento de la decisión del autor que hay en nuestra ley es la promesa anterior al delito ejecutada con posterioridad*.

El inc. 5º del art. 51 del código Tejedor consideraba cómplices de segundo grado a “todos los que antes o durante la consumación, hayan prometido a los criminales ocultar el hecho, o darles cualquiera otra ayuda después de consumado el crimen”. El art. 59 disponía: “El que antes del cumplimiento de un crimen, haya prometido a los culpables su cooperación para el tiempo solamente que siga a la consumación del crimen, no quedará disculpado por la inexecución de su promesa después de cometida la acción, si antes que esta acción se consumase no hubiese declarado clara y expresamente a los culpables que retiraba su palabra”.

Tejedor no agregó comentario alguno a esta disposición, como que, no agregándolo el comentario bávaro traducido por Vatel, en rigor carecía de argumentos para explicarla. La explicación de la misma es coherente dentro del sistema de Feuerbach: la penalidad operaba como coacción psicológica estatal, contra la cual conspira la promesa, al brindar seguridad al autor. El sistema se mantuvo en el inc. 4º del art. 36 y en el art. 40 del código de 1886, que tampoco se comprendió en su esencia, lo que hizo que el proyecto de 1891 suprimiese esta forma de complicidad. Sin embargo, Segovia la mantenía (art. 36 y 42) y en nota decía: “Consumada la acción, la retractación sería tardía, porque la cooperación y complicidad habrían ya tenido lugar”. Sin embargo, entendía que igualmente quedaba comprendida en la fórmula la “complicidad moral”, de modo que no era necesario consignarla expresamente²⁹⁸.

La disposición que nos ocupa reaparece recién en el proyecto de 1917, pero con una variante notable —claro producto de la incomprensión de su naturaleza—, pues parecen entender los autores del proyecto que la complicidad la configura la efectiva cooperación prestada después del hecho. Conforme a esta idea, nuestro texto vigente no pena al que

²⁹⁸ HERRERA, JULIO, p. 521.

promete la ayuda posterior, sino sólo al que la presta. Esta idea la explicaban claramente los autores del proyecto de 1917: "El proyecto de 1906 es incompleto en su misma definición porque no comprende los casos de ayuda posterior al hecho prometida antes de su ejecución. Es claro que si esa ayuda fuera posterior sin convenio previo estaría comprendida dentro de los preceptos que castigan el encubrimiento, pero si la colaboración fuera ofrecida de antemano, el caso debe ser considerado como lo hace al art. 46, declarando que se trata de participación"²⁹⁹.

Resulta muy claro que el criterio de Herrera, según el cual el reforzamiento de la voluntad criminal es complicidad, y el de los autores del proyecto de 1917, son completamente distintos, pues en tanto que Herrera creía clara la fórmula del proyecto de 1906, los autores del proyecto de 1917 la creían insuficiente.

Nuestra ley exige que la ayuda se preste en forma efectiva con posterioridad a la ejecución para que haya complicidad, no contentándose con la mera promesa anterior: "los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo", dice claramente el art. 46. No obstante, esto no le quita su carácter de complicidad "psíquica" o "intelectual". En efecto: la contribución material es posterior a la ejecución, de modo que no puede ser una participación en el hecho, a la luz de ninguna lógica. Lo único que puede ser participación es la "promesa anterior". Luego, el cumplimiento de la misma surte dos efectos: el de excluir la tipicidad de encubrimiento, que queda absolutamente desplazada, y el de funcionar como condición para la operatividad de la coerción penal. En consecuencia: *la complicidad consistirá siempre en el aporte que se hace antes del hecho; la efectiva prestación de la ayuda prometida es una condición de operatividad de la coerción penal; el incumplimiento de la promesa opera como causa de exclusión de la penalidad del cómplice.*

La disposición no puede tener otra explicación, desde que no puede concebirse que sea partícipe en un hecho quien sólo interviene con posterioridad o sea que, si se considera que la real participación es el hecho posterior, sería participación en algo que se hace cuando ya está terminado el hecho. *Nadie puede participar en lo que ya pasó.* Esto es óntico y el legislador no puede cambiarlo, porque no hay ley en el mundo que nos permita participar en la Revolución de Mayo ni en las Cruzadas. Por consiguiente, la complicidad no consiste en la ayuda que se presta luego, con la condición

²⁹⁹ Proyecto, 1917, p. 87.

de haber sido prometida antes, sino en la promesa previa, que sólo es punible a condición de que se lleve a cabo.

La única explicación que puede hallar esta condición para la operatividad de la coerción penal del cómplice es que la ley quiere asegurarse de la seriedad de la promesa, que bien puede haber sido de escasa importancia o sin asidero alguno. Pareciera que en nuestro derecho se ha sentido el temor de penar promesas como verdadera complicidad psíquica, cuando pueden ser conductas faltas de seriedad y, por consiguiente, parece que se creyó preferible dejar impunes todas las promesas cuya seriedad no se encuentra refrendada con el posterior cumplimiento.

Como todas las razones de parecida calidad que condicionan la operatividad de la coerción penal, se trata de una fundamentación puramente político-penal.

De cualquier manera, la consecuencia de esta previsión en nuestra ley es muy grande, porque excluye del ámbito de lo punible toda complicidad intelectual o psíquica que se presente en la forma de fortalecimiento de la decisión del autor, que no sea la expresamente consignada por ella.

Esto es la lógica consecuencia de que la ley rodea de tantos requisitos la única complicidad psíquica en forma de fortalecimiento de voluntad criminal que contempla. Es obvio que lo considera tal, entre otras muchas razones —siendo la de mayor peso que de otro modo no hallaría explicación— porque es evidente que la agravación del encubrimiento por receptación con habitualidad también obedece a que es una actividad que proporciona sentimiento de seguridad en los delincuentes. Por ende, no sólo lo considera como una forma de reforzamiento de la voluntad del autor, sino que es la más obvia de ellas y, sin embargo, la rodea de celosos recaudos que limitan su punibilidad. Frente a este fenómeno, no hay argumento válido para sostener que las otras formas —menos evidentes o menos seguras— de fortalecimiento psíquico, quedarían abarcadas en la simple expresión “cooperen de cualquier otro modo a la ejecución”.

Si la ley rodea de tantos requisitos y limita tan notablemente la punibilidad del único fortalecimiento psíquico de que trata expresamente, máxime teniendo en cuenta que es también el más evidente, no puede pensarse que al resto lo dé por tácitamente incorporado.

La jurisprudencia alemana desarrolló la tesis de que la complicidad no tiene por qué ser causal del resultado. Así, se sostenía que quien

daba una llave falsa al autor para que cometa un hurto calificado, pero la llave no servía, decidiendo el autor, después de intentar abrir con ella, cometer un robo con fuerza, debía ser considerado cómplice del robo. Consideró que bastaba el "fomento" de la producción del resultado, sin que fuera necesaria una relación de causalidad. La fórmula del "fomento del hecho" se extendió luego a la complicidad por omisión, suprimiéndose el requisito de que el acto omitido hubiese tenido idoneidad para evitar el resultado. El argumento central de esta tesis jurisprudencial —rechazada por toda la doctrina— era que la complicidad psíquica era una forma de fomento, pero no una forma de causación³⁰⁰.

No es necesario penetrar mucho la cuestión para percatarse de que esta tesis arranca del presupuesto de que hay una causalidad física y una causalidad psíquica, que funcionan de manera separada. Esta era la tesis de Wundt, que enraizaba con el pensamiento de Spinoza y que da lugar también a toda la concepción del delito de Liszt³⁰¹. Contra la tesis de que la complicidad psíquica no es causal se ha alzado la opinión de Mezger, quien demostró que la misma es tan causal como la física³⁰², siendo unánime la doctrina posterior en el sentido de que la complicidad requiere siempre causalidad.

Más recientemente se ha intentado el reemplazo o la complementación de la causalidad mediante el principio del llamado "aumento del riesgo" como fundamento de la teoría de la "imputación"³⁰³ y, consiguientemente, esta teoría habría de reflejarse necesariamente en la problemática de la complicidad, donde al sostenerse que la causalidad no es presupuesto necesario de la imputación del cómplice, no se hace más que convertir a la complicidad en un delito de peligro, como en general sucede cuando con esta nebulosa teoría se pretende reemplazar la causalidad. Samson objeta, entre otras cosas, la incongruencia que hay en estos autores al pretender la impunidad del agente provocador, quien, sin embargo, produce un aumento del riesgo³⁰⁴. Esta teoría da un nuevo fundamento a la posición que extiende con peligrosa amplitud el ámbito de la complicidad. Es inquestionable que quien proporciona la llave falsa inútil "aumenta el riesgo" de un robo, pero entendemos que considerarlo cómplice del robo es poco menos que la pérdida de todo sentido de límite en la complicidad.

En Alemania, donde no existe el argumento dogmático que —con sólida base legal— cabe hacer valer en nuestro país para rechazar la tesis de la admisión con libertad de la complicidad psíquica o intelectual por simple fortalecimiento de la voluntad criminal del autor, la misma es

³⁰⁰ V. la exposición y crítica de esta tesis en SAMSON, 220.

³⁰¹ V. supra, § 153.

³⁰² MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 411-413; *Libro de estudio*, trad. de C. A. Finzi, Bs. As., 1958, p. 299.

³⁰³ V. SCHAFFSTEIN, FRIEDRICH, *Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht*, en "Fest. f. Honig", 1970, pp. 169 y ss.; ROXIN, CLAUDIUS, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal*, en "Problemas básicos...", trad. de Diego Luzón Peña, pp. 128 y ss.; con referencia a la complicidad, HERZBERG, *Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände*, en GA, 1971, 1; SALAMON, *Vollendete und versuchte Beihilfe*, Diss., Göttingen, 1968.

³⁰⁴ SAMSON, 221.

aceptada por varios autores, pese a que sostienen la necesidad de la causalidad en la complicidad. Tal es la amplitud que incluyen casos en que la causalidad se hace bastante discutible, como el de quien hace desaparecer el último escrúpulo moral del autor o el de quien le proporciona un mayor sentimiento de seguridad por cualquier medio ³⁰⁵.

Aún sin el fundamento legal que hay en nuestro código, Samson afirma —con toda razón a nuestro juicio— que la prueba de que semejante aporte psíquico implique una relación causal es imposible, puesto que eso es algo que se opera exclusivamente en el fuero íntimo del autor, por lo cual, dar por probado que se trata de una causación implica una inversión del principio *in dubio pro reo* ³⁰⁶, que está consagrado en todos nuestros códigos procesales (art. 13 del código de la Capital).

Cabe preguntarse cuáles son los *limites temporales* entre los cuales puede producirse este aporte psíquico y cuál es el momento a partir del cual puede darse la condición de la punibilidad consistente en prestar la ayuda. Las promesas deben ser anteriores y la ayuda posterior “al mismo”, es decir, al “hecho”, según surge del análisis gramatical del texto, puesto que la otra alternativa sería que no tomase como punto de referencia el “hecho”, sino la “ejecución del hecho”, pero debe descartarse, porque la ley dice “al mismo” y no “a la misma”.

α) En cuanto a la promesa, queda claro que debe ser anterior “al hecho”, pero “el hecho” tiene un momento en que se inicia la ejecución y un momento en que termina, que tanto puede ser posterior a la consumación (en caso que el agotamiento se aparte de ella) como anterior a la misma (cuando ésta dependa de un resultado que adviene en función de un proceso causal que termina después de haber cesado la acción). Si la ley renuncia a exigir que la promesa sea anterior a la ejecución, esto significa que puede tener lugar aún durante ésta y mientras la misma se mantenga. No obstante, no creemos que cualquier promesa hecha mientras dura la ejecución de la acción típica es una participación por aporte psíquico. Ello dependerá de las circunstancias: como principio general, entendemos que es correcto admitir que el aporte psíquico previsto en el art. 46 debe consistir en una promesa hecha al autor antes de la ejecución o durante la misma; pero, teniendo en cuenta la naturaleza de aporte psíquico a la voluntad realizadora del autor, resulta claro que la misma sólo será participación cuando tenga idoneidad para mantener la voluntad realizadora o para impulsarla. Así, quien promete ocultar al autor mientras éste mantiene a alguien

³⁰⁵ Así, JESCHECK, 525; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 392; BLEI, 253.

³⁰⁶ Cfr. SAMSON, 222.

secuestrado, una vez que termine el secuestro y cobre el rescate de la víctima, será un partícipe y no un encubridor, porque la promesa tiene virtualidad para mantener la voluntad realizadora del autor. Por el contrario, quien instiga al autor para que desista, tratándole de demostrar que no puede obtener el resultado, y le promete que le ayudará a eludir la acción de la justicia, si cumple la promesa será un encubridor, entre otras cosas, porque su promesa no es de ninguna ayuda para la realización del hecho, sino simplemente para la cobertura personal del autor, es decir, que no puede configurar ningún aporte psíquico al hecho principal y, por ende, no puede ser ninguna participación en el mismo.

β) En cuanto al tiempo en que debe cumplirse la promesa, ésta debe ser posterior a la ejecución y no durante el curso de la misma, caso en el cual sería un simple aporte material.

Por lo que respecta a la identidad precisa de la ayuda posterior con la prometida, estimamos que no se requiere en forma absoluta, bastando con que sea de la naturaleza y entidad de lo prometido en líneas generales. Así no se daría el requisito si quien promete ocultar, luego se limita a dar al autor una pequeña suma de dinero para que huya como pueda, pero se cumpliría aunque en lugar de ocultarle en el sitio prometido lo hiciera en otro diferente y menos seguro. Por supuesto que el requisito se cumplirá, cualquiera sea la ayuda, cuando la promesa fue de incondicionalidad absoluta.

Una característica general de la *complicidad secundaria* es que ésta puede tener lugar tanto en los actos preparatorios como en los actos ejecutivos y aún después de la consumación con tal que sea antes del agotamiento³⁰⁷. Esto implica que es perfectamente posible la *complicidad sucesiva*, es decir que el cómplice puede intervenir en distintas etapas del desarrollo del delito, o sea, cuando ya se han realizado algunos actos preparatorios, después de la consumación, siempre que no haya mediado agotamiento³⁰⁸. "Así, puede darse la complicidad cuando el cómplice impide que la víctima, envenenada por el autor, sea asistida por un médico. En los delitos permanentes es posible la complicidad mediante acciones que sirvan al sostenimiento del estado del delito. Cuando el cómplice presta su aporte al hecho después del comienzo del mismo, serán imputables a él las circunstancias agravantes, realizadas por el autor con anterioridad"³⁰⁹, circunstancia esta última que obe-

³⁰⁷ Sobre la diferencia entre consumación y agotamiento, infra, § 552.

³⁰⁸ Cfr. MAURACH, 694; JESCHECK, 525; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 387.

³⁰⁹ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 387.

dece al carácter accesorio de la complicidad, razón por la cual no puede darse en la co-autoría.

Por supuesto que para que le sean imputables al cómplice las circunstancias agravantes ya cumplimentadas por el autor, éstas deben surtir efecto sobre la ejecución posterior del hecho. “Este no es el caso cuando, después de una tentativa de robo con fractura, el ladrón entra al edificio por una vía normal y es entonces cuando el partícipe se incorpora al hecho”³¹⁰.

548. **Aspecto objetivo de la complicidad primaria.** Hemos visto que el auxilio es una ayuda, en tanto que la cooperación es la misma ayuda, pero aceptada por el autor, o sea que la cooperación siempre requiere una cierta coordinación entre ambos, con vista a un fin común. Esta distinción está agudamente hecha por Fontán Balestra, quien destaca la importancia que la misma tiene para la complicidad secundaria, puesto que en aquélla la única forma de complicidad es mediante la cooperación, en tanto que la complicidad primaria puede darse igualmente por auxilio que por cooperación³¹¹. Siendo la complicidad primaria tanto auxilio como cooperación, no importa que el autor sepa o no sepa que le es prestada, que acepte o no acepte el auxilio.

De esta forma, podemos decir que el *cómplice primario es el que sin ser autor, presta al autor una cooperación o un auxilio necesario para la comisión del hecho*. De allí que también se llame al cómplice primario “cómplice necesario”³¹², denominación que, si bien es correcta y no objetable en cuanto a su sentido, es preferible no usar porque puede confundirse con la llamada “participación necesaria”³¹³. *Se distingue del cómplice secundario en que éste presta al autor una cooperación (no bastando un simple auxilio) que no es necesaria para la comisión del hecho*.

Como principio general, la complicidad se distingue de la autoría en razón de que, mientras el autor tiene el dominio del hecho, el cómplice no lo tiene. Este principio diferenciador general sufre dos limitaciones, siendo justamente esas limitaciones las que llaman a jugar su papel al cómplice primario.

a) El cómplice primario juega su papel cuando hace un aporte necesario —lo que sólo hasta cierto punto puede afirmarse que le

³¹⁰ *Ibidem*.

³¹¹ FONTÁN BALESTRA, II, 483.

³¹² Así lo hace NÚÑEZ, II, 291.

³¹³ *Cfr.* SOLER, II, 271.

da el dominio del hecho— pero no puede ser considerado autor porque ese aporte lo ha hecho en una etapa preparatoria, lo que lo excluye de la co-autoría, que requiere que el co-autor tome parte en la ejecución (art. 45)³¹⁴.

β) En segundo lugar, el principio del dominio del hecho sufre la limitación que le pueden imponer los tipos en particular, al exigir ciertos requisitos por parte del autor. Estos requisitos pueden ser de distinta naturaleza, consistiendo en especiales calidades del autor en los delitos propios y en la exigencia de que el autor realice la acción en forma personal en los delitos de propia mano.

En ninguno de ambos casos, pese a que el sujeto tiene el dominio del hecho, en virtud del aporte necesario que hace, puede ser considerado autor. Por consiguiente, *en ambos casos —en que el principio del dominio del hecho se halla legalmente limitado—, el sujeto será cómplice necesario o primario y no autor.*

Consecuentemente con lo afirmado al delimitar la autoría y la complicidad secundaria, digamos, pues, que *cómplice primario es el que presta un auxilio o cooperación que, valorado “ex-ante” y en forma concreta, sea necesario para la comisión del hecho, pero que no es autor, sea porque lo presta en una etapa preparatoria o porque no tiene las calidades que el tipo exige para el autor en los “delicta propria” o no realiza personalmente la acción señalada por el verbo típico en los delitos de propia mano.*

549. **El aspecto subjetivo de la complicidad.** Dadas las diferencias que en el plano objetivo presentan las tipicidades de la complicidad primaria y de la secundaria, resulta lógico que el dolo de una y otra difieran.

En la *complicidad primaria* es necesario que el sujeto *sepa que está realizando un aporte necesario*. En la *complicidad secundaria* es necesario que sepa que *realiza un aporte no necesario y que el autor lo acepta*.

Los supuestos de error a que pueden dar lugar estos elementos del aspecto intelectual del dolo de complicidad son varios que, en general, se resuelven por los principios comunes que ya hemos enunciado.

Cuando en la *complicidad secundaria* el sujeto ignore que el autor acepta, no habrá dolo y la conducta será atípica; cuando suponga falsamente la aceptación del autor, faltará el aspecto objetivo

³¹⁴ Cfr. BACIGALUPO, *Lineamientos*, 130.

de la complicidad y la acción será igualmente atípica. Cuando el aporte sea innecesario y lo ignore, por suponer que es necesario, responderá por su dolo, es decir, por complicidad secundaria; cuando ignore que se trata de un aporte, la conducta será atípica por falta de dolo.

En la *complicidad primaria*, si el sujeto ignora que el aporte es necesario siempre faltará el dolo de complicidad primaria. Si ignora que se trata de un aporte faltará todo dolo; si supone que es un aporte innecesario, se trata de una falsa suposición de atenuantes.

CAPÍTULO XXXVII

LAS ETAPAS DEL DELITO

I. — EL “ITER CRIMINIS”: 550. Actos preparatorios. 551. Actos de tentativa. 552. La consumación y el agotamiento. 553. Las distintas teorías acerca del fundamento de la punición de la tentativa. 554. El fundamento de la punición de la tentativa en nuestro código. - II. — LA TIPICIDAD DE LA TENTATIVA: 555. La tipicidad subjetiva. 556. Casos en que el dolo eventual no configura el aspecto subjetivo de la tentativa. 557. El comienzo de ejecución: distintos criterios para distinguir los actos preparatorios de los actos ejecutivos. 558. Los límites de la tentativa en delitos calificados, en los llamados “de pura actividad”, en los habituales y en la autoría mediata. 559. Culpabilidad y tentativa. - III. — LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE: 560. Naturaleza y fundamento de su punición. 561. Tentativa inidónea, delito imaginario (o putativo) y ausencia de tipo. 562. La inidoneidad del objeto y del sujeto como casos de ausencia de tipo. 563. El límite entre tentativa idónea e inidónea. 564. La tentativa irreal. - IV. — EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO: 565. Naturaleza jurídica y fundamento. 566. Los presupuestos del desistimiento. 567. La voluntariedad del desistimiento. 568. Desistimiento de la tentativa inacabada y de la tentativa acabada. 569. El desistimiento del partícipe. 570. El desistimiento de la tentativa calificada. - V. — PARTICULARIDADES DE LA TENTATIVA EN LA ESTRUCTURA OMISIVA: 571. Particularidades de la tentativa en la estructura omisiva.

I. — EL “ITER CRIMINIS”

550. **Actos preparatorios.** Desde que el designio criminal surge como un producto de la imaginación en el fuero íntimo del sujeto hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, parte del cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por ningún observador fuera del propio autor. A este proceso se denomina *iter criminis* o “camino del crimen”, significando así al conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito.

Entre todas ellas cabe distinguir, por ejemplo, los siguientes estadios de desarrollo del delito: concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, acontecer

del resultado típico, agotamiento del hecho¹. En realidad, el desarrollo del delito es un proceso continuo, ininterrumpido, en el que se pueden distinguir o señalar estos momentos y otros más, porque ónticamente no hay límites tajantes en esta línea ascendente. A nuestros efectos, lo que nos interesa es señalar algunos de estos momentos, que son los que el tipo toma en cuenta para abarcar al hecho dentro del campo de lo prohibido o para hacer depender de él una consecuencia práctica. Todos los demás momentos que puedan señalarse —y que tienen importancia para otras disciplinas, como las ciencias de la conducta, por ejemplo— carecen de trascendencia práctica para nosotros.

Dentro de todos los momentos del *iter criminis* interesan particularmente cuatro a los efectos penales: la etapa *preparatoria*, la etapa de *tentativa*, la *consumación* y el *agotamiento*.

Las etapas que tienen lugar en el fuero interno del sujeto no pueden ser nunca alcanzadas por la tipicidad, acorde al elemental principio *cogitationis poenam nemo patitur*².

No es verdad que mediante la palabra no pueda penetrarse en el campo típico, como resulta de toda evidencia frente a tipos como la injuria, el desacato, la traición, o a formas tales como la instigación o la complicidad intelectual. En este sentido, la expresión verbal es una conducta como cualquier otra. Lo que el viejo principio liberal consagra no es la afirmación —por otra parte absurda— de que la expresión verbal no sea una conducta, sino que la mera manifestación del propósito de cometer un delito no penetra en el campo de la prohibición típica, porque la tipicidad abarca un avance en el *iter criminis* que no está dado por la mera palabra que se limita a manifestar un propósito.

Pero, por lo general, tampoco es punible la etapa que ya trasciende a lo objetivo en una forma que excede el ámbito de la mera manifestación del deseo o del propósito, para configurar la parte de conducta inmediatamente precedente a la ejecución misma, es decir, la *preparación*. La regla general es que el *iter criminis* comienza a ser punible cuando comienza la actividad ejecutiva, siendo atípicos los actos preparatorios.

Si bien la regla general es que los actos preparatorios son atípicos, frecuentemente el legislador atrapa esos actos en tipos penales especiales, quebrando la regla. Para ello sigue dos caminos diferentes, consistente el primero en extender lo prohibido excediendo el

¹ Sobre las etapas del *iter criminis*, STRATENWERTH, 188; WESSLS, 114; MAYER, H., *Grundriss*, 1967, 161; etc.

² WELZEL, 187.

ámbito de la tentativa hasta abarcar una parte de la actividad preparatoria, es decir, en *alterar el alcance que tiene la fórmula general del art. 42*, en su función de dispositivo amplificador de la tipicidad. Este primer supuesto no da lugar a ninguna tipicidad independiente, sino sólo a una excepción a la regla del art. 42. El otro método adoptado por la ley es la *tipificación independiente de ciertos actos preparatorios*, lo que da lugar a una tipicidad propia, es decir, a un delito independiente, con la consecuencia de que, a su vez, éste admitirá la tentativa, cosa que no puede acontecer en el caso anterior. *El primer grupo de casos se compone de delitos incompletos más amplios que la tentativa; el segundo de delitos completos que, a su vez, admiten la tentativa*³.

Las diferencias entre la *ampliación de la tipicidad a actos preparatorios* y la *tipificación independiente de actos preparatorios*, se reflejará también en que, en caso de que el hecho se llegue a tentar o consumir, se penará teniendo en cuenta la tentativa o el delito consumado, según el caso, siempre que se trate de una ampliación de la tipicidad, sin que en ningún caso pueda concurrir con el delito tentado o consumado. Por el contrario, tratándose de un tipo independiente, la tipicidad del mismo quedará fijada con su consumación o con la tentativa, permaneciendo como *hecho precedente o punible* sólo en el caso de que su contenido injusto no exceda en ningún sentido el contenido injusto de la tentativa o de la consumación⁴.

Así, son casos en que la *ampliación de la prohibición* se extiende hasta abarcar actos preparatorios, el del art. 218 (conspiración para cometer traición), el del art. 233 (conspiración para cometer rebelión o sedición), el del art. 234 (usurpación de mando o seducción de tropas para rebelión o sedición). En todos estos casos, intentada o consumada la traición, rebelión o sedición, sus penalidades quedan desplazadas por las de los delitos respectivos.

En lugar, hay tipificación independiente de actos preparatorios en el levantamiento y la tenencia de planos (art. 224), la tenencia de materiales destinados a falsificar (art. 299) o la asociación ilícita (art. 210). En estos casos, la tipificación responde a que las respectivas conductas importan por sí mismas un peligro para los bienes jurídicos, de modo que, en caso de tentarse o cometerse el delito del que fueron preparatorias, quedan típicas y, además, son punibles en la medida en que el injusto afecte otros bienes jurídicos, que no son alcanzados por la tentativa o por el delito. Así, la tenencia de planos de fortificaciones y lugares de interés para la seguridad nacional, o su relevamiento, sigue siendo punible aunque se realice el delito del 225 ter, porque también puede

³ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 302; JESCHECK, 423; RUDOLPHI, 167.

⁴ RUDOLPHI, 168.

cometerse el delito del art. 222 y otros varios. La comisión de uno o más delitos de los que estaba destinada a cometer la asociación ilícita no desplaza a ésta, pues la misma pone en peligro mayor cantidad de bienes jurídicos, ya que se constituye para cometer un número indeterminado de delitos. En lugar, si el que tiene los materiales comete la falsificación o la intenta, la punibilidad de la tentativa o de la consumación de la falsificación desplaza la de la tenencia de los materiales, pues en ningún sentido excede de ese injusto.

En el CP se mencionan la proposición y la conspiración en forma eventual (arts. 218, 33), pero en el Código de Justicia Militar cumplen una función más amplia, aunque siguen siendo punibles sólo cuando “la ley expresamente las reprime” (art. 526 CJM). El art. 527 da las siguientes definiciones: “Existe conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del delito y deciden ejecutarlo; y proposición cuando el que ha resuelto cometerlo procura inducir a otra u otras personas a concurrir a su ejecución”. Creemos que en los casos en que la proposición o la conspiración son punibles, no configuran una tipicidad independiente, sino que son meros actos preparatorios punibles, si se trata de delitos *necesariamente* plurisubjetivos, pero en los demás casos entendemos que dan lugar a tipicidad independiente, por exceder el ámbito de lo prohibido en el tipo de que se trata ^{4 bis}.

551. Actos de tentativa. Los actos de tentativa son los que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta el momento de la consumación. Se trata de una extensión de la prohibición a la etapa ejecutiva del delito, que alcanza, por consiguiente, desde el comienzo de ejecución hasta que están dados todos los caracteres de la conducta típica. Esta ampliación de la prohibición típica opera en función de una fórmula que se halla en la parte general de los códigos, y que no hace más que recoger un concepto óntico, pues la noción de tentativa tampoco es una creación legislativa.

En tanto que la regla es que los actos preparatorios no penetran en el ámbito de lo prohibido, respecto de la tentativa la regla es que los actos de tentativa son actos prohibidos. Dado que en la tentativa falta el resultado o no se ha completado la acción típica, el desvalor de la misma es inferior al del acto consumado, por lo que la escala penal es también inferior.

La idea de la tentativa surge siempre en un derecho penal que alcanza cierto grado de evolución. En la medida en que el derecho penal es un mero castigo de la producción de resultados, la tentativa se mantiene limitada, y va siendo ampliada cuando el punto de incidencia de

^{4 bis} Cfr. ZAFFARONI-CAVALLERO, *Derecho Penal Militar*, Bs. As., 1980, p. 480.

la imputación se va desplazando de la primitiva causación del resultado al más evolucionado de la manifestación de la voluntad criminal. Todo esto es una cuestión de grado, puesto que jamás ha habido un derecho penal que rechazase de plano todo lo concerniente a la manifestación de la voluntad, reduciéndose a la mera punición del resultado. Así, si bien la tentativa no existía como tal en el primitivo derecho romano, fue incorporándose luego bajo la influencia de las ideas griegas, lo que también sucedió en el derecho medieval⁵. En las Partidas, la idea de la tentativa surge con claridad meridiana y con certera especificación de que el pensamiento no es punible⁶. Muyart de Vouglans hacía una distinción entre tentativa de crímenes atroces, penados con igual forma que el delito consumado y la de los crímenes "que no interesan tan esencialmente al orden público", en que admitía una pena menor^{6 bis}.

La idea de que la tentativa es un comienzo de ejecución surge claramente en las Partidas: "mas si despues que lo ouiesse pensado, se trabajasse de lo fazer e de lo cumplir, començandolo de meter en la obra, magüer no lo cumpliesse de todo..." La idea de que la tentativa se inicia con el comienzo de la ejecución se plasma en el derecho revolucionario francés, aunque suele atribuírsela al código Napoleón. El código Napoleón, en su art. 2º dice: "toda tentativa de crimen que se haya manifestado por un comienzo de ejecución, si no ha sido suspendida o si no ha fallado su resultado, sino por circunstancias independientes de la voluntad de su autor, es considerada como el crimen mismo". Esta redacción está dada por la edición oficial del 28 de abril de 1832. Antes de la reforma borbónica, el código original de 1810 decía: "Toda tentativa de crimen que se haya manifestado por actos exteriores y seguido de un comienzo de ejecución..." El código de 1791 sólo penaba la tentativa de asesinato y de envenenamiento, pero la ley del 22 Pradial del año IV (10 de mayo de 1796)⁷ extendió la tentativa a "todo género de crímenes", cuando la tentativa se haya manifestado *par des actes extérieurs suivis d'un commencement d'exécution, et qu'elle n'aurait manqué son effet que par des circonstances fortuites indépendantes* de la voluntad de su autor. Consiguientemente, el "comienzo de ejecución" no aparece en la codificación por vez primera en el código Napoleón, sino en el derecho revolucionario, introducido por la ley de 1796, de la cual el art. 2º del código Napoleón es copia casi textual⁸.

El código bávaro no siguió el criterio del comienzo de ejecución, sino que establecía que hay tentativa "cuando una persona, con la intención de cometer un delito, haya emprendido acciones exteriores que estén dirigidas a la consumación o preparación del mismo" (art. 57). Con ligeras variantes de traducción pasó a través de la versión de

⁵ Sobre esta evolución, BLEI, 190; CRIVELLARI, IV, 4-5.

⁶ Partida Séptima, Tít. XXXI, Ley II.

^{6 bis} MUYART DE VOUGLANS, t. I, p. 3.

⁷ Según tabla de conversión de la *Historia del Mundo en la Edad Moderna*, Universidad de Cambridge, Buenos Aires, 1913, XIII, 607.

⁸ Cfr. CARNOT, *Commentaire sur le Code Pénal*, París, 1838, T. I, pp. 12-22.

Vatel⁹ al código Tejedor: "Hay tentativa siempre que con la intención de cometer un crimen se ejecutan actos exteriores que tienen por objeto la consumación o preparación de ese crimen" (art. 15). Esta fórmula abarca los actos preparatorios, pese a que Feuerbach daba como fundamento de la tentativa la peligrosidad objetiva de tales actos¹⁰. De allí que el código de 1886 haya querido limitar un tanto la fórmula, con una definición más simple, aunque igualmente incierta: "Hay tentativa, cuando la resolución de cometer un delito ha sido manifestada por actos exteriores que tengan relación directa con el delito" (art. 8°).

A todo esto, el criterio del comienzo de ejecución se fue imponiendo en la legislación comparada: código imperial del Brasil (art. 2, parág. 2°), español de 1822 (art. 5°), Austria (parág. 8°), casi todos los suizos, belga (art. 51), alemán (art. 43), italiano de Zanardelli (art. 61), español de 1870 (art. 3°), etc. Pese a ello, nuestros proyectistas de 1891 agregaron la inequívocidad, pero no adoptaron la formulación francesa. El art. 65 del proyecto de 1891 decía: "Hay tentativa cuando la resolución de cometer un delito ha sido manifestada por actos exteriores que tengan relación directa e inequívoca con el delito" (art. 65).

La fórmula de la tentativa como comienzo de ejecución había sido seguida en el proyecto de Villegas, Ugarriza y García (arts. 9, 10 y 11), que adoptaba la distinción entre tentativa y delito frustrado del código español de 1870, seguido muy de cerca por esos autores. Fue Segovia quien en su proyecto introdujo una fórmula que atendía al comienzo de ejecución, pero sin la distinción entre tentativa y delito frustrado (art. 28).

El proyecto de 1906 introdujo en su art. 44 la misma definición del texto de 1886, pero con un agregado insólito: "Para la apreciación de los actos, se tendrá en cuenta los antecedentes del agente". Esto fue criticado atinadamente por Herrera, que reclamaba el "comienzo de ejecución"¹¹. El proyecto de 1917 corrige esta enormidad y establece en su art. 42: "El que comienza la ejecución de un delito premeditado de antemano, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el art. 44". En el proceso legislativo, la fórmula vigente fue propuesta por la Comisión de Códigos del Senado y aceptada por Diputados¹². La expresión "fin de cometer un delito" la tomó el Senado del Codice Zanardelli (art. 61, 1ª parte), que era el único que al tiempo la contenía¹³. Si revisamos los antecedentes y la discusión de ese artículo del Codice Zanardelli¹⁴, veremos que en nuestra evolución legislativa hay dos momentos, que debemos tener muy en cuenta para comprender lo que nuestros legisladores persiguieron: uno,

⁹ V. STEINGLEIN, *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, München, 1858, I, 41; VATEL, p. 69.

¹⁰ Cfr. BLEI, 190.

¹¹ HERRERA, JULIO, 503-514.

¹² Cfr. MORENO (h), RODOLFO, II, 405.

¹³ V. los otros textos de la época que pudieron tenerse en cuenta en RAMOS, JUAN P., *Concordancias del proyecto de Código Penal de 1917*, Bs. As., 1921, pp. 251-256.

¹⁴ V. CRIVELLARI, IV, pp. 1 y ss.

que partiendo del código de Baviera toma un camino propio, en el que se hacía incidir el punto central de la cuestión en la relación directa o inmediata del acto de tentativa con el delito consumado. Otro, que termina por triunfar en toda la línea en la comisión del Senado, que hace recaer lo fundamental en el "comienzo de ejecución" y que sigue, cada vez más de cerca al *Codice Zanardelli* y las preocupaciones de sus redactores, hasta que termina en la fórmula vigente, que no es otra que la de ese código, sólo que simplificada al renunciar a distinguir entre delito frustrado y tentado.

Es notable que, a la vuelta de casi un siglo, las legislaciones más recientes en lengua alemana (código alemán federal parág. 22; código austríaco, art. 15, párrafo 2º), renuncien al criterio del "comienzo del hecho" para insistir en una relación "directa" o "inmediata" con el hecho típico, lo que, en cierta forma, otorga un singular valor a la previsión de nuestro codificador de 1886. que si, en general, no se había lucido por sus aciertos, a este respecto parece haber tenido una intuición clara.

La tentativa es la conducta que se halla entre la preparación y la consumación, siendo claramente determinable el límite que la separa de la consumación, pero siendo sumamente problemática su delimitación respecto de los actos preparatorios, pese a lo cual, ensayaremos un intento de separación más adelante, aclarando aquí que constituye el problema central de esta temática. La fórmula casi universalmente aceptada del "comienzo de ejecución" dice bien poco, por lo que no pasa de ser una convención o lugar común, quedando ese difícil problema a la doctrina y a la jurisprudencia.

Nuestro código no hace la distinción que recepta el código español entre "delito tentado" y "delito frustrado", es decir, entre la tentativa que tiene lugar cuando el autor interrumpe su conducta y la que se produce cuando el autor acaba su conducta, pero no sobreviene el resultado típico¹⁵. De cualquier modo, esta distinción la hace la doctrina, particularmente cuando se refiere a la *tentativa acabada*, que es la fórmula doctrinaria de procedencia alemana con que se designa al delito frustrado.

En nuestra ley, además, todos los delitos dolosos, en principio admiten la tentativa, a diferencia de otras legislaciones en las que sólo la ley determina en qué casos la tentativa es punible. En consecuencia, cualquier delito doloso puede quedar en grado de ten-

¹⁵ La distinción proviene de ROMAGNOSI (*Génesis*, parágs. 679 y ss.) y fue receptada por el código español de 1870 y antes por el de Las Dos Sicilias (V. PACHECO, *Comentarios*, 1870, I, p. 98). Sobre la doctrina española, RODRÍGUEZ DEVESA, 662; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios* I, 86 y ss.).

tativa, aún los “delitos de peligro” y los llamados “delitos de pura actividad”¹⁶.

En los “delitos de pura actividad” incluso cabe la posibilidad de la tentativa acabada, que es una de las cuestiones que suele discutirse¹⁷: alguien puede injuriar verbalmente a un extranjero que no entiende el idioma o a un sordo. Hemos visto que los delitos de pura actividad no carecen de resultado físico, sino que éste se individualiza de otro modo, que en un caso puede ser cualquier resultado físico, con tal que afecte al bien jurídico y, en otro, es el que consiste en la misma exteriorización física de la acción. En este último supuesto —como la violación, por ejemplo— no resulta concebible la tentativa acabada, puesto que la misma realización del verbo típico implica el resultado.

En los delitos preterintencionales, sólo cabe la tentativa dolosa —por supuesto— en los casos en que el resultado que tiene lugar dolosamente está vinculado a la acción misma, como es el caso de la violación con resultado de muerte o lesiones, en tanto que no es concebible cuando el resultado deviene vinculado al resultado del hecho doloso, como en el homicidio preterintencional, “porque en el segundo caso, la tentativa del delito principal no es, conforme al tipo, ningún fundamento suficiente para la imputación del resultado más grave”¹⁸. Los delitos de doble resultado doloso son también susceptibles de tentativa (el que priva de libertad a otro queriendo mantenerlo así por un año, y es descubierto antes del mes, comete una tentativa del art. 142, inc. 5º, y no sólo una consumación del art. 141)¹⁹.

Por supuesto que la tentativa no es admisible en los tipos culposos, donde resulta inconcebible^{19 bis}. El concepto de tentativa no lo “inventa” la ley, sino que lo recoge y se limita a someterlo o no a la pena. Ónticamente es tan inconcebible la “tentativa culposa” como lo es un círculo cuadrado o un triángulo de seis lados y cinco vértices. *Sólo se puede intentar alcanzar lo que se quiere alcanzar, pero no se puede intentar lo no querido*. No es posible perder de vista esta circunstancia, que tampoco puede confundirse porque sea la

¹⁶ Cfr. JESCHECK, 424.

¹⁷ La niega VÁZQUEZ IRUZUBIETA (I, 237). Sobre la posibilidad en el falso testimonio, LEVENE (h), RICARDO, *El delito de falso testimonio*, Bs. As. 1963, p. 82.

¹⁸ JESCHECK, 424-5.

¹⁹ Cfr. JESCHECK, 425.

^{19 bis} Para CARRARA era un “monstruo lógico” (*Programma*, § 366); ver también BETTOL, p. 547; TERÁN LOMAS, II, 118; BARRETO TOBIAS, *Estudios de Derecho Penal*, Río de Janeiro, 1892, p. 204; CURY URZÚA, p. 100; etc.

conducta planificada sin tener en cuenta el deber de cuidado lo determinante en la culpa, porque *no se tipifica esa conducta como peligrosa por el fin que persigue* (lo que daría lugar a un delito de peligro), sino que se tipifica esa conducta *por los medios defectuosos de que se vale para obtener el fin*.

Cuando el legislador tipifica el manejo peligroso —como sucede contravencionalmente— apela al dolo, porque ya no individualizaba la conducta en razón del medio, sino del fin: prohíbe el querer manejar peligrosamente. La llamada “tentativa culposa” no puede ser otra cosa que un delito doloso de peligro, porque la tentativa tiene que definirse siempre por el fin, en tanto que la culpa se define siempre por la forma de disponer los medios. Cuando la ley apela a la prohibición por la forma de disponer los medios, es que renuncia a la prohibición del fin en sí mismo, la que, si quiere, tendrá que hacer en otro tipo diferente.

En plano pre-típico toda conducta tiene un fin y, como tal, la capta el tipo al prohibirla, pudiendo prohibirla porque ese fin es la obtención de un resultado que desvalora, o pudiendo prohibirla porque para la obtención de ese fin causa un resultado que desvalora, pero como en este segundo caso el fin no se dirige al resultado, nunca puede haber tentativa: el que excede la velocidad máxima quiere manejar peligrosamente, pero no quiere matar. Ese “querer manejar peligrosamente” sólo puede ser prohibido como tal, es decir, dolosamente. Cuando se quiere llamar “tentativa culposa” a un delito doloso de peligro se pierde de vista que cuando el legislador opta por la tipificación culposa, cualquier individualización de lo prohibido en razón directa del fin que la conducta persigue sólo puede tener lugar por una tipificación independiente. Dicho de otra manera: podemos admirar la catedral de Milán por su conjunto imponente y también por las esculturas de sus agujas, pero son dos juicios de valor distintos sobre una misma catedral, no pudiendo fundar la admiración por el conjunto en la fina terminación de las agujas, ni la admiración por éstas en la impresión del conjunto, porque nuestro discurso caería en la más absurda disociación esquizofrénica.

Esta disociación tiene lugar cuando se pretende que la “tentativa culposa” es simplemente “impune”. Así, Blei, por ejemplo, afirma que “la tentativa de un delito imprudente es impune, aunque eventualmente el legislador someta a pena una conducta peligrosa que queda sin consecuencia, como delito de peligro independiente”²⁰.

²⁰ BLEI, 194; en sentido similar, MAURACH, 502; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 303; MAYER, H., *Lehrbucr*, 1953, 280; RUDOLPHI, 171; BRUNO, ANÍBAL, II, 241;

Aquí se ve claramente el error de planos: no es "impune" la "tentativa culposa", sino que no existe, del mismo modo que no existe un triángulo de seis vértices, pudiendo existir sólo un delito doloso de peligro, del mismo modo que puede existir un hexágono.

552. **La consumación y el agotamiento.** Hemos dicho que "la tentativa es la conducta punible que se halla entre la preparación no punible y la consumación del delito"²¹. "La consumación supone la completa realización del tipo penal. Sólo de la configuración del respectivo tipo depende en qué medida el autor debe haber realizado su resolución criminal de cometer un delito consumado"²².

No siempre será sencillo determinar el momento consumativo, pero la individualización de los requerimientos de cada tipo objetivo que al ser cumplimentados dolosamente determinan que con ello se opere la consumación, es un problema que incumbe por entero a la parte especial. Recordemos, por ejemplo, el controvertido problema de la consumación del hurto, muy bien estudiado entre nosotros por Frías Caballero²³.

A partir del momento en que tiene lugar la consumación, queda excluída toda punibilidad por tentativa. No obstante, no puede afirmarse que este momento sea invariablemente el que agota la ejecución del delito, porque no siempre la cumplimentación de todos los requisitos típicos importa que el autor haya logrado ya la finalidad que se proponía, sino que, frecuentemente, ésta se extiende en el tiempo más allá de este momento, sostenida durante ese tiempo —por supuesto— por la voluntad criminal del autor. De esta forma, *es frecuente que la consumación formal y el agotamiento material se distancien*, dando lugar a un período en que el delito está consumado, pero no está agotado²⁴.

Se hace evidente que en el delito continuado, por ejemplo, la ejecución del mismo continúa mientras se mantiene el estado de permanencia consumativo del delito y, recién cuando éste cesa, pue-

FRAGOSO, *Lições*, 264; DAMÁSIO E. DE JESÚS, I, 307; CORREIA, EDUARDO, II, 231.

²¹ SCHULTZ, I, 208.

²² RUDOLPHI, 168.

²³ FRÍAS CABALLERO, JORGE, *Temas*, 111 y ss.

²⁴ Sobre este fenómeno, HEGERL, FRIEDRICH, *Die juristische Vollendung und faktische Beendigung von Straftaten*, Diss. Würzburg, 1960; SCHEUFELE, HANS-JÜRGEN, *Formele Vollendung und tatsächliche Beendigung von Straftaten*, Diss., Tübingen, 1971; WINKLER, GÜNTER, *Vollendung und Beendigung des vorsätzlichen Verbrechens*, Diss., München, 1965; MAGALHAES NORONHA, I, 132; FRAGOSO, *Lições*, 263; HUNGRIA, NELSON, I, 74; etc.

de afirmarse que el delito se halla *agotado*²⁵. No obstante, no es éste el único caso en que el agotamiento se separa cronológicamente de la consumación.

Siempre la consumación es un presupuesto del agotamiento, pero no en todos los delitos la consumación puede tener lugar en un momento anterior al del agotamiento. Dentro de los delitos en que la ejecución es susceptible de presentar este fenómeno, cabe distinguir cuatro subgrupos que, siguiendo a Jescheck²⁶, podemos clasificar del siguiente modo: a) Todos los delitos de intención y de peligro, en que el tipo "adelanta" la consumación al primer acontecimiento de todo el suceder delictivo. b) Todos aquellos tipos en que hay una estructura reiterativa, como son los que prevén la repetición de uno o varios actos. c) Aquellos delitos en que el tipo no requiere la reiteración, pero en que ésta puede darse por la modalidad de la conducta del autor: la repetición de golpes en las lesiones, por ejemplo. d) Por último, los delitos continuados.

En los dos primeros grupos, no hay problema alguno, porque resulta claro que es el tipo mismo el que separa la consumación y el agotamiento, pero en el tercer y cuarto caso, no es aparentemente el tipo el que opera esta separación, lo que puede dar lugar a que se crea que hay una violación de la prohibición de la analogía²⁷. Hay que tener en cuenta que esta separación tiene consecuencias en tres casos: en la *participación* (que harían típica la conducta del que interviene antes del agotamiento), en la *prescripción* (que comenzaría a correr desde el agotamiento) y en la *realización de circunstancias agravantes* (que darían lugar a la tipicidad calificada)²⁸. Estas consecuencias —todas de mayor gravedad— no pueden sostenerse sin un serio fundamento legal, so pena de lesionar seriamente la legalidad.

Kühl ha llevado un serio embate contra la admisión de estas consecuencias, afirmando que las intenciones que son posteriores a la lesión jurídica no pueden tener relevancia legal, puesto que lo contrario implica una analogía legal.

Kühl ataca el concepto mismo de agotamiento, en base a que se carece de un criterio para determinar cuándo un delito está agotado. Siguiendo a Honig afirma que sostener un criterio "natural" implica algo oscuro e impreciso, que no pasa de ser una mera expresión jurispruden-

²⁵ Cfr. VANNINI, OTTORINO, *Manuale*, Firenze, 1954, p. 214.

²⁶ JESCHECK, H. H., *Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat*, en "Fest. f. Welzel", Berlín, 1974, pp. 683 y ss. (687-689).

²⁷ Idem, pp. 690-1.

²⁸ Idem, pp. 696-699; con limitaciones, RUDOLPHI, 168-9.

cial²⁹. El criterio de la conclusión definitiva de la lesión jurídica —que pretende ser objetivo, enunciado por Stratenwerth³⁰—, dice que tampoco pasa de ser una mera fórmula, porque demanda siempre una referencia subjetiva al remitir al plan concreto del autor. Por último, al criterio de la realización de la intención del sujeto —defendido por Welzel³¹— le objeta que cae en la analogía³².

De cualquier manera, la objeción —que en nuestro derecho podría alzarse como una supuesta inconstitucionalidad de la escisión del agotamiento respecto de la consumación— carece en el fondo de un asidero serio, puesto que en los casos en que se la puede objetar, la cuestión viene a plantearse en definitiva como un problema de concurrencia³³: cuando haya una sola conducta, pese a la repetición, siempre será porque la prohibición capta esa reiteración como una sola conducta, puesto que, de lo contrario, no sería admisible tal conclusión.

Si la ley considera que hay una unidad del desvalor jurídico, resulta lógico que no hay allí ninguna violación al principio de legalidad. Si la más elemental apelación a la razón en el entendimiento de la ley, nos muestra que una seguidilla de cinco puñetazos a la misma persona constituye un solo delito de lesiones, no tiene ningún sentido que si alguien coopera inmovilizando a la víctima cuando se le aplica el segundo puñetazo, no pueda ser considerado participante. No es posible afirmar la unidad de conducta cuando “beneficia al reo” y dejarla de lado cuando lo perjudica, porque la unidad de conducta no es una teoría “inventada” para evitar una injusticia, sino la afirmación de que la ley considera a todo ese complejo fáctico como una única conducta, lo que debe determinarse para cualquier efecto. Por supuesto, conforme lo exponemos en su oportunidad, esto no implica aceptar la autoría sucesiva.

En cuanto a las *consecuencias prácticas* de esta escisión de la consumación y el agotamiento (también llamado “consumación material”), cabe agregar a las ya señaladas (respecto de la participación, la prescripción y las calificantes), que para la *concurrencia*, la *infracción* en que incurra el autor después de la consumación y antes del agotamiento, sólo podrá concurrir idealmente con ésta³⁴.

²⁹ V. HONIG, RICHARD, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, Mannheim, 1925, p. 57.

³⁰ V. STRATENWERTH, en JZ, 61-95 y ss.

³¹ V. WELZEL, 188.

³² KÜHL, KRISTIAN, *Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts*, Berlin, 1974, pp. 35-45, 46.

³³ Cfr. JESCHECK, op. cit., 691-696.

³⁴ Idem, 698.

553. Las distintas teorías acerca del fundamento de la punición de la tentativa. De todo el panorama referido al *iter criminis* que hemos venido presentando, obviamente, lo que presenta mayores dificultades es la tentativa, esto es, la ampliación de la tipicidad prohibitiva por efecto de una fórmula general ampliatoria de los tipos dolosos a la parte de la conducta inmediatamente anterior a la consumación. Para intentar resolver los interrogantes que se plantean en derredor de la misma, tratando de hacerlo de una manera coherente, es necesario partir de un principio general, cual es la respuesta al fundamento o razón de su prohibición, puesto que de esa razón se derivarán consecuencias para los órdenes de respuestas que necesitamos en los otros aspectos.

Tal como suele acontecer en la doctrina —y siempre que de un acto humano se trata— las opiniones se dividieron entre quienes han pretendido fundar la punición de la tentativa en circunstancias objetivas y quienes pretendieron hacerlo en circunstancias subjetivas, surgiendo así una teoría objetiva y otra subjetiva.

a) Para la *teoría objetiva* la ley pena a la tentativa porque implica un peligro para el bien jurídico. Fue una teoría sumamente difundida entre los autores antiguos³⁵, aunque también fue defendida por autores más contemporáneos³⁶. La consecuencia de esta teoría no es sólo la atipicidad de la tentativa inidónea, sino también la de cualquier tentativa en que el bien jurídico en concreto no haya corrido peligro alguno: el que penetrase en una habitación en la que no hubiese nada que hurtar, no cometería tentativa de hurto³⁷.

Para evitar esta última consecuencia se sostiene —a nuestro juicio correctamente— que la concreta peligrosidad para el bien jurídico la debe valorar el juez colocándose en el momento de la ejecución y tomar en cuenta para decidir todas las circunstancias conocidas y cognoscibles por el autor. En contra de esta posición —que es la que modernamente se sigue para valorar siempre la peligrosidad de la tentativa— se sostenía la efectiva necesidad de una causalidad para el peligro, tesis que defendía von Buri, y contra la que se alzó Hippel, quien le objetaba que con semejante criterio, había que afirmar que todos los participantes en la guerra que volvieron a su hogar no han corrido peligro alguno, pues sólo los caídos habrían estado en peligro³⁸.

³⁵ Así, FEUERBACH, 43; BERNER, *Lehrbuch*, 153 y ss.; BINDING, *Normen*, III, 507; LISZT-SCHMIDT, 1932, 310; M. E. MAYER, *Lehrbuch*, 1915, 354; etc.

³⁶ Así, SPENDEL, *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, en ZStW, 65 (1953), 519 y ss.; TREPLIN, *Der Versuch*, en ZStW, 76 (1964), 441 y ss.

³⁷ Tal el caso resuelto en 1854 por el Superior Tribunal de Prusia cit. por JESCHECK, 428.

³⁸ ROBERT VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Berlín, 1930, II, 422.

Según esta teoría, la pena de la tentativa debe ser necesariamente inferior a la del delito consumado, porque el peligro del resultado siempre importa un injusto menor que su advenimiento. En este sentido se corresponde con nuestra ley positiva, donde no sólo se prevé una escala menor para la tentativa, sino que la misma es obligatoria. No obstante, es insuficiente para fundamentar la punición de la tentativa inidónea, por lo que debemos rechazarla como criterio insatisfactorio para fundamentar la punición de la tentativa en nuestra ley vigente.

b) Se denomina *teoría subjetiva* a la que funda la punición de la tentativa en la voluntad contraria o enemiga del derecho del autor, o sea que el legislador, con la fórmula de la tentativa, ha querido combatir la voluntad criminal. Esta teoría sirve para explicar la punibilidad de la tentativa inidónea, pero la equiparación a que conduce entre la tentativa y el delito consumado —puesto que en ambos es igual la voluntad criminal— lleva a una equiparación consecuente de las penas o, al menos, a una atenuación sólo facultativa de la pena de la tentativa ³⁹.

Esta teoría tiene un gran número de adeptos en Alemania ⁴⁰, particularmente luego de la reforma penal de 1939, que hizo facultativa la atenuación de la pena de la tentativa ⁴¹. Dentro de esta corriente, Baumann afirma que las tentativas idónea e inidónea no tienen diferencias desde un punto de vista ético-jurídico ⁴², en tanto que Schröder sostiene que la voluntad criminal del autor es un elemento subjetivo del injusto que hace que la conducta sea antijurídica, aunque objetivamente falte la peligrosidad de la misma ⁴³.

Esta tesis la consagró la jurisprudencia alemana en 1880 ⁴⁴.

Si bien esta teoría salva el inconveniente de la posición objetivista en cuanto a que da un fundamento para la punición de la tentativa inidónea, tampoco es admisible en nuestro derecho, porque conduce a una disminución puramente facultativa de la pena en el delito tentado, lo que nuestra ley rechaza, toda vez que la escala reducida de pena es obligatoria para el juez. *En síntesis, ni*

³⁹ Cfr. JESCHECK, 415.

⁴⁰ BAUMANN, 500 y ss.; WELZEL, 192; STRATENWERTH, 195; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 299; MAYER, HELLMUTH, *Grundriss*, 1967, 142; PETTERS-PREISENDANZ, 143; WEGNER, 228; etc.

⁴¹ Cfr. WELZEL, 189.

⁴² BAUMANN, 495-517.

⁴³ SCHÖNKE-SCHRÖDER, p. 300.

⁴⁴ Cfr. BLEI, 191.

la teoría objetiva ni la subjetiva explican las disposiciones de la tentativa en nuestro derecho, porque la primera no da un fundamento a la punición de la tentativa inidónea y la segunda no fundamenta la aplicación de una escala reducida de pena para la tentativa.

Entre ambas teorías, no ha faltado quien ha querido sostener la tesis objetiva remendada con la *peligrosidad del autor para resolver el caso de la tentativa inidónea*. Así, Sauer —bien caracterizado por su pensamiento autoritario— sostenía que la tentativa inidónea era punible únicamente por razones político-criminales en el caso en que el medio fuese idóneo sólo en la representación subjetiva del autor, lo que, evidentemente, no podía fundar de otro modo que por la vía de la peligrosidad del autor mismo⁴⁵. Conforme a esta tesis, mientras la tentativa idónea se funda en la peligrosidad de la conducta respecto del bien jurídico, la punición de la tentativa inidónea combate la peligrosidad del autor.

Aunque no usa las mismas palabras, no está alejado de esta tesis Roxin, particularmente cuando afirma que la tentativa debe tenerse siempre como una puesta en peligro del bien jurídico cuando ella fuese tal en la representación del autor en caso de haber sido correcta⁴⁶.

Harro Otto, por su parte, trata recientemente de combinar la tesis subjetiva con la peligrosidad del autor, renunciando directamente a toda posición objetiva, lo que lo lleva a la vieja tesis del positivismo italiano, al dar como único fundamento de la pena de la tentativa —idónea e inidónea— la peligrosidad del autor. Harro Otto dice que el “fundamento de la pena de la tentativa es la actuación de una voluntad criminal, o sea, su manifestación en una determinada conducta exterior”, pero aclara que “no será penada sólo una determinada disposición interna, sino la actuación de este ánimo, con la que el autor da a conocer su peligrosidad, al menos abstracta”⁴⁷.

En cierto sentido, esta posición se defiende en la Argentina por Fontán Balestra, quien sostenía una teoría objetiva para fundamentar la punición de la tentativa idónea, pero afirmaba que nuestro código “adopta como fundamento de la pena el criterio peligrorista”⁴⁸, criterio que también sostiene Núñez⁴⁹. Con razón observa Soler que conforme a la tesis peligrorista, no habría caso alguno en que el autor de la tentativa inidónea quedase exento de la pena⁵⁰. Nos resulta prácticamente incomprensible que nuestro código renuncie a sancionar un derecho penal de culpabilidad, para caer en un derecho penal de peligrosidad, únicamente en el caso de la tentativa inidónea. Por otra parte, si así fuese, la disposición sería inconstitucional, porque habría delito y pena sin afectación de bien jurídico alguno, lo que es contrario al art. 19 constitucional.

⁴⁵ V. SAUER, WILHELM, *Strafrechtslehre*, p. 109.

⁴⁶ ROXIN, *Öffene Tatbestände*, p. 159.

⁴⁷ HARRO OTTO, 223.

⁴⁸ FONTÁN BALESTRA, II, 393.

⁴⁹ NÚÑEZ, *Manual*, 380.

⁵⁰ SOLER, II, 232.

A lo dicho cabe agregar que la teoría subjetiva tiene un sentido general bastante autoritario, que la acerca a la punición del ánimo y que, en definitiva, extiende el ámbito de lo punible a actos preparatorios⁵¹, lo que dentro de esta tesis es poco menos que inevitable. La equiparación de la pena de la tentativa con la del delito consumado obedece a un desprecio por el aspecto objetivo del injusto que no es una consecuencia de la tesis del injusto personal y complejo, sino hijo dilecto del derecho penal de ánimo, que abandona lo objetivo para desvalorar una voluntad “enemiga del derecho”, “contraria al deber”, que nos lleva al terreno de la más pura arbitrariedad⁵². Completando lo dicho, pues, podemos afirmar que *la teoría objetiva no explica por qué se pena la tentativa inidónea, la peligrósista —sea que funde la punición de cualquier tentativa o sólo de la inidónea— es contraria al art. 19 constitucional, al igual que la subjetiva, puesto que postulan la punición de una conducta que no afecta bienes jurídicos, sin contar con que esta última tampoco da razón suficiente de la escala penal atenuada de la tentativa.*

Una variable de la teoría subjetiva es la tesis de Schmidhäuser, que conduce a afirmar que la tentativa no es un “delito incompleto”, sino un tipo independiente, en lo que, por cierto, guarda más coherencia que otros autores que pretenden que el dolo del delito es en la tentativa un elemento subjetivo del injusto. Conforme a su posición, toda tentativa es punible porque configura un peligro objetivamente concreto para el bien jurídico. Sostiene que incluso cuando la tentativa no muestra esta puesta en peligro del bien jurídico, basta con su “tendencia subjetiva lesionante del bien jurídico” (su “meta injusta”). Junto a esta “meta injusta” requiere siempre el presupuesto fáctico que hubiese hecho posible su alcance, con lo que excluye los casos de “ausencia de tipo”⁵³.

c) Como la teoría subjetiva se muestra insuficiente para poner algún coto al avance de la punibilidad a expensas del campo de los actos preparatorios impunes, resulta explicable que la doctrina dominante haya procurado poner un límite objetivo a la misma. Por este camino, algunos autores han desarrollado la llamada *teoría de la impresión*. Esta teoría “afirma la punibilidad de la tentativa sólo

⁵¹ Cfr. RUDOLPHI, 170.

⁵² En este sentido, el pensamiento político vigente en Alemania al tiempo de la reforma de 1939 es coherente con la misma, aunque no tan coherentes fueron quienes postularon esa solución legislativa en Italia y en la Argentina (por ej., ANTOLISEI, 356; GONZÁLEZ ROURA, II, 143) y tampoco resulta muy explicable en los códigos alemán (parág. 23, 2) y austriaco (art. 15).

⁵³ V. SCHMIDHÄUSER, 480, 481, 486, 487.

cuando la actuación de la voluntad enemiga del derecho es adecuada para conmover la confianza en la vigencia del orden jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica en aquellos que tengan conocimiento de la misma”⁵⁴.

No se trata aquí de que aumente o se introduzca un peligro para el bien jurídico, sino de la impresión que el hecho puede provocar en la generalidad, con lo cual se trata de una teoría que guarda una profunda conexión con el principio de la prevención general⁵⁵.

Dada la vinculación con la prevención general, para esta tesis “peligrosa es ya cualquier conducta que en el marco de la comunidad produce la impresión de una agresión al derecho y mediante la que se perjudica su segura validez en la consciencia de la comunidad”⁵⁶. “También es punible el carterista que irrumpe en el bolsillo vacío y perjudica, en este sentido, la paz jurídica”⁵⁷. Pese a que la teoría se le atribuye a von Bar⁵⁸, se ha difundido notablemente en los últimos años y se afirma que la consagra el código alemán de 1975⁵⁹.

No obstante, la “teoría de la impresión” dista mucho de ser una novedad, puesto que fue expuesta —en términos más racionales y claros que los siempre turbios conceptos de Mezger— por los antiguos autores italianos, particularmente por Romagnosi y Carmignani. Romagnosi decía: “La tentativa causa un daño injusto, al perturbar el goce de la seguridad que tiene derecho a disfrutar la sociedad y sus miembros”. “Por tanto, será *justo* irrogar una *pena* a la tentativa, considerándola tan sólo como causante del *temor* que infunde injustamente”⁶⁰.

En términos no menos claros expresaba esta tesis Carmignani, afirmando que el delito siempre produce un “daño público” que no sólo proviene de la lesión a la seguridad, sino de la disminución de la “opinión de la propia seguridad”. “La opinión de la propia seguridad —decía— se disminuye en los ciudadanos cuando, si bien se trata de subversión contra bienes meramente privados, de toda forma, como tales subversiones provienen de la malicia de los hombres, los ciudadanos, aunque no fuesen ellos los golpeados en su propia persona, tienen justa razón para suponer que tarde o temprano les acaezcan a ellos semejantes daños”⁶¹.

⁵⁴ RUDOLPHI, 170; JESCHECK, 387; MAURACH, 510; BLEI, 206.

⁵⁵ V. SCHÖNWNDT, HEINZ, *Grundlagen der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, Diss., Göttingen, 1975, con un panorama general de estas teorías (pp. 6 a 15).

⁵⁶ MEZGER-BLEI, 244.

⁵⁷ MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 397.

⁵⁸ VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, 1907, II, 521 y ss.

⁵⁹ Así, RUDOLPHI, 171.

⁶⁰ ROMAGNOSI, *Genesi*, parág. 745.

⁶¹ CARMIGNANI, *Elementa*, parág. 122.

La "teoría de la impresión" tiene varios puntos oscuros, por lo que no podemos compartirla. En principio, se funda en la prevención general y nosotros hemos afirmado que la función de prevención general la cumple todo el derecho, en tanto que la pena del derecho penal pone su acento principalmente en la idea de la prevención especial ⁶². En segundo término, esta teoría debe conducir a una punición independiente de la tentativa, puesto que el bien jurídico que con ella se afecta no sería el que quería lesionar el autor, sino sólo el sentimiento de seguridad jurídica y la confianza en el derecho.

Por nuestra parte, no nos cabe ninguna duda acerca de que la tentativa —idónea o inidónea— afecta al sentimiento de seguridad jurídica (es lo que llamamos "alarma social" ⁶³) pero eso no es algo independiente y descolgado, sino que *siempre se da en razón de que se ha afectado un bien jurídico*. Sin afectación de un bien jurídico no hay alarma social, porque corresponde al aspecto subjetivo de la misma seguridad jurídica, por más que no necesariamente debe mediar una exacta correspondencia entre la cuantía de la afectación objetiva del bien jurídico (lesión objetiva de la seguridad jurídica) y la afectación subjetiva de la seguridad jurídica (o alarma social).

La "teoría de la impresión" pretende penar una supuesta alarma social "suelta", sin correlato objetivo alguno. Es insostenible que haya una alarma social sin fundamento objetivo cierto. Por otra parte, esta teoría —como carece de fundamento objetivo— quiere reducir la teoría fundamentadora subjetiva apelando a otro criterio que también debe ser subjetivo: la "impresión en la generalidad". Esta no podrá determinarse —demasiado frecuentemente— sin la apelación al "sentimiento de comunidad" o a otros conceptos igualmente irracionales que, en definitiva, llevan a la relevancia de la "enemistad al derecho", lo que, al fin, se resuelve en un círculo de apreciaciones intuitivas limitadas por otras apreciaciones intuitivas. *No es necesario penetrar mucho la cuestión para caer en la cuenta de que la "teoría de la impresión" pretende relevar la "enemistad al derecho" de la voluntad que el autor pone de manifiesto con su conducta mediante el sentimiento general que la percibe como "enemiga del derecho", es decir, la "enemistad al derecho" limitada por el "sentimiento del pueblo".*

En nuestro derecho positivo, tampoco sería sostenible, porque

⁶² V. supra, § 11.

⁶³ V. supra, § 9.

si admitimos que la punición de la tentativa se funda en la "impresión producida en la generalidad", sin que sea menester que afecte ningún bien jurídico, resultará que la tentativa es un delito que no afecta bienes jurídicos y, por consiguiente, también sería contraria al art. 19 constitucional, no ya sólo la tentativa inidónea, sino también la tentativa con medios idóneos.

554. El fundamento de la punición de la tentativa en nuestro código. Hay un aspecto en el cual la "teoría de la impresión" nos parece acertada, y es en cuanto a que cualquier tentativa debe producir alarma social, puesto que no hay conducta que penetra en el ámbito de lo prohibido con relevancia penal (típica), sin que provoque alarma social. No obstante, la coincidencia con la "teoría de la impresión" termina, por nuestra parte, en esta sola afirmación.

La alarma social que produce la tentativa, a nuestro juicio no puede tener otro origen que la afectación de un bien jurídico, es decir que la tentativa —idónea o inidónea— siempre afectará la seguridad jurídica en su aspecto objetivo, porque no hay posibilidad alguna de afectar el sentimiento de seguridad jurídica sin que al mismo tiempo se afecte la disponibilidad objetiva del ente cuya tutela configura el bien jurídico. Más sintéticamente dicho: *es inadmisibile una afectación que alcance sólo al aspecto subjetivo de la seguridad jurídica, sin afectar al objetivo.*

Hemos visto que la seguridad jurídica es una unidad, que comprende un aspecto objetivo y uno subjetivo: no puede afectarse el uno sin el otro. Cuando la aparente afectación de un bien jurídico no causa alarma social, es porque no hay tal afectación del bien jurídico en la realidad, y cuando se pretende que hay alarma social sin afectación de bien jurídico alguno, lo único que puede haber es un cierto grado de intranquilidad que jurídicamente no puede servir de fundamento a ninguna coerción penal, puesto que esta coerción penal no haría más que generar una verdadera alarma social: *la pena fundada en esa intranquilidad —por antijurídica—, causaría alarma social en el correcto sentido.* El sentimiento de seguridad jurídica sería gravemente afectado por una pena inconstitucional, que sólo tendría por fundamento una *presunta* intranquilidad de la opinión pública que no estaría respaldada por la afectación de ningún bien jurídico.

La "teoría de la impresión" es una teoría parcial, que no capta la totalidad del fenómeno que provoca la tentativa y, por consiguiente, queda totalmente renga y necesitada de elementos irracionales e

inciertos, vagos y abiertos a la arbitrariedad interpretativa. En síntesis, se la puede resumir diciendo que *fundamenta la punibilidad de la tentativa en el temor que siente la generalidad, que sufre en su sentimiento de seguridad jurídica.*

Nadie puede negar con seriedad que en la tentativa la "generalidad" ve afectado su sentimiento de seguridad jurídica (que se produce un *temor* que lesiona al aspecto subjetivo de la seguridad jurídica). Pero: ¿es el único *temor* generado por la tentativa? En modo alguno: así como nadie puede ignorar que la tentativa da lugar a un *temor* en la "generalidad", tampoco puede nadie ignorar que produce *temor en el sujeto pasivo* y que también produce *temor en el derecho.*

El *sujeto pasivo*, frente a la tentativa del sujeto activo, teme *por su bien jurídico*. El derecho, frente a la tentativa, *teme por el sujeto pasivo*, puesto que considera que el bien jurídico que el sujeto activo le amenaza es necesario para su autorealización. Veamos ahora si el *temor* del sujeto pasivo puede ser el fundamento de la punición de la tentativa.

α) Sólo un psicópata puede permanecer indiferente cuando alguien le dispara con intención homicida y la bala le roza el cráneo. Este *temor* no sólo existe en la tentativa idónea, sino también en la inidónea: no es normal que nos quedemos tranquilos si alguien quiso envenenarnos y no lo logró porque quiso hacerlo echando sal en nuestra comida. Nadie podrá dejar de sentir un cierto escalofrío en esas circunstancias, por inidónea que la tentativa sea.

Puede argumentarse que el sujeto pasivo no tiene por qué enterarse de la agresión o que, enterado, ésta no le provoque ninguna "impresión" o que, incluso, hubiese deseado que la misma tenga éxito. El argumento, no obstante, no es decisivo si proviene de los partidarios de la "teoría de la impresión", porque bien puede suceder también que la "generalidad" se entere de la tentativa exclusivamente por la acción de las autoridades y no por la del sujeto activo. Sería necesario concluir en que la tentativa no afecta —o no es necesario que afecte— a la seguridad jurídica en sus aspectos objetivo y subjetivo, sino que basta con un peligro de afectación, lo que, en los delitos de peligro, daría por resultado un "peligro de peligro", que es algo poco menos que indescifrable.

Esto debe bastar para convencernos de que la tentativa no puede fundarse en el *temor* (o "impresión") efectivo y concreto que el caso produzca en el sujeto pasivo ni en la "generalidad", pues ambos son eventuales. Puede afirmarse que ambos deberán ser te-

nidos en cuenta para graduar el injusto de la tentativa, cuando efectivamente estén dados, pero no puede sostenerse que funden su prohibición, porque a veces no se hallan presentes y, sin embargo, nadie duda de que haya tentativa.

β) No obstante, el fundamento de la tentativa no puede ser otro que el mismo fundamento por el que se da relevancia penal al delito consumado, que en el caso del delito tentado presenta un menor grado de intensidad: *es el temor del derecho por el sujeto pasivo*. La prohibición no se extiende mediante la fórmula de la tentativa por la *impresión en la comunidad* ni por la *impresión en el sujeto pasivo*, sino por la *impresión en el orden jurídico*.

Sólo penetrando un poco la estructura del temor, veremos cómo funciona este fenómeno⁶⁴. Se teme siempre a algo que amenaza; es, pues, característico de todo objeto temible, ser *amenazador*. La tentativa, como objeto capaz de generar temor, es un objeto amenazador, en concreto: *una conducta amenazadora*.

La tentativa genera temor porque *amenaza con un mal*, pero el mal con que amenaza siempre ha de ser incierto, puesto que el mal cierto, seguro, inevitable, no puede infundir temor. El temor sólo tiene lugar frente a un mal que puede golpearnos o pasar de largo. Lo inexorable puede generar angustia, pero no es temible. Puedo angustiarme porque pienso que la flor que tengo sobre la mesa se marchitará, pero no puedo "temer" que se marchite al fin, porque es inevitable que se marchite.

El carácter amenazador de la tentativa no depende del peligro que ella implica; puede no haber aumentado efectivamente las posibilidades del mal, y sin embargo, ser amenazadora porque, valorada *ex-ante* (como debe ser siempre) aparecía como peligrosa. *No se muestra como amenazador y temible sólo lo que aumenta el peligro en forma efectiva, sino también lo que proporciona la vivencia del peligro*.

Este es el carácter amenazador que el derecho descubre en la tentativa cuando la valora *ex-ante*: es el temor del orden jurídico por el sujeto pasivo. Hemos visto que todos los bienes jurídicos se tutelan porque el derecho considera necesario protegerlos en razón de que la disponibilidad de esos entes es necesaria para la autorealización individual. Por consiguiente, el derecho penal tipifica conductas porque *teme* por los hombres, porque *teme* que esas conductas le cierren las posibilidades externas de realización en co-existencia y las pena aún cuando, de hecho y en el caso concreto, estas

⁶⁴ V. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, 140-142 (parág. 30).

posibilidades no las sienta afectadas el sujeto pasivo. Así, no es típica la acción del que toma algo que se le ha regalado, pero es típica la acción de quien se apodera de algo, aunque el propietario diga luego que igualmente se lo hubiese regalado y que el hurto no le ha causado la menor molestia, porque aquí *es el orden jurídico que teme por el hombre, por el sujeto pasivo. El orden jurídico teme por quien no se atemoriza.*

La razón de ello finca en que se puede temer por quien no se atemoriza, o sea que, podemos procurar evitarle lo amenazante a quien no lo vivencia como amenaza. Al temer el derecho por el bien jurídico, teme por el hombre, y tanto en la tentativa como en el delito consumado, teme por el hombre que se encuentra amenazado en su autorealización, en el delito consumado porque se le ha afectado —por lesión o por peligro— un bien jurídico; en la tentativa porque se le amenaza un bien jurídico.

En síntesis: *el derecho penal siempre que tipifica una conducta lo hace porque teme por el hombre, fundando su temor en el delito consumado en la lesión o en el peligro al bien jurídico, y en la tentativa, en la amenaza para el bien jurídico.*

El derecho penal tiene que manejarse con una cierta imagen antropológica general, y quiere evitarle al hombre, concebido según ella, el temor de la amenaza al bien jurídico, aunque no haya en el caso concreto un encuentro en el temor. La tentativa, por amenazadora, le impresiona como temible —y teme por el hombre—, en forma tal que *la amenaza, que infunde temor al orden jurídico y que tiene capacidad para hacer temer al hombre, es una forma de afectación del bien jurídico, paralela a la lesión y al peligro mismo.*

Consistiendo el bien jurídico en una relación de disponibilidad, pocas dudas pueden haber de que la amenaza, por generar temor, afecta esa relación de disponibilidad o es susceptible de afectarla, puesto que quien siente temor ya no puede disponer como el que no lo siente: su disponibilidad está o puede estar coartada. Esta potencial capacidad de coartar la disponibilidad que tiene la tentativa, impresiona al orden jurídico como amenazadora y afectante del bien jurídico.

Para no complicar las cosas, hemos hablado hasta aquí de la lesión y del peligro como formas de afectación del bien jurídico, como características de las conductas típicas que hacen que impresionen al derecho como amenazadoras para el hombre y le hagan temer por él, pero junto a éstas tenemos la amenaza al bien jurí-

dico que también impresiona al derecho como una amenaza al hombre, por el cual teme al derecho.

Por consiguiente, el derecho, al tutelar bienes jurídicos, vela por el hombre por el cual teme, y trata de protegerle cada vez que una conducta le hace temer por él por *impresionarle como amenazadora para él*, lo que sucede cuando lesiona la disponibilidad de cualquier ente considerado por el derecho como necesario para la realización del hombre, cuando pone en peligro esa disponibilidad o, simplemente, cuando la amenaza.

La simple amenaza es capaz de *perturbar* la disponibilidad, y, por ende, es una forma más de *afectación* del bien jurídico. Luego: *tanto en el delito consumado como en la tentativa habrá siempre una afectación de bienes jurídicos.*

La tentativa, vista *ex-ante*, puede implicar un peligro, es decir, un aumento de las probabilidades de producción del resultado, lo que aumentará el contenido injusto del hecho, en tanto que cuando no lo implique, no pasará de ser una mera amenaza. De allí que la tentativa inidónea sea penada en menor escala que la idónea, porque al no importar peligro sólo *perturba* al bien jurídico en la forma de amenaza al mismo.

Sin embargo, puede haber casos en que la tentativa responda a un error tan grosero del sujeto activo, que ya no impresione al orden jurídico como amenazadora. En ese supuesto, la tentativa no afectará bienes jurídicos y, por consiguiente, quedará atípica. Tales son los casos en que nuestro código prescinde de pena, a los que añade otros, en que el error del sujeto activo no elimina del todo el carácter amenazador, pero lo deja muy reducido, operando entonces la escasa peligrosidad del autor como causa personal de exclusión de la pena.

En ningún momento debe confundirse el carácter amenazador de la tentativa con el tipo de amenazas del art. 149 bis, en que la voluntad del sujeto se dirige a alarmar o amedrentar al sujeto pasivo, es decir, a "impresionar al sujeto pasivo". La tentativa se dirige al resultado que en cada caso corresponda e "impresiona al derecho" como amenazante para el bien jurídico y, por consiguiente, para el sujeto pasivo.

En síntesis, la tentativa funda su punibilidad en nuestro código en la *impresión que produce en el derecho*, por ser amenazadora para el bien jurídico, lo que ya representa una forma de afectarlo. Si importa también —como es usual— peligro para el bien jurídico o, incluso cierto grado de lesión, de cualquier manera el injusto es atenuado, pero se atenúa más aún, si únicamente importa ame-

naza. Cuando el contenido amenazador sea muy escaso, hay una reducción de su relevancia típica al mínimo, que en cuanto a la pena puede ser eliminado por la escasa peligrosidad del autor.

II. — LA TIPICIDAD DE LA TENTATIVA

555. **La tipicidad subjetiva.** La tentativa presupone una tipicidad subjetiva y, como correlato objetivo, un principio de ejecución y una falta de consumación.

En su tipicidad subjetiva requiere “el fin de cometer un delito determinado”, es decir, el *dolo*. No puede entenderse de otra manera la expresión “delito”, pues si se la entendiese en sentido estricto (conducta típica, antijurídica y culpable), ni los que actúan justificadamente ni los que lo hacen inculpablemente, podrían cometer tentativa, lo que sería absurdo.

No hay un “dolo de tentativa”; el dolo “de tentativa” no es otra cosa que el dolo del delito consumado, de modo que puede tener las mismas modalidades conativas que éste, o sea que, en la tentativa, como principio general, debe afirmarse que es admisible el dolo eventual en los mismos casos y circunstancias en que lo es en el delito consumado. Determinar cuándo la tentativa admite el dolo eventual será, pues, por principio, una cuestión reservada a la parte especial del derecho penal.

Hemos visto que un sector de nuestra doctrina rechaza la posibilidad de tentativa con dolo eventual, basado en la palabra “determinado” del art. 42 y hemos rechazado ese argumento, objetándole que de ninguna manera puede haber un “fin de cometer un delito indeterminado”, lo que sería una monstruosidad lógica, puesto que no puede concebirse el “fin de cometer cualquier delito”⁶⁵. Menos aún puede aceptarse que esa pseudo-proposición carente de sentido —que es una verdadera *contradictio in adjectio*— sea la definición del dolo eventual y, sin embargo, la tesis que rechazamos debería aceptar —para ser coherente— que esa teratología lógica obtenida *a contrario sensu* sería la supuesta definición legal del dolo eventual.

La corriente doctrinaria que criticamos no puede eludir esta forzosa consecuencia. No obstante, bien puede objetarnos que la palabra “determinado” debe denotar algo en la fórmula del art. 42, porque no se concibe que la ley adopte una expresión gratuita-

⁶⁵ V. supra, nº 348; también, CAVALLERO, RICARDO JUAN, *Algunas consideraciones sobre el dolo y la tentativa*, en JA, 5-VIII-1981.

mente. Sin embargo, esta observación no resulta válida a nivel dogmático.

En efecto, la ley puede emplear una expresión por alguna de las dos razones siguientes: para denotar un requisito o requerimiento de algo (en forma positiva —presencia— o en forma negativa —ausencia—) o para significar una aclaración o insistencia en algo que ya dice. En el caso de la palabra “determinado”, como resulta inadmisibles explicar su inclusión por la primera razón (puesto que no agrega nada ni resta nada al concepto), nos queda únicamente la segunda razón, que es, por ende, la única explicación admisible: con “determinado” la ley quiere insistir en que el dolo requiere siempre una meta, una dirección, o, lo que es lo mismo, en que no hay un fin sin una dirección hacia un objetivo previamente establecido. La expresión no puede tener otro alcance que el meramente aclaratorio, aunque en la doctrina haya servido para confundir las cosas. Como máximo, puede sostenerse, como ya lo hemos aceptado, que la palabra “determinado” excluya en algunos delitos el dolo de ímpetu del ámbito de la tentativa^{65 bis}, pero en modo alguno puede cumplir la función de cancelar al dolo eventual.

No debe confundirse el problema del dolo eventual con el requerimiento de una decisión cierta y procesalmente probada a la realización de la conducta que se dirige al resultado o que abarca en su fin la producción del resultado. Esa decisión es simplemente necesaria para la existencia misma del dolo. Así, no hay dolo cuando el sujeto se reserva la resolución para la ocasión en que se dé cierta circunstancia, como quien dice: “En la primera oportunidad que lo vea veré qué hago”. En lugar, hay decisión y, por consiguiente, dolo, cuando un sujeto ya ha tomado la resolución, cuya ejecución deja condicionada a que se dé cierta circunstancia: “Si se niega lo mato”. Tal sería el caso de quien acondiciona divisas en el guardabarros del automóvil, para contrabandearlas, en caso que en la frontera no se las dejen sacar legalmente⁶⁶. Hay resolución cuando el médico inspecciona a la embarazada para saber si el aborto no es ya peligroso, pero con la decisión de hacerlo en caso de que no lo sea, en tanto que no la habrá si se posterga la decisión para después del reconocimiento. Hay decisión y tentativa cuando se le da comida envenenada al perro, condicionando el robo a que la coma. Es ya tentativa, como principio general, la inspec-

⁶⁶ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 302; RUDOLPHI, 171; el tribunal del Reich sostuvo lo contrario.

ción del objeto para comprobar su utilidad, cuando ya está resuelto el hecho⁶⁷.

Debe tenerse siempre en claro que el dolo de la tentativa es el mismo dolo del delito consumado, es decir, es el mismo querer la realización del tipo objetivo. Como bien lo señalaba M. E. Mayer, si dos sujetos disparan simultáneamente sobre un tercero para matarle, y la bala de uno le roza, en tanto que la del otro lo mata, es obvio que la voluntad criminal de quien le rozó no se distinguía de la de quien le mató.

No sólo debe ser idéntico el dolo sino que también debe serlo todo el tipo subjetivo, esto es, si el tipo subjetivo contiene elementos distintos del dolo, éstos deben estar también en el tipo subjetivo de la tentativa, la que contiene los mismos elementos subjetivos distintos del dolo que el tipo del delito consumado⁶⁸.

Esta característica, es decir, el requerimiento de la identidad del tipo subjetivo de la tentativa y del delito consumado, nos alerta sobre la *estructura general de la tentativa: se trata de un delito incompleto*, de una tipicidad subjetiva completa, con un defecto en la tipicidad objetiva. "La tentativa es un defecto de tipo, que está dado cuando se presenta el tipo subjetivo pero hay un hueco en el tipo objetivo: el autor admite erróneamente un contenido real que, de estar efectivamente dado, hubiese llenado el tipo objetivo"⁶⁹. Por consiguiente, la tentativa es una extensión de la misma norma prohibitiva del tipo del delito consumado y, en modo alguno configura un delito autónomo⁷⁰. La norma se amplía para abarcar en su contenido prohibitivo la amenaza al bien jurídico (la *perturbación* del bien jurídico) como una forma más de afectarlo, pero *no cambia al bien jurídico*, que sigue siendo el mismo del delito consumado.

Dada la estructura del delito que sostenemos, no hay inconveniente alguno en sostener que la tipicidad de la tentativa presupone una completa tipicidad subjetiva y una tipicidad objetiva incompleta, pero en la estructura causalista es bastante difícil sostener lo mismo, pues como para ella el dolo está en la culpabilidad, habría

⁶⁷ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, loc. cit.

⁶⁸ Cfr. STRATENWERTH, 191; WESSELS, 115; RUDOLPHI, 171.

⁶⁹ MAURACH, 493.

⁷⁰ Como respondiendo a una norma autónoma lo considera MAGGIORE, op. cit., II, 67; ALTAVILLA, *Manuale di Diritto Penale*, Napoli, 1934, p. 95; PISAPIA, *Istituzioni di Diritto Penale*, Padova, 1965, 145; PALACIOS, J. RAMÓN, *La tentativa. El mínimo de ilicitud penal*, México, 1951, p. 29.

allí culpabilidad sin tipicidad, como lo afirmaba la vieja escuela austriaca.

Para el causalismo sólo hay dos alternativas: o sostener que la tentativa (*como delito incompleto*) es un caso de culpabilidad sin tipicidad, o afirmar que la misma (*como delito independiente*) tiene al dolo como elemento subjetivo del tipo ⁷¹.

La primera solución es grave, particularmente en cuanto a sus consecuencias en materia de participación, en cuanto a que la tentativa recién se podría afirmar en el último estrato del delito, en que resultaría incomprensible la tentativa de un inimputable y, en general, en el total desquicio que esa tesis introduce en el esquema analítico.

La segunda solución lleva inexorablemente a considerarla como un tipo independiente, puesto que si en el delito consumado el dolo está en la culpabilidad y en el tentado en la tipicidad, ello es porque la tentativa es un delito con una estructura del todo distinta a la del tipo consumado. *No se trataría allí solamente de que falte algo en la objetividad típica, sino que habría un desplazamiento dentro de los estratos analíticos*: el delito tentado se explicaría conforme a la estructura finalista y el consumado conforme a la causalista. Los partidarios de esta posición no pueden caracterizar a la tentativa como un delito incompleto, sino únicamente como un delito independiente ⁷².

La única caracterización posible de la tentativa como delito imperfecto es dentro de la estructura finalista, pues es en la única en que la tentativa consiste sólo en la falta de una parte de la tipicidad objetiva, sin que ello altere la estructura general del delito —como sucede con quienes pretenden que el dolo opera en el delito tentado como elemento subjetivo del tipo— ni que desquicie la teoría, como sucede con quienes pretenden que hay culpabilidad sin tipicidad.

556. Casos en que el dolo eventual no configura el aspecto subjetivo de la tentativa. El dolo de la tentativa es el dolo del delito consumado, tal como acabamos de sostenerlo. Consecuentemente, el tipo penal que admita el dolo eventual, también lo admi-

⁷¹ Así MEZGER, *Moderne Wege*, 27-28; NOVOA MONREAL, II, 134; en sentido crítico, WELZEL, *El nuevo sistema*, 65; NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, p. 21; GALLAS, op. cit., en ZStW, 67, p. 35.

⁷² Así es como NOVOA MONREAL (II, 122) resta importancia al carácter de delito imperfecto de la tentativa.

tirá cuando se amplíe con la fórmula de la tentativa. No obstante, la fórmula de la tentativa, al ampliar una prohibición, crea prohibición, es decir, es un recurso legal para crear un ámbito mayor de desvalor jurídico con relevancia penal. Por consiguiente, el legislador puede crear —o ampliar— la prohibición o no hacerlo, sin que para ello deba afectar en nada la estructura óptica de la conducta, puesto que es una cuestión que depende exclusivamente de su valoración. Tan cierta es esta afirmación que hay textos legales que no admiten la tentativa sino en los delitos en que la misma se pena en forma expresa, como sucede en el vigente código alemán, en cuya parte especial se consigna en cada tipo si la tentativa es punible.

Si bien nuestro código no sigue ese criterio, se da en él un fenómeno particular, que no puede pasarse por alto frente a una construcción dogmática coherente. No nos cabe duda que hay tentativas con dolo eventual, puesto que nos parece incorrecta la solución contraria que, por otra parte, carece de todo fundamento legal en nuestra ley, desde que, como vimos, pretender que la negativa de esa posibilidad finca en la expresión “determinado” del art. 42 nos conduce a una *contradictio in terminis*. Descartado, pues, este supuesto argumento dogmático, no vemos cuál puede ser la razón político-criminal que lleve a otra solución.

Piénsese, por ejemplo, a un sujeto que es dueño de un caballo de carrera y apuesta al mismo una cifra astronómica, queriendo eliminar luego al único caballo que está en condiciones de ganarle al propio. A tal efecto regala al dueño del animal competidor terrones de azúcar envenenados para que éste se los dé al caballo, pero previendo y aceptando la posibilidad de que también pueda ingerirlos el propio dueño del caballo. El dueño del caballo competidor ingiere los terrones y sólo puede ser salvado luego de un largo tratamiento. Sería completamente absurdo pretender que el envenenador debe ser penado como autor de lesiones graves calificadas que concurren con la tentativa de daño o de maltrato de animales.

Tampoco puede resultar convincente que quien entrega al chofer del enemigo un paquete con una bomba para que la lleve hasta la casa de éste, ocultándole el contenido del paquete y sabiendo que la bomba es de mecanismo defectuoso y que puede estallar antes de lo esperado, posibilidad que prevé y acepta, resulte penado por lesiones leves y daño si su enemigo había muerto unos minutos antes de un paro cardíaco sin que él lo supiese y la bomba estallase

destrozando el vehículo, del cual logra salir casi ileso el chofer, por uno de esos misterios de la suerte. Incluso, quienes niegan la teoría de la ausencia de tipo, deberían resolver el caso como tentativa inidónea, lo que no puede ser más absurdo.

Hay un argumento, en apariencia muy rotundo, contra la posibilidad del dolo eventual en la tentativa, que consiste en observar que aceptar la posibilidad del resultado —que es lo que sucede en el dolo eventual— no implica querer el resultado; que es lo que se requiere en la tentativa ^{72 bis}. En este sentido puede decirse que el jugador apuesta con el fin de ganar —queriendo ganar— y no está intentando perder. No obstante, a poco que profundicemos la cuestión veremos que el jugador tiene el “fin de perder” también. En efecto: si tenemos claro que la voluntad (el “querer”) es independiente por completo del ánimo (del “desear”), veremos que en el análisis lógico de la conducta del jugador, éste actúa *queriendo* apostar (con el fin de apostar) y que este fin abarca tanto el de perder como el de ganar, sólo que no “desear” perder, que es otra cosa. Si el jugador actuase sólo con el fin de ganar, éste sería incompatible con el de apostar, porque el que *quiere* ganar —es decir, dirigir la causalidad a ganar— no puede lanzarse a un azar en el cual pierde el control de todo el curso causal. En este sentido, el “fin de ganar” es tan incompatible con el “fin de jugar” como lo es el sólo “fin de perder”.

La tesis que niega que el jugador actúa también con el “fin de perder” y que sostiene que una cosa es “aceptar” y otra “tener el fin” de algo, se basa en el “uso del lenguaje”, para el cual no es tan clara la diferencia entre el “querer” y el “desear”. Dentro del “uso del lenguaje” la crítica es correcta, pero presupone que aceptemos el “uso del lenguaje” como criterio de verdad, lo que no compartimos. Es sumamente difícil llegar a la esencia misma de la verdad, pues en el fondo de esa esencia está el problema ontológico ^{72 ter}, pero sin ir tan lejos, podemos decir que un enunciado es verdadero respecto de un cierto ente cuando coincide con lo que el “uso del lenguaje” mienta como tal ente, pero no es menos cierto que también podemos decir que es verdadero cuando coincide con la estructura del ente, tal como se nos presenta al análisis del mismo. Por nuestra parte nos inclinamos por el último criterio y no

^{72 bis} Así, CURY URZÚA, ENRIQUE, *Tentativa y delito frustrado*, Sgo. de Chile, 1977, p. 97.

^{72 ter} Cfr. HEIDEGGER, *La doctrina de Platón acerca de la verdad* (en ASTRADA, CARLOS, *Heidegger, cit.*, p. 249).

por el primero, y, conforme al criterio que elegimos, nos parece claro que “aceptar” la posibilidad de un resultado es “quererlo” (no necesariamente “desearlo”, por supuesto) puesto que de otro modo no se comprende cómo se puede “querer” lo que es capaz de producirlo sin “aceptar” que se produzca y sin “quererlo” al mismo tiempo.

No obstante lo dicho, cabe aclarar que nuestro legislador no se vale de la tentativa para extender la prohibición típica a todos los supuestos en que el tipo del delito consumado acepta el dolo eventual. No sólo hay sobrados argumentos históricos para afirmar que en algunos casos excluye la posibilidad de tentativa con dolo eventual, sino que también hay fuertes argumentos dogmáticos.

La ley argentina no acepta la tentativa con dolo eventual cuando el dolo eventual es también dolo de ímpetu, al menos en los delitos contra la vida y la integridad física de las personas. Ello se debe a que nuestra ley receptó parcialmente la tesis carrariana, según la cual no es posible la tentativa con dolo de ímpetu. “*Dolo de ímpetu*” es el que responde a una reacción súbita, poco planificada o, como decía Carrara, el que tiene lugar por “*subitaneo impeto di affetti*”⁷³. En estos casos, afirmaba Carrara que cuando se usa un medio que puede provocar lesiones o muerte, no puede imputársele al sujeto la comisión de una tentativa de homicidio, puesto que lo único que pone de manifiesto es una genérica voluntad de agredir.

No debe confundirse el dolo de ímpetu con la emoción violenta, que, como vimos, es un caso particular de imputabilidad disminuida. Generalmente, la culpabilidad disminuida por emoción violenta responderá a un injusto configurado con dolo de ímpetu, pero bien puede acontecer que no sea así, puesto que la emoción puede durar un tiempo más prolongado, como para permitir cierta planificación mejor.

En los casos de dolo de ímpetu, según Carrara no existía tentativa, y su tesis era compartida por varios autores de su época⁷⁴, fundándose, entre otros argumentos, en los casos de riñas, en que, por lo general, se golpea sin la específica voluntad de matar⁷⁵. Lo cierto es que si observamos la realidad de la vida, la tesis no deja de tener cierto asidero. Es frecuente que en la práctica judicial o profesional, frente a un caso concreto, pensemos que el autor ha tenido mala suerte. Quien en el curso de una violenta discusión

⁷³ CARRARA, *Programma*, Firenze, 1924, I, p. 326 (parág. 368).

⁷⁴ Por ej., HAUS, J. J., *Principes Généraux du Droit Pénal Belge*, Gand, 1874, I, p. 218.

⁷⁵ Así, HAUS, J. J., op. cit., p. 218, nota 28.

le tira un golpe a otro con una botella rota, con tan mala estrella que le acierta en la carótida, no dudaremos que consuma un homicidio, pero, si no le alcanza en ninguna parte del cuerpo, porque el agredido se desplaza con agilidad, nos resultará bastante difícil condenarle por una tentativa de homicidio. Igualmente, quien le tira a otro una puñalada con un cuchillo de mesa de pocos centímetros y le da en un brazo, seguramente resultará condenado por una de las formas del abuso de armas, pero a nadie se le ocurrirá hacerlo por tentativa de homicidio. No obstante, si con el mismo cuchillo le alcanzase en el cuerpo, con tan mala suerte que justamente le interesase un vaso importante, no dudaríamos en que debe ser condenado por homicidio doloso.

Suele argumentarse que esto es todo un problema de prueba y lo cierto es que parcialmente lo planteaba como tal Carrara, puesto que apelaba a la equivocidad de los medios empleados para llegar a la conclusión de que no puede pensarse por tentativa. Sin embargo, no se trata de una pura cuestión procesal, aunque sea éste el expediente práctico con que suelen resolverse estos casos. Se trata de una decisión político-penal de fondo al respecto, que está consagrada en nuestra ley. La prueba dogmática de esa decisión se halla en la propia tipificación del abuso de armas en los arts. 104 y 105 del código penal. "Disparar un arma *contra* una persona" no puede ser nada diferente que intentar matar o intentar lesionar. La agresión con toda arma no puede tener otro sentido que el de intentar lesionar o matar a alguien. No se trata de disparar al lado de la persona, a centímetros de sus pies o a milímetros de su cabeza, sino de disparar "contra" la persona misma. No se trata de esgrimir un arma, sino de "agredir" con un arma.

Sería absurdo pretender que los arts. 104 y 105 desplazan la tipicidad de la tentativa de homicidio cuando se lleva a cabo con armas, puesto que resultaría especialmente beneficiado quien intenta un homicidio con armas frente al que lo intenta sin armas. Quien comenzase a estrangular con sus manos a un anciano y no lo lograse, puesto que un tercero hubiese interrumpido su conducta cuando ya la víctima había perdido el conocimiento, resultaría mucho más severamente penado que si le hubiese disparado cinco balazos y sólo le hubiese alcanzado en un hombro. Semejante conclusión sería insensata.

La única explicación coherente que tienen los arts. 104 y 105 es que el legislador argentino ha sacado del ámbito ampliatorio de la tentativa las conductas que son un comienzo de ejecución del

homicidio y de las lesiones presididas por un dolo de ímpetu, captando en tipos especiales las que considera más graves, aunque, de cualquier manera, las somete a una pena menor que la de la tentativa.

No se trata, pues, de una cuestión procesal, en que se considera que una conducta es típica de abuso de armas cuando no puede probarse la voluntad de matar⁷⁶ ni el dolo ímpetu tiene nada que ver con la equivocidad de los medios, como lo pretendía Carrara. Por súbito que sea el dolo en la conducta del que dispara un arma contra otro, hoy dolo⁷⁷ y, por consiguiente, de no existir la figura del abuso de armas, nos hallaríamos ante un supuesto de tentativa. Lo único que sucede es que el legislador ha preferido prescindir de la tentativa en estos casos, es decir, excluirlos de ella, y contemplarlos especialmente en forma de tipos.

El abuso de armas llegó hasta nuestro código proveniente del art. 423 del código español de 1870. La tipificación española respondió a las mismas razones por las que Carrara quería eliminar al dolo de ímpetu del ámbito de la tentativa, es decir que se mezclaban cuestiones de prueba con cuestiones de fondo. González y Serrano, comentando confusamente esta disposición española, hablaba también de "acaloramiento". De cualquier manera, hay una diferencia fundamental entre el art. 423 del código español de 1870 y nuestro art. 104: el texto español exigía que no se diese la tentativa de ningún otro delito más severamente penado, lo que planteaba una problemática por completo diferente⁷⁸, pero cuando el tipo llegó al art. 99 de nuestro código de 1886 —por medio del art. 207 del proyecto de Villegas, Ugarriza y García— había perdido el requisito español, conservando sólo el de no importar un delito más grave, lo que lo convirtió en fuente de uno de los mayores desconciertos doctrinarios.

La doctrina ha emitido las más dispares opiniones al respecto: para Rodolfo Moreno (h.) era una cuestión de prueba que salvaba engorrosas discusiones⁷⁹; para Soler resuelve también la tentativa de lesiones y evita la impunidad del desistimiento cuando se ha disparado o acometido con arma⁸⁰; para Peco es un delito sin contenido propio⁸¹; Núñez afirma que el dolo de abuso de armas es compatible con el dolo eventual de lesiones y de homicidio y, también, concluye en que resuelve residualmente una cuestión de prueba⁸²; para Fontán Balestra excluye las ten-

⁷⁶ Así lo creía GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, op. cit., IV, 510.

⁷⁷ Así lo hacía notar claramente PESSINA, *Elementos de derecho penal*, Madrid, 1913, p. 469.

⁷⁸ V. VIADA y VILASECA, op. cit., III, pp. 47-8.

⁷⁹ MORENO (h.), RODOLFO, IV, p. 115.

⁸⁰ SOLER, III, 169.

⁸¹ V. PECO, *Proyecto*, La Plata, 1942, p. 209.

⁸² NÚÑEZ, III, 292-3.

tativas de lesiones que tengan pena mayor⁸³; en México, Jiménez Huerta lo califica de "delito artificial"⁸⁴ y Porte Petit afirma que siempre debe implicar dolo de homicidio o de lesiones⁸⁵.

Semejante disparidad de opiniones no logra disipar la contradicción que encierra aceptar un "dolo de peligro", o sostener que abarca unas tentativas con armas y excluye otras sólo porque unas son más leves que las otras, a concluir en que el código penal puede resolver un problema procesal con una "figura práctica", para la que basta con que el sujeto haya querido disparar, sin que sea necesario preguntarse para qué.

Creemos, pues, que el art. 104 abarca supuestos de dolo de ímpetu que son casos particulares de dolo eventual que la ley argentina desplaza de la tentativa, pero no por ello puede pensarse que la fórmula del art. 42 —que no tiene mucho que ver en ese desplazamiento— excluya todos los casos de dolo eventual, puesto que basta comparar los ejemplos que hemos dado antes para percatarnos de que se trata de casos completamente diferentes que, siendo resueltos con el mismo criterio, llevarían a consecuencias inadmisibles para unos o para otros de ellos.

No obstante, con lo expuesto no han quedado resueltos todos los problemas que el dolo eventual presenta a la tentativa en nuestra ley, porque queda en pie un serio interrogante y, precisamente, es la fórmula general del art. 42. Si dejamos los argumentos dogmáticos y, por consiguiente, la exégesis como primer paso del método dogmático, e indagamos la historia de nuestro art. 42, veremos que la palabra "determinado" —en que tanto insiste nuestra doctrina— *no fue puesta para excluir al dolo eventual*, sino que justamente con ella se quiso excluir al dolo de ímpetu, siguiendo la tesis carrariana. *Nuestros antecedentes legislativos son terminantes en el sentido de que con la palabra "determinado" se quería excluir al dolo de ímpetu.*

La fórmula de nuestro art. 42 proviene, remontándonos un tanto, del código francés y del brasileño de 1830 y, más cercanamente, del art. 45 del código holandés⁸⁶, pero la expresión "fin de cometer un de-

⁸³ FONTÁN BALESTRA, IV, 336.

⁸⁴ JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, *Derecho Penal Mexicano*, México, 1958, II, 195.

⁸⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, *Dogmática sobre los delitos contra la vida y la salud personal*, México, 1966, p. 170.

⁸⁶ V. BRUSA, EMILIO, *Codice Penale Olandese, 8 Marzo 1881, Tradotto e annotato a cura della Rivista Penale con cenni storici per...*, Firenze, 1882, p. 12. Más lejanamente aún puede pensarse en el art. 41 del proyecto de LIVINGSTON y en el § 4º del Título I del proyecto de MELLO FREIRE.

lito” proviene del código Zanardelli. Parece que la Comisión del Senado trabajó sobre el art. 61 del código de Zanardelli, practicándole una serie de modificaciones, siguiendo las huellas de Carrara. El art. 61 del código de Zanardelli decía: “Aquél que, con el fin de cometer un delito comienza con medios idóneos la ejecución, pero por circunstancias independientes de su voluntad, no cumple todo lo que sea necesario para la consumación del mismo, es penado con reclusión no inferior a diez años cuando la pena establecida para el delito sea el ergástolo, y en los otros casos con la pena establecida para el delito disminuída de la mitad a los dos tercios. Si voluntariamente desiste de los actos de ejecución del delito, sométeselo solamente a la pena establecida para el acto ejecutado, cuando éste constituya por sí mismo un delito”.

En la discusión de la comisión italiana de 1867, Conforte propuso que la fórmula dijese “delito dolosamente emprendido”, lo que fue objetado por otros miembros —entre los que se halla Carrara— como excesivamente técnico, por lo que propusieron “voluntario”⁸⁷. En otra reunión, Tolomei propuso “con la intención de cometer un delito”⁸⁸. Fue entonces que Carrara planteó como inadmisibles la tentativa con dolo de ímpetu, discutiéndose la cuestión y rechazando unánimemente su inclusión en el texto, puesto que se pensó que podía abusarse de una fórmula que excluyese al dolo de ímpetu⁸⁹. Cabe recordar que Carrara aplaudió la fórmula del código de Zurich, porque excluía de la tentativa al dolo de ímpetu, afirmando que la “tentativa en el ímpetu es una ilusión peligrosísima” (“poesia periculosissima”, decía)⁹⁰. El art. 14 del código de Zurich decía: “Los actos con los cuales se ha emprendido, pero no consumado, la ejecución de un crimen o delito *deliberados*, son punibles como tentativa de estos últimos”.

La expresión “fin de cometer un delito” apareció en el proyecto de Zanardelli del 22 de noviembre de 1887, en el que también explicaba el Ministro que en el delito de ímpetu no se excluye totalmente la tentativa⁹¹.

De los problemas que Carrara había planteado en la comisión italiana se hizo cargo en la Argentina Adán Quiroga, quien lo consideraba una cuestión de prueba y afirmaba que no podía hablarse de tentativa cuando la “infracción es indeterminada”, dando la sensación de que plantea todo como un problema de prueba y la “indeterminación” no se refiere tanto a la falta de determinación por parte del sujeto, sino a una indeterminación de la dirección de la voluntad por parte del juez⁹². También planteó el problema en parecidos términos Rodolfo Rivarola, declarándose decidido partidario de excluir el dolo de ímpetu del ámbito de la tentativa⁹³. Parece ser que el planteo de Rivarola fue decisivo para tomar

⁸⁷ CRIVELLARI, IV, pp. 16-7.

⁸⁸ Idem, p. 18.

⁸⁹ Idem, pp. 21-2.

⁹⁰ *Il Codice Penale Zurighese entrato in vigore il 1º Febbrato 1871*, Venezia, 1873, p. IX, nota 14.

⁹¹ CRIVELLARI, IV, p. 41.

⁹² QUIROGA, ADÁN, *Delito y Pena*, Córdoba, 1886, pp. 124-5.

⁹³ RIVAROLA, RODOLFO, Bs. As., 1910, pp. 277-281.

el problema en consideración, puesto que el proyecto de 1917 comenzaba la redacción de su art. 42 de la siguiente manera: "El que comienza la ejecución de un delito premeditado de antemano..." Los autores del proyecto sostenían que, como la diferencia entre la tentativa y otras figuras es sólo subjetiva, ello apareja dificultades probatorias que hacían aconsejable exigir la premeditación, es decir que únicamente debía juzgarse que hay tentativa cuando "se pone de manifiesto la existencia de un pensamiento desenvuelto de antemano"⁹⁴.

González Roura criticó la fórmula del proyecto de 1917, observándole que con la misma quedaba prácticamente impune la tentativa, argumento que fue recogido por la comisión de códigos del Senado, dándole la redacción vigente con la consideración de que los inconvenientes de prueba no pueden alterar los "elementos de la infracción"⁹⁵. También el senador Rojas, en su proyecto de despacho, había criticado la exigencia de premeditación⁹⁶. La Comisión del Senado, al receptor estas críticas, era muy claro que estaba reemplazando el requerimiento de premeditación por otro requisito que se limitase al dolo de ímpetu, para lo que usó la misma expresión que había empleado Rivarola, quien titulaba el párrafo de su obra en que trataba el problema "Dificultades para reconocer la tentativa en los casos de dolo indeterminado"⁹⁷. Por otra parte, de "dolo indeterminado" hablaba frecuentemente la doctrina de la época. Cabe pensar, pues, que si por dolo entendía "el fin de cometer un delito", con la palabra "determinado" no quisieron otra cosa que sacar del ámbito de la tentativa al dolo indeterminado, que no era otra cosa que el "dolo de ímpetu", al menos en la terminología de nuestros autores de la época^{97 bis}.

Lamentablemente, nuestros legisladores erraron la técnica y el resultado de su obra fue que "determinado" en el art. 42, no se refiere al "dolo" sino al "delito", lo que exegeticamente sólo admite un valor aclaratorio, sea como que el delito debe estar determinado para la voluntad del autor o determinado procesalmente por el tribunal. Cuando se pretende darle un alcance diferente del de mera aclaración, se cae irremisiblemente en un sinsentido, pudiéndose admitir sólo por razones históricas, dogmáticamente sustentadas con la presencia del art. 104, que tendría la

⁹⁴ Proyecto, 1917, p. 85.

⁹⁵ Edición oficial, p. 254.

⁹⁶ V. Proyecto de despacho de las Comisiones de Códigos y de Justicia Militar del Senado (1918); redactado por el ex Senador Dr. Angel Rojas, en RAFFO DE LA RETA, II, pp. 110-112.

⁹⁷ RIVAROLA, op. cit., p. 277.

^{97 bis} Si nos atenemos a las distintas formas de dolo que quisieron denominarse "indeterminado", prescindiendo de los antecedentes en concreto, no llegaremos a ninguna conclusión, porque para FEUERBACH era dolo eventual (*Lehrbuch*, § 159), en tanto que para CARRARA era preterintención (*Opuscoli*, I, 303), al igual que para JUAN P. RAMOS (II, n. 470) y RODOLFO MORENO (H) (III, 215). La diversidad de conceptos está claramente expuesta por MARCELO FINZI (*El resultado no directamente querido. Previsión sin volición en el derecho penal*, en "Rev. de Derecho Penal", Bs. As., 1945, 357 y cc.).

limitada función de excluir al dolo de ímpetu en los delitos contra la vida y la integridad física.

Nuestros legisladores quisieron sacar del art. 42 al dolo de ímpetu solamente, pero no a todo el dolo eventual. Pese a ello, casi se quedaron en el mero intento, porque emplearon una palabra que, lejos de denotar lo que querían, apenas es susceptible de otro entendimiento que el meramente aclaratorio. Si tenemos en cuenta que el dolo de ímpetu no es una cuestión que puede referirse únicamente a los delitos de homicidio y lesiones, sino que puede presentarse en otros muchos delitos, cabe preguntarse si el argumento histórico tiene entidad suficiente como para superar el sentido gramatical del vocablo y asignarle un sentido técnico jurídico-penal, interpretándose que la fórmula del art. 42 excluye la tentativa con dolo de ímpetu en cualquier delito. La respuesta es sumamente delicada, puesto que respecto de los restantes delitos no hay previsiones especiales como las de los arts. 104 y 105, de modo que nos hallaríamos normalmente con la impunidad en caso de respuesta afirmativa.

No obstante, creemos que la respuesta negativa se impone, puesto que el argumento histórico no basta para superar la valla del sentido semántico de la expresión usada en la ley. A falta de argumentos que hagan necesaria la interpretación conforme a datos históricos para salvar la racionalidad de la ley (o, lo que es lo mismo, el principio republicano de gobierno), no vemos razón alguna que nos permita suplir una intención del legislador que se frustró por una falla técnica del mismo.

En síntesis, entendemos que no es admisible el dolo eventual como aspecto subjetivo de la tentativa cuando no lo admite el tipo del delito de que se trate para el caso de consumación, y tampoco cuando lo rechaza la ley, tal como acontece cuando es también dolo de ímpetu en los delitos de homicidio y lesiones, algunos de cuyos supuestos tienen una regulación propia en los arts. 104 y 105.

557. El comienzo de ejecución: distintos criterios para distinguir los actos preparatorios de los actos ejecutivos. La distinción entre actos preparatorios —usualmente impunes— y actos de tentativa, es uno de los problemas más áridos de la dogmática y, con seguridad, el más difícil de la tentativa. Se trata, nada menos, que de determinar cuál es el grado de objetivación en el mundo exterior que debe haber alcanzado la resolución criminal para ser punible.

La fórmula legal del “comienzo de ejecución” no pasa de ser un indicador general y fluido, que poco nos aclara en cada caso particular, es decir, cuando se hace menester precisarla para su aplicación a un caso concreto.

El problema que surge para precisar cuándo hay “comienzo de ejecución” se produce porque la tentativa no es un tipo independiente, puesto que no hay una “tentativa en sí”, sino tentativas de delitos determinados. “La tentativa es un tipo dependiente, en forma tal que no cabe entender sus características partiendo de sí misma, sino en vinculación al tipo de una determinada forma de delito. Toda remisión a criterios generales, como la peligrosidad de la conducta o la intensidad de la voluntad criminal, lesiona el principio de legalidad, cuando no se garantiza su conexión con el tipo”⁹⁸. Por ello, el “comienzo de ejecución” debe determinarse en relación con cada uno de los tipos, lo que da lugar a grandes dificultades.

Las dificultades que esta distinción entraña han llegado a descorazonar a múltiples autores, hasta el punto de negar importancia a la distinción, afirmando que lo que importa es la punibilidad del autor —posición positivista—⁹⁹, o bien, concluir en que se trata de un problema sin solución, la “cuadratura del círculo”¹⁰⁰, lo que los condujo a sostener la punición de los actos preparatorios¹⁰¹ o a dejar librado el límite al prudente arbitrio judicial¹⁰². Este cúmulo de teorías —que se suelen denominar en conjunto “negativas”¹⁰³, aunque lo único que en común tienen es afirmar una irremediable imposibilidad de distinción— revelan una

⁹⁸ JESCHECK, 388 (2ª ed.).

⁹⁹ Así, GARÓFALO, op. cit., 361; aunque no se encuentra dentro de esta doctrina, sostiene el valor sintomático de los actos preparatorios de mayor gravedad, VASSALLI, GIULIANO, *La disciplina del tentativo*, en “Convegno Nazionale di Studio”, 210 y ss.

¹⁰⁰ Así GEYER, *Il tentativo*, en “Rivista Penale”, 1881, pp. 373 y ss.; en este sentido la amplísima bibliografía —particularmente antigua— cit. por SCARANO, LUIGI, *La tentativa*, Bogotá, 1960, p. 45 nota 138. Ultimamente, MAYER, H., 1967, 143; del mismo, *Zur Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitungshandlung*, en SJZ, 1949, 172 y ss.

¹⁰¹ Así, SCARANO, op. cit.; CAVALLO, VINCENZO, *Diritto Penale*, Napoli, 1955, pp. 718 y ss.; SALTELLI-ROMANO DI FALCO, *Commento teorico pratico del nuovo Codice Penale*, Torino, 1930, 340; sobre estas teorías, ORESTES ARAUJO, *La tentativa*, Montevideo, 1958, 55 y ss.; FRÍAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*, Bs. As. 1944, 81 y ss.

¹⁰² Así el RC en 1884 y la *Corte di Cassazione* en 1906 (SCARANO, 45-6); entre nosotros, GÓMEZ, EUSEBIO, *Tratado*, I, 464; en Alemania, MÜLLER, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch unter besonderer Berücksichtigung der Judikatur der RG*, 1931, 73.

¹⁰³ Tal denominación les da, por ejemplo, FONTÁN BALESTRA, II, 360. Este criterio fue seguido entre nosotros por el proyecto PECO (sobre ello, la crítica de NÚÑEZ, II, 314).

actitud científica poco clara. Si tomamos un paralelo pedestre equivale a que la medicina afirmase —ahora y siempre— que es absolutamente imposible hallar remedio al cáncer o, que a falta de solución, bueno es tratarlo con penicilina.

a) La tesis que ha afirmado que no es posible establecer distinción alguna entre actos preparatorios y ejecutivos sólo puede ser sostenida de *lege lata*, pero no de *lege ferenda*. Resulta evidente que nuestra ley nos impone formular la distinción, de modo que negar la misma implica pasar por sobre la ley expresa. La consecuencia práctica más inmediata de esta *teoría negativa* es la inadmisión de la extensión de la punibilidad a cualquier acto preparatorio.

En la práctica, la *teoría negativa* es una *teoría subjetiva pura*, porque al negar cualquier posible distinción fundada en criterios objetivos, extiende la punibilidad a todo acto en que se manifieste la resolución del autor, por lejano que pueda hallarse del núcleo consumativo del delito.

La *teoría subjetiva pura* es una posición que hoy se halla abandonada¹⁰⁴, que tiene el inconveniente de elevar el criterio individual del autor a criterio determinante del límite de lo prohibido, cuando lo que se requiere, precisamente, es el criterio de un tercero, es decir, de un observador supra individual¹⁰⁵.

Una *limitación a la teoría subjetiva*, de antigua data, pero que se consagra aún en el art. 56 del código italiano, es la *inequívocidad* o *no equivocidad* de los actos de tentativa: en tanto que los actos preparatorios serían “equivocos”, porque para un tercero observador no necesariamente revelarían el fin de cometer el delito, los actos de tentativa serían “inequívocos” o “unívocos”, porque para el tercero observador no dejarían duda acerca de la finalidad de cometer el delito.

Esta teoría, fue enunciada por Carmignani¹⁰⁶ y seguida por Carrara¹⁰⁷, introduciéndose en el código Zanardelli y en el de 1930 italiano y otras legislaciones¹⁰⁸. Dejando de lado que hay actos de tentativa en que la “univocidad” sólo puede provenir de lo subjetivo, adolece de un error básico: no se refiere a una determinación penal sino procesal. Fun-

¹⁰⁴ La sostenía, por ejemplo, VON BURI, *Zur Lehre vom Versuche*, en GS, 1867, 60.

¹⁰⁵ Cfr. STRATENWERTH, 189 (2ª ed.).

¹⁰⁶ CARMIGNANI, parág. 231.

¹⁰⁷ CARRARA, parág. 337.
nual, 269-270.

¹⁰⁸ SCARANO, op. cit., 104 y ss.; entre nosotros la sostuvo OBARRIO (*Curso*, 1902, p. 93); parece adherirse ahora a ella VÁZQUEZ IRUZUBIETA, I, 238; la sigue en BÉLGICA JEAN CONSTANT, *Précis de Droit Pénal*, Liège, 1967, p. 149.

dado en una cuestión probatoria, pretende resolver una cuestión de fondo ¹⁰⁹.

En cuanto a nuestro código, si bien es evidente que para la elaboración de las disposiciones referentes a la tentativa se tomó de base el código Zanardelli, por cierto que la redacción de éste fue retocada en varios sentidos, pero en éste no se mantuvo el texto, pese a que en el proceso de elaboración del mismo la cuestión se había discutido, de modo que, en forma alguna puede pretenderse que el “comienzo de ejecución” pueda determinarse en él en función de que al observador no le quepa duda sobre la finalidad del agente.

Esta posición confunde realmente dos problemas diferentes, lo que lleva a que la “no equivocidad” sea entendida como un requisito separado del “comienzo de ejecución”, en cuyo caso es algo que restringe la punibilidad de los actos de tentativa, pero que no sirve para distinguirlos de los preparatorios, o bien se entiende que la punibilidad alcanza a cualquier acto preparatorio, que “será tentativa cuando sea inequívoco”. La primera tesis sostendría que —en un código que admita el requisito— tampoco se habría abolido la diferencia entre actos preparatorios y de tentativa. Este es el criterio —por otra parte sano— que predomina en una doctrina italiana ¹¹⁰. De ser otro el criterio interpretativo, éste llevaría a la punición de actos tan alejados de la ejecución como salir de la propia casa por la madrugada, munido de un arma, ganzúas, elementos para forzar aberturas, una linterna, un saco vacío y cuerdas, que se calificaría como tentativa de robo calificado.

El mismo Carrara abjuró de la tesis de Carmignani y rectificó posteriormente la tesis sostenida en el *Programma*, reconociendo que se confunde a ese respecto una cuestión probatoria con una cuestión de fondo ¹¹¹.

Una variante moderna de la teoría subjetiva —enunciada por Bockelmann ¹¹²— ha pretendido hallar el límite en que el dolo “haya alcanzado la prueba de fuego de la situación crítica”, es decir, que la teoría, primariamente subjetiva ¹¹³, demanda un límite objetivo ¹¹⁴, el que su enunciador no puede establecer sin una referencia concreta al plan del autor, lo que acerca esta pretendida variante de la teoría subjetiva a la tesis del llamado criterio “objetivo-individual”, del que nos ocuparemos dentro de un momento ¹¹⁵.

¹⁰⁹ Cfr. FONTÁN BALESTRA, II, 362.

¹¹⁰ V. ANTOISEI, 377-8; DE MARSICO, 252-3; PANNAIN, 619-620; BETTIOL, 546; PAGLIARO, 495; SANTORO, 463-4.

¹¹¹ CARRARA, FRANCESCO, *Atti preparatori*, en “Reminiscenze di Cattedra e Foro”, 1883.

¹¹² BOCKELMANN, PAUL, *Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch*, en JZ, 1954, 468 y ss.; *Untersuchungen*, cit., pp. 146, 162.

¹¹³ Como primariamente “subjetiva” la considera RUDOLPHI, 174.

¹¹⁴ JESCHECK la califica de “variante objetiva de la teoría subjetiva” (p. 419).

¹¹⁵ Cfr. RUDOLPHI, loc. cit.

β) A la teoría subjetiva se le opone la *teoría objetiva*, cuyo primer enunciado fue estrictamente respetuoso del principio de legalidad, es decir, de carácter *formal-objetivo*, exigiendo que el autor haya realizado en forma efectiva una parte de la propia conducta típica, penetrando así en el “núcleo del tipo”¹¹⁶.

La interpretación de la fórmula del “comienzo de ejecución” no ofrece problema alguno cuando se ha comenzado a cumplir la acción típica misma. Prácticamente no puede haber desacuerdo alguno acerca de que tales actos son actos ejecutivos. Se trata de un sentido literal en que hay un comienzo de ejecución en el homicidio cuando se ha “comenzado a matar”, no pudiendo dudarse de que haya comenzado a matar el que con fin homicida ya logró herir al sujeto, pero hay dudas acerca de que deba creerse que “comienza a matar” el que extrae el arma, o que penetrar en un domicilio sea “comenzar a apoderarse” y, sin embargo, son actos que ya se hallan en una “zona neutra inmediata al tipo”¹¹⁷, en la que nos inclinamos a creer que hay tentativa.

Este criterio tiene sobre la tesis subjetiva la ventaja de ser mucho más respetuoso de la legalidad y de la seguridad jurídica, pero deja fuera de la tentativa actos que todos tenemos la idea de que son ejecutivos. Su mero enunciado parece revelar que hay en él una exagerada estrechez. Si recordamos por un instante el fundamento que hemos afirmado para la prohibición de la tentativa, veremos que ésta comienza a ser temible, porque puede apreciársela como amenazadora, un momento antes del comienzo de la realización de la acción típica misma. Luego, si tal es —como lo demostramos— el fundamento de la tipificación de la tentativa, el “comienzo de ejecución del delito” no puede ser el comienzo de la acción típica en el sentido del verbo típico mismo y, por otra parte, nunca nuestros tribunales lo han entendido con ese criterio, porque jamás darían en condenar por tentativa de hurto al que es detenido tratando de saltar los muros de la casa¹¹⁸, sin contar con que en los delitos de “pura actividad” la tentativa sería poco menos que inimaginable: piénsese en la violación impropia, en que recién “comen-

¹¹⁶ HIPPEL, II, 398; LISZT-SCHMIDT, 304.

¹¹⁷ Cfr. JESCHHECK, 420.

¹¹⁸ En nuestra doctrina, SOLER (II, 213) es quien aspira a permanecer más aferrado a este criterio, pero no creemos tampoco que pretenda llevar las cosas tan lejos.

zaría la ejecución” cuando ya el hecho estuviese consumado, porque “comenzar a acceder” es ya haber accedido ¹¹⁹.

γ) La evidente insuficiencia del criterio formal objetivo surgió ante la clara idea de que el legislador quiso abarcar en su prohibición también los actos que son inmediatamente anteriores a la realización de la misma conducta típica ¹²⁰, pues de lo contrario dejaría al bien jurídico desprotegido frente a conductas que importan verdaderas afectaciones por su carácter amenazador —que las hace temibles— y que lo perturba, pudiendo incluso afectarlo eventualmente por peligro. De allí que se buscase ampliar la mencionada teoría, complementándola con otros criterios, lo que se dio en llamar *teoría material-objetiva*, aunque no es tal, puesto que carece de una unidad que permita calificarla de “teoría”.

Debe quedar aclarado que la teoría “material-objetiva” no importa un reemplazo de la “formal-objetiva”, sino sólo una complementación de la misma ¹²¹.

Lo cierto es que no hay una unidad de criterio para complementar la teoría formal-objetiva. La complementación más usual de la formulación objetiva por vía de un criterio material es el principio sentado por Frank ¹²², que *incluye en la tentativa las acciones que, por su vinculación necesaria con la acción típica, aparecen como parte integrante de ella, según una natural concepción*.

Como puede verse, esta fórmula de Frank es una apelación a la “natural concepción”, o sea, al “uso del lenguaje”, conforme al cual, apuntar o extraer un arma sería ya “comenzar a matar”, lo que, ateniéndose a la palabra estricta, aún no lo sería ¹²³. La apelación al uso del lenguaje tiene el inconveniente que siempre importan tales criterios, es decir, su nebulosidad y general indefinición. De allí que también se haya exigido que la vinculación con la realización típica sea inmediata, en el sentido de que la acción cometida por el autor desemboque en la realización del tipo sin ningún otro acto posterior ¹²⁴.

Paralelamente se ha intentado también complementar el criterio objetivo formal mediante una apelación al “peligro inmedia-

¹¹⁹ Son muy atinadas en este sentido las observaciones de NÚÑEZ, *Manual*, 269-270.

¹²⁰ Cfr. MAURACH, 499.

¹²¹ Cfr. STRATENWERTH, 194.

¹²² Fórmula de FRANK (*StGB*, p. 87); sobre ella, WELZEL, 190; STRATENWERTH, 194.

¹²³ Cfr. STRATENWERTH, loc. cit.

¹²⁴ MAURACH, 499.

to”¹²⁵, pero lo cierto es que el peligro es un componente *eventual* de la tentativa que, cuando se halla presente, comienza con el primer acto preparatorio y permanece hasta el último acto anterior a la consumación¹²⁶, lo que nos impide valernos de él como criterio suficiente.

Como el peligro no es útil como criterio, puesto que desde la preparación hasta la consumación puede presentarse un aumento continuo en el que no se pueden señalar límites¹²⁷, se ha pensado que lo decisivo será que la decisión haya hecho peligrar en forma inmediata el bien jurídico, pero de acuerdo con la representación que de la realidad tuviese el autor¹²⁸. Esta variante implica un círculo vicioso, porque lo decisivo sería la *inmediatez*, que para determinarse remitirá al “uso del lenguaje”¹²⁹, lo que es susceptible de las mismas críticas que la fórmula de Frank¹³⁰. Además, apelando a esta fórmula propuesta, jamás podrían resolverse los casos en que hay un peligro inmediato sin que implique un comienzo de ejecución. Así, A quiere matar a B, que a las 12 horas viene diariamente por un solitario camino del bosque. Llega A allí a las 11 horas y comienza a ensayarse contra una silueta que coloca en el claro por el que siempre pasa B. A los pocos minutos cree que repite sus disparos contra las siluetas cuando, en realidad, lo hace contra B, que ese día pasó más temprano. Ninguno de los disparos alcanza a B, aunque le rozan. Puede afirmarse que este caso se soluciona con la subjetivización del peligro, pero entonces se caerá en los inconvenientes del subjetivismo: el criterio del autor será el único que determine la tipicidad.

Por otra parte, cabe delimitar también la tentativa cuando no implica peligro, y esto no acontece en la tentativa inidónea, de modo que la complementación de la teoría objetiva mediante el peligro fracasará *ab initio* en ella.

Cabe consignar que dentro de estas líneas generales se ha movido una cantidad enorme de teorías que intentaron una fórmula

¹²⁵ Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 304.

¹²⁶ Cfr. HIPPEL, II, 400.

¹²⁷ Cfr. JESCHECK, 392; RUDOLPHI, 173.

¹²⁸ Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, loc. cit.

¹²⁹ Cfr. STRATENWERTH, 195.

¹³⁰ La apelación al peligro tampoco es ninguna novedad, puesto que ya habían buscado la solución por ese camino autores muy antiguos, como por ejemplo FEUERBACH (*Lehrbuch*, parág. 42) y CARRARA (en “Reminiscenze...”, 1883, p. 331).

general y cuya síntesis escapa a los límites de nuestro trabajo, sin contar con que, además, tienen casi mero valor histórico ¹³¹.

A título meramente ejemplificativo, recordemos que Liszt pretendía hallar el criterio en el texto mismo de la ley ¹³², en tanto que para Belling los actos preparatorios constituían elementos accidentales del tipo ¹³³. Mittermaier primero ¹³⁴ y Frank y Hippel más tarde ¹³⁵, reconocen que no sólo es tentativa el comienzo mismo de la acción típica, sino también el acto precedente lógicamente necesario, lo que también acepta Max Ernst Mayer, particularmente en los "delitos materiales" ¹³⁶, quien se vale de la agresión al bien jurídico para intentar perfeccionar la delimitación ¹³⁷. De criterios causales quisieron valerse Meyer ¹³⁸ y Birkmeyer ¹³⁹, fundándose este último en la eficiencia causal, siendo rectificadora por Finger ¹⁴⁰.

En nuestra doctrina nacional, ha tendido a predominar hasta ahora el criterio objetivo con complementación material inclinada de preferencia hacia el peligro. Así, Frias Caballero, en el trabajo monográfico más importante, parte del criterio formal-objetivo, pero termina admitiendo que en los casos dudosos es necesario acudir a un criterio material con carácter complementario ¹⁴¹. Similar posición sostienen Jiménez de Asúa ¹⁴² y Argibay Molina ¹⁴³, aunque este último, con evidente error, complementa el criterio formal-objetivo con la "lesión" al bien jurídico. Fontán Balestra llega a la complementación material mediante la afirmación de que la "interpretación de las características típicas formales demanda, también, siempre, en los casos dudosos, puntos de vista de índole material" ¹⁴⁴.

δ) Hemos visto que no hay un "delito de tentativa", sino únicamente, *tentativa de delito*. Luego, el comienzo de ejecución, hay que establecerlo siempre en relación con los tipos particulares, respecto de los cuales la tentativa es una tipicidad incompleta. No obstante, validos de los tipos legales únicamente, es imposible determinar su

¹³¹ Síntesis de ellas pueden verse en MEYER, HUGO, *Der Anfang der Ausführung*, en "Fest. f. Berner", Tübingen, 1892.

¹³² LISZT, *Zur Lehre vom Versuch*, en ZStW, 1905, 72.

¹³³ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, p. 245.

¹³⁴ MITTERMAIER, *Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks "Anfang der Ausführung"*, en GS, 1859, p. 222.

¹³⁵ FRANK, StGB, 86; HIPPEL, II, 402.

¹³⁶ MAYER, M. E., *Lehrbuch*, 1923, 351.

¹³⁷ Ídem, 352.

¹³⁸ MEYER, HUGO, op. cit., p. 23.

¹³⁹ BIRKMEYER, *Die Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang*, en GS, 1885, p. 272.

¹⁴⁰ FINGER, *Lehrbuch*, 1904, 313.

¹⁴¹ FRIAS CABALLERO, op. cit., 180.

¹⁴² GIMÉNEZ DE ASÚA, VII, 551.

¹⁴³ ARGIBAY MOLINA, I, 335.

¹⁴⁴ FONTÁN BALESTRA, II, 366.

límite. De allí que sea necesario apelar, por un lado, a la tipicidad penal misma de la tentativa y tratar de delimitarla desde el ángulo del bien jurídico y de su particular forma de afectación: *los actos de tentativa sólo pueden ser aquellos que se muestran como amenazantes, como capaces de infundir temor y de perturbar, consiguientemente, la relación de disponibilidad con el ente que el derecho considera que el hombre necesita para su autorealización.*

La imagen general del hombre con que el derecho se maneja no es la de un pusilánime ni la de un héroe, sino una relativa posición media de valor para enfrentar la existencia cotidiana. No nos podemos olvidar que, en definitiva, el derecho pertenece a esa cotidianidad, es decir, al ser en la forma del "se" impersonal, que es la base necesaria para la existencia auténtica. De allí que deba valerse de este "criterio medio" que nos indica que la acción se hace temible por amenazante cuando ya se halla en una relación directa con la consumación, es decir, en una relación de *inmediatez* con la misma, o cuando así la pueden percibir ya (*ex-ante*, por supuesto) el sujeto pasivo y el derecho.

Para determinar la inmediatez de la conducta respecto de la realización típica, en modo alguno se muestra como suficiente la mera consideración del tipo en *abstracto*, sino que hay que apelar a la *modalidad particular que asume la aproximación típica en el caso concreto*, lo que demanda tomar en cuenta, en forma ineludible, el *plan concreto del autor*¹⁴⁵. En este sentido, lleva razón el *criterio objetivo-individual*, sostenido por Welzel¹⁴⁶.

Esta teoría se mantiene en el plano de lo objetivo en cuanto parte de la consideración de la conducta típica particular (teoría formal-objetiva), introduciendo un elemento individualizador (subjetivo), como es el *plan del autor*, pero que por su naturaleza es susceptible de ser valorado por un tercero en cuanto a la determinación de la "proximidad inmediata" a la realización típica.

"Puesto que las posibilidades de realización del delito son ilimitadas, la pregunta acerca de si una determinada conducta del autor es el último acto parcial previo a la propiamente dicha acción del tipo, sólo se podrá responder en razón del plan del autor, es decir, cuando se conoce exactamente el fin perseguido por el autor con esta conducta". Así, cuando una mujer quiere envenenar a su marido con una comida y prepara en ella el veneno, dependerá del

¹⁴⁵ La apelación al plan concreto del autor parece hallarse en KOHLER (sobre ello SALM, *Das versuchte Verbrechen*, 1957, 125 y ss.).

¹⁴⁶ WELZEL, 190.

plan concreto de la autora si se la debe servir al marido o si el marido se la ha de servir directamente, para que haya en el primer caso aún un acto preparatorio y en el segundo una tentativa¹⁴⁷. De allí que este criterio se sintetice diciendo que “la tentativa comienza con aquella actividad con que el autor, conforme al plan del delito, se aplica en forma inmediata a la realización del tipo del delito¹⁴⁸”.

Esta fórmula está consagrada en el § 22 del código alemán vigente: “Intenta un hecho penal el que, conforme a su representación del hecho, se aplica inmediatamente a la realización del tipo”. Esta concepción se conoce con el nombre de “fórmula de la aproximación”¹⁴⁹, pues la clave parece darla el verbo (*ansetzt*), que los traductores chilenos de Welzel vierten al castellano como “pone en relación”¹⁵⁰. El código austríaco vigente también ha prescindido del criterio del “comienzo de ejecución”, aunque no hace referencia concreta a la “representación del autor”: “El hecho está tentado en cuanto el autor, para ejecutar su decisión o para determinar a otro a ello, actúa mediante una acción inmediatamente previa a la ejecución” (§ 15.2).

Debe quedar en claro que la fórmula del código alemán de 1975 no constituye ninguna adopción de un principio independiente del “comienzo de ejecución”, sino que trata de ser una precisión dentro del mismo concepto.

En efecto: a partir de la 18ª edición de su comentario, en 1897, Frank enunció su fórmula, que servía precisamente, para explicar qué era el “comienzo de ejecución”. “Un comienzo de ejecución —decía— se encontrará en todo acto de la actividad cuya propiedad de necesaria homogeneidad con la acción del tipo la hace aparecer para la concepción natural como parte integrante de ella” Este primer enunciado indica que al “comienzo de ejecución” debía interpretárselo en sentido *objetivo-material*, pero daba pie para concepciones más precisas y encontradas, porque como única salida tenía la “concepción natural” y porque de la “necesaria homogeneidad”, “surgían distintas consecuencias, según que esta necesidad se determinase conforme al plan del autor, conforme a puntos de vista objetivos o cualquier otro método combinado”¹⁵¹. La posterior interpretación *objetivo-individual* decidió, justamente, que esa necesidad, o sea, la inmediatez del acto, se estableciese conforme al plan del autor y, por consiguiente, el § 22 alemán no habla de “comienzo de ejecución”, no porque lo haya abandonado, sino porque consagra expresamente la forma en que la doctrina y la jurisprudencia lo fueron enten-

¹⁴⁷ RUDOLPHI, 174.

¹⁴⁸ WELZEL, 190.

¹⁴⁹ V. ROXIN, CLAUS, *Der Anfang des Beendeten Versuchs*, en “Fest. f. Maurach”, 1972, 213 y ss.

¹⁵⁰ V. WELZEL, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez, Sgo. de Chile, 1970, 262.

¹⁵¹ BLEI, 197-8.

diendo. El código austríaco, por su parte, consagra el criterio objetivo-material, dentro del que cabe la interpretación objetivo-individual, pero no la reduce a ella.

Creemos, pues, que el llamado criterio objetivo-individual es el más aproximado y por el que habrá que seguir trabajando este difícil problema, pero no se nos oculta que aquí —como en muchos otros casos— con especial énfasis cabe repetir la exclamación de Pascal: *Combien de royaumes nous ignorent!*

Creemos, consiguientemente, que el criterio objetivo-individual constituye una aproximación más al núcleo del problema, pero estamos seguros de que no lo soluciona. Se trata de un principio general orientador, pero no proporciona ninguna regla cierta¹⁵². Si bien sabemos que no puede haber una regla general cierta, y, por consiguiente, no es eso lo que pretendemos, lo cierto es que este principio tampoco resuelve siempre las dudas cuando tratamos de aplicarlo a los casos individuales.

Stratenwerth resume su formulación diciendo “que hay tentativa en toda actividad que, juzgaba sobre la base del plan concreto del autor, se muestra, conforme a una natural concepción, como parte integrante de una acción ejecutiva típica”¹⁵³. Su apelación a la “natural concepción” de Frank (uso de lenguaje) no la formula Welzel. Es un producto del escepticismo de Stratenwerth, que concluye que “los esfuerzos para precisar en una fórmula los límites entre la preparación y la tentativa parecen ser vanos, como lo demuestra la historia dogmática del último siglo y medio”¹⁵⁴.

Creemos que quizá el pesimismo de Stratenwerth sea exagerado, puesto que el principio enunciado, de cualquier manera, implica un paso más adelante. No creemos que quepa neutralizarlo apelando porque sí al difuso “uso del lenguaje”, sino que, por el contrario, urge seguir trabajándolo, quizá con una paciente y casuista investigación referida a los tipos en particular, a efectos de ver hasta dónde pueden extraerse reglas que lo precisen más.

Aunque sin caer en ese pesimismo, también Rudolphi apela a la “natural concepción”, aunque ya en forma innecesaria: “comete tentativa —dice— quien realiza una acción que aparece conforme a la natural concepción, como componente de la acción típica, en razón de que no hay ningún otro acto parcial entre ella y la acción propiamente típica, conforme al plan individual del autor”¹⁵⁵. Como vemos, aquí la “natural concepción” sale un tanto sobrando, porque ella resulta de la inmediatez

¹⁵² Cfr. BECHER, KLAUS-MARTIN, *Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch gemäß § 22 des 2. StrRG*, Diss., München, 1973.

¹⁵³ STRATENWERTH, 196.

¹⁵⁴ Idem, 197.

¹⁵⁵ RUDOLPHI, 174.

en el plan del autor, es decir, que cobra un contenido definido, alejado de la misma en el sentido de "plataforma común" de posiciones encontradas¹⁵⁶, tal como la habían usado las anteriores teorías "materiales".

La apelación a la "concepción natural" tiene sentido sólo cuando la inmediatez la determina un tercero que no toma en cuenta el plan concreto del autor, porque de lo contrario se hace totalmente innecesaria. La "natural concepción" es criterio para que el tercero observador presuma que la próxima etapa será la iniciación de la acción típica misma, pero no presenta ninguna utilidad cuando la forma de determinarlo es el plan concreto del autor, caso en el que esta apelación al "uso del lenguaje" sale sobrando.

Cabe advertir que el criterio objetivo-individual ha sido receptado en nuestra doctrina, particularmente por Núñez, quien desde su *Tratado* se ha aproximado al mismo, siguiendo los pasos de la doctrina alemana y con interesantes referencias que muestran que la doctrina francesa tampoco permanece alejada de él, aunque creemos que esta última no lo formula claramente. La señalización de este camino en nuestra doctrina, de toda forma, es mérito de Núñez¹⁵⁷, quien lo consigna ahora con mayor nitidez¹⁵⁸.

Al menos, podemos tener algunos puntos más o menos claros, y creemos que en lo sucesivo pueden servir de base cierta para un trabajo indagatorio más profundo: a) *El "comienzo de ejecución del delito" no es el "comienzo de ejecución de la acción típica"*. b) *El comienzo de ejecución del delito abarca aquellos actos que, conforme al plan del autor, son inmediatamente anteriores al comienzo de ejecución de la acción típica*. c) *Un acto parcial será inmediatamente precedente de la realización de la acción típica cuando entre éste y la acción típica no haya otro acto parcial*. d) *Para determinar si hay o no otro acto parcial intermedio deberá tomarse en cuenta el plan concreto del autor y no lo que pueda imaginar un observador ajeno*.

Para sintetizar la evolución doctrinaria respecto de la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, podemos afirmar que hay a su respecto dos actitudes básicas: α) negarla o β) afirmarla.

α) Quienes la niegan (*teoría subjetiva*) caen en un hecho penal de ánimo que no puede evitarse apelando a un criterio procesal (*univocidad*).

β) Quienes la afirman (*teorías objetivas*, α')) intentaron primero identificar el "comienzo de ejecución" con el inicio de la acción típica (*teoría objetiva-formal*), lo que, por reducir en demasía el

¹⁵⁶ Cfr. BLEI, 197.

¹⁵⁷ NÚÑEZ, II, 329-332.

¹⁵⁸ NÚÑEZ, *Manual*, 268.

ámbito de los actos ejecutivos llevó a que β') otros intentasen incluir dentro de ellos también los actos inmediatamente anteriores al inicio de la acción típica (teoría *objetivo-material*) apelando para ello al criterio de un tercero observador que se valía de la natural concepción —uso del lenguaje— (variante de *Frank*), lo que le hacía harto difuso, dando lugar a que γ') luego, se pensase en concretarlo atendiendo al plan concreto del autor (teoría *objetivo-individual*).

Debe quedar claro que todas las tesis objetivas son tentativas de interpretar la expresión “comienzo de ejecución”, y que la teoría objetivo-individual no deja de ser una teoría objetivo-material, sino que constituye una precisión dentro de ésta.

Como consecuencias generales del principio referido, Rudolphi deduce que la preparación o fabricación de los *instrumenta sceleris* o la mera disposición de los instrumentos para el hecho, no pasan de ser actos preparatorios, al igual que el procurarse un lugar para el hecho o permanecer en él, o también la pura creación o acechanza de una oportunidad para el hecho o el mero apartamiento de los impedimentos para la realización del hecho ¹⁵⁹.

558. Los límites de la tentativa en delitos calificados, en los llamados “de pura actividad”, en los habituales y en la autoría mediata. La tentativa, como porción de la actividad que se extiende desde el comienzo de ejecución hasta la consumación, no siempre es algo sencillo de delimitar, siendo particularmente discutidos algunos casos en especial.

a) Tratándose de delitos calificados, puede ser que haya una conducta calificante que continúe al tipo fundamental, como en el caso de quien en el robo ejerce la violencia con posterioridad al mismo, en cuyo caso coinciden las opiniones en que la tentativa del robo comienza cuando da comienzo la ejecución de la conducta calificada ¹⁶⁰.

En el caso inverso, es decir, cuando la conducta calificante precede a la del tipo fundamental, cabe entender que la tentativa se inicia con el comienzo de ejecución de la conducta calificante precedente. Así, por ejemplo, hay tentativa de robo con efracción cuando se comienza a ejecutar la efracción; hay tentativa de robo cuando se comienza a hacer fuerza sobre las cosas para entrar al lugar a robar; hay tentativa de hurto con escalamiento cuando comienza la ejecución del escalamiento; etc.

¹⁵⁹ RUDOLPHI, 174.

¹⁶⁰ Cfr. WELZEL, 191; RUDOLPHI, 175.

A este respecto la opinión doctrinaria dominante entiende que basta con que se haya intentado la conducta calificante ¹⁶¹, aunque hay una opinión contraria minoritaria, que sostiene que cuando la conducta calificante precede a la del tipo básico, no habrá tentativa hasta que no comience la ejecución del tipo básico, con el argumento de que la tentativa no presupone el comienzo de ejecución de la conducta calificante, sino de la totalidad del injusto ¹⁶².

Entendemos que el argumento de Rudolphi no es válido, porque no puede considerarse que se quiebra la inmediatez cuando el autor comienza la ejecución de algo que ya es una característica del tipo y que, en el plan del autor, se presenta como etapa que va inmediatamente aneja a otra que a su vez se sucede igualmente hasta consumir el tipo. Impresiona en el ejemplo puesto por Rudolphi que hay una discontinuidad temporal, como sucederá si el sujeto fuerza la puerta de tarde para penetrar de noche. Esta discontinuidad no quiebra la inmediatez, porque las etapas son inmediatas dentro del plan criminal, no importando que entre ellas el sujeto realice conductas ajenas al plan.

b) Cabe insistir respecto de los llamados "*delitos de pura actividad*", en que los mismos admiten la tentativa, que sólo resultaba inadmisibles desde el punto de vista de la teoría formal-objetiva.

Con toda razón dice Núñez que no es necesario que "la finalidad de acceder carnalmente a la víctima por la violencia se traduzca por el contacto externo de los órganos sexuales, sino que concurriendo el propósito de cometer la violación, resultan suficientes otros actos significativos de la ejecución de esa finalidad, por ejemplo, derribar a la víctima y ponerse en posición adecuada" ¹⁶³.

c) En los casos de autoría mediata, consideramos que hay tentativa cuando se acciona sobre el sujeto interpuesto para que cometa el hecho. Ello no acontece cuando se determina a otro que actúa en forma meramente inculpable, puesto que en tal caso, el interpuesto —salvo en circunstancias muy especiales— será siempre autor y el determinador no pasa de ser instigador, de modo que la cuestión se resuelve por los principios de la participación en la tentativa.

Consecuentemente, hay tentativa de homicidio en cuanto se reemplaza la bala de fogueo del arma que usará el actor y hay tentativa de hurto en cuanto se amenaza de muerte a otro para que lo cometa. Son, en lugar, meros actos preparatorios (o tentativas

¹⁶¹ Por ejemplo, así, MAURACH, 503.

¹⁶² Así, RUDOLPHI, 175.

¹⁶³ NÚÑEZ, *Manual*, 269.

atípicas de instigación), tratar de convencer al psicótico de que el vecino le persigue o a la extranjera embarazada de que el aborto no es delito.

En el caso del que amenaza a alguien de muerte para que mate a otro, habrá —claro está— un delito de coacción, pero no habrá aún una tentativa de homicidio, pues el coaccionante será instigador. No obstante, puede haberla, en el caso de negativa y la coacción ya importe un comienzo de ejecución sobre el coaccionado (como por ejemplo, apuntarle con el arma para matar al coaccionado por negarse a cometer el homicidio: en este caso habrá un dolo alternativo, que implica la decisión de matar al coaccionado, sólo que sometida a la condición de que no cumpla la orden).

Consecuente con el criterio de que el que es determinado mediante una mera inculpabilidad por lo general es el autor, hemos afirmado ya que es atípica la conducta del que se procura su propia inculpabilidad para cometer en tal estado un delito. Esta es la tesis que, pese a admitir la teoría de la *actio libera in causa*, sostiene la mayor parte de la doctrina¹⁶⁴. Sin embargo, esta posición es incoherente con el sostenimiento de la teoría de la *actio libera in causa*.

Para evitar esta consecuencia un sector minoritario de la doctrina, afirma que la embriaguez ya es un acto de tentativa en la *actio libera in causa*¹⁶⁵, lo que nos parece inadmisibile, puesto que cae en un abierto derecho penal de ánimo o en una franca teoría subjetiva, que es lo mismo.

d) En los delitos que exigen *habitualidad* se ha entendido que la tentativa no es admisible¹⁶⁶. Esta tesis es correcta en tanto se considere que la habitualidad requiere una pluralidad de conductas. No es idéntica la solución cuando se entiende —como nosotros lo hemos hecho— que la habitualidad es un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo y que la repetición de conductas no es más que una presunción de habitualidad¹⁶⁷.

Dentro de este punto de vista el delito habitual se configura como una conducta acompañada de la intención de su repetición habitual, de modo que, mientras ese elemento subjetivo acompañe a la tentativa, ésta será típica.

¹⁶⁴ Cfr. JESCHECK, 421; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 306.

¹⁶⁵ Así, MAURACH, *Fragen der actio libera in causa*, en JuS, 1961, 373; ROXIN, op. cit. en "Fest. f. Maurach", 230.

¹⁶⁶ Así, MALO CAMACHO, GUSTAVO, *Tentativa de delito*, México, 1971, p. 20.

¹⁶⁷ V. supra, § 356.

Así, será tentativa de curanderismo la conducta de quien habiendo instalado consultorio —sin título ni licencia— está reconociendo a un paciente, sin haberle recetado ni aplicado aún tratamiento alguno, y tiene más pacientes en la sala de espera. Será tentativa de usura calificada la que realice quien está concertando el otorgamiento de un primer crédito usurario en el marco de la flamante empresa dedicada a ella. Será tentativa de encubrimiento calificada la que realiza quien está llenando el cheque con que va a pagar la cosa que el ladrón tiene en sus manos, como primera compra de un comercio flamante que dedica a la compra de cosas hurtadas o robadas.

e) Hay algunos problemas que merecen ser apuntados en el campo que nos ocupa, particularmente porque se hallan discutidos, aunque no por ello presentan, al menos desde nuestro punto de vista, grandes dificultades. Mencionaremos dos de ellos: la afirmación —a nuestro modo de ver inconvencional— de que cuando el autor realiza una conducta que dispone los medios en forma tal que ya no requiere ninguna intervención ulterior, queda con ello simultáneamente afirmada la presencia de un comienzo de ejecución, y la existencia de un caso que debe resolverse como falsa suposición de atenuantes, cuando el autor cree que aún se halla en una etapa ejecutiva previa, cuando efectivamente ha consumado ya el delito, tratándose de un supuesto de error relevante.

α) No creemos que pueda haber duda alguna respecto del caso en que ya hay una realización de la totalidad de la conducta del autor, faltando sólo la producción del resultado, es decir, del caso en que haya tentativa acabada. Según la opinión casi unánime, en estos casos hay claramente un comienzo de ejecución. Schmidhäuser pone el caso de un sujeto que envenena el café que otro, que se halla ausente, habrá de tomar al volver. Afirma, con razón, que aquí hay tentativa, puesto que el sujeto ya no hará más nada para que se produzca el resultado¹⁶⁸. Sin embargo, Roxin opina en el mismo caso de modo diferente¹⁶⁹, sosteniendo que en tanto el autor tenga el hecho bajo su control no se produce la tentativa, en lo que coincide Rudolphi¹⁷⁰. No compartimos esta opinión, puesto que, de cualquier modo, aunque el sujeto pueda modificar posteriormente el curso causal —desistiendo cuando tira el café envenenado o impide que la otra persona lo beba, o apurando la decisión de la otra persona al sugerirle que se sirva otro café—, lo único que cabrá poner en duda es si se trata de una tentativa acabada o inacabada, pero conforme al plan del autor ya hay comienzo de ejecución. Creemos que *la existencia de una corrección subsidiaria del plan primitivo no le quita el carácter de acto de tentativa al que lo tiene ya dentro del plan primitivo*.

¹⁶⁸ SCHMIDHÄUSER, 490.

¹⁶⁹ ROXIN, op. cit. en "Fest. f. Maurach", 213 y ss.

¹⁷⁰ RUDOLPHI, 176.

Según Roxin, en ese ejemplo, aún la acción no habrá pasado “La prueba de fuego de la situación crítica”, porque el sujeto no habrá pasado la última oportunidad para decidir el hecho¹⁷¹, que habrá pasado cuando el sujeto haya dejado ir el curso causal ya librado a su destino. Resulta bastante ilógico pensar que si se marcha para no regresar, porque se embarca en un largo viaje marítimo cuya primera escala es a los diez días, haya tentativa, en tanto que, mientras se quede en la casa no la haya.

β) Puede suceder que la consumación se adelante respecto de lo planeado por el autor mientras éste sigue actuando, y que él mismo crea que aún el delito se halla tentado, cuando objetivamente se ha consumado. La tentativa es, por definición, una conducta que debe ser atípica respecto del tipo consumado, por consecuencia de un defecto en la tipicidad objetiva. Como es lógico, cuando la tipicidad objetiva se halla completa, la conducta será atípica respecto de la tentativa, puesto que será objetivamente típica del delito consumado.

Puede creerse que esto no ofrece problemas, puesto que el dolo de tentativa no difiere del dolo del delito consumado y, por consiguiente, de haberse adelantado el resultado, ello será indiferente en cuanto a que, igualmente, se habrá consumado el delito. Esta afirmación será certera en los casos de tentativa acabada: si el explosivo puesto por un terrorista estalla diez minutos antes de lo previsto, igualmente estará consumado el delito. No obstante, no puede decirse lo mismo en el caso de la tentativa inacabada.

En la tentativa inacabada puede haber un desconocimiento de la forma en que se está desarrollando el curso causal, que sea efectivamente relevante para el dolo, porque mientras el sujeto está actuando sigue dirigiendo la causalidad y, consecuentemente puede suceder que crea seguir dirigiendo la causalidad hacia un resultado, cuando en realidad el resultado ya se ha producido. Por supuesto que este error acerca del avance del curso causal no siempre será relevante, porque se excluye el supuesto en que media un *dolus generalis*¹⁷²: el que da una puñalada más al cadáver, porque creyó que estaba vivo al confundir un movimiento automático con un reflejo respiratorio, no se hallará en un error que pueda beneficiarlo. No obstante, no se halla en igual situación el que secuestra a una persona para darle muerte simulando un suicidio por ahorcamiento y la cuelga de un árbol, creyendo que así le da muerte, cuando en realidad la víctima está muerta desde un rato antes por efecto de un paro cardíaco. Tampoco es indiferente el error de quien cree que aún no ha consumado la injuria, puesto que recién irrumpe en el lugar y comienza a pronunciar las palabras injuriantes, pero ignora que irrumpió en medio de una ceremonia y que esa conducta es en sí misma injuriantes. Igual situación se dará con quien para su camión al borde de un estanque para arrojar un tambor que envenene el agua, pero ignora que con el vehículo ha empujado un recipiente que había en la orilla y que al caer ya envenenó el agua.

¹⁷¹ ROXIN, op. cit., 215.

¹⁷² V. supra, § 341.

Con razón afirma Rudolphi que "la realización querida del delito no puede conducir a una completa imputación objetiva al autor". Afirma seguidamente que "pese al advenimiento del resultado típico del injusto, puede faltar la consumación, puesto que puede no serle objetivamente imputable al autor este resultado injusto, en razón de un error sobre el curso causal"¹⁷³. En rigor, creemos que no falta la consumación, puesto que la tipicidad objetiva es innegable, sino que el caso debe resolverse conforme a los principios que ya hemos enunciado acerca del error consistente en la falsa suposición de atenuantes, es decir, que debemos considerar que típicamente la conducta se halla consumada, pero que no le podremos reprochar la consumación, sino sólo la tentativa, es decir, un injusto menor y, por consiguiente, hacer aplicación de la pena conforme a la escala reducida de la tentativa, por efecto de la aplicación analógica del inc. 1º del art. 34 del código penal¹⁷⁴.

559. Culpabilidad y tentativa. Creemos que la culpabilidad siempre debe estar presente en la etapa evolutiva del delito por la que se pena al autor. Dicho en otras palabras: cualquier etapa del desarrollo del delito, que no haya ido acompañada por la culpabilidad en forma coetánea, no puede serle imputable al autor.

Desde el momento en que tiene lugar el primer acto de ejecución hasta que se consuma el hecho, media un intervalo que bien puede ser total o parcialmente cubierto por la culpabilidad: puede suceder que, quien comienza la ejecución en un estado de inculpabilidad, la continúe y proceda a la consumación cuando ese estado haya cesado; también puede darse el caso inverso, de quien comienza la ejecución siendo culpable y lo consuma siendo inculpable.

En el primer caso, la conducta será delito sólo a partir de la etapa de desarrollo que al sujeto le es reprochable. Así, quien en estado de total embriaguez rompe la puerta de una casa para entrar a robar y luego, una vez dentro de la casa, se queda dormido hasta el día siguiente, en que se despierta, carga las cosas y se las lleva, será responsable por hurto calamitoso, pero no por robo con fuerza, porque de la etapa de desarrollo del delito en la que cometió la fuerza en las cosas, no era responsable al momento de realizarla.

En el caso inverso, tampoco se podrá penar por el delito consumado, puesto que la etapa consumativa no le es reprochable al sujeto. Este segundo caso se considera por la mayor parte de la doctrina como un supuesto de responsabilidad por el hecho consumado cuando el curso causal sigue durante la situación o estado de

¹⁷³ RUDOLPHI, 177.

¹⁷⁴ V. supra, § 342.

inculpabilidad, de un modo que no se aparte sustancialmente del planificado por el autor¹⁷⁵, para lo cual la doctrina se basa en el llamado *dolus generalis* y en la teoría de la *actio libera in causa*¹⁷⁶. Creemos que una u otra forma de alcanzar la punición del acto consumado en tal estado o situación es incorrecta, puesto que implica, en forma más o menos disfrazada, una aplicación del *versari in re illicita*¹⁷⁷. No creemos que el caso pueda ser resuelto de otro modo que el análogo a la *aberratio ictus*: tentativa del delito y, eventualmente, concurso ideal con la tipicidad culposa.

Cabe mencionar, de paso, una circunstancia sobre la cual volveremos en el capítulo siguiente, pero que puede dar lugar a confusiones tanto en el caso que ahora planteamos, como en el del desistimiento de la tentativa calificada, en que resultan punibles los delitos que se han consumado en su curso. Se trata de la relación que media entre la tipicidad de la tentativa y la del delito consumado.

Si pensamos que la tipicidad va acompañando el desarrollo del delito a través de sus distintas etapas, y a ello agregamos que la tipicidad de la etapa posterior aparta la de la etapa anterior, veremos como una contradicción que la etapa anterior pueda "resurgir" como típica cuando no sea culpable o no sea punible la etapa posterior. Da la sensación de echarse mano a una tipicidad previa que había quedado descartada.

Si bien volveremos sobre el problema al ocuparnos del concurso aparente de leyes, es bueno que aclaremos desde ahora que en el caso, justamente se descarta la tipicidad de la etapa precedente en función del principio de *subsidiaridad* y no en función del principio de consunción ni del de *especialidad*. Es en función de la *subsidiaridad* de la tipicidad de tentativa respecto de la del delito consumado y de la del delito menor consumado respecto de la tentativa del delito más grave, que esas tipicidades previas quedan neutralizadas.

Por consiguiente, las tipicidades de las etapas anteriores quedan como *subsidiarias* de las posteriores. *Subsidiario es lo que sustituye o puede sustituir a lo principal*, de modo que mientras lo

¹⁷⁵ Así, WELZEL, 70; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 486; BAUMANN, 385; RUDOLPHI, 162.

¹⁷⁶ Sobre este problema CARACCIOLI, IVO, *El momento de relevancia de la imputabilidad en los ordenamientos italiano y alemán con respecto a los delitos instantáneos*, en "Hom. a José Peco", La Plata, 1974, pp. 43 y ss.

¹⁷⁷ Cfr. MAURACH; MEZGER en "Leipziger Kommentar", parág. 59, II, D; MEZGER-BLEI, 192.

principal está operando, lo subsidiario queda relegado, interferido. De allí que *la estructura lógica de la subsidiaridad sea la interferencia*¹⁷⁸, que cesa en cuanto la punibilidad de la etapa posterior desaparece. En otras palabras: cuando la tipicidad posterior resulta punible, la anterior se mantiene interferida, como subsidiaria en el sentido de reemplazante potencial, pero cuando la tipicidad posterior desaparece o se hace no punible por cualquier circunstancia, la tipicidad anterior la *subsidia*, la reemplaza.

Por cualquier circunstancia que desaparezca la punibilidad de la etapa posterior, desaparece el *obstáculo* que interfería la operatividad de la etapa anterior y, por consiguiente, ésta surge con toda su magnitud y en acto. Tal acontece *cuando la etapa posterior sea atípica* (imagínese que un sujeto comienza la ejecución de una usurpación y, antes de consumarla, hereda la propiedad porque es heredero forzoso del propietario, cuya muerte ignora y de la que viene a enterarse después de consumado el supuesto despojo). Lo mismo sucederá *si la etapa posterior está justificada*: si A comienza a envenenar a B con pequeñas y sucesivas dosis de veneno, y luego B, sin tener idea de la agresión de A, le reduce a servidumbre, suponiendo que por las circunstancias A no tenga otra solución para salir de ese estado que seguir suministrando las mismas dosis periódicas de veneno a B hasta matarle, no responderá A por el homicidio consumado —que estará justificado por la legítima defensa— sino por la tentativa de homicidio, que no está justificada. Análoga es la situación *cuando la etapa posterior sea inculpable* y también cuando es meramente no punible (si A comienza la ejecución de un hurto contra B y antes de consumarlo contrae matrimonio con B, consumándolo luego, será punible por la tentativa de hurto, que no está amparada por el art. 185).

III. — LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

560. **Naturaleza y fundamento de su punición.** El art. 61 del código Zanardelli exigía la idoneidad de los medios comisivos para la tipicidad de la tentativa. Nuestro código, pese a que brevó en esa fuente, no receptó el requisito de los “medios idóneos”, por lo cual, la tentativa resulta abarcando tanto a la que se realiza con medios idóneos como inidóneos. Por consiguiente, *la tentativa inidónea, no deja de ser un caso más de tentativa.*

¹⁷⁸ Cfr. JESCHECK, 601.

Nuestro código se limita a señalar, cuando regula la punición de la tentativa (en el último párrafo del art. 44), que “si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente”.

Nuestro código no habla de “tentativa inidónea”, sino sólo de “delito imposible”. Cabe que nos preguntemos si dogmáticamente es correcto pretender que hay una “tentativa inidónea” en ese caso y, además, si ella se identifica completamente con el “delito imposible”.

Debe quedar claramente asentado antes, el concepto que nuestro código establece: la tentativa está definida por nuestra ley en el concepto que proporciona en el art. 42, que recoge del código Zanardelli y que reforma, suprimiéndole el requisito de la idoneidad de los medios. En el art. 44 se limita a establecer una diferencia en cuanto a la escala penal, para el caso en que el delito fuese “imposible”. Por consiguiente, *el delito imposible es un concepto cuya verdadera relevancia está referida a la penalidad.*

No obstante, esta diferencia en la penalidad obedece a una diferencia en la tipicidad, que está producida por un menor contenido injusto del hecho: en toda tentativa, la tipificación se funda en que la conducta amenaza al bien jurídico, es decir, en que la conducta es temible porque es la amenaza de un mal, pero en la tentativa idónea a esa amenaza se suma un peligro para el bien jurídico, que en el delito imposible no existe.

Consiguientemente, *la tentativa es siempre punible, pero cuando el delito es imposible, la pena es menor.* Ello surge del juego armónico de las disposiciones del art. 42 y del art. 44, toda vez que la tentativa de delito imposible no está excluida de la definición general de la tentativa.

Esta sistemática de nuestro código es fundamental para comprender el alcance que tiene la previsión de la tentativa de delito imposible: *se tipifica la tentativa de cualquier delito, pero cuando sea de delito imposible, la pena es menor, porque no hay peligro para el bien jurídico.* Toda vez que la tentativa de delito imposible cabe en la definición del art. 42, no hay en nuestro código una tipificación de la tentativa y otra, separada, del delito imposible, sino sólo una previsión atenuante para el caso de que la tentativa sea de delito imposible. El art. 42 dice “el que con el fin de cometer un delito determinado”, y no dice que ese delito deba ser posible, por lo cual, no hay razón alguna para excluirlo.

La tentativa de un delito imposible es una *tentativa inútil*, porque nunca pudo creerse que fuera a causar el resultado típico, fuera de la imaginación del autor. Pero el delito puede ser imposible por varias razones, que fundamentalmente son dos: porque falta algún elemento del tipo objetivo (fundamentalmente, el objeto) o porque el medio es burdamente inidóneo para causar el resultado. En ambos casos el delito es imposible, pero en el primero de ellos, no hay tentativa, en tanto que la hay en el segundo, porque la tentativa presupone una carencia de consumación en el tipo objetivo, pero no la falta de los elementos del mismo. La carencia en la tipicidad objetiva de la tentativa deviene de que *todavía* no se llegó a ella, pero no de que no existen los elementos requeridos para llegar a la misma.

La tentativa es sólo una ampliación de la tipicidad a una etapa previa a la consumación, es decir, que la carencia en el tipo objetivo de la tentativa es la que surge únicamente de la anticipación *cronológica* de la prohibición que la tentativa implica, pero en modo alguno puede admitir carencias de otra naturaleza, porque eso implicaría que con la tentativa se alcancen conductas que no están tipificadas, como la perforación de un cadáver, yacer con la propia cónyuge, apoderarse de una cosa propia, cobrar lo debido, el bestialismo, la necrofilia, etc. En todos los casos faltará la vida que se quería quitar, la mujer ajena con quien yacer, la cosa ajena de que apoderarse, el lucro indebido que obtener, la persona con quien tener acceso carnal, pero esas carencias no obedecerán a que la tentativa constituya una anticipación cronológica de la prohibición, sino a razones del todo diferentes y, por consiguiente, ajenas a la limitación que deviene para el tipo objetivo en la tentativa. Estará faltando mucha más tipicidad objetiva de la que se admite que falte en la tentativa.

Por cierto que en los mencionados casos habrá una imposibilidad de delito, pero lo que no podrá haber es una *tentativa* de delito imposible. Nuestro código no pena al "delito imposible", puesto que sería absurdo (¿cómo penar lo imposible?). Lo único que pena es la "tentativa de delito imposible", que no es cualquier conducta con la que el autor haya creído que comenzaba a ejecutar un delito, sino aquella que implica realmente este comienzo de ejecución, pero llevado a cabo por medios tan burdamente errados que nunca hubiesen causado el resultado, es decir que lo único que prohíbe es la *tentativa inútil*.

En los casos de ausencia de elementos del tipo objetivo que

no sean las impuestas por la naturaleza de anticipación cronológica de la prohibición, propia de la tentativa, lo que habrá, pues, será una imposibilidad de delito, pero no una tipicidad de tentativa, en forma tal que *la única conducta típica será siempre la tentativa y nunca una mera imposibilidad de delito.*

De allí que, *a nivel de tipicidad conglobante se revelará como única diferencia entre la tentativa útil y la tentativa inútil*, la existencia de peligro para el bien jurídico en la primera y la ausencia del mismo en la segunda, aunque ambas tendrán como común fundamento para su prohibición, el carácter amenazador que ambas presentan. Este carácter no desaparece, pese a *la inidoneidad del medio empleado, única diferencia entre ambas formas de tentativa a nivel de tipicidad legal* (por lo que también se la llama usualmente *tentativa inidónea*).

Consecuentemente con lo afirmado, consideramos que cuando falta cualquiera de los caracteres típicos de la tentativa, no puede haber "tentativa"¹⁷⁹, sea de delito "posible" o "imposible".

Suele afirmarse que el fundamento de la punición de la tentativa inidónea o inútil es la peligrosidad del autor¹⁸⁰. Soler, pese a afirmar que nuestra ley adopta un criterio positivista a este respecto, no pasa por alto que hay una consecuencia de lo que llama "tesis objetivista" en la necesaria reducción de la escala de la tentativa a la mitad¹⁸¹, pero no obtiene de ello todas las consecuencias.

Con la tesis de que el fundamento de la tentativa inútil es la peligrosidad del autor, no se comprende por qué hay una reducción de la escala penal de la tentativa, la que únicamente se explica por efecto de una reducción del injusto. Por otra parte, no puede comprenderse cómo puede punirse un delito que no es un injusto, sino sólo una manifestación de peligrosidad. Los desarrollos de Núñez y Fontán Balestra, que en un sentido son coherentes, en otro se desbarrancan, porque estarían admitiendo una tipicidad y un injusto sin afectación de bien jurídico, lo que es francamente violatorio del art. 19 constitucional.

El fundamento de la punición de la tentativa inútil no puede ser jamás la peligrosidad, porque nuestro código crearía dos sistemas independientes: uno para penar cualquier delito y otro —por añadidura inconstitucional— para penar una tentativa inidónea. Además, resulta muy claro que la tentativa inútil debe ser culpable para ser punible, pues no puede sostenerse que un inimputable, por ejemplo, fuese punible por tentativa inútil. Por consiguiente, la tentativa inútil tiene los mismos

¹⁷⁹ Cfr. FONTÁN BALESTRA, II, 339; BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Delito imposible y putativo*, en LL, 82 (1956), pp. 777 y ss.; TERÁN LOMAS, ROBERTO A. M., *El delito imposible no constituye un sucedáneo de la analogía*, en JA, oct. 10 de 1975.

¹⁸⁰ Así, NÚÑEZ, *Manual*, 280; FONTÁN BALESTRA, II, 392.

¹⁸¹ SOLER, II, 228-230.

caracteres que cualquier tentativa y que cualquier delito, sólo que únicamente opera en favor del autor no peligroso *una causa personal de exclusión de pena*, impuesta por meras razones político-penales. Que en el caso de la tentativa inútil la falta o menor peligrosidad opere como una causa personal de cancelación o de exclusión de la penalidad, no significa, en modo alguno, que la peligrosidad funde la penalidad, lo que no sucede en ninguna de las causas personales que excluyen la penalidad.

561. Tentativa inidónea, delito imaginario (o putativo) y ausencia de tipo. Es sumamente común que la doctrina distinga al delito imaginario o putativo del caso —que ya hemos considerado— de la ausencia de tipicidad, que tiene lugar en el caso en que falta algún elemento del tipo además de los que deben faltar por la simple circunstancia de configurar una tentativa y no un delito consumado. En este caso —como es el de quien quiere matar a un muerto— no hay tipicidad de tentativa, de modo que se trata de una ausencia de tipo.

La tesis de que en estos casos hay una “ausencia de tipo” fue enunciada por Frank y Dohna¹⁸², siendo sostenida en nuestra doctrina con sólidos argumentos constitucionales y legales, en forma ya abiertamente mayoritaria¹⁸³. Se trata del punto de vista que acabamos de exponer y que reduce la tentativa inútil al caso en que sólo hay una inidoneidad en los medios. La cuestión estaba discutida en Alemania¹⁸⁴ y ha sido resuelta por el código de 1975, cuyo § 23,3, considera como caso de tentativa inútil también la inidoneidad del “objeto”, lo que da por resultado que se considere tentativa querer matar, o querer apoderarse de la cosa ajena, cuando en la realidad no se haya hecho nada más que perforar un cadáver, o llevarse la cosa propia¹⁸⁵.

De cualquier manera ésta es una cuestión que hace a la ley positiva alemana y cuya constitucionalidad entre nosotros sería mucho más dudosa. Implica allí la aceptación de una vieja tesis jurisprudencial, apegada a la teoría subjetiva de la tentativa inidónea y que fue consagrada en la ley vigente, pese a la crítica permanente de la doctrina. La autoritaria tesis subjetiva de los tribunales alemanes fue alimentada particu-

¹⁸² FRANK, StGB, parág. 43, I; DOHNA, p. 49.

¹⁸³ Así, FONTÁN BALESTRA, II, loc. cit.; NÚÑEZ, *Manual*, 275-7; JIMÉNEZ DE ASÚA, VII, 778 y ss.; TERÁN LOMAS, *En torno al delito imposible*, en “Hom. a José Peco”, La Plata, 1974, 357 y ss.; del mismo, op. cit. en JA, oct. 2 de 1975; del mismo, op. cit., t. II, p. 140; MUÑOZ R.-GUERRA DE VILLALAZ, 326; SIERRA, HUGO MARIO, *La tentativa inidónea o delito imposible*, en LL, abril 7 de 1975; en España, NÚÑEZ BARRERO, RUFERTO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963, 124-5.

¹⁸⁴ Negaban la ausencia de tipo, por ejemplo, WELZEL, 193; STRATENWERTH, 194.

¹⁸⁵ Así, por ej., RUDOLPHI, 178; OTTO, 232; entre nosotros parece aceptarla BACICALUPO, *Lineamientos*, 109.

larmente por von Buri y parte de una falsa simetría: así como toda ignorancia de una característica del tipo excluye el dolo, toda falsa suposición de una característica del tipo funda el dolo¹⁸⁶. La simetría es falsa, puesto que no sólo pretende fundar el dolo, *sino la tipicidad objetiva, sin la cual no puede haber dolo*. La tipicidad objetiva puede extenderse en la tentativa hasta abarcar al acto inmediatamente anterior a la conducta típica, porque es una cuestión cronológica, pero no hasta abarcar la carencia de otros elementos que requiere el tipo, porque allí *no tipificaría otra cosa que un ánimo que puede presidir cualquier conducta atípica*.

No debe creerse que la tesis alemana tiene general aceptación, puesto que en el código austríaco —también de 1975— se consagra expresamente la tesis opuesta: “La tentativa y la participación en la tentativa no son punibles cuando para la consumación del hecho faltan características o condiciones personales que la ley requiere en el actor, o cuando, conforme a la clase de acción u objeto sobre el cual el hecho se habría cometido, bajo ninguna circunstancia fuese posible” (§ 15, N° 3).

Soler se percata entre nosotros de que la tesis de la inidoneidad del objeto —que sostiene— no puede ser postulada con semejante amplitud y, para evitar sus consecuencias, ensaya una distinción entre inidoneidad jurídica y fáctica, en forma tal que se enfrenta con una diferenciación previa que, al fin de cuentas, se hace insalvable¹⁸⁷.

El rechazo de plano de la tesis de la ausencia de tipo lleva a consecuencias inadmisibles, porque se convierte en un medio de integrar analógicamente la ley penal. Un caso de fatal y tremenda aplicación de este criterio lo dio la jurisprudencia tucumana en 1974, que entendió que la “violación de cadáver” es una tentativa inidónea, “toda vez que nuestro código abrazó la doctrina positiva fundada en la peligrosidad revelada y exteriorizada, que la economía de nuestra ley no ha querido dejar de tener en cuenta”¹⁸⁸. Con toda justicia, escribió Terán Lomas contra tan deplorable interpretación: “Alegando el delito imposible y la peligrosidad, sólo se ha llegado a castigar un hecho no reprimido por las leyes penales. La cita del art. 119, inc. 2, habida cuenta de la inaplicabilidad del art. 44 según la doctrina sobre la cual el Tribunal pretende fundarse, no significa otra cosa que analogía. Es significativo que el art. 18 CN, no es objeto de cita en el fallo. De todos modos es oportuno repetir la prevención de Núñez. El art. 44 no puede interpretarse como ampliación de las incriminaciones legales. Ello significaría sustituir el principio de analogía, admitido en el orden civil (art. 16 CC) pero repugnante a los principios fundamentales del Derecho Penal argentino, en lugar de los de legalidad y reserva (arts. 18 y 19 CN), que son precisamente dichos principios fundamentales. No constituye óbice la consideración de la impunidad de hechos como el juzgado. Esta impunidad forma parte del fin no querido por la ley, según la clásica formulación de Jhering”¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Sobre ello, BLEI, 203.

¹⁸⁷ SOLER, II, 227.

¹⁸⁸ JA, 2-X-75 (Cámara Penal 1ª de Tucumán, 9-IX-1974).

¹⁸⁹ TERÁN LOMAS en comentario cit. en JA.

Con expresión propia de su tiempo, la ausencia de tipo en estos casos fue claramente enunciada por Carmignani, que las llamó "causas legales que eliminan la calidad de tentativa"; "sirvan de ejemplo —decía— el caso de un hurto de cosa propia y el concubinato con la propia mujer, del que habla Boccaccio"¹⁹⁰.

En realidad, la imposibilidad de delito que no es una tentativa inútil es una forma de "error del tipo al revés", pero es necesario advertir que hay un error de tipo en cualquier tentativa¹⁹¹, sólo que *en la tentativa se opera la inversión de un error sobre la causalidad y en la ausencia de tipo se invierte un error sobre cualquiera de los restantes elementos del tipo objetivo*.

En efecto: *en la tentativa* (idónea o inidónea), el sujeto siempre quiere el resultado y la causalidad se desvía de lo previsto en forma que no puede terminar la conducta o causar el resultado. Es una inversión del error de tipo en la forma del error sobre la causalidad, porque en éste la causalidad se desvía en forma que da lugar a la tipicidad objetiva, pero elimina la tipicidad subjetiva.

En la imposibilidad de delito por ausencia de tipo lo que se invierte es un error sobre el objeto, sobre el sujeto pasivo, sobre la propia calidad del sujeto activo¹⁹², sobre las circunstancias, etc., que el autor imagina, pero que no existen más que en su imaginación. Esta es precisamente la ausencia de tipo, o sea, la inversión del caso en que el autor ignora cualquiera de esos elementos cuando están dados en la realidad.

La distinción entre la ausencia de tipo y el "delito imaginario" (o delito putativo) es, en principio posible, puesto que la ausencia de tipo sería una inversión del error de tipo que afecta cualquiera de los elementos del tipo que no sea la causalidad, en tanto que el delito imaginario sería una inversión del error de prohibición. No obstante, tan imaginario es el delito en uno como en otro caso. No hay delito más que en la imaginación del autor, cuando supone que se lleva el paraguas ajeno y se está llevando el propio¹⁹³. Si hay general acuerdo en que la falsa creencia acerca de la antijuridicidad no puede fundar un injusto¹⁹⁴, no vemos en qué puede fundarse

¹⁹⁰ CARMIGNANI, parág. 242.

¹⁹¹ Cfr. WEGNER, ARTHUR, op. cit., 220.

¹⁹² Sobre este error, WELZEL, 194-5; ROMERO, GLADYS, *La problemática de los autores inidóneos y el delito putativo*, en "Hom. a J. de Asúa", 1970, 233.

¹⁹³ Ejemplo de HARRO OTTO, 232.

¹⁹⁴ Por ej., WELZEL, 194; STRATENWERTH, 202; MAYER, H., *Grundriss*, 1967, 61; OTTO, 232; JESCHECK, 431; BAUMANN, 505; BOCKELMANN, 197;

la tipicidad de la conducta que sólo existe en la imaginación del autor: *no puede afirmarse que la imaginación de la tipicidad pueda fundar un injusto.*

Los esfuerzos por distinguir ambos supuestos imaginarios son ingentes, pero no puede extraerse de ellos ninguna consecuencia práctica. Otto, por ejemplo, afirma que "en la tentativa inútil el autor yerra sobre facticidades o sobre conceptos jurídicos no pertenecientes al derecho penal, cuya existencia real correspondería a un tipo dado. En el delito imaginario, el autor conoce exactamente el contenido real efectivo, pero supone erróneamente que esta realidad configura un delito sometido a pena, es decir que yerra sobre lo que determinado tipo somete a pena"¹⁹⁵.

De cualquier forma, no podemos menos que observar que nunca puede ser la imaginación la creadora de un bien jurídico inexistente y por cuya pretensión de afectación se penase al autor. El muerto ya no tiene vida, de modo que hay una falta de bien jurídico; al autor sólo se lo podría penar por la pretensión de afectar un bien jurídico que sólo él imaginó.

En cualquiera de ambos casos la imaginación funda el injusto en caso en que se pretenda penarlo, porque es de la esencia del injusto la afectación de un bien jurídico y, por consiguiente, el bien jurídico que sólo existe en la imaginación del sujeto, implica que la punición de su pretendida afectación no tiene otro fundamento que la imaginación del autor.

Consideramos que cualquier distinción que se haga en el campo penal debe tener un sentido práctico, es decir, debe servir para denotar consecuencias distintas, puesto que la especulación por sí misma no es tarea de la dogmática, sino puro entretenimiento. Como en este caso no hallamos ninguna diferencia práctica para distinguir al delito imaginario de la ausencia de tipo, no nos parece oportuno aceptar la distinción¹⁹⁶.

Las consecuencias prácticas que extrae Núñez de esa distinción no parecen justificarlas suficientemente. Sostiene Núñez —por cierto que con razón— que "si el delito es putativo no puede ser delictivo para ningún participante en el hecho. En cambio, otro coautor puede, v. gr., subsanar el defecto de calidad personal"¹⁹⁷. Es correcto en el caso que imagina (el autor supone una calidad personal que no tiene), pero tam-

WESSELS, 120; MAURACH, 511; SCHULTZ, I, 189; SCHMIDHÄUSER, 481; BLEI, 192; etc.

¹⁹⁵ HARRO OTTO, loc. cit.

¹⁹⁶ Otra opinión en *Teoría*, 692.

¹⁹⁷ NÚÑEZ, *Manual*, 277.

bién lo es en el caso del delito putativo: si un sujeto imagina que la calidad personal no está requerida para que su conducta sea delito, nunca podrá ser autor, pero podrá serlo el coautor que tenga la calidad personal.

562. **La inidoneidad del objeto y del sujeto como casos de ausencia de tipo.** La tentativa inútil tiene lugar únicamente cuando el medio elegido es inidóneo para lograr la consumación¹⁹⁸. Cuando tiene lugar la llamada "inidoneidad del objeto" no es posible hablar de tentativa, puesto que ella requiere el comienzo de ejecución de un "delito", es decir, de una *tipicidad objetiva*, y no comienza a ejecutarse ninguna tipicidad objetiva cuando no hay objeto idóneo, sin que interese si esa inidoneidad es "fáctica" o "jurídica": no comienza ninguna tipicidad objetiva quien pretende hacer abortar a una mujer que no está embarazada, ni tampoco el que se apodera de una cosa propia.

En nuestra doctrina la tentativa inidónea en el caso de la llamada "inidoneidad del objeto" la aceptan Soler y Bacigalupo. Soler introduce una distinción entre inidoneidad fáctica y jurídica que es inextricable¹⁹⁹, porque es la contrapartida del error *facti* y *juris* que, como hemos visto, carece de límite claro. Ello obedece a que Soler se queda a mitad de camino, aceptando la tesis de la ausencia de tipo y también la de la inidoneidad del objeto como supuesto de tentativa inidónea. Bacigalupo rechaza directamente la teoría de la ausencia de tipo, siguiendo a la jurisprudencia subjetivista alemana²⁰⁰. Respecto de la teoría de la ausencia de tipo dice: "Desde nuestro punto de vista esta teoría resulta extraña al derecho vigente, pues el código penal hace depender la existencia de tentativa de la falta de consumación (art. 42, Código Penal) y ésta puede provenir de la ausencia de cualquier elemento del tipo objetivo"²⁰¹.

La argumentación de Bacigalupo es correcta en cuanto a la falta de consumación —aunque no totalmente—, pero pasa por alto que el sujeto debe "comenzar la ejecución de un delito", es decir que, objetivamente, debe haber algunas modificaciones en el mundo que, junto al conocimiento del dolo, señalen a un tercero observador que está comenzando a ejecutar un delito, lo que no acontece cuando el observador ve que se quiere hacer abortar a una mujer no embarazada, que se declara falsamente ante una autoridad incompetente, que se despliega un ardor para percibir lo debido, etc.²⁰². Aquí no hay un comienzo de ejecución de un delito, sino que se comienzan a ejecutar acciones atípicas.

¹⁹⁸ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, loc. cit.; FONTÁN BALESTRA, II, 384; etc.

¹⁹⁹ V. SOLER, II, 231.

²⁰⁰ BACIGALUPO, *Lineamientos*, 109-110.

²⁰¹ Idem, 110.

²⁰² Ejemplos de SCHÖNKE-SCHRÖDER, 309.

La ley alemana, su jurisprudencia y la doctrina, que sostienen en la actualidad la tesis subjetivista de la tentativa inútil, coherentemente desarrollada hasta sus últimas consecuencias, nos lleva al completo campo del absurdo. Todo enfermo alucinado estaría cometiendo injustos por vía de tentativa inidónea; Don Quijote sería autor de un injusto. Más aún: el médico que le suministrase pastillas abortivas o diese inyecciones abortivas a un travestista, sería autor de una tentativa inidónea de aborto.

Algo análogo sucede con la llamada “*inidoneidad del autor*”, puesto que si un sujeto comienza a ejecutar lo que cree que es un delito, pero que no lo es porque el tipo requiere cierta calidad en el autor que él no posee, no está comenzando la ejecución de ningún delito.

Como el punto no se halla resuelto expresamente en la ley alemana, se sostienen allí dos posiciones: quienes afirman que los *delicta propria* son delitos que imponen deberes a un cierto círculo de autores, por lo cual, el *extraneus* siempre cometerá un delito imaginario²⁰³, y quienes afirman que todas las características del tipo tienen igual peso para fundar el deber, por lo que no cabe hacer distingo alguno respecto de la calidad del autor, debiendo caer el caso de ausencia de la misma dentro de la tentativa inidónea²⁰⁴. Nos parece que la última posición es la más coherente con la que admite la inidoneidad del objeto y rechaza la teoría de la ausencia de tipo. Por supuesto que desde el punto de vista de la teoría de la ausencia de tipo —que compartimos— es un caso de delito imaginario.

Cualquier interpretación que admita que la tentativa puede abarcar una carencia en el tipo que no obedezca a la naturaleza de etapa previa inherente a la tentativa, *está violando una estructura lógico-objetiva*, puesto que pretende subsumir en la tentativa lo que no es un “comienzo de ejecución de un delito”. Una “tentativa” inidónea así concebida, sólo podría tener lugar en el caso en que se creyese que el “delito imposible” es una figura distinta de la tentativa y con características propias. Esta última interpretación sería inconstitucional, porque esa “figura” abarcaría conductas que no afectan bienes jurídicos.

563. El límite entre tentativa idónea e inidónea. Hemos visto que la tentativa inidónea (tentativa inútil o tentativa de delito im-

²⁰³ Así WELZEL, 195; STRATENWERTH, 192; BAUMANN, 598; entre nosotros, BACIGALUPO, 110.

²⁰⁴ Así, MAURACH, 512; JESCHECK, 433; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 311.

posible) es una forma de la tentativa, pero que no constituye una figura independiente de la misma ²⁰⁵. También hemos afirmado que el único caso de tentativa inútil es el que presenta al medio empleado como inidóneo para la consumación del hecho. No obstante, con ello no hemos separado aún la tentativa idónea de la inidónea, porque en cualquiera de ambas el medio resulta inidóneo en el caso concreto, desde que no logra consumir el hecho.

Puede argumentarse que en la tentativa inidónea media un error del sujeto acerca de la idoneidad del medio, pero tampoco esto basta para la demarcación del campo propio de la misma, puesto que también en la tentativa idónea el sujeto ha sufrido un error acerca de la idoneidad del medio. Precisamente el error acerca de la causalidad es lo que hace que en toda tentativa haya dolo, o sea, el querer el resultado típico, puesto que si el sujeto conociese efectivamente que en el caso el medio no causará el resultado, no actuaría con el fin de causarlo.

La diferencia que media entre el error relevante de tipo que recae sobre la causalidad y el error que es propio de la tentativa, finca en que el primero elimina el dolo y el segundo es el que hace que haya dolo. El primero determina que el sujeto *no prevea que causará de ese modo el resultado*, en el primero *no prevé el resultado producido* y en el segundo *prevé un resultado no producido*. El primer error da por resultado que *no haya querido lo que pasó*; el segundo error *que haya querido lo que no pasó*.

Toda vez que el desvalor jurídico no recae únicamente —ni mucho menos— sobre la producción física de un resultado, sino que es decisiva la dirección que la voluntad quiso imprimirle a la causalidad, en el primer caso faltará una voluntad dirigida al resultado que sea desvalorada como dolo, pese a existir el resultado; en el segundo estará esa voluntad (dolo), pese a no existir el resultado.

Si la tipicidad desvalorase únicamente la causación de resultados, para la tentativa sus consecuencias serían catastróficas, puesto que se invertiría el proverbio popular “de buenas intenciones está empedrado el camino del infierno”, resultando que “de malas intuiciones estaría empedrado el camino del Paraíso”.

La previsión siempre versa sobre algo incierto, porque se está refiriendo a algo futuro y, a este respecto, siempre contamos con un evento imprevisto. Esto lo sabemos en cualquier acto de la vida. En tren de seguir con proverbios populares recordemos que “el hombre propone y Dios dispone”. Por consiguiente, en la tentativa

²⁰⁵ Cfr. BACIGALUPO, op. cit., 107.

hay un error que es *invencible*, que es consustancial con la previsión y que no puede ser eliminado, por mucho que el autor quiera actuar sobre seguro. *Este es el error, sobre la idoneidad del medio, que es propio de la tentativa idónea*. Tiene escasa o nula importancia que el sujeto haya querido o no extremar el cuidado para evitarlo, es decir, que haya querido eliminarlo al mínimo —lo que sucederá en el dolo directo— o que no le haya importado —actitud propia del dolo eventual— sino que lo decisivo, en cualquier caso, es que el mismo sea el margen de error no eliminable en una conducta hipotéticamente cuidadosa de su adecuación al fin típico.

En lugar, el error invertido de tipo que recae sobre la causalidad y que es notoriamente *vencible* es el *error propio de la tentativa inidónea*. Se trata del caso en que si el autor hubiese puesto el cuidado usual para comprobar si su conducta era el medio adecuado para el fin propuesto, se hubiese percatado fácilmente de que no lo era ²⁰⁶.

A esta altura sabemos ya que por “medio” no puede entenderse el “instrumento” de que se vale el autor, sino la conducta misma que realiza en cuanto tiene de puesta en marcha de la causalidad en el mundo físico, o sea, el comportamiento del autor ²⁰⁷. Se supone que todo autor actúa racionalmente en cuanto a la conducta que realiza, en el sentido de que somete a crítica su decisión para hacer que la misma sea el medio adecuado para la realización del fin típico propuesto. No obstante, en la práctica esto no sucede, porque no siempre el hombre actúa racionalmente, sea cuando se propone cometer un delito como cuando se propone la más virtuosa de las acciones. Por regla general, en el último caso lo deploramos, en tanto que en el primero nos alegramos, pero, lo cierto es que en ninguno de ambos hace siempre completo uso de su facultad crítica al elegir los medios, lo que frecuentemente le lleva a errores burdos, groseros, a aberraciones, torpezas, descaminos, tan notorios que a veces resultan poco menos que incomprensibles.

Toda tentativa es idónea si nos remitimos al pensamiento del autor al momento de emprenderla —*ex-ante*—, pero todas son también inidóneas cuando las miramos históricamente, como acontecimiento del pasado (*ex-post*). Lo determinante será, pues, situarse *ex-ante* y preguntarse cuál debía ser el esfuerzo crítico del autor

²⁰⁶ Sobre la idoneidad de la tentativa en la extorsión, con abundante información y crítica jurisprudencial, BAIGÚN, DAVID, *Tentativa de extorsión, delito experimental, punibilidad*, en NPP, abril-setiembre de 1976, 337 y ss.

²⁰⁷ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 278.

para percatarse de lo inadecuado al fin de su conducta. Para ello, lógicamente, hay que tener en cuenta el *plan del autor*, es decir que *la idoneidad debe ser valorada en concreto y no en abstracto*.

Se ha pretendido oponer la inidoneidad "en abstracto", la inidoneidad "en concreto". La primera sería la inidoneidad que se valora prescindiendo del caso en concreto, como cuando se dice "un vaso de agua no causa la muerte". La segunda es la inidoneidad que se valora en el caso concreto, "en ese caso". A la primera la denominó M. E. Mayer "absoluta" y a la segunda "relativa"²⁰⁸, lo que ha dado lugar a que aún hoy la doctrina hable de una tentativa "absolutamente inidónea" y de una tentativa "relativamente inidónea"²⁰⁹. Núñez dice que basta con la inidoneidad del medio en el caso concreto, tesis con la que coincidimos²¹⁰.

Para valorar la idoneidad de la conducta, es decir, la adecuación de la puesta en marcha del plan causal al fin propuesto, es necesario tomar como base el plan del autor, puesto que frecuentemente la inidoneidad en abstracto es indeterminable, en tanto que en concreto, tampoco se puede determinar si se precinde del camino elegido por el autor para obtener el fin que tuvo en mira. Así, el azúcar es inidónea para matar en un plan en que el autor se proponía envenenar con estricnina, pero es idónea para matar o lesionar si el sujeto se proponía agredir por ese medio a un diabético²¹¹. Para seguir con los ejemplos glucémicos, la insulina es un producto orgánico normal, pero es un medio idóneo para matar por un "shock" hipoglucémico.

Conforme al criterio señalado, según el cual la inidoneidad del comportamiento debe valorarse de acuerdo a que el autor haya incurrido en un error grosero en el momento del comienzo de ejecución, se resuelven correctamente varios casos que han planteado serias dudas, particularmente porque la idoneidad depende en ellos de accidentes muy particulares del autor o cuando el objeto no está en el lugar al que se dirige la conducta.

Puede haber accidentes, situaciones, estados o calidades del autor que hagan inidóneo en concreto el medio que en abstracto es idóneo. Así, *ex-post* podemos decir que si bien en general una puñalada al pecho es idónea para matar a un hombre, en el caso concreto no lo fue porque llevaba una coraza, pero con ello no podremos decir si la tentativa fue idónea o inidónea, porque estamos hablando *ex-post* y no *ex-ante*, que es como nos interesa. *Ex-ante*

²⁰⁸ MAYER, M. E., *Lehrbuch*, 354; sobre estas clasificaciones, BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA en LL, 82-777.

²⁰⁹ Así, EGMOND FOREGGER-EUGEN SERENI, *StGB*, Wien, 1974, pp. 10-11.

²¹⁰ NÚÑEZ, II, 342; *Manual*, 279 (no nos habíamos percatado completamente de este correcto sentido en *Teoría*, 692).

²¹¹ Cfr. FONTÁN BALESTRA, II, 398.

lo que nos interesa es si al autor le constaba o era notorio que llevaba esa protección, en cuyo caso, su error habrá sido burdo y su tentativa inidónea. Nadie puede haber afirmado en momento alguno, con los mismos elementos de juicio que el autor, sólo que procediendo criteriosamente, que un puñal puede atravesar una placa de acero de respetable espesor. El tercero percibiría una amenaza, pero no un peligro. Distinto es el caso en que al autor no le haya constado o no fuese notorio, en cuyo caso, cualquiera, con los mismos elementos de juicio del autor y con buen criterio, habría percibido un peligro para el bien jurídico. En ese caso la tentativa será idónea.

Similar es el caso en que el objeto no se halla en el lugar al que se dirige la conducta, siempre, claro está, que el objeto exista. Así, el carterista que busca en el bolsillo vacío, no puede estar nunca muy seguro de lo que hallará, no incurriendo en un error burdo, sino en un error muy propio conforme al plan que para el hurto se hace un carterista. Cualquiera que actuase con criterio percibe que el patrimonio de la víctima se halla en peligro. En lugar, quien quiere apoderarse de un objeto determinado —un cuadro, por ejemplo— y en vez de descolgarse por la ventana del museo lo hace por la ventana de la oficina de correos que está a cien metros, porque confundió los edificios, cometerá una tentativa inidónea. El tercero que lo observase con un poco de calma y teniendo en cuenta de qué quiere apoderarse y de cómo quiere lograrlo, afirmaría —por cierto— que hay una amenaza para el patrimonio del museo, pero jamás un peligro para el mismo derivado del comportamiento del autor.

Análogo es el recurrido ejemplo del que apuñala la almohada puesta en la cama. No es igual al supuesto de quien quiere matar a un muerto, puesto que en este último caso no hay bien jurídico, en tanto que quien no está en la cama, porque está en otro lugar, existe y goza de vida. Si bien el error del autor será —por regla general— sumamente burdo, no siempre será así, pudiendo darse jamás un peligro para el mismo derivado del comportamiento del autor.

Desde el punto de vista que adoptamos, no hay ningún comportamiento que en abstracto sea inidóneo, es decir, en cualquier caso particular. Esta afirmación puede parecer aventurada y hasta absurda, puesto que puede llegarse a afirmar que es una tentativa idónea el comienzo de ejecución de un envenenamiento con agua. Sin embargo, nos parece que nada hay de absurdo en considerarlo tal, cuando, por ejemplo, un error de envasamiento en el laboratorio

haya determinado que se pusiese agua en un envase que se etiquetó, distribuyó y vendió como un veneno poderosísimo. La objeción que se nos ocurre es que en ese caso no hubo peligro, pero esto no pasa de ser una falsa impresión.

Si somos coherentes y recordamos que el peligro es algo que siempre se valora *ex-ante*, en el caso que el error sea invencible —como en el expuesto— el peligro habrá existido para cualquier observador tercero que *ex-ante*, esto es, en el momento de suministrarle a la víctima el supuesto veneno, hubiese juzgado la situación. Ese observador tercero —que puede ser el derecho— juzgará que son elevadas las probabilidades de que la víctima muera, y tendrá razón, porque una de las pocas probabilidades de que se salve es justamente que se hayan confundido de producto en el laboratorio. *Ex-post*, es decir, cuando ya conocimos cómo se desarrolló la causalidad, ya no hay peligro, no podemos hablar de él, ni en éste ni en ningún otro caso de tentativa.

De cualquier manera, el tercero observador verá siempre una *amenaza para el bien jurídico* cuando hay un comienzo de ejecución, sea que el comportamiento lo vea *ex-ante* como respondiendo a un error que lo hace inadecuado para su fin o que lo vea como adecuado al mismo. En el primer caso no lo considerará peligroso, en tanto que lo estimará peligroso en el segundo, pero en ambos, no podrá negar la amenaza que lo hace temible y que es el fundamento último de la tipificación de la tentativa, sea idónea o inidónea. En último análisis —y aunque pueda criticarse la terminología—, cabe tener en cuenta que el fundamento de la punición de la tentativa no es el peligro, sino, como decía Impallomeni, la “turbación de la tranquila posesión del bien jurídico”^{211 bis}.

564. **La tentativa irreal.** La tentativa inidónea no debe confundirse con la tentativa irreal, también llamada “tentativa supersticiosa”. En este caso no se trata de una tentativa que obedece a un error grosero del autor acerca de la idoneidad de su comportamiento en el momento de emprender la conducta, sino de un caso en que no comienza la ejecución del hecho directamente, porque cree que se vale de fuerzas cuya existencia no puede probarse científicamente y que, por consiguiente, deben tenerse por no existentes.

La “tentativa irreal” no es un simple error sobre la causalidad, sino que es la creencia en una causalidad que no es admisible en forma verificable. Quien se vale de sortilegios, espíritus, duendes

^{211 bis} IMPALLOMENI, *Istituzioni di Diritto Penale*, Torino, 1921, p. 341.

y demás formas de pensamiento mágico, totalmente imaginarias, no puede decirse que "comienza la ejecución". Hay un *mínimo de idoneidad objetiva y abstracta del medio* que el derecho penal no puede desconocer, puesto que de lo contrario caería en el campo de lo absurdo. Ese *mínimo de idoneidad abstracta* es el requerimiento de que *la fuerza de que pretende valerse el autor exista en el mundo físico*, puesto que no puede relevarse como tentativa —ni siquiera inidónea— lo que no tiene virtualidad causal, por "estar" al margen del mundo físico. Sin este mínimo de idoneidad abstracta del medio, el derecho penal llevaría al juzgador a la ridícula situación de considerar que es un acto de tentativa el de la "bruja" que clava alfileres en una fotografía.

Para un sector de la doctrina, este caso se halla resuelto dentro de la previsión de que la tentativa inidónea puede quedar impune²¹². Esa solución importa, particularmente en nuestro texto, afirmar que la ley releva, como tipicidad e injusto, un principio puramente mágico, lo que nos parece inaceptable, especialmente teniendo en cuenta que el origen mismo de la desestimación de cualquier principio mágico como constitutivo de injusto se remonta a la ilustración y a la consiguiente desaparición de los tipos de "brujería" y de "magia negra"²¹³. En el sentido de que la impunidad proviene directamente de que no hay tentativa, opina otro sector doctrinario²¹⁴, con el que coincidimos.

Debe quedar claramente establecido que la tentativa irreal es únicamente la que pretende valerse de "medios o influencias absolutamente inexistentes conforme al conocimiento científico", como es el caso del autor "que espera la producción del resultado típico del diablo o de espíritus malignos", en tanto que hay tentativa inidónea cuando el autor "supone erróneamente fuerzas reales y con su ayuda quiere realizar el tipo", como por ejemplo, cuando se le atribuye a una substancia una calidad abortiva que no tiene.

Las cuestiones parapsicológicas quedan marginadas del derecho penal en la medida en que se carezca de prueba efectiva de su eficacia productora de resultados²¹⁵. La producción del resultado por la conducta mágica, pero por una vía causal explicable (como por ejemplo, el que coloca un "payé" que es descubierto por el destinatario, quien muere de un paro cardíaco como consecuencia de la impresión), no puede ser imputable a otro título que a culpa, siempre que importe la violación de un deber de cuidado.

Cabe consignar que en la doctrina nacional se están ensayando nue-

²¹² Así, JESCHECK, 402; BAUMANN, 529; BACIGALUPO, 108.

²¹³ Cfr. OTTO, 231.

²¹⁴ OTTO, loc. cit.; MAURACH, 510; BLEI, 204; RUDOLPHI, 180.

²¹⁵ RUDOLPHI, 183.

²¹⁶ Sobre ello, THEULESS, ROBERT H., *Parapsicología*, Bs. As., 1967; MENDOZA, JOSÉ RAFAEL, *Los factores metapsíquicos del delito*, en "Estudios Varios", Madrid, 1957, pp. 115-119.

vos caminos para conceptualizar la tentativa inidónea. Es importante a este respecto un trabajo inédito de Sandro ^{216 bis}, en que considera que no sólo es atípica la tentativa en los casos de ausencia, de tipo usualmente aceptados, sino que se presenta también una ausencia de tipo cuando hay una absoluta inidoneidad del medio, porque falta la dirección mínima de la causalidad requerida en el dolo y porque no ha corrido ningún peligro el bien jurídico, como sucedería en el caso del que quiere envenenar con agua. Conforme a esto, la verdadera y única tentativa inidónea punible se reduciría al caso de quien “ha previsto y exteriorizado un comportamiento eficaz en la etapa de los actos preparatorios, pero luego, por una razón ajena a su voluntad, inicia los actos ejecutivos desarrollando una conducta causalmente inadecuada para la obtención del fin. Verbigracia, quien decide matar a otro con veneno y, al comprarlo, retira una sustancia inofensiva por confusión del vendedor. Si ese individuo, creyendo que administra veneno, en realidad proporciona al otro una sustancia inocua, no cumple objetivamente una conducta homicida, pero no cabe duda que la habría ejecutado de no existir el error de quien le vendió la pócima”.

La solución es interesante, porque salva el principio constitucional, dado que, sin duda, hubo un peligro o perturbación claro y objetivo en el momento preparatorio. De allí que Sandro concluye en que se trataría “de otra hipótesis excepcional en que la ley reprime actos preparatorios específicos por la entidad delictiva intrínseca de la preparación y por la inminencia y gravedad posible de la lesión al bien jurídico”.

Pese a que la tesis es interesante, nos parece que presenta dificultades sistemáticas, dado que lo típico serían los actos preparatorios —puesto que el equivalente de la tentativa sería atípico, porque en este planteo en esa etapa no habría afectación al bien jurídico—, pero esa etapa sería la condición necesaria para la tipicidad del acto preparatorio. Dicho de otra manera: el sujeto no penetraría el ámbito de lo prohibido hasta que comienza la ejecución, pero si por un error el principio de ejecución no se produce objetivamente, el equivalente atípico que le sirve de presupuesto haría retrotraer la prohibición —y no sólo la punibilidad— hasta abarcar un acto que en el momento de su realización no estaba prohibido.

IV. — EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO

565. **Naturaleza jurídica y fundamento.** El art. 43 del Código Penal establece que “el autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito”. Creemos que la fórmula es clara en cuanto a que no se trata de un problema de atipicidad, sino de una cuestión diferente, aunque pueden surgir dudas y pensarse que en caso de desistimiento voluntario no hay tipicidad, puesto que el art. 42 exige que el sujeto no consume el delito “por circunstancias ajenas a su voluntad”.

^{216 bis} SANDRO, JORGE ALBERTO, *Garantías constitucionales, dolo y tentativa inidónea* (inédito).

Sin embargo, a poco que examinemos ambas disposiciones, veremos que no hacen más que complementarse en forma coherente: el art. 42 dispone que “sufrirá las penas” del art. 44 el que “no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad” lo que aclara el art. 43, al expresar que “no estará sujeto a pena” el que desistiere voluntariamente. Ambas disposiciones se limitan a expresar que queda exento de pena el desistimiento voluntario, pero la del art. 43 no deja duda alguna acerca de que el problema no es de tipicidad, pues expresa que carece de pena “el autor de tentativa”: si la conducta no fuese típica, no podría hablarse del “autor de tentativa”²¹⁷.

Entre nosotros fue Fontán Balestra quien sostuvo la tesis de la atipicidad de la tentativa desistida voluntariamente, fundado en el art. 42, aunque, como vimos, la expresión “al autor de tentativa” del art. 43 señala lo contrario, constituyendo un insalvable obstáculo para esa interpretación. Como bien lo señala Núñez, la expresión “autor de tentativa” no excluye al partícipe, pero no le da el carácter objetivo de atipicidad que pretende Fontán Balestra²¹⁸, puesto que no puede concebirse que la ley llame “autor de tentativa” al “autor de lo que no es tentativa”.

Si bien la doctrina española se inclina en general por dar al desistimiento el carácter de inculpabilidad²¹⁹, hay también en ella opiniones similares a la de Fontán Balestra —al igual que en Latinoamérica²²⁰—, pero que en España tienen un mayor asidero legal, desde que el art. 3 del Código español dice, en su último párrafo: “Hay tentativa cuando el culpable da comienzo 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”.

También para Latagliata hay en el desistimiento una atipicidad, pero por ausencia de dolo. Afirma Latagliata que siempre es el último acto “el que debe ser querido para que pueda configurarse el delito doloso:

²¹⁷ Con esto queda demostrado que el art. 43 no es una disposición inútil en nuestro código, como lo sostiene MOLMENTI, MARIO A., *El desistimiento voluntario en la tentativa*, Bs. As., 1953.

²¹⁸ NÚÑEZ, *Manual*, 272; la doctrina brasileña coincide casi unánimemente en que sólo elimina la punibilidad (V. PIERANGELLI, JOSÉ HENRIQUE, *Um pequeno estudo sobre a tentativa*, en “Justitia”, S. Paulo, 89, 1975).

²¹⁹ V. RODRÍGUEZ DEVESA, 661.

²²⁰ Así, RODRÍGUEZ MUÑOZ, MEZGER, *Tratado*, II, 256-8; CÓRDOBA RODA, en MAURACH, II, 361; en Latinoamérica, ORESTES ARAUJO, op. cit., 371; NOVOA MONREAL, *El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible*, Concepción, Chile, 1963, 49; del mismo, *El desistimiento en la tentativa*, en “Rev. Michoacana de Derecho Penal”, N° 5, 1967, pp. 57-64; UNCAL, JUAN DE DIOS - CAPANDECUI, CARLOS N., *Naturaleza jurídica del desistimiento de la consumación en el Código Penal Argentino*, en RDP y C, 1971, 4, 467 y ss.; MARQUES, JOSÉ FREDERICO, *Tratado de Direito Penal*, São Paulo, 1965, p. 296. En Alemania, REINHARD VON HIPPEL, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966, pp. 58 y ss.

es esto lo que hace de una acción un hecho incriminado a título de dolo. Cuando el último acto no se cumple con la intención de causar el evento criminal, sino, por el contrario, con la voluntad de cejar de la realización proyectada, el comportamiento no corresponde al tipo de conducta incriminada a título de dolo, porque el mismo momento esencial para configurar el modelo legal, se comete no sólo sin la intención de realizar el evento, sino con una determinación volitiva contraria”²²¹.

Nuestra ley penal, inspirada fundamentalmente en el código Zanardelli y también en el art. 3º del código español, no ha hecho más que refundir en una única fórmula al delito tentado y al frustrado, suprimiendo su consideración legal por separado. Al hacerlo, recogió las circunstancias o causas “independientes de la voluntad” de que hablan esos códigos cuando se refieren al delito frustrado y a las que atribuyen la no producción del resultado, y las refirió directamente a la consumación, pero teniendo especialmente cuidado de no “definir” con ello a la tentativa, sino sólo de definir a la *tentativa punible*, que no es lo mismo. De allí que no diga “hay tentativa” —como el tercer párrafo del art. 3º del código español—, sino que, siguiendo la prudente formulación italiana, se limite a decir que “sufrirá las penas”.

Dejando de lado los argumentos dogmáticos elaborados sobre nuestro texto, la principal objeción que puede formularse al argumento que pretende ver en el desistimiento una atipicidad, sea por atipicidad objetiva o subjetiva, yace con la imposibilidad de que el desistimiento tenga la virtualidad de dejar atípica una conducta que ya era típica. Si el comienzo de ejecución es objetiva y subjetivamente típico, no se comprende cómo un acto posterior pueda eliminar lo que ya se afirmó como prohibido, situación que resulta sumamente parecida a la del consentimiento subsecuente.

Prácticamente se ha pretendido ubicar al desistimiento a todos los niveles de la teoría del delito²²², pero los dos más importantes son la consideración como *atipicidad* —que acabamos de rechazar— y como causa de *inculpabilidad*. Respecto de esta última tesis, cabe objetarle los mismos argumentos que a la que postula la atipicidad: no se comprende cómo un motivo posterior puede cancelar la reprochabilidad de la parte de conducta ya realizada.

²²¹ LATAGLIATA, ANGELO RAFFAELE, *La desistenza volontaria*, Napoli, 1964, p. 162; en sentido análogo, aunque vinculándolo con la tesis de PESSINA, CURY URZÚA, ENRIQUE, *Tentativa y delito frustrado*, Sgo. de Chile, 1977, p. 116.

²²² Una exposición completa de las mismas en MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, 1972, pp. 43-65.

Schönke-Schröder afirma que no se trata sino de una causa de extinción de la culpabilidad²²³. Recientemente, al elaborar Roxin su teoría de la culpabilidad condicionada al fin de la pena, concluye en que el desistimiento prueba que no queda nada que prevenir y, por consiguiente, no tiene caso la culpabilidad del injusto²²⁴. Rudolphi afirma que es una "causa de disculpa", puesto que "por cierto que el autor, pese a su desistimiento, ha cargado sobre sí el injusto y la culpabilidad, pero el castigo de esta culpabilidad no está indicado por razones político-criminales"²²⁵.

Se hace evidente que la imposibilidad de que una etapa posterior cancele la tipicidad o la culpabilidad que ya han sido afirmadas para una etapa anterior, lleva a buscar la naturaleza del desistimiento en una problemática que está fuera de la teoría del delito, es decir, en la teoría de la coerción penal²²⁶. Se trata, a nuestro juicio, de una causa personal que cancela la punibilidad del delito, pero que no afecta ninguno de sus caracteres, que permanecen completamente inalterados.

Como consecuencia de la naturaleza jurídica que damos al consentimiento, los participantes no se benefician con el desistimiento del autor, salvo que ellos mismos desistan. Tal es la tesis que sostiene toda la doctrina que compartimos²²⁷. Aunque el art. 43 se refiere sólo al autor, hay pleno acuerdo en que la expresión también abarca aquí cualquier forma de participación²²⁸. Por consiguiente, la circunstancia de que el desistimiento del autor no beneficie al partícipe, no excluye la posibilidad de un desistimiento del partícipe, que tampoco beneficie al autor.

Otra de las consecuencias que tiene la consideración del desistimiento como causa personal de cancelación de pena, es que el

²²³ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 329.

²²⁴ ASÍ ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlín, 1973, pp. 35-40; *Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch*, en "Fest. f. Heinitz", 1972, 251.

²²⁵ RUDOLPHI, 185.

²²⁶ Como cuestión de punibilidad lo considera la mayor parte de la doctrina: SOLER, II, 236; NÚNEZ, *Manual*, 271; BACIGALUPO, 112; STRATEN-WERTH, 200; WELZEL, 196; MAYER, H., *Grundriss*, 1967, 145; JESCHECK, 407; OTTO, 236; MAURACH, 525; BAUMANN, 525; BURKHARDT, BJÖRN, *Der "Rücktritt" als Rechtsfolgebestimmung*, Berlín, 1975, pp. 202-3; MUÑOZ CONDE, op. cit.; PALACIOS, J. RAMÓN, op. cit., 224; BETTIOL, 505; SANTORO, 465; PANNAIN, 648; ANTOISEL, 394; RANIERI, SILVIO, *Manuale*, Padova, 1952, I, 363; etcétera.

²²⁷ Así, por ej., SOLER, II, 236; NÚNEZ, *Manual*, 272; MAYER, H., *Grundriss*, 145; JESCHECK, 443; etc. Por lógica, sostiene la opinión contraria FONTÁN BALESTRA, II, 403.

²²⁸ Así, SOLER, II, 236; NÚNEZ, *Manual*, 272; igual en el derecho alemán, BAUMANN, 525.

autor debe ser culpable. El desistimiento llevado a cabo por un inimputable, por ejemplo, le beneficiará, pudiendo quedar sometido a una medida de seguridad.

En relación directa con la naturaleza del desistimiento se halla su *fundamento*, es decir, *la causa o explicación del criterio político-penal a que responde su impunidad*.

En nuestro concepto, la impunidad del desistimiento no puede tener otro sentido que el de una renuncia hecha por el derecho en razón de que el mismo hace desaparecer el peligro creado por la tentativa y, al mismo tiempo, cancela en el caso concreto la impresión amenazadora que la tentativa presenta.

Cuando el propio autor es el encargado de cancelar el avance de las etapas previas hacia la consumación, queda de alguna manera *compensada* la amenaza que la acción de tentativa importa. Esto no implica que la acción quede atípica, pues la amenaza al bien jurídico, aunque sea compensada por el desistimiento, ya se dio en el tiempo y, por consiguiente, el injusto no puede desaparecer en función de un advenimiento posterior. De allí que el único camino sea la impunidad por la vía de una causa personal de cancelación de la punibilidad, cuya naturaleza última es una suerte de *gracia* concedida por la ley al hombre que desiste, como *premio* al desistimiento.

Sin perjuicio de que su fundamento sea un *premio* otorgado al autor por cancelar su voluntad consumativa, no deja de haber razones eventuales que avalan esta impunidad. Tales son: α) que el derecho penal no quiere colocar al autor en la disyuntiva entre la pena de la tentativa y la del delito consumado, estimulándolo en cualquier momento para que desista; β) que en la mayoría de los casos, el desistimiento demuestra por sí mismo que la pena se hace innecesaria.

Respecto del fundamento de la impunidad del desistimiento se han sostenido distintos criterios. Se ha entendido, por ejemplo, que la impunidad constituye un estímulo permanente que mantiene la ley hacia el autor para que desista, es decir que, en cualquier momento anterior a la consumación, la ley le tiende al autor un "*puente de oro*" para que en toda instancia evite el resultado sin que ello le acarree consecuencias. Esta tesis fue sostenida por Liszt y se remonta a Feuerbach²²⁹.

La objeción que merece la tesis del "*puente de oro*" es que frecuentemente el autor desiste sin tener conocimiento de que ese desistimiento elimina la punibilidad de la tentativa, circunstancia que legalmente no

²²⁹ LISZT-SCHMIDT, 315; KOHLRAUSCH-LANGE, parág. 46, I; MAURACH, 518; BLEI, 209.

obsta a su efecto. Por esa razón se ha pensado que el fundamento se halla más bien en una gracia que se concede al autor con carácter de *premio* por su desistimiento²³⁰. Se afirma así que si la voluntad consumativa es una carga, su renuncia merece un premio²³¹, lo que no deja de ser un argumento bien contundente.

Frente a estas dos tesis se ha alzado últimamente la posición de Roxin, quien considera que el desistimiento demuestra que se ha alcanzado el *fin de la pena*, sin necesidad de aplicar la misma. Como Roxin extrae el fundamento de la culpabilidad de un criterio político-criminal de prevención general y especial, el desistimiento habrá de representar la innecesiedad de la pena desde el punto de vista de estos requerimientos y, por consiguiente, también demostrará la ausencia de culpabilidad²³². La tesis de que hace innecesaria la pena es compartida también por Otto, aunque le concede el carácter de causa personal de cancelación de la punibilidad²³³.

La posición que parte del fin de la pena no resulta totalmente satisfactoria, puesto que conduce a soluciones que en nuestra ley no son admisibles. Nuestra ley requiere únicamente el desistimiento "voluntario", y, para ser coherentes con esta teoría, habría que reconocer que frecuentemente, el desistimiento "voluntario" no revela que la pena se haya hecho innecesaria, lo que lo lleva Roxin a reformular la disposición legal para la impunidad del desistimiento, con clara lesión de la legalidad penal.

No obstante lo dicho, no creemos que se deban rechazar de plano las argumentaciones que abogan por fundar el desistimiento en el "puente de oro" y en el "fin de la pena", sino que éstos bien pueden y deben ser considerados como soportes auxiliares del que sirve de fundamento al desistimiento, como causa de impunidad. En la realidad, serán numerosos los casos en que el desistimiento cumpla el papel de "puente de oro" y también los casos en que ponga de manifiesto que la pena no es necesaria. Estas comprobaciones serán siempre elementos que reforzarán el fundamento de la impunidad de la tentativa desistida, pero no podrán constituir por sí mismas su fundamento, puesto que son razones *eventuales*, pero no necesarias para la misma.

566. Los presupuestos del desistimiento. Es obvio que el desistimiento no puede ser de otra cosa que de una tentativa, pero ello requiere algunas aclaraciones. Si bien está demás insistir en que no puede haber desistimiento alguno cuando la tentativa ha desaparecido porque se han completado los requisitos de un tipo objetivo, no sucede lo mismo en el caso que la tentativa ha cesado porque se hace inconcebible el dolo, que es el supuesto que se da

²³⁰ Así WELZEL, 196; MAYER, H., *Grundriss*, 145; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 317; JESCHECK, 430; WESSELS, 121; BOCKELMANN, 198.

²³¹ BAUMANN, 524.

²³² ROXIN, loc. cit.; en similar sentido, RUDOLPHI, 185.

²³³ OTTO, 235.

cuando la tentativa está fallida, al menos en la representación del autor.

Hay general acuerdo en que sólo pueden desistirse las tentativas que el autor no tiene ya por fallidas²³⁴. Esto no significa que cuando una tentativa no pueda llegar a consumarse no pueda tampoco desistirse: la tentativa, sea idónea o inidónea, podrá desistirse, siempre que el autor no haya reconocido su inidoneidad. Cuando el autor ha reconocido la inidoneidad de la tentativa, el desistimiento no puede acarrearle la impunidad, puesto que llevar adelante la conducta representaría para él una necesidad. El autor que ha reconocido la inidoneidad de su tentativa, en caso de seguir adelante con su conducta, actuaría ya sin dolo: en ese supuesto no puede haber desistimiento, porque habrá cesado la tentativa.

Lleva razón Rudolphi cuando critica la posición de Welzel, según la cual el reconocimiento de que la tentativa es fallida configura un desistimiento no voluntario²³⁵. Lo cierto es que allí no hay prácticamente ningún desistimiento, porque termina la tentativa, ya que a partir de ese momento se vuelve inconcebible el dolo.

Por cierto que pueden darse hipótesis que aparezcan en forma más complicada. Puede ser que el autor reconozca que el resultado se hace más difícil de lo que suponía, pero en este caso la posibilidad de desistimiento seguirá presente, puesto que no habrá reconocido propiamente el carácter fallido de la tentativa. Puede acontecer que el sujeto haya emprendido la ejecución con dolo alternativo (matar o lesionar) y se convenza de que es imposible matar, contentándose con lesionar, en cuyo caso no habrá desistimiento alguno, pues seguirá llevando adelante la tentativa, sólo que habrá descartado un objetivo de los que alternativamente se había propuesto. Puede darse el supuesto de que el autor reconozca la imposibilidad de lograr el resultado y en ese momento se proponga otro, conforme al supuesto fáctico que entonces tenga a la vista; en este caso habrá una nueva tentativa que concurrirá realmente con la anterior, puesto que se tratará de un nuevo comienzo de ejecución, con un nuevo plan. Así, quien quiere perforar la pared y llegar a una caja de caudales, percatándose de que no cuenta con elementos para abrir un boquete en el fondo de la caja, y decide en ese momento seguir golpeando la pared para dar con los caños de plomo de la instalación de agua, cortarlos y llevárselos, inicia la ejecución de un nuevo delito, cuya tentativa concurrirá con la anterior.

En el supuesto de que alguien inicie una ejecución que implica la consumación de una tipicidad, como en el caso de la extorsión, convenciéndose de que no obtendrá el dinero porque la víctima no lo posee, pero llevando igualmente adelante la acción porque se conforma con amenazar, la amenaza que en esas condiciones consuma no será punible autó-

²³⁴ Cfr. JESCHECK, 432; RUDOLPHI, 185.

²³⁵ Así WELZEL, 197.

nomamente, puesto que no es más que la continuación de una conducta que ya implicaba ese dolo.

La tentativa será fallida cuando el sujeto conozca, no sólo que su comportamiento no es idóneo para la consumación, sino también cuando conozca que el objeto al que quería alcanzar tampoco es idóneo o se haya vuelto inidóneo en el curso de la tentativa²³⁶. Habrá una tentativa fallida de secuestro cuando la víctima muera durante la misma; a partir del momento en que el autor se percata de la muerte no se concibe el dolo de privar de libertad, de modo que no puede haber desistimiento de tal conducta.

El Tribunal Federal Alemán ha construído verdaderos casos de filigrana, que no podemos menos que rechazar. Se ha entendido que si un sujeto da a otro un puntazo o un balazo para matarle y se marcha, dándose cuenta de que con ese único golpe no ha logrado matarlo, habrá desistimiento siempre que haya decidido matarlo con varios puntazos o con varios balazos, pero no cuando haya resuelto hacerlo con un sólo golpe²³⁷. De ese modo, se sostiene que la tentativa está fallida cuando se hace necesario aplicar una fuerza mayor que la que el autor había decidido aplicar al comenzar la ejecución²³⁸.

Creemos que este argumento implica un error de razonamiento. Si durante la ejecución el autor se percata de que la fuerza es insuficiente y decide aplicar más fuerza de la que en un principio había pensado, no hará más que seguir adelante con la misma tentativa. A nadie se le ocurrirá que si el sujeto decide matar de un único golpe y, cuando comprueba que no se produjo la muerte, da cinco más con los que mata, habrá un concurso de tentativa de homicidio con homicidio consumado. Aún cuando el que fuera a matar a balazos, vea que es imposible porque se le trabó el arma, y mate con un hierro que tiene a mano, no parece acertado semejante concurso real, puesto que se trata de *variaciones no significativas* del plan primitivo. Siendo ello así, no vemos por qué razón hay que considerar que la tentativa está fallida, cuando el sujeto puede lograr su objetivo mediante una variación no significativa del plan original resuelta sobre la marcha de la ejecución del mismo²³⁹.

Es correcto en este sentido el planteo de Schmidhäuser, que no ve en esta cuestión sino un problema de unidad de conducta²⁴⁰. En tanto no haya una variación significativa del plan del autor, no cabe duda de que las alternaciones relativas no pueden considerarse en otra forma que como una continuación de la misma conducta en procura de la realización de la tipicidad objetiva.

Incluso en el caso en que el sujeto desistiese de aplicar la mayor fuerza porque con ello causaría alarma y sería descubierto, nos parece obvio que media desistimiento, sólo que no "voluntario", por lo que no

²³⁶ Cfr. RUDOLPHI, loc. cit.

²³⁷ V. OTTO, 241.

²³⁸ Así, RUDOLPHI, 186.

²³⁹ También en contra del criterio del Tribunal Federal se expresa OTTO, loc. cit.

²⁴⁰ Cfr. SCHMIDHÄUSER, 502-3.

le liberaría de pena, pero bajo ningún concepto puede afirmarse que la tentativa está fallida. No puede considerarse fallida la tentativa de quien no la lleva adelante temiendo y conociendo al posibilidad fáctica de hacerlo.

Rudolphi pretende resolver la cuestión partiendo del fundamento de la impunidad del desistimiento, afirmando que cuando el autor tenga posibilidad de consumir mediante la realización de otros actos, no cabe penarlo, porque la omisión de los mismos implica la demostración de que no ha puesto una energía tal que haga necesaria una pena²⁴¹. Este criterio de Rudolphi nos parece contradictorio, porque es este mismo autor quien distingue entre "desistimiento voluntario" y tentativa fallida —que es un caso en que no puede haber desistimiento—, cayendo en la confusión entre ambos cuando formula esa afirmación, puesto que pretende aplicar el criterio a seguir para juzgar cuándo queda impune el desistimiento, a la decisión respecto de cuándo se ha dado uno de sus presupuestos (que la tentativa no esté fallida).

Sintetizando nuestro planteo, podemos afirmar que el desistimiento tiene un *presupuesto objetivo* y un *presupuesto subjetivo*. a) *Presupuesto objetivo del desistimiento es que se trate de una tentativa*, puesto que habiendo consumación no puede haber desistimiento, salvo los casos excepcionales contemplados por la ley. La consumación se establece de un modo absolutamente objetivo: cuando se completa el tipo objetivo, ya no puede haber desistimiento.

Es excepcional que nuestra ley penal asigne algún efecto a la conducta posterior del sujeto que indique que cesa en la voluntad que lo lleva a la consumación del hecho, pero, sin embargo, hay algunos casos. Uno de ellos es el del art. 232: "En caso de disolverse el tumulto sin haber causado otro mal que la perturbación momentánea del orden, sólo serán enjuiciados los promotores o directores, a quienes se reprimirá con la mitad de la pena señalada para el delito". Otro supuesto es el de la retractación en la injuria y en la calumnia (art. 117). En la generalidad de los casos, cuando el sujeto creyere desistir y el hecho estuviese consumado, no se tratará más que de una circunstancia a tomar en cuenta a los efectos de la cuantificación penal. El caso inverso, en lugar, creemos que debe ser relevado, es decir, cuando el sujeto cree que consumó y está agotado y que desiste del agotamiento. Creemos que esto es consecuencia de que el dolo del delito es el mismo dolo de la tentativa; sin que importe en qué momento lo interrumpa voluntariamente, con tal que objetivamente aún sea una tentativa.

²⁴¹ Así, RUDOLPHI, 187; igual ROXIN, op. cit. en "Fest. f. Heinitz", 268.

β) El *presupuesto subjetivo* del desistimiento también se deriva del mismo requisito que el objetivo, es decir, de que haya tentativa. *Hay tentativa mientras se mantiene el dolo, es decir, la voluntad realizadora dirigida hacia el fin típico.* Deja de haber tentativa y, por consiguiente, no puede haber ya desistimiento, no sólo cuando el tipo objetivo se cumple, sino también cuando *desaparece el dolo del delito, lo que acontece cuando el sujeto toma conocimiento de que su tentativa está fallida*, sea que este conocimiento responda o no a una realidad objetiva, puesto que se trata de un mero presupuesto subjetivo.

Así, cuando alguien ignora que su tentativa está fallida (y objetivamente lo está), puede desistir, y cuando cree que su tentativa es fallida (y objetivamente es idónea), no puede desistir. Ello obedece a que el desistimiento importa una voluntad contraria a la voluntad realizadora²⁴², lo que es posible en el primer caso, porque hay voluntad realizadora, la que obviamente, falta en el segundo supuesto.

567. La “voluntariedad” del desistimiento. La consecuencia más importante que tiene el fundamento que se le asigne a la impunidad de la tentativa desistida, es que contribuye en forma inmediata a delimitar el alcance de la voz “voluntariamente”, que es una expresión ambigua para designar al desistimiento que da lugar a la impunidad de la tentativa cuyos límites quedan con ella totalmente difusos.

Dado el desistimiento, atendiendo al fundamento de su impunidad cabe preguntarse si fue decidido “voluntariamente”. La expresión fue tomada por nuestra ley del art. 61 del código de Zanardelli, rechazando el requerimiento de “propio y voluntario” del art. 3º del código español. Hay dos sentidos fundamentales de la palabra “voluntad” y, por consiguiente, de lo “voluntario”, sentidos que aproximativamente podríamos llamar “realista o aristotélico” e “idealista o hegeliano”. Para el primero, la voluntad puede o no ser libre; para el segundo, la voluntad implica libertad. Resulta claro que el código, al calificar al desistimiento de “voluntario” se pliega al segundo sentido, esto es, al sentido “idealista” de la expresión, puesto que en el otro no habría ningún desistimiento que no fuese “voluntario”.

Cabe pues, concluir, que lo que el código quiere decir en el art. 43 es “desistimiento libre”, o sea que requiere que el sujeto haya actuado con un ámbito de autodeterminación de considerable

²⁴² Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 271; OTTO, 240; BINDING, *Grundriss*, 1907, 139.

amplitud. Pero con ello tampoco habremos avanzado mucho en la médula del problema, porque seguiremos preguntándonos *respecto de qué o de quién debe haber sido autónoma esa voluntad. Esa es la clave del problema.*

Se suele mencionar a este respecto la fórmula enunciada por Frank: hay desistimiento voluntario cuando el autor se dice “no quiero, aunque puedo”, y no existe si dice “no puedo, aunque quiero”²⁴³. Pese a todo, esta fórmula no implica ningún criterio claro²⁴⁴, porque el “no puedo” puede tener distinta fuente, y la cuestión central sigue en pie. No cualquier “no puedo” excluye la voluntariedad, porque la falta de valor del agente también es un “no puedo” y no puede afirmarse en ese caso que el desistimiento no sea voluntario. Por otra parte, más bien parece una fórmula que sirve para determinar cuándo la tentativa está fallida que para averiguar cuándo el desistimiento es voluntario²⁴⁵.

Por nuestra parte creemos que el desistimiento deja impune la tentativa —es “voluntario” en la terminología legal— *cuando no está fundado en la representación de una acción especial del sistema penal y no está coaccionado por un tercero.*

Por “sistema penal” entendemos todo el complejo que puede conducir a la punición del hecho, del que no sólo participan los agentes de seguridad y los funcionarios públicos, sino también el sujeto pasivo, los particulares, los aparatos de defensa o mecánicos y todo aquello que pueda servir para delatar la ejecución y reprimirla. En este sentido, el “sistema penal” está integrado por las “alarmas”, como por los agentes de seguridad o los paseantes, que también pueden aprehender o denunciar al autor.

Por “acción especial” entendemos una especial vinculación del accionar del sistema con la conducta de tentativa, en el sentido de que no basta para descartar la voluntariedad del desistimiento la mera representación de la amenaza de pena o el temor genérico a ser descubierto.

Conforme a este criterio, no desiste voluntariamente quien lo hace ante la presencia de un policía o ante una alarma que le infunde temor²⁴⁶. Poco importará que el policía no se percate siquiera de la ejecución ni del desistimiento, puesto que su sola presencia ya es una “acción especial” del sistema. Distinto es el caso en que

²⁴³ FRANK, StGB, parág. 46, II; la adopta SOLER, II, 233.

²⁴⁴ En sentido crítico, WELZEL, 197-198.

²⁴⁵ Cfr. RUDOLPHI, 189.

²⁴⁶ Cfr. STRATENWERTH, 206.

el policía haya pasado sin notar nada, es decir que el peligro de ser descubierto haya pasado, al igual que si, por accidente desconecta la alarma (o si logra desconectarla voluntariamente y luego se percata de que estaba conectada a un explosivo o que no funcionó por casualidad, pues tenía un mecanismo que le era desconocido). En esos casos, si el sujeto desiste por temor, ya no lo hace en razón directa de una acción especial del sistema, sino por el genérico temor a ser descubierto, que la acción del sistema no ha hecho más que hacerlo actual y consciente.

Basta que la acción especial del sistema se dé en la representación del sujeto, sin que sea necesario que se corresponda con la realidad. Aunque la acción del sistema sea sólo imaginada por el autor, ya el desistimiento no será voluntario²⁴⁷, como en el caso de quien cree que avanza un policía, cuando en realidad se trata de un asaltante disfrazado, o de quien confunde un simple reloj con una alarma.

Por supuesto que tampoco será voluntario el desistimiento de quien se ve obligado al mismo por la acción de un particular, aunque tenga la certeza de que no lo denunciará. Cuando un coautor se arrepiente y amenaza al otro para que no continúe adelante, el amenazado no desiste voluntariamente. Esto no implica que el desistimiento deba responder a propia iniciativa del sujeto, porque bien puede sugerírsele o aconsejárselo un tercero²⁴⁸, siempre que no haya una coacción por parte de éste y que la decisión no esté motivada en causas excluyentes de su eficacia.

En nuestro concepto, el desistimiento debe considerarse que es voluntario, únicamente cuando no se funda en la representación de una acción especial del sistema que pueda conducir a la punición o cuando el autor no actúa coaccionado por otro, sin que sea menester, en modo alguno, que el autor se funde en normas éticas o morales²⁴⁹: el desistimiento voluntario puede estar fundado en un puro temor a la pena o en un cálculo especulativo (por ejemplo, que los beneficios que obtendría de abstenerse, son mayores que los que pueda reportarle el delito).

Las dificultades para resolver algunos casos límites han llevado a la doctrina a inclinarse peligrosamente por una etización del desistimiento estimado como "voluntario" sólo mediante un "acto de valoración" ju-

²⁴⁷ Cfr. MAURACH, 521; TREPLIN, *Der Versuch*, en ZStW, 76 (1964), 441 y ss. 471.

²⁴⁸ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 272.

²⁴⁹ Cfr. BAUMANN, 526.

rídica de contenido ético²⁵⁰. En un momento anterior, Schröder sostuvo que el desistimiento era relevante cuando era "autónomo", es decir, cuando no se motivaba en ningún cambio de la situación de hecho que hubiese hecho poco razonable la continuación de la tentativa, lo que equivale a decir que, por desistimiento "involuntario" había que considerar al "heterónomo"²⁵¹.

Esta clasificación de Schröder deja abierta la pregunta acerca de cuándo el cambio de la situación externa ya no responde convenientemente a un punto de vista razonable del autor. A esta pregunta responde Roxin dando lugar a una completa etización del planteamiento: el desistimiento es voluntario cuando no es "razonable" para la "lógica del delincuente", siendo "involuntario" cuando es aceptado por la forma propia de razonar del delincuente. Argumenta así, que no es voluntario el desistimiento de quien deja a su víctima porque ve avanzar a otra más rica²⁵².

Con toda razón le señala Muñoz Conde que esta respuesta implica una apelación a los tipos de autor²⁵³.

Bockelmann, por su parte, sostiene también una tesis cerradamente valorativa en sentido ético, afirmando que si los motivos del desistimiento son contrarios al derecho, no puede admitirse la eficacia del mismo²⁵⁴. Pese a que este autor cree curarse en salud frente a la etización conceptual que protagoniza con su tesis, ésta surge con toda claridad de sus propias palabras: "el motivo del desistimiento del autor no requiere satisfacer ninguna medida de ética individual, ni ser ningún mérito moral. Sólo que no debe ser justamente lo contrario. Quien abandona el botín por considerarlo insignificante, da pruebas de ser un ladrón peor, siendo esto —y no la discrepancia entre sus expectativas y las posibilidades efectivas de realización— lo que justifica negar la libre voluntad de su desistimiento. Lo mismo vale para el desistimiento en la tentativa de violación que tiene lugar porque el autor confía en que, sin la aplicación de fuerza podrá conseguir lo que desea"²⁵⁵.

No negamos que el desestimiento puede responder a motivaciones que aparezcan como aberrantes al sentimiento jurídico, pero creemos que ello no hace a la "voluntariedad" del mismo, la que no puede negarse con fundamento en tales consideraciones, al menos frente al texto expreso de nuestra ley penal. Ni las dificultades para determinar la "voluntariedad" del desistimiento, ni el sentimiento de rechazo que puedan producirnos algunas motivaciones, son suficientes para negarlo en base a consideraciones que son completamente ajenas al planteamiento y que, en definitiva, son

²⁵⁰ Cfr. RUDOLPHI, 190.

²⁵¹ Así SCHÖNKE-SCHRÖDER, 324; igual OTTO, 237.

²⁵² ROXIN, op. cit. en "Fest. f. Heinitz".

²⁵³ MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 94.

²⁵⁴ BOCKELMANN, en NJW, 1955-1417.

²⁵⁵ BOCKELMANN, 201.

argumentaciones propias de la culpabilidad de autor, y, lo que es aún peor, son verdaderas negativas de la relevancia del desistimiento fundadas en tipos de autor.

La doctrina italiana, que es sobre la que se ha calcado la "voluntariedad" en nuestro texto, es bastante ilustrativa. Pese a que en Italia se habla únicamente de "desistimiento voluntario" en la tentativa inacabada, lo cierto es que el concepto no varía fundamentalmente.

Parece insistirse en ella en que lo "voluntario" es lo autónomo, en el sentido de que no puede derivar de ningún impulso externo²⁵⁶. Este requerimiento de autonomía es precisado por Antolisei, quien, después de expresar que la voluntariedad presupone, al menos, la posibilidad de dos conductas, insiste en que esto no es suficiente cuando la conducta distinta del desistimiento implique riesgos o presente desventajas de tal grado, que no pueda seguirse por ninguna persona razonable²⁵⁷. Este razonamiento de Antolisei se acerca al que en Alemania expresó Schröder y que abrió las puertas a la vertiente etizante. De cualquier manera, ni Antolisei ni Schröder caen en el tipo de autor, sino que apelan a la razonabilidad para cualquiera, que no es lo mismo que lo afirmado luego por Roxin.

En líneas generales, los autores italianos ponen bien de manifiesto algo que debemos tomar en cuenta en nuestro texto: el codificador argentino se movió entre los arts. 61 y 62 del código de Zanardelli y el art. 3º del código español de 1870, y siguió el criterio de que el desistimiento debía ser sólo "voluntario" —como decía la antigua ley italiana, no modificada en este aspecto por el código de 1930— y no "propio y voluntario", como decía la ley española, lo que da lugar a pensar en la espontaneidad del mismo.

Los autores italianos insisten en que el desistimiento no tiene por qué ser espontáneo. De Marsico afirma que la espontaneidad exigiría el arrepentimiento y, considera claro, que el arrepentimiento no es necesario, porque huir por miedo a ser descubierto, que no haya sido alimentado por ningún hecho externo, es desistimiento voluntario, aunque no haya arreptimiento²⁵⁸. Ranieri sostuvo que "es indiferente el motivo del desistimiento, que puede ser suscitado por miedo, arrepentimiento, piedad, etc., siempre que haya renuncia, por causa interna, a la continuación posible de la acción criminal"²⁵⁹. Particularmente claro en este sentido es Pannain: "La voluntariedad no es equivalente de espontaneidad; cuando la ley pretende la espontaneidad, la reclama expresamente". En consecuencia, afirma que, el motivo del desistimiento es irrelevante, no requiriéndose en ningún caso que se trate de arrepentimiento. "También la simple preocupación o miedo por la sorpresa puede determinar el desistimiento voluntario, siempre que no sea debida al surgimiento de

²⁵⁶ Cfr. BETTIOL, 554; PAGLIARO, 504.

²⁵⁷ ANTOLISEI, 393.

²⁵⁸ DE MARSICO, 257; igual SANTANIELLO, 219.

²⁵⁹ RANIERI, SILVIO, *Manuale*, I, Padova, 1952, p. 363.

causas externas"²⁶⁰. Ferrando Mantovani se expresa en términos análogos, agregando que sólo es necesario que el sujeto haya desistido de la acción, sin que se requiera espontaneidad ni arrepentimiento^{260 bis}.

En la jurisprudencia italiana se ha considerado que no es voluntario el abandono de la actividad criminal debido a la resistencia de la víctima, a la intervención de agentes de la autoridad, a rumores sospechosos, etc. Falta la voluntariedad por temor a la sorpresa, fundado en algún hecho, aunque fuese supuesto, como tampoco la hay cuando el sujeto desiste por haberse dado cuenta de que ha actuado en perjuicio de una persona distinta²⁶¹.

Un particular y complejo problema plantea la cuestión acerca de si puede desistir voluntariamente un inimputable. No hay cuestión alguna cuando el sujeto es inimputable al comienzo de la ejecución, porque en tal caso hay una inculpabilidad que elimina la delictuosidad de la tentativa, pero el problema se ofrece cuando el sujeto alcanza la inimputabilidad en el curso de la ejecución. Creemos que en tal estado no puede relevarse el desistimiento, puesto que el autor no se halla en situación de desistir "voluntariamente" en el sentido que da la ley aquí a esta palabra. Si el inimputable no tiene capacidad psíquica para motivarse en la norma, tampoco la tiene para motivarse con la amplitud que la voluntariedad del desistimiento presupone. Por otra parte, en muchos casos puede ser más que dudoso que haya un verdadero desistimiento, pues queda abierta la posibilidad de que el sujeto quiera llevar adelante la acción en caso de retornar al estado de imputabilidad.

Así, no puede afirmarse que hay desistimiento en el siguiente caso: un sujeto esconde un objeto en casa del propietario; a los tres días va allí a buscarlo y se embriaga; en estado de embriaguez decide desistir y marcharse, dejando el objeto escondido, donde algún día lo hallará el propietario. Nada obsta a que al día siguiente, sobrio, estime que lo anterior fue una tontería de borracho y lleve adelante el apoderamiento.

Si en el mismo caso, la emotividad producida por el alcohol le lleva a entregar la cosa al propietario, creemos que tampoco hay desistimiento, porque la motivación responde en realidad a un factor extraño, que es el productor del estado de inculpabilidad. Distinto sería el supuesto en que el autor lo haya decidido sobrio y lo haya hecho ebrio, porque en tal caso la ebriedad no influiría en la motivación de una determinación que ya estaba tomada o, por lo menos, no podemos presumir —en contra del sujeto— que haya influido en forma determinante.

²⁶⁰ PANNAIN, 649.

^{260 bis} MANTOVANI, FERRANDO, p. 398.

²⁶¹ V. SANTORO, 465.

En el caso más dramático de quien comienza la ejecución de un homicidio y pierde el control de sus actos mientras golpea a la víctima, pero la visión de la sangre de ésta le hace desistir, la solución es otra, porque realmente no desiste en estado de inimputabilidad, sino que el "schock" le hace recuperar su capacidad de culpabilidad, de modo que ese desistimiento tendrá relevancia y sólo responderá por las lesiones que haya causado también en estado de capacidad de culpabilidad.

Rudolphi sostiene que la inimputabilidad no excluye la eficacia del desistimiento²⁶², pero cabe recordar que, para este autor el desistimiento es una causa de disculpa, por lo cual se trataría de una concurrencia de causales que eliminan la reprochabilidad del injusto, planteo que cambia sustancialmente si consideramos que se trata de una causa personal de cancelación de la penalidad.

568. **Desistimiento de la tentativa inacabada y de la tentativa acabada.** Si bien nuestro código penal ha renunciado a la distinción entre delito tentado y delito frustrado, formulando la disposición que se refiere a ambos en una única referencia a la tentativa, la diferencia se impone por la distinta modalidad que debe asumir el desistimiento en una y otra hipótesis. Nuestro código se refiere genéricamente a todos los casos en que el autor no consuma el delito, pero, dentro de ellos, corresponde distinguir el supuesto en que interrumpe la acción ejecutiva (*tentativa inacabada*) del que realiza toda la acción ejecutiva, pero no sobreviene el resultado (*tentativa acabada*).

La cuestión acerca de si en el caso concreto media una tentativa acabada o inacabada, debe resolverse siempre apelando a la subjetividad del autor, porque sin tener en cuenta su plan delictivo, no se puede determinar cuándo debe tenerse por realizada la totalidad de la conducta que resulta necesaria para la consumación²⁶³. Un criterio objetivo para hacer esta determinación puede dar resultados positivos sólo en los casos muy sencillos y, por consiguiente obvios, que no podrán valorarse con prescindencia del plan concreto del autor. Esta es una consecuencia de la extensión del criterio objetivo-individual, usado para aproximar una solución al problema del límite de la preparación²⁶⁴.

En la tentativa inacabada hay general acuerdo en que el abandono del plan debe ser definitivo²⁶⁵, aunque no puede entenderse

²⁶² RUDOLPHI, 190.

²⁶³ Cfr. WELZEL, 196; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 318; BAUMANN, 529; WESSELS, 122; JESCHECK, 437; STRATENWERTH, 204; OTTO, 236; RUDOLPHI, 188; BLEI, 209; MAURACH, 519; etc.

²⁶⁴ Cfr. WELZEL, 196.

²⁶⁵ Cfr. NÚÑEZ, *Manual*, 271; OTTO, 240; BINDING, *Grundriss*, 139; KOHLRAUSCH-LANGE, parág. 46, VIII.

por ello que se requiera un verdadero arrepentimiento del autor con abandono definitivo de llevar adelante otra ejecución del hecho. Es suficiente que se trate de la concreta ejecución del hecho. Concretamente, una cosa es que el autor prolongue la ejecución, y otra distinta que desista para llevar a cabo luego una nueva ejecución. En el primer caso es evidente que no hay un desistimiento, pero en el segundo el desistimiento es innegable.

Cuando el autor no renuncia al plan, sino que lo prolonga, es porque no ha desistido. Tal sucede cuando el autor entra a robar y, para mayor tranquilidad, después que ejerció la fuerza sobre las cosas y acomodó lo que quiere llevarse, decide marcharse para volver al día siguiente con un automóvil y proceder con mayor comodidad. No sucede lo mismo en los casos que menciona Schmidhäuser, en los que hay una renuncia a la concreta ejecución del hecho, con el objeto de emprender una nueva al día siguiente: quien penetra al lugar donde está la cosa para hurtar y recuerda que es su cumpleaños, decidiendo postergar el hurto para el día siguiente; quien acecha a la víctima, pero como la ve venir demasiado contenta por el camino, posterga el homicidio para el día siguiente ²⁶⁶.

Mientras un sector doctrinario considera —como creemos correcto— que basta con que el sujeto haya abandonado la ejecución concreta del hecho ²⁶⁷, otro sector entiende que debe haber abandonado todo propósito de ejecutar el hecho, aún en distintas circunstancias ²⁶⁸. Esta última posición es sostenida por quienes fundan la impunidad en la teoría del fin de la pena ²⁶⁹ y también por otros autores que, al correcto decir de Schmidhäuser, no advierten que no tienen cabida en la ley.

Es imprescindible que el desistimiento, en la forma de interrupción de la acción ejecutiva, haya impedido la consumación del delito, o, en caso de haberse consumado, esto haya acontecido por una desviación esencial del curso causal respecto del que el autor había imaginado. Cuando, pese a la interrupción, el curso causal hubiese desembocado en la consumación sin variantes esenciales respecto de lo representado, el autor será responsable por el delito consumado.

Suele ejemplificarse con el caso de quien queriendo matar a otro, decide hacerlo mediante sucesivas dosis de veneno y, luego de la prime-

²⁶⁶ SCHMIDHÄUSER, 504.

²⁶⁷ Así MAURACH, 522; BLEI, 213; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 405; OTTO, 240.

²⁶⁸ Así RUDOLPHI, 188; JESCHECK, 438; BAUMANN, 525.

²⁶⁹ RUDOLPHI, loc. cit.; ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1973, p. 38.

ra, desiste, pese a lo cual la víctima muere. Para Baumann se trata de una desviación no esencial de la causalidad²⁷⁰. La solución contraria es sostenida por Schönke²⁷¹, quien entiende que media allí un desistimiento y que sólo puede resolverse el caso como homicidio culposo. Otto cree que si resulta la primera dosis capaz de poner en inmediato peligro la vida de la víctima, se trataría de una desviación no esencial del curso causal, en tanto que, si la primera dosis no funda ningún peligro inmediato para la vida de la víctima, se trataría de un acto preparatorio impune y, por consiguiente, se impondría la punición por delito culposo²⁷².

Esta diversidad de opiniones proviene de que el criterio con que debe distinguirse la tentativa acabada de la inacabada "conduce a escabrosos problemas de error"²⁷³ que, en definitiva, se resuelve según se estime que la desviación del curso causal es esencial respecto del plan del autor²⁷⁴. En el caso, creemos que la solución correcta es la de Baumann, puesto que la desviación no nos parece esencial —como opinan Schönke-Schröder—, ni tampoco creemos que pueda tratarse de un mero acto preparatorio, como cree Otto.

En la *tentativa acabada* no es suficiente con que el desistimiento se manifieste en la forma de una inactividad, como acontecía en la tentativa inacabada. Puesto que, conforme a su representación, el autor habrá hecho ya todo lo necesario para que el resultado se produzca, su inactividad, lejos de indicar un desistimiento, está testimoniando la presencia de la voluntad realizadora.

Es obvio que en la tentativa acabada, el desistimiento debe manifestarse siempre como una actividad tendiente a evitar la producción del resultado. Así, resulta claro que quien envía una bomba por correo, no desiste de la tentativa con abstenerse de ulterior actividad, aunque el mecanismo de la bomba se haya dañado. El que envenena a otro no desiste de la tentativa de homicidio, aunque la dosis no sea capaz de causar la muerte, cuando así lo creía. En lugar, desiste el que da aviso a la policía después del envío y el que lleva al envenenado al hospital, siempre que se evite efectivamente el resultado. Si aún así, el resultado sobreviene, sólo podrá tomarse en cuenta su conducta posterior (tentativa de desistimiento) a los efectos del art. 41.

Debido a esta característica de actividad que demanda el desistimiento en el caso de la tentativa acabada, es que en Italia se le da

²⁷⁰ BAUMANN, 525.

²⁷¹ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 204.

²⁷² OTTO, 237.

²⁷³ STRATENWERTH, 200.

²⁷⁴ Cfr. BAUMANN, loc. cit.

el nombre de "arrepentimiento activo"²⁷⁵, que otros autores prefieren llamar "receso activo"²⁷⁶, pues de este modo pierde el contenido moral que tiene la voz "arrepentimiento", como también la expresión "contribución operante" (o "activa") que usan otros autores²⁷⁷.

Por supuesto que —al igual que en la tentativa inacabada— cuando el resultado sobreviene por efecto de una desviación del curso causal esencial, no podrá serle imputado a título doloso al autor y, por consiguiente no habrá motivo para restarle relevancia al desistimiento, cuando éste se haya manifestado como una actividad seriamente encaminada a evitar el resultado. A igual solución conduce la conducta de la propia víctima que evite intencionalmente la interrupción de la causalidad²⁷⁸. Así, creemos que desiste voluntariamente quien, luego de colocar un artefacto explosivo, da aviso a la policía y la acompaña al lugar para indicar la forma de desactivarlo, pero el artefacto estalla porque la víctima es un suicida que decide hacerlo estallar para quitarse la vida.

Siempre será decisivo que el hecho no se consume por voluntad del autor, que haya determinado la evitación del resultado. No obstante, puede suceder que el hecho no se haya impedido por la voluntad del autor, sino que jamás se hubiese producido, como acontece en el caso de la tentativa objetivamente inidónea. En este supuesto también será suficiente la actividad seria del autor encaminada a la evitación del resultado que imagina cierto o posible²⁷⁹. Desiste el que creyó envenenar dando agua, si ignorándolo aún, lleva al supuesto intoxicado al hospital para que lo salven.

La actividad del autor tendiente a impedir la producción del resultado, no necesariamente debe realizarla éste en forma directa, puesto que bien puede valerse de terceros, como en el caso de quien llama al médico o a la policía, o incluso del propio sujeto pasivo, como quien le advierte que no ingiera el veneno que dejó preparado en la comida.

El descubrimiento del hecho por parte del sujeto pasivo o de la policía de seguridad no impide el desistimiento de la tentativa acabada. A este respecto el problema que se plantea está referido al carácter voluntario de ese desistimiento, que será discutible en caso de haberse descubierto el hecho. De cualquier manera, esto

²⁷⁵ Así, BETTIOL, 554; PAGLIARO, 502.

²⁷⁶ ANTOLISEI, 394; SANTANIELLO, 220.

²⁷⁷ Por ej., PANNAIN, 651; DE MARSICO, 256.

²⁷⁸ Cfr. RUDOLPHI, 190.

²⁷⁹ Cfr. BAUMANN, 527.

no puede resolverse sino en cada caso, aplicando las reglas a que ya hemos hecho referencia para valorar esa característica del desistimiento relevante, porque “descubrir el hecho” no siempre significa poder impedir el resultado ni detener al autor. En los aberrantes hechos en que se ata a una persona un artefacto explosivo que no puede quitarse sin que estalle, salvo mediante una llave especial, si bien el hecho está “descubierto”, la intervención del autor que desactive el mecanismo es un desistimiento relevante.

569. **El desistimiento del partícipe.** Si por “partícipe” entendemos el sentido estricto de cómplice e instigador —y no el amplio de “participante”, que incluye al co-autor— veremos que el desistimiento de estos concurrentes presenta algunas particularidades dignas de ser relevadas.

En principio, en nuestro código es atípica la tentativa de participación, de modo que no tiene a su respecto sentido alguno plantear el problema del desistimiento. Para que haya participación, ésta debe haberse hecho efectiva —por decirlo de alguna manera, debe haberse “consumado”. La única participación que puede desistirse es la contribución a la tentativa del autor. No puede considerarse que la participación no puede desistirse en razón de que ésta no tiene “consumación propia” por ser accesoria del hecho principal, porque lo que interesa es que se retire oportunamente el aporte al hecho antes de la consumación. Por consiguiente, el partícipe puede desistir de su aporte accesorio al injusto del autor, siempre que no se halle consumado. No obstante, de esto surgirá que *el desistimiento de la participación deberá tener generalmente gran analogía con el desistimiento de la tentativa acabada*, puesto que se tratará de desistir de un aporte del cual ya se ha realizado la totalidad de la conducta. Esto será inevitable tratándose del desistimiento de la instigación. El instigador sólo puede desistir, mientras el autor no ha consumado el delito, y siempre que su desistimiento tome la forma de una intervención activa para impedir el resultado, sea que logre la interrupción de la actividad ejecutiva del autor cuando la tentativa es inacabada o que logre evitar el resultado cuando la tentativa del autor es acabada.

Algo diferente puede suceder con la complicidad, incluso en el caso del cómplice primario, que es el cómplice que, por efecto de una limitación al principio del dominio del hecho, conserva el dominio del hecho. Frecuentemente la intervención del cómplice primario puede seguir en el tiempo y llegar a ser una

intervención activa en el momento mismo de la consumación. En este caso, basta con que el cómplice primario retire su aporte, puesto que con ello desbarata el plan concreto del hecho. Así, quien ejerce la violencia sobre la víctima para que otro la viole, puede desistir con sólo retirar la fuerza antes de que el otro haya consumado el delito. Ello obedece a que en este caso la participación no está acabada. En los restantes casos en que se limita el dominio del hecho, pero la participación está acabada, rigen los principios generales conforme a los cuales el desistimiento sólo puede tener lugar mediante la evitación del resultado.

En cualquier caso, si el autor o autores consumasen el delito conforme a un plan distinto de aquél en que hubiese tomado parte el partícipe que desiste, debe considerarse que evitó la consumación, porque ésta no se habrá producido conforme al plan concreto, que es lo determinante. El partícipe tiene que evitar la consumación del emprendimiento en que él participó, pero no puede exigírsele que evite la comisión del delito con otro plan ni en otras circunstancias. Por supuesto que esto no es válido para el cómplice común o no necesario, quien puede desistir retirando su aporte, sin que sea necesario que impida el resultado o desbarate el plan.

Cuando se trate de un aporte psíquico al hecho, la situación no cambia en general, pero tratándose de la promesa de una ayuda posterior al hecho, el cómplice que omita el cumplimiento de su promesa no desiste, sino que queda impune por no cumplimentar la condición de punibilidad legalmente requerida.

En el caso de los co-autores, la regla es la misma que para los autores, debiendo aclararse también a su respecto, que es necesario que hayan obtenido evitar el resultado, pero que si el delito se consumase en forma distinta de la planeada, debe entenderse que el desistimiento es igualmente relevante porque habrá hecho fracasar el emprendimiento conforme a cuyo plan concreto tenía el dominio del hecho.

El desistimiento opera como una causa personal, de modo que el desistimiento del autor no beneficia al partícipe, ni el del coautor a sus co-autores, ni el del partícipe a los autores ni a sus co-partícipes. Varios o todos pueden desistir simultáneamente, en cuyo caso les beneficiará a todos. Igualmente, entendemos que cuando uno de los concurrentes al delito desiste ignorando que el mismo tampoco se puede consumir porque otro u otros desisten, debe tenerse por relevante el desistimiento, puesto que no se requiere exactamente un acuerdo para desistir. Más aún, creemos que es bien posible un *desistimiento por adhesión* que puede tener lugar

por vía de un aporte psíquico que refuerce la conducta del que desiste y que debe ser relevado por el derecho.

570. **El desistimiento de la tentativa calificada.** Se llama "tentativa calificada" a la que tiene lugar abarcando simultáneamente la consumación de otro delito. La consecuencia que tiene esta tentativa, cuando se opera una inculpabilidad sobreviniente en el curso de la misma²⁸⁰ o cuando el sujeto desiste, con posterioridad a la consumación de los delitos, es que queda impune sólo la tentativa como tal, pero no los delitos que se han consumado en el curso de la misma. Ello obedece al principio general según el cual *lo que el desistimiento deja impune es sólo la tentativa como tal*²⁸¹.

Este principio no sólo opera en los casos en que la tentativa y el delito consumado concurren idealmente, sino también en el caso de concurso aparente de leyes, en que la punibilidad de la tentativa desplaza a la de los delitos consumados en su curso, cuya punibilidad queda sometida a una relación de subsidiaridad con la tentativa.

El principio opera, pues, por una doble vía: en función del principio de la *absorción* del concurso ideal (puesto que cuando una de las tipicidades que concurren idealmente no es punible, faltará la penalidad mayor que absorba o incluya a la menor y, por consiguiente, ésta recuperará su autonomía) y en función del principio de *subsidiaridad* que rige el concurso aparente de leyes (la tipicidad punible de la etapa posterior interfiere a la tipicidad de la etapa anterior).

α) Es claro que en el concurso ideal no puede ser otra la solución: cuando un sujeto, con una misma conducta, viola dos (o más) normas en forma típica, la penalidad mayor absorbe a la menor (la incluye). Cuando por cualquier causa no es punible conforme a la pena mayor (en el caso que nos ocupa, la de la tentativa), la única penalidad que resta es la del tipo menor. Así, el desistimiento de una tentativa de estafa mediante uso de documento privado falso, dejará subsistente la punibilidad de la falsedad documental. El sujeto que tiene un arma de guerra con la que comienza a ejecutar un homicidio del que desiste sin herir a la víctima, será punible por la tenencia del arma de guerra^{281 bis}.

²⁸⁰ V. supra, § 559.

²⁸¹ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 329; RUDOLPHI, 193.

^{281 bis} V. también, CURY URZÚA, ENRIQUE, *Tentativa y delito frustrado*, Sgo. de Chile, 1977, p. 135.

β) Quizá más complicado parezca el caso del concurso aparente de leyes, porque aquí puede parecer que se pretende “resucitar” una tipicidad que se había excluído. Ya lo explicamos cuando nos referimos a la inculpabilidad sobreviniente, y volveremos a hacerlo en el concurso aparente de leyes, pero será igualmente bueno repetirlo.

Es totalmente absurdo que el derecho pretenda que un sujeto quede impune por un delito, sólo porque quiso cometer otro de mayor contenido injusto²⁸². “Sería contrario a sentido dejar el delito completo absolutamente sin pena, porque el autor concebía cometer un delito distinto más grave”²⁸³. Piénsese en lo absurdo e irritante que sería que un sujeto dejase ciego a otro y fuese penado con pena de tres a diez años y otro, que dejase ciego a su padre, en lugar de ser penado con pena de tres a quince años, fuese liberado totalmente de pena porque quería matarlo y se arrepintió antes de asestarle el golpe que faltaba para rematarle.

Frente a la inadmisibilidad de tan monstruosa solución, no hay otra explicación que la constatación de que la tipicidad del delito consumado en el curso de la tentativa no queda absorbida, sino sólo *obstaculizada*, es decir, *interferida* por la tipicidad *punible* de la tentativa. Es así como los delitos consumados en el curso de la tentativa quedan en una posición *subsidiaria*, o sea, que pueden actuar en reemplazo de la tentativa, en caso de neutralizarse la punibilidad de ésta. Tal es la explicación del concurso aparente de leyes cuando se presenta regido por el principio de subsidiaridad, cuya estructura lógica es la interferencia: desaparecida por cualquier causa la punibilidad del hecho principal, desaparece el obstáculo a la tipicidad que permanecía interferida y ésta pasa a desempeñar el papel que deja vacío la impunidad de la tipicidad principal.

Conforme a este principio, pese al desistimiento de la violación, podrá penarse el abuso deshonesto; desistido el robo con efracción, podrá penarse el daño en las cosas; al desistirse el homicidio, se penarán las lesiones²⁸⁴; en el desistimiento de extorsión, las amenazas; etc.

La cuestión se vuelve dudosa respecto de ciertos delitos, lo que lleva a los autores a afirmar que, por excepción, quedan tam-

²⁸² Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, loc. cit.

²⁸³ STRATENWERTH, 206.

²⁸⁴ Ejemplos de SCHÖNKE-SCHRÖDER (loc. cit.) y de la jurisprudencia alemana.

bién impunes los delitos de peligro “concreto” cometidos en el curso de la tentativa ²⁸⁵. En realidad, lo que sucede es que —como ya vimos— frecuentemente la ley erige en delito actos que son verdaderos actos preparatorios o actos de tentativa. Estos delitos, cuando en ningún sentido exceden el contenido injusto del hecho consumado, quedan directamente consumidos por las etapas posteriores, porque no pasan de ser adelantos excepcionales de la prohibición. En estos casos es verdad que la tipicidad queda consumida y, por consiguiente, es imposible que “renazca” lo que desapareció definitivamente.

V. — PARTICULARIDADES DE LA TENTATIVA EN LA ESTRUCTURA OMISIVA

571. Particularidades de la tentativa en la estructura omisiva. La tentativa es posible en la estructura omisiva, al igual que en la activa, debiendo distinguirse allí de la preparación ²⁸⁶ con algunas modalidades que le son propias. Los problemas más graves y frecuentes se plantean en el ámbito de la *omisión impropia*, de modo que nos ocuparemos primeramente de ello.

No es nada sencillo separar la preparación de la tentativa en la estructura típica omisiva. El acuerdo doctrinario es general en cuanto a que la tentativa comienza con la vigencia del deber de garante, es decir, cuando se impone hacer algo distinto de lo que se está haciendo. Ello es obvio, porque de no mediar la constelación situacional que obliga a actuar, la conducta prohibida por el tipo omisivo resulta inofensiva. Pese a este general acuerdo, es discutible cuál es el momento en que la tentativa comienza, dado que hay un momento en que tiene comienzo el deber de actuar y un momento en que este deber se ha violado en forma indiscutible, por ser el último momento en que la intervención que evitaría el resultado es posible.

Para Bockelmann, “en los delitos impropios de omisión la tentativa es posible en cuanto la acción de apartar el resultado está ordenada y dura hasta tanto éste no se haya producido” ²⁸⁷. En igual sentido se expresa Schröder: “Siendo la producción de un resultado delictivo el producto de una omisión que dura largo tiempo, la posibilidad de actuar no ha pasado en un único momento, la omisión comienza en el momento

²⁸⁵ Así JESCHECK, 444; MAURACH, 526; RUDOLPHI, 193.

²⁸⁶ Cfr. JESCHECK, 518; MAURACH, 502.

²⁸⁷ BOCKELMANN, 204.

en que el omitente había debido actuar y quedó inactivo”²⁸⁸. Esta es la tesis según la cual hay tentativa cuando existiendo ya el deber de actuar, el sujeto no actúa.

La posición contraria, según la cual la tentativa tiene lugar en el último momento en que la intervención es posible, es sostenida por Kaufmann y Welzel. Estos autores parten de la afirmación de que en la omisión no hay dolo, sino un equivalente del dolo. Consiguientemente, como en la tentativa hay resolución y dolo, tampoco podrá haber una tentativa de omisión. “No es relevante una *tentativa de omisión* —dice Kaufmann— sino una *omisión de la tentativa* de realizar la acción debida, pese a la capacidad para hacerla”²⁸⁹. En el mismo sentido afirma Welzel que sólo hay omisión de la tentativa de salvar el bien jurídico, o sea que sólo es concebible como tentativa fallida, esto es, como tentativa acabada. Para estos autores la única equivalencia —ya que no propiamente tentativa— sería con la tentativa acabada de la estructura activa, que sería el caso de quien deja pasar el último momento en que su intervención es posible y, pese a ello, el resultado no se produce²⁹⁰. La consecuencia práctica de esto es que en la estructura omisiva no habría ni siquiera una equivalencia de la tentativa inacabada de la estructura activa, lo que lleva a negar toda posibilidad de tentativa inacabada en la omisión, la que sería atípica, en forma de meros actos preparatorios. La razón por la que Welzel y Kaufmann toman como acto de tentativa el último momento de la intervención posible no es otra que la negativa a aceptar la tentativa inacabada en la estructura omisiva. El único equivalente que hallan es la tentativa acabada e inidónea (fallida)²⁹¹.

De cualquier manera, como no puede ser de otro modo, estos autores niegan que incluso la tentativa acabada en la omisión se presente con caracteres similares a los del delito comisivo, pues dado que niegan el dolo en la omisión, afirman que “lo dogmáticamente análogo a la tentativa de comisión en los delitos de omisión debe ser de otra estructura”²⁹². En síntesis: según esta tesis, como en la omisión no hay dolo, tampoco hay tentativa; puede haber una equivalencia de la tentativa, como la hay del dolo; pero, aún así, la única equivalencia que hay es con la tentativa acabada (frustrada).

Por nuestra parte, creemos que “queda fuera de cuestión la existencia de constelaciones omisivas que corresponden a la tentativa del delito comisivo”²⁹³. Conforme al criterio de que hay tentativa en el hacer diferente al que corresponde cuando ya existe el deber de actuar para el garante, se ha sostenido que la madre que

²⁸⁸ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 301.

²⁸⁹ KAUFMANN, ARMIN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, 317 (desarrollos en 210 y ss., 221 y ss.).

²⁹⁰ WELZEL, 221.

²⁹¹ V. WELZEL, loc. cit.; KAUFMANN, ARMIN, op. cit., 211 a 218.

²⁹² KAUFMANN, ARMIN, 221.

²⁹³ STRATENWERTH, 290.

quiere matar por hambre al niño, comienza la ejecución al omitir (con dolo de homicidio) el cumplimiento de la primera etapa de alimentación, aunque el niño no se encuentre aún en peligro²⁹⁴. Creemos que esta solución es equivocada.

Como principio general, *el deber de actuar que emerge de la posición de garante recién surge cuando surge el peligro para el bien jurídico que se tutela*. Mientras no haya peligro no hay un deber de actuar pues, precisamente, el garante "garantiza" el bien frente a un peligro. En este sentido tiene razón la tesis que sostiene que con el primer hacer distinto del debido, ya hay una tentativa, precisamente porque el sujeto *debe* actuar en razón de que hay peligro. Por ello, no es correcto decir que cuando la madre omite darle el alimento al niño a una hora determinada hay tentativa, puesto que aún no hay un peligro para la vida, pudiendo haber sólo un peligro para la salud, por lo que el hecho sólo puede ser una tentativa (o delito) de lesiones, dado que falta la tipicidad objetiva de la comisión por omisión de tentativa de homicidio, al faltar el peligro para ese bien jurídico. En otras palabras: la madre está en posición de garante respecto de la vida y de la salud; la salud está en peligro en cuanto no alimenta, de modo que el no alimentar doloso, en cuanto se da, configura una tipicidad de tentativa de lesiones; pero si el dolo es de homicidio, la violación del imperativo que le ordena garantizarle la vida no tiene lugar hasta que, como consecuencia de la deshidratación o desnutrición, no se presenta el peligro para la vida²⁹⁵. El dolo de homicidio de la madre cubre las lesiones, de modo que no se presenta ningún hueco de punibilidad: mientras no hay peligro para la vida, habrá tentativa o lesiones consumadas, en cuanto comienza el peligro para la vida, habrá tentativa de homicidio²⁹⁶.

Con este criterio se puede resolver también la situación planteada por Kaufmann: "El guardia que a las 22 encuentra a un borracho sobre las vías, cuenta con casi toda la noche, pudiendo en cualquier momento tener la posibilidad de evitar el resultado, si sabe con seguridad que el próximo tren pasará a las seis de la mañana (y la noche de verano tampoco hace temer ningún peligro para la salud del borracho)"²⁹⁷. Es obvio que el peligro sólo tendrá lugar cuando se aproxime el horario de pasada del tren, y también es obvio que recién en ese momento tiene

²⁹⁴ Así, MAURACH, 503; MAIHOFFER, WERNER, *Der Versuch der Unterlassung*, en GA, 1958, 289 y ss.

²⁹⁵ Cfr. RUDOLPHI, 85.

²⁹⁶ Cfr. BLEI, 280.

²⁹⁷ KAUFMANN, ARMIN, *Unterlassungsdelikte*, 212.

el deber de actuar en función de su posición de garante. Si con anterioridad recoge al borracho, cumple con su deber funcional preventivo, pero no con el deber de garante, puesto que éste no existe mientras no haya peligro. Como bien lo señala Rudolphi, distinto sería el caso en que por una alteración climática se hubiese cambiado el plan de circulación y en cualquier momento pudiese pasar un tren ²⁹⁸. Allí hay peligro y, consiguientemente, la no realización de la conducta debida —conforme a la posición de garante— configura una tentativa.

Igualmente debe ser obvio que cuando se produce una situación en que hay varias acciones posibles para evitar el resultado, que pueden irse dando sucesivamente, la omisión de cualquiera de ellas o la inactividad determinante de la pérdida de oportunidad de cualquiera de ellas, configura una tentativa.

Es así que, en nuestro concepto, la tentativa, dentro de la estructura típica omisiva, puede ser tanto acabada como inacabada ²⁹⁹.

Se afirma que únicamente cabe la tentativa acabada cuando se trata de una conducta que sólo puede realizarse en un momento determinado, dado que, cuando el sujeto haya dejado pasar ese momento realizó de su parte todo lo necesario para no impedir el resultado, el que igualmente puede no producirse por razones extrañas a su voluntad ³⁰⁰. No estamos tan convencidos de que esto pueda sostenerse en todos los casos, sino que, por el contrario, opinamos que aún tratándose de una conducta que sólo puede realizarse en un momento preciso, también admite eventualmente la tentativa inacabada.

El deber de garante surge como tal en el momento del peligro, pero puede ser el mismo garante quien introduzca el peligro con su comportamiento. Esto acontece cuando no hay peligro alguno y el hacer distinto lo crea. No puede decirse que todas las aeronaves en vuelo están en peligro, ni que todos los lactantes están en peligro. Más bien el peligro lo introduce el piloto que abandona su puesto o la madre que no da el pecho a su niño. Pues bien, tratándose de una actividad compleja y que requiere conocimientos especiales y precisión de movimientos, como ser la dirección de un aterrizaje en un aeropuerto o la sutura de una herida quirúrgica, el peligro se introduce cuando el agente se incapacita para poder cumplir en el momento oportuno con su deber de garante, al que ya está lesionando con su conducta incapacitante. El jefe de una

²⁹⁸ RUDOLPHI, 84.

²⁹⁹ Cfr. BLEI, 280.

³⁰⁰ RUDOLPHI, loc. cit.

torre de control o el médico, que se embriagan, para provocar una catástrofe el primero o para que el enfermo muera desangrado el segundo, al comenzar a embriagarse ya están realizando actos de tentativa. Para ellos la tentativa será acabada recién cuando logren el estado de embriaguez, pero desde que comienzan a embriagarse hasta que logran la incapacidad, media una tentativa inacabada.

Suele discutirse doctrinariamente cuál es el comienzo de ejecución cuando se trata de impedir la acción de un tercero. Para unos la omisión de impedir la acción de un tercero está tentada recién cuando el tercero realiza un acto de tentativa ³⁰¹, en tanto que para otros es una cuestión independiente. Consideramos que este caso presenta particularidades, pero que la regla debe ser que la tentativa de omisión no se configure hasta que el tercero no realice ningún acto de tentativa, siempre que el garante no haya dejado pasar antes la oportunidad de evitar el resultado.

Se dice que el garante que no impide que un sujeto compre un arma, no hace más que una conducta preparatoria ³⁰², al igual que el padre que no evita que su hijo lesione a otro, hasta que el hijo comienza a lesionarlo ³⁰³. No creemos que la cuestión pueda resolverse de esta manera. Si quien compra un arma es un alienado a quien el curador ya no podrá controlar, porque con el arma en su poder le amenazaría de muerte incluso a él si quisiese quitársela, veremos que para el curador hay ya una conducta ejecutiva respecto del homicidio cometido omisivamente en la persona de cualquiera (supongamos que el curador quiere que el alienado mate a alguien para que lo internen). Distinto es el caso del padre, que está viendo lo que sucede, y cuyo deber de actuar surge recién —como deber de garante— cuando su hijo comienza la ejecución.

En cuanto al *desistimiento*, éste es perfectamente posible en la tentativa acabada como en la inacabada. La fundamental diferencia que se presenta radica en que en ambos casos debe tratarse de una conducta que tienda a evitar el resultado, es decir, que en ambos casos el desistimiento opera, en la tentativa que tiene lugar dentro de una estructura típica omisiva, en forma equivalente al desistimiento en la tentativa acabada en la estructura activa.

Así, la madre que desiste de la tentativa de matar al niño por hambre, no podrá evitar el resultado con la mera realización de la conducta debida de alimentarle, sino que tendrá que aplicar algún me-

³⁰¹ Así, BLEI, 280.

³⁰² RUDOLPHI, 84.

³⁰³ BLEI, 280.

dio extraordinario³⁰⁴, considerando que ya está en peligro la vida del niño. En realidad, no tiene importancia que deba o no aplicar un medio extraordinario, sino que lo decisivo es que, en cualquier caso, el desistimiento de la tentativa dentro de la estructura típica omisiva sea una actividad que impida el resultado.

No compartimos el criterio de Otto, según el cual la tentativa sería inacabada siempre que realizando la conducta que impone el deber de garante se operase el desistimiento —como si la madre retornase a la casa a las pocas horas y alimentase al niño—, en tanto que habría una tentativa acabada cuando el desistimiento demandase una conducta distinta (si la madre retornase después de dos días)³⁰⁵. Creemos —como lo hemos dicho— que en el primer caso no podría hablarse de una tentativa de homicidio, porque aún no habría peligro para la vida del niño.

Si bien una considerable parte de la doctrina sostiene que en la omisión puede darse la tentativa inidónea, creemos que ésta no es admisible. En general, la fundamental diferencia que existe entre la tentativa según sea la estructura típica activa u omisiva, finca en que la primera no necesita que el bien resulte en peligro para configurarse, pues se configura con la simple amenaza. Esto es inconcebible en la estructura típica omisiva, puesto que no se trata de una tipicidad que surja antes del peligro. El peligro forma parte de la constelación situacional en la que surge el deber de actuar. La sola imaginación del peligro permanece en la psiquis del autor y el no hacer se traducirá en un hacer distinto completamente inofensivo —porque fuera del contexto situacional de la omisión es inofensivo— sólo que acompañado por una mera disposición interna que en modo alguno es dolo. La tipificación de la tentativa inidónea en la estructura omisiva no podría ser otra cosa que la prohibición de cualquier conducta acompañada del ánimo de que se produzca un resultado típico.

Después de afirmar la tentativa en la omisión, dice Schmidhäuser: “Por el contrario, no hay tentativa cuando no existe ninguna situación de peligro que funde el deber o ninguna posibilidad de salvación; admitiendo el autor esa situación de peligro como dada o creyendo erróneamente en una verdadera situación de peligro en que puede actuar con propósito salvador, esto es un puro delito imaginario. Nadie puede ser obligado a demostrar su ánimo dispuesto al cuidado de los bienes jurídicos; y cualquier punibilidad que se apoye sobre la base de la admisión de esa tentativa inidónea, es una pura pena del ánimo. La figura de la tentativa inidónea no admite su transferencia de los delitos activos a

³⁰⁴ BLEI, 281.

³⁰⁵ OTTO, 236.

los omisivos, puesto que, mientras en los delitos de comisión se tratará siempre de la realización de un objetivo de voluntad prohibido, cuando el autor se imagina erróneamente una situación peligrosa o una posibilidad de salvación, sólo queda el mal pensamiento, que por sí sólo no puede fundar el injusto ni la punibilidad”³⁰⁶.

Rudolphi también razona por similiar sendero, destacando que, ante la ausencia de peligro, no existe un deber de evitar el resultado, que además es nulo. El desvalor jurídico recaería sólo sobre la circunstancia de que, pese a la representación errada, el autor ha permanecido inactivo, lo que califica acertadamente de “injusto de ánimo”, incapaz de fundar la punibilidad de la omisión. “Si así no fuese, sería alcanzada la suposición de un hecho penal cuyo escenario no traspasa la psiquis del hombre. Basta para confirmar este punto de vista, pensar que, si en lugar de la inactividad, el garante diligenciase el supuesto hecho penal en forma activa, sería calificado como tentativa impune de complicidad. Así, si por ejemplo la madre no permaneciese inactiva en el supuesto homicidio del niño, sino que quisiera facilitar un arma, quedaría impune”³⁰⁷. En efecto, si la madre confunde la actitud de un vecino y cree que éste va a matar a su niño, cuando en realidad el pobre hombre va a pedir prestado un salero, habría una tentativa inidónea omisiva si se marcha a la azotea a lavar ropa, en tanto que habría una conducta impune si le alcanza un cuchillo que el vecino rechaza airado, tomándola por loca.

Algo análogo pasa cuando el autor imagina una posibilidad de salvación que no existe, en base a un error grueso de apreciación (es decir, *ex-ante*). Dos médicos de auxilio acuden al lugar del accidente y reconocen al herido. Ambos se alejan y regresan a la ambulancia, marchándose en ella y dejando al herido tendido sobre la acera. Uno se ha percatado de que presenta lesiones irreversible y fatales y que le restan escasísimos minutos de vida, que se le abreviarían con cualquier intento de movilizarlo. El otro, que además de ignorante es malvado, reconoció a su enemigo y cree que su colega actúa en complicidad con él para dejarlo morir desangrado. Ambos no han hecho objetivamente otra cosa que la conducta debida. Cualquier pretensión de penar al ignorante y malvado no puede ser más que un derecho penal de ánimo.

En el terreno de la *omisión propia* la tentativa tiene mucho menos relevancia práctica que en la omisión impropia³⁰⁸, no obstante lo cual, es concebible³⁰⁹ en la forma de una tentativa idónea³¹⁰, que es la única forma en que es admisible la tentativa de una estructura típica omisiva.

Si tomamos como ejemplo el art. 108, y consideramos que la

³⁰⁶ SCHMIDHÄUSER, 572-3.

³⁰⁷ RUDOLPHI, 85.

³⁰⁸ Cfr. BLEI, 279; WESSELS, 148.

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ En sentido contrario, sólo como tentativa inidónea, la admite JESCHECK, 423.

tentativa es una cuestión de tipicidad, veremos que puede darse el caso de que alguien se encuentre frente a una persona en peligro y decida no prestar el auxilio requerido en el caso, pero que éste no tenga que ser prestado en un determinado momento, porque la postergación no aumenta el peligro. Así, quien encuentra que alguien se halla dentro de un pozo y no le presta auxilio cuando ya ha pasado media hora, tratándose de un accidentado ileso y cuyo único peligro es que pueda morir de sed en el pozo si queda allí varios días (lo que puede suceder si es un lugar aislado) veremos que no consume aún la omisión de auxilio. El acto es de tentativa, pues ya están dados todos los requisitos típicos y el peligro para el bien jurídico (si el sujeto se marcha, quizá no lo vea otro hasta después de muchos días). Creemos que el caso es una *tentativa inacabada* de omisión de auxilio. La tentativa acabada, en este caso, es inconcebible, puesto que para que se consuma el delito basta con el otro hacer, cuando el sujeto haya permanecido inactivo un tiempo suficiente como para que el peligro haya aumentado y las posibilidades de oportuno auxilio haya disminuído, sin que sea necesario otro resultado.

Aquí los actos de tentativa existen desde que el sujeto, con dolo de omitir el auxilio, realiza una acción diferente, en tanto que el delito está consumado cuando el transcurso del tiempo aumenta el peligro y disminuye las posibilidades de auxiliar.

En el art. 278 quat, la tentativa puede darse en forma inacabada y acabada. Allí es necesario que la noticia del delito llegue a conocimiento de la autoridad. El sujeto tiene el deber de hacerlo en forma inmediata a su conocimiento. Esta es la única oportunidad que tiene. Pasada la misma habrá ya realizado todo lo necesario para que la autoridad no se entere, pero puede ser que la misma se entere por otro conducto. Antes no puede haber tentativa y después ésta estará agotada si el resultado se produce por otra vía. Si la autoridad no se entera y el peligro para la víctima aumenta, el delito estará consumado.

No obstante, puede suceder que desde que el sujeto se entere hasta que esté en condiciones de formular la denuncia, el sujeto comience a incapacitarse para denunciar, en cuyo caso habrá un comienzo de ejecución de una tentativa inacabada que, en esta modalidad estará acabada cuando logre efectivamente la incapacidad para denunciar.

CAPÍTULO XXXVIII

UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

I. — LA DIVERSA CONSIDERACIÓN LEGAL: 572. La diversa consideración legal. - II. — UNIDAD Y PLURALIDAD DE ACCIONES: 573. "Unidad del hecho" es "unidad de la conducta". 574. La insuficiencia del concepto de conducta como carácter genérico del delito para determinar su unidad. 575. El rechazo del criterio del "uso del lenguaje" o "natural concepción de la vida". 576. El factor final y el factor normativo en la unidad de la conducta. 577. Distintos supuestos de unidad de conducta. III. — EL CONCURSO REAL O CONCURSO DE DELITOS: 578. El concurso real propio. 579. El delito continuado como caso de concurso real aparente. IV. — EL CONCURSO IDEAL: 580. El concurso ideal propio. 581. El concurso ideal impropio o la concurrencia aparente de tipos o leyes penales.

I. — LA DIVERSA CONSIDERACIÓN LEGAL

572. **La diversa consideración legal.** Cuando un sujeto ha cometido un delito, corresponde aplicarle una pena. Si ha cometido varios delitos, corresponderá aplicar varias penas. Este razonamiento es propio de un derecho penal de acto, en tanto que para un derecho penal de autor, cualquiera sea el número de delitos que el autor haya cometido, corresponderá la aplicación de una única sanción adecuada a la personalidad que con sus acciones haya evidenciado¹.

Siguiendo los principios del derecho penal de acto —como acontece en nuestra ley—, debemos partir de la base de que cuando nos hallamos con una única conducta típica (unidad de conducta) también nos enfrentaremos con una pena única, a diferencia del caso en que tengamos varias conductas típicas, en que tendremos varias penas.

A partir del principio de que una conducta sólo puede dar lugar a un delito y de que a cada delito corresponde una pena, se

¹ Cfr. BAUMANN, 667 (con gran claridad).

explica el distinto tratamiento que se reserva al caso en que con una sola conducta se incurre en dos o más tipicidades (concurso ideal), diferenciado del supuesto en que el juez, en el mismo acto, debe juzgar varias conductas que son típicas del mismo o de distintos tipos (concurso real). El concurso ideal es un supuesto de delito único; el concurso real es el caso de dos o más delitos.

Frente a este fenómeno que se plantea al derecho penal de acto, puede reaccionarse de un modo simplista: cuando hay varias penas, porque hay varias conductas, éstas se *suman*, en tanto que cuando hay sólo una conducta, debe aplicarse una única pena, que será la correspondiente a la tipicidad más grave en que esa conducta incurra, incluyendo en ellas a las restantes. Al principio por el cual las penas de las distintas conductas típicas se suman, se le llama *principio de la acumulación*, y al que tiene por efecto la aplicación de la pena de la tipicidad más grave, *principio de la absorción*. Según este razonamiento simplista, en el concurso real se *suman* las penas y en el ideal de la penalidad más grave *incluye* a las más leves.

El *principio de la absorción* es el que *efectivamente* adopta nuestro código para el *concurso ideal*, que establece que "cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal, se aplicará solamente la que fijare pena mayor" (art. 54).

En cuanto al *concurso real*, sin embargo, con razón se *aparta del principio de la acumulación* (suma). El art. 55 establece un régimen de pena de cuyos detalles nos ocuparemos luego², pero cuya caracterización general corresponde que hagamos aquí.

El principio de la acumulación ha sido durante criticado afirmando que tiene un grave inconveniente que lo hace notoriamente injusto: desde un punto de vista matemático puede decirse que la suma de las penas obra sobre un sujeto como una *progresión geométrica*, porque no es igual una pena de un año de prisión que esa misma pena agregada a otra de dos años y cumplida sin interrupción³. Aunque no se comparta totalmente esta crítica, lo cierto es que la aplicación ilimitada de este principio conduciría, a penas prácticamente perpetuas, sin contar con que, frecuentemente, estaría imputándole al sujeto circunstancias que deben tenerse en cuenta para la culpabilidad y para la peligrosidad, que bien pueden ser idénticas. A estos argumentos se añaden, como

² V. infra, § 648.

³ Cfr. SAMSON, 341.

necesario e innegable refuerzo, el principio superior de racionalidad de la pena, que se vería seriamente afectado con el funcionamiento descarnado del principio de acumulación. Por esa razón, *nuestra ley rige el concurso real por el principio de la aspersión*, que se regula por la *agravación* de la pena. A partir de la pena de mínimo mayor, se asperja ésta con las restantes, resultando así agravada hasta poder llegar excepcionalmente a alcanzar la suma de todos los máximos, pero incluso en ese supuesto, nunca podrá exceder el máximo de la especie de pena de que se trate. De este modo se forma la "pena total" que está constituida por la pena de mínimo mayor asperjada con las restantes. Esa es la solución de nuestro art. 55.

Sintéticamente dicho: nuestro art. 54 establece que a una única conducta con tipicidad plural (un único delito) corresponde una única pena, que es la más grave y que incluye a las más leves (*principio de la absorción o inclusión*). Nuestro art. 55 establece que a varias conductas típicas (varios delitos) corresponden varias penas, haciendo con ellas una pena total integrada por la de mínimo mayor asperjada con las restantes (*principio de aspersión o agravación*). Para este último supuesto *rechaza el principio de la acumulación o suma*.

Los autores suelen mencionar en la legislación comparada otros principios. Así Samson llama "*principio de combinación*" al que combina las penas que corresponden a los distintos tipos que el autor ha cumplimentado con su conducta. Tal sería el caso previsto en el art. 56 de nuestro código, en cuanto a que la inhabilitación y la multa se aplican invariablemente, además de la aspersión que tenga lugar respecto de las otras penas⁴. Creemos que la citada "combinación" no es más que una forma de la aspersión. "Asperjar" significa "hisopear", rocear con un hisopo, algo así como lo que hace un sacerdote cuando bendice y, en tal sentido, que a la pena de prisión agravada se le agregue la de inhabilitación o la de multa, no nos parece sino una consecuencia más del principio de aspersión. Blei, por su parte, habla del *principio de exclusión*⁵, que aplica al caso del concurso aparente de leyes, es decir, al caso en que no hay una concurrencia de leyes, por lo que *no pueden incluirse* en la pena las penas de las leyes que en realidad no concurren. Se plantea como un principio opuesto al de absorción, lo que resulta lógico, pero en realidad, creemos que no se trata de un verdadero principio para resolver el caso de la pluralidad, sino que es una consecuencia directa de la naturaleza meramente aparente de la concurrencia.

El mismo autor trata como "*principio de la unidad de pena*" al que unifica la pena desde el punto de vista del autor, es decir conforme a

⁴ V. SAMSON, 342.

⁵ BLEI, 301.

las consideraciones de un derecho penal de autor. Hemos visto que este principio no tiene aplicación en nuestro derecho y que, en consecuencia, no corresponde que nos ocupemos de él. Con buen criterio, sin embargo, podría ser aplicado en el derecho del menor, que tiene otras bases diferentes.

El aspecto individualizador de la pena conforme a estos principios es cuestión de la que habremos de ocuparnos al tratar la coerción penal, pero, de momento, lo que nos interesa es la determinación de los presupuestos para esta individualización, es decir, *cuándo hay un delito y cuándo una pluralidad de delitos*.

Nuestro código se ocupa en el art. 54, del supuesto en que, "un hecho cayere bajo más de una sanción penal", en tanto que los arts. 55 y 56 atienden al caso en que "concurrieren varios hechos independientes". El supuesto del art. 54 es el *concurso ideal* y el de los arts. 55 y 56 el del *concurso real*.

Hay dos órdenes de supuestos que el código no menciona. Uno de ellos tiene lugar cuando: 1º) no hay concurso real, sino sólo, una pluralidad de reiteraciones que tiene por resultado aumentar el contenido injusto del hecho; 2º) no hay una concurrencia de tipos en una misma conducta, sino que la concurrencia es únicamente aparente. En realidad ambos supuestos son precisiones que contribuyen a delinear mejor los anteriores, pues *lo decisivo será determinar cuándo hay una conducta y cuándo una pluralidad de conductas*. Habiendo una conducta puede haber un concurso ideal—ser típica de varios tipos penales— o bien puede suceder que eso no ocurra porque la concurrencia de tipos no pase de ser una mera apariencia (fenómeno llamado "concurso aparente de leyes o tipos" o "unidad de ley"). Habiendo varias conductas sólo puede haber un concurso real, pero bien puede suceder que la pluralidad de conductas sea aparente, porque en realidad se trate sólo de una reiteración que sigue configurando una única conducta sólo que con un mayor contenido de injusto (es el caso del "delito continuado").

En este sentido resulta muy claro Max Ernst Mayer, quien distinguía entre la concurrencia real e ideal (o de leyes) en sentido propio y en sentido impropio. La concurrencia de leyes era impropia (o aparente) "cuando de varias leyes que se encuentran sobre una y la misma acción, debe excluirse la aplicación de todas las que excedan de una mediante reglas científicas o de interpretación"⁶. De este modo, frente a la concurrencia ideal propia, oponía una concurrencia ideal aparente o impropia, y también hacía lo mismo frente al concurso real propio, al que

⁶ MAYER, M. E., *Lehrbuch*, 1923, p. 501.

contraoponía, como "concurso real impropio" (o aparente) al delito continuado⁷.

Esta conclusión se nos impone, porque no encontramos otra explicación satisfactoria al diverso tratamiento del concurso real o ideal, si prescindimos de la consideración de que en el art. 54 se regulan las consecuencias de un delito y en el art. 55 las de una pluralidad de delitos. Si considerásemos que la tipicidad plural de una conducta multiplica el número de delitos, no quedaría ninguna explicación satisfactoria para la distinción en cuanto a las consecuencias. Por otra parte, el desvalor múltiple no multiplica el objeto desvalorado. Con feliz expresión, dijo Mezger, que el que tiene un caballo de carrera blanco no tiene dos caballos —uno blanco y otro de carrera— sino un solo caballo al que se asignan dos propiedades: la de ser blanco y la de ser de carrera⁸.

Con toda precisión dice Maurach que el concurso ideal es una "unidad de acción con pluralidad de tipos"; "una consideración necesariamente combinada del mismo suceso bajo distintos aspectos valorativos"⁹. Esta "teoría de la unidad" es compartida por Baumann y otros autores¹⁰. En contra de ella se pronuncian Schönke-Schröder y H. Mayer, para quienes el número de conductas no tiene por qué determinar el número de delitos y una conducta puede dar lugar a una pluralidad de delitos¹¹. Por supuesto que para sostener que una conducta puede dar lugar a dos o más delitos es decisivo el concepto de delito que se maneje¹². Schmidhäuser trata de precisar las ideas refiriéndose al "hecho penal como concepto y como valoración"¹³. Precisamente aquí está la diferencia: si el desvalor crea el objeto, como puede sostenerse con una teoría del conocimiento idealista, la desvaloración múltiple multiplicará al delito. Desde este ángulo tiene razón H. Mayer cuando le reprocha a Mezger que el ejemplo del caballo es un argumento de éxito aparente, porque "nunca puede compararse un ente corporal con un acontecer social". Jescheck afirma que es sólo una cuestión de palabras la que media entre ambas teorías¹⁴. Insistimos en que no nos convence esta última opinión, como

⁷ Idem, p. 511.

⁸ MEZGER-BLEI, 305; en el "Libro de Estudio", Bs. As., 1958, p. 326; lo repite BAUMANN, 594-5 (ed. 1966); la cuestión está tomada de Platón y la duplicación de caballos fue sostenida seriamente por Antístenes (V. ABBAGNANO, I, p. 68).

⁹ MAURACH, 749.

¹⁰ BAUMANN, 667; BLEI, 304; HIPPEL, II, 505; etc.

¹¹ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 613; MAYER, HELLMUTH, *Grundriss*, 1967, p. 191.

¹² Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, loc. cit.

¹³ SCHMIDHÄUSER, 576.

¹⁴ JESCHECK, 587; reconocen que en el concurso ideal hay un único delito BRUNO, ANÍBAL, II, 293; BASILEU GARCÍA, II, 502; MAGALHAES NORONHA, I, 286; otra opinión: SALGADO MARTINS, 262.

tampoco la "teoría de la pluralidad" de delitos en el concurso ideal, porque si hay varios delitos en el art. 54 y también varios en el art. 55, no vemos la razón de una regulación separada.

Tratándose de una cuestión que nos lleva a determinar cuándo hay un delito y cuándo una pluralidad de delitos, se trata de una cuestión que pertenece por esencia a la teoría del delito y que aquí debe ser expuesta y precisada. Tampoco sus consecuencias penales pueden hacernos desistir de su consideración en la teoría del delito, pues éstas son, precisamente, consecuencias. Estamos "en el corazón de la dogmática penal, allí donde los problemas relativos a la pena y a los criterios de aplicación de la misma, tienen sólo un reflejo secundario, si bien se puede decir correctamente que el concurso de delitos constituye un puente de paso entre la doctrina del delito y la de la pena"¹⁵.

Hay general acuerdo en ubicar los concursos en la teoría del delito, aunque en la doctrina nacional no falta una tendencia a tratar al concurso aparente como un problema de ley penal¹⁶, en tanto que el resto de la cuestión es tratado en la teoría del delito. La doctrina alemana contemporánea rechaza esta escisión¹⁷, que se remonta a Binding. El argumento en que se apoya la misma es que se trata de reglas para la interpretación de la ley¹⁸. En una concepción clara de la dogmática, se demuestra la endeblez de esta argumentación.

Sintéticamente planteada, la total problemática del concurso, sería la siguiente:

1. Pueden concurrir en una única conducta varios tipos (leyes), lo que se llama *concurrencia ideal o de leyes*; tiene por efecto que la pena del tipo más grave absorba (contenga) a las de los tipos más leves.

2. Pueden concurrir en un único pronunciamiento condenatorio judicial varias conductas (delitos), lo que se llama *concurrencia real o de delitos*; tiene por efecto que la pena de mínimo mayor sea asperjada con las restantes (se agrave).

3. En el concurso ideal hay que cuidar que la concurrencia de tipos sea efectiva, pues puede darse una *concurrencia aparente de tipos o de leyes*.

¹⁵ BETTIOL, 604.

¹⁶ Así, FONTÁN BALESTRA, I, 235; JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 141.

¹⁷ Cfr. WELZEL, 233; BLEI, 299; STRANTENWERTH, 319; JESCHECK, 578; MAYER, H., *Grundriss*, 1967, 189; SCHMIDHÄUSER, 586; MAURACH, 749; hacen excepción BOCKELMANN (233) y BAUMANN (666).

¹⁸ Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, *op. cit.*

4. En el concurso real, hay que cuidar que se trate efectivamente de una pluralidad de conductas, pues puede darse una reiteración que sólo aumente el contenido injusto del delito (*delito continuado*).

Nuestro primer paso será ocuparnos de establecer cuándo hay una unidad a cuándo una pluralidad de conductas.

La distinta consideración de ambos supuestos se halla en toda nuestra tradición legislativa, al igual que la distinción entre el concurso real y el presupuesto de la reincidencia. "El concurso se diferencia de la reincidencia en que ésta requiere la comisión de un nuevo delito luego de una condena por sentencia firme, mientras que el concurso exige, precisamente, que no media aquel requisito"¹⁹. Tejedor, no obstante, consideró a ambas como "motivos generales de aumentar las penas" (art. 175). El art. 176 del Código Tejedor decía: "Hay reiteración cuando se encuentran reunidos en un mismo malhechor, dos o más crímenes no castigados todavía y que deben ser juzgados en un solo proceso, y por el mismo tribunal". El art. 177 establecía la pena de la reiteración. El art. 178 decía: "Si el crimen se comete muchas veces contra la misma cosa o persona, las diferentes acciones con que se haya continuado no se considerarán sino como una sola; pero si el mismo culpable comete muchos crímenes al mismo tiempo y por una misma acción, se le aplicará la pena correspondiente al crimen mayor". Esta última disposición se refería, pues, al delito continuado y al concurso ideal, en tanto que el art. 176 lo hacía al concurso real. La fuente directa eran los arts. 108 a 110 del código de Baviera.

El *proyecto de Villegas, Ugarriza y García* disponía en el art. 99: "Al culpable de dos o más delitos se le impondrán las penas correspondientes a las diversas infracciones". "El sentenciado cumplirá todas las condenas simultáneamente, siendo posible. Cuando no lo fuere, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves". El *Código de 1886* se ocupa de regular el problema en tres disposiciones que complican el sistema de Tejedor: art. 85: "Si se ha reiterado el mismo delito contra las mismas personas o cosas, o si el mismo malhechor comete delitos de diferente especie por otras tantas acciones..." (siguen las reglas para la pena). Art. 86: "Si un delito de la misma especie se comete varias veces contra una misma persona o cosa, se castigará el acto más grave y los otros se considerarán circunstancias agravantes". Art. 87: "Si el mismo culpable, con ocasión de la ejecución del delito que se propone cometer, perpetrare otros, se le aplicará la pena del más grave y los otros, se considerarán circunstancia agravante".

El proceso legislativo de simplificación que concluirá en la fórmula del Código de 1921, se inicia con el *Proyecto de 1891*, arts. 78, 79 y 80, cuya fuente más importante parece ser el código holandés (arts. 55 al 61). El art. 78 del Proyecto de 1891 decía: "Cuando un hecho cayere bajo más de una sanción penal se aplicará solamente la que fije pena mayor. Si un hecho estuviere diferentemente reprimido por una disposición

¹⁹ CREUS, 143.

general y por una disposición especial, se aplicará la última". El art. 79 decía: "Si varios hechos, aunque cada uno de ellos tomado aisladamente fuere punible, son de tal modo conexos que deban ser considerados como una sola acción continua, se aplicará la disposición legal que fije la pena mayor". Los artículos 80 y 81 se referían a los supuestos de concurrencia de "varios hechos independientes", correspondiendo a los vigentes arts. 55 y 56. El art. 82 corresponde al vigente art. 57.

La configuración vigente la toman estas disposiciones en el *Proyecto de 1906* (art. 58 a 62), que se reproduce en el de *1916* (art. 58 a 62), pasando a los arts. 54 a 58 del *Proyecto de 1917*.

El *Proyecto de 1937* no definía al concurso real, ocupándose sólo de la forma de penarlo (arts. 67 a 71) y definía al ideal cuando "con un solo hecho se ha infringido más de una disposición de este código" (art. 72). En el *Proyecto de 1941* había concurso ideal cuando "con una sola acción u omisión, violase diversas disposiciones legales" (art. 14), en tanto que había concurso real si "con designios independientes, con una o más acciones u omisiones, cometiere dos o más violaciones de las disposiciones legales". También se ocupaba del delito continuado (art. 17). Para el *Proyecto de 1951* había concurso ideal "cuando un hecho estuviere contemplado en dos o más figuras legales, cuyos respectivos integrantes fueren natural o jurídicamente inseparables" (art. 37) y el concurso real "cuando con una acción u omisión se incurriese en la misma o en distintas figuras delictivas, que sólo fueren ocasionalmente inseparables, o cuando se cometieren hechos delictivos distintos" (art. 38). El *Proyecto de 1953* preveía en su art. 41 "cuando un hecho encuadrare en dos o más figuras delictivas susceptibles de ser aplicadas simultáneamente"; el art. 42 se ocupaba del supuesto en que "dos o más hechos dependieren entre sí, en relación de medio a fin y encuadraren en dos o más figuras delictivas susceptibles de aplicarse simultáneamente"; el art. 43 trataba de la concurrencia de "varios hechos independientes". El *Proyecto de 1960* preveía en sus arts. 79 y 80 la concurrencia de varios hechos independientes", extendiendo las mismas reglas al caso en que "un solo hecho importe la violación de varios preceptos penales que sean aplicables simultáneamente" y al delito continuado (art. 81). Análogas disposiciones contenía el *Ante-proyecto de parte general de 1973* (arts. 81, 82 y 83). El *Proyecto de parte general de 1974-1975* contenía en sus arts. 15 y 16 disposiciones que siguen a las vigentes, omitiendo referirse al delito continuado.

Esta distinción tiene una larga tradición jurídica que se remonta al *concursum delictorum* del derecho común²⁰. En general se fue evolucionando del principio de la acumulación —propio de los romanos y germanos— hacia el principio de la absorción²¹.

La crítica se originó en el positivismo crimonológico. Ferri atacó estas distinciones afirmando que "la experiencia común enseña que quien comete más delitos, con o sin condena precedente, es individuo más peligroso que quien deba responder de un solo delito, salvo que éste no

²⁰ Cfr. JESCHECK, 579.

²¹ Para su evolución histórica DAHM, GEORG, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter*, 1931, 237-248.

demuestre, por las circunstancias personales y materiales, una excepcional perversidad²². El código italiano aplica las mismas reglas respecto de las penas para ambas clases de concurrencia (arts. 78 a 84). Un parecido criterio se ha postulado para la legislación germana en varios proyectos. El proyecto de 1962 no siguió esta orientación, manteniendo el criterio tradicional. La unidad de pena para cualquier caso fue postulada por el proyecto alternativo (§ 64). La distinción en cuanto a las concurrencias se mantiene en el StGB vigente (§§ 52 a 54)²³.

El nuevo código austriaco, en lugar, regula ambas hipótesis en una única disposición, conforme al principio de la absorción (art. 28, párrafo 1). El art. 81 del código italiano también somete ambos casos al mismo principio sólo que con un claro sentido autoritario coincidente con el reflejado por Ferri y los positivistas, aplica el principio de aspersión, combinándolo frecuentemente con el de acumulación. El código suizo, en su art. 68, también da a ambas hipótesis un mismo tratamiento, pero, de toda forma, el principio de aspersión que aplica está limitado, pues el aumento no puede ser superior a la mitad de la pena máxima conminada. En Francia, el art. 351, párrafo 4º, del código de instrucción criminal prevé para el concurso real el principio de absorción.

Con estos pocos ejemplos de legislación comparada, quedan demostradas las distintas tendencias: una de ellas procura distinguir, conforme al derecho penal de acto, la unidad de pena para la unidad de delito, conforme al principio de absorción, y la pluralidad de penas, resuelta por el principio de la aspersión, para la pluralidad de delitos. Tal es la solución del código alemán de 1975 y del nuestro. Otra tendencia trata de dar un único tratamiento a ambas hipótesis, pero no pueden pasarse por alto —porque aquí hay una clave importantísima— las características de ese tratamiento. Para unos textos rige el principio de la absorción (austriaco y francés), mientras que en otros se manifiesta la tendencia autoritaria al hacer operar el principio de la aspersión (italiano) y, en medio, un sistema que aplica el principio de aspersión aunque limitando estrictamente la agravación (suizo). La solución del código italiano —que es la peor y más grave de todas— responde al criterio idealista que lo inspira: hay tantos delitos como infracciones legales. Desde el punto de vista realista, la solución que se impone es la de nuestra ley, en base a que la racionalidad de la pena impide que se puedan dar las mismas consecuencias penales para un delito que para varios delitos.

La solución francesa y austriaca, indica una tendencia unificadora prudente, en cuyo sentido no se distingue de la solución suiza, y cuya conveniencia cabe meditar. Lo que a todas luces resulta inadmisibles de *lege lata* es la amplitud ilimitada que otorga nuestro código, que permite llegar a la acumulación misma.

²² FERRI, *Principii*, 666-7.

²³ Sobre ellos BOCKELMANN, 234; SAMSON, §§ 52 a 54.

II. — UNIDAD Y PLURALIDAD DE ACCIONES

573. “*Unidad del hecho*” es “*unidad de la conducta*”. El criterio para determinar cuándo hay un delito y cuándo una pluralidad no puede consistir en el número de resultados. Este antiquísimo criterio distintivo ha sido completamente desechado en la doctrina alemana, aunque la doctrina nacional pretende aún ver la pluralidad de delitos donde hay una pluralidad de resultados. El concepto se limita en distinta medida, según los autores, pero subyace en varios intentos constructivos”²⁴.

Para fundamentar esta posición se construye una teoría que quiere distinguirse de la que sostiene el criterio de la unidad de acción, y que se basa en la expresión “hecho” de los arts. 54 y 55. Así, se afirma que “hecho” no es acción y se bautiza a la teoría como “teoría de la unidad del hecho”, aunque es una posición que oculta su verdadero nombre, que es “unidad de resultado”.

Núñez, fundando esta posición, dice que “precisamente, por los excesos a que se llegó considerando, vgr., como hipótesis de concurso ideal, la del disparo único (acción subjetiva) que mataba a varias personas, o la del veneno echado en la comida que exterminaba a una familia, la jurisprudencia toscana terminó por rechazar que la unidad de acción subjetiva constituyera la base fáctica del concurso ideal. Y, precisamente, el legislador italiano de 1889, del que, en realidad, deriva la teoría y el texto del art. 54, sustituyó en la fórmula toscana *una acción por un hecho*”²⁵.

Esa posición se funda en dos órdenes de argumentos históricos y “gramaticales”²⁶. El argumento histórico pretende que cuando el proyecto de 1891 adoptó un texto similar al vigente, adoptó la tesis de la “unidad del hecho” y abandonó la “unidad de acción”²⁷.

Las disposiciones que se citan como fuentes de los arts. 78 y 81 del proyecto de 1891, fuentes directas de nuestros textos vigentes, son los arts. 55 y 57 del código holandés y 65 del código belga²⁸. El art. 55 del código holandés, dice: “Cuando varias disposiciones de la ley penal son aplicables al mismo hecho, no se aplicará más que una, y en caso de diferencia, la que establezca la pena principal. Si existiese una ley penal especial para un hecho al que fuere aplicable una disposición general, sólo se aplicará la especial”. El art. 57 del código holandés, dice: “Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos actos independientes, y constituyendo varias infracciones castigadas con penas de la misma naturaleza, no se impondrá más que una

²⁴ Así, SOLER, II, 294-6; NÚÑEZ, II, 227; FONTÁN BALESTRA, III, 47 y ss.; TERÁN LOMAS, II, 266 y ss.

²⁵ NÚÑEZ, *Manual*, 312.

²⁶ Por los argumentos “gramaticales”, FONTÁN BALESTRA, loc. cit.; otra opinión, NINO, CARLOS, *El concurso en el derecho penal*, Bs. As., 1972, pp. 33 y 37; AVILA, JUAN JOSÉ, *Algunas ideas sobre el problema del concurso ideal*, en LL, 126 (1967), 1127 y ss.

²⁷ Así, SOLER, II, 298; FONTÁN BALESTRA, III, 48.

²⁸ V. *Proyecto*, 1891, pp. 281-2.

sola pena. El máximun de esta pena será la suma de las penas más elevadas establecidas para estos hechos, pero sin que se eleve a más de un tercio sobre el máximun de la mayor". El art. 65 del código belga dice: "Cuando un mismo hecho constituya varias infracciones, se pronunciará solamente la pena más grave".

Como puede verse, en modo alguno se impone en estos textos que cada resultado sea un delito. El informe que acompañó al proyecto original belga decía muy claramente que cuando alguien envenenaba en un mismo acto a varias personas, se trataba de un concurso ideal²⁹, lo que, si bien no es aceptable, excluye claramente la hipótesis del concurso real. Tanto no excluye la unidad de acción la disposición del proyecto de 1891, que Julio Herrera, que fue su comentador cuando estaba incorporado al proyecto de 1906, entendió que se afiliaba a la teoría de la unidad de acción, que él criticaba³⁰.

Por otra parte, la afirmación de que en el proyecto de 1891 cada resultado es un "hecho" se derrumba frente a la disposición del inc. 3º del art. 111, que penaba con presidio perpetuo "al que matare a la vez a dos o más personas". Por si alguna duda quedase, los mismos autores, en la "Exposición de Motivos" se encargan de disiparla: "Introducimos en el inc. 3º el caso previsto en el artículo 280 del código de Hungría, porque el homicidio de varias personas por un solo hecho, por ejemplo un envenenamiento, puede no entenderse comprendido en las reglas dadas para la concurrencia de hechos punibles"³¹.

Además, a simple vista puede verse que los citados artículos del código holandés guardan gran similitud con los párrafos 73 y 74 del viejo código alemán, no pudiendo asignársele una significación tan importante al cambio de la voz "acción" por "hecho", máxime en un texto como el nuestro, que usa "hecho" en múltiples sentidos y trata de evitar voces tales como "acción" y "conducta" a lo largo de todo su texto.

En la doctrina y en la jurisprudencia holandesas, desde la sanción del código en 1881, tampoco fue unívoca la interpretación, puesto que se ha discutido mucho si por "un hecho" debe entenderse "un hecho material" o "una conducta (o comportamiento) físico", habiendo variado los criterios de la casación. Se señalan tres períodos al respecto en la jurisprudencia de casación (uno que va de 1881 a 1932(otro de esa fecha hasta 1961, y un tercero que llega al presente), en que se marchó de la unidad de la acción a la del resultado, volviendo luego hacia la unidad de la acción, particularmente por los serios problemas que planteaba acerca del alcance del *non bis in idem*^{31 bis}. En realidad, el planteamiento de la juris-

²⁹ NYPPELS, op. cit., I, p. 112.

³⁰ HERRERA, JULIO, 580-1.

³¹ Proyecto, 1891, p. 115.

^{31 bis} J. M. VAN BEMMELEN, *Ons strafrecht, 1. algemeen deel het materiële strafrecht*, 1975, pp. 370 y ss.

prudencia holandesa de 1961 es contundente incluso entre nosotros: quienes sostienen que cada resultado es un "hecho" deberían admitir que aunque el autor de un atentado estuviese condenado en firme por homicidio, podría ser nuevamente procesado y condenado por la misma conducta si se descubriese otro cadáver al remover los escombros diez años después.

Incluso admitiendo que con "hecho" hubiese querido evitarse en el código de Zanardelli que quien con un golpe mata a varios incurra en un solo delito, no puede olvidarse que la mera pluralidad de resultados no era sinónimo de pluralidad de delitos para los intérpretes de aquel texto. Recordemos que Impallomeni sostenía que quien de un solo golpe mataba a dos personas, cometía dos homicidios porque había dos resoluciones y dos fines³². No se limitaban los intérpretes del art. 78 del viejo código italiano a afirmar que cuando había dos resultados había dos delitos, sino que confusamente afirmaban que "por *hecho* es necesario entender... no solamente la obra del agente ni el sólo efecto producido, sino aquél y éste, con todos los elementos constitutivos del delito como están definidos en la ley"³³.

De todo ello se deduce —como además lo dice claramente la misma *Relazione* del código Zanardelli— que se quiso distinguir *azione* de *fatto*, pero que nunca se lo pudo hacer satisfactoriamente, y, como consecuencia de ello, los intérpretes fueron a dar en un criterio bastante confuso, pero que de ningún modo fue la mera unidad de resultado a que alude la doctrina argentina. Con ello afirmamos que la tesis que identifica "unidad de hecho" con "unidad de resultado" no es italiana, sino argentina.

La doctrina italiana se percató de algo que ha pasado por alto a la tesis argentina: *en el concurso ideal siempre hay una pluralidad de resultados*, porque, como bien dice Bettiol —criticando la palabra *fatto*—, es "una expresión no muy correcta, porque en el concurso ideal los eventos lesivos, que siempre son elementos de un *fatto*, son plurales"³⁴. Esta consideración pesó siempre sobre la perspicacia de los intérpretes de Zanardelli, y no vale que la doctrina argentina pueda argumentar con el caso de los delitos "de pura actividad", porque esos delitos también tienen resultado. Si fuesen consecuentes, sus sostenedores deberían afirmar que quien con un único movimiento toca impúdicamente a dos personas, comete dos abusos deshonestos. En síntesis: ni los autores del proyecto de 1891 ni los italianos intérpretes de Zanardelli pretendieron que la pluralidad de resultados era la de delitos. Ambos quisieron excluir de la absorción penal el caso de quien con un único golpe mataba a varios, pero los primeros lo hicieron con una regla expresa (inc. 3° del art. 111) y los segundos nunca explicaron cómo lo hacían.

³² Cit. por CRIVELLARI, IV, 264-266.

³³ MAJNO, LUIGI, *Commento al Codice Penale Italiano*, Torino, 1924, I, 260.

³⁴ BETTIOL, 608.

En rigor, la cuestión de la “unidad del hecho” nunca fue tranquila en Italia. Impallomeni —a quien siempre se cita como garante de la misma— se ocupa de recordar la posición contraria de Ellero, quien hacía notar que la Corte de Casación de Roma había sostenido la existencia de un único hecho en el caso de un golpe de fusil con pluralidad de víctimas. La tesis de Impallomeni era impugnada por Pietro Lanza ^{34 bis}, quien decía que, pese a la pluralidad de objetos, “la determinación será siempre única en su subjetividad, será única como acto volitivo, que se forma en la psiquis del que ordena la acción a sus propios músculos y a los propios miembros”. Por otra parte, era la tesis sostenida por Carrara, Pessina, Brusa, Napodano, etc.^{34 ter}.

La teoría de que la unidad del “hecho” la proporciona la unidad del resultado, postulada por un sector doctrinario argentino, es contraria a los presupuestos teóricos en que se asienta ese mismo sector. Para afirmar que un disparo de fusil que mata a dos personas da lugar a dos “hechos”, es necesario partir de una tesis totalmente idealista, para la cual el delito no sería una acción sino una “tipicidad”, lo que entra en contradicción insalvable con el fruto de partida heredado de Liszt, que pretende afirmarse en un concepto “naturalista” de la acción. En definitiva, se hace imposible por esta vía explicar al concurso ideal como algo distinto del concurso real, siendo esta contradicción la que en definitiva llevó al código italiano de 1930, aferrándose al idealismo y coincidiendo al mismo tiempo con el derecho penal de autor del positivismo, a identificar ambos concursos y a someterlos al régimen del concurso real en cuanto a la pena, lo que también hicieron los sucesivos proyectos de Soler.

La tesis de que el delito es tipicidad y no acción, está dicho con todas las palabras por Impallomeni, aunque no usase esa terminología, como es lógico. “La acción —decía— no es más que el modo cómo se efectúa la violación de la ley; y el cumplir diversos fines criminales por medio de una sola o de varias acciones es indiferente, puesto que el delito, que es la violación de la ley, no consiste en el medio adoptado; el medio no es más que la condición indispensable para la perpetración del delito”. Esto le permitía afirmar que “la unidad o pluralidad de acciones con que se lesio-

^{34 bis} LANZA, PIETRO, *Osservazioni scientifiche ed esegetiche su alcune forme di concorso di reati*, en sup. de la “*Rivista Penale*”, VI, 217, cit. por IMPALLOMENI, p. 457.

^{34 ter} V. ALIMENA, II, 420.

nan varios derechos no es, en muchos casos, más que un mero accidente que no puede influir sobre la valoración jurídica del hecho”³⁵.

Algo análogo pasaba con Alimena, quien pese a afirmar que el código Zanardelli usaba la palabra *fatto* sólo como indicadora de la exterioridad y que por tal debía entenderse la “objetividad material y jurídica del delito”, sostenía que se podían cometer varios hechos con una misma acción^{35 bis}. Quedaba claro que si la “objetividad podía multiplicar la acción, ello sólo podía ser porque lo que él llamaba “objetividad jurídica” multiplicaba la “objetividad material”, o sea, que lo decisivo era el número de tipicidades y no el de acciones. Obviamente, es la solución de Antístenes: tenemos dos caballos, uno blanco, otro de carrera. La contradicción se agudizaba más cuando se pretendía —y en nuestro país se lo sigue haciendo— que esto tiene lugar en el delito dóloso, pero no en el culposo^{35 ter}.

En cuanto al argumento “gramatical” (o mejor, exegético), creemos que en nuestro código la voz “hecho” está usada en un sentido muy amplio, que siempre deja su precisión a la doctrina y a la jurisprudencia. No vemos que se pueda extraer ninguna consecuencia práctica de una voz que se emplea con semejante amplitud. Más aún: de la misma voz “hecho” surgen argumentos contra la tesis que postula que “el concurso ideal del art. 54 queda reducido al caso de unidad de hecho, entendiéndose por tal también unidad de resultado que pueda ser objeto de más de un encuadramiento legal”³⁶. Basta pensar que el “momento del hecho” del art. 34 no tiene nada que ver con el “momento del resultado” y que la “ejecución del hecho” del art. 45 puede carecer de resultado cuando queda en tentativa.

Aparte de estas concretas consideraciones históricas y dogmáticas, creemos haber demostrado suficientemente a lo largo de nuestra exposición, que específico objeto del desvalor jurídico es invariablemente una conducta humana^{36 bis}, a la cual va anexo un resultado, que es como su sombra, pero que no la integra, que es desvalorado, pero no porque sea un fenómeno físico, sino sólo porque ha sido causado por una conducta humana, sin la cual no hay fenómeno alguno que pueda desvalorar el derecho penal. Dentro del marco de esta teoría de la “unidad del hecho”, Creus clasifica sintéticamente los criterios para determinarla afirmando que hay una “teoría subjetiva, según la cual unidad de hecho existe cuando hay unidad de fin o designio en el autor”; una tesis “subjetivo-objetiva”, según la cual existe unidad de hecho cuando un delito es el

³⁵ IMPALLOMENI, p. 455.

^{35 bis} ALIMENA, BERNARDINO, *Principii di Diritto Penale*, Napoli, 1910, I, 351.

^{35 ter} V. IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 456.

³⁶ FONTÁN BALESTRA, III, 70.

^{36 bis} Cfr. WELZEL, 225.

medio utilizado por el autor para cometer otro delito (criterio seguido por el Proyecto de 1953); y "tesis objetivas", en que distingue las de Soler y Núñez. Soler, siguiendo a Alimena, afirma que hay unidad del hecho cuando hay una insuperabilidad "natural o jurídica" de las lesiones que el autor causa (criterio del Proyecto de 1951). Para Núñez la unidad del hecho no dependerá de la del acto típico: hecho único sería el que sus circunstancias permitan ubicarlo en más de un tipo penal³⁷.

Cabe agregar que la teoría de la unidad de la acción —que es a la que nos plegamos decididamente—, tiene antecedentes sumamente ilustres. El P. Pereda la refiere a Suárez con estas palabras: "En él priva, ante todo, el concepto de la acción y como principio fundamental establece que donde hay una acción hay un pecado, digamos nosotros delito; si varias acciones, varios delitos. Si un juez, vgr., saca violentamente a un criminal del asilo sagrado, comete un delito; si vuelve y saca a otro; comete otro distinto; pero si con sus dos manos, como él dice, coge a dos y los saca a la vez, comete un solo delito. El que con un solo disparo mata a varios, es reo de un solo delito, porque es única la acción". Aunque Suárez luego oscurece su opinión aceptando que en este último caso pueden considerarse varios delitos y un solo pecado, por razones meramente prácticas, aquí están bien claros los principios de la unidad de la conducta³⁸.

574. **La insuficiencia del concepto de conducta como carácter genérico del delito para determinar su unidad.** Para determinar si hay uno o más delitos tendremos que determinar si hubo una o más conductas, problema que, por cierto, no resulta sencillo. El número de resultados nada tiene que ver con el número de conductas, pues el más elemental sentido común indica que una conducta puede tener una pluralidad de resultados. Toda vez que el mismo art. 54 prevee la posibilidad de que una misma conducta presente una tipicidad plural, no es tampoco el número de tipos el que nos determinará el número de conductas. Tampoco puede pues, caerse en el infantilismo de seccionar la conducta humana en pequeñas unidades fisiológicas, esto es, atendiendo al mayor o menor número de inervaciones musculares. Si bien un solo movimiento puede ser una conducta, la mayoría de los tipos señalan conductas que se integran con una enorme pluralidad de movimientos y que, sin embargo, se presentan como una unidad.

Incluso en el lenguaje corriente no existe otra solución que acudir al "verbo" para denotar la acción, y lo más común es que el verbo nos identifique un comportamiento que implica una pluralidad de

³⁷ V. CREUS, 143-4; una detallada exposición de estos puntos de vista en DE LA RÚA, 727 y ss.

³⁸ PEREDA, JULIÁN, *Covarrubias penalista*, Bilbao, 1959, p. 244.

movimientos. Desde un punto de vista objetivo podemos hallar movimientos aislados y, también, *el curso completo de la existencia humana*, que no deja de presentarse como una unidad. Consiguientemente cuando se trata de saber si hay penalmente una o varias conductas, para nada nos sirven como elementos determinantes, el número de tipos que concurren, el número de resultados que hubiese o el número de movimientos realizados por el sujeto.

Cabe aclarar que aquí no se trata de acudir al concepto de conducta que hemos dado como carácter genérico del delito, ni tampoco de rectificarlo. La conducta es siempre una actividad final o voluntaria —que es lo mismo— y eso queda inalterado en nuestro tratamiento. Desde un punto de vista dogmático, con esta idea —que se corresponde con lo óntico— señalamos los requerimientos mínimos que debe tener un fenómeno para que sea susceptible del desvalor penal³⁹.

Aquí no se pone en duda que la conducta sigue siendo actividad final tanto en el plano óntico como jurídico-penal, sino que se trata de averiguar cuándo una porción de la actividad final de un individuo debe ser considerada en forma unitaria a los efectos penales y cuándo debe serlo en forma plural. Esto ya no puede provenir de lo óntico, sino que, respetando la necesaria base óntica de la cual no puede desligarse, obviamente depende de un criterio valorativo. La actividad final humana es un presupuesto absolutamente necesario para que el derecho pueda considerar que una porción de ella configura una unidad a los efectos del desvalor jurídico, pero en modo alguno es ello suficiente, precisamente porque faltará el dato que sólo puede proporcionar la valoración jurídica.

Cuando nos referimos a acciones de educar, de comer o de autorealizarse humanamente, estamos abarcando aspectos amplios o estrechos de la conducta final humana planificada. El verbo, esto es, el símbolo de que nos valemos para denotar la acción (el concepto), es lo que nos delimita el aspecto del hacer humano que nos interesa y al que nos referimos.

Podemos referirnos al hacer humano en pequeño, en cada movimiento, que no por eso dejará de ser final y conforme a plan, aunque se trate de movimientos automatizados. Igualmente, podemos referirnos a la conducta humana “en grande”, como elección existencial, y también será conforme a plan. Un legislador demenciado podría prohibir minuciosamente movimientos, acercándose al criterio fisiológico, que no por eso dejarán de ser actividad final y, desde el punto de vista óntico no podrá decirse que son “pedazos” de acciones, pues para ello habrá que tomar

³⁹ Cfr. JESCHECK, 579.

como referencia un concepto, lo que en lo óntico, sería arbitrario. Otro legislador, más peligroso que el anterior, podría prohibir todo un plan vital, creando tipos de autor, mas no por ello dejará de prohibir conducta final. En este último caso, tampoco podremos afirmar que se trata de varias conductas, pues para ella será necesario acudir a un concepto de referencia, cuya elección siempre será arbitraria en lo óntico.

No es el carácter de conducta final lo que nos indica la unidad o pluralidad de las conductas, porque todo hacer humano es final y planificado, sólo que hay planes mayores y menores, dependiendo todo del punto de referencia que usemos.

Puede argumentarse que un tipo puede tipificar una acción A y otro esa misma acción A y otra B, unidas en un plan común (así, el hurto y la coacción en el robo), pudiéndose afirmar que el primer tipo prohíbe una acción o "media" acción y el segundo dos acciones o una acción, según sea el punto de vista en que se coloque el observador: si a partir del robo miramos al hurto o a la coacción habrá menos que una acción (una parte de la acción de robo), y viceversa, partiendo del hurto o de la coacción habrá dos acciones en el robo. Cualquiera de ambas posiciones resultará arbitraria, porque el problema no puede plantearse en términos que rayan el ridículo al preguntarse si abarcan "una acción" o "menos de una acción", sino en precisar qué actividad final considera el tipo en forma unitaria.

Este dato que delata la consideración unitaria, tampoco lo podemos buscar en el plano óntico acudiendo simplemente a la *unidad de resolución*, puesto que ésta, por sí misma, si bien es necesaria, en modo alguno resulta suficiente, puesto que es obvio que pueden resolverse simultáneamente acciones diferentes: violar y matar, matar y apoderarse del arma, falsificar y hurtar, etc.⁴⁰ De allí que diga Welzel, con razón, que la unidad de la acción se determina atendiendo a dos factores: el final y el jurídico⁴¹, es decir, que la unidad de acción requiere el factor final como fundamental y primario dato óntico, pero no se contenta con el mismo.

575. El rechazo del criterio del "uso del lenguaje" o "natural concepción de la vida". Hemos adelantado implícitamente nuestra opinión acerca de que la unidad de conducta requiere una unidad de resolución y un elemento o determinante normativo, pero antes de explicitar esta posición, deseamos dejar aclarado el rechazo de otros criterios propuestos.

Hemos rechazado que hubiese una unidad de acción en sentido "natural", como no sea la integrada por un único movimiento, pero:

⁴⁰ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 586.

⁴¹ WELZEL, 224.

a la que sería ridículo pretender reducir la cuestión. “En ningún caso hay una característica *natural* de la conducta humana, que como tal decida por sí en forma exclusiva si esta conducta configura una acción en sentido jurídico o una pluralidad de unidades de acción independiente”⁴². Con razón se ha observado que la unidad natural de la acción fracasa porque “*in rerum natura* no existe unidad ni pluralidad” y que “tal criterio redundante por fuerza en pura arbitrariedad”^{42 bis}.

Fracasado el criterio puramente “natural”, la doctrina y la jurisprudencia alemanas han ensayado apelar al “uso del lenguaje”, es decir, a un concepto de “unidad de acción” entendido como dado por la “natural concepción de la vida”.

Conforme a esta posición, una pluralidad de partes separables que conforman un curso causal, debe considerarse como una unidad de acción, si los distintos actos parciales de una decisión común de voluntad se producen y permanecen témporo-espacialmente en tan estrecha conexión que son percibidos como una unidad por un observador no partícipe⁴³. Se sostiene que la “natural concepción” de la unidad de acción requiere la decisión común y referencias témporo-espaciales: “la unidad de la conducta del autor presupone tanto una dependencia temporal como adecuada a la voluntad”⁴⁴. Mediante este criterio, que puede ser objetivo, el Tribunal Federal entendió que varias acciones impúdicas ante o sobre un niño se consideran como una única acción, que hay unidad de acción cuando se sigue cometiendo un robo después de cesada la perturbación causada por la interferencia policial, que también la hay cuando, fallando un medio para cometer un homicidio, se aplica inmediatamente uno diferente, etc.⁴⁵

La inseguridad de este criterio ha llevado al Tribunal Federal a intentar una ampliación del concepto por medio de la “unidad de decisión”, lo que lo desvirtuó totalmente. Por reducción al absurdo podría considerarse una unidad de acción “natural”, en base a la voluntad única de fugar, actos tales como conducir sin licencia, lesión grave, resistencia a la autoridad, etc.⁴⁶

Afirma con razón Jescheck que la fórmula de la “natural con-

⁴² BLEI, 304.

^{42 bis} MANTOVANI, FERRANDO, p. 407; CORREIA, EDUARDO, II, 199.

⁴³ V. JESCHECK, 580; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 586.

⁴⁴ BAUMANN, 670.

⁴⁵ Jurisprudencia del Tribunal Federal cit. por JESCHECK, loc. cit.

⁴⁶ SCHÖNKE-SCHRÖDER, 586.

cepción de la vida” no aclara sino que encubre los verdaderos fundamentos para la distinción entre unidad y pluralidad de acciones, pues no hay unidades sociales de acción prejurídicas a las que el derecho penal pueda subordinarse, ni tampoco puede ser decisiva la unidad del plan del autor, pues frecuentemente la decisión única a varios actos particulares no puede ser considerada una única acción ⁴⁷.

La cierto es que el pretendido concepto de “unidad por la natural concepción de la vida” ha sido una fórmula hueca, que quedó vacía de contenido porque la jurisprudencia alemana no la usó en un sentido único, sino en varios sentidos distintos ⁴⁸, lo que la hizo prácticamente inútil.

576. **El factor final y el factor normativo en la unidad de la conducta.** Si bien hasta aquí hemos rechazado varios criterios que pretenden determinar la unidad de conducta prescindiendo de lo normativo, tales como el que pretende hacerlo por el número de resultados o mediante la apelación al “uso del lenguaje” (ideas totalmente objetivista y arbitraria una y completamente instintiva y oscura otra), lo dicho no implica que el derecho pueda establecer la unidad y la pluralidad de la acción prescindiendo de todo dato óntico.

Hemos dicho que en todo momento debe respetarse la estructura lógico-objetiva que vincula al legislador y, consiguientemente, jamás podrá negarse que para que haya una unidad de conducta se necesita una *actividad final*. Este presupuesto necesario es el que Welzel llama *factor final* de la unidad de acción y que otros autores llaman “unidad natural” —cuidando distinguirlo de la “natural concepción de la vida” ⁴⁹— y otros “unidad simple”.

a) *La actividad final de la que debemos averiguar si configura una unidad de conducta, puede integrarse con uno o con varios movimientos.* En caso de integrarse con un único movimiento, no hay ninguna discusión posible, porque sólo puede haber una única acción, una única conducta. Cada movimiento voluntario es a la conducta lo que cada átomo —en el sentido de los filósofos antiguos materialistas— es a la materia: una unidad mínima, que no puede dividirse sin que la conducta desaparezca. Prejurídicamente, cada

⁴⁷ JESCHECK, loc. cit.; en sentido crítico también BLEI, 304; MAURACH, 734; STRATENWERTH, 327; SAMSON, 345.

⁴⁸ Cfr. MAIWALD, MANFRED, *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg, 1964, pp. 113-5.

⁴⁹ Así, SCHÖNKE-SCHRÖDER, 584; BOCKELMANN, 234.

movimiento voluntario tiene sentido, pero también pueden tenerlo conjuntos de ellos e incluso todos ellos, que configuran la "conducción de la vida". De allí que siempre que un conjunto de ellos tenga sentido por responder a una finalidad establecida en una única resolución, *puedan* ser desvalorados conjuntamente como unidad a los efectos de la prohibición, y, además, surge claramente que el relevamiento de este conjunto como *unidad de sentido* para la prohibición, es una cuestión que únicamente incumbe al tipo penal.

El factor normativo es el que nos dice cuándo una única resolución que da un sentido final a varios movimientos puede ser relevada como una unidad por el tipo, pero lo que el legislador —el tipo— no puede hacer es destruir la expresión mínima de la conducta humana, que es el movimiento único.

"Así, es una acción la de arrojar una granada de mano, independientemente de que ella mate a varios hombres, mate a un hombre y lesione a otros o lesione a hombres y dañe la propiedad privada"⁵⁰. Afirma Blei que "en la doctrina y en la jurisprudencia está fundamentalmente reconocido que allí, donde una simple unidad de acción semejante está dada, nunca existirá una pluralidad de acciones independientes en sentido jurídico y nunca podrá dividirse en una pluralidad de hechos"⁵¹, no obstante lo cual, de inmediato neutraliza esta claridad expositiva al ocuparse de casos considerados como "excepciones" a esta regla, con lo que derrumba un principio que el legislador no puede tocar, porque implica negar lo que está en el mundo, que sólo puede valorar o desvalorar, pero no cambiar.

Blei hace una verdadera profesión de fe idealista cuando afirma que "de cualquier modo es seguro que tales excepciones no están excluidas, puesto que el derecho, en toda aspiración por conformar sus regulaciones a la realidad natural, no puede ser privado de abarcar el acontecer real que subyace a un aspecto valorativo como una pluralidad de unidades de sentido, para someterlo a su consideración"⁵².

De los propios casos discutibles que expone Blei surge que, en general, no puede afirmarse que se presenten como excepciones al principio general de que un solo movimiento voluntario puede dar lugar únicamente a una unidad de conducta. Así, el mismo Blei reconoce que no puede seguirse el criterio de quienes pretenden que el principio queda invalidado en caso de bienes jurídicos altamente personales, puesto que implicaría sembrar la mayor inseguridad jurídica en la interpretación de la ley. En el mismo sentido cabe expedirse en el caso de los actos del partícipe: lo que decide la unidad no es el acto del autor, sino el del partícipe. Algo parecido sucede en el caso del periódico en que pueden publicarse simultáneamente dos artículos, uno calumnioso y otro

⁵⁰ BLEI, 304; cfr. WELZEL, 225; BOCKELMANN, 235; MAURACH, 734.

⁵¹ BLEI, 305.

⁵² *Ibidem*.

desacatante. La publicación de un diario no es un único movimiento, sino una pluralidad muy grande de movimientos con un único momento consumativo. Veremos luego que, justamente, lo cuestionable y que debe ser materia de reflexión, es si esa pluralidad tan compleja es una unidad y en qué casos lo es. Respecto de la unidad en la omisión, que es otro supuesto que inserta en este rubro, nos ocuparemos más adelante.

β) *Con el aspecto verdaderamente problemático de la cuestión nos hallamos cuando hay una pluralidad de movimientos.* En principio, si tales movimientos no responden a un plan común no puede haber unidad de conducta: no hay unidad de conducta si alguien da un abortivo a su mujer sin que surta efecto y luego, a los dos meses, decide llevarla donde un médico para hacerla abortar. *La unidad de plan y la unidad de resolución son requisitos para que haya unidad de conducta.*

Por unidad de plan no hay que entender, por supuesto, una detalladísima planificación, sino una planificación que admita variantes, con una unidad de finalidad: quien viendo que no logra ahorcar a su víctima, decida apuñalarla. Entre este caso y el del aborto hay una diferencia temporal, pero no es ésta la decisiva para la determinación de la unidad, pues la coetaneidad o continuidad temporal, por sí sola, no puede fundar la unidad de la conducta⁵³. La decisivo es que en el caso del aborto hubo *dos decisiones*: una decisión de hacerla abortar mediante un abortivo, que fue desistida, y una segunda decisión, que fue emprendida, con un nuevo plan final. En el caso del apuñalado no se hace otra cosa que alterar el plan primitivo, dentro de una sucesión de movimientos finalmente dirigidos a matar.

La unidad de decisión y la unidad de plan realizados son los configuradores del *factor final* de la unidad de sentido de la acción a los efectos de la prohibición.

Pese al ejemplo de que nos valemos, cabe aclarar que no debe caerse en la confusión entre "factor final" y "dolo único", puesto que el "factor final" para la consideración de la conducta como unidad de sentido a los efectos de la prohibición, no necesariamente implica dolo. La unidad de resolución es una conducta humana y, por consiguiente, final. Por ende, el *factor final* es indispensable para la unidad de la conducta, sea dolosa o culposa.

No obstante, como ya lo hemos dicho, en estos supuestos con pluralidad de movimientos voluntarios, el "factor final" —que algu-

⁵³ Cfr. BOCKELMANN, 236.

nos llaman “unidad natural”— no es suficiente para garantizar la unidad de la conducta, pues se trata de saber si el derecho prohíbe *todos* esos movimientos como *una* unidad desvalorada, o los hace materia de un desvalor unitario a unos y de otro desvalor unitario a otros, o desvalora cada uno de ellos como unidad.

No se trata de que el derecho penal —el tipo— construya la unidad de la conducta, sino, precisamente, de que cumpla su función, esto es, que releve a los movimientos que sólo están vinculados por el factor final, como una unidad de sentido a los efectos del desvalor jurídico.

Para nosotros está fuera de cualquier duda que este relevamiento como unidad de sentido por parte de la prohibición, presupone invariablemente el factor final o “unidad natural”, pero esta “presuposición” está indicando simultáneamente su insuficiencia. El dato óntico se muestra insuficiente para indicarnos cuándo esos movimientos múltiples vinculados por una única decisión y un único plan, son objeto de un único o plural desvalor. Por consiguiente, se impone que esta tarea sea de incumbencia del plano valorativo. El desvalor no puede alterar al ente desvalorado, pero le da un significado que sólo él puede darle y que en modo alguno puede reclamárselo a lo óntico.

Insistimos en que el legislador no es omnipotente a este respecto, pues no puede conformar una unidad de conducta prescindiendo del “factor final”. Respetando el “factor final” puede o no dotarlo del “factor normativo” y dar lugar a una consideración unitaria de la conducta, pero no puede hacer una unidad de lo que ónticamente es una pluralidad. Esto no puede entenderse en el sentido de que la ley no puede tipificar conjuntamente dos acciones que no respondan a una unitaria voluntad de actuar. Bien puede hacerse: sólo que ésta no será una hipótesis de unidad de conducta. Eso sucede en nuestro art. 165 CP, respecto del homicidio que resultare con *ocasión del robo*, criterio que lo distingue del homicidio calificado del art. 80, inciso 3°⁵⁴, en que se presenta el “factor final”, que en art. 165 falta.

Sería conveniente pensar en una adecuada depuración terminológica que contribuyera a esclarecer al planteamiento de la intrincada problemática de la unidad de acción. En verdad, con la expresión “unidad de conducta” no quiere decirse otra cosa que “consideración unitaria de los movimientos voluntarios (ligados por decisión y plan común) a los efectos de una única desvaloración jurídica”. Esto se impone porque si no existiese el factor final no habría po-

⁵⁴ Así, Sup. Corte de Mendoza, 1965; CCCCap., 1965; en RUBIANES, III, 224.

sibilidad de desvalorarlo como una única conducta y, en caso de no haber pluralidad de movimientos voluntarios, tampoco habrá posibilidad de desvalorarlos como una pluralidad de conductas. Todos sabemos qué es "agua" y también que ésta se forma con moléculas-gramo integradas por dos átomos de hidrógeno y uno de oxígeno. Cuando tengamos una molécula-gramo, la podremos valorar en forma múltiple, pero no podremos decir que tenemos "aguas", sino sólo una única "unidad de agua", porque cuando pretendemos dividirla, ya no tendremos agua. Cuando tengamos una pluralidad de moléculas-gramo, necesitaremos tenerlas en una cierta relación de continuidad o conjunto para que, según nos parezca, podamos decir que nos hallamos frente a un arroyo, a un río, a un lago, a un mar. Cuando esa pluralidad de moléculas esté separada, no podremos decir que estamos frente a "un mar". Pero, aún cuando las tengamos juntas y en cantidad enorme, no será la relación entre las moléculas-gramo, sino nuestro criterio de apreciación, el que nos haga hablar del "mar territorial" y del "mar libre", del Atlántico Norte y del Atlántico Sur, etc.

Hechas estas precisiones no dudamos en suscribir la afirmación de que el criterio de delimitación para la determinación de la consideración unitaria de varios movimientos voluntarios vinculados por el "factor final" es tarea que incumbe a los tipos penales, debiendo extraerse del "sentido de los respectivos tipos penales lesionados, tal como se obtiene mediante interpretación"⁵⁵.

Puede argumentarse contra este criterio que si bien un tipo puede indicar una unidad de sentido, otro puede indicar otra. Esta es precisamente la importancia que tiene el "factor normativo": cuando un tipo prohíbe el homicidio para cometer un robo, por ejemplo, está indicando que ello tiene una unidad de sentido y, si se comete también el robo, no podrá considerarse que hay un concurso real sino ideal.

Cuando de uno o de ambos tipos que concurren en una misma conducta surge que ésta tiene jurídico-penalmente una unidad de sentido, sólo habrá una única conducta, porque uno o ambos tipos impiden que se destruya esa unidad.

Las dos hipótesis de unidad de conducta que pueden darse son la fisiológica o "natural" —un "movimiento único"— y la unidad de conducta dada por el desvalor unitario, de algunos de cuyos supuestos particulares pasamos a ocuparnos. No debe confundirnos cierta anarquía terminológica que reina a este respecto, pues hay

⁵⁵ Cfr. JESCHECK, 581; MAURACH, 732; WELZEL, 224.

autores que hablan de “unidad natural” cuando se trata de un único movimiento y otros que —por compartir la tesis de la “natural concepción de la vida”— llaman “unidad natural” a una pluralidad de impulsos voluntarios que es considerada unitariamente según esa teoría, pero también hay entre sus partidarios, quienes la denominan “unidad jurídica” e incluso “unidad típica”. Por último, hay quienes también separan de esta última al llamado “acto continuado”.

Las confusiones terminológicas son aquí altamente perjudiciales. Para evitarlas insistimos en que hay sólo dos hipótesis: a) unidad de conducta impuesta por el hecho de que hay un único impulso volitivo; b) unidad de conducta porque, habiendo pluralidad de impulsos volitivos con una decisión común (*elementos final*) hay también un desvalor jurídico común (*elemento normativo*).

577. **Distintos supuestos de unidad de conducta.** Está demás aclarar que la unidad de conducta no significa concurrencia ideal, puesto que en una única conducta pueden concurrir uno o más tipos. La existencia de una conducta única es un presupuesto para la concurrencia ideal, pero en modo alguno la implica en forma necesaria.

Formulada esta previa aclaración, pasaremos a ocuparnos de los distintos supuestos en que media una *unidad de conducta* pese a la pluralidad de movimientos voluntarios, o sea, casos en los que dándose el *factor final*, existe también un *factor normativo* que determina su consideración como una única conducta. Algunos de ellos se han discutido doctrinariamente y los veremos ahora desde el punto de vista del doble requerimiento, que aceptamos como principio general.

a) Cuando una pluralidad de movimientos responde a una única voluntad realizadora de un tipo objetivo, en conductas que usualmente requieren cierta complejidad, no puede menos que considerarse que todos ellos son desvalorados como una unidad de conducta por el derecho penal. Se trata de *tipos con pluralidad eventual de actos*, que si bien pueden configurarse con un único acto, en general requieren una pluralidad como regla impuesta por la naturaleza de las cosas. Es concebible que el disfrazado de inválido cometa la estafa extendiendo la mano, pero lo usual es que la estafa responda a conductas más complicadas.

b) Con mucha mayor razón que en los tipos con pluralidad eventual de actos, la pluralidad de movimientos estará abarcada por el factor normativo cuando la pluralidad de actos sea requerida en

el tipo mismo. Estos *tipos con pluralidad necesaria de actos* no pueden menos que configurar una unidad de desvalor de la conducta, tal como sucede en la violación o en el robo, en que se abarcan actos de violencia o amenazas y acceso carnal, o de fuerza o violencia y apoderamiento.

c) Cuando la *realización de un segundo tipo aparece como elemento subjetivo del primero*, ello indica que el tipo desvalora una conducta unitariamente dirigida a consumir ambos y en que el primer acto no pasa de ser una etapa previa del segundo. Esta consideración unitaria impide la escisión en dos conductas y, también impide, su consideración como dos delitos, cuando el segundo tipo se realiza efectivamente. Así, si el que mata para robar consume también el robo, se tratará de una única conducta; el que toma parte en una asociación ilícita que comete un delito realiza también una sola conducta; el que retiene a una mujer con miras deshonestas y la viola; etc.

Max. Ernst Mayer distinguía, frente a la concurrencia ideal y real, una concurrencia impropia, que también dividía en ideal y material. Como casos de concurrencia ideal impropia daba lo que llamamos "concurso aparente de leyes" y como supuestos de concurrencia real impropia, al delito continuado —del que nos ocuparemos luego— y al delito llamado "colectivo"⁵⁶, que son los que requieren habitualidad, profesionalidad o comercialidad.

Estos delitos, cuando se configuran mediante una repetición de conductas, habían sido considerados por la antigua jurisprudencia alemana como una unidad de acción. Con esta jurisprudencia rompió el Tribunal Federal, afirmando que no hay unidad de acción cuando no media dolo unitario⁵⁷.

Por nuestra parte, ya nos hemos ocupado de estas características, que son elementos del ánimo que se hallan en la tipicidad en forma excepcional, pero no requieren la repetición de conductas. Si bien no puede decirse que sean tipos que contengan la realización de otros actos como elementos subjetivos en el sentido de ultra-finalidades o intenciones, no cabe duda de que los contienen como elementos del ánimo y, por consiguiente, cuando en realidad se cometen con una reiteración, no puede considerarse a la misma más que como una única conducta, pues no pasa de ser la efectivización del ánimo con que se realizó la conducta primera y que sigue acompañando a las ulteriores, al punto de que la reiteración se halla tan vinculada con la modalidad de estos tipos, que también configura la presunción del elemento subjetivo por ellos requerido^{57 bis}.

⁵⁶ MAYER, M. E., *Lehrbuch*, 1923, p. 511.

⁵⁷ Sobre ello, WELZEL, 230; JESCHECK, 586.

^{57 bis} Cfr. supra, § 356.

Estimamos que a ello se llega por una adecuada interpretación del tipo, sin acudir a la "unidad de conducción de vida criminal" a que apela Welzel.

d) Otro claro supuesto de unidad de conducta tiene lugar cuando una segunda tipicidad se cumple como *forma de agotamiento* de la primera, puesto que si bien no se exige en el tipo primeramente realizado la tipicidad del segundo como elemento subjetivo, ésta se presume o bien no pudo dejar de tenerse en cuenta como muy relevante probabilidad o peligro, sea por sí mismo o por otro. Tal es el caso de la falsificación de moneda y de la ulterior circulación de la misma, de la adulteración de instrumentos y la estafa, de la reproducción y de la distribución de objetos obscenos, del hurto de automotor y del cambio de placa identificatoria, de la tenencia de arma prohibida y de la comisión de un delito con ella, etc.

En todos estos casos se trata de delitos que son legislados conjuntamente⁵⁸, porque si bien la ley los pena aisladamente, lo hace teniendo en cuenta el peligro que ya implican respecto del otro delito. Esto resulta particularmente claro en los delitos contra la fe pública, que usualmente son delitos que se cometen como un medio para afectar otros bienes jurídicos.

e) En el delito *permanente o continuo*, todos los actos con que se prolonga el estado consumativo deben ser considerados como una unidad de conducta. No debe confundirse el delito permanente con el de resultado o efecto permanente, en que este principio no es aplicable. La permanencia del delito no cesa aunque se hayan producido cortas interrupciones que, en rigor no han tenido el efecto de hacer cesar el estado. Lo decisivo, frente a las interrupciones breves, es saber si la reanudación corresponde a una nueva decisión o es parte de la anterior⁵⁹, lo que deberá establecerse atendiendo a las particularidades de cada caso. Así, por ejemplo, hay un nuevo secuestro cuando se libera a quien está privado de libertad y se lo secuestra nuevamente al día siguiente; pero no hay un nuevo amancebamiento del marido, cuando riñe con su manceba y corta sus relaciones una semana.

f) Cuando con una conducta se instiga o se coopera en las acciones de dos o más autores, se hace necesario establecer si lo que decide es el número de acciones del partícipe o el número de injustos principales en que se haya participado. Conforme a los prin-

⁵⁸ SAMSON, 345.

⁵⁹ Cfr. SAMSON, 348.

cipios que venimos exponiendo, considerar que lo decisivo es el número de acciones principales es una ficción que aniquila la realidad de la conducta.

Consecuentemente, entendemos que lo diferenciante es el número de acciones de participación, sin importar cuántos injustos principales haya ⁶⁰. Por consiguiente, habrá una única conducta del partícipe, cuando con ella haya participado en dos o más injustos penales.

El criterio que señalamos es el que sigue la jurisprudencia alemana. Hasta 1935 había seguido el criterio opuesto, contra la opinión de la doctrina. Desde entonces se sigue la solución correcta: la instigación a dos perjuros por un único requerimiento dirigido a dos personas, es una única conducta ⁶¹.

g) Cuando se trata de tipos en que se requiere o se admite su cumplimiento por medio de un símbolo, todos los actos que tienen *unidad simbólica* deben ser considerados como una conducta. Así puede instigarse mediante cualquier acto que en el contexto situacional dado tenga valor simbólico (una mirada, un grito, un disparo al aire, etc.). Puede también injuriarse con un gesto. Pero cuando la instigación se realiza mediante una conversación o un discurso, o la injuria mediante un escrito, en tanto que los mismos guarden unidad simbólica, es decir que no sean piezas sueltas e incoherentes, por extensos que fueren deben ser considerados como una unidad.

Quien escribe una larga novela en que ridiculiza en forma injuriente a varias personas, comete una sola conducta de injurias. Quien en un mismo discurso instiga a veinte hombres comete una sola acción de instigación. Welzel afirma que la unidad depende de que las expresiones se hallen íntimamente relacionadas ⁶² con lo que coincide Geerds ⁶³.

h) La unidad de conducta no sólo se presenta en la tipicidad activa, sino que es posible también en la *tipicidad omisiva*. Esta unidad se da cuando el autor omite la interposición de varios resultados contra el mismo deber de garante, supuesto en el que habrá una sola omisión en el caso en que hubiesen podido ser evitados con

⁶⁰ Cfr. LISZT-SCHMIDT, 318; HIPPEL, II, 466; MEZGER, *Lehrbuch*, 1949, 458; WELZEL, 225; BLEI, 305; MAURACH, 736.

⁶¹ La evolución jurisprudencial en MAURACH, 736; BLEI, 305.

⁶² WELZEL, 225.

⁶³ GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, 1961, p. 292.

una conducta todos los resultados lesivos y habrá una pluralidad de conductas típicamente omisivas cuando, después del advenimiento de un resultado, hubiese sido posible todavía la evitación de otros. Así, la omisión de pasar alimentos a varias personas en una pluralidad de conductas típicamente omisivas ⁶⁴.

Tratándose de omisiones propias y omitiendo el autor varias conductas que podía cumplir en forma sucesiva, habrá una pluralidad de conductas, lo que no sucederá si se trataba de alternativas simultáneas ⁶⁵.

Conforme a lo expuesto, se admite que hay una única omisión en el caso del guardabarreras que omite bajar la barrera o cuando el señalero omite colocar una señal que indique la presencia de una cuadrilla de trabajadores en la vía, en tanto que se considera una pluralidad de omisiones en el caso del que no presta ayuda a ninguna de las dos víctimas de un accidente, pese a que los hubiese podido sacar del agua sucesivamente ^{65 bis}.

Estas tesis responden coherentemente al principio según el cual la omisión es el *aliud agere* (otro hacer), puesto que esa sucesión de actos distintos de los debidos podrá ser considerada como una pluralidad de unidades de desvalor sólo cuando se prolongue en el tiempo por espacio relativamente largo, en el que se vayan omitiendo las acciones debidas en forma sucesiva, pero nunca podría ser considerada pluralmente cuando las acciones debidas, de las que se diferencia, fuesen debidas en forma simultánea.

i) La unidad de la acción también puede tener lugar en la *tipicidad culposa*, aunque sobrevenga una pluralidad de resultados y aunque todos ellos provengan de una múltiple violación de deberes de cuidado, pero siempre a condición de que los resultados sobrevengan simultáneamente. Así, puede suceder que un sujeto conduzca sin frenos y sin usar anteojos, y en una única patinada del vehículo arrolle a dos o más personas.

También puede acontecer que los resultados tengan lugar en forma sucesiva y, en tal caso, habrá una unidad de conducta siempre que el autor, entre el advenimiento de uno y otro resultado, no haya podido cumplir con el deber de cuidado. Así, habrá una unidad de conducta si alguien se lanza a navegar con un velero que

⁶⁴ Cfr. JESCHECK, 583; el criterio opuesto fue sostenido por la Cámara de la Capital en el plenario "Guersi" del 31 de julio de 1981 (LL, 28-VIII-81). Nos parece correcto el voto en minoría del Dr. Almeyra.

⁶⁵ Cfr. JESCHECK, loc. cit.; SAMSON, 360; BLEI, 307; WESSELS, 153; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 979; HURTADO POZO, 393.

^{65 bis} Cfr. BLEI, 307.

no sabe pilotear y pierde el control del mismo, que ya no puede recuperar, dando contra otro velero donde lesiona a una persona y quedando a la deriva varias horas, hasta que la corriente lo arrastra a la playa, donde lesiona a un bañista. Puede también suceder que quien tenga a su cargo el cuidado de presos, cometa la negligencia de dejar la puerta de una celda abierta y también la imprudencia de portar un arma cargada. Si un preso le golpea y le desarma procediendo a atacarle y a huir, y si luego el otro advierte que la puerta de la celda está abierta y sale, se apodera de las llaves de las restantes y libera a todos los demás, que huyen, no hay más que una única conducta culposa, porque si bien el sujeto violó dos deberes de cuidado y se produjeron múltiples fugas, entre la primera y las restantes no tuvo oportunidad alguna de cumplir el deber de cuidado.

En lugar, hay una "pluralidad de acciones, si el autor, por inobservancia del deber de seguridad en el tránsito, en larga distancia provoca tres accidentes"⁶⁶. En este caso, habrá tenido la posibilidad de cumplir con el deber de cuidado después del primer resultado. El principio general será pues, que hay unidad de conducta siempre que el sujeto no haya tenido en el entretiem po la posibilidad de observar el deber de cuidado^{66 bis}.

j) Hay otro supuesto de unidad de la conducta, que tiene lugar cuando con una interpretación racional de los tipos penales, surge que en caso de reiteración de la conducta, el alcance de la norma no llega a darle el valor de una reiteración de la tipicidad, sino el de un aumento del contenido injusto del hecho, que resulta de una mayor afectación del bien jurídico. Por supuesto que esta unidad de acción —como cualquier otra— habrá de suponer también una resolución única, o sea, el "elemento final". Este caso es el denominado "*delito continuado*", cuya problemática analizaremos en forma especial, por ser el caso más complejo de unidad de conducta y, a la vez, el más intrincado supuesto de concurso real aparente.

Este caso no puede confundirse con otras hipótesis diferentes, en las que el autor realiza actos que claramente son una *intensificación del injusto*, es decir, un aumento del mismo, pero sin que necesariamente los actos sean iguales, pese a que todos son consumativos. Tal sería el supuesto de que un sujeto injuriase mediante

⁶⁶ Cfr. JESCHECK, 582; HURTADO POZO, 396.

^{66 bis} Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO, *El concurso de delitos en el derecho penal costarricense*, San José, C. Rica, 1981, p. 24.

una serie de frases sucesivas y distintas a una persona o grupo de personas, o de que se diesen sucesivos golpes con distintos elementos a una misma persona. Este género de unidad de acto carece del elemento normativo que lo desvalora unitariamente cuando los actos afectan bienes jurídicos distintos o de distintos titulares ⁶⁷.

k) La misma unidad de acción por efecto de la intensificación del injusto —y que tampoco es un delito continuado— es la que hay entre los distintos actos que se dan en el curso de una progresión delictiva hasta la consumación, lo que se puede denominar “realización progresiva del tipo penal” ⁶⁸. Se trata de supuestos en que el autor se va aproximando cada vez más a la realización del tipo objetivo. Es así como los actos de tentativa configuran una unidad de conducta con la consumación. Veremos luego que tampoco puede haber concurrencia ideal de tipos sobre esta única conducta, pero, de momento, debe quedar claro que se trata de una única conducta.

III. — EL CONCURSO REAL O CONCURSO DE DELITOS

578. **El concurso real propio.** El presupuesto necesario del concurso de delitos es una pluralidad de conductas, por lo que se presenta como la contrapartida de la unidad de conducta ⁶⁹. En el fondo, no pasa de ser la “concurrencia de varios delitos en un único proceso”, lo que si bien hace que haya disposiciones a su respecto en el código penal (arts. 55 y 56), en modo alguno deba ser considerado como una cuestión exclusivamente penal, sino también de enorme importancia procesal ⁷⁰.

En el concurso real hay una concurrencia de delitos en un proceso, en tanto que en el concurso ideal hay una concurrencia de tipicidades en una única conducta.

Se distingue de la reincidencia porque en esta última no concurren varios delitos en un proceso —lo que violaría el *non bis in idem*—, sino que se agrava la pena de un delito posterior por la mayor alarma social que produce que ya antes el autor haya sido condenado por otro delito. Se trata de un caso en que el delito posterior presenta un mayor contenido de injusto que el que correspondería a la afectación del bien jurídico, pero nunca en la reincidencia se vuelve a juzgar el anterior delito. En las demás circunstancias en que se debe unificar pena y el juez debe aplicar las reglas del con-

⁶⁷ Cfr. JESCHECK, 582; SAMSON, 346.

⁶⁸ JESCHECK, loc. cit.

⁶⁹ Cfr. JESCHECK, 584.

⁷⁰ Cfr. JESCHECK, loc. cit.

curso real, puede tratarse de un verdadero concurso real en el que ha recaído un pronunciamiento parcial que queda sin efecto por acción de la unificación, o bien puede tratarse de un supuesto de reincidencia ^{70 bis}.

Suele hacerse, por parte de algunos autores, una distinción entre el concurso real, también llamado material o de delitos, y el mero "concurso procesal". Conforme a ello, no falta un sector doctrinario que entiende que hay un "concurso procesal" cuando "entre los varios delitos no hay ninguna vinculación, fuera del hecho de ser atribuidos a un mismo sujeto en un mismo proceso" ⁷¹. En nuestro código no se hace distinción alguna entre el concurso real y el concurso procesal, de modo que no cabe hacerla en la doctrina, por lo menos en tales términos. No obstante, veremos que en lo que hace a la cuantificación penal, este aspecto tiene cierta importancia: cuanto más independientes sean los delitos es decir, cuanto más se acerquen al concurso procesal, mayor será el máximo de la pena aplicable, y viceversa ⁷².

579. El delito continuado como caso de concurso real aparente. Hay tipos en los que no sólo queda abarcada la conducta que lo cumplimenta objetivamente, sino que eventualmente también abarcan la hipótesis de un número indeterminado de repeticiones de la conducta dentro de iguales o parecidas circunstancias. Por supuesto que esto no tiene lugar en todos los tipos, sino sólo en algunos de ellos y en circunstancias y condiciones dadas.

Es de la interpretación de los tipos penales de donde, en principio, se deduce esta circunstancia, puesto que una racional interpretación de los mismos muestra que en algunos de ellos la norma no abarca a la reiteración de la conducta como una nueva conducta típica independiente, sino como una mayor afectación del bien jurídico, que se traduce en un mayor contenido injusto de la única conducta. Frecuentemente será la exclusión de esta interpretación y la consiguiente opción por la contraria, lo que nos convencerá de que lo correcto es darle el sentido indicado, puesto que su opuesto se nos presentará como absurdo o como francamente aberrante.

Quien diariamente, durante tres meses sustrae un documento y lo pasa a un espía, cometería noventa violaciones de secretos militares (art. 222). Quien ata a una mujer y la viola, manteniéndola ligada, cometería tantas violaciones como veces acceda a ella. Quien falsifica papel

^{70 bis} V. infra, §§ 647 y ss.

⁷¹ NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del Diritto Penale*, Padova, 1975, 358.

⁷² V. infra, § 647.

moneda durante ocho horas diarios, cometería tantas falsificaciones como tandas de papel falso termine. Quien consigue que una mujer honesta mayor de 12 años y menor de 15 acepte el acceso carnal y lo repite a diario durante seis meses, cometería 180 estrupos. Desde el punto de vista de la norma que da origen al tipo es mucho más razonable sostener que en estos supuestos se agrava el injusto y no que son considerados como conductas independientes.

En este supuesto, Jescheck requiere, además del "mero aumento cuantitativo del injusto (injusto unitario), que el hecho obedezca a una unitaria situación motivadora (culpabilidad unitaria)"⁷³. En lugar, Welzel sostiene que esta unidad proviene de una razonable interpretación de los tipos y requiere la "inmediatez témporo-espacial"⁷⁴. Estamos más cerca de este último criterio, porque nos parece que no debe acudir-se a la culpabilidad para determinar la unidad de la conducta, que es un problema de tipicidad.

Por supuesto que esta interpretación racional de los tipos, que impide caer en el absurdo, sólo puede operar a partir del análisis de cada tipo y, además, sólo en los casos en que la forma de afectación del bien jurídico admite grados de afectación. Cuando el contenido de injusto del hecho es único y no puede estratificarse en atención al grado de afectación al bien jurídico, como acontece en el homicidio (en que la afectación implica a destrucción irreparable de la disponibilidad por aniquilamiento del objeto de la relación), esta interpretación no puede hacerse y en tales supuestos nos hallaremos con una pluralidad de conductas.

El art. 55 del código penal argentino proviene del art. 57 del código holandés, que a su vez se inspira en el art. 74 del código del imperio alemán. En todos ellos se exige que en el concurso real los hechos sean "independientes". De este requisito del viejo código del *Reich* dedujo Max Ernst Mayer que cuando los hechos no son "independientes" no hay concurso real, sino "delito continuado", como forma de concurso real "impropio" o aparente⁷⁵. Este es el mismo camino que ensayó nuestra doctrina nacional, argumentando que el art. 55 se refiere a la concurrencia de "hechos independientes", pero que nada dice de la concurrencia de "hechos no independientes", o sea de "hechos dependientes"⁷⁶.

Nuestros autores continúan el razonamiento —apartándose ya de Mayer— y entienden que el delito continuado queda así fuera del art. 55, pero también fuera del alcance del 54. En efecto: como sostienen la teoría de la "unidad del hecho", no les cabe duda que en el delito con-

⁷³ JESCHECK, 581.

⁷⁴ WELZEL, 226.

⁷⁵ Así, MAYER, M. E., *Lehrbuch*, 1923, pp. 167-8.

⁷⁶ Así, DE BENEDETTI, ISIDORO, *El delito continuado*, en JA, 1943-IV-724; NÚÑEZ, II, 246; SOLER, II, 307; FONTÁN BALESTRA, III, 81; CARNELLI, LORENZO, *La penalidad correspondiente al delito continuado*, en LL, 18-725.

tinuado habría una pluralidad de resultados, por lo que no puede sostenerse —dentro de su tesis— que se trata de un “hecho único” en el sentido del art. 54. Esto los lleva a concluir que quedan sometidos a un régimen especial, no contemplado en ninguna de ambas disposiciones⁷⁷.

En cuanto a sus consecuencias en el sentido de que el delito continuado cae fuera de ambas disposiciones, la doctrina nacional lleva razón. No la lleva en cuanto a que haya una pluralidad de “hechos” con una “única imputación”⁷⁸, porque esto implica aceptar que el delito continuado es una simple ficción jurídica. La teoría de la “ficción jurídica” tiene respetable abolengo⁷⁹, pero no puede negar que hace de la teoría del delito continuado un simple instrumento para evitar una pena aberrante. Para nosotros, el delito continuado no es una pura cuestión de penalidad, que haría de ella una ficción sin base legal cierta, aplicable únicamente cuando favorece al procesado, pero que no podría aplicarse cuando le perjudica, porque configuraría un ataque a la legalidad penal.

En nuestro concepto, la consideración del delito continuado como un “hecho” o conducta única, proviene del reconocimiento de una desvaloración jurídica unitaria de un contenido de comportamiento humano final, que nada tiene de ficción —y menos de mera construcción jurisprudencial beneficiante—, sino que se basa en el dato óntico del elemento final y en el componente normativo que brinda la absurda consecuencia de su consideración jurídica fraccionada a la luz de la prohibición.

Desde este punto de vista nos es permitido afirmar plenamente las *consecuencias prácticas* más notables que tiene el fenómeno del delito continuado. Una de ellas es que cuando recaiga sentencia sobre un delito continuado, quedarán juzgadas todas sus partes, sin que quepa reabrir la causa, aunque con posterioridad a la sentencia se descubran nuevas partes del mismo⁸⁰, lo que creemos que es una incontestable ventaja práctica⁸¹. Por otra parte, al delito continuado le será aplicable la regla del art. 63, es decir que la prescripción comenzará a correr desde que cesa la última parte del mismo. Además, en caso de cambiar la ley penal por una más gra-

⁷⁷ V. NÚÑEZ, *Manual*, 321.

⁷⁸ Así, NÚÑEZ, *idem*.

⁷⁹ Sostenida por CARRARA (I, parág. 520), MANZINI, *Tratado* (III, 417), CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ (*El delito continuado*, Barcelona, 1951, pp. 42-3). Separándose de esta teoría, lo consideran una “realidad jurídica”: ANTOLISEI (410), DE MARSICO (248); PANNAIN (675), E. PROTO (*Sulla natura giuridica del reato continuato*, Palermo, 1951).

⁸⁰ Cfr. SCHÖNKE-SCHRÖDER, 596; WELZEL, 230; JESCHECK, 583; EB. SCHMIDT, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, pp. 177-8.

⁸¹ Otra opinión, JESCHECK, *loc. cit.*

vosa, le será aplicable al hecho la que rige la última parte de su ejecución⁸². Si se considerase que el delito continuado es una mera ficción sin base legal cierta y fundada en la equidad, no podría contarse la prescripción desde que cesa la última parte de la conducta ni aplicarse al hecho la ley más gravosa que rige únicamente esa parte.

Damos como fundamento de la construcción una interpretación racional de los tipos penales y de su alcance, y no la necesidad de una norma que atenúe las consecuencias de la aplicación del art. 55 del Código Penal. La mayor benignidad parece haber sido el fundamento de esta construcción en sus orígenes, con los prácticos italianos, que querían evitar la pena de muerte para el tercer hurto⁸³, pero no es éste el fundamento del instituto en nuestro derecho penal vigente, sino el verdadero alcance de algunos tipos penales. Siendo así, nada obsta a que se le aplique la regla del art. 63 del Código Penal, que no operaría si se tratase de una construcción sólo fundada en un mero requerimiento político criminal de mayor benignidad.

De toda forma, el alcance del art. 63 del Código Penal, no está claro en nuestra doctrina. El mismo dispone que "la prescripción de la acción comenzará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse". Un sector de la doctrina nacional, fundado en los antecedentes legislativos, entiende que esta disposición se refiere al delito continuado con la denominación de "delito continuo"⁸⁴.

Fontán Balestra entiende que el art. 63 incluye tanto al delito continuado como al continuo o permanente⁸⁵. Creemos que cualquiera fuese el alcance de la disposición del art. 63, ella es aplicable al delito continuado, sea porque lo abarque con la denominación de "continuo", sea porque ello surja como ineludible consecuencia de una interpretación racional de algunos tipos penales.

La falta de una disposición expresa en la ley desconcertó a una jurisprudencia demasiado exegética y escasamente constructiva y también a cierto sector de la doctrina que, fundado en ello, se inclina por rechazar la teoría del delito continuado. En España, donde el código tampoco consagra una disposición especial, Rodríguez Devesa la rechaza, afirmando que no hay razones legales ni político-criminales que excluyan estos casos de las reglas del concurso⁸⁶.

⁸² Cfr. WELZEL, 229.

⁸³ Cabe advertir que el origen histórico se encuentra seriamente controvertido (sobre ello, DAHM, GEORG, op. cit., Berlín, 1939, p. 243; BETTIOL, 570; RODRÍGUEZ DEVESA, 727; FONTÁN BALESTRA, III, 62-65; CAMARGO HERNÁNDEZ, op. cit., 9-20).

⁸⁴ Así, NÚÑEZ, II, 247; CARNELLI, op. cit.; CORREA, PEDRO ERNESTO, *El delito continuado*, Bs. As., 1959.

⁸⁵ FONTÁN BALESTRA, III, 84.

⁸⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, 730; una corriente jurisprudencial argentina también la rechazó de plano (al respecto, CORREA, op. cit., 73-95; sobre otros antecedentes jurisprudenciales, SOLER, II, 312, nota 13).

Creemos que esta corriente peca de excesivo positivismo y que carece de razón, tanto desde el punto de vista legal como desde el político-criminal. En principio, nos parece poco menos que suicida para el derecho penal, aplicar la pena de "ciento ochenta estrupros" en concurso real, pues pocas circunstancias son más nocivas al derecho penal que la caída en el ridículo frente a la opinión, particularmente cuando se trata de un absurdo que mostraría bien a las claras la insuficiencia de sus elaboraciones. Por otra parte, debemos tener en cuenta que los códigos de Holanda, del Imperio Alemán y de España (art. 70) contienen algunas reglas limitativas de la pena para el concurso real. El código español, por ejemplo, la limita al triple del máximo, pero el nuestro no contiene limitación alguna, con lo que —teóricamente, al menos— le da al juez la facultad de aplicar prisión por 25 años al cajero que todos los días durante un año se apoderó de una igual suma de dinero del empleador. Creemos que Rodríguez Devesa, ante una disposición similar a la de nuestro art. 55, no afirmaría que no hay razones político-criminales que excluyan las reglas del concurso.

El delito continuado es una consecuencia directa de la existencia de un factor final y de una interpretación racional de los tipos que pretende evitar consecuencias irracionales hasta lo grotesco. De esta forma, aparece ante la opinión doctrinaria como un *aparente concurso real*⁸⁷, puesto que si *prima facie* el fenómeno da la sensación de una pluralidad de conductas, visto más en profundidad, muestra su naturaleza de única conducta típica.

Con mucha mayor nitidez —y menor lugar a confusión— se distingue el delito continuado del delito permanente o continuo, puesto que en este último se sostiene el estado consumativo sin que se repitan nuevamente todos los elementos típicamente requeridos, como acontece en el delito continuado.

Igualmente, cabe precisar que en el delito continuado tampoco se produce un concurso ideal, puesto que no hay concurrencia alguna de tipos penales. Aunque eventualmente la conducta continuada pueda darse entre un tipo básico y otro calificado, se tratará de un concurso aparente de leyes, pero en modo alguno de un concurso ideal, porque no hay más que un único tipo que recae sobre una única conducta. Ni siquiera aceptando la posibilidad de una concurrencia ideal homogénea —fenómeno cuya posibilidad rechazamos— podría verse en la conducta continuada un concurso de tipos.

La teoría del delito continuado es uno de los casos en que la jurisprudencia ha marchado delante de la doctrina, como que, fuera de cualquier duda, resulta utilísima para la solución de importantes

⁸⁷ HIRSCHBERG, RUDOLF, *Die Lehre von der Gesetzkonkurrenz*, en ZStW, 1934 (53), pp. 34-50.

problemas prácticos. Dado este predominante desarrollo por la vía jurisprudencial, los *requisitos* que debe reunir una conducta para que doctrinariamente se la considere "continuada" son motivo de opiniones científicas harto encontradas. Esta incertidumbre es uno de los argumentos que ha llevado a una minoría doctrinaria a rechazar de plano toda la construcción, pasando por alto los inconvenientes prácticos y político-penales de esta actitud, que se agudizan en nuestro código, en que la aspersion es de grado tal que permite llegar a la acumulación, o sea, a la suma de todos los máximos, teniendo como único límite el de la especie de pena de que se trate.

Schmidhäuser afirma que "la figura del hecho continuado debe rechazarse, pues ha traído más perjuicios que ventajas para una jurisprudencia racional". Afirma Schmidhäuser que también para la pena del delito continuado se hace necesario el establecimiento de la prueba de cada uno de los actos particulares, y que nada obsta a que en el caso de los hurtos de la mucama se construya la pena única conforme a la regla del concurso real (§ 74 del código alemán de 1871), estableciendo para todos los hechos una medida igual⁸⁸. Schultz afirma que esta figura debe ser rechazada, por contradecir el principio de culpabilidad y privilegiar indebidamente al autor del delito⁸⁹. Tampoco deja de embatir contra ella, en razón de la poca claridad del concepto, Stratenwerth⁹⁰. Jescheck le reconoce su gran significado práctico, aunque destaca sus inconvenientes, por lo que afirma "que no es de maravillar que aumenten las voces en favor del abandono de la acción continuada"⁹¹. María T. Castiñeira considera que es un recurso útil y necesario, pero no descarta la posibilidad de resolver los problemas mediante la apelación a la reforma de otras normas⁹².

Frente a estas opiniones, insistimos una vez más en que la prescindencia de la teoría puede tener cierto asidero en Alemania, donde la pena privativa de libertad para el concurso real tiene un máximo de quince años (§ 53 vigente, § 74 del código de 1871); en España, en que no puede exceder del triple de la más grave (art. 70); en Suiza, donde no puede ser superior a la mitad de la pena máxima conminada (art. 68); o en Holanda, donde no puede exceder de un tercio del máximo mayor (art. 57), pero es insostenible entre nosotros, donde puede llegar hasta veinticinco años de privación de libertad. Aquí se hace muy evidente que nuestro código no quiere esa consecuencia en el caso del delito continuado, puesto que sería francamente absurda.

Por otra parte, prescindir de la teoría del delito continuado lleva a otro sinsentido, que consiste en condenar al cajero que decide apoderarse de una suma, pero la va reteniendo a diario durante dos años para

⁸⁸ SCHMIDHÄUSER, 584.

⁸⁹ SCHULTZ, I, 104.

⁹⁰ STRATENWERTH, 331.

⁹¹ JESCHECK, 543.

⁹² CASTIÑEIRAS, MARÍA, T., *El delito continuado*, Barcelona, 1977.

que no se note la maniobra, a la pena que corresponda, "como autor responsable de defraudaciones reiteradas (720 hechos)". Sin desconocer las dificultades teóricas de la conducta continuada, tampoco podemos caer en el ridículo, frente a casos en que la lógica más elemental señala que acudir a ella es el único camino para evitarlo.

La caracterización de la conducta continuada comienza siendo problemática, en razón de que hubo una corriente meramente objetivista, que creyó que se la podría caracterizar prescindiendo de todo dato subjetivo. Así se ha requerido en la misma "más de una acción u omisión, cometidas por el mismo autor —constituyendo dos o más crímenes de la misma especie— teniendo lugar la realización de éstos en condiciones de tiempo, lugar, manera de ejecución y otras semejantes, que establezcan entre ellas un vínculo de continuación"⁹³. Esta posición, a la vez objetiva y sostenedora de la naturaleza de ficción de la conducta continuada, está hoy casi abandonada. Predomina la tesis —a nuestro juicio correcta— de que para que puede hablarse de una unidad de conducta se requiere el indispensable sustrato óntico del *factor final*, es decir que la unidad de conducta se determina atendiendo al *factor final* y al *factor normativo*, como en todos los casos que hemos analizado, en que hay unidad de conducta con pluralidad de movimientos.

A partir de este convencimiento, la doctrina ha querido la *unidad de finalidad*, aunque con diferentes nombres y alcance. Se llamó también a esta característica "elemento psicológico" y, dado que para muchos tenía un alcance dudoso, se lo bautizó también como "unidad de resolución", "unidad de plan", "unidad de designio", "unidad de propósito", "unidad de pensamiento", etc.⁹⁴. La jurisprudencia alemana ha requerido un verdadero "dolo unitario" o "dolo total", que abarque el resultado total del hecho, lo que consideramos correcto.

La característica del *dolo unitario* o *dolo total* nos parece acertada, puesto que denota claramente una *unidad de finalidad* que debe abarcar las particularidades comisivas del hecho, sin que sea para ello suficiente una general resolución, como por ejemplo, la de cometer estafas o hurtos en forma indeterminada. Así, el elemento subjetivo de la asociación ilícita no sería en modo alguno un dolo unitario. Tampoco es suficiente la decisión general de cometer tantas estafas de cierta clase cuantas fuesen posibles, aunque configura un dolo total tomar tantas bicicletas cuantas sea posible de un deter-

⁹³ BRUNO, ANÍBAL, op. cit., II, 302.

⁹⁴ Un análisis detallado en CAMARCO HERNÁNDEZ, op. cit., pp. 47 y ss.

minado taller, aprovechando las circunstancias favorables, lo que es bien distinto de una genérico resolución de cometer numerosos hurtos de bicicletas, en que permanece incierta la decisión de lugar, tiempo y modo⁹⁵, o de la determinación de cometer tantos robos como sean necesarios para asegurarse la existencia o tantas estafas para ese mismo efecto⁹⁶.

Cabe preguntarse si este dolo total debe existir ya desde el comienzo de la primera etapa delictiva o si puede surgir en el curso de la misma. Así, por ejemplo, puede suceder que la mucama quiera apoderarse de media docena de cubiertos y abra el armario para llevárselos, pero compruebe entonces que si los lleva juntos se descubrirá de inmediato la sustracción, decidiendo tomar uno y llevarse los restantes a razón de uno por semana. También puede acontecer que haya decidido llevarse un solo cubierto y a la vista del juego, mientras lo toma, decide llevarse los seis, a razón de uno por semana. Cabe entender que es suficiente con que el dolo total tenga lugar antes del agotamiento del primer acto parcial por parte del autor⁹⁷.

Estas características del dolo total hacen que Jescheck afirme que ese concepto no tiene nada que ver con el dolo del § 59 del código alemán de 1871⁹⁸. Confirmaría este argumento la circunstancias de que ese "dolo total" no puede ser criterio para resolver la unidad de conducta en el delito culposo, en caso de entenderlo como "dolo" en sentido estricto⁹⁹. De cualquier manera, nos parece dudoso que pueda darse el delito continuado en la tipicidad culposa, que, por otra parte, es rechazado por un buen sector doctrinario¹⁰⁰. Igualmente, la aceptación de la continuidad de la conducta culposa no implica que por "dolo total" deba entenderse algo distinto del dolo, puesto que los partidarios de esa posición afirman que en la conducta culposa continuada no hay "dolo unitario", sino un equivalente del mismo. Así, Koch dice que "al dolo total en los delitos dolosos, corresponde la total voluntad de acción en los culposos"¹⁰¹. Por otra parte, la desnaturalización del dolo en la conducta continuada, ha dado lugar a que un sector doctrinario admita también un

⁹⁵ Así la jurisprudencia del antiguo Tribunal del Reich (cfr. JESCHECK, 545; WELZEL, 227).

⁹⁶ Cfr. SAMSON, 349.

⁹⁷ Cfr. El Tribunal Federal Alemán (SAMSON, 349).

⁹⁸ JESCHECK, 585.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ La rechaza la jurisprudencia del Tribunal Federal, BAUMANN, 693; RUDOLPHI, 350; JESCHECK, 585. Aceptan la posibilidad de conducta continuada culposa: WELZEL, 229; MAURACH, 744; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 593-4; KOCH, F. W., *Zur fortgesetzten Fahrlässigkeit*, en NJW, 1956, 1267-8; CASTIÑEIRAS, MARÍA T., op. cit., p. 147

¹⁰¹ KOCH, F. W., op. et loc. cit.

“dolo continuado”. A este respecto, no sería requisito que el autor, antes del comienzo o del agotamiento de la primera acción, tomase la decisión de ulteriores acciones similares. Sería suficiente con que los dolos particulares configurasen una línea psíquica continuada, en que el dolo posterior aparezca como la continuación del anterior dolo individual”¹⁰². Este sería el caso en que el autor, después de cometer el primer hecho, se sintiese tentado de cometer hechos de igual naturaleza. Con variantes más o menos notorias, este criterio es sostenido por varios autores¹⁰³. Entre otras ventajas, Samsom enumera que el dolo total privilegia a quien actúa planificadamente frente a quien actúa impulsivamente, además de la economía procesal y mayor claridad del dolo continuado¹⁰⁴.

Creemos que el concepto de dolo “continuado” destruye la unidad del dolo, que a nuestro juicio es un componente necesario para la unidad de la conducta. Con esa tesis se vuelve en cierta forma al objetivismo y, además, a la consideración de la unidad de la conducta continuada como una ficción jurídica privilegiante. Entendemos que la situación del autor que cede múltiples veces a la tentación del delito en igualdad de circunstancias, es una cuestión que debe resolverse manejando en forma adecuada los principios de la cuantificación penal.

En nuestro concepto, el dolo total del delito continuado presenta algunas particularidades, que son las propias del querer la realización típica de esa manera, pero creemos que es enlace óptico insustituible de los distintos actos parciales, que debe ligarlos desde antes del agotamiento del primero hasta la realización del último. Sin este componente óptico, que es el *factor final* que sirve de base para reducir al delito continuado a la condición de simple apariencia de concurso real, el mismo quedaría reducido a una ficción jurídica.

Las particularidades del dolo total y el deseo de resolver otros problemas en forma equitativa, no autorizan a quebrar la racionalidad de la teoría buscando un “concepto criminológico del dolo”¹⁰⁵, entendido como una falla psíquica del autor, exhibida en la misma situación motivadora, lo que confunde todo el planteo. Al pretender esta solución se quiere derivar la unidad de la conducta continuada a un problema de culpabilidad, entendida como culpabilidad de autor, con el agravante de aspirar a resolver un problema de tipicidad mediante la culpabilidad de autor. Este sendero no sólo agrede al concepto estratificado del delito, sino que cae en el tipo de autor.

Welzel, paralelamente al delito continuado “por unidad de acción” —que es del que venimos hablando— elabora un delito continuado en

¹⁰² SAMSON, 349.

¹⁰³ MAURACH, 743; WELZEL, 229; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 592; BLEI, 314-5.

¹⁰⁴ SAMSON, 350.

¹⁰⁵ Sobre esta idea del “dolo”: SCHÖNKE-SCHRÖDER, 592.

que resta importancia a la finalidad o dolo unitario para fundarlo en la culpabilidad, en la "unidad punible de conducción de la vida". La unidad estaría dada por el aprovechamiento de la misma oportunidad, es decir, por una unidad motivadora. Así, la mujer que convive con su cuñado mientras su marido está en el frente de guerra y comete varios adulterios con éste, sin resolución única, cometería un solo delito, en razón de la unidad de la situación motivadora. Este "delito continuado como unidad de motivación de la vida punible"¹⁰⁶ pretende hallar la unidad del delito en la culpabilidad y no en la conducta. Por otra parte, no puede menos que responder a una culpabilidad de autor, es decir, a "culpabilidad por la conducción de la vida", cuyo concepto ya hemos criticado. Aquí, más claramente que en el general planteamiento de la culpabilidad, se pretende hacer tipicidad de autor: se desvalora unitariamente el hecho, se considera que viola una sola norma prohibitiva antepuesta al tipo y que lo hace una sola vez, en razón de la "unidad de conducción de vida"; conforme a ese criterio no serían los actos los que resultan típicos, sino la conducción de la vida. Si bien Welzel no concluye en ello, no queda otra explicación para afirmar que hay un solo delito, pues sería insostenible que cuando hay varias conductas típicas haya una "culpabilidad unificadora" o algo similar. Si bien esta concepción responde a una nueva formulación, Carrara ya veía en el delito continuado una menor intensidad del elemento moral¹⁰⁷ y, en Alemania, en repetidas oportunidades se quiso hallar su fundamento en una menor culpabilidad¹⁰⁸.

Siguiendo el criterio aristotélico, pero aplicando estrictamente el principio de legalidad, es decir, aplicando estrictamente la culpabilidad de acto, resulta cierto que cuando un sujeto se ha dejado seducir una vez por las circunstancias, le resultará más difícil resistirse la segunda vez en idénticas circunstancias y cada vez le irá resultando más arduo, según sea el número de veces en que ello suceda. Este es un fenómeno que el juzgador debe tener claramente en cuenta cuando vaya a cuantificar la pena en el concurso real, pero ello en modo alguno significa que por eso pretenda que se halle ante una única conducta continuada.

Hemos visto que el "factor final", en cualquier caso de unidad de conducta, no puede ser más que un presupuesto necesario, pero en modo alguno suficiente. Una teoría eminentemente subjetiva del delito continuado no es sostenible en la actualidad¹⁰⁹, y sólo dentro de un planteo semejante se hace factible una tesis similar. Abandonadas también las tesis objetivistas¹¹⁰, la doctrina requiere al igual

¹⁰⁶ V. WELZEL, 229.

¹⁰⁷ V. CARRARA, *Programma*, parág. 523.

¹⁰⁸ Sobre ello, MAYER, MAX ERNST, op. cit., 116 y ss.

¹⁰⁹ SCHULTZ indica que esta tesis fue repetidamente seguida por la jurisprudencia suiza (I, p. 104).

¹¹⁰ La había sostenido FRANK, *StGB*, parág. 74; LISZT-SCHMIDT, 352; MAYER, MAX ERNST, op. cit., 167; antes FEUERBACH (ver el art. 178 del Código Tejedor).

que en los restantes supuestos de unidad de la conducta, una adecuada interpretación de los tipos para delimitar el campo óptico que subyace desvalorado en forma unitaria.

Es elemental que para sostener que la reiteración no se presenta abarcada por el tipo como una nueva infracción, sino como un aumento del contenido injusto del hecho, antes de nada se demanda una *identidad del bien jurídico afectado*. Por otra parte, para que la identidad del bien jurídico afectado pueda dar lugar a una continuación de la conducta, es necesario que ésta resulte afectando la misma ley penal u otra que se halle muy cercanamente vinculada a ella.

No se requiere la realización de idéntico tipo penal, pero sí una "semejanza" entre los tipos objetivos realizados. La *semejanza de tipos* se da cuando responden a la misma o próxima norma, lo que tiene lugar entre el hurto y el robo, entre el tipo básico y el calificado, entre los actos tentados y consumados, pero que en modo alguno se presenta entre el hurto y la estafa, por ejemplo ¹¹¹.

Algunos autores, particularmente los partidarios de la teoría objetivista, requieren también una cierta conexión temporal y espacial, pero creemos que la misma tiene mayor importancia procesal que de fondo, puesto que da lugar a un indicio acerca de la unidad de finalidad. No puede exigirse invariablemente una continuidad temporal, pues ella dependerá de la conducta de que se trate. En el caso del estupro, si media un trato sexual diario o muy frecuente, existe una conexidad temporal, que no se interrumpe, debido a que se mantiene la decisión de tener relaciones sexuales con la víctima un número indeterminado de veces, y tampoco cesa la circunstancia típica de haber obtenido el consentimiento para ello. Tampoco se alterará la unidad de la conducta continuada por la circunstancia de que las relaciones tengan lugar en distintos momentos o circunstancias, durante un viaje, etc. Por el contrario, en una violación propia, cesará la continuación de la conducta cuando el sujeto haga cesar la violencia o intimidación y, al día siguiente, vuelva a ejercerla, obteniendo un segundo acceso carnal; habrá continuación de la conducta si, sin interrumpir la violencia o la intimidación, tiene dos o más accesos carnales.

En general, debe entenderse que siempre se interrumpe la continuidad de la conducta con la acusación en sede judicial, configurando una nueva conducta la que se inicia a partir de ella. Así, quien después de la acusación o de la indagatoria judicial sigue manteniendo relaciones con la estuprada, quien sigue omitiendo el cumplimiento de la obligación alimentaria, etc., inicia una nueva conducta, que bajo ningún concepto

¹¹¹ Cfr. WELZEL, 227-8; STRATENWERTH, 332; BOCKELMANN, 237; SAMSON, 348; CASTILLO GONZÁLEZ, op. cit., p. 94.

puede entenderse como continuación de la anterior, por lo que fue condenado.

Alimena explicaba que “la continuación se interrumpe con cada acción penal o civil entablada en juicio contra el delincuente y por el mismo delito determinado. Los actos posteriores, pese a ser la continuación del designio precedente, constituyen delitos que tienen vida propia, porque la acción judicial es un hecho tal que, para volverse al camino del delito reclama una nueva y más intensa resolución”¹¹². Quizá la explicación sea más sencilla: la sentencia sólo puede tener efecto declarativo sobre hechos pasados, pero nunca puede abarcar un desvalor futuro que, en el momento de pronunciarse carece de objeto que desvalorar. Con gran claridad dice De la Rúa que, “en rigor, el nuevo hecho adquiere independencia al nacer con posterioridad a una sentencia que ha cerrado el ciclo de su imputación jurídico-delictiva”¹¹³.

Un extraño fallo de la Sala IV de la Cámara en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, del 11 de noviembre de 1977, sostuvo que la condena por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar abarca todas las omisiones posteriores de dichos deberes, admitiendo expresamente la insólita excepción en que el sujeto cumpliera con posterioridad interrumpiendo de este modo el incumplimiento^{113 bis}.

Pese a las condiciones que hemos enumerado, es decir, la identidad del bien jurídico, la similitud en la forma de ejecución y la semejanza de tipos realizados, no siempre está dado el factor normativo. Hay tipos que, además de las mencionadas condiciones, exigen la *identidad del titular del bien jurídico afectado*. Suele decirse que esto acontece cuando se trata de bienes jurídicos “personalísimos” o “altamente personales”¹¹⁴, concepto que dista de ser doctrinariamente claro¹¹⁵. Lo cierto es que hay tipos en que instintivamente nos percatamos que la continuación de la conducta requiere la identidad del titular (secuestro, lesiones, violación, estupro, etc.), en tanto que hay otros en que esto no parece ser necesario (hurto, estafa).

Camargo Hernández se adhiere en este punto a la posición de von Liszt, para quien sólo podía haber delito continuado cuando “el bien atacado por el delito y su titular son separables”¹¹⁶. Dice Camargo

¹¹² ALIMENA, BERNARDINO, *I limite e i modificatori dell'imputabilità*, Torino, 1809, III, p. 550; también en *Principii*, II, 408.

¹¹³ DE LA RÚA, 766; también SZNICK, VALDIR, *Delito continuado*, São Paulo, p. 42.

^{113 bis} LL, 21-9-78.

¹¹⁴ V. las observaciones de STRATENWERTH, 332; WELZEL, 228-9.

¹¹⁵ Así JESCHECK, 584; STRATENWERTH, 332; SCHÖNKE-SCHRÖDER, 590; MAYER, HELLMUTH, *Lehrbuch*, 1953, 409.

¹¹⁶ V. la defensa de esta posición en CAMARGO HERNÁNDEZ, op. cit., p. 66.

Hernández que esta regla es “de indudable interés práctico, además de su valor científico”. Si bien no nos animamos a una afirmación tan rotunda al respecto, creemos que ese es el camino por el que cabe buscar la solución.

Hemos visto que los bienes jurídicos constituyen una relación de disponibilidad de la persona con determinados entes, no siendo los entes mismos. Pues bien: hay ocasiones en que esa relación puede afectarse sin necesidad alguna de alcanzar físicamente a la persona, en tanto que, en otras, la afectación demanda un efecto físico sobre la misma. Para nuestro orden jurídico la “persona” no es “un conjunto de derechos”, pues puede afectárselos independientemente de la persona: la CN declara inviolable la defensa en juicio “de la persona y de los derechos” (art. 18). Creemos —sin perjuicio de reconocer la necesidad de una mayor profundización del problema— que cuando la afectación al bien jurídico implica una ingerencia física en la persona, además de los anteriores requisitos, la unidad de la conducta continuada requiere la identidad del titular del bien jurídico.

En todos los casos en que intuitivamente habíamos visto que la reiteración sólo se daba como continuación cuando mediaba identidad del titular, veremos ahora que son supuestos en los que la persona física del titular debe ser alcanzada por la acción para que se afecte el bien jurídico: tal acontece en la violación, en el estupro, en el secuestro, en las lesiones, etc. Al margen de estos requisitos, suele afirmarse que hay tipos que bajo ningún concepto admiten la continuidad de la conducta. Como ejemplo de tales delitos suele mencionarse al homicidio. Creemos que la razón por la cual el homicidio no admite la continuidad de la conducta, es porque no tolera distintas intensidades de afectación del bien jurídico tutelado, que se destruye o no se afecta en la forma típica.

Sintetizando lo expresado, entendemos que *habrá conducta continuada cuando con dolo que abarque la realización de todos los actos parciales, existente con anterioridad al agotamiento del primero de ellos, el autor reitere similarmente la ejecución de su conducta en forma típicamente idéntica o similar, aumentando así la afectación del mismo bien jurídico, que deberá pertenecer al mismo titular sólo en el caso que implique una ingerencia en la persona del mismo.*

IV. — EL CONCURSO IDEAL

580. **El concurso ideal propio.** En el concurso ideal o concurso ideal propiamente dicho, hay una única conducta con pluralidad típica, es decir conducta única y tipicidad plural. El supuesto se encuentra contemplado en el art. 54 del código penal. Se trata de un único delito, conforme al principio realista, para el cual un mismo objeto es susceptible de ser desvalorado desde distintos puntos de vista. La circunstancia de que la pluralidad sea solamente de desvalores hace que pueda considerarse al concurso ideal como *un delito* que tiene la peculiaridad de presentar una doble o plural tipicidad.

Si bien ya nos hemos ocupado suficientemente del presupuesto de la concurrencia ideal, es decir, de la unidad de conducta o acto, cabe insistir aquí en que la concurrencia ideal no se determina en función de la simultaneidad de las infracciones típicas. Si mientras alguien está estafando, induciendo en error a la víctima para que le entregue el dinero que guarda en un cajón, aprovecha un descuido de la víctima de la estafa y le hurta la billetera, se tratará de dos acciones simultáneas en concurso real, pero no habrá concurrencia ideal, puesto que faltará el presupuesto de la misma, que es la unidad de la conducta, de la cual la simultaneidad no es más que una de sus manifestaciones o indicios.

No cabe duda que hay concurrencia ideal cuando una misma conducta resulta abarcada por *distintos* tipos penales, pero hay un buen sector de la doctrina que sostiene que hay concurso ideal también cuando una conducta da lugar a la plural concurrencia *del mismo* tipo penal. Esta corriente doctrinaria llama a la primera hipótesis "concurso ideal heterogéneo" y a la segunda "concurso ideal homogéneo". La discusión acerca de la existencia del llamado concurso ideal "homogéneo" carece de trascendencia práctica¹¹⁷, puesto que, si el caso se regula por el art. 54, se graduará la pena dentro de la escala penal más rigurosa, que es la única aplicable, pero al mismo resultado debe llegarse por aplicación del art. 41.

El llamado "concurso ideal homogéneo" es, en realidad, un caso de pluralidad de resultados o, como dice Nuvolone, "un caso de pluralidad de evento consecuente a una sola acción u omisión"¹¹⁸.

¹¹⁷ Cfr. MAURACH, 757-8; aceptan el concurso ideal homogéneo muchos autores: BRUNO, ANÍBAL, II, 291; DAMÁSIO E. DE JESÚS, I, 599; FABBRINI MIRABETE, 135; etc.

¹¹⁸ NUVOLONE, PIETRO, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1975, p. 362; CASTILLO GONZÁLEZ, op. cit., p. 58.

Como casos de concurrencia homogénea, el antiguo Tribunal del *Reich* consideró el de quien en una conversación persuade a cinco personas, con un disparo mata a varias personas, con una palabra injuriosa se dirige a dos personas, con un requerimiento lleva a dos niños a la práctica de actos impúdicos, realiza una acción impúdica ante varios niños¹¹⁹. La redacción de nuestro art. 54 parecería no contemplar la hipótesis, desde que exige *más de una* sanción penal, es decir que estaría previendo el caso en que las sanciones sean diferentes y relegando el otro a las reglas del art. 41. Es verdad que tampoco tiene consecuencia práctica alguna la regla del art. 54 cuando se trata de tipicidad plural con iguales penas conminadas, pero de aquí no puede seguirse que ese artículo contemple el llamado concurso homogéneo¹²⁰.

La concurrencia ideal es perfectamente admisible entre *tipos dolosos y culposos*, como lo demuestra la circunstancia de que el propio código penal prevé y resuelve en forma especial casos en que se opera esta forma de concurrencia, como sucede en las figuras preterintencionales¹²¹.

Creemos que también es factible la *concurrencia ideal de tipos omisivos*, cuando una acción viola dos o más normas enunciadas imperativamente que no se excluyen, como acontecería en el supuesto de quien siendo funcionario de prisión, deja una puerta abierta para que un preso se fugue y otro se venga dando muerte al alcaide: en una conducta concurren los tipos de homicidio y de favorecimiento. Incluso creemos que puede darse la concurrencia ideal entre *tipos activos y omisivos*: el que encontrando a una persona en peligro se apodera de su billetera realiza un "otro hacer" que a su vez es típico de hurto calificado¹²². Es más dudosa la posibilidad de concurrencia ideal entre *tipos omisivos propios e impropios*, como sería el caso de omisión de auxilio y homicidio por omisión, puesto que el dolo de omisión de auxilio quedaría consumido en la tipicidad homicida. Se trata, más bien, de un concurso ideal impropio o aparente.

El concurso ideal requiere siempre una *acción única*, en la que convenguen tipos penales. Ello supone que haya una identidad de acción, es decir, que la acción sea única, pero para ello, debe entenderse que lo es la *que permanece idéntica en su aspecto objetivo*, quedando claro que la mera coincidencia de finalidad u objetivo no

¹¹⁹ V. JESCHECK, 589; WELZEL ejemplifica con el caso de quien mata a veinte personas con una bomba (p. 232).

¹²⁰ Otra opinión, JESCHECK, loc. cit.

¹²¹ V. supra, § 374.

¹²² Un sector doctrinario no la admite: JESCHECK, 581; STRATENWERTH, 332; la jurisprudencia alemana la aceptó siempre.

es suficiente, como sucede en todo caso en que sea menester decidir sobre la unidad de acción¹²³. La *identidad objetiva de la acción* puede ser *total*, como en el caso en que una conducta —por ejemplo, arrojar una granada— causa muertos, lesiones y daños. Pero también la identidad puede ser *parcial*, porque por conducta se entiende desde que comienza la ejecución hasta que se agota el delito, bastando con que haya cobertura con otro tipo en cualquiera de esos momentos.

Puesto que las lesiones jurídicas que se operan en la concurrencia ideal no tienen por qué provenir de tipos que cubran la misma conducta en su totalidad, bastando con la identidad parcial de las acciones ejecutivas en el tipo objetivo de las leyes penales concurrentes²²⁴, si por ejemplo tenemos en cuenta que la falsificación documental se agota con el uso del documento falso, la utilización del mismo podrá ser una estafa que concorra idealmente con la falsificación¹²⁵. En otros casos, la identidad formal quedará dentro de los límites de la consumación formal: el que paga con dinero falso la mercadería que retira, comete estafa y circulación de moneda falsa en concurso ideal¹²⁶.

Un particular caso de identidad o cobertura parcial se dará en los supuestos de *delitos permanentes*, en que la concurrencia puede tener lugar con actos que tienen por objeto prolongar el estado de permanencia consumativo. A este respecto, hay que hacer algunas distinciones¹²⁷ para evitar caer en una confusión entre concurso ideal por identidad parcial y mera unidad de ocasión, que sólo da lugar a un concurso material o real.

El que teniendo secuestrado a alguien lo injuria, no incurre en la unidad de conducta del concurso ideal, sino en un supuesto del art. 55 (concurso real), porque falta aquí el elemento normativo, que seguiría faltando aún cuando secuestrase para injuriar. No hay ningún criterio normativo que nos permita considerar al secuestro y a la injuria como desvalorados unitariamente. Si la acción tuviera por objeto la prolongación del estado consumativo, el planteo cambiaría totalmente: el que lesiona al secuestrado para impedir que se libere incurre en un concurso ideal. También habría concurrencia ideal cuando el delito permanente fuese el presupuesto necesario para la comisión de otro delito: la tenencia de arma prohibida en la comisión de robo con armas¹²⁸.

¹²³ Cfr. SAMSON, 358.

¹²⁴ Cfr. JESCHECK, 589

¹²⁵ Cfr. WELZEL, 232.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Cfr. MAURACH, 760.

¹²⁸ Cfr. JESCHECK, 580.

Un problema que aún está seriamente discutido, pero acerca del cual hay cada vez mayor acuerdo, es el de la *concurrencia ideal por enganche*. Se trata del caso en que dos tipicidades que entre sí se darían en forma independiente, es decir, en forma de concurrencia real, resultan ambas en concurrencia ideal por identidad parcial con una tercera tipicidad, que asume el papel de gancho conector de ambas. Por ejemplo, entre la tenencia del arma que se usa para consumar un secuestro y las lesiones que, sin emplear el arma, se le causan luego al secuestrado para evitar que huya, no hay ninguna concurrencia ideal, pero, sin embargo, ambas tipicidades concurren idealmente con la de secuestro (la tenencia del arma es parcialmente idéntica —con la tentativa y consumación— y las lesiones con el mantenimiento del estado consumativo). La lesión grave puede concurrir idealmente con la violencia del robo, en tanto que el apoderamiento de la cosa puede causar un daño que concorra idealmente con esa etapa; las lesiones y el daño permanecerían independientes si no fuese porque el robo opera como “gancho”¹²⁹. Lo mismo ocurriría cuando el efecto de “gancho” lo tiene un delito continuado: una estafa continuada puede dar lugar a que uno de sus actos parciales se identifique con uso de moneda falsa y otro con falsificación de cheques¹³⁰. En la jurisprudencia alemana se ha aceptado esta forma de concurrencia ideal, aunque limitándola por apelación a distintos recursos¹³¹, pese a que últimamente se la acepta con mayor amplitud.

El argumento o limitación usado fue que el enganche no podía producirse cuando las tipicidades que se enganchaban eran más graves que la que operaba como “gancho”¹³². En realidad, no aparece clara la razón que puede argumentarse para eludir este enganche, porque no habría fundamento para aceptarlo cuando el “gancho” era más grave y rechazarlo cuando era más leve¹³³. Según esta limitación —que parece carecer de explicación—, en esos casos media una concurrencia ideal del tipo con el que ambas tipicidades más graves se identifican parcialmente y éstas, en tanto que estas últimas permanecen entre sí en concurso real.

581. El concurso ideal impropio o la concurrencia aparente de tipos o leyes penales. La llamada “concurrencia aparente” o también “impropia”, contempla los supuestos en que sólo en apariencia

¹²⁹ SAMSON, 360.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ Cfr. MAURACH, 761-2.

¹³² V. HARRO OTTO, 275; BAUMANN, 675; BLEI, 316.

¹³³ Cfr. SAMSON, 361.

dos o más leyes penales concurren, pero que, en realidad, una de las leyes concurrentes excluye a las restantes. En la concurrencia propia las leyes concurrentes no se excluyen, en tanto que en la impropia o aparente, un análisis más cercano revela que una de las leyes excluye la aplicación de las restantes.

El concurso aparente de tipos no está regulado expresamente en la parte general del Código Penal, sino que se resuelve a partir de la interpretación de los tipos en particular. En rigor, la problemática de la concurrencia impropia se compone de una serie de reglas que se aplican para interpretar el contenido de los tipos, o mejor, su alcance¹³⁴. Ello no obsta a que en algunas legislaciones se enuncien principios generales a su respecto en la parte general del Código Penal, cosa que no ha hecho nuestro legislador.

Suele denominarse al concurso aparente o impropio también "conurrencia de leyes", expresión que resulta equívoca, pues en verdad no se opera aquí ninguna concurrencia de leyes, sino precisamente una *no concurrencia*, lo que hace que se le llame también "unidad de ley", por oposición a la "pluralidad de leyes", que operaría en el concurso ideal¹³⁵. En verdad, la expresión "unidad de ley" es mucho más clara y significativa que la de "conurrencia de leyes" y aún la de "concurso aparente de tipos" o de leyes, pero preferimos seguir usando esta última, que es de mayor tradición en nuestra doctrina y jurisprudencia. Puig Peña la llama "colisión de normas penales" y la define como "aquella situación de conflicto que surge en la aplicación de las leyes penales cuando dos o más normas vigentes al momento de verificarse la calificación de una conducta delictiva, regulan esta misma situación de hecho, de forma tal que la efectividad de una de ellas excluye necesariamente la de la otra"¹³⁶. Samson dice más sintéticamente que "bajo el concepto de concurrencia de leyes se abarcan aquellos casos en que al autor, pese a haber llenado los presupuestos de una pluralidad de tipos penales, resulta de la interpretación que no le son aplicables todos los tipos"¹³⁷. Otto dice que "parecen haberse realizado los tipos de varios delitos, pero sólo se aplicará un único tipo de delito, porque éste excluye a los otros"¹³⁸.

La distinción entre la concurrencia ideal y la concurrencia ideal impropia o de leyes parece ser original de Merkel¹³⁹, a cuyo enunciado

¹³⁴ Cfr. BRUNS, *Strafzumessungsrecht, Allg. Teil*, 1967, p. 413.

¹³⁵ Cfr. BOCKELMANN, 239; MAURACH, 750; MAYER, MAX ERNST, op. cit., p. 505.

¹³⁶ PUIG PEÑA, FEDERICO, *Colisión de normas penales. Concurso aparente de leyes punitivas*, Barcelona, 1955, p. 15.

¹³⁷ SAMSON, 352.

¹³⁸ OTTO, HARRO, 275.

¹³⁹ MERKEL, ADOLF, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, pp. 268-9.

siguieron varias monografías ¹⁴⁰. “Se diferencian de la concurrencia ideal de delitos —escribía Merkel— los casos en que se trata de una simple concurrencia de leyes frente a un delito único, es decir, de la concurrencia de varias leyes, todas las cuales comprenden y regulan el delito en cuestión, pero lo hacen de una manera simplemente alternativa, sin que puedan aplicarse todas a la vez” ¹⁴¹.

Sentada la opinión de que la concurrencia impropia o aparente de leyes tiene lugar “cuando de varias leyes que se encuentran sobre una y la misma acción, deba excluirse la aplicación de todas las que excedan de una, mediante reglas científicas de interpretación” ¹⁴², ya hemos tomado con ello una posición frente al alcance que pretende dársele al instituto, es decir, que entendemos claramente que resuelve una cuestión que se plantea sobre la base de una *unidad de conducta* regida por una unidad de ley, o sea que es sólo una “apariencia de concurso ideal”. También es menester precisar esto, en razón de haberse discutido si el concurso aparente de leyes se ocupa de casos en que hay una “unidad de ley”, pero con una pluralidad de conductas.

La cuestión aún se discute. Mientras Maurach, por ejemplo, afirma que siempre se plantea sobre la base de una unidad de conducta ¹⁴³, Jescheck sostiene que puede darse en una pluralidad de conductas ¹⁴⁴.

Es verdad que puede haber unidad de ley en una pluralidad de conductas, pero este no es el problema del concurso aparente de tipos, sino que se trata de supuestos en que la ley resuelve en forma especial casos de concurrencia real. Los casos no serán nada frecuentes —suponiendo que en nuestra legislación haya alguno—, pero allí la “unidad de ley” no eliminaría la concurrencia material o real, puesto que seguiría faltando el elemento final, sino que resolvería especialmente ese concurso real.

Por otra parte, Honig entendió en su tiempo que los hechos anterior y posterior impunes eran casos de pluralidad de acciones con unidad de ley. De esta forma, sostenía que la concurrencia de leyes como caso de unidad de conducta era un sub-grupo de la misma, en tanto que el otro lo configuraban el hecho anterior y el hecho posterior impunes ¹⁴⁵. Veremos que estos fenómenos no alteran la unidad de la conducta.

¹⁴⁰ Por ej., BAUMGARTEN, ARTHUR, *Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz*, Breslau, 1909.

¹⁴¹ MERKEL, A., *Derecho Penal*, trad. de Pedro Dorado, Madrid, “La España moderna”, s.f., p. 388.

¹⁴² MAYER, MAX ERNST, op. cit., 1923, 501.

¹⁴³ MAURACH, 750.

¹⁴⁴ JESCHECK, 589.

¹⁴⁵ HONIG, RICHARD, *Straflose Vor- und Nachtat*, Leipzig, 1927, conclusión, I, 1; igual SCHULTZ, II, 106.

La concurrencia impropia o aparente de tipos se despeja acudiendo a tres principios fundamentales, que son los aceptados por la mayoría de los autores: *especialidad, subsidiaridad y consunción*¹⁴⁶. La tradición agregaba a estos tres principios un cuarto, llamado de "alternatividad". Se decía, por ejemplo, que la "alternatividad existe cuando distintos preceptos jurídicos se comportan, en vista a la protección del mismo bien jurídico, como distintos medios para alcanzar el mismo fin. A la diferenciación de medios responde la imposibilidad de unir las características legales del tipo"¹⁴⁷.

Creemos que puede hoy suscribirse la afirmación de Schmitt, según el cual "no hay otra forma de concurrencia ideal impropia que como especialidad, consunción y subsidiaridad", negándole jerarquía de tal a la "alternatividad", puesto que únicamente puede concebirse que dos tipos permanezcan paralelos y excluyentes como error o defecto legislativo, a cuyo respecto recuerda las palabras de Frank: "Las fallas del legislador no pueden ser tomadas como punto de partida de una teoría general"¹⁴⁸. Fuera del error legislativo, la alternatividad puede mostrarse en la forma de una subordinación con la misma estructura lógica de la especialidad¹⁴⁹.

a) Dos tipos se excluyen en función del *principio de especialidad* cuando uno de ellos abarca las mismas características que el otro y, además, una característica complementaria, que toma en cuenta otro punto de vista. En este caso, el tipo con mayor número de características es especial respecto del otro, que es general¹⁵⁰. Se trata de una relación de *subordinación* de los tipos generales respecto de los especiales, que responde al antiguo principio según el cual la ley especial deroga a la general. Esta relación de subordinación se presenta en la forma de *encerramiento conceptual*: no se concibe el cumplimiento del tipo especial sin el cumplimiento del general.

Esta relación se da en los casos de tipos básicos y calificados, sean agravados o atenuados. Todo tipo calificado será especial respecto del tipo básico. De la misma manera, cuando un tipo consiste

¹⁴⁶ Cfr. WELZEL, 234; MAURACH, 752; JESCHECK, 580; WESSELS, 157; BAUMANN, 677; SAMSON, 352; BLEI, 317; OTTO, 275; BOCKELMANN, 240; MAYER, HELLMUTH, *Grundriss*, 1967, 189-190; MUÑOZ R.-GUERRA DE VILLALAZ, 141.

¹⁴⁷ HONIG, RICHARD, op. cit.

¹⁴⁸ SCHMITT, RUDOLF, *Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht*, en ZStW, 1963 (75), pp. 42 a 62 (52).

¹⁴⁹ Cfr. KLUG, ULRICH, *Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz*, en ZStW, 1956 (68), pp. 398-416 (414); CASTILLO GONZÁLEZ, p. 34.

¹⁵⁰ Cfr. SAMSON, 352-3.

en la alteración de otro, como sucede en el robo respecto del hurto, el tipo alterado excluye la aplicación del no alterado.

Si bien carece de mayor importancia práctica, se discute la naturaleza del fenómeno que tiene lugar cuando concurren dos o más calificaciones en un mismo hecho (por ejemplo, si se cometiere un robo en despoblado de una cosa que forma parte de un servicio público). Hay casos de concurrencia de calificantes en que la misma opera como agravante (arts. 163 y 184 últimos párrafos). Para algunos autores es posible que se trate de casos de concurrencia aparente por especialidad, tesis que no sería admisible en los supuestos en que opera como agravante y que están contemplados en forma especial. Nos inclinamos a creer que se trata de supuestos de concurrencia ideal, puesto que no hay razón alguna para que uno de los tipos calificados excluya al otro.

La relación de especialidad tiene lugar en los casos en que el propio legislador caracteriza a una tipicidad como *residual*, especialmente mediante el empleo de una *cláusula residual*: "si no resulta otro delito más severamente penado". Estas cláusulas residuales suelen ser el producto de un atolladero o embarazo en que se encuentra el legislador¹⁵¹ y buen número de autores entiende que deben resolverse como supuestos de "subsidiaridad"¹⁵², pero creemos que esto es erróneo, porque desarticula gratuitamente el fundamento unitario de la subsidiaridad, como veremos luego.

β) Así como en los tipos especiales quedan los generales encerrados conceptualmente, lo mismo pasa cuando un tipo encierra al otro materialmente, esto es, lo consume. Esta es la relación de *consunción* que puede tener lugar entre dos tipos, en que uno encierra al otro porque consume el contenido material de su prohibición.

Se distingue claramente de la especialidad porque la relación no es conceptual: puede concebirse perfectamente la tipicidad que resulta aplicable sin que se dé en el caso el supuesto fáctico que resulta consumido. En la especialidad, como el encerramiento es conceptual, no puede concebirse la tipicidad especial sin que abarque la general.

La *relación de consunción* tiene lugar en el caso del *hecho posterior*, que unos llaman "impune" y otros "co-penado", llegando a sostener Maurach que se trata de un hecho posterior amparado por una causa personal de exclusión de pena¹⁵³. Las consecuencias de estas posiciones no son meramente especulativas. Si consideramos

¹⁵¹ Cfr. SCHMITT, RUDOLF, op. cit., p. 50.

¹⁵² Así, BLEI, 318; BOCKELMANN, 240; SAMSON, 353; etc.

¹⁵³ MAURACH, 752.

que se trata de un verdadero "hecho posterior", además de suponer que el concurso aparente no es un supuesto de concurso *ideal* aparente, sino que abarcaría casos de pluralidad de acciones, tendríamos que considerar al partícipe como cómplice o instigador del "hecho posterior", en tanto que si lo consideramos como una forma de agotamiento del "hecho anterior", el partícipe sería únicamente cómplice, pero del hecho único (anterior).

Son casos de consunción del llamado "hecho posterior" la retención indebida (art. 173, inc. 1º) que sigue al ardid que motivó la entrega (estafa, art. 172); el delito de daño en la cosa ajena que tiene lugar después del apoderamiento de la misma; etc. El problema acerca de si es la misma u otra conducta se plantea respecto del partícipe que instiga o coopera en el segundo episodio (la retención, el daño). Si hay unidad de conducta será únicamente cómplice en el delito de hurto o en el de estafa. Si no hay unidad de conducta será instigador o cómplice en el de retención o en el de daño, sin perjuicio de ser encubridor en el de hurto o en el de estafa¹⁵⁴. Dada la posición que hemos adoptado respecto de la concurrencia aparente de tipos y la consideración del agotamiento como unidad de conducta con la agotada, abarcada por la desvaloración típica, nos inclinamos por la solución como complicidad en el llamado "hecho anterior" que, en realidad, es un "hecho único".

Entendemos que el desvalor de la etapa posterior a la consumación, que no tiene más objeto que agotar el contenido prohibitivo o desvalorante del delito, no da lugar a una nueva conducta, sino que es un supuesto más de unidad de la conducta, tal como lo consideramos oportunamente¹⁵⁵.

Otra hipótesis de consunción es cuando el desvalor de una característica eventual de la conducta está ya comprendido o abarcado por el tipo de que se trate. Suele llamarse a este caso "hecho típico acompañante". Tal es el supuesto de las lesiones leves que son producidas por la violencia exigida en el tipo. No se trata de un encerramiento conceptual, sino material o valorativo. Así, resulta claro que el robo con violencia en las personas o la violación, por ejemplo, pueden cometerse sin que haya lesiones leves como consecuencia de la violencia ejercida sobre la persona, pero cuando las haya y no sean más que las emergentes de la violencia que se requiere en el tipo (los rasguños, escoriaciones, marcas o hematomas de ligaduras, hematomas producidas para reducir a la víctima, etc.), no se trata más que del resultado de una característica que está requerida en la tipicidad que consuma.

¹⁵⁴ Así lo consideró la jurisprudencia alemana (cfr. SAMSON, 356).

¹⁵⁵ Hipótesis "d", considerada en el § 577.

Lo mismo tiene lugar con la privación de libertad pasajera, que sólo es la necesaria para posibilitar la fuga de los autores del robo y que queda abarcada por la lesión a la libertad que deviene de la intimidación.

Hay otros "hechos típicos acompañantes" que quedan consumidos en la tipicidad aplicable en función del principio de insignificancia ¹⁵⁶. Son casos de consunción, pero no opera allí la consunción por las mismas razones que en el caso anterior. Así, Jescheck afirma —con razón— que hay consunción cuando en el homicidio tiene lugar un daño en las cosas ¹⁵⁷. Es verdad, pero si reparamos atentamente en la razón por la que se opera la consunción, veremos que son distintas en los ejemplos dados del homicidio y del robo.

En el caso del robo, está claro que el legislador agrava la configuración del delito que afecta la propiedad, porque también la violencia afecta la libertad o la integridad física, por peligro o por pequeña lesión, es decir, que la pequeña afectación lesiva de los bienes jurídicos integridad física y libertad, junto a la mayor afectación de los mismos por peligro, ya integra la tipicidad conglobante del robo. En el homicidio se opera la consunción pero no creemos que sea porque el tipo abarque el daño, porque resulta inconcebible que el tipo de homicidio lo tome como uno de sus elementos o caracteres, aunque sea en sentido material. Más bien, lo que sucede, es que el tipo de homicidio *desplaza* la tipicidad legal del daño consistente en la perforación de las ropas de la víctima o en la inutilización del vino de propiedad de la víctima por efecto de la acción del envenenador. Se trata de una lesión que queda atípica por insignificante, frente a la magnitud de la lesión cometida en la tipicidad consumidora.

De cualquier forma, la consunción tiene los mismos efectos que la del "hecho típico acompañante" común, aunque su mecanismo de producción sea diferente.

γ) El tercer principio por el que puede resultar excluida la aplicación de un tipo es el llamado *principio de subsidiaridad*. La subsidiaridad y sus efectos deben ser cuidadosamente caracterizados, en razón de lo discutible de la misma y de la frecuente confusión conceptual que reina en derredor del concepto. Para nosotros, la subsidiaridad es el *fenómeno jurídico-valorativo que tiene lugar cuando la tipicidad correspondiente a una afectación más intensa*

¹⁵⁶ Cfr. *supra*, § 413.

¹⁵⁷ Cfr. JESCHECK, 583.

del bien jurídico interfiere a la que abarcaba una afectación de menor intensidad.

a) En líneas generales, nuestro concepto coincide con el de Honig, según el cual "existe subsidiaridad si diferentes preceptos jurídicos tutelán el mismo bien jurídico en diferentes grados de afectación. La determinación penal subsidiaria no tiene aplicación después de la realización de la primaria, porque aquélla, pese a haber tenido lugar en forma necesaria, como grado menos peligroso de afectación, queda fuera de consideración como menos significativa"¹⁵⁸.

b) Pese a ello, Honig consideraba que la subsidiaridad supone dos conductas. Max Ernst Mayer, unos años antes, había dividido las hipótesis que luego se consideraron todas como de subsidiaridad, entre el concurso real aparente y el concurso ideal aparente, llamando "subsidiaridad" sólo a la primera (concurso real aparente). Mayer consideraba, pues, que en la subsidiaridad hay una pluralidad de acciones y, por consiguiente, la definía como "las varias acciones que se encuentran en la ley en una relación de rango tal que una permanece impune si la otra es punible". Como ejemplo daba "el caso de quien habiendo resuelto un duelo por las armas, no puede ser penado por provocación al duelo. En lugar, no llamaba "subsidiaridad" al caso de dos leyes que recaían sobre una misma conducta, considerando que estos casos eran concursos ideales aparentes. Así, como concurso ideal aparente, preveía el supuesto en que una acción que cae bajo una causa de extención de pena, "es subsidiariamente punible, porque previamente lo es el delito consumado o la autoría; las acciones preparatorias son subsidiariamente punibles porque primariamente lo son las de ejecución; el aprovechamiento de un estado producido por un delito es punible subsidiariamente porque primariamente lo es la producción del estado"¹⁵⁹.

c) En la actualidad, la mayor parte de la doctrina se inclina por entender que en la subsidiaridad media una unidad de conducta y que la misma abarca tanto el supuesto en que la ley subordina su aplicación a la inaplicabilidad de otra —caso que hemos considerado de especialidad—, como el supuesto que nosotros consideramos único de la subsidiaridad, es decir, el descarte de la tipicidad correspondiente a la afectación de intensidad menor. A la primera "subsidiaridad" (que nosotros consideramos especialidad), se la llama subsidiaridad "expresa"¹⁶⁰ o formalmente determinada¹⁶¹. La admisión de esta especialidad como forma de la subsidiaridad hace que este principio carezca de unidad conceptual, puesto que, es escindido en una forma "material" y otra "formal"¹⁶², parece una amalgama de dos criterios autónomos arbitrariamente reuni-

¹⁵⁸ HONIG, RICHARD, *Straflose Vor-und Nachtat*, Leipzig, 1927, Nachwort.

¹⁵⁹ MAYER, MAX ERNST, op. cit., 1923, pp. 512-513.

¹⁶⁰ Así JESCHECK, 601; SAMSON, 353; BLEI, 318; etc.

¹⁶¹ Así BOCKELMANN, 240.

¹⁶² Así, JESCHECK, 581.

dos bajo un rótulo único. Samsom comienza su tratamiento, confesando que no responde a un punto de vista común ¹⁶³.

d) Otro sector doctrinario hace aún más heterogéneo el concepto de subsidiaridad, puesto que rechaza la consunción como principio independiente. Así, Klug entiende que sólo hay dos constelaciones lógico-conceptuales para la concurrencia de leyes, que son la interferencia (cruzamiento) y la subordinación (encerramiento), admitiendo sólo dos formas fundamentales de concurrencia aparente: especialidad en la subordinación y subsidiaridad en la interferencia de tipos legales ¹⁶⁴.

Estas opiniones divergentes y la idéntica denominación que suele darse a conceptos diferentes nos deben alertar sobre la complejidad del problema y la necesidad de precisar los conceptos.

Hemos visto que en la especialidad hay un “encerramiento” formal en tanto que en la consunción hay un “encerramiento” material de una tipicidad en la otra. Como es natural el “encerramiento” de una tipicidad importa su interferencia. En la medida en que una tipicidad permanece “encerrada” se halla interferida. En cualquier caso, si los caracteres típicos que determinaron el encerramiento no son antijurídicos, culpables o punibles, van cayendo y se van descubriendo liberando el efecto de la tipicidad que estaba encerrada siempre que respecto de ella haya antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. La cobertura o encerramiento, conceptual o material que la interfería, habrá de cesar. En la subsidiaridad hay también una interferencia, pero con la característica de que *no opera por encerramiento, sino por progresión*.

La tipicidad subsidiaria no queda descartada, sino solamente interferida por la punibilidad de la misma como hipótesis delictiva. Si tal hipótesis no se configura, la tipicidad subsidiaria deja de estar subsidiada y opera como otra hipótesis delictiva. En tanto que este fenómeno puede darse cuando en los otros principios la punibilidad de la tipicidad “encerrante” o “envolvente” se inhibe, sin que pase lo mismo con la de la tipicidad “encerrada”, aquí el fenómeno se da cuando la tipicidad reemplazada o subsidiada pasa a primer plano por inhibición de la punibilidad de la tipicidad que corresponde al grado de afectación típica interferente.

Dicho más sintéticamente: creemos que hay interferencia de la tipicidad apartada en los tres casos, porque las tres formas o principios de las relaciones típicas tienen como consecuencia el fenómeno de la interferencia, pero en tanto que en la especialidad se pro-

¹⁶³ SAMSON, 353.

¹⁶⁴ KLUG, ULRICH, op. cit. en ZStW (68), pp. 398 a 416 (414); igual SCHÖNKE-SCHRÖDER, 609.

duce por un encerramiento conceptual, en la consunción se opera por un encerramiento material y *en la subsidiaridad por una progresión de la afectación típica.*

La idea según la cual sólo hay dos formas de concurrencia aparente, admitiendo como tal a la especialidad y a la subsidiaridad, sería correcta si olvidamos que el tipo no es un concepto meramente formal, sino que demanda un contenido material, que está dado por la afectación del ente que es presunto objeto de tutela jurídica. *Recién cuando contemplamos este requerimiento material de la tipicidad vemos que junto a la forma de encerramiento conceptual —especialidad— hay una forma de encerramiento material, y que desde un punto de vista material, también aspecta una forma diferente la subordinación que tiene lugar por una cobertura formal que apunta a otros puntos de vista, que la operada por una cobertura material que responde también a combinaciones con distintos objetos de tutela, y que ambas se distinguen nítidamente de la cobertura que se opera sólo por intensificación de la afectación del mismo bien jurídico.*

La *especialidad* tiene lugar cuando un tipo que apunta a combinar la tutela con la de otros objetos abarca conceptualmente al tipo desplazado; la *consunción* cuando en caso similar al anterior abarca materialmente la tipicidad que eventualmente puede darse; la *subsidiaridad* cuando la tipicidad que tutela el mismo bien jurídico desplaza a la que abarca un grado menor de afectación.

Conforme a lo dicho, la subsidiaridad abarca el supuesto del llamado "*hecho anterior impune*", que comprende los casos en que las etapas posteriores del *iter criminis* desplazan a las anteriores. Así, quedan en posición subsidiaria los actos preparatorios tipificados respecto de los actos ejecutivos, siempre que no excedan en ningún sentido el objeto de la tutela. Los actos ejecutivos quedan subsidiados por el delito consumado. La complicidad queda subsidiada por la instigación y, ambas, por la autoría. La comisión culposa queda subsidiada por la dolosa.

En general, el criterio valorativo rector respecto de qué es lo subsidiado se extrae de la cuantía penal, que es indicadora del grado de afectación. Se entiende que el grado de afectación más intenso es el que está conminado con pena más grave y, por consiguiente, es el que desplaza a los menos graves. Por supuesto que en cada caso habrá que establecer antes que la escala penal no se halle alterada por alguna referencia a la culpabilidad.

Aunque la problemática planteada por la *elección alternativa de la tipicidad penal (Wahlfestellung)* tiene una incuestionable trascendencia procesal, no cabe pasar por alto sus aspectos penales de fondo, que apuntaremos brevemente. Este fenómeno tiene lugar cuando en el plenario (o juicio en sentido estricto), agotados todos los medios probatorios, el tribunal tiene la certeza de que el procesado ha incurrido en una tipicidad, pero no puede establecer con seguridad en cuál, pues por insuficiencia de prueba se le presentan dos o más en forma alternativa o excluyente. Tal es el caso de la alternativa entre robo o encubrimiento, por ejemplo ¹⁶⁵.

Aunque a primera vista parezca esto una cuestión procesal, lo cierto es que tiene una lógica y necesaria implicancia penal, puesto que la necesidad de determinación del tipo y de la tipicidad es la que funda en el derecho procesal penal el principio *in dubio pro reo* ¹⁶⁶ y, lo cierto es que cuando se ha probado insuficiencia de hecho, de modo que si no configura una tipicidad A configura una tipicidad B, en verdad, haciendo operar el principio *in dubio pro reo*, respecto de cada una de ellas aisladamente, no está determinada ni la tipicidad A ni la tipicidad B. Por ello, el manejo arbitrario e ilimitado de esta elección alternativa puede traducirse en una violación al principio de legalidad, porque en definitiva se estaría condenando sin individualizar legalmente la tipicidad por la que se impone la pena.

De allí que en la jurisprudencia alemana del antiguo tribunal del *Reich* se había limitado mucho esta posibilidad, y que en 1935, en consonancia con el desprecio por el principio de legalidad, se la introdujera sin restricciones, reformando la ordenanza procesal, reforma que quedó sin efecto en 1946

Por cierto que tanto el rechazo absoluto de la posibilidad de establecer la tipicidad en forma alternativa, como su admisibilidad sin límite alguno, son dos posiciones extremas que no pueden admitirse ¹⁶⁷, puesto que el primero descuida cualquier consideración racional desde el punto de vista político-criminal, en tanto que el segundo afecta muy seriamente la seguridad jurídica. No cabe duda que es inadmisibles que un sujeto pueda por esta vía ser condenado por estafa cuando la tipicidad alternativa era la de complicidad en aborto (caso admitido en Alemania en vigencia de la reforma de 1935), pero también resulta absurdo que cuando no se sepa si el delito se consumó o quedó en grado de tentativa, se pretenda absolver al autor.

No corresponde aquí que tratemos los aspectos procesales del problema, tales como si es precedente o no una acusación alternativa. Respecto de ellos creemos, en general, que si el supuesto fáctico que configura la alternativa o da base para la misma, no se ha introducido al debate, no hay posibilidad alguna de condenar, porque al no haber existido posibilidad de argumento defensivo, se estaría condenando sin el debido proceso legal. Pero, lo que nos preocupa, porque tiene un incuestiona-

¹⁶⁵ V. RUDOLPHI, 369.

¹⁶⁶ Cfr. BLEI, 35.

¹⁶⁷ MAURACH-ZIPP, 139-140.

ble fondo material, es si aún introducido al debate el supuesto fáctico, la elección alternativa puede tener lugar ilimitadamente entre cualquier clase de tipos.

Se han señalado distintos supuestos de esta forma de individualización alternativa ¹⁶⁸. 1) Un supuesto es la *alternatividad fáctica* (dos declaraciones testimoniales contradictorias en distintos momentos: es falsa la primera o lo es la segunda). La solución es eminentemente procesal y no vemos inconveniente alguno en la medida en que ambas posibilidades fuesen introducidas al debate. 2) Otro es el de la *relación lógico-conceptual escalonada*, que hace al derecho material y es perfectamente admisible, estableciéndose tal relación, aunque sólo se hubiese deducido acusación por la tipicidad más grave (homicidio calificado y simple; robo y hurto; violación y coacción; consumación y tentativa; etc.) 3) Casos en que media una *relación escalonada normativa*, en la cual, si bien no hay un escalonamiento conceptual, lo hay en cuanto al grado de intensidad de la imputación ¹⁶⁹, y que —pese a haber sido objetada como analógica ¹⁷⁰— la creemos admisible, aunque sólo hubiese mediado acusación por la atipicidad más grave (son las alternativas entre el dolo y la culpa, preterintención y culpa, autoría y participación, complicidad primaria y secundaria, instigación y complicidad). 4) Por último, nos parece admisible, siempre que se lo hubiese introducido en el debate, la elección alternativa *entre el hecho anterior y el posterior co-penado*.

No nos parece que sea ampliable a otros supuestos diferentes, para lo cual se han ensayado criterios que, en definitiva, son pocos claros y, por ende, sumamente arbitrarios. Algunos autores han sostenido la necesidad de que ambas tipicidades sean comparables en sentido ético-jurídico y psicológico. Otros exigen una identidad del “núcleo del injusto”, expresión que no es unívoca, puesto que para unos se traduce en la identidad de bien jurídico y para otros en un disvalor equivalente de la acción. Rudolphi sostiene que es admisible sólo cuando son sustancialmente iguales la forma y el ámbito del contenido criminal injusto del hecho ¹⁷¹.

¹⁶⁸ V. RUDOLPHI, 377; JESCHECK, 115.

¹⁶⁹ V. BAUMANN, 166.

¹⁷⁰ Así, MAURACH, 95.

¹⁷¹ RUDOLPHI, 382.

TÍTULO QUINTO
LA CULPABILIDAD

CAPÍTULO XXXI

**LA CULPABILIDAD: CONCEPTO, FUNDAMENTO
Y DELIMITACIÓN**

I - CONCEPTO GENERAL

446. Las dificultades	9
447. Ensayo de una concepción general	11

II - DISTINTOS CONCEPTOS DE CULPABILIDAD

448. La culpabilidad como relación psicológica	14
449. La concepción compleja de la culpabilidad	19

III - LA CULPABILIDAD COMO REPROCHABILIDAD

450. El normativismo como culminación de una evolución conceptual	26
451. El "reproche" y la "reprochabilidad"	27
452. Culpabilidad y reprochabilidad	30
453. El dolo y la culpabilidad normativa	31

IV - EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

454. Su fundamento antropológico	33
455. La imposibilidad de la culpabilidad penal sobre una base antropológica distinta	41

456. Autodeterminación y exigibilidad	44
457. El renacer positivista	47

**V - LA CULPABILIDAD DE ACTO Y LA CULPABILIDAD
DE AUTOR (O RESPONSABILIDAD MORAL)**

458. Planteamiento	52
459. El esquema aristotélico y la culpabilidad	53
460. El transpaso inalterado del esquema aristotélico al campo penal	54
461. El desarrollo doctrinario del problema	56
462. La personalidad del autor y la culpabilidad	61
463. La co-culpabilidad	65

VI - CULPABILIDAD Y ANTIJURIDICIDAD

464. Precisión de sus límites	67
465. La tesis de la exigibilidad considerada como principio regulativo	71

**VI - LOS PRESUPUESTOS QUE REQUIERE EL
REPROCHE DE CULPABILIDAD**

466. Planteamiento general	73
467. Otras posiciones	76

CAPÍTULO XXXII

**LA POSIBILIDAD EXIGIBLE DE COMPRESIÓN
DE LA ANTIJURIDICIDAD**

I - EL REQUERIMIENTO LEGAL DE LA MISMA

468. El requerimiento legal de la misma	81
---	----

**II - LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA POSIBILIDAD
DE COMPRESIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD**

469. Las teorías del dolo	84
470. Las teorías de la culpabilidad	86

III - "CONSCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD"
Y "CONCIENCIA INDIVIDUAL"

471. "Consciencia de la antijuridicidad" y "conciencia individual" 88

IV - NATURALEZA DE LA COMPRESIÓN
DE LA ANTIJURIDICIDAD

472. El carácter potencial y el significado de la "comprensión" 91
473. El derecho penal no puede exigir invariablemente una comprensión efectiva de la antijuridicidad en el delito .. 96
474. La culpabilidad así entendida no penetra la conciencia individual 98

V - EL CONTENIDO DE LA COMPRESIÓN
EXIGIBLE DE LA ANTIJURIDICIDAD

475. Precisión del contenido 100
476. La comprensión de la criminalidad no requiere el conocimiento de la punibilidad 102

VI - FORMAS ESPECIALES

477. Formas especiales 106

CAPÍTULO XXXIII

LA INEXIGIBILIDAD DE COMPRESIÓN DE LA
ANTIJURIDICIDAD POR INCAPACIDAD
PSÍQUICA

I - CONCEPTO DE INIMPUTABILIDAD

478. Concepto y distintos aspectos 109
479. Ubicación sistemática 114

II - LA INCAPACIDAD PSÍQUICA DE COMPRESIÓN
DE LA ANTIJURIDICIDAD

480. La fórmula legal	120
481. La insuficiencia y la alteración morbosa de las facultades	123
482. La perturbación de la consciencia	130

III - PROBLEMÁTICA PARTICULAR DE LA
INIMPUTABILIDAD

483. El trastorno mental transitorio	134
484. El miedo y el momento normativo de la imputabilidad ..	138
485. Inimputabilidad y emoción violenta	139
486. El viejo planteo de los intervalos lúcidos	147
487. El antiguo planteo de la "parcialización de la consciencia"	148
488. La psicopatía	151
489. Deficiencias mentales	159
490. Epilepsia	165
491. Neurosis	168
492. El efecto del grupo sobre el individuo	172

IV - LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

493. La imputabilidad disminuída	165
--	-----

CAPÍTULO XXXIV

LA INEXIGIBILIDAD DE COMPRESIÓN DE LA
ANTI JURIDICIDAD PROVENIENTE DE
ERROR (ERROR DE PROHIBICIÓN)

I - CONCEPTO Y FORMAS

494. Delimitación respecto de otras formas de error	183
495. Distintas formas de error de prohibición	189

II - ANÁLISIS DE FORMAS PARTICULARES DE APARICIÓN DEL ERROR DE PROHIBICIÓN VENCIBLE

496. El error directo que afecta al conocimiento de la norma	184
497. El error de comprensión y la conciencia disidente	196
498. El error indirecto de prohibición	206
499. Error sobre la relevancia penal de la antijuridicidad ..	207
500. Los errores de prohibición invencibles que disminuyen la culpabilidad	207
501. El delito putativo	213

III - ERROR VENCIBLE E INVENCIBLE DE PROHIBICIÓN

502. Error vencible e invencible de prohibición	215
---	-----

IV - LOS EFECTOS DE LA VENCIBILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN

503. Nuestra posición	220
504. El error vencible de prohibición para la "teoría del dolo" y para la "teoría de la culpabilidad"	223
505. El error vencible de prohibición según las teorías estricta y limitada de la culpabilidad	228

V - JUSTIFICACIÓN PUTATIVA Y EXCESO

506. Justificación putativa y exceso	230
--	-----

CAPÍTULO XXXV

INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA POR LA SITUACIÓN REDUCTORA DE LA AUTODETERMINACIÓN

I - PLANTEAMIENTO

507. Planteamiento	233
--------------------------	-----

II - EL ESTADO DE NECESIDAD INculpANTE

508. Delimitación respecto de la coacción	235
509. Su naturaleza jurídica	241
510. Requisitos de la situación de necesidad inculpante ...	248
511. El reconocimiento de la situación de necesidad y la falsa suposición de la misma	253
512. El error de culpabilidad	257
513. La necesidad exculpante en los delitos culposos	261

III - LA REDUCCIÓN DE LA AUTODETERMINACIÓN POR INCAPACIDAD PSÍQUICA (SEGUNDA FORMA DE INIMPUTABILIDAD)

514. La segunda forma de la inimputabilidad	262
515. La conducta impulsiva	264
516. La fármacodependencia	265
517. La individualización de la valoración de esta forma de inimputabilidad	271

IV - LA OBEDIENCIA JERÁRQUICA

518. La fórmula legal	272
519. La disputa en torno de su naturaleza jurídica	277
520. Replanteo dentro de la estructura expuesta	281

TÍTULO SEXTO

PROBLEMÁTICA ESPECIAL DE LA TIPICIDAD

CAPÍTULO XXXVI

EL CONCURSO DE PERSONAS EN EL DELITO

I - LA PROBLEMÁTICA DE LA CONCURRENCIA DE PERSONAS EN EL DELITO

521. Planteamiento general	287
522. Naturaleza de los conceptos de autor y partícipe	289

523. Los conceptos jurídicos: “ejecutores”, “determinadores”, “cooperadores necesarios” y “cooperadores no necesarios” 292

II - AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

524. Conceptos “extensivo” y “restrictivo” de autor 298
 525. Criterios delimitadores entre autoría y participación 300
 526. El criterio del “dominio del hecho” 305

III - FORMAS DE AUTORIA

527. El autor en el código penal: el autor como ejecutor y como determinador 309
 528. Autoría por determinación e instigación 311
 529. ¿Es posible una autoría mediata en la que el determinado también sea autor culpable? 316
 530. Autoría por determinación, autoría directa y autoría mediata 320
 531. Autoría mediata: problemas propios 320
 532. Autoría mediante determinación y error 323
 533. Co-autoría 329

IV - EL TIPO DE AUTORIA DE DETERMINACIÓN Y LA FIGURA DEL “CÓMPLICE PRIMARIO”

534. Delitos de propia mano y “delicia propia” 340
 535. El autor de determinación y la autoría mediante determinación 342
 536. El co-autor y el “cómplice primario” 346

V - AUTORIA DOLOSA Y CULPOSA

537. Autoría dolosa y culpôsa 349

VI - CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA PARTICIPACIÓN

538. Concepto y fundamento de la punición 354
 539. Delimitación del concepto 360

VII - LA ESTRUCTURA DEL DELITO DEL
PARTICIPE

540. El aspecto objetivo	366
541. El aspecto subjetivo	370
542. Algunas formas de aparición de la participación	374
543. El problema de la llamada "comunicabilidad de la circunstancias"	375
544. Las circunstancias personales que influyen sobre los partícipes	385

VIII - PARTICULARIDADES DE LA INSTIGACIÓN

545. Concepto y aspecto subjetivo	391
546. Aspecto objetivo de la instigación	393

IX - PARTICULARIDADES DE LA COMPLICIDAD

547. Aspecto objetivo de la complicidad secundaria	397
548. Aspecto objetivo de la complicidad primaria	406
549. El aspecto subjetivo de la complicidad	407

CAPÍTULO XXXVII

LAS ETAPAS DEL DELITO

I - EL "ITER CRIMINIS"

550. Actos preparatorios	409
551. Actos de tentativa	412
552. La consumación y el agotamiento	418
553. Las distintas teorías acerca del fundamento de la punición de la tentativa	421
554. El fundamento de la punición de la tentativa en nuestro código	427

II - LA TIPICIDAD DE LA TENTATIVA

555. La tipicidad subjetiva	432
556. Casos en que el dolo eventual no configura el aspecto subjetivo de la tentativa	435

557. El comienzo de ejecución: distintos criterios para distinguir los actos preparatorios de los actos ejecutivos	444
558. Los límites de la tentativa en delitos calificados, en los llamados "de pura actividad", en los habituales y en la autoría mediata	456
559. Culpabilidad y tentativa	461

III - LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE

560. Naturaleza y fundamento de su punición	463
561. Tentativa inidónea, delito imaginario (o putativo) y ausencia de tipo	467
562. La inidoneidad del objeto y del sujeto como casos de ausencia de tipo	471
563. El límite entre tentativa idónea e inidónea	472
564. La tentativa irreal	477

IV - EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO

565. Naturaleza jurídica y fundamento	479
566. Los presupuestos del desistimiento	484
567. La voluntariedad del desistimiento	488
568. Desistimiento de la tentativa inacabada y de la tentativa acabada	494
569. El desistimiento del partícipe	498
570. El desistimiento de la tentativa calificada	500

V - PARTICULARIDADES DE LA TENTATIVA EN LA ESTRUCTURA OMISIVA

571. Particularidades de la tentativa en la estructura omisiva	502
--	-----

CAPÍTULO XXXVIII

UNIDAD Y PLURALIDAD DE DELITOS

I - LA DIVERSA CONSIDERACIÓN LEGAL

572. La diversa consideración legal	511
---	-----

II - UNIDAD Y PLURALIDAD DE ACCIONES

573. "Unidad del hecho" es "unidad de la conducta"	520
574. La insuficiencia del concepto de conducta como carácter genérico del delito para determinar su unidad	525
575. El rechazo del criterio del "uso del lenguaje" o "natural concepción de la vida"	527
576. El factor final y el factor normativo en la unidad de la conducta	529
577. Distintos supuestos de unidad de conducta	534

III - EL CONCURSO REAL O CONCURSO DE DELITOS

578. El concurso real propio	540
579. El delito continuado como caso de concurso real aparente	541

IV - EL CONCURSO IDEAL

580. El concurso ideal propio	554
581. El concurso ideal impropio o la concurrencia aparente de tipos o leyes penales	557

Este libro se terminó de imprimir
en febrero de 1.999 en
Talleres Gráficos CYAN S.R.L



Potosí 4471
Tel. 0541 - 1 - 4982-4426
Buenos Aires - Argentina