

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Injusto y punibilidad en la teoría del delito actual

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Enrique Bacigalupo

DIRECTOR:

Luis Rodríguez Ramos

Madrid, 2015

Enrique Bacigalupo

TP
1983
054



* 5 3 0 9 8 6 0 4 6 6 *

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE

53-37-142-0

INJUSTO Y PUNIBILIDAD EN LA TEORIA DEL DELITO ACTUAL

Departamento de Derecho Penal
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid
1983



BIBLIOTECA

Colección Tesis Doctorales. Nº 54/83

© Enrique Bacigalupo
Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía
Noviciado, 3 Madrid-8
Madrid, 1983
Xerox 9200 XB 480
Depósito Legal: M-5408-1983

INDICE

ADVERTENCIA	J
CAPITULO PRIMERO	
Introducción metodológica	1
1. Los dogmas de la dogmática penal	2
2. Elementos "positivos" y elementos "negativos" de la teoría del delito	34
CAPITULO SEGUNDO	
Injusto culpable (delito) y punibilidad en los diferentes sistemas dogmáticos	53
1. Injusto culpable y punibilidad en el sistema dogmático de las teorías absolutas	54
2. Injusto culpable y punibilidad en el sistema de la prevención especial	71
A) La influencia de la prevención especial en el sistema de la teoría del delito	72
B) La problemática de la punibilidad en el sistema de Franz v. Liszt	86
CAPITULO TERCERO	
Cuestiones teórico-jurídicas implicadas en la distinción injusto-culpable (delito) y punibilidad	101
1. Deber jurídico y punibilidad	104
2. Excepciones de la norma y excepciones de la punibilidad	113
3. Exclusión de la culpabilidad y exclusión de la punibilidad	132
4. Elementos del tipo (supuesto de hecho) y elementos de la punibilidad	138
5. El doble ámbito de juzgamiento	146
6. Resultados parciales	163
CAPITULO CUARTO	
La integración de injusto culpable y punibilidad en una categoría unitaria	174
1. La unidad de las categorías de "injusto culpable" y "punibilidad" y la teoría del tipo penal (supuesto de hecho)	175
2. Otros desarrollos del mismo punto de vista	183
3. La inclusión de los elementos de la punibilidad en lo injusto culpable	188
CAPITULO QUINTO	
Propuesta de una solución y conclusiones	203
1. Replanteo del problema	204
2. La conciencia de la punibilidad como presupuesto de la punibilidad	208
3. El fundamento de la limitación de la participación	223
4. Conclusiones finales	227

ABREVIATURAS

GS	Der Gericht Saal
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
BGH	Bundesgerichtshof — Entscheidungen
NPI	Nuevo Pensamiento Penal
StGB	Código Penal Alemán
C.Pol. Cr.	Cuadernos de Política Criminal
JR	Juristische Rundschau
RG	Reichsgericht — Entscheidungen
Fam RZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
JAr.	Jurisprudencia Argentina
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
JZ	Juristenzeitung
JuS	Juristische Schulung
JA	Juristische Arbeitsblätter
LK	Leipziger Kommentar
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
SK StGB	Systematischer Kommentar zum StGB

A D V E R T E N C I A

El presente trabajo podría ser considerado como el intento de realizar una "investigación básica" en la dogmática penal actual (Grundlagenforschung). Su objeto exige, por lo tanto, un alto grado de abstracción, pues sólo podría alcanzarse mediante un análisis pormenorizado de las conexiones de las teorías dogmáticas con las teorías jurídicas generales que están implícitas en ellas (1).

La finalidad que se persigue con esta investigación obliga, en consecuencia, a concentrarse primeramente en las teorías originales que fueron objeto de recepción en nuestro medio cultural. Este problema, el de la recepción y desarrollo de las categorías de la dogmática jurídico-penal alemana en los países de habla hispánica, merecería sin duda una investigación independiente. Con respecto a ella este trabajo es, en realidad, preparatorio. Por ello no debe llamar la atención que se limite a una crítica de la dogmática alemana que tanta influencia tiene en nuestro medio desde la adopción de sus paradigmas fundamentales por obra de Luis Jiménez de Asúa, Sebastián Soler, José Arturo Rodríguez Muñoz y José Antón Omeza. En verdad se trata de un fenómeno que hunde sus raíces en el siglo XIX y en la influencia que ejerció en nuestra cultura jurídica el "Krausismo"; sus causas y consecuencias pormenorizadas siguen siendo motivo de significativas investigaciones (2).

Nuestro punto de partida puede concretarse de la siguiente manera: sin una crítica del material teórico receptado será difícil, sino imposible, entender y percibir el aporte que España e Iberoamérica han hecho a una ciencia a la que están ligados los nombres de juristas excepcionales de nuestra historia.

II

Antes de comenzar con la investigación propiamente dicha resta sólo una aclaración. Este trabajo no se refiere a un orden jurídico concreto, sino a las categorías que los juristas del derecho penal utilizan para la interpretación y sistematización de un ordenamiento jurídico-penal. Ello no excluye, sin embargo, que ocasionalmente se traten problemas que tienen una vinculación estrecha con ciertos textos legales.

III

NOTAS

- (1) Confr. Dreier, *Recht-Moral-Ideologie, Studien zur Rechtstheorie*, 1981, pag. 70 y stes.
- (2) Confr. Elías Díaz, *La filosofía social del Krausismo español*, 1973.

CAPITULO PRIMERO

Introducción Metodológica

- 1. Los dogmas de la dogmática penal.**
- 2. Elementos "positivos" y elementos "negativos" de la teoría del delito.**

1. Los dogmas de la cosmología renal

a) "Como ciencia sistemática -dice Welzel (1)- (la ciencia del derecho penal) brinda el fundamento de una administración de justicia igualitaria y justa, caso que sólo la comprensión de las conexiones internas del derecho elevan la aplicación del mismo por encima de la casualidad y la arbitrariedad"

La realización práctica de este punto de vista se vinculó con la deducción de toda sentencia judicial de la ley en sentido formal y con la exclusión de las decisiones del intérprete en el proceso interpretativo: toda sanción penal y todo comportamiento punible debe ser deducido de o fundado en una ley formal.

Sin embargo, de un análisis del trabajo de los dogmáticos surge que el dogmático penal se encuentra ante la necesidad de decidir en favor de una u otra interpretación del derecho positivo penal, sin que, pueda deducir su decisión de los textos legales.

Así, por ejemplo, cuando la interpretación de las reglas legales de la autoría y la participación parte de criterios objetivos o subjetivos, lo que incide directamente sobre la determinación de quién es el autor de acción y estará sujeto, por lo tanto a la pena más grave prevista para los autores. (2)

La misma situación se presenta cuando tanto la teoría como la práctica están de acuerdo en admitir -ante el total silen-

cio de la ley- una extensión de los tipos penales, reuactados en la ley en forma activa, a los comportamientos omisivos que infringen el deber de evitar el resultado prohibido, definiendo a la vez las bases que permitirían equiparar la omisión con el actuar positivo (3).

La calificación de los causas que tienen por consecuencia excluir la responsabilidad penal en alguna de las categorías reconocidas por la dogmática de la teoría del delito (causas de justificación, excusas absolutorias o causas que excluyen la culpabilidad o la disculpan) depende de que se considere el caso concreto como una excepción de la norma o no y ésto, por otra parte, de definiciones (p.e. de la norma) que no es posible deducir del texto legal (3).

Inclusive las pautas a seguir en el momento de la interpretación de la ley penal requieren decisiones que tampoco pueden deducirse de la ley. Puestos ante el texto de la ley es posible afirmar, p.e., que "la estrecha vinculación con el texto ha sido reconocida como un medio inadecuado para salvaguardar la seguridad jurídica" (4). Así como también es posible ir todavía más lejos y afirmar que "muy a menudo la interpretación¹ como resultado un sentido de la ley que se diferencia considerablemente del sentido literal directo y primario", razón por la cual se estima conveniente distinguir entre el "supuesto de hecho del texto" (Wortlautbestand) y el "supuesto de hecho de la interpretación" (Auslegungstatbestand) (5).

Dentro de la misma problemática, el intérprete debe decidirse por respetar la voluntad (histórica) del legislador (teoría subjetiva de la interpretación) o por definir el "sentido objetivo actual" (6) de la ley, lo que suele fundamentarse alegando que es preciso "mantenerse fiel a la voluntad expresada -aunque sólo en forma de indicación- por el legislador histórico en la ley, siempre y cuando no aparezcan imperiosas razones de justicia, nuevas situaciones, o sencillamente el espíritu de la época que conviertan la decisión valorativa del pasado en una decisión superada"(7). Tampoco en este caso podrá el intérprete deducir su decisión de un texto legal.

Inclusive principios aparentemente tan claros como el de legalidad requieren decisiones interpretativas sin las que no es posible fijar su contenido (8); como es sabido, las conclusiones que de él se deducen varían considerablemente según que se lo considere como la Carta Magna del Delincuente o como la Carta Magna del Ciudadano (e a.)

Múltiples son también los ejemplos que podrían darse respecto de la parte especial del derecho penal. Dada la trascendencia que tiene en la interpretación de los delitos particulares, alcanzo aquí con señalar el grado de libertad decisoria con que los cognómicos operan en la definición de los bienes jurídicos protegidos.

Los ejemplos que acaban de darse -y que podrían ampliarse- resultan difícilmente compatibles con las representaciones

corrientes sobre la dogmática penal. Estas concepciones de la dogmática persisten en la actualidad en la idea fundamental de hace por lo menos un siglo. Cuando hoy se afirma que "la teoría general del delito tiene que ser deducida de la ley" (11), no se hace sino reiterar la idea de v. Liszt, según lo cual "si la ley penal es la única fuente del derecho penal, ello significa que cuestiones tales como si y cómo debe sancionarse, tienen que ser respondidas exclusivamente a partir de la ley" (12). No cabe duda, a mi juicio, de que tales puntos de vista se basan en la convicción de que la dogmática penal logra sus resultados independientemente del arbitrio personal del intérprete, es decir, de sus decisiones personales (13).

Sin embargo, los ejemplos expuestos han estimulado el surgimiento de dudas respecto de la concepción fundamental de una ciencia que afirma deducir todo su conocimiento de la ley positiva, o sea que reconoce como punto de partida de su cadena de fundamentaciones sólo aquello que está expresado en la ley con independencia de las opiniones del intérprete. Tal concepción fué calificada ya a principios de este siglo como la creación de una apariencia (14) y actualmente no faltan quienes cuestionan su cientificidad (15). La independencia de los conceptos dogmáticos respecto del sentimiento jurídico, que en general fué considerada como una forma de garantizar la exclusión de las decisiones del intérprete en la aplicación de las leyes penales, comienza a ser dejada de lado en forma más o menos abierta cuan-

oo se estima que "la dogmática (es) una sistematización de reflexio-
nes basadas en el sentimiento jurídico", afirmándose a la vez que
"el sentimiento jurídico impregna la dogmática", al tiempo que
ésta educa al sentimiento jurídico" (15 a.)

Ante esta situación, el problema central a investigar
es el de los verdaderos dogmas de la dogmática penal, o dicho con
otras palabras, el de los puntos de partida de las cadenas argu-
mentales de las fundamentaciones jurídico-penales. Dichos puntos
de partida pueden consistir en la dogmatización de algún crite-
rio inicial que quiere sustraerse a toda crítica o en la admisión
de un punto de partida meramente hipotético, susceptible, por lo
tanto, de ser sometido a la crítica (17). Este último punto de vis-
ta exige plantearse la posibilidad de una dogmática penal cuyos
"dogmas" pueden no ser definitivos a pesar de la permanencia de
los textos legales.

Si este es el objetivo de la investigación, resultará
imprescindible un análisis de la metodología en la que se ha fun-
dado la dogmática penal actual, así como intentar una descripción
de su función. Esta función en sí misma no es cuestionada por el
presente trabajo. Sólo se procura investigar el déficit teórico
del método dogmático si se lo compara con el estado actual de otras
ciencias.

Los escritos de contenido metodológico referidos directamente a la dogmática penal son relativamente muy pocos. Ello podría explicarse quizás por la fuerte influencia del positivismo, que a pesar de lo que generalmente se supone, no ha sido definitivamente superado, y que consideró a las reflexiones sobre el método de la ciencia como un objeto ajeno al interés científico.

b) Cuando se dice que la dogmática penal es una ciencia práctica, quiere afirmarse que tiene la finalidad de servir a la realización racional de una determinada actividad del Estado regulada institucionalmente por el principio según el cual el órgano que aplica la ley no es competente para crearla. Desde este punto de vista la función de la dogmática consistiría en determinar específicamente la base legal con la que es posible resolver legítimamente un caso concreto juzgado ante los tribunales. La dogmática penal asume, entonces, la tarea de concretar en proposiciones menos abstractas que las contenidas en la ley, ciertas reglas de conducta, para lo cual debe definir las condiciones bajo las que tales concreciones pueden considerarse legítimamente como contenidas en la ley (16). Por ejemplo: la ley establece la punibilidad de la tentativa de delito, mientras la dogmática concreta este enunciado estableciendo con qué amplitud el mismo alcanza a la tentativa inchoada y, eventualmente, si lo alcanza (cuando la ley guarda silencio al respecto como el C.P. alemán de 1871); la

ley garantiza la protección de la vida humana y la dogmática debe establecer si esa protección comienza ya en el momento de la fecundación del óvulo o si, por el contrario, sólo rige a partir de la fijación del óvulo fecundado a partir de las paredes del útero.

Por lo tanto, la dogmática permite que, en el momento de la aplicación de la ley, el juez disponga de reglas más concretas y cercanas al caso específico que se juzga que las establecidas en la ley. Dicho de otra manera: en la medida en que concreta, la dogmática penal también multiplica el número de proposiciones que el juez tiene a su disposición para juzgar los casos que se le someten a su juzgamiento (19).

La fundamentación de esta tarea de la dogmática penal adquiere una especial complejidad en razón de que institucionalmente el Derecho Penal prohíbe recurrir a la analogía y al derecho consuetudinario por imperio del principio de legalidad, con lo que sus puntos de partida son sustancialmente más estrechos que los de otras ramas del derecho (20).

¿Cómo se fundamentan los logros conceptuales de la dogmática penal en el sentido antes descrito? ¿Con qué medios se garantiza que las concreciones de las reglas de comportamiento que son el producto de la actividad dogmática provienen del contenido del texto legal?

Para llevar a cabo el programa institucional del derecho penal, la ciencia dogmática partió de una rígida distinción entre valoración y conocimiento. La valoración, es decir las decisiones políticas, quedarían reservadas al poder legislativo, mientras que el conocimiento de las leyes fué la materia reservada al poder judicial. Esta combinación de los aspectos institucionales con una determinada concepción filosófica del conocimiento, alcanza, probablemente, su expresión más pura en la tendencia a reconocer en el fin perseguido por la norma jurídica una cuestión sólo relevante en el momento de la decisión legislativa, que, paralelamente, no debe incidir en la elaboración de los conceptos dogmáticos, que deben limitarse a ser "categorías formales" (20 bis). No obstante ello, la historia dogmática del siglo XX muestra una constante tendencia a quitar nitidez a este punto de vista. Ejemplo de ello es el método teleológico y los conceptos materiales como el de la "teoría de la antijurídica material" (20 ter). La compatibilidad de estas concepciones con los puntos de partida metodológicos y los principios institucionales del derecho penal no ha sido en ningún caso suficientemente profundizada.

Estas circunstancias nos permiten advertir que el problema de las decisiones y de su lugar en la ciencia del derecho penal está presente en la historia dogmática, aunque de una manera poco clara.

Comencemos el análisis por los principios metodoló-

gicos, tal como éstos fueron explicitados por los pocos dogmáticos penales que se ocuparon del tema, pero teniendo presente que es posible suponer que entre estas declaraciones metodológicas y la realidad de la labor dogmática existe una distancia considerable.

La fisonomía conceptual de la dogmática penal actual no ha superado todavía su vinculación directa con el ideal científico del positivismo. La dogmática penal, lo mismo que la sociología de fines de siglo (21) partió de la base de que era posible proceder en la ciencia del derecho de la misma manera que en las ciencias naturales y, por lo tanto, considerar a su objeto como cosa. Ello significaba, en verdad, descartar toda pre-noción o "todo concepto formado fuera de la ciencia y por necesidades que nada tienen de científicas" (22). Este proceder implicaba, naturalmente, el rechazo de toda dependencia respecto de la filosofía, o lo que era lo mismo, de toda metafísica (23). Tal actitud resultaba necesaria, pues para el positivismo "sólo hay tautologías lógicas o proposiciones empíricas" (24), por lo que únicamente podían considerarse "como científicos (o legítimos) aquellos conceptos 'surgidos de la experiencia', es decir, que pudieran ser reconocidos lógicamente y conceptos empíricos elementales (sensaciones, impresiones, percepciones, recuerdos de vivencias)" (25).

Trasladados estos puntos de vista a la ciencia del Derecho penal, dogmas y textos legales del Derecho positivo vigente

deben ser conceptos idénticos. El texto legal del Derecho positivo constituía la "realidad" de la que era posible inferir lógicamente conceptos, de la misma manera que la experiencia hubiera permitido hacerlo en las ciencias naturales. Un ejemplo claro de la adopción de este modelo lo brinda Franz v. Liszt, quien sostuvo primero en 1861 que "la ley penal es la única fuente del Derecho penal" y procuró llevar a la práctica esta máxima mediante las reglas metodológicas que expuso 5 años más tarde (26). Con posterioridad, utilizando un mayor número de palabras, pero introduciendo ideas de poca significación, el criterio metodológico de Liszt fue reiterado en Italia por Arturoocco (27).

El esquema fundamental de este método se concreta en las siguientes consideraciones:

a) El jurista del Derecho penal debe comenzar -según Liszt- por "recolectar el material" o sea, las "normas jurídicas que componen su objeto"....y que "se encuentran en el derecho vigente" (26). La circunstancia de que el Derecho penal vigente haya sido fijado por el legislador lo convierte en "un hecho", por lo que el jurista podía equiparar su situación frente al objeto de su conocimiento con la del científico de las ciencias naturales, que describen la realidad definida como independiente de él, pero lo cual debe reunir previamente las cosas que quiere estudiar. Lo mismo que en la física pudo afirmarse que "el desarrollo del pensamiento del Cristianismo pareció llevar a Dios al cielo y tan lejos de la tierra (que) resultó razonable considerar a la tierra

como independiente de Dios"...y "a la naturaleza como algo independiente de los hombres, es decir, como algo que podía describirse, explicarse y comprenderse 'objetivamente' tal como ella es" (29), el jurista podía emitir juicios científicamente válidos (en el sentido positivista) sobre su objeto centrando su atención en el Derecho positivo que debía considerar sin pre-nociones, o sea, dejando de lado el Derecho natural, la filosofía.

De esta manera, como todo objeto de la experiencia, el Derecho positivo resulta ser simplemente dado, lo que en la concepción positivista quiere decir: como tal no problemático (30).

b) Una vez reunido el material, el cognoscitivo penal debe deducir sus conceptos de las normas jurídicas. Tanto en las formulaciones de v.Liszt como en las de Koczo esta fase del método se explica con un alto grado de confusión y sólo es posible reconocerla implícitamente. Liszt habla de un "análisis exacto de las proposiciones jurídicas y de los conceptos que en ellas se conectan como sujeto y predicado" (31), tarea en la que "el fino sentido del jurista debe superar su prueba" (32). Agregando luego que "las definiciones jurídicas así obtenidas constituyen al mismo tiempo un valioso material para una rica y fructífera síntesis" (33), expresiones todas éstas con las que parece referirse, ante todo, al método gramatical. Implícitamente alude al carácter deductivo del método jurídico cuando él afirma que la ciencia del Derecho penal es una ciencia práctica que "puede esperar que en sus conceptos últimos se encuentren incluidos realmente todos los

subordinados y mediante abstracción y definición agotar su objeto" (34). "De esta manera -dice v. Liszt en otra parte- se le niega también a la ciencia fuerza creadora del derecho. Mediante el arte de la interpretación, ésta tiene que poner en claro el contenido de las proposiciones jurídicas, pero por medio del desarrollo conceptual puede descubrir proposiciones jurídicas existentes pero no formuladas expresamente" (35). Anteriormente había dicho con más claridad: "el desarrollo de una proposición jurídica a partir del conjunto de las restantes, o sea el descubrir una proposición jurídica ya existente, pero no incluida directa y expresamente, es admisible sin límites también en ámbito del derecho penal" (36).

Es evidente que Liszt debía respaldarse para realizar estas afirmaciones, en la lógica deductiva, pues sólo ello permite sostener nuevas proposiciones ya contenidas en la premisa mayor, o sea, en la ley penal, toda vez que una consecuencia lógica deducida de ciertas premisas no tiene mayor contenido que éstas (37). De esta manera, si la premisa mayor es la ley, quedaría garantizado que en la interpretación no se crea derecho. De todos modos, parece claro que Liszt no deseaba cerrarse las puertas a ciertas inconsecuencias con el método deductivo, sobre todo cuando utiliza giros tales como "arte de la interpretación" o cuando recomienda "no abandonarse al formalismo" (38).

c) El tercer y último paso del método de la dogmática penal considerado por Liszt es el de la construcción del sis-

tema (39) "pues sólo el orden sistemático garantiza el dominio total de lo particular. El orden sistemático se eleva constantemente por el camino de la abstracción desde los conceptos más especiales a los más generales; a partir del hurto, del asesinato, del incendio, etc. se desarrolla el concepto de delito... La tarea de ordenación sistemática no descanza hasta alcanzar los conceptos más altos y únicos de cada disciplina jurídica, los conceptos más comprensivos" (40). La ciencia del Derecho penal "no sólo es una ciencia eminentemente sistemática; al mismo tiempo es una ciencia eminentemente práctica; es esto último en tanto es lo primero, y debe preocuparse de ser lo primero si quiere ser verdaderamente lo último" (41).

En resumen, v. Liszt propuso un método que se compone de tres fases:

Parte del "hecho" de las normas del Derecho penal positivo, deduce de ellos los conceptos y los sistematiza mediante generalizaciones. Con ello se espera "facilitar y otorgar seguridad a la aplicación de las proposiciones jurídicas a los hechos de la vida jurídica" (42).

Este método se ha mantenido, en general, hasta hoy. En la última edición de su Derecho penal alemán, decía Welzel en 1969: "La tarea de la ciencia del Derecho penal consiste en desarrollar el contenido de tales reglas (las del Derecho penal) en su interconexión interna y en explicarlas 'sistemáticamente'" (43). En términos no muy distintos, se expresa recientemente Jescheck:

"El núcleo de la ciencia del Derecho penal lo constituye la dogmática penal (teoría del Derecho penal). Ella parte de la ley como fundamento y límite elaborando el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones, ordenando la materia jurídica en un sistema en el que también tienen lugar las decisiones de los tribunales y las opiniones científicas, procuramos encontrar nuevos caminos para la construcción de los conceptos y de la sistemática" (44).

Analicemos a continuación si la permanencia de este ideal científico de la dogmática penal es en realidad explicable por su capacidad de rendimiento en la elaboración de los conocimientos que hoy constituyen el arsenal conceptual de aquélla.

C) Por mayor que sea la buena voluntad es evidente que ajustándose al programa de trabajo contenido en el método de Liszt, nadie podría obtener ninguna de las teorías jurídicas que el propio Liszt formuló. Como descripción del comportamiento científico de los juristas del Derecho penal, la imagen que surge de los criterios enunciados es, por lo menos, incompleta. Como normas metodológicas a las que deberían someterse los dogmáticos del Derecho penal en la elaboración de sus teorías, tales procedimientos carecen de la fuerza explicativa necesaria, pues no expresan el grado de complejidad que en verdad tienen las teorías dogmático-penales.

a) La primera crítica a la que se expone este método proviene del hecho de que el positivismo consideró a la "experiencia como un programa, pero nunca como un problema" (45). Por este motivo, la equiparación de los textos del Derecho positivo con las cosas presuponia la posibilidad de conocerlo sin la interferencia de ninguna pre-noción o presupuesto ideológico. Sin embargo, sea que se cuestione este axioma, sea que se quiera describir el comportamiento de los dogmáticos, se comprobó que la interpretación de las reglas del Derecho positivo no es posible sin definir previamente qué es el Derecho positivo y, por lo menos, cuáles son los criterios para su interpretación. Resulta claro que la definición del "dogma", es decir, de aquello que debe entenderse como el principio de la cadena argumental que culmina en la resolución del caso concreto, no puede fundamentarse deduciéndolo de la ley.

Es sabido que desde el comienzo de la teoría de las normas se tiene conciencia de que conocer su significado "resulta o menudo difícil e inseguro" (46). Por este motivo, los dogmáticos recurren a criterios que les permitan establecer el "sentido razonable" (47) de los mismos. El criterio básico que suele utilizarse es el de descubrir su fundamento. Pero, la eficacia de este procedimiento sólo quedaría acreditada si el texto de la ley resultara explicable por un único fundamento. Por regla general lo que ocurre es todo lo contrario: las normas del Derecho penal y positivo son compatibles con más de un fundamento, ya que -como lo demuestra la historia dogmática- los derechos penales vigentes

pueden explicarse como decantaciones de más de una teoría de la pena y la relación entre los elementos del concepto de delito y éstos es sumamente estrecha (47a). Por ejemplo: la razón de la punibilidad del partícipe puede ser tanto la llamada teoría "de la participación en la culpabilidad" como la del "estímulo o coacción", puesto que los derechos positivos las resisten sin fricciones (4b); la atribución del carácter justificante -y con ello de las consecuencias conocidas respecto de los partícipes- al estado de necesidad se basa en considerar que la salvación de un bien mayor mediante el sacrificio de otro de menor jerarquía tiene efecto justificante, lo que no surge del derecho positivo; la distinción entre elementos de lo injusto (tipo) y condiciones objetivas de punibilidad, sólo tiene sentido si éstos últimos no necesitan ser alcanzados por el conocimiento del autor para fundamentar su responsabilidad penal, conclusión que sólo puede derivarse de una norma no escrita en los códigos penales por la que se niega toda relevancia al llamado "error sobre los elementos de la punibilidad" (49); por último, el concepto de culpabilidad sólo es necesario si se decide partir de una teoría retribucionista de la pena, aunque se admitan también fines preventivos (50); aquí, como en los ejemplos restantes, la decisión no proviene directamente de la ley.

Esta comprobación permite demostrar que, en realidad, las cadenas argumentales que culminan en la aplicación de una disposición legal a un suceso determinado no culminan, o si se quiere, no comienzan en la ley positiva, sino en una serie de

axiomas en los que se consiguiera que que la ley positiva reconociera su fundamento. El hecho ya apuntado, de que las leyes penales pueden ser explicadas a partir de fundamentos distintos, y por lo general excluyentes, pone de manifiesto, entonces, que el punto de partida de las cadenas argumentales de la dogmática penal requiere una decisión del intérprete por uno de los fundamentos posibles. El único límite que existe para esta decisión es que el texto del derecho positivo pueda presentarse como deducible del fundamento elegido. La primera fase del método no sería, por lo tanto, la reunión de las normas jurídicas que componen el objeto de la dogmática penal, sino la selección de los principios de los que se entiende deducible el derecho vigente.

La posición de Liszt sólo hubiera sido correcta si el lenguaje de las leyes penales -y el lenguaje en general- tuviera en todos los casos un significado inequívoco y exacto, suficientemente definido como para identificar un único fundamento de aquéllas. Pero el legislador no se expresa en un lenguaje riguroso (51) y en la legislación moderna se percibe cada vez más una tendencia a recurrir a formulaciones deliberadamente amplias y vagas (51 a.). Si esto es así, la propia técnica legislativa está concionando al dogmático a dar a la regla legal el sentido más riguroso posible, fijando el fundamento de la misma. Precisamente por no haber problematizado estos aspectos de la labor dogmática es que el método de Liszt, y el método dogmático en general, en su ingenuidad, no proporciona criterios para decidir en-

tre varios fundamentos compatibles con un mismo texto o grupo de textos del derecho penal positivo.

La existencia de más de un punto de partida o fundamento posible está implícitamente reconocida en el afundado punto de vista de que toda interpretación "encuentra su límite en el sentido posible de una disposición" (52). Sin embargo, y a pesar de su aceptación en los libros modernos, ella no ha sugerido la necesidad de poner en claro los criterios de selección que utilizan los dogmáticos para "dogmatizar" uno de los sentidos posibles.

Por lo tanto, el jurista del derecho penal comienza su tarea con la formulación de los fundamentos más generales del derecho penal y decide entre ellos en función de ciertos criterios. En esta investigación carece de importancia si desde un punto de vista descriptivo el jurista primero lee los enunciados contenidos en el Código Penal y luego se pregunta por el fundamento de las reglas leídas. No importa aquí la reconstrucción psicológica del descubrimiento del fundamento, sino explicar el itinerario de la fundamentación que va desde la norma individual, que es producto de la aplicación de la ley a un caso concreto, hasta el fundamento último de esa decisión (52a).

b) El segundo aspecto criticable en el modelo de la dogmática penal de v. Liszt es el significado del sistema. Esta crítica está íntimamente vinculada con la anterior. Como vimos, para la construcción del sistema se requería comenzar por la "re-

colección del material normativo" y luego, el "análisis exacto de las proposiciones". Pero si "sólo el orden sistemático garantiza el dominio total de lo particular", como decía v. Liszt, es evidente que el sistema sólo podría cumplir con este cometido antes del análisis "exacto" de las proposiciones; una vez conocido el sentido exacto de esas proposiciones (lo particular) el sistema carece totalmente de función, pues ya no podría brindar nada nuevo ni servir para el "dominio total de lo particular": lo particular ya habría sido "dominado" sin necesidad del sistema. Bajo estas condiciones sólo quedaría para el sistema una función meramente expositiva, de la que no podría esperarse ningún incremento del conocimiento.

El rol del sistema había sido más claro en la llamada "escuela idealista", cuyo mayor representante fue, probablemente, Hälschner. En el marco teórico de ésta el sistema no era la coronación, sino el principio de la tarea dogmática: "si la ciencia ha concebido a una legislación en su unidad sistemática, estará en condiciones de establecer dónde hay una laguna en ésta" (53). Por lo expuesto es que "si el legislador no ha considerado las leyes como meramente individuales, sino que éstas han sido pensadas como un todo, habrá que tratarlas como tal y aplicarlas de la misma forma" (54). En otras palabras: conociendo el sistema, se puede conocer el alcance de la ley. Pero esta concepción era verdaderamente incompatible con una ciencia cuyos conceptos no deben ser sino "referencias ordenadas de las situaciones existentes y las relaciones causales que existen debajo de ellas" (55)

o, en otros términos, "conceptos deducidos de los hechos que constituyen su base" (56). Hülschner, por el contrario, distinguía la "esencia conceptual del delito" de su "aparición concreta" y determinaba aquélla independientemente del derecho positivo (57).

A mi juicio es dudoso que los juristas que adhirieron al concepto positivista de la dogmática penal, hayan tomado rigurosamente en serio la idea del sistema que postularon. Ni el propio v.Liszt pudo sustraerse a la influencia de la escuela idealista, pues su propio concepto del delito requería la determinación de su "esencia conceptual" de una forma similar a como lo pensaba Hülschner. Cuando v.Liszt se preguntaba "¿sancionamos al hombre por lo que hace o por lo que es? ¿es el hecho o el autor el objeto de nuestro juicio?" (58), su respuesta en favor de la sanción del autor está condicionada por decisiones que no se extraen del material normativo recopilado. v.Liszt se inclinó por la sanción del autor basado en su concepción preventivo-especial de la pena y ésta, a su vez, por su profesión de fe determinista. Tales puntos de partida no estaban definidos en la ley interpretada, pues el Código penal alemán de 1871 había sido entendido hasta entonces desde puntos de vista totalmente opuestos: indeterminismo y teoría absoluta de la pena (59).

A esta altura de nuestra investigación es posible alcanzar un resultado parcial, pero también concluyente: el méto-

oo de la dogmática penal funciona en el social científico del positivismo no permite dar cuenta de los teorías dogmáticas corrientes.

La falseada de la concepción crítica puede demostrarse, sobre todo, con argumentos provenientes de la historia dogmática. Con ellos se pone de manifiesto que durante la vigencia de un mismo texto legal se han usado distintas teorías para fundamentar otras tantas interpretaciones que se han sucedido en el tiempo y que siempre han creído tener el mismo origen metodológico. El Código Penal alemán o el español han podido ser interpretados según el paradigma de la teoría causal de la acción, tanto como a partir del paradigma contrario, el de la teoría final de la acción. La diversidad de estos sistemas no los hizo, sin embargo, incompatibles con la ley en sí mismo y el reemplazo de uno por otro no se debe a las fricciones que el primero hubiera podido tener con la ley, sino a una distinta definición de la realidad social que subyace bajo cada una de esas comprensiones del Derecho penal (60). No podría descartarse que las consecuencias determinadas por la transformación sistemática finalista también, hubieron podido lograrse con simples reajustes del sistema causal.

Parece claro, entonces, que la labor dogmática requiere decisiones y toma de posiciones del intérprete que no tienen cabida dentro del concepto de ciencia jurídico-penal tradicional. Salvo raras excepciones, el rol, la naturaleza y la le-

gitimidad de estas decisiones que se dan en la dogmática penal no ha sido estudiados en detalle y han quedado prácticamente fuera de la reflexión científica.

D) Si quisiéramos ahora dar una explicación de esta situación deberíamos hacer referencia ante todo al llamado relativismo metodológico, que de una u otra forma ha dominado el desarrollo de la dogmática desde el comienzo (62).

Partiendo de tal concepción se sostiene que un deber ser sólo puede fundarse en otro deber ser, razón por la cual las proposiciones normativas últimas no pueden fundarse en otra norma, en otro deber ser y la oposición entre tales proposiciones últimas no puede resolverse científicamente. "El método aquí presentado -sostiene Radbruch (63)- se denomina relativista por que tiene por función la de establecer la corrección de los juicios de valor sólo en relación a un determinado juicio de valor superior, únicamente dentro del marco de una determinada concepción del valor y del mundo, pero no pretende fundamentar la corrección ni de esta concepción del valor ni del mundo". El relativismo entendido en este sentido "significa renunciar a la fundamentación científica de las tomas de posiciones últimas, aunque no/^{la} renuncio a la toma de posición misma" (64).

Una aplicación ejemplificadora de estos puntos de vista puede verse raramente en forma expresa. Sin embargo Kelsen se ha manifestado claramente sobre esta cuestión cuando dice: "Con

respecto al método deseo subrayar aquí solamente mi punto de partida. A dichos fines es éste el lugar más adecuado, por que se trata de presupuestos de principio que en última instancia son subjetivos y no susceptibles de discusión". Como consecuencia de ello, al definirse contra el monismo sólo se justifica diciendo que nada más puede agregarse a la frase "yo no soy monista" (66).

De todos modos, si se quisiera arriesgar algún otro tipo de explicación, no sería quizás equivocarse afirmar que las decisiones previas de la dogmática se han mantenido en la sombra también por el deseo de sostener a ultranza el mito de que todo concepto de la misma proviene de la ley y sólo de ella. Este mito sirve también para dar satisfacción a las actitudes conservadoras en la comunicación científica, pues permite rechazar nuevos sistemas dogmáticos alegando simplemente que "no son compatibles con la ley".

Si se quiere ser consecuente con el relativismo metodológico -que no sólo se da en la ciencia del derecho (67)- habría que admitir que los verdaderos dogmas de la dogmática penal son decisiones y elecciones primeras de sus cadenas argumentales y que las mismas carecen de la posibilidad de ser fundamentadas científicamente. En realidad estos dogmas son tales en razón de que están fuera de toda consagración crítica.

La existencia de puntos de partida "extra-legales" ha sido también puesta de manifiesto en el campo específico de

la dogmática penal. A principios de siglo Kantorowicz sostenía que para "obtener un sistema, además de la ley, es preciso recurrir a otras fuentes subsidiarias del derecho, en parte válidas sólo subjetivamente y seleccionadas según puntos de vista valorativos"(68). "Sin la participación del sentimiento jurídico -agregaba más adelante Kantorowicz- no es posible ni eliminar las auténticas lagunas de la ley, o sea que ello requiere poner de manifiesto los propios juicios de valor, ni tampoco siquiera captar comprensivamente los juicios de valor del legislador"(69).

También Radbruch pensaba que las nuevas proposiciones que era posible obtener por el método de inducción incompleta, no adquirían validez por el sólo hecho de haber sido deducidos del principio general previamente inducido. Se requería además una "comprobación en la experiencia" y "experiencia significa sentimiento jurídico" (70).

Grünhut, por su parte, sostuvo también que "la interpretación de los tipos penales legales y la comprensión de sus conceptos requieren una toma de posición y por lo tanto una decisión" (71).

De alguna manera no es ajeno a la idea de que tienen un lugar en la dogmática penal los juicios que exceden el marco de lo cognitivo un autor como Jescheck, que opina que "un sistema jurídico-penal no puede deducirse a partir de unas pocas proposiciones (axiomas) mediante simples inferencias lógicas, pues cada nueva proposición jurídica, en la medida en que tiene su

propio contenido objetivo, presupone siempre una nueva decisión material que, si bien no debe contradecir la premisa mayor, no se deduce de ella sin más" (72). Las expresiones "sin más" hacen evidentemente referencia a la introducción de elementos ajenos a la deducción que no pueden ser sino decisiones del intérprete compatibles con la idea fundamental contenida en la premisa mayor.

Es evidente que para una ciencia que aspira a elevar la aplicación del derecho por encima de la arbitrariedad, la admisión de que sus conceptos tienen una base de decisión resulta poco menos que insostenible si, a la vez, comparte la tesis de que toda decisión es un acto irracional o arbitrario (73). A partir de esta tesis, el cuestionamiento del carácter de "puro" conocimiento lleva implícita la negación de la cientificidad.

Pero si en vez de ponerse en duda la cientificidad de la dogmática se cuestiona el modelo de racionalidad dentro del cual su carácter científico se desvanece, es probable que los resultados sean altamente saludables para aquella. Tal cuestionamiento implica básicamente poner en duda la oposición entre conocimiento y decisión. En efecto, si se parte de que "el conocimiento es una parte de la praxis humana, dejará de tener sentido distinguir entre razón teórica y práctica lo mismo que construir una oposición entre conocimiento y decisión tal como parecería plausible a partir de una teoría del conocimiento que concibe a éste como

revelación de la razón o de los sentidos, es decir como resultado de la contemplación. En la teoría del conocimiento y en la teoría de la ciencia, en tanto ésta tiene carácter metodológico, se trata de lograr la racionalidad de las decisiones, y de esta forma, de la praxis humana en un determinado ámbito de la vida social, haciendo posible en dicho ámbito una crítica relevante" (74).

Este punto de vista es admisible si se admite que tanto "detrás" de las valoraciones como "detrás" de todo conocimiento hay actos de decisión (75). Ciertamente que en ambos casos, en los actos de conocimiento como en las decisiones será imposible una fundamentación última que no se apoye en una decisión (75). Pero un concepto de racionalidad que tome en cuenta estas comprobaciones, aun cuando renuncie a la fundamentación última de sus puntos de partida, no debe necesariamente excluirlas de la crítica (76), sino, precisamente, desarrollarla (77). Dicho de otro modo: la evidencia de que las cadenas argumentales de la dogmática penal tienen su punto de partida en decisiones no tiene por qué excluir estas decisiones de la discusión crítica, es decir del objeto de la ciencia. Por el contrario, es preciso abrir la instancia crítica de los dogmas, es decir, de los puntos de partida.

Aceptadas estas premisas, el proceso de formación de los conceptos dogmáticos del derecho penal consistirá sustancialmente en la elaboración de los fundamentos que permitan fijar el

significado de las reglas contenidas en el derecho positivo. Sin embargo, no es posible reducir la tarea dogmática a la elaboración de los fundamentos últimos, pues en la medida en que por regla las disposiciones del derecho positivo son compatibles con más de un fundamento, se requiere también fijar criterios para decidir entre diversos fundamentos posibles. Asimismo será necesario poner en claro cuáles son los criterios que debe reunir una teoría jurídica para ser considerada científica.

Sobre estos presupuestos de la dogmática existe sólo un mínimo de elaboración y, en parte, se trata de cuestiones desarrolladas sin ninguna sistematización y prácticamente fuera de las discusiones científicas.

La presente investigación, dedicada a las distinciones que se hacen en la dogmática penal entre las categorías de lo injusto y la punibilidad, como se verá, es precisamente uno de los tantos puntos en los que se puede verificar lo que venimos sosteniendo.

Sobre los criterios para decidir en favor de una u otra de las teorías que pueden elaborarse sobre distintos axiomas no existe en la actualidad la menor claridad. Un criterio muy difundido en los últimos tiempos es el de los resultados a que cada axioma conduce en la aplicación del derecho. A esta línea argumental pertenece la tendencia a introducir en el derecho penal consideraciones de política criminal (7E), es decir evaluaciones

de los resultados desde el punto de vista de su eficacia preventiva. La vinculación de este criterio con los conocimientos de las ciencias empíricas de la criminalidad y la poca capacidad de éstos en la actualidad para pronosticar resultados concretos, obliga por lo general a operar con meras suposiciones cuyo respaldo es más o menos débil. De todas formas la decisión por la prevención general o por la prioridad de la prevención especial no podrá ofrecer un fundamento último.

Otro criterio es la consideración de las reglas más concretas que un fundamento permite deducir desde la perspectiva del sentimiento jurídico (Rechtsgefühl). Es un criterio que fué expresamente propuesto por Kadbruch (79) y que suele utilizarse sin decirlo expresamente.

En la actualidad se abre paso otro criterio que considera que la racionalidad de la decisión depende de su "capacidad para lograr consenso" (80). En el derecho penal fué propuesta ya hace medio siglo por Grünhut (81) y actualmente hay ejemplos de cómo podría llevarse a la práctica (82).

Por último no deberíamos olvidar el argumentum ob auctoritate, que en nuestro medio cultural se utiliza a veces exageradamente (83).

La necesidad de una reflexión sobre estos aspectos resulta imprescindible, pues en la actualidad es hoy motivo de

una preocupación como la que sería de esperar.

Resumiendo por fin señalarse tres especies de puntos de partida previos a la ley penal y que condicionan todo pensamiento dogmático. Estos serían los "dogmas" de la dogmática penal y por fin enumerarse de la siguiente manera:

-En primer lugar los axiomas de los que se deducen las reglas del derecho positivo; entre estos axiomas el de más trascendencia es el referido a la esencia de la pena criminal. El grado de libertad que tiene el jurista del derecho penal para definir estos axiomas del derecho penal no es más restringido que el que tiene cualquier otro científico, inclusive no es menor que lo que tiene un científico natural. Fiénsese por ejemplo en la formulación del axioma que establece que la base de toda interpretación es el descubrimiento de la voluntad histórica del legislador o, por el contrario, en el axioma contrario, que define como objetivo de la interpretación la definición del "sentido razonable actual". Es evidente que estos principios pertenecen a la categoría que estamos tratando y es evidente también que la decisión por uno o por otro ni siquiera necesita de la existencia de una ley penal concreta. El dogmático puede sentar cualquiera de estos axiomas aun an-

tes de que se dicte un código penal.

-En segundo lugar definiciones de los criterios de selección de los distintos axiomas que resulten compatibles con el derecho positivo; frecuentemente se tratará de criterios para resolver antinomias; el conflicto entre estos criterios para la solución de antinomias no tiene solución alguna (64).

-En tercer lugar definición de las propiedades que debe reunir una teoría jurídico-penal para ser científicamente admisible (65).

Estos puntos de partida serían entonces los dogmas, en el sentido tradicional, de la agnóstica penal. Repetimos que ello no significa que necesariamente deban comportarse como tales, es decir, como proposiciones últimas sustraídas a la crítica y sobre todo como temporalmente inmutables. En realidad deberían ser considerados como hipótesis (66) y, por lo tanto, sujetos básicamente a la crítica. Aquí no me es posible, sin embargo, entrar en la cuestión de cómo ésta debe llevarse a cabo (67).

De aceptarse estos puntos de vista es de prever que gran parte de las discusiones agnóstico-penales actuales sufrirán una transformación radical; ya no se tratará solamente de saber si la teoría de los elementos negativos del tipo, por poner otro ejemplo, es la teoría correcta o no; habrá que discutir ante todo

los razones que fundamentan las consecuencias a que ella conduce; en sí misma la teoría tiene un valor secundario y contingente. Luego habrá que fundamentar la elección por las razones que inspiran a la teoría y por último habrá que comprobar si cumple con los requisitos que debe reunir una teoría científica del derecho penal.

Dentro de este marco teórico se plantearán seguramente nuevos problemas y al mismo tiempo viejos problemas pueden adquirir una dimensión distinta de la actual. En este sentido parece las relaciones del método propuesto con la concepción tradicional con que ha sido entendido el principio de legalidad y especialmente la prohibición de la analogía que de él se deriva, pueden requerir una profundización (88). Aunque ahora no sea posible entrar en esta problemática, cabe sin duda advertir que cualquiera de las críticas que pudieran hacérsele a nuestras propuestas desde ese ángulo, también alcanzarían a las formulaciones metodológicas implícitas o explícitas de la dogmática penal tradicional.

Las cuestiones implicadas en la distinción entre injusto culpable y punible con que la teoría del delito trabaja desde Binding servirán para demostrar que la mayoría de las discusiones, si no todas, que existen sobre este ámbito carecen de solución adecuada dentro de la metodología tradicional.

2. Elementos "positivos" y elementos "negativos"
de la teoría del delito

La teoría del delito en estructura hoy dominante se compone de los categorías de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Fuera de la teoría del delito, o dentro de ella, según el caso, se hace mención todavía de la categoría de la punibilidad. En la terminología de Binding la punibilidad, sumada a los elementos del delito o al crimen, es decir al delito punible.

Junto a estas categorías "positivas" se reconocen otras de signo contrario, determinantes de la exclusión de algún elemento positivo del delito o del delito punible (89). Las primeras se refieren a lo injusto (tipicidad y antijuricidad) y a la culpabilidad y tienen por resultado la exclusión de estos elementos. Las segundas excluyen la punibilidad del delito y se denominan por la teoría y la práctica excusas absolutorias.

En realidad el concepto de "causas de exclusión de la tipicidad" (90) sólo puede aplicarse en un sentido impropio. Causas de exclusión de la tipicidad, en el sentido de circunstancias o hipótesis de hecho determinadas en las cuales la realización del tipo no contradice la ley o, contradiciéndola, resulta no-culpable o no-punible, no existen. La falta de subsunción de un hecho bajo la hipótesis legal que es condición de la consecuencia jurídica no presenta las características de los demás casos (justificación, no-culpabilidad y no-punibilidad). En éstos estamos siempre ante supuestos de una doble subsunción del suceso bajo dos hipótesis distintas: la hipótesis de la norma (p.ej. matar a otro) y la hipótesis

de la excepción (p.ej. la de la defensa necesaria). A diferencia de los casos de ausencia de tipicidad, todo suceso justificado, disculpado o no-punible se caracteriza por esta doble subsunción que es ajena a los supuestos de concurrencia de adecuación típica.

Desde sus inicios la teoría del delito moderna reconoce esta distinción entre elementos positivos y negativos que se refieren paralelamente a dos grandes unidades conceptuales: lo injusto y la punibilidad. A veces se los ha incluido en un único concepto, el de delito, mientras que otras se ha querido ver dos conceptos diferentes y sólo relacionados entre sí(91).

En el desarrollo actual de estos conceptos dogmáticos no existen problemas serios para la delimitación positiva de las categorías del delito o de la punibilidad. Sin embargo, cuando se trata de establecer los límites de los aspectos "negativos" de tales categorías, la cuestión es sumamente difícil. Se trata de exclusiones de un elemento positivo del delito que sin embargo deja los restantes, que los preceden en el orden lógico, intactos: así la disculpa no modifica la antijuricidad y las excusas absolutorias no afectan ni a la antijuricidad ni a la culpabilidad. A su vez, la clasificación de un supuesto que excluye la pena entre las causas de justificación o de inculpabilidad (o disculpa) o entre las excusas absolutorias tiene considerable trascendencia práctica. La fundamentación de esta clasificación es extremadamente complicada, a pesar de la poca atención que hoy en día se le dedica, y muy probablemente -como se verá en el curso de esta investigación- dudosa

en la mayoría de los casos.

Estas complicaciones específicas de los elementos "negativos" son producto de un doble orden de consideraciones: en primer lugar el grado de abstracción con que se conceptualizan las categorías de lo injusto y la culpabilidad o de la punibilidad es mucho mayor que el requerido por las categorías de la justificación, la inculpabilidad o la no-punibilidad. Estas son, en realidad, concreciones de puntos de vista generales en supuestos muy específicos, y por ese motivo difícilmente determinables con la exactitud que poseerían las categorías "positivas", por su propia naturaleza mucho menos concretas. Se trata por lo tanto de dificultades características de toda concreción de un concepto muy general en otro más concreto.

Por otra parte, todos los supuestos de excepción tienen un efecto práctico común consistente en la exclusión de la pena. Ello impide inducir la naturaleza de cada supuesto concreto de las consecuencias jurídicas del mismo. La exigencia del método cognómico tradicional, que como vimos niega legitimidad a las decisiones del intérprete, encuentra, como consecuencia de lo que acaba de apuntarse, mínimas posibilidades de realización en la cuestión de la clasificación de un supuesto legal de exclusión de la consecuencia jurídica dentro de alguna de las categorías "negativas", paralelas a las positivas.

Definiendo el problema más precisamente es posible

afirmar que a partir de un método que procura excluir las decisiones personales del intérprete en la determinación de las consecuencias prácticas del sistema cognómico, se trataría de encontrar categorías que coincidiendo en la consecuencia práctica, tienen, sin embargo una diversa "naturaleza" de las que es posible deducir otras consecuencias prácticas no expresas en la ley.

En consecuencia, los problemas de límites tienen un distinto grado de complejidad según se trate de las categorías "positivas" o "negativas": es evidentemente más sencillo saber cómo se distingue la antijuricidad de la culpabilidad que establecer si el estado de necesidad excluye la antijuricidad o la culpabilidad o, eventualmente, sólo la punibilidad.

Bajo estas condiciones la distinción de los distintos eximentes adquiere un significado cognómico relativamente autónomo, toda vez que los criterios de delimitación de las categorías "positivas" corresponden a un nivel de abstracción que los hace inadecuados al querer aplicarlos en el terreno de las "negativas".

En la actualidad existe un difundido consenso respecto de los supuestos que excluyen la antijuricidad y la culpabilidad. Las diferencias de criterio son, en ese ámbito mínimas. La cuestión que carece de una fundamentación suficiente es la de la distinción de aquellas hipótesis (causas de justificación y de inculpabilidad) respecto de las excusas absolutorias, a las que se les atribuyen consecuencias jurídicas diferentes, especialmente en lo que se re-

fiere al error y a la extensión en relación a los partícipes.

Es notable que los excusas absolutorias sean tan reconocidas por la teoría como poco fundamentadas. En realidad se trata de cosas en las que su inclusión en la categoría de la punibilidad se decide, fundamentalmente, en razón de los efectos que de ello se derivan, o sea por un método que, en principio, carecería de toda legitimidad.

El tema de las relaciones entre el delito y la punibilidad adquiere, ^{entonces,} un especial interés cuando se analiza la cuestión de las distinciones entre las causas de justificación o de inculpabilidad con respecto a las excusas absolutorias.

Sólo como prolegómeno a nuestra investigación, y con el fin de fijar algunos conceptos referidos a las excusas absolutorias, cabe señalar lo siguiente:

Junto a los casos de las que se han dado en llamar "auténticas" excusas absolutorias, se encuentran también los llamados "condiciones objetivas de punibilidad". En realidad éstas no se diferencian de las excusas absolutorias más que en su formulación (92), pero no en su esencia.

"Injusto y culpabilidad son suficientes, por regla general para fundamentar la punibilidad. Sin embargo hay casos en los que la necesidad de la pena no está definitivamente determinada, sino que la decisión sobre ésta se toma en base a elementos

que están más allá de lo injusto y la culpabilidad * (92a). La ausencia de estos elementos deja intactos lo injusto y la culpabilidad, como es lógico.

Las excusas absolutorias stricto-senso se diferencian, asu vez, las causas (sobrevinientes) que excluyen la punibilidad: por ejemplo el desistimiento en la tentativa. La diferencia fundamental que separa a éstas de las primeras es ante todo temporal. Consecuencia de ello es que el problema del error desaparece como tal, dado que sólo puede plantearse con respecto a circunstancias preexistentes o concomitantes, pues otras no pueden incidir sobre la motivación del autor. No cabe duda de ^{que} se trata de circunstancias que guardan cierta analogía con las causas de extinción de la acción y que por ello su problemática es paralela a la cuestión de la distinción entre derecho penal material y derecho procesal penal (93).

La función práctica de la categoría de la punibilidad se manifiesta a través de las excusas absolutorias en relación a tres campos diferentes: en relación al error, a la participación y a la defensa necesaria, respecto de los que aquella determina efectos específicos.

El error sobre las circunstancias de una excusa absoluta o sobre su existencia legal es considerado irrelevante como consecuencia de la máxima que quita todo valor excusante al error sobre la punibilidad. En este punto se diferencian de las causas de justificación y de las de inculpabilidad donde el error es admitido prácticamente sin limitaciones, siempre que se den las con-

diciones que se resumen en las teorías de la culpabilidad o del dolo.

En referencia a la participación, las excusas absolutorias tienen, en principio, únicamente un efecto personal. En ello coinciden con las causas de inculpabilidad o de disculpa, que sólo tienen efecto respecto de la persona en la que se dan las circunstancias establecidas por la ley. Sin embargo, las concepciones más recientes hablan de excusas absolutorias "objetivas" (94), a las que se reconocen efectos similares a las causas de justificación en el ámbito de la participación. Las excusas absolutorias "objetivas" tienen, de esta manera, un radio de acción más amplio que las causas de inculpabilidad o de disculpa y que las excusas absolutorias "personales". Las razones que fundamentan la personalidad o la objetividad de las excusas absolutorias no han sido hasta ahora puestos en claro de una manera convincente, como se verá en el curso de esta investigación, sólo se las postula como "evidentes".

En relación a la defensa necesaria las excusas absolutorias no excluyen -como las causas de justificación- el derecho de defensa necesaria frente al que obra amparado por ella. Nuevamente se observa aquí una coincidencia de efectos con las causas de inculpabilidad o de disculpa.

Para la investigación de los problemas que estamos presentando sobre las relaciones entre injusto y punibilidad, vistas desde el ángulo visual de los elementos "negativos" del delito,

se ofrecen por lo menos dos caminos.

En primer lugar podría partirse de los supuestos aceptados por los autores, o por lo menos por la mayoría, procurando revisar su vinculación "esencial" con lo injusto culpable o con la punibilidad y extrayendo de esta verificación las consecuencias correspondientes en materia de error y de efecto personal de la eximente en el campo de la participación.

Desde este punto de vista se trataría simplemente de determinar la vinculación de cada supuesto con lo injusto o la culpabilidad -según el caso- lo que permitiría afirmar que el efecto excluyente de la pena en el caso de las excusas absolutorias está determinado por una muy significativa atenuación de la culpabilidad o de lo injusto. La categoría de la punibilidad estaría entonces formada por los elementos "de la cuantificación de lo injusto y de la culpabilidad". De esta manera resultaría ya impropio distinguir -como lo hacen la mayoría de los autores- entre las excusas absolutorias y las causas de disculpa (p.ej. el estado de necesidad disculpante). Sea que se entienda que las llamadas causas de disculpa no excluyen totalmente la culpabilidad, sino que afectan a su cuantificación y al valor apreciable de aquella para fundamentar un reproche de culpabilidad (95) y que sólo debería hablarse de causas "fácticas de inculpabilidad" (96); sea que se entienda que las llamadas causas de inculpabilidad o de disculpa expresan sólo la innecesidad de la pena desde ^{los} puntos de vistas preventivos (96 a),

en todo caso, la distinción entre disculpa e impunidad resultaría prácticamente imposible y las consecuencias respecto del error quedarían sin fundamento alguno.

Con referencia a lo injusto la solución no podría ser paralela. Siempre cubriría la posibilidad de considerar a los elementos de la cuantificación como elementos de la punibilidad. Este fué el punto de partida de Binding, para quien "elementos de la punibilidad -si se trata de casos como el arrepentimiento activo o la retorsión, que intervienen después de la realización de la acción prohibida- sólo podrían serlo las modalidades de los elementos de la contradicción con la norma" (97). Tales conclusiones son, en el contexto de la concepción de Binding, perfectamente explicables: la violación de la norma existe o no existe; pero no depende de un grado determinado de contrariedad con la norma, pues la contrariedad misma no es graduable.

Es evidente que los que determinan la gravedad o la leveza del hecho punible, o mejor dicho del hecho lesivo de la norma, no podrían ser -bajo estas condiciones- elementos de la contrariedad a la norma, ya que ésta se da o no en forma totalmente independiente de ellos. Este criterio se mantiene en algunos autores modernos, como p.ej. Laumann, que piensan que el error sobre la gravedad de la infracción de la norma es un "error en blanco sobre la consecuencia jurídica" (56).

Sin embargo, no caben dudas acerca de la relevancia que las leyes penales y la teoría asignan a ciertos elementos de la cuantificación de lo injusto que aparecen como elementos de un tipo calificado (pe. el art. 10, párrafo 2 del Código Penal español o el § 59 de la antigua reacción del Código Penal alemán). Por lo tanto la fundamentación del límite de elementos de la cuantificación que pertenecen a lo injusto y de los que pertenecen a la punibilidad no dejaría de ser extremadamente problemática, si se quiere incorporar a los elementos de la cuantificación al ámbito de la punibilidad. Básicamente la irrelevancia del error sobre los elementos de la punibilidad quedaría prácticamente sin fundamento adecuado.

La otra alternativa sería un análisis crítico de esta categoría de eximentes atribuidas a la punibilidad y de su significado dentro de los diferentes sistemas dogmáticos. Las excusas absolutorias tienen su origen en sistemas regidos por las necesidades de las teorías absolutas de la pena, de las que la teoría de las normas es el instrumento técnico más acabado de realización.

Ello no ha impedido, sin embargo, que se hayan mantenido en sistemas fuertemente orientados por consideraciones preventivo especial, como ocurre con el representado por Franz v. Liszt. De la misma manera que la oposición de las concepciones de Binding y Liszt es sumamente ilustrativa para el análisis del desarrollo de otras cuestiones dogmáticas (99), también resultará de importancia en relación al tema de esta investigación.

Desde este punto de vista, procuraremos analizar el significado de la categoría de la punibilidad desde la perspectiva de los excusos absolutivos en el contexto de cada uno de los sistemas cognómicos en los que ellos han sido considerados. Exteriormente estos sistemas son bastante similares; sus diferencias residen básicamente en la fundamentación de la pena que se encuentra detrás del sistema de conceptos determinados por ella. En este sentido también las concepciones absolutas inciden sobre la formulación y los límites de las categorías cognómicas. A veces esto no es tenido en cuenta, por que se pretende desconectar los problemas cognómicos de la fundamentación de la pena. En ello parece darse una cierta extensión del principio de las teorías absolutas, según el cual la pena no se dirige a la motivación del autor ni a su reeducación, al campo metodológico, de manera que la fundamentación de la pena tampoco debería incidir en la determinación de las categorías en que se agrupan los presupuestos de la punibilidad (100).

Bajo estos presupuestos, la presente investigación no quiere limitarse a una simple aclaración de problemas interpretativos de los elementos tradicionales de la teoría del delito. Se intenta también cuestionar el método con el que se obtienen las categorías de la teoría del delito. Fundamentalmente la categoría de la punibilidad no ha sido hasta ahora objeto de investigaciones particulares, o por lo menos, sólo ha ocupado la atención de los especialistas en una medida extremadamente reducida (101).

Fuera de los problemas que los elementos de la puni-

biliado presentan en el ámbito de la teoría del hecho punible con relación a las otras categorías de la misma, surgen cuestiones de delimitación frente a los presupuestos procesales que condicionan la iniciación o la prosecución del proceso penal, implicando también, en su caso, la aplicación de las consecuencias jurídico-penales del hecho. Este problema, que como se dijo alcanza a la cuestión de los límites entre el derecho penal material y el procesal, no puede ser abordado aquí.

De las consideraciones anteriores puede deducirse que el interés fundamental es el de ocuparse de lo que podría llamarse "la otra cara de la moneda", es decir, de la realización práctica de un sistema que establece elementos positivos (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, punibilidad) y regula elementos negativos que tienen el efecto de destruir a los primeros. La investigación permitirá revelar que en la clasificación de estos aspectos negativos en referencia a las categorías positivas, se ponen de manifiesto significativas falencias del sistema.

De todos modos, no es posible emprender en esta oportunidad una revisión total del sistema. Sólo quisiéramos definir una estrategia de análisis de la teoría del delito que parece, podría dar resultados fructíferos. Por lo general, los problemas relativos a los aspectos "negativos" del sistema han sido considerados como cuestiones de límites entre excusas concretas. Excepcionalmente se ha tratado la cuestión del estado de necesidad como si fuera el único problema de clasificación de un elemento negativo

en alguna de las categorías positivas. Aquí se demostraría, por el contrario, que esos problemas son mucho más generales.

NOTAS AL CAPITULO PRIMERO

- 1) Das Deutsche Strafrecht, 11 ed. 1969, pág. 1.
- 2) Confr. Stratenwerth, Strafrecht I, 2da. ed. 1976, Nº 742 y ss.
- 3) Confr. Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, pág. 23.
- 4) Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, 3ra. ed. 1978, pág. 12.
- 5) Schmidhäuser, Strafrecht, 2. ed. 1975, pág. 14.
- 6) Jescheck, loc. cit. pág. 123.
- 7) Jescheck, loc. cit. pág. 124.
- 8) Confr. Hassemer, Tatbestand und Typus, 1968, pág. 160 y ss.
- 8a) Naucke, Strafrecht, eine Einführung, ¹⁹⁷⁵ pág. 69 y ss.
- 9) v. Liszt, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, I, 1905, pág. 80.
- 10) v. Hippel, Deutsches Strafrecht, 2, 1930, pág. 34, nota 2.
- 11) Jescheck, loc. cit. pág. 157.
- 12) Reichsstrafrecht, 1881, pág. 24/25.
- 13) Confr. Welzel, en JuS, 1966, pág. 421 y ss.; Gimbernat Ordeig, en ZStW 82, pág. 405; Grünwald, en ZStW 76, pág. 1 y ss.
- 14) Kantorowicz, en Mon. f. Krim. Psychologie u. Strafrechtsreform 4 (1907/1908), pág. 76 y ss.
- 15) Luhmann, Rechtssystem und Rechtedogmatik, 1974, pág. 13.
- 15a) Artz, en JA 1978, pág. 557 y ss. (563); confr. también Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904, pág. 16.
- 16) Confr. Luhmann, loc. cit. pág. 15.
- 17) Confr. Albert, Traktat über kritische Vernunft, 3. ed. 1975, pág. 43.
- 18) Confr. Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970.
- 19) Confr. Luhmann, loc. cit. pág. 18.
- 20) Sin embargo, hay alguna excepción, por ej., Schönke-Schröder, StGB 17. ed. 1974, pág. 36 (Nº 100 a).

- 20a) Confr. Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtlehre, 1911, pág. 92 y ss. Grünwald en su fundamentación de la prohibición de la analogía en ZStW 76 (1964) pág. 7 y ss.
- 20b) Heintz, Das Problem der materiellen Rechtsmängelhaft, 1926.
- 21) Confr. Durkheim, Les règles de la méthode sociologique, 1ra. ed. 1895, cit. según la 20 ed. 1981, págs. 18 y 139/140.
- 22) Ibidem, pág. 32.
- 23) Confr. v.Liszt, Strafr. Vortr. u. Aufs. citado, pág. 214; Rocco, en Opere Giuridiche, III, 1933, págs. 263 y ss.
- 24) Confr. Popper, Logik der Forschung, 6. ed. 1976, pág. 24.
- 25) Ibidem, pág. 9.
- 26) v.Liszt, en ZStW 6 (1886), pág. 663, cit. según Strafr. Vortr. u. Ausf. citado, pág. 212, y ss.
- 27) Rocco, Opere Giuridiche, III, Scritti Giuridici Vari, 1933, pag. 263 y cit.
- 28) Loc. cit. pág. 214; ver también Radbruch, pág. 13.
- 29) Reimar Lüdt, en A.v. Humboldt-Stiftung-Mitteilungen, Nº 38/1980, pág. 1 y ss. (2)
- 30) Confr. Popper, loc. cit. pág. 24.
- 31) Loc. cit. pág. 215.
- 32) Ibidem.
- 33) Ibidem.
- 34) Ibidem.
- 35) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 16/17 ed., 1908, pág. 88. El párrafo se mantiene hasta la última edición, 23., 1921, pág. 90 y en Liszt-Schmidt, 26 ed. 1932, pág. 109.
- 36) Reichsstrafrecht, cit., pág. 25.
- 37) Confr. Carnap, Einführung in die symbolische Logik mit besonderer Berücksichtigung ihrer Anwendung, 1954, pág. 20 y ss.
- 38) Strafr. Vortr. u. Aufs., pág. 219.
- 39) Strafr. Vortr. u. Aufs., pág. 215.
- 40) Ibidem.
- 41) Strafr. Vortr. u. Aufs. pág. 217.
- 42) Strafr. Vortr. u. Aufs. pág. 218.

- 43) loc. cit. pág. 1
- 44) loc. cit. pág. 32
- 45) Popper, loc. cit. pág. 24.
- 46) Binding, *Die Normen u. ihre Uebertretung*, I, 4. ed. 1922, pág. 46.
- 47) Jescheck, loc. cit. pág. 125.
- 47a) Eser, *Grundsatz und Norm im richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, pág. 253.
- 48) Confr. Lüderssen, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967.
- 49) Bacigalupo, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 6/1979, pág. 3 y ss.
- 50) Bacigalupo, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978-1, pág. 15 y ss.
- 51) Bobbio, *Contribución a la teoría del Derecho*, edit. por Alfonso Ruiz Miguel, 1980, pág. 188.
- 51a) Naucke, *Ueber Generalklausel und Rechtsanwendung*, 1974
- 52) Schreiber, en *SK StGB*, 2da. ed. 1977, § 1, Nº 24; también Hassemer, loc. cit. pág. 164.
- 52a) Confr. Popper, loc. cit. pág. 7; Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962, (citado según la trad. alemana, Suhrkamp Verlag 1967), pág. 23.
- 53) Hälschner, *Das preussische Strafrecht*, 2da. parte, 1858, pág. 89.
- 54) *Ibidem* pág. 90.
- 55) Adolf Merkel, en *ZStW* 1 (1880) pág. 553 y ss. (556)
- 56) v.Liszt, *Strafrecht Vortr. u. Aufs.*, cit., pág. 222
- 57) Confr. *Das gemeine deutsche Strafrecht*, I, 1881, págs. 10, 17 y 82.
- 58) *Strafr. Vortr. u. Aufs.*, cit., pág. 159.
- 59) Confr. Binding, *Grundriss des Strafrechts*, AT, 8 ed., Vorwort zur 7. Aufl., especialmente pág. X; Birkmeyer, *Was lässt v.Liszt vom Strafrecht übrig*, 1907, págs. 5 y ss.
- 60) Confr. Welzel, en *ZStW* 58 (1939), págs. 491-566, recopilado en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, pág. 120 y ss., (124).
- 61) Kantorowicz, loc. cit.; Grünhut, *Festgabe für Frank*, 1930, I, pág. 1 y ss.

- 62) Confr. Radbruch, Rechtsphilosophie, 6. ed., 1963, pág. 102.
- 63) Ibidem.
- 64) Radbruch, Rechtsphilosophie, pág. 103.
- 65) Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1911, pág. V.
- 66) Loc. cit. pág. VI.
- 67) Confr. Max Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 3a. ed. 1968 (1ra. ed. 1922), págs. 164/214 y 489/540.
- 68) loc. cit.: confr. también Tat und Schuld, 1933, pág. 27.
- 69) Tat und Schuld, pág. 34.
- 70) Radbruch, Der Handlungsbegriff, cit. pág. 16.
- 71) Grünhut, loc. cit. pág. 14.
- 72) Lehrbuch, pág. 32.
- 73) Al respecto, Albert, loc. cit. pág. 58 y ss.
- 74) Albert, loc. cit. pág. 54 y del mismo Traktat über rationale Praxis, 1978, pág. 7 y ss.
- 75) Albert, loc. cit. pág. 59
- 76) Albert, loc. cit. pág. 61.
- 77) Popper, Objektive Erkenntnis, 1974, pág. 44 y ss.
- 78) Confr. Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970.
- 79) Radbruch, Der Handlungsbegriff, cit. pág. 16.
- 80) Confr. Eser, loc. cit.; Adomeit, en JuS 1972, pág. 628 y ss.; Norbert Horn, en Rechtstheorie 1976, pág. 145 y ss.
- 81) Loc. cit. pág. 13
- 82) Confr. Roxin, en Fest. für Bruns, 1978, pág. 183 y ss.
- 83) N.Horn, loc. cit.
- 84) Confr. Bobbio, loc. cit. pág. 349 y ss.
- 85) Sobre esta problemática confr. Hübner, Kritik der wissenschaftlichen Vernunft, 1978, pág. 85 y ss.
- 86) Popper, Logik der Forschung, pág. 42 y ss.; del mismo Objektive Erkenntnis, pág. 121; Albert, loc. cit. pág. 75.

- 87) Aquí puede remitirse a los siguientes autores que, de todos modos, no se han ocupado de este tema directamente con referencia a la dogmática penal: Albert, loc. cit.; Habermas, en Habermas-Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, 1971, pág. 202 y ss.; del mismo, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, 1973, pág. 140 y ss.; Hübner, loc. cit. pág. 304 y ss.; Popper, *Logik der Forschung*, pág. 60 y ss.
- 88) Schreiber, *Gesetz und Richter*, 1976, pág. 220 y ss.; Hassemer, loc. cit. pág. 160 (ambos con mayores indicaciones bibliográficas).
- 89) Confr. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, 3ra. ed. 1978; Schmidhäuser, *Strafrecht*, 2da. ed., 1975; Stratenwerth, *Strafrecht I*, 2da. ed. 1976; Maurach - Zipf, *Deutsches Strafrecht*, pág. 498.
- 90)
- 91) Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung I*, 4. ed. 1922, pág. 3 y ss.
- 92) Welzel, loc. cit., pág. 59; Maurach-Zipf, loc. cit. pág. 498
- 92a) Jescheck, *Lehrbuch*, pág. 446.
- 93) Confr. Hilde Kaufmann, *Strafanspruch-² strafanklagerecht*, 1968, pág. 141 y s.
- 94) Maurach-Zipf, loc. cit.; Schmidhäuser, loc. cit. pág. 489; Hirsch en LK 9. ed., Vor § 51, N° 191; Jescheck, loc. cit., pág. 447; Schönke-Schröder-Lenckner StGB 20 Aufl. Vorbem §§ 32 y ss. N° 131
- 95) Armin Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pág. 194 y ss., 202 y ss.
- 96) Armin Kaufmann, loc. cit. 205 y ss.
- 96a) Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1970, pág. 34
- 97) Normen I, pág. 199
- 98) Baumann, *Strafrecht*, 8a. ed. (con la colaboración de U. Weber), 1977, pág. 439.
- 99) Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pág. 52 y ss.
- 100) Confr. Bacigalupo, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978/1, pág. 15 y ss.
- 101) Confr. últimamente Rene Bloy, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe*, 1976.

CAPITULO SEGUNDO

Injusto culpable (delito) y punibilidad en los diferentes sistemas dogmáticos

1. Injusto culpable y punibilidad en el sistema dogmático de las teorías absolutas.
2. Injusto culpable y punibilidad en el sistema de la prevención especial.
 - A) La influencia de la prevención especial en el sistema de la teoría del delito.
 - B) La problemática de la punibilidad en el sistema de Franz v. Liszt.

1. Injusto culpable y punibilidad en el sistema dogmático de las teorías absolutas.

El desarrollo cognómico moderno es la resultante del enfrentamiento de dos concepciones diferentes de la fundamentación del Derecho penal: la de las teorías absolutas y la de las teorías funcionales en la prevención especial. La llamada lucha de escuelas no ha sido sino una manifestación de este enfrentamiento.

En realidad, la oposición entre teorías preventivas y teorías absolutas no sólo es el producto de la irrupción del positivismo, sino que era ya conocida a fines del siglo XVIII y principios del XIX, cuando empezaron a forjarse los conceptos que hoy forman la matriz de nuestro instrumental cognómico. La concepción de la prevención general había sido representada por Feuerbach (1), mientras que la de la prevención especial fue expuesta por Grolman (2), al tiempo que Kant expresaba la teoría de la retribución (3), defendida luego por Hegel polémicamente (4). La característica esencial de esta oposición de concepciones preventivas y absolutas que caracteriza al enfrentamiento de la escuela clásica con la escuela sociológica (llamada a veces entre nosotros de la Política Criminal) es en primer lugar, el rango privilegiado que se le acuerda a la prevención especial frente a la general, y en segundo lugar, el intento de racionalización de la idea de prevención especial en base a los conocimientos provenientes de las ciencias sociales.

El grado de desarrollo relativo que han alcanzado los sistemas "puros" es bien diverso. Los sistemas cognómicos de las concepciones preventivo-especiales quedaron, en verdad, reducidos a simples insinuaciones del sentido que debía seguirse en su elaboración.

cognómica. Ello es consecuencia, ante todo, de la llamada teoría de la unificación de los fines de la pena, que ha inspirado un compromiso que se manifiesta en el campo de la cognómica del delito en la aceptación de algunas consecuencias de la prevención especial dentro de un sistema que reconoce como fundamento a la teoría de las normas de Binding, que es básicamente -como se dijo- producto de la teoría de la retribución (6).

El desarrollo de la cognómica de lo injusto culpable ha alcanzado en la actualidad un alto grado de evolución conceptual. Por el contrario, tanto la función como la fundamentación de la categoría de la punibilidad han sido olvidadas y permanecen en la obscuridad. No se trata de detenernos ahora en aspectos individuales de la cognómica del delito sino de tratar de explicar la articulación sistemática de injusto y punibilidad y su vinculación con las concepciones básicas del derecho penal.

1. Injusto culpable y punitivo en el sistema cognó-
tico de las teorías absolutas.

La diferenciación de injusto y punible ha sido fundamentada por vez primera, probablemente, por Binding (7). Ella aparece como consecuencia de la concepción de la pena basada en la idea de retribución.

De acuerdo con esta teoría, la amenaza de la pena contenida en la ley como consecuencia prevista para la realización de ciertos actos, carece de toda función en relación a la motivación del sujeto de derecho. "La pena judicial ... no puede ser nunca medio de mejorar a otro, sea que se trate del delincuente mismo o respecto de la sociedad civil, sino que en todo caso debe serle aplicada porque ha delinquido" (8). "La ley penal es un imperativo categórico" (9), y por lo tanto, debe producirse, no consiste en la amenaza de un mal.

La función preventiva del derecho penal quedaba entonces reservada a la fuerza obligatoria de la norma frente al autor (10).

A partir de estas afirmaciones se desdijeron consecuencias dogmáticas que permitieron dar nueva vida a la antigua distinción entre precepto (*praeceptio-legis*) y la sanción (*sanctio-legis*). Dentro de este esquema ellas resultan ser conceptualmente independientes: la norma (precepto), concebida como un imperativo, es decir, como una orden del legislador, no requiere para su existencia de la amenaza para el caso de incumplimiento. "No debes matar" es un imperativo sin más que conceptualmente no depende de la amenaza de una

pena para el que cometa un homicidio. Si bien esto último es cierto, las conclusiones que de aquí se derivarán, en cambio, pueden ser -como veremos- cuestionadas.

La independencia conceptual de norma y amenaza penal (que expresa desde otro punto de vista la diferencia postulada por Binding entre norma y ley penal) (11), permite formular la pregunta por el destinatario de la norma y, correlativamente, por el de la amenaza penal. Si se parte de que el orden jurídico no es otra cosa que "un complejo de imperativos" (12) -como en verdad también lo hace Binding- resultará legítimo afirmar que así mismo la sanción legis es un imperativo, aunque, naturalmente, diferente de la norma de conducta. Consecuentemente, debe preguntarse por el destinatario de la ley penal, o sea, en la terminología de Binding, de la prescripción que establece una pena para la infracción de una norma: "¿obligan las leyes penales al pueblo, como sumo de súbditos, o a los jueces solamente, o a los funcionarios del Estado en materia criminal en su conjunto, o finalmente, al Estado mismo?" (13). Dado que la amenaza de una pena no podría, por su naturaleza, fundamentar un deber, pues éstos -según la idea kantiana- no pueden ser resultado de la coacción, es evidente que los súbditos en general no podrían ser destinatarios de las leyes penales. En otras palabras, el destinatario de la norma no coincidiría con el destinatario de la ley, que contiene la pena aplicable por la violación de la primera. Binding toma aquí partido en una antiquísima cuestión de la ética vinculada al derecho penal: el deber de

someterse a la pena y se pronuncia, implícitamente, por la ausencia del carácter jurídico de este deber (14).

En consecuencia, sólo las normas son "íntegramente de naturaleza preventiva" (15) y determinantes de un deber de obediencia (16), mientras que la ley penal es aquella proposición jurídica que regula "el nacimiento, contenido y límite del derecho penal subjetivo" (17), es decir, el derecho del Estado a sancionar. A partir de estas consideraciones Binding no aceptó la existencia de una amenaza penal en sentido técnico; sólo era posible, en su concepto, hablar de una mera determinación de la pena (18). En efecto, una amenaza en sentido estricto hubiera sido concebible únicamente si se le asignaba a la pena una función preventivo-general, que no era compatible con la teoría de Binding.

La solución de este problema hubiera sido diversa si en vez de preguntarse a quién obliga la ley penal, desde el punto de vista de la teoría de los imperativos, se hubiera preguntado a quién amenaza la pena. En tal caso, la respuesta sería claramente: al obligado por la norma. De esta manera, también las consecuencias dogmáticas hubieran sido diversas. Este camino hubiera conducido, por lo menos, a requerir como presupuestos de la pena el conocimiento de la punibilidad junto con el de la antijuricidad. Para Binding su concepción de la pena hacía que tal camino resultara intransitable.

La pregunta por el obligado en virtud de la ley pe-

nal, en el sentido de Binding, se respondía afirmando que ésta sólo obliga al propio Estado en tanto depositario del poder penal (19).

La diversidad de destinatarios de la norma y de la ley penal permitía sostener que "la norma tiene por finalidad influir sobre la voluntad de acción de sus súbditos, en tanto entra en una relación directa con ellos" (20). Correlativo con esto, sostenía Binding que "para la determinación de la pena regiré básicamente lo contrario, pues ella nada tiene que ver con la vida anímica de los súbditos" (21).

En consecuencia, el derecho penal se componía de dos elementos fundamentales: el derecho a la subordinación (das Recht auf Untertänigkeit), es decir, un derecho del Estado a la obediencia, completado por el derecho del Estado a penar las desobediencias. De esta manera, resultaba posible distinguir entre los elementos del delito (la desobediencia a la norma, la infracción del deber de subordinación) y los elementos de la punibilidad del delito (las condiciones especiales a que estaba sometido el derecho del Estado a sancionar desobediencias) (22). Esta distinción está en la base de las categorías del injusto culpable, por un lado, y la punibilidad por el otro. "Todos los elementos -dice Binding- mediante los cuales se caracteriza un delito, como una contradicción con una norma determinada, son los elementos de la contradicción de la norma, o dicho brevemente, elementos del delito (deliktmerkmale)" (23). "Sólo cuando una ley penal sanciona con una y la misma pena toda contravención culpable de una norma -en consecuencia,

un caso extremadamente raro- el tipo del delito punible (Verbrechenstbestand) estará compuesto exclusivamente por los elementos de la contradicción a la norma no modificados. Pero hay casos en los que el elemento esencial del delito punible es un elemento modificado de la contradicción de la norma, modificación que puede tener lugar mediante un estrechamiento de la culpabilidad del sujeto, del objeto o de la forma de comisión del delito genérico" (24). Entre estos elementos menciona Binding los términos de "ascendiente", "descendiente", "esposo", términos todos ellos "de los que depende la no punibilidad de los delitos genéricos de apropiación, antijurídica y culpable de cosas ajenas" (25) en el paráfr. 247, 2 del Código penal alemán en su antigua versión (26).

En consecuencia, los elementos del delito se agotan en la lesión del derecho a la subordinación del que es titular el Estado; ésta es la única lesión jurídica que es de la esencia de todos los delitos (27). Dicho de otra manera: los elementos de la contradicción a la norma son aquéllos que ponen de manifiesto al autor la prohibición de su conducta. En la medida en que sólo las normas -es decir, los mandatos y las prohibiciones- se dirigen a la generalidad, la culpabilidad del autor no dependerá en absoluto del conocimiento que hubiera podido tener de los elementos de la punibilidad: "en todos los delitos -dice Binding (26)- el dolo antijurídico es puramente dolo del delito. El dolo nado tiene que ver con los elementos de la punibilidad".

Presupuesto de la posibilidad de una distinción con-

ceptual entre elementos del delito y elementos de la punibilidad es el hecho de que no toda lesión de una norma sea seguida necesariamente de una pena. Se trata de una distinción que requiere una cierta discontinuidad entre el orden normativo y las consecuencias jurídico-penales, cuestión a la que Binding alució refiriéndose a Hegel: "si fuera correcto la afirmación de Hegel, de que la pena expresa la nulidad de lo injusto y sigue al delito con necesidad lógica, sería imposible hablar de un derecho de pender doblemente condicionado. De qué manera la legislación penal condiciona la aplicación de la amenaza penal no sólo a la realización del delito, sino además a otros presupuestos, sólo puede aclararse partiendo de estos mismos" (29).

Pero las normas -y aquí se separa Binding de la teoría de los imperativos- son reglas con excepciones (30). En este sentido, la defensa necesaria, por ejemplo, es una excepción de la norma. El que mata en una situación de defensa necesaria, no lesiona la norma que prohíbe matar porque lo ampara una excepción de la misma. La fuente de estas excepciones, que determinan la exclusión de la pena por eliminar la lesión de la norma, se encuentra en las leyes, los reglamentos u ordenanzas, la dispensa oficial o la orden obligatoria (31). Por su forma, estas excepciones se clasifican en normas (que generalmente tendrán la forma de un mandato) y autorizaciones. Para repetir el ejemplo de Binding: la ejecución de una pena de muerte es una excepción a la norma que prohíbe matar surgida de una ley, mientras que la muerte de otro es

defensa necesaria está amparada por una excepción proveniente de una autorización (32).

En consecuencia, es posible afirmar que así como las normas son reglas con excepciones que indirectamente condicionan la aplicación de la pena por eliminar el presupuesto básico de ésta, o sea la violación de la norma, de la misma manera hay "segundas" condiciones de la aplicación de la pena correspondientes a la categoría de la punibilidad y que, por lo tanto, obran como condiciones conceptualmente autónomas respecto de las "primeras", es decir de las que pertenecen a la violación de la norma(33).

Binding designó como supuestos de "exclusión de la pena" a los casos de los antiguos § 53 y 54 del Código alemán de 1871 -en su concepto excepciones de las normas- y como "causas especiales de exclusión de la pena" a la hipótesis de no-punibilidad consistente en el arrepentimiento activo en el incendio del § 311 de aquél mismo código (34).

Esta construcción permite explicar las consecuencias prácticas asignadas a la categoría de la punibilidad y, fundamentalmente, a las excusas absolutivas: el error sobre los elementos de la infracción de la norma (elementos del delito) es relevante pues la norma se dirige al autor con el fin de motivarlo y su motivación depende -evidentemente- del conocimiento de la norma y de los presupuestos en que ésta pretende ser eficaz (35). Por el contrario, el error sobre las "segundas" condiciones, sobre los elementos de la punibilidad, no es relevante por que pertenecen a la ley penal y ésta no se dirige a la motivación del autor, sino al Estado mismo en la forma de una autolimitación de su poder penal. Tales errores, los errores sobre los elementos de la punibilidad, no alteran la culpabilidad por que ésta sólo se

refiere a la anti-juricidad (la contrariedad del comportamiento con la norma): "La declaración del Código Penal en su art. 247 de que los hurtos y defraudaciones de los ascendientes contra descendientes y de los esposos entre sí, no son punibles, no impide el hecho de que el autor es un auténtico ladrón doloso, a pesar de lo cual no es sancionado aunque no haya sabido en absoluto que la cosa hurtada pertenecía a su hijo o a su mujer" (37). La diferencia es clara en el sistema de Binding: el error sobre la prohibición "no altera la prohibición misma de la acción, pero excluye la culpabilidad o el dolo" (36).

Una cuestión diferente es la del efecto personal de los elementos de la punibilidad que dan lugar a las excusas absolutorias. En otras palabras, la cuestión de si la exclusión de la pena que de ellas se deriva se extiende a todos los partícipes o sólo a aquellos en quien concurren las circunstancias. La respuesta no puede deducirse de la solución dada al problema del destinatario de la ley penal y de la norma exclusivamente. Por otra parte, puede decirse que hasta hoy la teoría apenas si se ha ocupado de esta cuestión en el marco teórico-normativo. Binding se ha referido al tema sólo en forma indirecta al tocar la cuestión de la influencia del § 247, 3 del Código penal alemán de 1871 sobre el principio de indivisibilidad de la acusación (Unteilbarkeit des Antrags): en el caso en que la acusación penal deba referirse a personas que sólo son perseguibles a petición de parte y esto solamente corresponde a una parte de los acusados "entrarían en contradicción el postulado de la persecución de los parientes sólo a instancia privada y el de la indivisibilidad de la acusación. Tal oposición encuentra una solución adecuada con la victoria del primer postulado sobre el segundo: no habría ninguna razón para equiparar en estos delitos al pariente y al que no lo es.

Dicha solución está recogida expresamente en la ley en el § 247 en relación al hurto y la defraudación contra parientes, tutores, proceptores etc. Estas disposiciones ... no tienen aplicación respecto del partícipe o favorecedor que no se encuentre en una relación como la caracterizada" (38).

De estas expresiones de Binding se deduce que en realidad no hay una razón ínsita en la "naturaleza" de los elementos de la punibilidad que necesariamente limite los efectos de las excusas absolutorias a una vigencia puramente personal. En la teoría de las normas no hay ninguna razón que obligue a aceptar la afirmación difundida más tarde con amplia aceptación según la cual "la diferencia entre las condiciones de punibilidad y las excusas absolutorias ... consiste en que éstas están ligadas a la persona del partícipe" (39). El efecto puramente personal -como veremos más tarde- es producto de la fundamentación dada a estos elementos por v.Liszt desde una concepción de la pena completamente diversa. Es de allí de donde las construcciones más modernas han tomado el punto de vista, que no siempre siguen consecuentemente, de la "personalidad" del efecto de las excusas absolutorias. En la teoría de las normas la renuncia del Estado a la aplicación de la pena prevista para la infracción de una norma jurídica no tiene por qué fundarse en razones preventivo-especiales. En dicho contexto, la cuestión de si una eximente se interpreta como excepción de la norma o como renuncia del Estado a la aplicación de la pena, depende de ^{la} interpretación de la amplitud que el legislador quiso dar a la exclusión de la pena concreta de que se trate y no puede fundamentarse únicamente mediante deducciones sistemáticas (40). No es necesario aclarar que en este sentido se diferencia la problemática de las excusas absolutorias de las que hemos llamado sobrevinientes (p.ej. el desistimiento en la opinión de la doctrina dominante) (41).

Binding ha procurado fundamentar los criterios que permitirían establecer cuándo una eximente de pena proviene de una excepción de la norma y cuáles no afectan a la infracción de la misma y son meras renunciaciones a la punibilidad de parte del Estado sin afectar a la mencionada infracción (42). Dichos criterios son altamente problemáticos: "Bajo ciertas circunstancias -dice- el orden jurídico requiere las mismas acciones que bajo otras prohíbe, o por lo menos las autoriza" (43). En otra parte afirma que "el orden jurídico tiene que permitir todas las acciones necesarias para la consecución de sus fines necesarios" (44). Es evidente que Binding no pudo brindar un criterio más preciso para distinguir los diversos supuestos de no-punibilidad contenidos en su marco teórico: los que provienen de la exclusión de lo injusto y los que se apoyan en la renuncia a la posibilidad de un injusto cometido.

La debilidad de estos criterios se suma a un cierto desorden con que el tema de la distinción ha sido tratado por los partidarios de las fundamentaciones provenientes de la teoría de las normas. Prueba de ello es que tanto Binding (45) como Finger (46) han tratado, los llamados por ellos privilegios de no-punibilidad (correspondientes a monarcas y diputados etc.), como supuestos independientes de los que califican de excusas absolutorias. Dichos autores no explicitan los razones determinantes ^{de} ese tratamiento que puedan considerarse definitivas. Binding afirma que en el caso de los privilegios de no-punibilidad el delito merecedor de pena resulta impune por que ha sido cometido por una persona, que goza, precisamente del privilegio de no-punibilidad" (47). Por el contrario en los supuestos de no-punibilidad de la tentativa de las faltas y de un número considerable de delitos, de la complicidad y del encubrimiento de las faltas, de los delitos y crímenes cometidos

en el extranjero, de la proposición meramente verbal, del hurto y la defraudación cometido contra descendientes o esposos, etc. se trataría de hipótesis en los que el delito "queda impune por su insuficiente contenido de contrariedad al derecho, dado que, como se afirma, el Estado cree poder mantener la autoridad de la norma sin aplicar la pena" (48). Este párrafo puede tentarnos de dar una explicación basada en diversas magnitudes de la contradicción con el derecho contenidas en cada supuesto:

justificación = ausencia de contradicción

excusas absolutorias = contenido pequeño de contradicción

privilegios = igual contradicción que un delito punible

Sin embargo, en la forma en que Binding entendió el delito, es decir, como simple acto de desobediencia (49) una graduación de la oposición al derecho sólo es posible si se conocen las circunstancias concretas del hecho violatorio de la norma. En abstracto, antes de la comisión del hecho -la distinción de las diversas categorías de eximentes debe practicarse antes de establecer su aplicación a un hecho ya cometido- habrá desobediencia o no, pero la existencia de ésta no puede depender de una determinada gravedad del hecho, tal como ya lo hemos destacado. El criterio de las magnitudes no serviría, por lo tanto, para determinar que eximentes son producto de una excepción de la norma. Binding hubiera podido, tal vez, ^{admitir} diversos grados de contradicción al derecho si -como lo hizo Welzel más tarde- hubiera admitido la distinción entre antijuricidad e injusto; pero ello es totalmente ajeno a su teoría.

Por otra parte, si el contenido de injusto depende del interés del Estado o de la comunidad respecto del bien jurídico (50) resulta difícil

explicar por qué razón el interés menor, el grado de importancia menor asignado a un bien jurídico o a una determinada forma de lesión del mismo, no determinará directamente una excepción de la norma, o bien una excepción de la punibilidad. El menor interés puede, sin violencia alguna, fundamentar tanto una cosa como la otra. Pero además, Binding sostiene que el interés es "el fundamento de todas las normas" (51). La distinción entre el interés que es motivo de la norma y el que fundamenta la punibilidad no fué intentada por Binding .

Los criterios propuestos por Binding, por lo tanto, resultan extremadamente imprecisos como para lograr una distinción segura de las excepciones de las normas y de las de la punibilidad. Su razonamiento parece remitirse simplemente a puras intuiciones. En última instancia todo conocimiento se remite a intuiciones, pero aquí cabe preguntarse por la legitimidad metodológica de una remisión semejante en este nivel del conocimiento dogmático.

A esta altura de la exposición es posible hacer un primer resumen:

a) La distinción entre destinatario de la norma y destinatario de la ley penal permitió a Binding distinguir entre excepciones de la norma y excepciones de la punibilidad del delito (renuncias del Estado a la sanción de una infracción culpable de una norma).

b) El criterio que permite clasificar a las eximentes contenidas en las leyes penales dentro de cada una de estas dos categorías de circunstancias excluyentes de la pena es dudosamente preciso.

c) La diferenciación entre los destinatarios de la norma y los de la ley penal permite también darle diversa relevancia al error del autor según recaiga sobre la lesión de la norma (en cuyo caso se asigna relevancia) o sobre la punibilidad (supuesto en el que se lo considera irrelevante).

d) El carácter personal o general de las diversas eximentes en el ámbito de la participación no se deduce, por el contrario, sino de una consideración individual de los casos respectivos, pero no de los fundamentos de la teoría de las normas de Binding.

e) La limitación del derecho de defensa necesaria en el caso de las excepciones de las normas no sería sino una aplicación del principio de no contradicción dentro del sistema de normas que componen el orden jurídico.

2. Injusto culpable y punibilidad en el sistema de la prevención especial.

A) La influencia de la prevención especial en el sistema de la teoría del delito.

Un sistema regido totalmente por las necesidades de la prevención especial no ha alcanzado un desarrollo comparable al de las teorías absolutas. Contra ello ha conspirado básicamente la tendencia a encontrar un compromiso entre la prevención especial y la retribución como fundamentos de la pena. Estas tendencias se han apoyado en la hipótesis que atribuye a la teoría de las normas proveniente de las teorías absolutas una especial eficacia en la protección de la seguridad jurídica y considera, por lo tanto, que todos los fines de prevención especial -y eventualmente general- deben alcanzarse dentro del esquema dogmático de aquéllas. De esta manera el marco teórico de la teoría de las normas resulta poco más o menos que impuesto por razones institucionales del Estado de Derecho(51a).

El representante más significativo de una alternativa orientada por la prevención especial ha sido Franz v. Liszt, que constituye, prácticamente la contrafigura de Binding.

Mientras Binding partía de la infracción culpable de la norma, v.Liszt -consecuente con su punto de partida positivista- prefirió hacerlo de una "base real", de hechos, de algo perceptible por los sentidos: la lesión del bien jurídico. Esta hipótesis inicial de su pensamiento jurídico proviene de su concepción del derecho como una ciencia práctica (52). Como hemos visto en el capítulo introductorio v.Liszt pensaba que "la proposición jurídica es, tal como se presenta en la ley, el resultado de una abstracción de numerosos sucesos reales de la vida jurídica" (53). Esto significaba, entonces, que el jurista debía comenzar por los hechos reales abstraídos en

la ley. El concepto del delito, por lo tanto, no es sino una imagen de nuestro pensamiento que se obtiene por abstracción a partir de ciertos hechos concretos, "pero no es una cosa de carne y hueso, que pueda verse o sentirse, tocar o aprehender con las manos" (54). La ciencia del derecho "trabaja con conceptos que se crean a partir de hechos y que se refieren a ellos" (55).

De este modo v. Liszt se opone a Binding que deduce los conceptos jurídicos de las proposiciones del derecho positivo sin tomar en cuenta otros aspectos que provienen del ámbito de los hechos regulados. Tal método, piensa v. Liszt en relación a Binding, conduce a una "apresurada exposición y a una utilización parcial del concepto de norma" (57). Este concepto de norma no habría sido obtenido, sin embargo, de una manera metodológicamente inobjetable, es decir mediante "abstracciones progresivas" (58). La prueba decisiva de las fallas de un sistema construido sobre la concepción fundamental de Binding se encontraría, según v. Liszt, en la carencia de las nociones de acción y bien jurídico. (59).

Desde el punto de vista que interesa en esta investigación, la crítica de v. Liszt al método de Binding -una crítica que no ha sido hasta el presente debidamente analizada (60)- se concreta de la siguiente manera: "Mientras Binding ve todo a través de la norma por él 'descubierta', concibiendo al delito únicamente como una transgresión de la norma, soslaya el hecho de que la norma y la transgresión de ella son sólo abstracciones de nuestro pensar, conceptos, que hemos obtenido de los hechos que subyacen a ellos. Lo que corresponde como realidad al concepto de delito, cualquiera que sea la noción que de él se adopte, es siempre un suceso del mundo exterior sensorialmente aprehensible, un suceso en el que obran hombres y operan cosas, una transformación en el sentido de la ley de causalidad que domina la natu-

raleza" (61).

Esta crítica del método jurídico que v.Liszt dirige a Binding presupone un diverso interés en el conocimiento jurídico-científico de uno y otro. Para Liszt la pena tiene una función social (62). Esa función se determina por medio de la antropología criminal, la psicología criminal y la estadística criminal, que junto con la ciencia del derecho penal tienen la "posibilidad de una lucha exitosa contra la delincuencia" (63). "Del principio metafísico de la pena, que está detrás de todas las teorías absolutas no se puede obtener un principio firme del que se deduzca la medida de la pena" (64). Ello es posible, por el contrario, en las teorías relativas, según Liszt; en éstas la gravedad del delito se deduce de la peligrosidad objetiva y subjetiva del mismo "...objetivamente, de la gravedad de la lesión del bien jurídico y subjetivamente, de la dirección de la voluntad del autor" (65). Por lo tanto, concluye v.Liszt, "el objeto de nuestro juicio, no es el hecho, sino el autor" (66). De todo ello deduce Liszt un principio que lo separa radicalmente de las teorías absolutas: "sólo la pena necesaria es justa" (67). La pena debe ser entonces "coacción psicológica o motivación"... "aparece como una adaptación artificial del delincuente a la sociedad, sea mediante mejoramiento, es decir por la introyección y fortalecimiento de motivos sociales altruistas, sea mediante intimidación, es decir, por la introyección de motivos egoístas, pero que en sus efectos tienen sentido altruista"... pero la pena es también "coacción mecánica o violencia", es decir importa el secuestro del delincuente; inocuización transitoria o permanente"... "aparece como selección artificial del individuo socialmente inidóneo. La naturaleza -dice Liszt citando a Ihering, Zweck im Recht, pag.51- hecha en la cama a los que han obrado contra ella; el Estado los hecha en las pri-

siones" (68).

Por otra parte v.Liszt se define como un determinista: "El delincuente, que está ante nosotros como acusado o condenado, es para nosotros una persona inexorable e ilimitadamente no libre; su delito es el efecto necesario e inevitable de las circunstancias dadas. Para el derecho penal no hay otro fundamento que el determinismo. Pero para evitar malos entendidos debe repetirse que no se trata del determinismo como visión del mundo (Weltanschauung), sino de aquel determinismo, que afirma la validez sin excepciones de la ley de causalidad para nuestro pensamiento, es decir, para el mundo de los fenómenos" (69).

Queda claro entonces que la función social de la pena y el determinismo conforman el interés del conocimiento que domina la obra de v.Liszt. Desde estos puntos de vista los elementos relevantes para el concepto de delito ya no serán ^{des} la/obediencia a la norma (antinormatividad, antijuricidad), que adquiere sentido en función de la libertad de voluntad del destinatario de la misma. Tampoco importará aquí la culpabilidad en el sentido de "mal uso" de la libertad, como la concibió Binding. La contravención de la norma se reemplaza por la lesión del bien jurídico protegido: ello conforma el sustrato real del delito, la modificación causal del mundo exterior. Al mismo tiempo la culpabilidad, que Binding entendía como "la voluntad de un capaz de acción como causa de una antijuricidad". (70) pasa a ser en el sistema de v.Liszt "la actitud (Gesinnung) asocial expresada en el hecho cometido (el comportamiento antisocial)" (71).

Indudablemente, el concepto de bien jurídico es uno de los puntos centrales de la concepción de Binding (72). Pero v.Liszt le dió también

un sentido diverso (73). La evolución del significado sistemático dado por v.Liszt a la lesión del bien jurídico y su relación con la lesión de la norma (antijuricidad material y antijuricidad formal) es demostrativa de hasta qué punto debió luchar en su interior con la teoría de las normas que él mismo rechazara a partir de la segunda edición de su Lehrbuch.

Liszt pensaba que el bien jurídico y la norma eran los conceptos fundamentales del derecho (73). La diferencia con Binding radicaría a mi juicio en que éste considera al bien jurídico como presupuesto de la norma, sin sacar de allí ninguna consecuencia respecto de su significación para establecer el concepto de lesión de la norma. Liszt, por el contrario pareciera haber querido siempre vincular la lesión del bien jurídico con la infracción de la norma. Probablemente esta sea la razón por la cual v.Liszt invitara a Binding no haber dispensado al bien jurídico la atención que éste requiere (74).

En la tercera edición de su Lehrbuch (1888) Liszt no define la antijuricidad en forma positiva. Dice solamente que "todo fundamento que quite fuerza obligatoria a los mandatos o prohibiciones del orden jurídico impide conceptualmente la posibilidad de un delito" (75). Aquí es posible apreciar todavía la influencia de la teoría de las normas.

Tres años más tarde al publicarse la cuarta edición del Lehrbuch (1891) se introduce la idea de la antijuricidad como lesión de un interés jurídicamente protegido: "Todo delito implica una agresión a un interés jurídicamente protegido, una contravención de prescripciones emanadas del Estado, y en este sentido una lesión del derecho. Todo delito es una acción anti-jurídica" (76). Pero su concepción se esclarece cuando afirma: "to-

de agresión de un interés jurídicamente protegido es en sí anti-jurídica, sin que se requiera una prohibición especial del orden jurídico. El concepto de bien jurídico encierra necesariamente en él la prohibición de toda perturbación" (77). Con esta formulación se alcanza el punto máximo de la integración de la lesión de un bien jurídico con la lesión de la norma que lo protege (78). Todavía Liszt no había propuesto la distinción entre anti-juricidad formal y anti-juricidad material. Es el punto donde la oposición a la teoría de las normas es mayor pues el concepto de anti-juricidad puede definirse sin referencia alguna a existencia de una prohibición expresa del orden jurídico.

En 1919, al aparecer la última edición de su Lehrbuch, hacía ya tiempo que v.Liszt no pensaba de esta manera. En la 21/22 edición puede leerse que la anti-juricidad "es un juicio jurídico de disvalor sobre el hecho" (79). Ella encierra un doble aspecto: "formalmente anti-jurídica es la acción como contravención de una norma estatal, de un mandato o una prohibición del orden jurídico; materialmente la acción es anti-jurídica como comportamiento socialmente dañoso (antisocial o asocial)" (80). En caso de colisión entre ambas formas o aspectos de la anti-juricidad el juez "está obligado por la ley" (82), es decir por la anti-juricidad formal.

Como puede verse a lo largo del desarrollo de la concepción de v.Liszt se termina prácticamente en la misma posición de Binding, es decir sin otorgarle importancia decisiva al concepto de bien jurídico en la determinación de la lesión de la norma.

Es evidente que las posibilidades de un concepto de anti-juricidad limitado a la lesión de un bien jurídico protegido son reducidas en un

sistema penal regido por el principio de legalidad y por la idea de subsidiariedad del derecho penal. Pero la cuestión no es insoluble si se la plantea en otros términos. En efecto, no se trata del rango que se otorgue a la antijuricidad material, sino de saber si la sóla lesión formal de la norma, que no produzca ninguna lesión material, en un estado de cosas deseado y protegido por el orden jurídico, es ya una perturbación suficiente de ésta que justifique la intervención del Estado con la aplicación de una pena. En otras palabras, se trata de saber si la desobediencia a la norma como tal constituye una perturbación de un "estado aprobado" (Bindung) de cosas y valores sociales, o si el punto en el que el derecho debe comenzar su intervención requiere como mínimo la puesta en peligro del bien jurídico (83).

La aceptación de uno u otro punto de vista presupone una decisión de política criminal que precede a la elaboración de los conceptos dogmáticos, pues es previa a ellos (84). v. Liszt hubiera podido definir la contravención de la norma mediante la lesión o el peligro del bien jurídico tutelado. Pero al mantener la primacía de la infracción formal de la norma sobre la lesión del bien jurídico, es decir, al mantener los aspectos formal y material separados se ve obligado a optar en los casos de conflicto y lo hace en favor del aspecto formal, seguramente por que consideró que de esta manera se lograba una mayor garantía. Es claro que los conceptos formales no son necesariamente más seguros que los materiales, pero además, al optarse por la primacía de la antijuricidad formal se amplía el ámbito del derecho penal considerablemente, con lo que la supuesta garantía resultaría compensada por la mayor reducción de la libertad que la posición de v. Liszt implica.

Desde otro punto de vista, la exposición que se viene realizando

pone de manifiesto que si el daño social, el contenido lesivo del bien jurídico propio de cada hecho, no es presupuesto de la lesión de la norma no cumplirá ninguna función capaz de diferenciar el concepto de anti-juricidad de Binding de otro destinado a sustituirlo.

Pero, así como en la anti-juricidad v.Liszt fué acercándose cada vez más al punto de vista de Binding -lo que, casi sin dudarlo, fué producto de la forma en que se propuso dar satisfacción a las exigencias del principio "nullum crimen nulla poena sine lege"-, en el ámbito de la culpabilidad se produjeron las mayores separaciones de las concepciones respectivas.

Tales divergencias, en definitiva, no llegaron a provocar modificaciones muy significativas en relación al contenido mismo de la culpabilidad. El paso más importante dado por Liszt está constituido, sin embargo, por la definición del contenido material de la misma. Liszt concentró en la culpabilidad todo su ímpetu reformista y ello era consecuente con su punto de partida: los elementos de la personalidad del autor no podían integrarse, por su naturaleza, en el concepto objetivo de anti-juricidad que v.Liszt profesaba.

En sus primeras ediciones el Lehrbuch de v.Liszt no contenía una definición del contenido material de la culpabilidad, como la que puede verse en las últimas ediciones del mismo. En sentido amplio la culpabilidad sería para v.Liszt "la responsabilidad del autor por la acción anti-jurídica por él cometida" (85). A su vez, en sentido restringido la culpabilidad no sería sino "la relación subjetiva entre el hecho y el autor" (86). Esta relación -continúa v.Liszt- se conecta al hecho concreto, pero al mis-

mo tiempo va más allá de él, "por que corporiza el hecho como la expresión de las características del autor poniendo de manifiesto, de esta manera, el contenido metajurídico de la culpabilidad" (87). Por lo tanto, "del significado sintomático de la acción culpable respecto de las características del autor surge el contenido material del concepto de culpabilidad, que consiste en la actitud (Gesinnung) asocial del autor reconocible en el hecho por él cometido (la conducta antisocial), o sea que consiste en la carencia del sentimiento del deber exigido por la vida en común de los hombres en el Estado y la motivación entisocial que de ella se deriva (la adopción de fines que contradicen los de la comunidad" (88).

Sin embargo, la significación sintomática del comportamiento es caracterizada sobre la base de presupuestos que difícilmente permiten un juicio integral sobre la personalidad del autor, como en verdad requeriría una teoría preventivo especial en el sentido moderno. Ello autoriza a pensar que, en realidad, la prevención especial, en el sentido de v.Liszt, no se diferencia sustancialmente de la intimidación ejercida sobre el autor concreto: a partir de estas consideraciones nada nos autorizaría a concluir que v.Liszt se orientó a la idea moderna de resocialización, que es consustancial con los criterios preventivo-especiales de nuestros días. En efecto, aquellos elementos son simplemente el conocimiento, o su posibilidad, de la significación antisocial de la conducta (antijuricidad material), por un lado, mientras que por el otro se trata del haber debido conocer (89), es decir, del no haberse determinado de acuerdo con las normas: "cuando el autor a pesar de su determinabilidad general, en el caso particular no ha sido determinado por las normas del comportamiento social" (90). Sólo el determinismo -agrega v.Liszt- "permite poner el hecho particular en relación con

la personalidad psicológica total; solamente él puede proporcionar un criterio para la culpabilidad, que aumente o disminuya según que el hecho sea más o menos la expresión de los caracteres permanentes del autor; sólo él conduce a una diferenciación de los delincuentes utilizable según la intensidad de su actitud delictiva (asocial) y, de esta manera, a un fundamento firme para la política criminal" (91).

Aquí se demuestra que en gran parte, el poco desarrollo alcanzado por el sistema de v.Liszt está condicionado por los reducidos conocimientos psicológicos y los modestos elementos de psicodiagnóstico con los que tuvo que operar (92). Téngase en cuenta que las primeras obras psicoanalíticas, p.ej., aparecieron después de la muerte de v.Liszt: "Geständniszwang und Strafbefürfnis, Probleme der Psychoanalyse und der Kriminologie" de Theodor Reik (1925) y "Der Verbrecher und seine Richter" de Franz Alexander y Hugo Staub (1929).

El contenido de la culpabilidad fué ampliado algunos años más tarde en el sentido exigido por la prevención especial al incorporársele como elemento la peligrosidad, según propuesta de algunos autores (93). Con ello se procuraba justificar el aumento de pena con que debía tratarse la reincidencia.

Es claro que las circunstancias que condicionaron este sistema y su desarrollo están muy estrechamente vinculadas con la historia de la dogmática penal alemana. Aquí cuenta en primer término el apego básico de la ciencia alemana a la teoría de la retribución. El dominio de la idea de retribución, es decir de la legitimación del derecho penal en base a la idea de la compensación del mal contenido en la culpabilidad del autor con el mal

contenido en la pena, puede documentarse detalladamente. En el contexto de esta investigación, sin embargo, es suficiente con la opinión de juristas que, en distintas épocas, han coincidido en la apreciación de estos hechos. En 1882 opinaba Carl Ludwig von Bar (94) que la "jurisprudencia erudita en Alemania ha rechazado casi permanentemente" una unificación de los fines propios de las teorías relativas dentro del marco de la concepción retributiva de la pena, posición que a su juicio tiene su origen en Francia. En los últimos años son raras las reflexiones novedosas sobre este tema capital del derecho penal en Alemania. Ultimamente, sin embargo, dice Roxin (95): "La circunstancia de que la tradición filosófica del idealismo alemán y del cristianismo, que ha penetrado de múltiples formas la cultura de la burguesía alemana durante el siglo anterior, hayan fluído juntamente hacia una misma poderosa corriente, es, probablemente, el fundamento principal de que la teoría de la retribución haya sido siempre dominante en Alemania y tenga todavía hoy la mayoría de partidarios".

Bajo estas condiciones resultaba imposible una legitimación de la finalidad preventiva de la pena que pudiera tener lugar fuera del marco dado por la culpabilidad. De allí la necesidad de encontrar la idea de culpabilidad en la "conducta de la vida" (96) o en la "decisión de la vida" (97), o en el "carácter" (98).

El segundo aspecto que permite explicar el desarrollo que ha tenido este sistema dogmático es la creencia de que los conceptos formales garantizarían mejor que otros una aplicación estricta del derecho en el ámbito de lo injusto (99). Según este criterio, el contenido de los conceptos jurídicos es una cuestión metajurídica -como lo sostenía v. Lizt- ajena a lo estrictamente jurídico. Es innecesario aclarar que este punto de vista

está determinado por la delimitación que el positivismo hizo de la ciencia y el derecho (100).

Mediante este doble procedimiento: formalismo en materia de lo referente al hecho e inclusión de los aspectos personales del autor, y - levantes para ^{la} prevención especial, en la culpabilidad, se intentó cubrir todos los aspectos propios de la realización de las concepciones PREVENTIVO especiales dentro de las garantías del Estado de Derecho (como final y Carta Negra del Delincuente).

Sería sin duda apresurado afirmar que esta concepción de la teoría del delito importaba un alejamiento notorio de los modelos éticos de su tiempo y que por ese motivo se trata de un punto de vista que se diferencia de la teoría del delito de las concepciones absolutas, en la medida en que éstas reconocían implícitamente su vinculación con la ética.

En realidad también aquí existe un paralelo notable con la ética que comenzaba a abrirse camino en aquella época. La polémica sobre el determinismo y el indeterminismo influyó en el pensamiento ético tanto como en el derecho penal. Ello se pone de manifiesto en la obra de Nietzsche, en la que pueden encontrarse paralelos indudables con las concepciones de Liszt. En "Menschliches, Allzumenschliches", publicado en 1876, Nietzsche expresa su punto de vista, según el cual la moralidad de un comportamiento se mide en relación a su resultado: "No sólo el espectador de un hecho juzga lo moral o inmoral del mismo en referencia al resultado: no, el autor mismo hace lo propio" (101). Aquí se percibe que también en la ética el diavalor del resultado agota el juicio moral de la misma manera que en la teoría de la antijuricidad de Liszt y de su época.

El segundo paralelo corresponde al nivel de la culpabilidad: "La completa irresponsabilidad de la persona por su obrar y por su manera de ser es la gota más amarga que el sujeto del conocimiento debe tragar, acostumbrado, como estaba, a ver en la responsabilidad y en el deber el título de nobleza de su humanidad ... no cabe alabar ni censurar, pues es disparatado alabar o censurar a la naturaleza y a la necesidad" (102). En otro lugar agrega: "Todo es necesidad -así reza el nuevo conocimiento; y este mismo conocimiento es necesidad. Todo es inculpabilidad: y este conocimiento es el camino para comprender esta inculpabilidad" (103). Estos párrafos de Nietzsche dejan ver con transparencia la influencia que el pensamiento naturalístico tuvo en su tiempo (103 a), lo que explica también su reacción contra la idea de retribución: "Nuestro delito contra el delincuente consiste en que lo tratamos como a un conejillo" (103 b).

Estas ideas, por otra parte, no eran nuevas en la ética y habían ido formando una importante orientación dentro de la misma. En 1840 Schopenhauer se había manifestado ya abiertamente contra los fundamentos de la ética kantiana (104). Schopenhauer sostenía que el mérito y la culpabilidad "yacen en aquélla que nosotros somos" (105); y agregaba: "Los reproches de la conciencia se refieren en primer término en forma ostensible a aquélla que hemos hecho, es decir propiamente y en lo fundamental, sin embargo, a aquélla que nosotros somos, de lo cual nuestros hechos sólo constituyen una comprobación válida, refiriéndose a nuestro carácter como los síntomas respecto a la enfermedad" (106). Junto a la crítica de la ética kantiana que se deduce de los párrafos citados, Schopenhauer mantuvo lo que consideró el mayor logro de Kant: "la teoría de la coexis-

tencia de necesidad y libertad" (107). Según ello Kant partió también de la "total necesidad de los actos voluntarios" (108). Pero, no obstante ello, no podría negarse que "todas nuestras acciones van acompañadas de una conciencia del propio poder y originalidad, por medio de la cuáles las reconocemos como nuestra obra y cada uno, con total certeza, se siente autor de sus actos y moralmente responsable por ellos" (109). La solución de esta contradicción se encontraría en la diferencia del "fenómeno" y "la cosa en sí". "El individuo sólo es el fenómeno en su carácter nato e inmodificable, determinado estrictamente en todas sus exteriorizaciones por la ley de la causalidad, que aquí, se llama motivación, al ser mediada por el intelecto" (110). A su vez, "la cosa en sí que le subyace es -dado que se encuentra fuera del espacio y el tiempo- libre de toda sucesión y diversidad de los actos, lo uno e inmodificable" (111). La concepción de Schopenhauer pueda expresarse en sus propias palabras muy brevemente: "Lo que se hace es consecuencia de lo que se es". En este sentido el hombre "no es una excepción respecto del resto de la naturaleza: también él tiene su firme disposición, su carácter inmodificable, que sin embargo es diverso en cada uno. Esto es, para nuestra concepción, sencillamente empírico, y por eso mismo fenómeno; lo que él por el contrario pueda ser según su esencia en sí mismo es lo que se llama el carácter inteligible." (112). "La libertad -agrega Schopenhauer- no pertenece al carácter empírico, sino al inteligible. El operari (obrar) de un hombre está determinado necesariamente por motivos desde lo exterior y por el carácter desde lo interior" (113).

Inclusive la idea de que la "culpabilidad de carácter" se refiere al carácter expresado en el acto concreto, que es frecuentemente es-

primido por los partidarios de esa concepción, encuentra su respaldo en las ideas ya expresadas por Schopenhauer, para quien no existe un conocimiento a priori de nuestro carácter, éste sólo es cognoscible a través de los actos concretos (114). Por ello es que "se supone de todos que son buenos mientras no se pruebe lo contrario" (115).

En este intento de Schopenhauer de fundamentar la ética en el fenómeno y no en la cosa en sí, hay indudables puntos de apoyo que luego permitirían una concepción paralela del derecho penal. De esta manera queda claro que el concepto del delito de v.Liszt ha respondido, como el de Binding, a un modelo ético o, por lo menos, se ha desarrollado en forma paralela a él.

B) La problemática de la punibilidad en el sistema de v.Liszt.

Si bien la distinción entre injusto culpable o delito y punibilidad se mantiene en los hechos en la teoría del hecho punible de v.Liszt de la misma que aparecía en la de Binding, el fundamento de tal distinción difiere completamente. Ambos han partido del carácter "fragmentario" del derecho penal, pero la existencia de una categoría autónoma de excusas que excluye la punibilidad sin afectar el contenido de lo injusto ni de la culpabilidad no depende del carácter fragmentario del derecho penal. Aún cuando todas las contravenciones del orden normativo fueran punibles, sería posible, al menos en abstracto, diferenciar entre los elementos de lo injusto culpable y la punibilidad. El único presupuesto necesario sería la existencia de un principio que hiciera significativa la distinción: p.ej. el que estableciera la irrelevancia del error sobre la punibilidad. La circunstancia, entonces, de que haya hechos lesivos de las normas (en la

terminología de Binding) o de un bien jurídico protegido (según el primer punto de vista de v.Liszt) que no acarree la pena como consecuencia jurídica, no es un presupuesto conceptual de la diferenciación entre inculpa culpable y punibilidad en ninguno de los dos sistemas.

En el marco teórico definido por v.Liszt la distinción entre destinatario de la norma y de la ley penal no podría cumplir tampoco un papel decisivo, pues en razón de la significación que v.Liszt le da a la prevención general, de su punto de partida determinista y su concepción utilitarista de la motivación humana, tal construcción carece, en principio, de sentido. Pero, aún cuando v.Liszt atribuye a la amenaza penal una función motivadora al decir que obra "advirtiendo e intimidando" (116), no deduce de ello que la amenaza tenga por destinatario al autor, o por lo menos que ello tenga que reflejarse en el conocimiento de la amenaza penal por parte del autor como presupuesto de la punibilidad. Para v.Liszt la conciencia de la anti-juricidad "no es elemento del concepto del dolo" (117) y consecuentemente, tampoco lo es el conocimiento de la punibilidad. Es evidente que estas consecuencias son producto, como se dijo, del punto de partida determinista. Pero también es claro que llevando ese punto de partida hasta sus últimas consecuencias tampoco sería necesario requerir como presupuesto de la punibilidad el conocimiento de los hechos y la distinción misma entre delitos dolosos y culposos carecería de necesidad. Sin embargo, esos elementos entran en consideración en el sistema de v.Liszt por su valor sintomático y por su significación, en consecuencia para la prevención especial. Lo que v.Liszt no aclara es por qué razón el desconocimiento de la amenaza penal o de la anti-juricidad no tienen, o mejor dicho, no tendrían valor sintomático, sobre todo por que él afirma que

la amenaza penal tiene la misión "de mostrar al ciudadano juicioso el valor que el Estado otorga a las órdenes que imparte" (118), lo que haría presumir que el conocimiento de la mismas no debería ser irrelevante para conocer los requerimientos preventivos de un autor determinado, por lo que debería constituir un presupuesto de la pena.

De esta manera queda claro que ninguno de los puntos de vista teórico-normativos de Binding hubiera servido a v.Liszt para fundar la categoría de la punibilidad.

Sin embargo, v.Liszt no renunció a dicha categoría. Por el contrario, reconoció un número significativo de excusas absolutorias: el exceso en la defensa (119); en el incesto la circunstancia de que se cometa con un descendiente o entre hermanos siendo menor de 18 años (120); el encubrimiento personal cometido por un pariente (121); el hurto o la defraudación cometido contra próximos parientes o entre esposos (122) etc. Según v.Liszt en estos supuestos la pena no se aplica a causa de la personalidad del autor: "En casos individuales el legislador renuncia a la aplicación de una pena frente al autor a causa de su personalidad, pero esta renuncia sólo tiene lugar respecto de él, mientras que con respecto al resto del hecho sigue siendo punible" (123).

El punto de vista de v.Liszt permite explicar mejor que el de Binding la cuestión de la personalidad de los efectos de las excusas absolutorias, que como se vió no recibe respuestas satisfactorias en la dogmática de la teoría de las normas. Su debilidad reside, en cambio, en la falta de explicación de los efectos del error y en la distinción de las excusas absolutorias con respecto a las causas de inculpabilidad, con lo que, en

verdad, se pone en tela de juicio la distinción misma, o sea la necesidad de la categoría de la punibilidad. A esto vemos a referirnos a continuación.

Como hemos visto la culpabilidad implica materialmente, en la teoría de v.Liszt, un juicio negativo sobre la personalidad del autor, juicio que sumado al de lo injusto, que es un juicio sobre la antisocialidad del hecho, brinda el fundamento de la punibilidad del hecho. Pero ocurre que según la concepción de v.Liszt habría causas que por su naturaleza no afectarían la culpabilidad, pues no excluirían la asocialidad del autor, que sin embargo eliminarían la pena. Si la pena -como lo creía v.Liszt- tiene la finalidad de corregir la asocialidad del autor, faltará todo fundamento para la exclusión de la pena en los casos de exclusión de la punibilidad en el caso del hurto o la defraudación entre próximos parientes y entre cónyuges. En estos supuestos la cercanía social del autor y la víctima no sólo no elimina la asocialidad del primero, sino que, por el contrario, la acrecienta. Hurtar o defraudar al cónyuge o a un pariente próximo dolosamente es una acción que exterioriza una actitud, por lo menos, socialmente disvolverse en medida similar a la de aquél que comete la misma acción contra un extraño. Mientras la cercanía social opera como agravante en los delitos contra la vida o contra la integridad corporal, en los delitos contra la propiedad no debería tener un significado diferente en la medida en que es imposible comprender cuál sería la razón de la exclusión de la pena. En realidad, el parentesco o el matrimonio servirían para presumir un error sobre la ajenidad de la cosa o para explicar casos en los que el error de tipo excluiría el dolo sin necesidad de una prueba especial. Sin embargo, la consecuencia resultó ser precisamente la contraria: el error resulta irrelevante cuando recae sobre las circunstancias que determinan la exclu-

sión de la punibilidad.

Por lo demás parece clarísimo que si en el encubrimiento la cercanía del autor con la persona encubierta es el fundamento de la impunidad, por que, sin duda, se toman en cuenta las dificultades del autor para omitir una acción en beneficio del pariente, el fundamento de la impunidad en el hurto o la defraudación, en los que la acción es cometida en perjuicio de una persona muy cercana, no puede ser coincidente. Por lo menos la unidad de la categoría sería aquí fácilmente cuestionable. Por lo tanto, si se consideraran ambas situaciones desde el punto de vista de la asocialidad del autor deberían conducir a consecuencias diferentes. Una categoría uniforme para ambos supuestos sería, bajo tales condiciones, contradictoria con el derecho positivo, que valora aquellas situaciones de manera diferente.

Pero no sólo se generan problemas dentro de la misma categoría de la punibilidad. La comprobación que acabamos de realizar respecto del encubrimiento demuestra también que en este caso la excusa absolutoria no podría diferenciarse de una causa de inculpabilidad, dado que el fundamento de éstas radica en la falta de asocialidad del autor que obra ilícitamente en las circunstancias previstas por la ley. No pareciera que pudiera dudarse de que en el encubrimiento de próximos parientes y en el exceso en la legítima defensa que proviene de temor, etc. este fundamento está presente.

Tampoco desde el punto de vista de las consecuencias prácticas podría sostenerse el mantenimiento de la punibilidad como categoría independiente en el sistema de v.Liszt. También aquí se percibe una superposición con las causas de inculpabilidad, pues éstas no son extendibles a los

participes y en ellos, según Liszt, el error carece de relevancia.

El anterior análisis crítico nos permite afirmar que en el sistema dogmático de v.Liszt nada autoriza a justificar una categoría autónoma de la punibilidad. Se trata simplemente de una categoría admitida como concesión a la teoría de las normas que v.Liszt no pudo eliminar nunca en forma total.

El error fundamental de v.Liszt consiste en hacer dos juicios de valor con sentido diferente sobre un único objeto y al mismo tiempo. La misma personalidad expresada en el mismo hecho es juzgada primero como asocial y luego como no adecuada a la reacción penal, cuya finalidad es precisamente corregir la asocialidad demostrada en la comisión de ese delito concreto.

La categoría de la punibilidad, diferenciada de la culpabilidad presupone, lo mismo que la distinción entre antijuricidad y culpabilidad, la posibilidad de un juicio diferente respecto a los que constituyen la base de las categorías restantes. Las excusas absolutorias deberían constituir entonces correctivos preventivo especiales (referidos a la personalidad del autor) respecto de la culpabilidad, una culpabilidad cuyo contenido no podría ser sino ético, o por lo menos, totalmente ajeno a una valoración de la personalidad en el sentido de la prevención especial. Pese a todo, es decir, a pesar de que este punto de vista importaría abandonar la teoría de la pena de v.Liszt y pasar a las teorías de la unión o unificación del fin de la pena, desde tales presupuestos tampoco sería posible explicar la no punibilidad del hurto y la defraudación cometido contra prójimos parientes o contra el cónyuge, que no encontraría -como se vió- fundamento

en la prevención especial.

El rechazo de v.Liszt de la retribución como fundamento de la pena y su correlativa construcción dogmática no significó, entonces, el abandono de la distinción injusto-culpabilidad, por un lado y punibilidad por el otro.

Sin embargo, como categoría de correctivos preventivo-especiales la punibilidad no puede separarse de un concepto de culpabilidad que no es sino una culpabilidad de carácter, por la personalidad o de autor, orientada específicamente por consideraciones preventivo-especiales.

Por otra parte, las necesidades prácticas de la teoría del error y de la accesoriidad de la participación no necesitan para su realización dentro de la teoría del delito de v.Liszt la categoría de las excusas absolutorias ni, probablemente, de las condiciones objetivas de punibilidad. Ello es consecuencia ante todo de que para v.Liszt ya el error sobre la antijuricidad es irrelevante y las causas de inculpabilidad no se transmiten en sus efectos a los partícipes.

NOTAS AL CAPÍTULO SEGUNDO

- 1) Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, (ed. con notas de C.A.J. Mittermeier) 13.ed. 1840.
- 2) Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 2a.ed. 1805.
- 3) Metaphisik der Sitten, 1785.
- 4) Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, Bro. 99.
- 5) Cofr. Bacigalupo, en Revue Internationale de Droit Pénal, 1970-1, pag. 35 y stes.
- 6) Cofr. Franz v. Liszt, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze (1), 1876, pag. 178.
- 7) Cofr. también Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, I, 1904, pp. 96 y stes.; Oetker, Ueber den Einfluss des Rechtsirrtums, 1876, pag. 52 y stes.; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903; Koch, en GS 1873, pag. 436/437; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878; Hierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe, 1877/1883.
- 8) Kant, loc. cit. (ed. 1797), pag. 332.
- 9) Kant, loc. cit. pag. 195
- 10) Noll, en Fest. für H. Mayer, 1965, pag. 219 y stes.
- 11) Normen I, pag. 3 y stes.
- 12) Thon, loc. cit. pag. 8.
- 13) Normen, I, pag. 11 y stes.
- 14) Sobre este tema ya Platón, Critón.
- 15) Normen I, pag. 51; Normen III, 1918, pag. 90 y stes.
- 16) Normen I, pag. 96 y stes.; 412 y stes.
- 17) Normen I, pag. 20.

16)Normen, III, pag.92.

17)En la concepción de Binding (confr. Normen, I, pag 20/21) se trata de un caso de auto-obligación o auto-limitación del Estado. De esta manera el poder penal, al "derecho penal subjetivo", aparece como una facultad del Estado que no proviene de la soberanía del pueblo como lo constituyeron los clásicos del contractualismo (Rousseau, Beccaria).

20)Normen, III, pag.90.

21)Normen, III, pag.90.

22)Binding llamó "Delikt" a la infracción de la norma y "Verbrechen" al delito punible.

23)Normen, I, pag.196.

24)Normen, I, pag.199.

25)Normen, I, pag.198 ytes.

26)Normen, I, pag.199.

27)Cnfr.Normen I, pag.3 y stes.

28)Cnfr.Normen III, pag 98 y stes.

29)Handbuch I, pag.588/589.

30)Handbuch I, pag.509; Normen I, pag.28.

31)Handbuch I, pag 174.

32)Handbuch I, pag, 174.

33)Cnfr. también Adolf Merkel, Die Lehre vom Verbrechen und Strafe, edit. por M.Liepmann, 1912, pag.293.

34)Handbuch I, pag.221.

35)Cnfr. Noll, loc.cit. nota 10, quien identifica este punto de vista con el contenido de la prevención general.

36)Handbuch I, pag.31.

37)Handbuch I, pag.30.

38)Handbuch I, pag.32.

- 39) Jescheck, Lehrbuch³, pag. 447; este punto de vista es difícilmente compatible con la idea del propio Jescheck de que hay excusas absolutorias como la del parágrafo. 37 del StGB que alcanzan a todos los participantes.
- 40) Cnfr. Finger, loc.cit. pag. 118, donde afirma que el carácter personal de las excusas absolutorias, que a su vez distingue, sin fundamentar de los privilegios; en igual sentido: Gerland, Deutsches Strafrecht, 2.ed. 1932, pag. 162; von Calker, Strafrecht, 3.ed. 1927, pag. 57.
- 41) Cnfr. v.Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht, 1, 1906, pag. 249, que trata la excusa relativa a los miembros del parlamento como un privilegio y extiende la no punibilidad a los participantes. v.Bar rechaza la distinción de Binding entre Norma y Ley penal (pag. 7/8). En Finger se percibe una cierta tendencia a unificar todas las eximentes bajo el rubro "fundamentos que impiden excepcionalmente el nacimiento del derecho penal del Estado" (loc.cit. pag. 383 y stes.)
- 42) La distinción es formulada consecuentemente por Finger, loc.cit. pag. 118: causas que excluyen el delito y causas que excluyen la punibilidad.
- 43) Normen I, pag. 129.
- 44) Handbuch I, pag. 732/733.
- 45) Handbuch I, pag. 667 y stes.
- 46) loc.cit. pag. 114 y stes. y 428 y stes.
- 47) Handbuch I, pag. 666.
- 48) Handbuch I, pag. 666.
- 49) Cnfr. v.Bar, loc.cit., 2, 1907, pag. 304 y stes.
- 50) Cnfr. Binding, Normen I², pag. 353 y stes.
- 51) Normen I², pag. 357.
- 51a) Cnfr. Bacigalupo, en Revue Int. de droit pénal, 1978-1, pag. 15 y stes.
- 52) Strafr. Vorträge u. Aufsätze, 1, 1905, pag. 217 y stes.
- 53) ibidem.

- 54)ib.idem.
- 55)ib.idem. pag.219
- 56)ib.idem. pag.219
- 57)ib.idem. pag.219.
- 58)ib.idem.pag.220.
- 59)ib.idem.pag.221.
- 60)Armin Kaufmann, Normentheorie;Amelung,loc.cit.
- 61)loc.cit. pag. 221/222.
- 62)loc.cit.pag. 178 (en "Der Zweckgedanke im Strafrecht": programa de Harburg).
- 63)ib.idem.
- 64)ib.idem.pag.157
- 65)ib.idem. pag.158.
- 66)ib, idem. pag.159.
- 67)ib.idem.pag.161.
- 68)ib. idem.pag.163/164.
- 69)loc.cit.,2,pag. 39 ("Die deterministische Gegner der Zweckstrafe").
- 70)Normen II², pag. 293. También en "Die Schuld im deutschen Strafrecht", 1919,pag.10.
- 71)Lehrbuch,21/22 ed. 1919,pag.152.
- 72)Normen I²,pag.338; cnfr. también Armin Kaufmann, Normentheorie,pag.69 y stes.
- 73)Lehrbuch,3a.ed. 1888,pag.21.
- 74)ib.idem, pag.21,nota 3.
- 75)ib.idem. pag. 131/132.
- 76)Lehrbuch,4.ed. 1891,pag.144.
- 77)ib.idem.,pag.145.
- 78)Sin variantes en el Lehrbuch 5. ed. 1892,pag.142/143.

- 79) Lehrbuch, 21/22 ed. 1919, pag. 132.
- 80) ibidem.
- 81) ibidem., pag. 133.
- 82) ibidem.
- 83) Confr. Finger, en GS 40(1808), pag. 139 y stes.
- 84) Confr. Schaffstein, "Das Verbrechen als Pflichtverletzung", 1935.
- 85) Confr. Lehrbuch, 21/22 ed. 1919, pag. 151.
- 86) ibidem.
- 87) ibidem. Cabe señalar aquí el uso dado por v.Liszt a la expresión "meta-jurídico". De acuerdo con ello lo jurídico parecería no poder superar los aspectos meramente formales de la aplicación del derecho. También el contenido material de lo injusto es independiente de la correcta valoración del legislador, razón por la cual es considerado "meta-jurídico" (Lehrbuch, 21/22 ed. 1919, pag. 133)
- 88) ibidem. pag. 152.
- 89) ibidem. (La conciencia de la antijuricidad tampoco forma parte del dolo confr. Lehrbuch, 21/22 ed. 1919, pag. 172 y stes.
- 90) ibidem.
- 91) ibidem.
- 92) Las modernas ideas sobre psicodiagnóstico y otras técnicas psicológicas adecuadas para los pronósticos de conducta no fueron conocidas por v.Liszt. En una concepción moderna de la prevención especial ellas son imprescindibles: confr. Bacigalupo, en Revue Internationale de Droit Pénal, 1978-1, pag. 15 y stes.
- 93) Gröhhut, Fest. für Aschaffenburg, 1926, pag. 87/96.
- 94) v. Bar, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Straftheorien, I, pag. 271.
- 95) Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, pag. 3.
- 96) Mezger, en ZStW 59, pag. 675 y stes.

- 97) Bockelmann, Studien zum Römerstrafrecht, II, 1940, pag. 26 y stes.
- 98) Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1963; Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, I.V, pag. 249.
- 99) Bacigalupo, NPP-1974, pag. 3 y stes.
- 100) Cnfr. Kelsen, Hauptprobleme der Staatslehre, 1911, pag. 84 y stes.; Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 1970, pag. 7.
- 101) "Menschliches, Allzumenschliches", I, 1878, Nº 11.
- 102) Nietzsche, loc.cit. Nº 22.
- 103) ibidem.
- 103 a) Cnfr. August Messer, Werken von F. Nietzsche, Ged. 1930, t.1 pag. XXI.
- 103 b) loc.cit. Nº 8.
- 104) "Ueber die Grundlage der Moral", 1840, en "Die beiden Grundprobleme der Ethik", citado según la Zürcher Ausgabe, 1977, t.VI.
- 105) loc.cit. pag. 297.
- 106) ibidem.
- 107) loc.cit. pag. 215.
- 108) ibidem.
- 109) ibidem.
- 110) loc.cit. pag. 215.
- 111) loc.cit. pag. 216.
- 112) loc.cit. pag. 217.
- 113) ibidem.
- 114) loc.cit. pag. 218.
- 115) ibidem.
- 116) Lehrbuch, 21/22 ed. pag. 21 y stes.
- 117) Lehrbuch, 21/22 ed., pag. 21.

110)Lehrbuch, 21/22 ed. pag.102.

116)Parág. 53.3. de la antigua redacción del StGB.

118)Parág.173.3. de la antigua redacción del StGB.

121)parág. 257 de la antigua redacción del StGB.

122)Parág. 247 de la antigua redacción del StGB.

123)Lehrbuch, 21/22 ed.,pag.102.

124)Cnfr. Código Penal Argentino art.60;Código Penal Español art. 405.

125)Esto sería posible también en el derecho alemán (Parág. 211 StGB), siempre y cuando no se requiera, como lo hace Uex, en Schönke-Schroder, StGB, 10.ed. 1976, Parág. 211 NO 14, que la situación de "falta de sospecha sea aprovechada para poner a la víctima en situación de indefensión".

CAPITULO TERCERO

Cuestiones teórico-jurídicas implicadas en la distinción injusto-culpable (delito) y punibilidad.

- 1. Deber jurídico y punibilidad**
- 2. Excepciones de la norma y excepciones de la punibilidad.**
- 3. Exclusión de la culpabilidad y exclusión de la punibilidad.**
- 4. Elementos del tipo (supuesto de hecho) y elementos de la punibilidad.**
- 5. El doble ámbito de juzgamiento.**
- 6. Resultados parciales.**

El propósito de este capítulo es analizar los problemas teórico-jurídicos implícitos en los modelos dogmáticos analizados en los capítulos anteriores. Para ello será preciso el estudio de las cuestiones que se refieren al deber jurídico y su referencia o no a la punibilidad; la posibilidad de encontrar distinciones plausibles entre las excepciones de las normas y las de la punibilidad; las diferencias que existirían entre las causas de inculpabilidad y las que neutralizan la punibilidad; las posibilidades y los límites de la fungibilidad de los elementos de la punibilidad y los del tipo. Finalmente analizaremos lo que llamamos "doble ámbito de juzgamiento", haciéndonos cargo de la tendencia actual a distinguir lo "acrededor de pena" de lo que "requiere pena".

Como se verá no siempre se trata de problemas distintos, sino que frecuentemente nos encontraremos ante diversos aspectos de un mismo problema.

En realidad la teoría de Binding no ha logrado imponerse sin reservas(1). Ello no ha impedido, sin embargo, que la categoría de la punibilidad (excusas absolutorias y condiciones objetivas de punibilidad) no se hayan mantenido en casi todos los sistemas posteriores. Esta permanencia parece haber sido más fuerte que las dudas que esta categoría despierta dentro y fuera de su contexto original (2).

Las críticas a que fué sometido la concepción de Binding alcanzó prácticamente a todos los supuestos de la distinción entre injusto culpable

y posibilidad.

1. Deber jurídico y punibilidad.

El primer ataque que recibió la teoría que distingue injusto culpable y punibilidad se refiere a sus presupuestos teóricos y fundamentalmente al significado dado al problema del destinatario de la norma y de la ley penal y al concepto de deber jurídico.

a) El primero en atacar en este sentido fue Adolf Wach (3), quien sostuvo que "ya el punto de partida, la primera afirmación, no me parece feliz. Binding -continúa Wach- exagera evidentemente la significación del problema de a quién se dirige la ley penal. Esta cuestión no resulta utilizable como base de una construcción dogmática. Aún cuando fuera correcto -y en esto discrepo con las recensiones anteriores- y Binding sólo en virtud de la forma de la ley suponga que ésta se dirige al Estado mismo, es decir le imparte órdenes, ¿no sería por ello también un imperativo que habla al pueblo y como elemento independiente del derecho imprescindible?" (4).

De esta forma Wach puso en tela de juicio la corrección de la idea de los diversos destinatarios de la norma y de la ley penal. Su argumentación se dirige contra la necesidad lógica de la preexistencia de la norma respecto de la ley penal. Sin embargo es preciso hacer notar que las consecuencias obtenidas por Binding de la independencia conceptual de norma y ley penal, de preceptio-legis y sanctio-legis, no implican, por sí mismas, que deban existir distintos destinatarios. Esta cuestión no se aclara exclusivamente con la especificación de las relaciones entre norma y ley penal. Si bien es cierto que la duplicidad de destinatarios no sería posible sin esa distinción, no es menos cierto que la cuestión decisiva está en la teoría de la pena y no en los conceptos dogmáticos posibles, es decir, que una consideración a fondo del punto de vista de Binding no puede prescindir de tratar el punto de partida de las teorías absolutas que

no aceptan la motivación del autor mediante la amenaza de un mal. Este tema fundamental, sin embargo, no fué tratado por Wach en forma directa.

De todos modos, en tanto Wach cuestiona explícitamente la irrelevancia que Binding asigna a la conciencia de la punibilidad, también pone indirectamente en entredicho aquél principio de las teorías absolutas, tal como Binding las concebía. En este sentido afirma: "No tenemos por qué temer al reproche de que, de esta manera, el conocimiento de la ley penal sería esencial para el concepto de dolo; por lo menos esperamos hasta que alguien nos lo formule"(5).

La única manera de dar respuesta a la cuestión planteada por Wach es remitirse a la teoría de la pena. Wach no lo hizo, tal vez por que sólo se limitó a una recensión de la obra de Binding, pero no cabe duda de que el punto central de la discusión está antes de la cuestión propiamente dogmática: en la determinación de los axiomas previos a la tarea estrictamente dogmática.

b) En segundo término se ha criticado la base misma de la argumentación de Binding en lo que se refiere a la naturaleza preventiva de la norma y, correlativamente, a la ausencia de función preventiva de la pena.

Esta crítica se deduce de la concepción que niega la existencia de deberes jurídicos -de los que se deduciría la fuerza motivante de la norma- y sólo reconoce deberes morales (6). No es difícil comprender, dice Binder, "que de la mera voluntad de la comunidad jurídica, que se presenta como exigencia frente al individuo (en realidad un 'deber' de significación empírica pero no trascendental) no puede surgir una obligación del individuo; de manera que, aunque tuviéramos que admitir tal obligación fren-

te a la voluntad de la comunidad, ella no sería resultante de dicha voluntad ni de su exteriorización, sino exclusivamente de la conciencia moral del sujeto de derecho" (7).

Con esta argumentación se cuestiona, en realidad, en primer término, la posibilidad operativa de un derecho penal fundado en la prevención por medio del deber de obediencia, pues si ésta se funda en el reconocimiento del deber emanado de la norma y se llega a la conclusión de que tal deber jurídico no existe, la función preventiva del derecho penal queda suspendida en el aire. Concibiendo las normas como normas de decisión dirigidas exclusivamente a la autoridad de aplicación del derecho (8), desaparece la posibilidad de hablar de normas dirigidas al sujeto de derecho individual, pero también la posibilidad de asignarle un fin preventivo.

Bajo tales presupuestos carece de sentido distinguir entre la lesión de la norma (delito) y punibilidad de ésta. Pero también se afirma toda forma de error se torna irrelevante: "La teoría del poder conocer y del tener que conocer no tiene ninguna utilidad; siempre estamos frente a la misma dificultad, que sólo desaparece adoptando la teoría que afirma que el sujeto no necesita conocer el derecho para que éste le sea aplicable, por que la ley no es una orden dirigida a él sino al juez y 'contravenir una ley' no significa sino realizar el supuesto de hecho (Tatbestand) requerido por una ley penal"(9).

De esta manera Julius Binder deja sin respuesta a la teoría de Binding fundándose en una determinada interpretación de Kant y su diferenciación entre moralidad y legalidad, que en principio no tiene por qué ser incorrecta. La afirmación de que sólo existen deberes morales no

una consecuencia del carácter autónomo de la moral, de la misma manera que el punto de vista que no reconoce deberes jurídicos es paralelo a la concepción del derecho como heterónomo. Sin embargo, de la argumentación en principio correcta de Binder, éste deduce consecuencias altamente objetables como la eliminación del error relevante.

De todos modos, se trata de una crítica válida si se tiene en cuenta que la "comprobación de que "la consecuencia del orden jurídico no consiste en la obligación, sino en la dominación "(40) no debería conducir necesariamente a la reducción de las condiciones bajo las cuales se ejerce el poder de dominación o de sumisión, en la terminología de Binding. Por el contrario debería conducir a una verificación de las condiciones de la legitimidad de autoridad del derecho penal. La crítica de Binder tiene un punto de partida acertado al negar la existencia de deberes jurídicos (heterónomos), pero en la medida en que ^{no} problematiza las condiciones de legitimidad del requerimiento de obediencia por parte del Estado, tiene consecuencias evidentemente contrarias a las convicciones jurídicas hoy dominantes.

Por otra parte, Binder esboza también, como Wach, el tema de la teoría de la retribución que está por detrás de las argumentaciones teórico-normativas. Con su argumentación Binder no hace sino acentuar los aspectos negativos de la dogmática de las teorías absolutas. En la crítica su posición se basa en una pura selección del destinatario de las normas que lleva la posición de Binding hasta sus últimos extremos: la pena se convierte en una compensación totalmente abstracta de un mal por otro, si es que tal compensación fuera posible.

Este círculo sólo podría romperse en la medida en que junto con la crítica de la teoría del deber jurídico se abordara la cuestión de las condiciones de la legitimidad del *ius puniendi* en un Estado de Derecho, que es lo que faltó a Binder por completo. Su crítica de la teoría del deber jurídico sirve para eliminar todo límite al ejercicio del poder penal y para anular los aspectos positivos de la teoría de Binding.

La exposición crítica de la posición de Binder merece ver, en primer lugar, hasta qué punto la consideración de las categorías dogmáticas aisladas de su fundamento puede producir resultados totalmente irracionales.

En relación a la distinción entre injusto culpable y punibilidad, en segundo lugar, sirve para demostrar que esta distinción sólo tiene sentido en un sistema que contenga dos reglas diversas sobre el error: una que declare relevante el error sobre un conjunto de elementos entre los presupuestos de la punibilidad y otra que lo declare irrelevante cuando recaer sobre ciertos presupuestos de la punibilidad. La decisión sobre los alcances del error es determinante de la distinción dogmática del destinatario de la norma y no a la inversa. La norma o la amenaza penal se dirigen o no a los sujetos de derecho según lo que se decida en torno a la relevancia del error sobre cada una de ellas. En la teoría de Binding ello es a su vez consecuencia de la función motivadora que se atribuye a cada una según la filosofía de la pena de la que se parte.

c) Las mismas consideraciones pueden hacerse respecto de Kelsen. También él sitúa la discusión en el plano del deber jurídico. Pero, a la inversa de Binder, extiende el deber jurídico más allá de un sentido su-

cho más amplio : Es la amenaza penal lo que en realidad determina el deber jurídico.

Kelsen afirma correctamente que "Binding, como todo partidario de la teoría de los imperativos(11), parte calladamente de una suposición no probada en ninguna parte, de que la obligación del sujeto de derecho sólo puede tener lugar por medio de una proposición de deber (Sollen-satz)" (12). Y agrega: "por qué 'no deis hurtar'-proposición que tomada en un sentido estricto sólo constata la existencia de un deber ya existente- debe tener más o menos fuerza obligante que la proposición que diga: 'si hurtais, seréis penados por el Estado?'" (13).

En parte hay una coincidencia de Kelsen con Binder en el sentido que para ambos el imperativo de las proposiciones jurídicas constataría un deber, cuyas características serían de todos modos diversas del deber en el sentido kantiano. Pero en la argumentación de Kelsen se percibe con claridad una modificación del significado de la expresión "deber" (14). El deber en el sentido de Kelsen está constituido por la amenaza de la sanción: la conducta debida es aquella para cuya realización está prevista una sanción. Por supuesto que esta fuerza "obligante" no debe entenderse en el sentido ético -ya que Kelsen no deja ninguna duda respecto a la nitidez con que separa el derecho de la moral- sino en el sentido de coacción jurídica. (15). Más que un concepto de deber el de Kelsen es un concepto de Tener-que y, de esta manera, importa una modificación del significado de la expresión "deber", tal como ésta venía siendo usada en el contexto de la discusión. Este nuevo concepto de "deber" de Kelsen ya no tendrá incidencia alguna en el problema del conocimiento del deber. Junto con la transformación del concepto de deber se da, al mismo tiempo, una profunda transformación del con-

cepto de norma jurídica. La norma jurídica de Binding es la orden del legislador que persigue un fin motivador. La de Kelsen es un juicio hipotético que representa la forma del pensamiento de los juristas. De esta manera Kelsen elimina en la práctica el problema de del destinatario de la norma, en lo que coincide con Binder en parte. La norma de Kelsen al no ser un imperativo sino un juicio hipotético, carece completamente de destinatario: ni el Estado ni los sujetos individuales derecho son destinatarios de la norma concebida como juicio hipotético; éste describe simplemente la estructura lógica de la imputación de una sanción a un hecho.

En consecuencia de la crítica de Kelsen a Binding no se deduce un criterio expreso respecto de la distinción entre norma y ley penal o de lo injusto culpable y la punibilidad. El problema del conocimiento que debe haber tenido el autor _____ para la aplicación de una pena en forma legítima queda abierto, es decir, no puede deducirse de la función de la norma, como lo había hecho Binding.

Sin embargo, Kelsen reconoció que "el Estado 'domina' sólo en la medida en que el orden jurídico ejerce un poder general, aunque no sin excepciones, de fuerza motivadora" (16), afirmación que parecería requerir el conocimiento de la norma o de la amenaza penal (ambas en el sentido de Binding) para explicar el efecto motivador del que depende el ejercicio del poder. Pero no es así: "este hecho psicosocial -continúa Kelsen- no entra en consideración para el jurista, es un hecho del mundo del ser" (17). La teoría de la norma de Kelsen permite, entonces, operar prácticamente con cualquier teoría de la pena, tal vez por/^{que} su objetivo está en un plano diverso del dogmático, cuyo interés primero está en la aplicación derecho. Si esto fuera así la crítica de Kelsen a Binding podría enten-



darse como un rechazo de la teoría de los imperativos como base de una teoría general del derecho.

La distinción entre injusto culpable y posibilidad oírde vigencia en la concepción de Binder a través de la definición de una norma que tiene por destinatarios a los órganos de aplicación del derecho, lo que permite sostener sin fricciones la irrelevancia del error en forma general. Por el contrario, la posición de Kelsen, que por otro camino llega a coincidir en algunos aspectos con la de Binder, deja abierta la posibilidad de la distinción, siempre y cuando la norma como juicio hipotético se mantenga en el plano más abstracto de la teoría general del derecho.

2. Excepciones de la norma y excepciones
de la punibilidad.

Un segundo aspecto de la problemática teórico-jurídica de la distinción entre injusto culpable y punibilidad se refiere a la posibilidad misma de distinguir las excepciones de las normas de las excepciones de la punibilidad.

Ya hemos analizado la insuficiencia de los criterios expuestos brevemente por Sindling(18). Trataremos ahora el tema en general.

La disputa comienza ya con la discusión en torno a la existencia o no de excepciones de la norma. Aquí se pone de manifiesto, ante todo, las dificultades que gravan la distinción entre ambos tipos de exenciones.

En el marco de la teoría de los imperativos, la existencia de proposiciones permisivas resultaría contradictorio con la afirmación inicial de este punto de vista, según el cual el derecho no es sino un "complejo de imperativos": el orden jurídico está compuesto sólo por órdenes. Para los defensores de la teoría de los imperativos no hay excepciones de las normas sino determinación de los límites de lo ordenado por los imperativos.

Then encuentra estos límites de un imperativo en otros imperativos, que exigen como presupuesto de su aplicación una determinada lesión de una norma (19). En este sentido afirma: "La primera contravención de una norma es la condición cuya producción tiene por consecuencia la sanción de nuevas órdenes, que implican la suspensión de las dadas con anterioridad" (20). La autorización para no cumplir un deber o la sanción de otro deber contra el primero tiene, en realidad, la función de suspender el primer imperativo, pero no crea otra especie de proposiciones jurídicas(21).

Esta misma orientación fue seguida por Jellinek (22), para quien las proposiciones jurídicas permissivas tienen un aspecto negativo "desde el cual aparecen como órdenes".

De esta manera el problema de la existencia de normas permissivas o de excepciones de las normas queda convertido en una cuestión de formulación. Esto surge con claridad de la forma en que Kohlrausch (23) explica la cuestión de los límites de las normas: "La existencia de las llamadas excepciones de la norma -dice Kohlrausch- es sólo una señal de que hemos concebido la 'regla' de una manera demasiado amplia o demasiado estrecha". Es por ello que, a su juicio, no debe diferenciarse entre acciones alélicas o justificadas: "El realizar un paseo por un lugar prohibido no es 'en sí' permitido, pero 'excepcionalmente' anti-jurídico, sino lisa y llanamente anti-jurídico. La muerte de otro causada en defensa necesaria o en ejercicio . . . de algún derecho para ello es también sin más adecuada a derecho, ni más ni menos que el hecho de matar un mosquito"(24).

Idéntica es la argumentación de Hold von Ferneck. Pero él además cuestiona la concepción objetiva de la anti-juricidad -como corresponde a un seguidor consecuente de la teoría de los imperativas- remitiendo la problemática al plano de la no-punibilidad (64), con lo que aporta una nueva prueba de la fungibilidad de los elementos de las categorías de lo injusto culpable y la punibilidad. "Estas cosas -dice H.v.Ferneck- operan como fundamentos jurídicos, es decir, deben proporcionar la razón formal para una no-punibilidad, que no se pueda declarar, por que en realidad se ha considerado erróneamente como si la norma hubiera sido dictada. En tales situaciones, la acción del que obra en defensa necesaria, del soldado en la guerra, del médico que opera, se convierte en objetivamente an-

ti-jurídica', como si a estas personas se les dictaran normas que le impedirían matar la acción y existiera un sujeto cuyo interés debiera ser protegido contra estas acciones" (25).

Es evidente que estas argumentaciones tienen una naturaleza estrictamente terminológica. Ello se pone de manifiesto en el tratamiento que les da Deling (26). El trató de precisar una definición de la "excepción" contraria a las de H.v.Ferneck y Graf zu Dohna, afirmando que "Las expresiones 'excepción', 'exclusión', pueden despertar, en verdad, la sensación terminológica original de que a un objeto se le quita algo que inicialmente estaba contenido en él"; agregando: "Es indiferente si la norma se piensa en una formulación positiva de tal modo que ya de su redacción positiva surjan los límites, o si, por el contrario, la norma se concibe como norma regla y las excepciones en forma negativa...". Para Deling la excepción es sólo la comprobación del ámbito en el que la norma no rige (27). "Exclusión" significaría, por lo tanto, "la existencia de momentos que impiden la aplicación del concepto" (28).

Esta discusión pone inmediatamente de manifiesto la imposibilidad de establecer criterios seguros que permitan identificar las excepciones de las normas y si se deben admitir tales excepciones o no. Sin duda que la investigación no demuestra hasta ahora más que una imposibilidad formal, o mejor dicho, más que la falta de posibilidad la falta de plausibilidad de criterios que tendrían que favorecer la seguridad jurídica. Queda todavía por ver si la distinción tiene alguna perspectiva en otro plano.

Lo cierto es que hemos comprobado que formalmente una proposición permisiva cuyas consecuencias consisten en la renuncia a la aplicación

de un castigo no pueda diferenciarse de cualquier renuncia a un castigo que no implique permisión. En sus aspectos formales ambas proposiciones coinciden: dado el caso x, no se aplicará la sanción". Pero lo importante para nuestra investigación es que así como es factible concebir a las normas con excepciones o sin ellas, es posible convertir las excepciones de la norma en excepciones de la punibilidad y viceversa(29)

Estas dificultades han obstaculizado la distinción entre los elementos de la punibilidad y los elementos del delito desde el principio. "En la medida en que la formulación de la norma es arbitraria", decía Hirschner (30), la realización de esa distinción es imposible.

¿Podrían superarse dichos obstáculos tratando la cuestión en un plano distinto del meramente lingüístico? Para ello se ha recurrido a la búsqueda de un criterio material que permita fundar la diversidad de las excepciones de la norma y las de la punibilidad.

En este orden de ideas merecen considerarse los argumentos dados por James Goldschmidt y Max-Ernst Mayer.

Precisamente Goldschmidt tiene el mérito de haber mostrado que un criterio meramente formal no es suficiente para fundamentar la diversidad de las causas de justificación y las excusas absolutivas. Por ese motivo caracteriza ambas categorías de la siguiente manera: "las causas de justificación encuentren su fundamento en primerísima línea en el interés objetivo preponderante" (31).

El criterio de Goldschmidt, sin embargo, no presta una ayuda fundamental para resolver el problema planteado, pues a su juicio el fun-

damento de las excusas absolutorias y de las condiciones objetivas de punibilidad reside en "intereses extrapenales". ¿Por qué razón los intereses extrapenales tendrían sólo efecto en el campo del derecho penal? ¿No es acaso la aplicación de la pena una cuestión estrictamente penal? ¿Por qué motivo el hurto entre cónyuges, por ejemplo, no podría ser una conducta atípica? Bastaría con sostener que las cosas protegidas no son sólo las cosas ajenas, sino éstas en tanto no pertenezcan al cónyuge o al paciente con lo que las mismas razones que sirven para fundamentar la renuncia a la pena permitirían afirmar que se renuncia a la protección penal en toda su extensión y el error sobre la propiedad de la cosa no tendría relevancia por haberse convertido en un elemento del tipo.

Ciertamente que de esta manera la participación en la acción del cónyuge no sería punible (fuera de los casos de autoría mediata que puedan imaginarse, lo que, de todos modos no son hipótesis estrictas de participación). Pero sín no está demostrado que deba serlo.

Por otra parte ¿cómo podría explicarse que la defensa necesaria, por ejemplo, que tiene efectos en todo el ordenamiento jurídico, pueda reposar exclusivamente en un interés puramente penal? La eliminación de la responsabilidad civil en los casos de defensa necesaria no podría explicarse satisfactoriamente por razones puramente penales (1).

La argumentación de Goldschmidt presenta en el fondo el siguiente problema. De acuerdo con ello el Estado estaría en principio obligado a sancionar penalmente toda lesión culpable de una norma. Sólo un interés superior podría justificar la renuncia a la pena. Pero esta concepción no encuentra hoy en día sustento alguno. Por el contrario: rige el

axioma inverso: el Estado sólo debe recurrir a la pena como "ultima ratio" de la política social. La concepción de Goldschmidt, por lo tanto, ya no resulta compatible con la evolución de las ideas penales de la actualidad.

Por otra parte, si el Estado debe sancionar -como lo presiona el pensamiento de Goldschmidt- toda lesión de una norma, es evidente que las causas de inculpabilidad y las excusas absolutorias no se diferenciarán una de otras. En efecto, para la teoría de la antijuricidad objetiva, seguida por Goldschmidt, la lesión de la norma se da ya en la realización del hecho antijurídico, aunque no sea culpable. Luego toda excusa que excluya la pena fuera de las excepciones de la norma (causas de justificación) tendrán que responder a un mismo criterio, cosa que impediría separar dos categorías de eximentes distintas.

Un criterio diverso es el seguido por H.E. Mayer también con miras a encontrar un criterio material para determinar la existencia de excepciones de las normas y excepciones de la punibilidad. H.E. Mayer parte de la base de que se trate de excepciones personales de la punibilidad, lo que no demuestra, cuando se refiere a las excusas absolutorias(32). "Las excusas personales absolutorias -afirma (33)- es decir, circunstancias que residen en la persona del autor, dan motivo al Estado para no promover una acción penal. Son completamente diversas entre sí, dado que se toman en cuenta propiedades personales en ciertos casos por razones de derecho público o internacional, en otros por razones de política jurídica (p.e. hurto entre esposos, etc. del § 247.2 y el exceso en la defensa necesaria del § 53.3.)". Ejemplos de casos que se fundan en razones de derecho público o internacional son el del jefe de Estado, el de los diplomáticos y el

de los miembros del parlamento. Se trata de casos previstos en casi todos los ordenamientos jurídicos como excluyentes de la punibilidad (34). Como se ve el criterio de H.E. Mayer se concreta en el efecto personal de la eximente de pena.

Lo que aparece ante todo como cuestionable en la argumentación de H.E. Mayer es la afirmación de que el carácter personal de las excusas absolutorias está determinado por razones de política jurídica, de derecho público o internacional. Si bien se mira, no es el carácter personal lo que tiene lugar por razones de derecho público o internacional, sino la excepción misma de la punibilidad. En esto coinciden estas excepciones de la punibilidad con las excepciones de las normas que también tienen por fuente al derecho público, ya que provienen del derecho penal en su gran mayoría. Del derecho público o internacional no se deduce que el prestar ayuda a un parlamentario que comete una injuria deba ser punible.

En el caso de los representantes diplomáticos es evidente que tampoco se trata de una causa que excluya la pena, sino de que tales personas no están sujetas a la jurisdicción de los tribunales del Estado en el que se ha cometido el hecho punible. Nada impediría al Estado al que pertenece el diplomático someterlo por ese hecho a sus propios tribunales (razón por la cual estos casos se designan también como de extraterritorialidad).

Por último, en lo referente al fundamento político-jurídico de las excusas absolutorias, es evidente que no tiene fuerza explicativa suficiente. No sólo las excusas absolutorias tienen fundamento político-jurídico sino también las causas de justificación y la de inculpabilidad.

La personalidad del efecto de las excusas absolutorias no puede fundarse en su fundamento jurídico-político desde el momento en que las causas de justificación tienen el mismo fundamento y producen un efecto "general". Para que la fundamentación de M.E. Mayer hubiera sido válida debería haber estado acompañada de una demostración de que las causas de justificación tenían un fundamento distinto, es decir, no político-jurídico. Ello implicaría tanto como sostener que las excepciones de las normas estarían por encima de la voluntad del legislador. Esta es tal vez la razón por la cual Kant sostuvo que la "necesidad no reconoce derecho", dando la idea de que el estado de necesidad no requería de una regla expresa del legislador, ya que se encontraría por encima del derecho. En consecuencia, si también puede decirse de las causas de justificación que son una creación político-jurídica, y el criterio de M.E. Mayer no demuestra lo contrario, la distinción queda sin base alguna.

La idea de M.E. Mayer es en gran parte consecuencia de su teoría de las normas de cultura. M.E. Mayer apoyó su construcción en un doble orden de consideraciones: la lesión de la norma y la punibilidad de tal lesión determinada por el Estado. El aporte de M.E. Mayer consiste en darle a las normas -como normas de cultura- un contenido real, por oposición a la teoría de Binding, que deja en suspenso el problema del contenido. Las normas de cultura son mandatos y prohibiciones "religiosos, morales, convencionales que se dirigen al individuo como exigencia del tráfico y la profesión" (36). Las excepciones de estas normas deberían ser, si se quiere ser consecuente, de la misma naturaleza, es decir, religiosas, morales o profesionales. En consecuencia, para la política jurídica, en este caso política criminal, sólo estaría disponible la decisión sobre la punibilidad de tales

infracciones. La cuestión de las excepciones de las normas de cultura quedaría, por lo tanto, fuera de la competencia de la política jurídica, la cual sólo se limitaría a reconocerlas. Este punto de vista tuvo una importancia considerable en la dogmática del siglo XIX, antes de la formulación de la tesis de M.E. Mayer. Hälschner sostenía, p.e., que "el delito en particular no alcanza su significación jurídica, sino como una relación real cuya esencia está determinada por la concepción popular (*Volksanschauung*) y por ello es conocida por la generalidad, por lo que sólo se trata de fijar la pena como consecuencia jurídica del hecho" (37). Esta concepción implica, como es fácil deducirlo, un derecho penal cuyo contenido proviene íntegramente de un orden normativo prejurídico (moral, religión, etc.) y una sociedad que participa de ese orden sin disenso. Tal punto de vista sería hoy inaceptable, dado que presupone la posibilidad de que el Estado imponga una moral o una religión por medio del derecho penal, lo que se considera uniformemente contrario a los principios de una sociedad pluralista. Las bases del derecho penal actual no brindan ningún punto de apoyo para un derecho penal de aquellas características (38). La posición de M.E. Mayer, por lo tanto, tampoco puede resolver la cuestión de las diferencias entre las excepciones de las normas y las de la punibilidad.

En la dogmática moderna se ha ocupado del tema, aunque en forma implícita, Armin Kaufmann. Desde su posición "lo decisivo no es el problema del destinatario de la norma, sino la cuestión de la obligación del individuo por la norma" (39). La norma, sostiene Kaufmann, se dirige a todos, pero de ello no se deduce que todos estén obligados por ella (40). Según se trate de una norma general o de una norma especial la concreción de ella en deber dependerá de elementos distintos: las normas generales se concre-

tan en deber respecto de todo capaz de acción (41), mientras que al obligado por las normas especiales es "sólo el que posee tanto los elementos de la autoría como los de la acción" (42), es decir, no sólo se requiere aquí la capacidad de acción, sino además la calificación jurídica expresada en la norma especial.

Bajo tales condiciones, las causas de justificación (proposiciones permisivas, Erlaubnistatze) son elementos que "impiden la concreción de la norma en deber" (43). Precisamente de aquí podría obtenerse un criterio para diferenciarlas de las excusas absolutorias y, de esa manera trazar los límites entre injusto culpable y punibilidad en general. Ambas especies de eximentes se diferenciarían, por lo tanto, desde el punto de vista de su función frente a la concreción de la norma en deber. Armin Kaufmann no trata el tema en función de este parecer, pero es indudable que esté implícito en su teoría de las normas, desde el momento en que admite la existencia de excusas absolutorias (44).

El criterio que propone Armin Kaufmann cae también en contradicciones. En efecto, Kaufmann afirma que "la necesidad es un principio estructural general de las causas de justificación" (45). Por este motivo es imprescindible, para determinar la intervención de la causa de justificación comparar el hecho realizado por el autor con las otras posibilidades de que dispuso para salvar el bien jurídico en peligro. Para ello se requiere comprobar, ante todo, si la acción del autor ha realizado el tipo penal. "Sólo comparando otras acciones defensivas, respecto de las cuales el autor se encontraba en situación de realizarlas, podrá obtenerse la valoración del acto cuya justificación está en cuestión. Esta valoración no puede llevarse a cabo dentro del tipo realizado por la acción que se valora...

La comparación de los diversos medios para para el mismo fin presupone que se haya afirmado o negado la adecuación típica del medio" (46). De aquí deduce Kaufmann el "privado lógico de la adecuación típica frente a la justificación" (47), que determina "el fracaso de toda teoría que quiera convertir los 'presupuestos fácticos de una causa de justificación en 'circunstancias de hecho negativas'; la necesidad no constituye un 'presupuesto fáctico', sino que contiene el juicio de valor decisivo para una causa de justificación, que por su parte se vincula a la adecuación típica ya existente" (48).

A pesar de lo convincente que puedan ser estas reflexiones a primera vista, encierran, en realidad, un círculo vicioso. La cuestión se hace evidente si se tiene en cuenta que Kaufmann define la adecuación típica como sinónimo de "contravención de la norma" (49), en lo que coincide con otros autores de su misma orientación (50). Si ello es así ¿cómo podría ser la contradicción de la norma un "privado lógico" de la concreción de la norma en deber? ¿Qué significa lesionar una norma que no se ha concretado en deber para el sujeto? ¿Cómo puede lesionarse una norma sin lesionar el deber que de ella emerge? La contravención de una norma requiere la lesión del deber que de ella emana concretado en relación a un sujeto concreto; por lo tanto, resulta claro que la lesión del deber no puede ser un "privado lógico" de la comprobación de la lesión del deber. Armin Kaufmann debería construir un concepto de tipicidad que no se identificara con la lesión de la norma o uno de justificación que no coincidiera con la suspensión del deber pretendido por la norma (51). Pero para esto carecería de elementos, dado que desde su punto de vista, el resultado no agrega nada a lo injusto (52) - con lo que es consecuente con la concepción del delito como desobediencia o infracción de deber (53) - y por lo tanto tampoco podría agotar el tipo

en la mera lesión de un bien jurídico.

De todo ello surge que a partir de la concreción de la norma en deber -en el sentido en que lo entiende Armin Kaufmann-, según lo que las causas de justificación impiden la concreción de la norma en deber, no es posible deducir un criterio para diferenciar causas de justificación y excusas absolutorias ni elementos del tipo y condiciones objetivas de punibilidad. No cabe duda de que, en la medida en que la realización del tipo se define como la infracción de la norma, toda exclusión de la punibilidad no podrá ser sino ajena a la norma misma. Con la "necesidad" de la infracción de la norma para salvar el bien jurídico tanto es posible sostener la existencia de una excepción de la norma como la renuncia del Estado a la punibilidad: nada impediría que las causas de justificación sean simples causas de exclusión de la punibilidad.

Tampoco resulta un punto de vista adecuado el que se deduce de la concepción de Gimbernat Ordeig, seguido luego por Mir Puig. Ninguno de los dos se ocupan expresamente de la distinción entre causas de justificación y excusas absolutorias, pero en la medida en que proponen una caracterización de las primeras también merecen aquí tratamiento. De acuerdo con esta posición estaremos ante una causa de justificación cuando "el derecho no quiere actuar inhibitoriamente" (53a); el intérprete podría saber qué quiere el derecho en este contexto cuando éste, pudiendo motivar a un autor motivable, renuncia a hacerlo. En el mismo sentido dice Mir Puig (53b) que "en el ámbito del injusto se hace abstracción de si su autor ha actuado en condiciones psíquicas de ser motivado normalmente, por que únicamente persigue delimitar la esfera de comportamientos

que en sí mismos merecen y pueden ser prohibidos y ninguna de estas cosas depende de las condiciones normales o anormales que rodeen la motivación la motivación del autor concreto". Si esto es así, las excusas absolutorias contenidas en el art. 564 del Código Penal español, en los que se renuncia a la pena a pesar de la normal motivación del autor, deberían considerarse como causas de justificación. Ello encontraría evidentes fricciones con el derecho positivo por que el artículo mencionado dispone in fine que "la excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participen en el delito". Una característica básica de las causas de justificación es precisamente la de tener un alcance general que beneficia a todos los partícipes.

Como puede verse los criterios examinados para diferenciar las excepciones de las normas de las excepciones de la punibilidad, carecen de fuerza explicativa suficiente. Ante esta situación cabría, entonces, formularse otra pregunta: ¿es necesaria la distinción? ¿de dónde proviene?

La necesidad de la diferenciación parece, ante todo, ser el producto de una tendencia moralizante del derecho penal no explicitada en el discurso teórico. Se afirmaría, p.ej., que la impunidad del que mata a otro para defender su propia vida de una agresión ilegítima no podría derivarse del mismo fundamento que la del que ha hurtado a su mujer. Esto se pone de manifiesto en las restricciones que se han ido introduciendo al derecho de defensa necesaria. Las posiciones dominantes a fines del siglo pasado y principios del presente afirmaban que "el derecho no necesita ceder a lo injusto" (54) y que si "de acuerdo con la situación objetiva no es posible la defensa de otro modo, aun el más insignificante bien jurídico puede ser defendido dando muerte al agresor" (55). Hoy se piensa, por el con-

trario, que "el moderno desarrollo del derecho de defensa necesaria es la historia de su limitación por razones ético-sociales" (57). La forma de fundamentar estas restricciones a que se somete en la actualidad a la defensa necesaria, parece demostrar que en la dogmática actual la antijuricidad y su exclusión estarían regidas por principios ético-sociales y no por razones político-criminales. En ningún caso se alegan fundamentos ético-sociales para establecer el por qué de la exclusión de la pena en los casos de las excusas absolutorias o de las condiciones objetivas de punibilidad. La distinción entre injusto y punibilidad se apoyaría, si esto fuera así, en la dualidad de lo ético-social y la política criminal dentro de la teoría del delito. Sobre esta cuestión volveremos más adelante (infra 4).

Fuera de ello, la delimitación de las excusas absolutorias respecto de las causas de justificación es producto de puntos de vista extrasistemáticos. El criterio empleado en calificar un supuesto como excluyente de la antijuricidad o como meramente eliminador de la punibilidad suele no respaldarse en el sistema jurídico de la teoría del delito.

Las razones por las que la defensa necesaria es una causa de justificación se refieren sobre todo al sentimiento jurídico y en ocasiones a suposiciones históricas. Ejemplo de esto último es la argumentación de v.Liszt: "La defensa necesaria ha sido reconocida en todos los tiempos y por todos los pueblos, aunque con diversa amplitud no sólo como un caso de no punibilidad, sino como una lesión de un bien jurídico que no es antijurídica" (58). La sospecha de que no todos los pueblos y no todos los tiempos hayan conocido y creído necesaria la distinción entre antijuricidad y punibilidad autoriza a pensar que nos encontramos ante una exagerada interpretación de los datos históricos que v.Liszt debe haber manejado.

Distinta es la cuestión con respecto al estado de necesidad.

Mientras v. Liszt (59) piensa que excluye la anti-juricidad y no sólo la punibilidad"... que el derecho renuncia a la obediencia de sus normas, ya que en ciertas circunstancias no puede contar con ella y, por lo tanto, la sanción no tendría sentido"... ya que "una norma sin fuerza imperativa no es tal", la posición de Binding (60) es otra. Para él el código penal alemán no ha decidido si la acción ejecutada en las circunstancias de un estado de necesidad "es adecuada a derecho, o sólo no está prohibida o no autorizada, pero sin embargo se mantiene impune". Más tarde Binding consideró que "la lesión producida en estado de necesidad no es adecuada a derecho, pero no está prohibida" (61).

Hölschner, por su parte, y argumentando también dentro de un marco dogmático similar, pensaba que la lesión llevada a cabo en estado de necesidad sólo constituye un ilícito civil; dado que no se da en ella una oposición con el derecho objetivo, obliga sólo a la reparación del daño (62). Este punto de vista ha sido criticado por el propio Binding cuando sostiene: "Para decirlo de una buena vez, la cuestión de si el estado de necesidad obliga a la reparación del daño es totalmente independiente de su contradicción con el derecho o su adecuación al mismo. No es raro en el derecho del Imperio que del cumplimiento de un deber surjan obligaciones de indemnizar" (63).

La cuestión de si el estado de necesidad es o no una excepción de la norma no ha dejado de ser discutida hasta el presente (64) y en la larga disputa se han asignado todas las posiciones posibles. Así es que nada impidió a Finger (65) sostener que "el § 54 del código no se ha expresado con la precisión requerida sobre el carácter de la acción cometida en

estado de necesidad" y que " el estado de necesidad constituye en el sentido del código un fundamento de exclusión de la pena y no una causa de justificación que excluya el delito o la culpabilidad" (66).

Evidentemente quienes sostienen la posición que ve en el estado de necesidad una causa de inculpabilidad deben fundamentar la exclusión de la pena en la repercusión subjetiva que la colisión de bienes o deberes tiene para el autor. Tal punto de vista se vería necesitado, a su vez a limitar el estado de necesidad a ciertos bienes jurídicos en los que es de presumir una mayor repercusión subjetiva : el cuerpo la salud o la vida. Pero este fundamento tiene dos vertientes posibles que tampoco asegura una definición de la posición del estado de necesidad. Por un lado es posible afirmar que debe considerárselo una causa de inculpabilidad en la medida en que está afectada la libertad de decisión exigible para dar lugar a un reproche de culpabilidad. Por otra parte puede afirmarse que esa misma situación hace ineficaz toda amenaza penal y que por lo tanto lo que realmente se excluye es la punibilidad, como ya lo sostenía Kant y lo repitió luego Liszt, quien sin embargo pudo inclusive deducir de esa premisa que se trataba de una causa de justificación.

Por el contrario quienes parten de una causa de justificación se ven obligados a fundamentar el carácter excluyente de lo injusto en la diferencia valorativa de los bienes en juego (o de los deberes en colisión) proponiendo una premisa, según la cual el derecho tiende a conservar los bienes más valiosos a costa de los menos valiosos (67).

La cuestión de cual de todas estas teorías es la correcta no podría resolverse afirmando que sólo una de ellas es lógicamente posible, pues todas son posibles desde un punto de vista lógico. Por lo general los

argumentos con los que se acepta o rechaza una de estas teorías sobre el estado de necesidad no se apoyan en razones lógicas sino en las consecuencias prácticas que de ellos se derivan, principalmente en lo que se refiere a la admisión o no de la defensa necesaria frente a la acción realizada en estado de necesidad.

La situación no sería más sencilla suponiendo la existencia de un derecho de necesidad del que tanto la defensa necesaria como el estado de necesidad serían sus especies. Lo efecto, nada impediría considerar a la defensa necesaria como una eximente basada en el aspecto subjetivo de la acción de defensa y por lo tanto como causa de inculpabilidad. Si en general este punto de vista es rechazado, ello se debe más a razones históricas y emocionales que a la imposibilidad lógica de tal concepción. Baste con recordar que si la unidad esencial de defensa necesaria y estado de necesidad ha podido sostenerse, y el último pudo ser incluido entre las causas de inculpabilidad, lo que es aplicable al estado de necesidad puede predicarse también de la defensa necesaria. La unificación puede realizarse, dicho de otra manera, en cualquiera de las categorías de eximentes.

De todo esto se deduce que no hay fundamentos insuperables y excluyentes que permitan determinar si la defensa necesaria y el estado de necesidad constituyen una excepción a la punibilidad o una exención de la norma.

La decisión sobre los casos, en consecuencia, en los que no se quiere admitir la defensa necesaria, la relevancia del error respecto de los presupuestos y la extensión de la punibilidad a los partícipes requiere consideraciones que no surgen, o por lo menos no surgen íntegra-

mente de la ley o del sistema dogmático. Se trata de una decisión condicionada por los axiomas de los que parte la construcción dogmática de que se trate.

Contra esta conclusión no podría alegarse que, de todos modos, el contenido de la categoría de la justificación estaría dado por el ejercicio de un derecho. Las excepciones de las normas serían los derechos para actuar típicamente bajo determinadas circunstancias. Pero ocurre que con esa fórmula no se puede concretar cuáles son los derechos y cuáles no lo son y por lo tanto sólo serían excusas absolutorias o causas de inculpabilidad. El círculo vicioso sólo podría romperse introduciendo una definición de qué debe considerarse como derecho y nada impide sostener que un hecho para el que la ley no prevé una pena no viola deber alguno o bien que la exclusión de la pena es el signo de la existencia del derecho o del deber. No sólo el estado de necesidad resulta aquí ilustrativo, como hemos visto. También lo es la llamada "immunidad parlamentaria". La doctrina dominante en Alemania (68) estima que se trata de una excusa absolutoria, de donde se deduce que "el partícipe no-diputado en el hecho de un diputado es punible" (69). Si se sostuviera, p.ej. como se lo hace en la Argentina, que el fundamento de la exclusión de la pena es un derecho irrestricto a expresarse libremente, la conclusión respecto del partícipe sería diferente: totalmente la opuesta.

En otras palabras: el definir el contenido de la justificación como el "cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho" no permite establecer cuándo la exclusión de la pena obedece a una excepción de la norma y cuando a una excepción de la punibilidad.

132

3. Exclusión de la culpabilidad y
exclusión de la punibilidad.

Una problemática similar a la que acabamos de estudiar se presenta al querer distinguir la exclusión de la culpabilidad de las excusas absolutivas. La labor clarificadora respecto de la exclusión del reproche de culpabilidad llevada a cabo por Armin Kaufmann abre aquí un campo de cuestiones que se tratarán a continuación.

Armin Kaufmann no encuentra la menor justificación para las condiciones objetivas de punibilidad. En tal sentido afirma: "dónde estaría aquí el criterio por el que toda 'condición objetiva de punibilidad' se diferencia de un elemento de la acción, de uno de la autoría, de una auténtica condición de la norma o de un presupuesto de la perseguibilidad; y cómo se fundamentaría en general, p.ej. que el dolo no necesita referirse a las condiciones objetivas de punibilidad?" (70). La última pregunta encuentra su respuesta en la concepción de Binding sobre el destinatario de la norma y de la ley penal. Las variaciones introducidas por Kaufmann en este tema no deberían haber impedido la respuesta, por que ellas en nada modifican los presupuestos de los que depende la concepción de Binding. El propio Kaufmann afirma en otro pasaje de su obra que para "toda teoría fundamental que no siga la teoría de las normas de Binding en su configuración específica y refiera el dolo al tipo del delito (total), el reconocimiento de la institución de las 'condiciones objetivas de punibilidad' es desde el principio inconsecuente" (71).

En consecuencia, el cuestionamiento de Armin Kaufmann de las condiciones objetivas de punibilidad pone en tela de juicio todo el sistema de Binding, a pesar de que él no saque de allí todas las consecuencias que están implícitas en su crítica.

Sin embargo, Kaufmann acepta la existencia de excusas absolutorias; por lo menos se refiere al caso del § 247 II de la antigua redacción del Código penal alemán de 1871 (72). Con ello queda ya demostrado que Armin Kaufmann no cuestiona la categoría de la punibilidad en sí misma, sino sólo un aspecto de ella.

La posibilidad de distinguir la exclusión del reproche de culpabilidad de la exclusión de la punibilidad resulta por demás problemática en el contexto teórico de Kaufmann y de lo que hoy se ha convertido en posición dominante. En efecto, Armin Kaufmann estima que la culpabilidad sólo se excluye por la incapacidad de culpabilidad y el error de prohibición (72a). El estado de necesidad disculpante, por el contrario, no excluiría la culpabilidad, sino que sólo la reduciría considerablemente, dejando un remanente de culpabilidad que el orden jurídico consideraría insuficiente para justificar la aplicación de una pena. En estos casos "el reproche de culpabilidad... -dice Kaufmann- puede ser tan reducido, que en la práctica, es decir por parte del legislador o del tribunal que conoce en la causa, no se lo formula" (73). Y agrega: "De esta manera se ve claro que la relación existencial del autor respecto de la norma, y con ello, la reprochabilidad, nada tiene que ver con la eximición de pena" (74).

La definición de las excusas absolutorias como circunstancias que excluyen la punibilidad sin afectar lo injusto ni la culpabilidad, que -como se vio- es el punto de partida de la teoría dominante, resulta totalmente adecuada para comprender también los supuestos que Armin Kaufmann denomina de "exclusión fáctica del reproche" y que en la terminología corriente corresponde a ciertos supuestos de causas de inculpabilidad. Al no

funderse la exclusión de la pena en la falta de culpabilidad, es claro que las "causas de exclusión del reproche" excluyen la pena dejando subsistente lo injusto y la culpabilidad. De esta forma coinciden totalmente con las excusas absolutorias según la concepción de la teoría dominante.

Contra esta conclusión podría quizás argumentarse que el estado de necesidad disculpante, de todos modos, afecta a la gravedad de la culpabilidad e indirectamente de lo injusto (75), cosa que no ocurriría en el caso de las excusas absolutorias. Pero este punto de vista sería falso por dos razones. La primera por que también en las excusas absolutorias se atenúa la gravedad de lo injusto y de la culpabilidad, lo que es explicable por que se trata de supuestos que apenas pueden diferenciarse -como estamos viendo- de lo injusto y de la culpabilidad (75a). La segunda se refiere al lugar de la cuantificación de lo injusto y la culpabilidad en el sistema del delito : no son pocas las opiniones que han seguido el punto de vista de Binding según el cual la cuantificación de lo injusto y de la culpabilidad correspondía a la categoría de la punibilidad (76).

Por otra parte, si la exclusión de la pena no depende de la inexistencia de la culpabilidad sino de un cierto grado de la reprochabilidad, el fundamento de la eximente se encontrará necesariamente fuera de la culpabilidad misma. Por lo tanto la existencia de diversas categorías en el ámbito de las eximentes que no eliminan lo injusto ni la culpabilidad no tendría sentido práctico alguno. Ello se ve con claridad en referencia al error, ya que con relación a la participación los efectos de las excusas absolutorias y de las causas de exclusión de la culpabilidad son idénticos. Si en los casos en que la eximente no se fundamenta en la eliminación de lo injusto ni de la culpabilidad el error debe ser irrelevante, el estado de

de necesidad disculpante no podrá admitirse cuando el autor haya sustruido erróneamente las circunstancias del mismo. Pero también, si se admite que ese error bajo ciertas circunstancias es atendible —como lo establece el nuevo código penal alemán, § 35 II— no habrá razón alguna para sostener la irrelevancia del error en el caso de las excusas absolutorias. Esto demuestra, de paso, lo insostenible de la llamada teoría diferenciadora del error sobre las excusas absolutorias (77) que admite el error cuando éste conduzca a la exclusión de la culpabilidad. Dichos casos no podrían ser sino causas de inculpabilidad, pues nada los diferencia de ellas.

En este sentido merece un análisis aparte el criterio adquirido por Jescheck. Este ha desplazado algunos casos que la teoría dominante considera de excusas absolutorias hacia el campo de las causas de inculpabilidad, pero estableciendo que se trate de "ciertas circunstancias exteriores que son apropiadas para ejercer un efecto sobre la formación de la voluntad, atenuante o excluyente del reproche de culpabilidad, de tal manera que (el legislador) las considera como una presunción que no admite prueba en contrario respecto de su real influencia"... "El hecho de que ya la mera posesión de este elemento sea suficiente para el privilegio, sin que sea necesario tomar en cuenta su verdadera significación para la formación de la voluntad, no perjudica al autor, dado que los elementos objetivamente formulados de la culpabilidad son fundamentos de atenuación o de exclusión de la culpabilidad y, de esta manera, nunca agravan la situación de nadie, sino que siempre pueden operar atenuando" (78).

De esta forma, los casos del "privilegio de la madre" en el infanticidio (§ 217), del "privilegio de los parientes" en la omisión de denuncia y en el encubrimiento (§§ 139 III 1 y 257 II respectivamente) son

tratados como causas que excluyen la culpabilidad a pesar de que no hayan tenido en el caso concreto un efecto real sobre la motivación del autor en el momento de la acción y designados como elementos "objetivamente formulados de la culpabilidad".

Con el nuevo ordenamiento de estos elementos objetivamente formulados de la culpabilidad puede atribuírsele relevancia a la suposición errónea de su existencia (79). Jescheck no brinda un fundamento específico que explique esta presunción con la que se privilegia estas situaciones. Del análisis de su punto de vista se desprende sin embargo con toda claridad que no hay impedimentos de ninguna clase en convertir excusas absolutorias en supuestos objetivamente formulados de la culpabilidad, así como tampoco había razón alguna para no considerar al estado de necesidad disculpante como excusa absoluta, si se partía como Armin Kaufmann de que la culpabilidad es el reproche por haber podido obrar de acuerdo al derecho y de que en aquél supuesto esta culpabilidad no se excluye totalmente.

4. Elementos del tipo (supuesto de hecho)
y elementos de la punibilidad.

Otro aspecto problemático del tema en estudio es el de la punibilidad de los elementos del tipo penal (supuesto de hecho) y los de la punibilidad o, dicho desde otra perspectiva, el problema de si el dolo debe alcanzar o no a los elementos que pertenecen a las excusas absolutorias o a las condiciones objetivas de punibilidad. En esta parte de la investigación éstos servirán mejor de ejemplos que aquéllos.

Dado que la teoría del tipo penal es a la vez una teoría del objeto de conocimiento que corresponde al dolo, la inclusión de un elemento condicionante de la pena dentro del tipo determina su relevancia respecto del error. Aquí se tratará entonces de indagar hasta qué punto es posible encontrar criterios diferenciadores de los elementos que necesariamente tendrían que pertenecer al tipo y de aquéllos que deben quedar fuera de él (condiciones objetivas de punibilidad). Para ello nos referiremos a casos que han sido tratados por la teoría como condiciones objetivas de punibilidad o como excusas absolutorias (que como hemos visto se diferencian básicamente en la manera de su formulación pero no intrínsecamente).

a) Comencemos por el exceso en la defensa, que según se vió v. Liszt consideraba como excusa absolutoria. La problemática no se presenta aquí como una cuestión del dolo del tipo, sino del llamado elemento subjetivo de la eximente. La posición de v. Liszt sólo resulta explicable dentro de su posición en la que los elementos subjetivos de la justificación carecían de toda relevancia. En realidad, en el exceso en la defensa necesaria la denunciaci3n de la pena correspondiente al delito doloso se funda en el error del autor sobre la necesidad de la acci3n de defensa provocado por la "confusi3n, el temor o el miedo" (C3digo penal espa3ol art.3, Nros.4 y 10) (80). El que sabe que se excede y lo hace no puede ampararse

en la exigente, salvo el caso en que el temor, el miedo o la confusión le hayan impedido dirigir sus acciones de acuerdo con su comprensión, lo que, de todos modos, daría lugar a un supuesto de incapacidad de culpabilidad. La confusión, el temor o el miedo constituyen simplemente las causas del error y los fundamentos en que debe apoyarse su inevitabilidad. Se trata de un error que recae sobre la apreciación de lo que se hace en relación a lo que es necesario hacer para la defensa del bien jurídico. (51). Dado que v. Liszt no admitió error alguno que no recayera sobre hechos, es decir, sobre circunstancias que el autor debe captar por acción de sus sentidos, no podía explicar este precepto como causa de incapabilidad (error) ni, por supuesto como causa de justificación. Sólo quedaba la posibilidad de incluir este caso en la categoría residual de la exclusión de la punibilidad. La teoría moderna, que en forma mayoritaria acepta la dependencia de la justificación del elemento subjetivo del autor, no necesita recurrir a una categoría especial para el tratamiento del exceso.

b) Otro caso, como se vió, que ha sido frecuentemente citado como ejemplo de condición de punibilidad o de excusa absolutoria es el de la no-punibilidad del incesto cometido con un pariente en línea descendiente o entre hermanos cuando todavía no alcanzaron la edad de 18 años (Código penal alemán, antigua redacción, § 173,3). Aquí no habría dificultad alguna en considerar a la edad como una característica del otro sujeto (codeficiente) (82) y por lo tanto como un elemento más del tipo de tal forma que la prohibición del incesto rija a partir de una determinada edad. De esta manera, el error sobre la edad del otro o sobre la propia constituiría un error de tipo relevante (!). La suposición de que el

otro no ha alcanzado todavía los 10 años determinaría la exclusión del dolo y la suposición de el otro tiene ya más de 10 años, cuando en realidad todavía no alcanzó esa edad, debería juzgarse como tentativa (según la teoría subjetiva)(83). La cuestión de si la tentativa de éste delito debe ser punible o no es ajena a esta problemática. De todos modos en la práctica, sólo importaría el error de tipo, pero no el "error al revés" si se toma en cuenta el ejemplo del Código penal alemán, que no castigaba la tentativa de este delito. Los errores de tipo que la doctrina ha admitido son sólo los que se refieren a la propia edad, dado que se sostiene que la minoridad del otro no es suficiente para excluir la pena (84).

La única razón para mantener aquí la dependencia de la punibilidad de la edad de los codeficientes en la prohibición moral del hecho inclusive para los menores de 10 años. Desde tal punto de vista, o sea desde una coincidencia de la prohibición penal y la prohibición moral, la no punibilidad de estos hechos sólo podría fundarse en razones de política criminal. Este es un caso que permite ver hasta qué punto la separación del derecho y la moral no se llevó a cabo por un positivista como v.Liszt con la profundidad que por lo general se cree.

En consecuencia, si no se da preponderancia a un concepto moral de antijuricidad no hay razón alguna para no considerar a la edad elemento del tipo.

c) Tampoco encontraremos dificultades para demostrar la fungibilidad de los elementos del tipo y de la punibilidad en el caso del encubrimiento de próximos parientes (Código penal español, art.10; Código penal alemán, antigua redacción, § 257 a. y nueva redacción § 258,6). Esto, como

hemos visto, es otro de los casos en que la teoría siguió el criterio de v. Liszt. Se trata de un elemento que tiene la característica de calificarse al autor y en la época de v. Liszt no hubiera ocasionado ninguna dificultad porque no había discusión alguna respecto de la posición de estos elementos. Al revés es el problema en la actualidad donde se discute si corresponde al tipo o a la anti-juricidad (85). Pero de todas maneras esta discusión no modifica el problema: la calidad de pariente puede pertenecer sin dificultad alguna a lo injusto culpable y de la misma manera podría corresponder a la punibilidad. Todo consiste en un problema de definición.

En el caso del Código penal español la cuestión es indudablemente así, dado que el art. 18 del mismo no establece la punibilidad de los que presten ayuda o instiguen al pariente a encubrir al autor de otro delito. En el caso de los códigos que establecen que sólo el pariente se beneficia de la impunidad no es tampoco necesario mantener el carácter de anti-jurídico del hecho del pariente, pues la participación de los no parientes puede dar lugar a un delito autónomo.

Dejando de lado la cuestión referente a si los elementos de la autoría pertenecen al tipo o a la anti-juricidad, cuestión que depende de la posición que se siga respecto de la significación de la conciencia de la anti-juricidad y del error de prohibición (teoría estricta de la culpabilidad, teoría limitada de la culpabilidad, teoría del dolo) (86), cabe analizar de alternativas posibles del error sobre este elemento. El error podría afectar en primer lugar a la posición del autor respecto del deber (la cuestión de si el autor se cree o no obligado por la norma en razón de su calidad de pariente) y en segundo lugar a la relación de conocimiento de la calidad de pariente en el beneficiario de la acción (el parentesco como elemento del tipo) (87).

La inclusión de este elemento en el tipo del encubrimiento puede adoptar, por otra parte, dos formas diferentes: se considera la existencia de una excepción de la norma referente al pariente próximo que comete encubrimiento o bien se estructura el tipo penal conteniendo un elemento negativo (es típico el encubrir a no-parientes). Ambas formas son lógicamente posibles. Con respecto a la segunda cabe hacer notar que elementos negativos de esta especie son habituales en la legislación penal y no tienen nada que ver, como se comprende con la teoría de los elementos negativos del tipo (88); son elementos redactados negativamente y no elementos que tienen la función de excluir la tipicidad. De la misma manera que el parentesco puede ser concebido como un elemento típico positivo, como cuando el art. 405 del Código penal español caracteriza a la víctima del parricidio, también puede ser incluido en su aspecto negativo: el no-ser-pariente. La mera redacción del tipo no debería alterar la naturaleza del elemento y, menos todavía, las consecuencias jurídicas de un hecho. Hasta ahora la teoría no ha dado argumentos político criminales que expliquen por qué la suposición errónea de la calidad de pariente en la persona encubierto no excluye el delito.(89).

Parte de la teoría ha considerado este caso como una excusa absoluta "que tiene sus raíces ampliamente insertas en la culpabilidad"... y que representa "una situación al estado de necesidad" (90). De ello se deduce la relevancia del error sobre la calidad de pariente del sujeto encubierto y se condiciona, por lo tanto, la exclusión de la punibilidad al conocimiento de la calidad de pariente del encubierto(91). Las diferencias con el estado de necesidad disculpante son en consecuencia inexistentes. Lo consecuente sería, entonces, dispensarle el tratamiento que el Código a-

lémón prevé para el error sobre los presupuestos del estado de necesidad disculpante en el § 35,2. De acuerdo con éste sólo el error inevitable excluye la punibilidad, mientras que el inevitable autolésivo autoriza una atenuación de la pena. Stree afirma sin embargo: "La falta de representación debe tomarse en cuenta aquí de la misma manera que en el caso del autor del párr. 5. (autoencubrimiento); la no-punibilidad sólo depende de la voluntad de cometer el delito de encubrimiento para evitar la aplicación una pena o medida de seguridad en favor de un pariente" (12). De esta manera se descubre una función insospechada de las excusas absolutivas: operarían convirtiendo el error sobre la punibilidad o sobre sus presupuestos en casos privilegiados de error, ya que a pesar de su evitabilidad conducirían a la exclusión de la pena. Este resultado carece de la consistencia necesaria de una interpretación jurídica.

Tantos flancos débiles como la anterior ofrece la posición de Jescheck (93) sobre los "elementos de la culpabilidad objetivamente conciliados" (objektiv gefasste Schuldmerkmale), que, como vimos, constituirían presunciones que no admiten prueba en contrario respecto de la influencia que determinadas circunstancias tienen sobre la motivación del autor. En tales supuestos la exclusión de la culpabilidad tendría lugar de una manera totalmente objetiva: dado el conocimiento de la circunstancia, p.ej. el parentesco en el encubrimiento, se excluye la culpabilidad sin tener en cuenta si ese conocimiento es una mera creencia del autor o coincide con la realidad. Jescheck no da ningún fundamento para justificar este desplazamiento de una causa de exclusión de la pena al ámbito de la exclusión de la culpabilidad. Nada impide que así lo haga. Si hemos tratado su posición aquí nuevamente ha sido para demostrar que la teoría encuentra

razones para dar relevancia a la suposición errónea de la calidad de paciente en el encubrimiento, aunque su instrumentación dogmática sea tan poco convincente como las que acabamos de analizar de Stree y Jescheck.

Las mismas razones que demostraron la fungibilidad del "patentado" son aplicables al caso del art. 564 del Código penal español. El último párrafo del art. 564 CP, en cuya virtud "la excepción de este artículo no es aplicable a los extraños que participaren del delito", daría lugar a la construcción de un delito autónomo, simplemente referido al del autor (93 a).

Los casos analizados demuestran que los supuestos más generalizados de la teoría sobre excusas absolutorias o condiciones objetivas de punibilidad pueden ser transformados mediante una modificación de algunas definiciones en elementos del tipo penal, con lo que el error sobre ellos o su suposición errónea adquiere la relevancia que en general se le niega. Como hemos visto la modificación de esas definiciones no sólo no provoca resultados político criminalmente insoportables, sino que en parte la teoría ya ha comenzado la búsqueda de artilugios dogmáticos para llegar a tales resultados.

146

5. El doble ámbito de juzgamiento.

Como se percibe claramente al observar el desarrollo histórico-dogmático de las relaciones entre lo injusto-culpable (delito) y punibilidad, la caracterización de estas categorías presupone un doble ámbito de juzgamiento del mismo suceso. La determinación de la infracción culpable de la norma constituye un primer juicio y la comprobación de su punibilidad un segundo juicio, que presupone al primero. Ambos juicios, como es claro, se practican sobre el mismo objeto. La única diferencia está en que en el primer juicio el objeto es la acción, mientras que en el segundo es la misma acción más sus predicados de anti-jurídica y culpable.

Las categorías de la teoría del delito responden fundamentalmente a necesidades prácticas del derecho penal. Precisamente esto es lo que se quiere decir cuando se sostiene que la "dogmática del derecho penal no sólo tiene significación teórica, sino también práctica" (94) o que "la ciencia del derecho no sólo es una ciencia 'práctica' por que sirve a la administración de justicia, sino también en un sentido profundo, en tanto constituye una teoría de lo justo y lo injusto del obrar humano, de tal forma que sus últimas raíces alcanzan hasta conceptos básicos de la filosofía práctica" (95). Estas necesidades prácticas se definen a través de las funciones que deben cumplir los órganos del Estado encargados de la administración de justicia. Como se verá de inmediato las funciones del Estado son un presupuesto esencial para entender la razón de ser de las categorías del delito.

La distinción entre anti-juricidad y culpabilidad -tal como ella ha sido formulada desde principios de este siglo y fines del anterior en la dogmática alemana- es ante todo consecuencia de la incorporación al derecho penal de las medidas de seguridad. Este desarrollo se da en la teoría

del delito aún antes de que el derecho positivo introdujera efectivamente las medidas de seguridad en la legislación positiva. Así vemos, por ejemplo en la primera edición de v. Liszt (96) que se afirma: "La especie de la pena y la medida de la misma se deben dirigir, por lo tanto, únicamente al caso concreto y al objetivo que en él se persigue. Lo que debe ser distinto en su contenido y extensión según que deba prevenir, reglar o asegurar. La legislación vigente sólo raramente y en forma inconsciente hace uso de estas ideas; trata al ladrón habitual irrecuperable con el mismo castigo que al delincuente ocasional".

Por otra parte no es una casualidad que la teoría del delito comience a ocuparse de la teoría objetiva de la anti-juricidad como categoría independiente de la culpabilidad precisamente en el momento en que se inicia el desarrollo moderno de las teorías relativas y la teoría de la unión (97). La circunstancia de que el derecho penal contenga dos consecuencias jurídicas diversas, pena y medida de seguridad, que tienen un presupuesto común: la infracción del orden jurídico o la anti-juricidad, mientras los restantes presupuestos difieren entre sí: culpabilidad en el caso de la pena, peligrosidad para la medida, impone la posibilidad de concebir la anti-juricidad con independencia de la culpabilidad (98). Es precisamente por estas razones que puede explicarse la lucha contra la teoría de los imperativos y finalmente su abandono por parte de la dogmática posterior. En efecto esta teoría dió lugar a la teoría subjetiva de la anti-juricidad, que requería -dada su inseparabilidad de la culpabilidad- la capacidad de imputación o de culpabilidad como presupuesto de la infracción de la norma (imperativo); bajo tales condiciones la aplicación de una medida de seguridad al inimputable peligroso era impensable, dado que tal

medida presupondría por lo menos la antijuricidad de la acción (99). Aquí se inserta también la reformulación de la teoría de la norma como compuesta por un momento "objetivo de valoración" y otro "subjetivo de determinación" que implica precisamente un desplazamiento del imperativo originario al fincillo de la culpabilidad (99 a). La polémica relativa a si ambos momentos pertenecen a lo injusto o el segundo sólo a la culpabilidad (100) no tiene aquí importancia, por que lo que nos interesa demostrar es que la independencia de antijuricidad y culpabilidad está condicionada por la existencia de un sistema penal con doble criterio legitimador de un doble, también, sistema de consecuencias jurídicas: pena legitimada por la culpabilidad y medida de seguridad legitimada por la peligrosidad (necesidad de defensa social). Ciertamente que, en tanto la culpabilidad debe referirse a un hecho antijurídico se requieren fijar ciertos límites conceptuales que den una base firme a tal referencia. Pero ésto no requiere independencia de las categorías de la antijuricidad y la culpabilidad, como lo demuestra la teoría de los imperativos. Lo que quiere ponerse de manifiesto, entonces, es que la distinción tajante entre antijuricidad y culpabilidad no sería necesaria si el sistema penal tuviera una única consecuencia jurídica. En otras palabras: en un sistema de esas características la cuestión de si la culpabilidad es un elemento de la antijuricidad o si por el contrario es un elemento independiente de la teoría del delito no necesitó plantearse. Tampoco aquí hay impedimento alguno para que la culpabilidad no sea sino un elemento de la antijuricidad; lógica y metodológicamente puede ser un concepto autónomo o no. Sólo a partir del momento en que se sostiene que la antijuricidad debe ser el presupuesto común de toda consecuencia jurídica penal (inclusive de las que no presupongan culpabilidad del autor), la distinción de antijuricidad y culpabilidad se torna necesaria, dejando de

ser sólo conceptualmente posible.

De esta manera queda clara que el juicio de antijuricidad diferenciado del de culpabilidad se relaciona con la competencia del Estado para aplicar por los actos antijurídicos no sólo penas, sino también medidas de seguridad a los autores no-culpables pero peligrosos o -si no lo considerara compatible con el principio de culpabilidad- a los autores respecto de los cuales la pena adecuada a la culpabilidad quedara por debajo de las necesidades preventivas. Un juicio de antijuricidad que no sirviera para posibilitar la constatación de uno de los presupuestos de los cuales depende una función del Estado sólo tendría significación teórica.

Las consideraciones que acaban de formularse respecto de la distinción entre antijuricidad y culpabilidad son también aplicables en general a la relación entre delito y delito punible o entre injusto culpable y punibilidad. En consecuencia, su justificación requiere poner de manifiesto la razón práctica por la cual el Estado debería declarar la existencia de lo injusto culpable en los supuestos de no-punibilidad.

Un primer intento de explicar esta cuestión fué realizado por Karl Peters (101). La tesis básica sostiene que el Estado, cuando recurre en ciertos casos a la aplicación de una pena debe expresar de todas maneras su actitud de rechazo ético del delito no punible. Dicho con las propias palabras de Peters: "La idea de armonía del orden moral (ético-social) y del jurídico obliga a los tribunales en la valoración de lo injusto y la culpabilidad. El legislador no es por supuesto completamente libre en la deducción de las consecuencias penales que surgen de este hecho. Si quiere cumplir con su misión de sostén del orden estatal, el le -

gislador no puede dejar el delito lisa y llanamente impune. Es indudable que el legislador puede renunciar en casos especiales a imponer una pena a pesar de encontrarse ante una acción típica, antijurídica y culpable. Pero precisamente por que sólo se trata de una renuncia a la pena es que el Estado expresa claramente su actitud de rechazo frente al hecho y al autor " (102).

En estos términos fundamenta Peters lo que él considera "la significación ética excepcional" de la sentencia del Obersten Gerichtshofes del 5. 3. 49 (103) en un caso de eutanasia (104).

La distinción entre causas de justificación y de inculpabilidad frente a las excusas absolutorias resulta ser, según esta concepción, consecuencia de la "armonía del derecho y la moral" (105). En el curso de la discusión Eberhardt Schmidt (106) y Welzel (107) se pronunciaron en favor de una causa suprallegal de inculpabilidad sin abordar la cuestión de cómo se la diferenciaría de una causa de exclusión de la pena. Especialmente Welzel argumentó sobre la base de la distinción entre culpabilidad jurídica y culpabilidad moral, dado que los médicos del caso juzgado debían considerarse culpables, de todos modos, "frente a su propia conciencia y a Dios". La "armonía de derecho y moral" predicada por Peters, en cambio, se manifiesta aquí decididamente en contra de esta diferenciación: "La negación de la culpabilidad jurídica cuando se da la moral - presupuesta la existencia de una lesión antijurídica de la ley penal- no sólo significa una simplificación del concepto jurídico de culpabilidad penal, sino al mismo tiempo, inclusive la puesta en peligro del concepto moral de culpabilidad mediante un obscurecimiento de la responsabilidad humana" (108). Por este motivo "al negar una causa de inculpabilidad el OGH rinde tributo a la reparación de la dignidad humana. De la misma manera que el rechazo de una causa de justificación pone de relieve la dignidad de la víctima (objeto de la acción), la afirmación

de la culpabilidad significa el reconocimiento de la personalidad moral del autor (sujeto de la acción) (109).

Fuera de esta significación ética de la distinción entre causas de inculpabilidad y de justificación, por un lado, y de no-punibilidad, por otro, Peters subraya los rasgos jurídicos importantes de la sentencia. Esta remarca, en su opinión, en primer término el distinto nivel de excepcionalidad que tienen las excusas absolutorias respecto de las causas de inculpabilidad y de justificación (110). Las primeras serían más excepcionales que las segundas. Es decir que si la lesión de una norma sólo se justifica o disculpa excepcionalmente, la no-punibilidad de toda lesión moralmente culpable del derecho, que es básicamente punible, será mucho más excepcional.

Peters insiste luego, al ocuparse de los méritos estrictamente jurídicos del fallo del OOH, en la necesidad de un "claro acento sobre lo injusto y la culpabilidad humanos". De ello surge, a su juicio, la tarea de verificación que requieren las causas de justificación y las de inculpabilidad. "Aquí se trata -afirma- de que las causas de inculpabilidad deben encontrar una vinculación del juicio jurídico y moral. El orden jurídico no puede declarar como no reprochable una actitud o una decisión llamativamente inmoral. Tal posición valorativa significaría una lesión de la tarea de conformación moral del orden legal y de la administración de justicia" (111).

El pensamiento de Peters no se aleja, en realidad, de las posiciones más clásicas sobre el tema, para las que el derecho penal obra sancionando hechos ético-socialmente intolerables. Pero va más allá, dado que le asigna al derecho penal, y por lo tanto también al Estado, la función de expresar su desaprobación frente a hechos no punibles cuando ello sea requerido para cumplir con la tarea

de "conformación moral del orden legal".

La cuestión de si el Estado tiene que conformar moralmente el orden legal es básicamente ideológica. Tal conformación moral del derecho implica ante todo la declaración de una tutela moral del Estado respecto de los ciudadanos que se cumpliría mediante la declaración del rechazo moral de un hecho no punible y del correspondiente reproche al autor. Una función tutelar de la moral por parte del Estado sería difícilmente admisible si se parte de la base de que el Estado no tiene ningún rol moral y de que, en todo caso, éste no podría consistir en el dictado de la moral "correcta". En el caso tratado por Peters habría que preguntarse, ante todo, hasta qué punto el OGH fué consecuente con esa función de "conformación moral" del derecho vigente, pues desde un punto de vista moral lo que sorprende es precisamente la creación por el tribunal de una excepción no prevista por el derecho para absolver a los médicos de los campos de concentración nazis. Pero Peters no consideró necesario preguntarse por el merecimiento de pena de los hechos y por lo tanto no se planteó siquiera la necesidad de fundamentar la no-punibilidad. En realidad habría que haber comenzado por preguntarse si una sentencia que absuelve en tales asesinatos, creando para ello una excepción no prevista en el derecho positivo puede tener alguna clase de valor moral. En verdad, el problema que da lugar a las reflexiones de Peters es el menos importante desde un punto de vista moral y en la forma en que se lo presenta oscurece la cuestión central, es decir, la legitimidad o no de la absolución. Una armonía entre el derecho y la moral, tal como la reclama Peters, sería en realidad peligrosa si sirve para resultados como los de la sentencia que él comenta.

Fuera de este aspecto cabría preguntarse si la distinción entre injusto culpable y punibilidad no tendrá una función práctica que cumplir en relación

a la responsabilidad civil o administrativa emergente del delito. Se trataría de establecer aquellos casos en los que se excluye la consecuencia jurídica penal, pero permanecen los presupuestos que conducen o pueden conducir a otra consecuencia jurídica de diversa naturaleza. Detrás de esta explicación se encontraría la teoría de la unidad del orden jurídico, según la cual éste es un conjunto único de normas cuya infracción puede ser a la vez presupuesto de diversas consecuencias jurídicas.

Esta construcción permitiría fundamentar la necesidad de una distinción de causas excluyentes de la sanción penal que sólo afectaran a ésta, pero no lo hicieran con los presupuestos correspondientes a las de otra naturaleza. Pero tal modo de razonar se muestra como evidentemente inadecuado para fundamentar la necesidad de una categoría especial de excusas que se diferencien de las que excluyen la antijuricidad y la culpabilidad.

En efecto, que la culpabilidad del derecho penal, regida para algunos por fundamentos puramente éticos y para otros por consideraciones preventivas explicables por puntos de vista político-criminales, sea un presupuesto de otras consecuencias del orden jurídico distintas de las originales, es por lo menos una afirmación discutible. Por ejemplo en el derecho civil, donde las consecuencias jurídicas tienden a la reparación del daño y nada tienen que ver con el castigo del autor y menos con su resocialización, la culpabilidad del derecho penal no podría cumplir ninguna función. Si esto es así, también las causas de inculpabilidad tendrían que incluirse en la categoría de la exclusión de la punibilidad (111 a.).

La cuestión del doble juzgamiento se plantea también en base a la dualidad "acción merecedora de pena" (Strafwürdigkeit) y "acción que requiere punibilidad" (Strafbedürftigkeit) (112). Como las restantes, esta doble instancia de

juzgamiento respecto del mismo objeto presupone también dos órdenes normativos distintos a los que se referencia el juicio concreto. El primero para determinar el merecimiento de pena y el segundo para establecer la necesidad de la misma. Estos órdenes normativos, en principio, no deberían coincidir totalmente, pues de ser de otra manera, es decir si coincidieran totalmente, la distinción carecería de todo sentido. El doble juzgamiento presupone precisamente la posibilidad de la divergencia de los dos juicios. Si esto es así el orden normativo que determina el merecimiento de pena debería ser diferente del orden jurídico, que es el único que constitucionalmente puede decidir sobre la necesidad de castigo o sanción. Fuera del orden jurídico, sólo existe otro orden normativo referido a los comportamientos humanos y éste es el ético. Por esta razón, en el caso concreto de los fundamentos que excluyen la pena habría que distinguir entre aquéllos que son una excepción de las reglas éticas, que serían las causas de justificación y las de inculpabilidad, y aquellos otros que constituirían un "simple" presupuesto de la exclusión de la consecuencia jurídica referida a la infracción de una norma prevista en la ley penal.

En otras palabras, se trata solamente de una nueva formulación verbal de concepciones clásicas que, en su momento, ya representó, entre otros, Max-Ernst Mayer (113) y que presupone —como se vio— la existencia de causas de exclusión de la pena que se imponen al legislador y que tendrían fundamentos absolutos y diversos de otras que son de creación legislativa apoyadas en consideraciones de política criminal. Esta concepción parecería reconocer su formulación más originaria en la teoría del estado de necesidad de Kant, si bien ello nunca ha sido expresado. De esta manera, la defensa necesaria y el estado de necesidad justificante excluirían el delito, mientras que los otros fundamentos provendrían de criterios de selectividad político-criminales sobre la punibilidad de algunos delitos. Un mayor desarrollo de esta cuestión no podría llevarse a cabo en este

lugar. De todos modos, puede señalarse que el desarrollo histórico-dogmático, parecería desmentir esta suposición, o por lo menos la permanencia de esta idea en la forma que acabamos de exponerla. Podría sostenerse, por ejemplo, que si la suposición que estamos considerando hubiera sido cierta, el estado de necesidad no se hubiera desplazado por las tres categorías de eximentes (114), llegando inclusive en el caso de Binding (115) a la creación de una categoría especial fuera de lo injusto y de la culpabilidad, pero tampoco idéntica con la de la punibilidad o no-punibilidad. Sin embargo, ese pensamiento emerge ocasionalmente en determinados pasajes (tal vez no siempre de una manera totalmente consciente) allí donde se hace referencia a los fundamentos de las eximentes. Ello puede verse con nitidez en James Goldschmidt (116): "La fuente de las normas de deber, sobre las que se apoyan las causas de inculpabilidad es, en verdad ética -aunque sólo en la misma medida en que lo es la ética de las normas de deber en general-, dado que la ética, en forma directa, no es una fuente del derecho, y sólo adquiere esta calidad, en todos los casos, por medio de la aprobación del derecho" En otras palabras, en el texto de Goldschmidt es posible percibir hasta qué punto las concepciones dogmáticas corrientes han asentado sus conceptos sobre una determinada relación de la ética y el derecho, relación que en el campo de la dogmática penal es poco clara y en ocasiones confusa. En la distinción de "acción merecedora de pena" y "acción que requiere ser penada", a la que tiende cada vez más la dogmática actual, dicha confusión se expresa en forma indubitable.

Jescheck (117) intenta dar un fundamento a esta dualidad diciendo que "merecedor de pena" es el hecho cuando la pena sea "el único medio para proteger a la comunidad social frente a una especie determinada de ataques (acción que requiere ser penada). Sin embargo el "requerir pena" presupone el merecerla. Lo

decisivo para el 'merecimiento de pena' es el valor del bien jurídico protegido". Y luego agrega: "El valor del bien jurídico protegido, sin embargo, no decide en forma exclusiva sobre el 'si' corresponde la pena total" (118).

En estas palabras de Jescheck se encierra una evidente contradicción. Cuando se define lo "merecedor de pena" se lo hace allí refiriéndose a "necesidad de pena" o a lo "requerido de pena" en función de la protección del bien jurídico. De esta manera ambos términos resultarían coincidentes. Pero cuando de inmediato se agrega que "requerir pena" presupone su merecimiento vuelve a hablarse de términos distintos, con lo ^{que} se entra en un círculo vicioso donde la definición se concreta a través de lo definido.

Por otra parte cabe hacer un análisis separado de la proposición que afirma que el merecimiento de pena depende decisivamente del valor del bien jurídico tutelado. Aquí parecería haberse superado la cuestión del significado no-jurídico o prejurídico de la norma que determina que la lesión del bien jurídico es lo que debe ser merecedor de pena. Aparentemente sólo se tomaría en cuenta un dato del mundo exterior: la producción de una lesión sobre un determinado objeto. Pero, en verdad, los bienes que entran en consideración están sujetos a un doble proceso de selección que va más allá de lo que brinda un dato del mundo sensible. En primer lugar se trata del otorgamiento de protección en general, y en segundo lugar de una determinada jerarquía de la protección. La cuestión referente a los criterios que informan estas decisiones no es aclarado por Jescheck. Si el criterio fuera el mismo que determina el "merecimiento de pena" no cabe duda de que la distinción no podría llevarse a cabo, pues —como se viene demostrando— sólo puede explicársela en razón de puntos de vista diversos. Si no fuera así una no podría ser presupuesto de la otra. En consecuencia, dado que la categoría del "requerimiento o necesidad de pena" no puede sino explicarse por ra-

ziones político criminales, para la otra categoría, para lo "merecedor de pena" sólo queda disponible una fundamentación ética. El esfuerzo de Jonckheer por dar a ambas categorías fundamentos ajenos a la ética no ha logrado, por lo tanto, su objetivo.

Del análisis llevado a cabo se desprende que a través de las nuevas o relativamente nuevas formulaciones de "lo que merece pena" y lo que necesita ser penado o "requiere pena" se mantiene un doble juzgamiento del hecho, uno de los cuales tiene que ser, por lo menos, pre-jurídico. En la medida en que lo "merecedor de pena" sea consecuencia de puntos de vista éticos, esta estructura sistemática encontrará fricciones en el momento de confrontársela con la concepción básica del derecho penal moderno, que renuncia a la imposición moral de una determinada ética o moral.

Ciertamente, la exigencia de que todo hecho punible sea también y previamente éticamente reprochable importa, en un cierto sentido, una limitación del poder estatal. Sin embargo frente a esta limitación de signo positivo aparece otra de significado contrario que sería difícil de compensar: el derecho penal se convertiría en un instrumento para la imposición de una determinada moral. Es evidente que en la actualidad falta un consenso legitimante de una función semejante del derecho penal (119). Lo que se ganaría respecto de la función de garantía se pierde en el terreno de la autonomía ética de la persona.

Queda en consecuencia claro que los dos órdenes valorativos frente a los que debe juzgarse un hecho punible, para permitir una distinción entre las categorías de injusto culpable y punibilidad, proviene de una incompleta separación de moral y derecho y de la forma en que se fueron articulando, en la dogmática alemana, las fundamentaciones político-criminales y éticas en la ciencia del

derecho, bajo los influjos sucesivos del idealismo alemán (sobre todo después de Hegel) y del positivismo (Franz von Liszt). Sólo dentro de este marco de doble articulación del derecho penal, que es por otra parte característica de las teorías unificadoras de la pena o de la unión, es posible distinguir las causas y circunstancias que excluyen el delito y las que simplemente excluyen la punibilidad. Para un derecho penal fundado exclusivamente en puntos de vista éticos la violación culpable de la norma es "merecedora de pena" y, por las mismas razones, también "necesita ser penada". Esta sería una consecuencia de un orden valorativo unidimensional. Por este motivo, tampoco una fundamentación sólo preventiva requeriría una doble valoración: dadas las condiciones que la prevención establece para la pena, merecimiento y necesidad de pena no podrían sino coincidir. Sólo en la medida en que el derecho penal se fundamenta en una teoría de la unión de los fines de la pena, se requerirán dos juicios diversos. En términos generales puede decirse que estos tres esquemas básicos del derecho penal caben prácticamente en cualquier derecho positivo. Las investigaciones recientes que se refieren a la posibilidad de basar las causas de justificación y las de inculpabilidad en argumentaciones preventivas (120) son una prueba de ello.

Lo que a partir de estos esquemas, de todos modos, no es posible resolver es la pertenencia de cada causa concreta de exclusión de lo injusto, la culpabilidad o la punibilidad a la respectiva categoría positiva.

También Schmidhäuser ha procurado fundamentar una teoría de los "elementos adicionales del hecho punible" entre los que se encuentran las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad. Se trata de elementos del hecho punible que deben adicionarse a lo injusto y a la culpabilidad típicas y que se fundamentan desde el punto de vista del merecimiento de pena "Straf-

"(rdigkeit)" (121). Son —agrega Schmidhäuser— "elementos del hecho punible que pertenecen al supuesto de hecho y que están tipificados, pero que no se encuentran necesariamente en todo hecho punible, sino sólo en una serie de ellos que los prevén como algo adicional a lo injusto y a la culpabilidad. De esta manera se afirma ya que la representación del autor respecto de estos elementos no tiene ningún significado y que el error es indiferente" (122).

Schmidhäuser estima que estos elementos se caracterizan por su efecto atenuante del disvalor del hecho. Los elementos de lo injusto y de la culpabilidad "elevan el disvalor y fundamentan, en la concepción del legislador, el incremento específico de la pena; las excusas absolutorias, por el contrario, atenúan este disvalor y hacen desaparecer, desde el punto de vista del mismo legislador, el merecimiento de pena, que sin la existencia de estos elementos especiales estaría fuera de cuestión" (123).

Pero, por supuesto, que la función atenuante del disvalor del hecho se da también en las causas de justificación y en las de inculpabilidad. En la concepción de Schmidhäuser todas las eximentes tienen una influencia directa en el disvalor del hecho (124).

De esta manera Schmidhäuser se separa claramente de la concepción basada en una doble valoración, pues según su punto de vista se trata de diferencias de grado dentro de una misma valoración, o mejor dicho, de la valoración referente a una misma escala. La cuestión de dónde se fijan los límites que separan unas eximentes de otras se convierte, por lo tanto, en el problema central y de difícil solución de este punto de vista. Veámoslo.

Precisamente las excusas absolutorias, dice Schmidhäuser, se diferencian de las causas de justificación y de las de inculpabilidad por que presuponen

la antijuricidad y la culpabilidad del hecho" (125). Pero en realidad ello ocurre también en las causas de justificación, si —como afirma Schmidhäuser— en ellas el "disvalor de la lesión típica del bien jurídico no se elimina, sino que se relativiza por una preferencia respecto de otro bien jurídico (vorgehende Gutbeachtung)" (126). Es decir, al no excluirse el disvalor constitutivo de la antijuricidad, también las causas de justificación presuponen la existencia de antijuricidad, aunque naturalmente atenuada, en lo que coincidirían con las excusas absolutorias. La única diferencia que quedaría vigente es la siguiente: las causas de exclusión de la pena presuponen no sólo antijuricidad, sino también culpabilidad. Pero, en todo caso, no se entiende por qué motivo deberían deducirse de esta circunstancia las consecuencias jurídicas que Schmidhäuser atribuye a las excusas absolutorias.

La cuestión no es diferente con respecto a las causas de inculpabilidad. "Por causas de exclusión de la culpabilidad —dice Schmidhäuser— entendemos aquellas vivencias anímicas del autor, que disminuyen de una forma tan específica la culpabilidad moral del mismo, que excluyen la culpabilidad jurídica, aunque exista un comportamiento espiritual lesivo de un bien jurídico correspondiente al tipo de la culpabilidad" (127). Dicho en otras palabras, también las causas de exclusión de la culpabilidad presuponen la supervivencia de un cierto grado de culpabilidad, aunque sea pequeño. Esto es inquestionable en la medida en que los conceptos de culpabilidad moral, de conciencia y jurídica dependen, según Schmidhäuser, uno de otro. "De tal forma que: la culpabilidad jurídica, si no debe considerársela como un presupuesto exclusivo de la utilización de la fuerza desnuda por parte del Estado, no se concibe sin el trasfondo de la moral, y ésta a su vez sin el trasfondo de la de conciencia" (127a). De la misma manera que ocurre en el campo de la justificación la permanencia de un residuo de culpabilidad, pero de culpabilidad al fin, hace que sea imposible una distinción

respecto de las excusas absolutorias. También las causas de inculpabilidad presuponen un hecho típico, antijurídico y culpable.

163

6. Resultados parciales

A esta altura es posible resumir las siguientes conclusiones parciales:

1. La investigación ha demostrado que la distinción entre causas de justificación, de inculpabilidad y excusas absolutorias constituyen puntos en los que la distinción entre "injusto-culpable" y "punibilidad" adquiere especial agudeza. La categoría de la punibilidad aparece en la dogmática del delito como una creación consecuente, en principio, de las teorías absolutas de la pena y del sistema dogmático que éstas han elaborado para su realización: fundamentalmente la teoría de las normas. Sin embargo, la punibilidad se mantiene también dentro de la dogmática de las teorías relativas.

2. La distinción "injusto-culpable" (delito) y punibilidad (punibilidad del delito) presupone una teoría de la pena carente de toda función respecto de la motivación del autor. De esta manera es posible distinguir entre el destinatario de la norma y el de la ley penal creando dos obligados también distintos.

3. Hemos podido llegar a la conclusión de que el problema del destinatario y el del deber no son sino aspectos de una misma cuestión, pero también hemos verificado que las posibilidades definitorias del "deber jurídico" son muy variadas, como lo demuestran las construcciones, en principio posibles, de Binding, Binder o Kelsen.

4. También es posible afirmar que el problema del destinatario de la norma y de su obligación fundada en el conocimiento del deber presupone una definición de la norma. Esta definición está, a su vez, condicionada por

la extensión que se otorgue al error relevante. Si éste no alcanza a la amenaza penal, la norma quedará reducida al imperativo. En este caso la fuerza preventiva del derecho penal se concentrará en el deber de obedecer la norma y este deber debería ser un deber moral.

5. De la exposición realizada puede deducirse también claramente que la cuestión de la personalidad o generalidad del efecto de las excusas absolutorias no es deducible de la teoría de las normas. Sobre este problema y sus innegables consecuencias prácticas en el ámbito de la participación reina la más absoluta obscuridad, sobre todo desde que la teoría ha comenzado a reconocer "excusas absolutorias objetivas", que por oposición a las personales se extenderían como las causas de justificación a todos los partícipes.

6. Hemos comprobado que los criterios para distinguir la excepciones de las normas de las excepciones de la punibilidad no son suficientemente estrictos y que, en todo caso, siempre permiten conclusiones diferentes igualmente compatibles con el criterio utilizado.

7. También hemos demostrado que en la medida en que la formulación de la norma que respalda un tipo penal adquiere o puede adquirir diferentes formulaciones, es posible que los elementos de la punibilidad se transformen por vía de definición en elementos del tipo y que la inversa también es posible.

8. La diferenciación de las causas de inculpabilidad y las de exclusión de la pena se torna imposible una vez aceptada la tendencia más moderna a considerar que las primeras no excluyen la culpabilidad por completo.

9. La distinción entre injusto-culpable y punibilidad presupone

que el hecho punible debe ser juzgado o valorado desde dos instancias diferentes: una que establezca su calidad de delito y otra que afirme su punibilidad. Si una de estas instancias es el Derecho, la restante no será sino la Moral.

10. La distinción entre "injusto-culpable" y "punibilidad" es consecuencia de una determinada articulación de las fundamentaciones éticas y político-criminales de la dogmática moderna.

11. La asignación a las causas que, en general, excluyen la pena del carácter negativo de alguno de los elementos positivos de la definición del delito, sólo se apoya en el consenso de la comunidad científica sobre los efectos adicionales que se atribuyen a cada causa concreta, pero no tiene fundamentos objetivos de otra especie. En principio todas estas causas podrían ser excluyentes de cualquiera de los elementos positivos —como lo demuestra la evolución sufrida hasta nuestros días por el estado de necesidad—. Sólo sería necesario el desplazamiento del acento con que se define la esencia de cada una para adecuarla a una categoría positiva que produzca, al eliminarse, los resultados deseados. (132)

NOTAS AL CAPITULO TERCERO

- (1) Confr. de todos modos Oetker, "Ueber den Einfluss des Rechtsirrtums im Strafrecht", 1876, pag. 20; Finger, Deutsches Strafrecht, 1904; Kohl - rausch, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903.
- (2) Confr. Bockelmann, Strafrecht, AT, 2a. ed. 1975, pag. 32; Mezger, Strafrecht I, 9a. ed. 1960, pag. 11 y Leipziger Kommentar, 8a. ed. 1957, notas previas al § 51, N° 13 y 14; Naucke, Strafrecht, eine Einführung, 3a. ed. 1980, pág. 239 y stes.
- (3) GS, 1873, pág. 436/437.
- (4) ib. idem.
- (5) ib. idem.
- (6) Confr. Julius Binder, "Rechtsnorm und Rechtspflicht", 1912, págs. 37/38; del mismo, "Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung 1927, pag. 3 y stes.
- (7) Der Adressat, pag. 3.
- (8) Binder, Der Adressat, pag. 3; Rechtsnorm, pag. 45 y stes.
- (9) Binder, Der Adressat, pag. 64.
- (10) Rechtsnorm, pag. 38.
- (11) En la medida en que Binding aceptaba la existencia de excepciones de la norma, tal vez no pueda ser considerado un representante totalmente ortodoxo de la teoría de los imperativos.
- (12) "Hauptprobleme der allgemeinen Staatsrechtslehre", 1911, pag. 275.
- (13) Hauptprobleme, pag. 275/276.
- (14) Sobre la fundamentación de la norma como juicio condicional ver Zitelmann, "Irrtum und Rechtsgeschäft", pag. 122, apoyándose en la lógica de Sigwart. En su "Logik" (II), pag. 19, nota, Sigwart ha rechazado esta interpretación de su propio punto de vista.
- (15) "Reine Rechtslehre", 2a. ed. 1960, pag. 123.
- (16) Hauptprobleme, pag. 226.
- (17) Hauptprobleme, pag. 226; "Reine Rechtslehre", pag. 127.

- (18) Supra Capítulo II, Nro. 1.
- (19) "Rechtsnorm und subjektives Recht", 1876, pág. 37.
- (20) *ib. idem.* pág. 36.
- (21) *ib. idem.* pág. 38.
- (22) "Die rechtliche Natur der Staatsverträge, 1880, pag. 6, nota 8.
- (23) "Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht", 1903.
- (24) *loc. cit.* pág. 42.
- (25) "Die Rechtswidrigkeit 1905, pág. . .
- (26) "Die Lehre vom Verbrechen 1906.
- (27) *loc. cit.* pág. 65.
- (28) "Grundzüge des Strafrechts", 11. ed. 1930, pág. 46.
- (29) Köstlin, "Revision", pág. 663/668 y "System", § 15.5.7 y *stes.*
- (30) "Das gemeine deutsche Strafrecht, 1881, pág. 298, nota 1.
- (31) Goldschmidt, en "Oesterr. Zeitschrift für Strafrecht", 1913, pág. 129 y *stes.*; otro punto de vista Peters, en Juristische Rundschau, 1949, pág. 469 y *stes.*
- (32) Der Allgemeine Teil des Strafrechts, 2a. ed. 1923, pág. 273.
- (33) *ib. idem.*
- (34) *ib. idem.*
- (36) Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, pág. 17.
- (37) Preussisches Strafrecht I, 1858, pág. 36.
- (38) Amelung, "Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft", 1973, pág. 317.
- (39) Normentheorie, pag. 126.
- (40) *loc. cit.* pág. 132.
- (41) *loc. cit.* pág. 139.
- (42) *loc. cit.* pág. 143.
- (43) *loc. cit.* pág. 250.

- (44) loc.cit. pag. 250; ver también la pág. 214 donde ejemplifica con el § 247 II de la antigua redacción del Código Penal Alemán. También la pág. 213 donde se muestra reticente respecto de las condiciones objetivas de punibilidad
- (45) loc.cit. pag. 254.
- (46) loc.cit. pag. 255.
- (47) loc.cit. pag. 256.
- (48) loc.cit. pag. 256.
- (49) Expresamente en el Fest. Mr Welzel, 1974, pág. 393 y stes. (399).
- (50) Stratenwerth, Strafrecht, Sa. ed. 1976, N° 172; Welzel, Deutschen Strafrecht, 11. ed. 1969, pág. 41; Maurach, Deutsches Strafrecht, 4a. ed. 1971, pag. 224 y stes.
- (51) Fest. f. Welzel, pág. 399.
- (52) Fest. f. Welzel, pág. 393 y ste.
- (53) Confr. Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, 1935.
- (54) Confr. Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 14.ed. 1886, pag. 102; en igual sentido la sentencia del RG 21,168.
- (55) v.Liszt, Lehrbuch, 20/21 ed. 1919.
- (56) Confr. v. Bar, Gesetz und Schuld, III, 1909, pág. 133 y stes.
- (57) Jescheck, Lehrbuch, pág. 276; Baumann, Strafrecht, 7a. ed. 1975, pág. 313; Welzel, Lehrbuch, pág. 87; Stratenwerth, Strafrecht, 1a. ed. 1971, N° 429.
- (58) Lehrbuch, 1a. ed. 1881, pág. 88.
- (59) Lehrbuch, 1a. ed. 1881, pág. 93.
- (60) Normen I², 1890, pág. 131.
- (61) Handbuch I, 1885, pág. 765.
- (62) System I, pág. 271.
- (63) Handbuch I, 1885, pág. 765, nota 30; v.Bar, Gesetz und Schuld, III, 1909, pág. 16.

- (64) Gimbernat, Fest. f. Henkel, 1974, pág.
- (65) Lehrbuch des deutschen Strafrechts I, 1904, pág. 420.
- (66) Lehrbuch, pág. 421.
- (67) Confr. Rudolf Merkel, "Die Kollision rechtmässiger Interessen" 1895; v. Bar, "Gesetz und Schuld", III, 1903, pág. 135 y stes.
- (68) Schönke-Schröder-Lenckner, StGB, 18.ed. 1976, § 36 N° 1 ; Jescheck, Lehrbuch, pág. 147.
- (69) Jescheck, id. idem.
- (70) Normentheorie, pág. 212.
- (71) ib. idem.
- (72) Normentheorie, pág. 214.
- (73a) Fest. f. Eb. Schmidt, 196 , pág.
- (73) loc.cit. pág.201.
- (74) Confr. Rudolphi, en ZStW 78 (1966),pág. 79; Jescheck, Lehrbuch, págs. 359/360; Armin Kaufmann, Normentheorie, pág. 202 y stes.; Welzel, Lehrbuch, pág. 178; Stratenwrth, 1a. ed. N° 631; Noll, en ZStW 77 (1965), págs. 17 y stes.
- (75a) En detalle, Bacigalupo, en C.Pol.Cc. N° 6 (1979), pág.3y stes.
- (76) Confr. Horn, Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit,¹⁹⁰⁹ /par.26 y; Binding, Normen, I, pág. 199.
- (77) Schönke-Schröder-Cramer, StGB, 18. ed. 1976, § 16, N° 33 (opinión modificada en la 20.ed. 1980); Eser, Strafrecht I, 2a.ed. 1976, 20A 14; Kohlhaas, en ZStW 70, pág 217; Schönke-Schröder-Lenckner, StGB,20. ed. 1980 , § 32, Nro. 132 (nota previa); Stree, en FamRZ 62,55; Warda, Fest, f. Lange,1976, pág. 139.
- (78) Lehrbuch, pág. 380.
- (79) Confr. loc. cit.
- (80) Confr. Bacigalupo, Tipo y Error, 1974, pág. 9 y stes.

- (81) Confr. Bacigalupo, en NPP 1975, pág. 47 y stes. Otro punto de vista: Nuñez; Manual de Derecho Penal, PG, 1972, pág. 201/202, nota 48 y en JA N° 4899 (19.12.75); Zaffaroni, Teoría del Delito, 1973, pág. 500 / 501; Arnaldo Giménez, "En torno al artículo 35 CP"; José Severo Caballero, en JA N° 4796 (22.7.75); Sancinetti, en NPP 1976, pag. 267 y stes.
- (82) Confr. Dreher, StGB, 35. ed. 1975, § 173 N° 4; Lackner, StGB 9a. ed. 1975, 173,7.
- (83) Confr. Schönke-Schönke-Lenkner, 18.ed. 173, N° 1/4.
- (84) La teoría alemana es obscura en este punto, confr. Lenkner, loc.cit. Lackner, loc.cit.; Dreher, loc.cit. ; Otto Grundkurs Strafrecht, die einzelnen Delikte, 1977, pág. 309; Welzel, Lehrbuch, pág. 440.
- (85) Confr. Armin Kaufmann, Normentheorie, pág. 132 y stes.; Roxin, Offene Tatbestände, 1970, pág. 66p⁶; Bacigalupo, Lineamientos de la teoría del delito, pág. 37.
- (86) Jescheck, Lehrbuch, 2a. ed., pág. 342. con indicaciones bibliográficas.
- (87) Armin Kaufmann, loc.cit.
- (88) Confr. v. Weber, en Fest. f. Mezger, 1954, pág. 183 y stes.
- (89) Confr. Welzel, Lehrbuch pág. 520; Jescheck, Lehrbuch, 2a. ed., pág. 354; Otto, loc.cit. pág. 434; Dreher, loc.cit. 258, n° 8; Lackner, loc.cit. 258, N° 8; Schönke-Schröder-Stree, StGB, 18. ed. 1976, 258, N° 39.
- (90) Confr. Stree, loc.cit.; Bloy, Die Bedeutung, pág. 129.
- (91) Confr. Stree, ib.idem.
- (92) ib.idem.
- (93) Lehrbuch, pág 380.
- (93a) Confr. Schmidhäuser, Strafrecht, 2a. ed. 1975, pág.
- (94) Jescheck, Lehrbuch, pág. 33.
- (95) Welzel, Lehrbuch, pág. 1.
- (96) Das deutsche Reichstrafrecht, 1881, pág. 4.
- (97) Confr. Graf zu Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemeine Merkmal im

- Tatbestände strafbarer Handlungen, 1905; Kohlrausch, Irrtum und Schuld-
begriff im Strafrecht, 1903; Nagler, Der Begriff der Rechtswidrigkeit,
en Fest. f. Frank I, 1930, págs. 339 y stes.; H.A.Fischer, Die Rechts-
widrigkeit, 1911; Heinitz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit,
1926.
- (98) Confr. Maurach, Deutsches Strafrecht, AT, 4a.ed. 1971, pág. 59.
- (99) Confr. Maurach, loc.cit. pág. 290; Jeschek, Lehrbuch, pág. 188;
Armin Kaufmann, Normentheorie, pág. 76.
- (99a) Mezger en GS 89, pág. 240 y stes.
- (100) Confr. James Goldschmidt, en Fest. f. Frank I, 1930, pág. 428 y stes.;
Mezger, GS 89, pág. 240 y stes; Armin Kaufmann, Normentheorie, pág. 69
y stes.
- (101) Karl Peters, en JR 1949, pág. 496 y stes.; en el mismo sentido Sax, en
Grundsätze der Strafrechtspflege, en Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die
Grundrechte III, pág. 909 y stes.; Müller-Dietz, Strafe und Staat, 1973,
pág. 34.
- (102) loc.cit. pág. 499.
- (103) Confr. MDR 1949, pág. 373.
- (104) La sentencia había sido criticada por Eb. Schmidt, SJZ 1949, pág. 559 y
Welzel, MDR 1949, 374, pues en ella se absolvía a médicos que sacrificaron
enfermos mentales como "único medio para salvar" un número de enfer-
mos mayor que el sacrificado.
- (105) loc.cit. pág. 496.
- (106) loc.cit. pág. 496.
- (107) loc.cit.
- (108) loc.cit. pág. 497.
- (109) loc. cit. 497.
- (110) loc.cit. 499.
- (111) loc.cit. pág. 500.
- (111a) Confr. Kantorówicz, Tat und Schuld, 1933, pág. 20 y stes.

- (112) Schmidhäuser, Strafrecht, 2a. ed. 1975, pág. 479 y stes. También Stratenwerth, en ZStW 71(1959), pág. 565 y stes.; Bloy, Die Bedeutung, pag. 228 y stes.; Sax, loc. cit.; Otto, en Gedächtnisschrift für Schröder, 1978, pag. 53 y stes. ; Bloy, loc.cit., pág 242 y stes.; Langer, Das Sonderverbrechen, 1972, pág. 275 y stes., 327 y stes, 360 y stes.
- (113) Conf. supra 2.
- (114) Confr. Goldschmidt, Oestrr. Z. f. Strafrecht, 1913, pág. 129 y stes. (135 y nota 21)
- (115) Handbuch I, pág. 765.
- (116) loc.cit. pág. 165.
- (117) Lehrbuch, pág. 38.
- (118) ib.idem.
- (119) Confr. "Strafrecht und Strafrechtsreform", ed. por Madlener, Papenfuss, Schöns, 1974, pág.
- (120) Roxin, Kriminalpolitik u. Strafrechtssystem, 1970; otro punto de vista: Stratenwerth, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, 1978, con mayores indicaciones bibliográficas.
- (121) Strafrecht, pág. 488.
- ‡(122) loc.cit. pág. 488 y stes.
- (123) loc.cit. pág. 487 y ste.
- (124) loc. cit. pág. 488.
- (125) ib.idem.
- (126) ib.idem.
- (127) ib. idem.
- (127a) Strafrecht, 1a. ed. pág. 288.
- (128) N.E.Mayer, Lehrbuch, pág. 269.
- (129) Normen I, pág. 129.
- (130) Confr. Binding, Normen I (1890), pág. 3 y stes.
- (131) Normen I (1890), pág. 7.
- (132) Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, pág. 136 y sets.

CAPITULO CUARTO

La integración de injusto-culpable y punibilidad en una categoría unitaria

- 1. La unidad de las categorías de "injusto-culpable" y "punibilidad" y la teoría del tipo penal (supuesto de hecho).**
- 2. Otros desarrollos del mismo punto de vista.**
- 3. La inclusión de los elementos de la punibilidad en lo injusto o en la culpabilidad.**

1. La unidad de las categorías de "injusto-
culpable" y "punibilidad" y la teoría del
tipo penal (supuesto de hecho).

Como se ha visto, la teoría de las normas de Binding, en la que tiene su origen la distinción de "injusto-culpable" y "punibilidad", fundamentó esta dualidad conceptual en la diversidad de destinatarios atribuidos a la norma y a la ley penal. Dentro de ese marco se presupone la unidad intrínseca de los elementos de la contrariedad a la norma, por un lado, frente a la de los elementos de la punibilidad, por el otro. Dicha unidad estaba determinada por la referencia del dolo o por la ausencia de dicha referencia respecto de los elementos de cada categoría. La circunstancia de que la norma tenía reservada la función preventiva, es decir la de conformar la voluntad de su destinatario, permitía unificar en una categoría los elementos del delito (de la lesión de la norma) - que debían ser alcanzados por el dolo- y los (residuales) de la punibilidad -a los que el dolo sería ajeno-. Todos los elementos eran condiciones, sea objetivas o subjetivas, de la consecuencia jurídica.

Esta unidad conceptual presupuesta por la teoría de las normas de Binding fue, sin embargo, cuestionada por Beling, que la ha considerado arbitraria: "Condiciones de la punibilidad - dice Beling (1)- en el más amplio sentido, son todos los elementos del delito: la acción, su adecuación típica, su antijuricidad, su culpabilidad, su pertenencia a una amenaza penal y las condiciones de la amenaza penal, es decir, un número de seis condiciones, Las condiciones de la amenaza penal vienen a ser, por consiguiente, las 'sextas condiciones' de la punibilidad. Sólo es posible hablar de 'segundas' condiciones si se considera que la acción típica, antijurídica y culpable y perteneciente a una amenaza penal, constituye un todo cerrado y su existencia se entiende como la de la 'primera' condición de la punibilidad. Esta consideración es naturalmente posible. Pero tal agrupamiento es, de cualquier forma, arbitrario". Para

Beling este agrupamiento podría constituir lo que él designa como "delito potencial" (con lo que probablemente quiere referirse a las características de la acción, la antijuricidad y la culpabilidad), lo que sería algo diverso de la "adecuación y la aplicabilidad de la amenaza penal". De todos modos "la necesidad de la reunión agrupada de esos elementos debe rechazarse" (2).

Detrás de las formulaciones de Beling hay, a nuestro juicio, un claro cuestionamiento del núcleo del pensamiento de Binding, basado en el derecho penal subjetivo (del Estado) que emergería de la violación de un deber de obediencia (violación de la norma). En realidad, para Beling, los elementos del derecho penal subjetivo deben integrarse también en el concepto de delito.

Pero la crítica de la unidad de los elementos del delito (y la correlativa que integra a los elementos que condicionan la consecuencia jurídica) no tiene una significación considerable en cuanto a los resultados a que Beling llega. Lo único que en verdad Beling rechaza es el criterio diferenciador proveniente de la norma o, mejor dicho, de la teoría de las normas. A su juicio, "el catálogo de las condiciones de la amenaza penal se vincula a elementos muy heterogéneos. Sin embargo su reunión bajo una designación común no debe remediarse como carente de todo valor" (3). Serviría, en todo caso, para resumir el conjunto de elementos cuya existencia es presupuesto de la punibilidad.

La crítica de Beling se apoya en las conocidas objeciones que ponen en duda la posibilidad de realización de la teoría de las normas con el grado de seguridad y objetividad que requiere el conocimiento jurídico. Para Beling existe "un fuerte rechazo contra la utilización de la teoría de las normas" que en última instancia es producto de la preocupación de no "hundirse en un pantano" (4). Beling propone, en consecuencia, reemplazar la norma, como criterio o concepto básico para la determinación de lo injusto, por el tipo penal (5)

Tatbestand = supuesto de hecho). De esta manera se obtendría una base firme para la aplicación de la ley penal, de tal manera que "el contenido del delito estaría tan determinado que en el concepto del mismo cabrían esquemas (Typen) especiales de un obrar adecuado a la norma o contra ella" (5). De allí deduce Beling que "lo decisivo para el derecho penal es la unidad o pluralidad de tipos y no la unidad o pluralidad de normas" (6).

La crítica de Beling no alcanza a superar lo meramente terminológico y, por lo tanto, no elimina el problema planteado por Binding, es decir la cuestión de los elementos que deben ser alcanzados por el dolo y lo que no. No es difícil verificar que la distinción entre "injusto-culpable" y "punibilidad" permanece en el sistema que propone Beling, aunque adopte una forma diferente.

Beling, en efecto, reconoció la categoría de las "condiciones de la amenaza penal", que presupone la existencia de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, respecto de las que se destaca con toda precisión (7). Estas condiciones de la amenaza penal tienen una función totalmente independiente respecto de las otras condiciones: "Si falta tal condición la amenaza no es aplicable, sin perjuicio de la tipicidad de la acción antijurídica y culpable y sin perjuicio de su adecuación a la amenaza penal; consecuentemente, el hecho no es un delito; todas las condiciones son, de esta manera, elementos esenciales del delito" (8). Esta conclusión es ante todo producto de la inclusión de los elementos del derecho penal subjetivo en el concepto mismo de delito al que ya hemos hecho referencia más arriba.

Las condiciones de la amenaza penal, entre las que se encuentran las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias tienen su fundamento en "la falta de interés del Estado en la punibilidad o en su interés en

la no-punibilidad" (9). Como se ve, estos elementos no pertenecen al tipo y se diferencian de los que sí pertenecen a él por las mismas razones que en el sistema de Binding: sólo los elementos del tipo deben ser alcanzados por el dolo y son, en consecuencia, objeto del conocimiento requerido por éste. "Al dolo pertenece -afirma Beling (10)- el reflejo del tipo en el alma del autor, así como la culpa se conecta, entre otras cosas, con la falta de esta imagen psíquicamente reflejado o con la imperfección de la misma". En este contexto no puede dejar de observarse que el fundamento que distinguiría las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad y que sería, por lo tanto, la razón justificante del lugar sistemático que se les asigna, no es en absoluto convincente. "La falta de interés del Estado" en la punibilidad es también el fundamento que no puede faltar en las causas que excluyen la antijuricidad o la culpabilidad.

Como se ve también estaríamos ante dos clases de elementos: los que deben ser alcanzados por el dolo y los que no. Dicho de otra forma elementos sobre los que se admite el error y elementos sobre los que se admite. El dolo - y por lo tanto también el tipo penal- se han convertido aquí en los criterios para identificar los elementos de la punibilidad. La única diferencia significativa -pero sólo terminológica- con respecto a la construcción de Binding es el traslado de la punibilidad al concepto de delito: ya no podrá hablarse correctamente de "delitos no-punibles", sino que sin punibilidad no habrá delito. De la diferente terminología no se deriva la menor consecuencia práctica.

Si Binding debía afrontar el problema de cómo se identifica la norma y sus elementos, Beling, como es lógico, tiene que responder a la pregunta por el criterio que le permite saber qué elementos pertenecen al tipo. El propio Beling reconoce las dificultades que esta problemática presenta. "Si una

circunstancia debe atribuirse al tipo penal (supuesto de hecho) como un elemento a él perteneciente, o si se trata de una mera condición de la amenaza penal, es a menudo dudosa (p.e. la apertura del concurso en el delito de bancarrota)" (11). Beling trató de dar algunos criterios para resolver esta cuestión dogmática. "En general - afirma- puede decirse que las circunstancias que tienen una relación débil con el comportamiento del autor, que no se encuentran antes de la acción y que constituyen por sí solas sucesos que están fuera del ámbito jurídico-penal -como p.ej. la cesación de pagos, la apertura del concurso- son ajenas al tipo penal" (12). Pero el propio Beling reconoce que de esta manera no se ha alcanzado una fórmula segura: "Con ello -agrega- no se ha obtenido una línea divisoria precisa, sino sólo un punto de apoyo; el trazado de esa línea divisoria precisa, de todos modos, tampoco será posible, pues se trata de particularidades del derecho positivo" (13). En otras palabras el problema es un problema de interpretación para el cual no habría criterios precisos por que estamos ante particularidades del derecho positivo. No es necesario abundar aquí en razonamientos para demostrar que este fundamento es sólo aparente. Todos los problemas de la dogmática son "particularidades del derecho positivo".

Beling trata de encontrar algunos criterios que permitan circunscribir la decisión. En primer término habrá que establecer de qué tipo se trata, "pues la conducta del autor brinda el centro de gravedad, que recibe de aquél sólo una más precisa descripción; mientras que aquéllo que se encuentra a una cierta distancia del comportamiento, se destaca claramente como algo especial" (14). Por tales razones la muerte de una persona puede ser "elemento del tipo, en relación al homicidio (§§ 211 y stos.), y una condición de extraña al tipo en la violación agravada (§ 178)" (15).

De la teoría de Beling puede decirse lo mismo que él dijo de la de

Binding : "parece faltar toda seguridad, toda posibilidad de lograr una aplicación práctica" (16). En primer lugar esto parece ser así si se tiene en cuenta que el criterio para determinar la pertenencia de un elemento al tipo, o lo que es lo mismo la relevancia del error sobre el mismo, se basa en un círculo vicioso. Si ante todo debe preguntarse de qué tipo se trata, es por que ya se sabe qué elementos le pertenecen. De lo contrario sería imposible responder a la primera pregunta por el tipo del que se trata. El criterio propuesto por Binding sirve solamente para afirmar que pertenecen al tipo los elementos que lo componen.

La fórmula de la distancia del elemento concreto respecto del comportamiento del autor resulta también prácticamente inaplicable. Parecería que para establecer la distancia entre el elemento y el comportamiento habría que recurrir a la vinculación con la causalidad y a la relación temporal del elemento con respecto al comportamiento. Sin embargo no es así. La muerte del § 178, para seguir con el ejemplo de Binding que ya vimos más arriba, es una condición de punibilidad, ajena al tipo, a pesar de su vinculación causal con el comportamiento. Tan cercano al comportamiento es el resultado que éste causa que en la dogmática de la teoría causal de la acción es dificultoso separarlo de la acción misma, como puede verse por ejemplo en Mezger (17).

Lo mismo ocurre con la temporalidad que Binding tampoco toma en cuenta. Si las condiciones (objetivas) de punibilidad sólo fueran circunstancias posteriores al comportamiento, resultaría comprensible que no fueran elementos del tipo, dado que el dolo sólo podría referirse a circunstancias anteriores o concomitantes con el comportamiento mismo. Pero también aquí los ejemplos dados por Binding desautorizan este criterio: "Las condiciones de punibilidad pueden estar en tres relaciones temporales distintas: es posible que la

condición sea a) un suceso anterior a la acción; o b) una circunstancia conco-
mitante con la acción; o c) una circunstancia posterior a la acción" (18).

Por lo tanto, la relación temporal con la acción no brinda ningún criterio idóneo para resolver el problema planteado, ya que cualquiera sea la relación temporal, es posible que la circunstancia en cuestión pertenezca al tipo o a las condiciones (objetivas) de la punibilidad.

En realidad, el único fundamento que determina la calidad de elemento típico o de mera condición de la punibilidad o de la amenaza penal es la relevancia del error o no sobre el elemento de que se trate. Si el error sobre el elemento es relevante estaremos ante un elemento del tipo; en otras palabras esto es lo que ya dice el § 59 del StGB, por lo menos en sus interpretaciones corrientes. Si no se admite relevancia del error sobre el elemento, entonces será una condición de punibilidad (objetiva). Lo que Beling no explica es el fundamento por el cual se afirma o se niega la observancia del error sobre un elemento determinado. De su teoría de la pena puede deducirse que el error sobre la punibilidad no debería ser relevante; lo que no puede deducirse sin más es cómo se conocen los elementos de la punibilidad(19).

Resumiendo: "la conexión estrecha o débil de una circunstancia con la acción" no ofrece un criterio seguro, toda vez que la causalidad y relación temporal son considerados elementos no decisivos para determinar el grado de cercanía determinante de la naturaleza del elemento concreto.

183

2. Otros desarrollos del mismo punto
de vista.

El intento de superar dificultades propias de la distinción entre "injusto-culpable" y "punibilidad" fue continuado por otros autores que en sustancia han seguido el mismo punto de vista de Beling: incluir las condiciones del derecho penal subjetivo en el concepto de delito. En este apartado analizaremos solamente alguno de estos autores. Como se verá tampoco ellos han logrado una superación del problema básico por que como todos los demás han adoptado entre sus axiomas dogmáticos la máxima que quita relevancia al error sobre la punibilidad y por lo tanto a la suposición errónea de sus elementos fácticos

En su contribución dedicada al libro de homenaje a Frank en 1930, Theodor Rittler —adoptando criterios expuestos con anterioridad por Hegler— ha señalado una vez más la falta de criterios precisos para distinguir entre los elementos del tipo y los de la punibilidad (20). Rittler parte de que las leyes penales contienen momentos que carecen de importancia en relación al carácter de injusto del hecho (21). Los tipos penales deben agrupar todos aquellos momentos que justifican el juicio de disvalor sobre el aspecto objetivo (22). A su vez, el dolo debe extenderse a todos los elementos que hagan al autor consciente de su obrar contra el orden jurídico (23). De estas tres premisas surge que nada tienen que ver con el contenido de lo injusto y tampoco guardan relación con la culpabilidad ciertos elementos que no inciden sobre el primero. Precisamente las condiciones que son ajenas a la culpabilidad son meras condiciones de punibilidad, dentro de las que están también las excusas absolutivas.

¿Cómo se caracterizan los elementos ajenos a lo injusto, es decir aquéllos cuyo conocimiento nada agrega a la conciencia de lo injusto?

Es aquí, en la respuesta a esta pregunta, donde Rittler adoptó

el criterio propuesto por Hegler (24): los elementos de la punibilidad se caracterizan por que "yacon fuera del comportamiento lesivo de intereses y socialmente dañoso" (25). Hegler había visto la no-punibilidad desde el punto de vista de la colisión de intereses: "Estamos ante el supuesto de un comportamiento socialmente dañoso que también es reprochable y que por ello constituye un motivo para su punibilidad por parte del Estado. Pero, frente a al interés en la punibilidad entran aquí en consideración intereses estatales más fuertes, cuando existen ciertos momentos, naturalmente ajenos al comportamiento socialmente dañoso, que imponen la no-punibilidad" (26).

Parece claro que alcanzando este punto todavía no se ha llegado a una solución plausible. Basta con tomar en cuenta que también en los casos de justificación, es decir de exclusión de lo injusto, son explicables también a través de la colisión de intereses: el interés del Estado en la sanción por razones de prevención general o especial y algún otro interés del Estado que se vería afectado por el ejercicio del ius puniendi. En otras palabras esto es lo que dice el propio Hegler al referirse a la justificación: " El carácter socialmente lesivo desaparece, cuando el comportamiento afecta ciertos intereses, pero tal lesión, sin embargo, no se considera como lesión de los intereses de la sociedad organizada en el Estado, en razón de que se ponen de manifiesto otros intereses más importantes" (27). Es fácil comprobar que el propio Hegler no ofrece un criterio diferencial de ambas colisiones de intereses, la que fundamenta la mera exclusión de la pena y la que determina la exclusión de lo injusto. Para explicar estas diferencias sería necesario saber, ante todo, cuáles son las razones que permiten que una lesión no sea considerada como un daño, mientras que si se la considere como tal en otros casos. Mientras no se expliciten tales criterios continuaremos ante abstracciones muy generales que permiten toda clase de manipulaciones. El principio del "interés preponderante", al

no sólo Hegler ha conferido carácter justificante, es evidentemente ambiguo, pues permite explicar tanto la justificación como la inculpabilidad o la no-punibilidad. En todos estos casos, como hemos visto, hay un interés mayor en no sancionar que en hacerlo. Una solución que no aclare las diferencias entre un supuesto y otro carece en principio de viabilidad. Los criterios para identificar los intereses presentes en la cuestión de la justificación son sumamente vagos. Hegler dice en este sentido: que "en el principio del interés preponderante entran en consideración sencillamente intereses custodiados por el Estado u otros intereses generales" (28). La evidente falta de precisión de este fundamento despierta la sospecha de que difícilmente pueda lograrse por este camino una solución adecuada.

Si quisiera intentarse una solución recurriendo a una distinción basada en la dañosidad social del hecho no-punible y en ^{la} ausencia de daño social en los hechos justificados o disculpados, los resultados no serían mejores. Ante todo por que todo hecho disculpado, en tanto presupone la anti-juricidad, sería también socialmente dañoso, con lo que la distinción entre causas que excluyen la culpabilidad y excusas absolutorias se tornaría prácticamente imposible. Pero además por que la dañosidad social constituye un criterio igualmente etéreo y poco preciso (29) que mal podría resolver los problemas que estamos tratando.

Parece claro, entonces, que la influencia de la máxima "el error sobre la punibilidad no libera" gobierna íntegramente los problemas que se vinculan con la distinción de los presupuestos de la pena sobre los que el error es relevante y aquéllos que, por pertenecer a la punibilidad, no son objeto susceptible de un error relevante. Los desplazamientos de los elementos de una categoría a la otra o la extensión del concepto de delito a los elementos

de la punibilidad carecen en principio de resultados prácticos.

3. La inclusión de los elementos de la punibilidad en lo injusto o en la culpabilidad.

Las soluciones estudiadas hasta ahora —excluyendo probablemente la de v. Liszt— se han desarrollado sobre la idea de que el objeto del derecho penal material está constituido por una relación jurídica. El delito, de esta manera, es un presupuesto del surgimiento de una relación jurídica entre el Estado y su autor. En otras palabras un hecho condicionante del derecho del Estado a sancionar al autor (29).

Estas teorías se fundamentan en una determinada concepción de la acción procesal en la que, el derecho, como consecuencia de su lesión toma la forma de un derecho a la reparación jurídica (Windscheid).

El punto de partida de Sauer es precisamente el cuestionamiento de esta concepción básica y sobre todo de su idoneidad para dar satisfacción a los problemas que plantea la aplicación del derecho penal. En este sentido dice que "el pensamiento natural y correcto debe orientarse aquí al concepto de presupuestos y no al de derecho subjetivo del Estado o de la pretensión estatal dirigida a obtener la aplicación de una pena" (30). "Los presupuestos —continúa Sauer— o condiciones son aquellos conceptos llamados a dar una explicación de la esencia de un fenómeno. Y si el derecho penal se convierte en una disciplina autónoma a través del concepto de pena, la consecuencia metodológica necesaria, será que en lo sucesivo habrá que preguntarse por los presupuestos de la pena (31). De esta forma el sistema del derecho penal se proyectará a partir de sus propios puntos de vista o ideas fundamentales. La teoría de la relación jurídica no seguiría, según Sauer, el orden lógico correcto, pues la relación jurídica sería, en verdad, la consecuencia de la existencia de determinados hechos y circunstancias. Sólo si se prueban tales presupuestos surgirá una relación jurídica, pero no de otra manera.

Al unificar todos los presupuestos en una única categoría, la del delito, Sauer hubiera podido ir más lejos que Valenzi, dado que esto le habría permitido unificar también en una categoría todos los elementos que excluyen la pena por que "eliminan" alguno de los presupuestos.

Sin embargo, no es este el camino seguido por Sauer. Desde su punto de vista "hay dos pares de oposiciones que se caracterizan a través del pensamiento lógico como valor y objeto, por un lado, y como psíquico y físico, por el otro: antijuricidad y culpabilidad frente a comportamiento" (32). Y agrega luego: "No hay la menor justificación para un concepto que no raras veces se agrega a los elementos propios del delito, por razones de comodidad, como una categoría residual y que se denomina 'amenaza penal'. En él se acogen los más diversos elementos, inclusive los dos principales del delito: la antijuricidad y la culpabilidad, por lo que resulta una tarea poco pulcra agruparlos con éstos de una manera subordinada. Los elementos que se han incluido en esa categoría y que hasta ahora se consideran pertenecientes a ella deben incluirse en uno u otro de aquellos elementos del delito. Naturalmente es necesario concebir estos elementos con la suficiente generalidad, de forma tal que sea posible alcanzar aquellos otros restantes; las tradicionales nociones de antijuricidad y culpabilidad no son adecuadas para satisfacer tales aspiraciones" (33).

Para Sauer el tipo penal es "antijuricidad tipificada". Como veremos luego, esta opinión fue modificada más tarde. Para la antijuricidad es esencial que el comportamiento resulte ser "según su tendencia general más útil que nocivo" para el Estado y sus miembros (34). Por ello, una tipificación de la dañosidad social puede requerir también la inclusión de las condiciones exteriores de la punibilidad. De esta manera es posible construir un tipo penal

que contenga elementos determinantes de la peligrosidad del hecho, que, sin embargo, no necesitan ser alcanzados por la culpabilidad (por el dolo) (35). Este tipo penal no sería ya el tipo penal del § 59 de Código Penal alemán, es decir un tipo penal orientado a las necesidades de la culpabilidad, sino regido por las necesidades de la antijuricidad.

Es innecesario repetir aquí que mediante esta reformulación de los conceptos de antijuricidad y culpabilidad no se extinguen los problemas que estamos investigando: la cuestión de qué elementos deben ser alcanzados por la culpabilidad y cuáles no se superará incluyendo ciertos elementos en el tipo penal y desconectándolo a la vez de la culpabilidad para limitar la eficacia del error en supuestos determinados. Manteniendo esta limitación de la eficacia del error a un grupo de elementos y negándola para otros, es indiferente incorporar esos elementos a un tipo (regido por las necesidades de la antijuricidad) o excluirlos de otro tipo (adecuado a las necesidades de la culpabilidad).

Original, en otro orden de ideas, resulta la relación que Sauer postula con respecto a las relaciones entre las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad. En este ámbito aplica el punto de vista general según el cual los elementos negativos del delito se corresponden con otros positivos. Las excusas absolutorias serían, de acuerdo con ello, elementos negativos que se contraponen a un elemento positivo representado por las condiciones objetivas de punibilidad: "positivamente están las condiciones objetivas de punibilidad, como p. ejemplo la cesación de pagos y la apertura del concurso en el caso de los §§ 239 y siguientes de la Ordenanza de Quiebras (KO); negativamente las excusas absolutorias, p.ejemplo la calidad de diputado, en el caso del § 11 del Código Penal..." (36).

Pero en este punto Sauer es evidentemente contradictorio. Desde su punto de vista las excusas absolutorias pertenecen a la categoría de la inculpabilidad. Si esto es así, la relación entre condiciones objetivas de punibilidad, que pertenecerían a la antijuricidad tipificada, y las excusas absolutorias es falsa. En efecto, si la cesación de pagos en los delitos de quiebra es un elemento de la antijuricidad tipificada su contrapartida debe estar también en el nivel de la antijuricidad y no en el de la inculpabilidad, como ocurriría de ser cierto lo postulado por Sauer: la antijuricidad tipificada no podría ser negada por una causa de inculpabilidad.

Sauer volvió sobre el tema de las circunstancias que pertenecen a la antijuricidad y que sin embargo no estarían alcanzadas por la culpabilidad en 1954, en el libro de homenaje a Mezger (37). Aquí modificó su concepto del tipo penal como antijuricidad tipificada y lo definió, tal vez con mayor acierto, como "punibilidad tipificada" (38). "Al tipo penal pertenece, en sentido amplio, todo aquello que el legislador entiende como peligroso o dañoso para el Estado y la sociedad, por lo que le conecta una pena, siempre y cuando a aquello se conecte la culpabilidad" (38). De este tipo penal es preciso distinguir un tipo penal en sentido estricto, es decir aquél que sólo comprende los elementos del dolo. Nuevamente surge el problema de delimitar los elementos de uno y otro tipo penal y la sospecha de que estas clasificaciones tienen una alta dosis de arbitrariedad.

En esta misma línea puede considerarse el pensamiento de Mezger. Sin embargo sus opiniones no han sido siempre coincidentes en el Lehrbuch (39), en el Studienbuch (40) y en el Leipziger Kommentar, 8a. edición (41).

En el Lehrbuch no encontramos un tratamiento específico del tema. Sólo ocasionalmente, al referirse al concepto de relaciones personales en el ámbito de la participación afirma que "las llamadas excusas absolutorias por regla general son causas de inculpabilidad" (42). Asimismo cuando se refiere a las excusas absolutorias sobrevinientes (Strafaufhebungsgründe), señala que éstas no son otra cosa que causas que excluyen lo injusto o la culpabilidad(43). Verdaderamente problemático es en esta afirmación la posibilidad de exclusión de un injusto o una culpabilidad, que ya han quedado fijos en el momento del hecho, como consecuencia de hechos o circunstancias sobrevinientes. Mezger no explica el tema con más detalles.

Su posición resulta mucho más clara en la 8a. edición del Leipziger Kommentar donde afirma: "Podemos hablar de excusas absolutorias sólo allí donde lo injusto y la culpabilidad no han sido excluidos"... siempre son de naturaleza personal; para su interpretación rigen las reglas generales por lo cual la analogía resulta admisible" (44). De inmediato se comprueba que ahora Mezger sigue una posición totalmente contraria de la que —sin mayores fundamentos— había formulado en el Lehrbuch. Sus presupuestos teórico-jurídicos han determinado que abandone la idea de inclusión en lo injusto y la culpabilidad de los elementos que suelen asignarse a la punibilidad. Sin embargo en vano se buscarán los presupuestos de esta naturaleza que habrían determinado el cambio de parecer.

También en los efectos prácticos de las excusas absolutorias re-
 muneña Mezger en el Leipziger Kommentar a la posición sostenida en el Lehrbuch. "El efecto práctico —afirma— de las excusas absolutorias se manifiesta en que las disposiciones relativas a la participación se aplican invariablemente a 'acciones punibles' impuras (straflose 'strafbaren Handlungen') por razones per-

sonales... y en que el error del autor sobre la no punibilidad es indiferente en ambos sentidos" (45). Por lo tanto, es claro que Mezger —posiblemente por la naturaleza de la obra en la expuso estos puntos de vista— se expresó aquí en el sentido más clásico de las distinciones de lo injusto-culpable y la punibilidad.

La posición "ortodoxa" de Mezger no se mantuvo, sin embargo, en su Studienbuch (46). Mezger dirigió aquí una crítica a la "naturaleza personal" de las excusas absolutorias. Dice en este sentido: "Junto a las causas de justificación y a las de inculpabilidad la jurisprudencia y la bibliografía reconocen también excusas absolutorias. La idea expresada por ellas deja mucho que desear en materia de claridad: la cuestión de si un fundamento de exclusión de la pena es 'personal' o si, por el contrario, opera objetivamente es totalmente diversa del problema de si la pena desaparece por faltar la antijuricidad del hecho o la culpabilidad del autor. La antijuricidad es ante todo objetiva, es decir, no sólo un elemento 'personalmente' determinado; sin embargo, puede haber también causas de justificación 'personales' y no sólo de efectos 'personales', cuando, p.e., la justificación en el supuesto de la defensa necesaria depende de la intención personal de defenderse. Las causas de inculpabilidad, por el contrario, se refieren ya desde el principio al reproche 'personal' contra el autor y por lo tanto tiene ya poco sentido distinguir de ellas especiales excusas personales absolutorias" (47). Pero, hecha esta aclaración, Mezger retorna básicamente a la posición del Lehrbuch sin sacar otras consecuencias.

Con respecto a sus opiniones anteriores dice Mezger: "En anteriores exposiciones del tema se han reconocido causas especiales de exclusión de lo injusto y causas especiales de exclusión de la culpabilidad que impiden la existencia de un hecho punible. Dado que a los elementos del hecho pu-

nible, la antijuricidad y la culpabilidad, debe agregarse que el hecho está amenazado con pena, hay también especiales excusas absolutorias que eliminan la existencia del hecho punible y que no sólo eximen de pena a un hecho punible ya existente" (48). Ejemplo de estas excusas absolutorias son el hurto y la defraudación no punible por haber sido cometido contra parientes o por esposos entre sí.

Como puede verse, Mezger no llegó a tener una posición clara. Su crítica a la llamada naturaleza "personal" de una determinada eximente es, de todos modos, muy aprovechable. En lo demás conspira contra la claridad de su posición, la modificación a que Mezger sometió sus puntos de vista sobre el elemento "amenazado con pena". En su Lehrbuch había rechazado esta noción como componente del concepto de delito por tratarse, a su juicio, de una "repetición inadmisibles de lo definido en la definición misma" (49). Más tarde, en su Studienbuch sostuvo que "la esencia del hecho punible sólo puede agotarse y precisarse mediante una referencia a su consecuencia jurídica, es decir, a la pena" (50). Es evidente que en su Lehrbuch, Mezger no tenía la posibilidad de incluir excusas absolutorias que estuvieran fuera de lo injusto y la culpabilidad. Los casos que, de todas formas, requerían una solución que no podía darse vinculándolos al injusto y a la culpabilidad fueron resueltos como "límites personales de la validez de la ley penal" (51). Con la introducción de un criterio más amplio, estos supuestos podían ser resueltos ya en el ámbito de lo injusto y la culpabilidad.

Mezger es uno de los pocos autores, por no decir el único, que trata de explicar desde el punto de vista correcto el problema de la irrelevancia del error sobre la punibilidad. Si bien su aporte en el ámbito de la mera construcción dogmática de la punibilidad no fue especialmente sig-

nificativo, su tratamiento de este tema es, por lo menos, sugerente.

Mezger consideró que el principio de culpabilidad requiere el conocimiento de la punibilidad de la acción: "Si el derecho vigente tomara en serio el principio de culpabilidad, tendría que requerir la conciencia de la punibilidad de la acción como elemento del dolo. En verdad, sólo aquél que ha captado el significado de la acción en su totalidad, obra dolosamente; ello ocurre cuando el autor sabe qué significación se le atribuye a su acción por el orden jurídico, en relación a su penalidad. El fino sentido de un Feuerbach extrajo esta conclusión. Sin embargo, es seguro que el derecho vigente no adoptó este punto de vista: el parágrafo 59, 1 del Código penal exige respecto del dolo el conocimiento de los presupuestos del delito, pero no el conocimiento de las consecuencias del mismo. Por este motivo es que -de lege lata- se rechaza en general la conciencia de la punibilidad de la acción como requisito del dolo" (52).

Especialmente obscuro resulta en este contexto saber que se entiende por argumentar "de lege lata", pues parece claro que desde tal punto de vista Mezger hubiera tenido también que declarar la irrelevancia de la conciencia de la antijuricidad, ya que el parágrafo 59, 1 nada dice a este respecto. El propio Mezger admite: "El autor tiene que haber sabido de la antijuricidad de su acción para que su obrar sea doloso. Esto no surge, de todos modos, directamente del parágrafo 59, 1 del Código penal, ya que en él sólo se requiere el conocimiento del 'tipo legal', es decir, de las circunstancias que pertenecen al mismo, o dicho de otra manera, de los elementos del tipo, y precisamente la antijuricidad no es un elemento del tipo, ni siquiera allí donde el elemento 'antijurídicamente', u otro similar, está recogido en el tipo del delito. Pero, por lo menos, sería tan equivocado ésto, como deducir

del párrafo 59, 1 del Código penal que el conocimiento de la antijuricidad de la acción no pertenece al dolo" (53).

La inconsistencia de la argumentación con la que Mezger procura quitar relevancia al conocimiento de la punibilidad es transparente: de la sola lectura del párrafo 59, 1 del Código penal alemán de 1871 puede concluirse que éste nada decía con respecto a la antijuricidad y que, en realidad, se refiere al error que recae sobre circunstancias que modifican la punibilidad. Sólo con una interpretación estrechamente vinculada a la clásica concepción de Binding era posible entender la referencia del texto legal a la punibilidad como una simple mención de la antijuricidad, o bien, —como lo hace Mezger— como una expresión del silencio de la ley respecto de la antijuricidad y de la punibilidad. Ya Kolrauch había afirmado que "nada impide requerir, junto al dolo del delito en sentido propio, el conocimiento de su consecuencia jurídica, si la concepción básica del Derecho penal lo reclamara" (54). Pero es evidente —como ya lo hemos hecho notar en la Introducción metodológica— que la concepción básica del Derecho penal es un axioma sin el cual la tarea dogmática no sería posible.

En conclusión, puede afirmarse que tampoco desde el punto de vista del derecho positivo que sirvió de base a las teorías que estamos analizando, ^{se} puede fundamentar sin más la irrelevancia del error sobre los elementos de la punibilidad, lo que pone que la distinción entre "injusto-culpable" y punibilidad no está impuesta por el derecho positivo.

También Arthur Kaufmann ha procurado dar una explicación que integre las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias centro de lo injusto. En la medida en que presupone como justificado el axioma

que quita relevancia al error sobre la punibilidad, se encuentra con la falta de coincidencia entre la culpabilidad y el contenido de lo injusto que ya hemos señalado en los autores anteriormente tratados.

A su juicio, sin embargo, no es demostrable porqué razón la culpabilidad no debería extenderse a los elementos de una contrariedad elevada del orden jurídico (55).

De esa manera, le es posible admitir la existencia de "elementos de lo injusto indiferentes respecto de la culpabilidad" (56).

Es evidente, que el punto de vista de Arthur Kaufmann no aporta ninguna solución y que, en realidad, todo su planteo para explicar el principio de culpabilidad, adolece de una marcada debilidad. Un análisis correcto, debería haber comenzado por la cuestión de los límites, respecto de la punibilidad y su conocimiento, que la teoría dominante impone al principio de culpabilidad sin mayores fundamentaciones.

El presente Capítulo permite llegar a las siguientes conclusiones:

I. Ha quedado demostrado que la mera redefinición de las categorías del delito, con el fin de ampliar su contenido para dar cabida a los elementos asignados tradicionalmente a la punibilidad, no es sino una solución aparente.

II. Los problemas referentes a la distinción entre elementos que deben ser alcanzados por el dolo y elementos que operan objetivamente, se mantienen en la medida en que no se renuncia al axioma según el cual, el error sobre la punibilidad carece de relevancia.

III. El desarrollo dogmático de los problemas que son objeto de esta investigación no ha sufrido perjuicios ni beneficios con la transformación de los elementos de la punibilidad en elementos de lo injusto o, eventualmente, de la culpabilidad.

IV. La trascendencia práctica de la discusión sobre si ciertos elementos deben pertenecer a lo injusto o a la punibilidad, es decididamente insignificante mientras se mantenga la máxima que considera irrelevante el error sobre la punibilidad. En otras palabras, la inclusión en lo injusto de elementos respecto de los cuales la culpabilidad es indiferente, no trasciende del nivel meramente terminológico del problema.

NOTAS AL CAPITULO CUARTO

- (1) Die Lehre vom Verbrechen, 1906, pág. 57.
- (2) *ib. idem.*, pág. 58
- (3) *ib. idem.*, pág. 58.
- (4) *ib. idem.* pág. 117.
- (5) *ib. idem.* pág. 119.
- (6) *ib. idem.* ,pág. 119.
- (7) *ib. idem.* ,pág. 51 y stes.
- (8) *ib. idem.*, pág. 51; confr. también pág. 54.
- (9) *ib. idem.*,pág. 58.
- (10) *ib. idem.* pág. 179.
- (11) *ib. idem.* pág. 59.
- (12) *ib. idem.*,pág. 59.
- (13) *ib. idem.*, pág. 60.
- (14) *ib. idem.*, pág. 60.
- (15) *ib. idem.*, pág. 61.
- (16) *ib. idem.*, pág. 117.
- (17) Strafrecht, ein Lehrbuch, 3a. ed. 1949, pág. 91 y stes.
- (18) Die Lehre vom Verbrechen, pág. 65.
- (19) Confr. Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908.
- (20) Strafbarkeitsbedingungen, en Fest. f. Frank, 1930, II, pág. 1 y stes.
- (21) *ib. idem.* pág. 15.
- (22) *ib. idem.*,pág. 14.
- (23) *ib. idem.*,pág. 16.

- (24) Rittler, loc.cit., pág. 18; Hegler, en ZStW, 36, pág. 223 y stes.
- (25) Rittler, loc.cit. pág. 18.
- (26) Hegler, loc.cit.
- (27) Hegler, loc.cit.
- (28) Loc.cit.
- (29) Confr. Nauoke, Zur Lehre vom strafbaren Betrug, 1964, pág. 28 y stes.; 34 y stes.
- (29a) Confr. en detalle, Baumbarten, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1913, pág. 1/58.
- (30) Grundlagen des Strafrecht, 1921, pág. 35.
- (31) ib. idem.
- (32) Confr. Allgemeine Strafrechtslehre, 1955, 3a. ed., pág. 22 y stes.
- (33) Grundlagen, pág. 215; confr. Allgemeine Strafrechtslehre, pág. 56 y stes.
- (34) Allg. Strafrechtslehre, pág. 56.
- (35) Allg. Strafrechtslehre, pág. 71 y stes.
- (36) Grundlagen, pág. 215.
- (37) Fest. f. Mezger, 1954, pág. 117 y stes.
- (38) Fest. f. Mezger, pág. 119.
- (39) Strafrecht, ein Lehrbuch, 3a. ed. 1949.
- (40) Strafrecht I, Allg. Teil, 5a. ed. 1954.
- (41) Leipziger Kommentar, Mezger-Nagler-Jagusch-Schaefer-Werner, 8a. ed. 1957/58.
- (42) Lehrbuch, pág. 454
- (43) ib. idem.
- (44) LK, § 59.
- (45) ib. idem.
- (46) Sin variantes en Mezger-Blei, Strafrecht I, 12. ed. 1967, págs. 117, 191 y 333.

- (47) Mezger-Blei, pág. 117.
- (48) *ib.idem.*
- (49) Lehrbuch, pág. 90, nota 5.
- (50) Mezger-Blei, pág. 45 y *stes.*
- (51) Lehrbuch, pág. 73.
- (52) Lehrbuch, pág. 330.
- (53) Lehrbuch, pág. 331.
- (54) Irrtum und Schuld im Strafrecht, 1903, pág 38; *confr.* también pág.23 y *stes.*
- (55) Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 1961, pág. 243: " La negación de la existencia de condiciones objetivas de punibilidad es un doctrinarismo".
- (56) Arthur Kaufmann, *loc.oit.* pág. 251.

CAPITULO QUINTO

Propuesta de una solución y conclusiones

- 1. Replanteo del problema.**
- 2. La conciencia de la punibilidad como presupuesto de la punibilidad.**
- 3. El fundamento de la limitación de la participación**
- 4. Consideraciones finales.**

204

1. Replanteo del problema.

En los respectivos capítulos hemos resumido los resultados parciales que se han ido alcanzando en el curso de esta investigación. Ahora no es necesario presentarlos una vez más. Es conveniente, sin embargo, hacer una consideración global de las conclusiones a que se ha arribado. Ello puede cumplir con la función propia de una síntesis general.

De esta manera es posible comprobar que el sistema dogmático actual define elementos "positivos" del concepto de delito y que a partir de allí procura clasificar las circunstancias contenidas en la ley como eximentes de pena en relación a uno de aquellos elementos positivos. Estas circunstancias eximentes asumirían el rol de elementos "negativos" de los primeros.

La pertenencia de estos elementos negativos a una categoría "positiva" determina su jerarquía y de ésta se derivan, a su vez, los límites de su efecto excluyente de pena y además la relevancia de la suposición errónea de sus presupuestos.

Los criterios que permiten establecer la pertenencia de un elemento negativo a una categoría positiva del delito (antijuricidad, culpabilidad, punibilidad) permanecen en la mayor obscuridad. Con frecuencia hemos visto que esos criterios no logran trazar líneas divisorias precisas y que además no obstaculizan, prácticamente, ninguna correspondencia: p.ej. el mayor valor de bien que se salva respecto del que se sacrifica podría ser un criterio sólo excluyente de la punibilidad que para nada afectara a la antijuricidad, así como la ^{reprobabilidad} podría ser el denominador común de las causas de justificación y de las de inculpabilidad, como lo quería Beling (1).

El análisis de este aspecto de la problemática, que podríamos llamar la cuestión del "criterio de pertenencia", muestra un ángulo a mi juicio nuevo de la teoría del delito, así como la considerable debilidad de los cri-

terios que se han utilizado hasta el presente. No parece exagerado afirmar que la elasticidad de los mismos permite prácticamente cualquier conclusión.

Es cierto que en la actualidad hay una considerable uniformidad de pareceres respecto a las "pertenencias" —cosa que tal vez no pueda ya afirmarse de los "criterios de pertenencias"—, pero ello no debe sobrevalorarse: se trata de una afirmación empírica, que nos dice sobre qué están de acuerdo los juristas del derecho penal. Pero de la existencia del acuerdo no puede derivarse la corrección de la fundamentación. Inclusive si se participa de la teoría de la verdad como consenso (1a) sería preciso todavía aclarar si las condiciones del consenso, que lo legitiman como tal, se han dado en las discusiones previas que han llevado a uniformar los puntos de vista clasificatorios de las circunstancias y fundamentos que excluyen, en general, la pena (causas de justificación, de inculpabilidad, excusas absolutorias).

El fracaso y las contradicciones contenidas en los intentos de soluciones que hemos analizado hasta ahora, nos pone frente a una cuestión última: ¿tiene sentido continuar con nuevos intentos de explicación a este problema? ¿no sería más correcto cambiar de problema? Dicho en otras palabras: ¿deberíamos insistir en la creación de nuevos "criterios de pertenencia" o, por el contrario deberíamos plantearnos otro problema: dar respuesta a la necesidad de las consecuencias que se ligan a las distintas formulaciones conceptuales, pero desde otros puntos de vista.

En las ciencias es frecuente que un problema sea "solucionado" cambiándose por otro problema. Para decirlo con palabras de Ralph Dahrendorf (2): "Nos fregamos los ojos y descubrimos que no solucionaremos el problema que anoche nos impidió dormir, sólo por que nos apliquemos a ello más y

mejor, sino de una manera diversa: ocupándonos de otro problema que parece más importante, y que quizás lo es, pero que, de cualquier manera, nos permite avanzar". Se trata de un pensamiento indiscutiblemente inspirado en Popper.

Si partiendo de esta actitud queremos ahora caracterizar la situación de la ciencia jurídico-penal actual, podríamos afirmar que ya no se trata de lograr soluciones dentro de un sistema, sino de saber por qué los sistemas posibles son como son.

Si esta es la cuestión fundamental, en referencia a nuestro tema hay dos preguntas que aparecen como básicas:

1. ¿Es correcto aplicar una pena a alguien que supuso erróneamente que su hecho no era punible?

2. ¿En qué se funda el efecto personal o general de una causa que excluye la punibilidad (en general)?

Am bas cuestiones no pueden responderse aquí en forma definitiva ni tampoco exhaustiva. Sólo podremos señalar un camino posible para nuevas investigaciones. En ello reside también la modestia de nuestra propuesta.

208

2. La conciencia de la punibilidad como
presupuesto de la punibilidad.

Si queremos formular el primero de los interrogantes de una manera positiva habrá que preguntarse por la relevancia de la conciencia de la punibilidad entre las condiciones que deben cumplirse para la legitimación de la sanción de un hecho determinado.

Como hemos visto en el curso de la investigación esta problemática tiene que ver con el origen histórico de las formulaciones hoy dominantes del principio de culpabilidad. Estas están dominadas por la idea —que hoy ya ni se menciona— de que tomar en cuenta la motivación del ser humano por el temor a la amenaza de la pena, como fundamento de la responsabilidad penal, sería lesivo de la dignidad de la persona o de su "honor y libertad". Si la conclusión a la que se llega, demuestra que tal lesión no existe, quienes sostienen que la pena se fundamenta en la culpabilidad no estarían por ello obligados a abandonar su fundamentación, sino simplemente a redefinir el principio de culpabilidad. Se trata, en todo caso, de la remoción de un obstáculo más tradicional que conceptual.

Resuelto este problema, habría que analizar las razones que fundamentarían la exigencia de la conciencia de la punibilidad entre los presupuestos de la pena.

Luego de ello será necesario analizar si existen razones de prevención que hicieran inviable la admisión de la conciencia de la punibilidad entre los presupuestos de la pena.

Finalmente, debemos hacernos cargo de los problemas de la practicabilidad de una solución que acepte la conciencia de la punibilidad como presupuesto de la pena.

1. Dignidad humana y motivación por la amenaza penal. (Teorías absolutas y conciencia de la punibilidad).

Como hemos visto, el problema de la amenaza de la pena y la motivación del autor del delito fué vinculado con la dignidad del ser humano dentro del marco del idealismo alemán. Por lo menos esto es así entre los representantes más significativos del idealismo alemán, en lo que se refiere a la teoría de la pena. De hecho la unidad no fué total en lo que se refiere a este problema. Fichte, por ejemplo, no compartía los puntos de vista de Kant y de Hegel (3). Tampoco Krause, cuya influencia en España ya ^{ha} sido señalada, siguió los puntos de vista de Kant y de Hegel (4). Pero lo que aquí interesa, en razón del objeto de nuestra investigación, es que la línea que se impuso en la ciencia penal fue la de Kant y Hegel y que es esta línea ^{la que} de una u otra forma, ha estado presente en las construcciones teóricas que respaldan la teoría del delito actual (5). (6).

Kant sostuvo que "deber es necesidad de una acción por respeto a la ley" (7). Y agregaba que "todo otro precepto fundado en principios de la mera experiencia e inclusive un precepto general, en tanto se apoye en razones empíricas, por insignificante que este apoyo sea, y aunque quizás sólo sea un motivo, podrá ser una regla práctica, pero nunca una regla moral" (8). De ambos párrafos —que resumen la ética kantiana en lo que aquí interesa— surge con claridad que sólo la conciencia del deber (podría agregarse la conciencia pura del deber) determina la moralidad del comportamiento: en ese supuesto el hombre actúa como "ser racional" (9). La motivación por una amenaza, hubiera sido, en este contexto, moralmente carente de valor. Una motivación que provenga de la coacción, y no de la conciencia del deber, podría tener sentido práctico (por obedecer a una regla práctica), pero no moral. Amen-

za y motivación por la amenaza son, por lo tanto, conceptos ajenos a la moral (y por ello también al derecho). La circunstancia de que estos conceptos pertenezcan a la ética y no al derecho, no impidió, en su tiempo, que se constituyeran en la base de las construcciones jurídicas. En primer lugar por el indudable paralelismo de ambas disciplinas, sobre todo hasta la aparición del positivismo. Pero, en segundo lugar, por que la separación de la moral y el derecho, en el marco concreto del derecho penal y en el contexto histórico que la estamos analizando, parecería no haberse referido tanto a estos aspectos, como a la justificación del Estado que opta, por razones prácticas (en el sentido de Kant), por prescindir de la pena en casos que, de todos modos, son infracciones de la moral. La separación de moral y derecho, reclamada por los positivistas más tarde se operó en la llamada "discontinuidad" del orden jurídico-penal frente a la -podríamos decir- "continuidad" del orden ético: no todo comportamiento éticamente reprochable debe ser penado por el Estado. La sospecha de que esa separación no avanzó hasta depurar de contenido ético a los conceptos teórico-jurídicos de la dogmática penal ya ha sido expuesta más arriba (10).

En el ámbito estrictamente penal -como se vio también- fue Hegel el que desarrolló las consecuencias ya expuestas por Kant. Es conveniente recordar las palabras de Hegel para una mejor comprensión de su pensamiento: "Si el delito y su anulación, lo que se definió como pena, se considera como un mal, parecerá posiblemente irracional, querer un mal simplemente por que ya existe otro mal (11). Este carácter superficial de un mal es presupuesto como lo primero en las diversas teorías de la pena, de la intimidación, amenaza, mejoramiento etc.; y lo que de allí resulta se define con la misma superficialidad como un bien. Pero, sin embargo, no se trata ni de un mal ni

ni de un bien, sino de lo injusto (Unrecht) y la justicia (Rechtigkeit). Aquellos puntos de vista superficiales dejan de lado una consideración objetiva de la justicia, que es el primer y más sustancial punto de vista en lo referente al delito, y se sigue por sí mismo, que el punto de vista moral, la parte subjetiva del delito, se convierte en esencial, mezclada con triviales representaciones psicológicas del efecto y la fuerza de los impulsos sensoriales contra la razón, de la coacción psicológica y del efecto en la representación (como si ésta sin la libertad no se redujera a algo sólo causal). Los distintos puntos de vista que pertenecen a la pena como fenómeno y su relación con la conciencia individual, así como las consecuencias sobre la representación (intimidación, mejoramiento, etc.), en su lugar, y ciertamente sólo en relación a las modalidades de la pena, son probablemente de consideración esencial, pero presuponen la fundamentación de que sancionar es en sí justo. En esta discusión sólo se trata de que el delito, y no ya como producción de un mal, sino como lesión del derecho como tal, debe anularse, es decir, que debe anularse aquello que da al delito su existencia; esa lesión es el verdadero mal que hay que eliminar y aquello en lo que ella consiste es el punto fundamental" (12).

En el largo párrafo transcrito está claro lo que Hegel piensa. Pero, en una nota al § 99 al referirse a la teoría de Feuerbach de la coacción psicológica su punto de vista resulta todavía más explícito: "La teoría de Feuerbach -dice- fundamenta la pena en la amenaza y sostiene que si alguien ha cometido un delito, la pena se aplicará por que con anterioridad dicha amenaza fué conocida por el delincuente; cómo debe juzgarse esto en relación con la amenaza? La teoría analizada presupone que el hombre no es libre y quiere coaccionarlo mediante la amenaza de un mal. Sin embargo, el derecho

y la justicia tienen su lugar en la libertad y en la voluntad y no en la carencia de libertad, hacia la que se dirige la amenaza. Con esta fundamentación de la pena, que es similar a la amenaza que se hace a un perro con un bastón, el hombre resulta tratado como un perro y ello no corresponde a su honor y libertad " (13).

El primer punto cuestionable de la argumentación de Hegel es el de referir necesariamente las exigencias del derecho penal a las de la ética. Cualquiera haya sido la justificación que esta vinculación necesaria haya tenido en el contexto histórico en el que se la formuló, lo cierto es que no forma parte de la ideología básica del Derecho penal actual.

Para decirlo con palabras hoy muy repetidas: "La tarea del Derecho penal es proteger los valores elementales de la vida en común" (14). Si este es el punto de partida, es preciso establecer de inmediato cuáles son los valores elementales de la vida en común. En una sociedad pluralista se parte de la base de que el catálogo de esos valores puede ser muy diverso para los distintos grupos de personas que la integran. Tal vez esto haya sido distinto en la época de Hegel, o quizá no se haya tenido conciencia de un fenómeno semejante. En aquellos tiempos, no habían tenido lugar todavía los estudios sociológicos que hoy tienen por objeto los problemas referentes a la selectividad de las normas jurídicas. Estos conocimientos ya han alcanzado el ámbito de la dogmática penal (15) y nos permiten afirmar que para establecer la calidad de criminal de un comportamiento es preciso tomar en cuenta aquello que la sociedad, por medio de sus órganos de control social define como tal (16).

Bajo estas condiciones no parece sostenible afirmar que la pena

deba aplicarse sin tener en consideración el conocimiento de la amenaza penal porque de esta manera se respetaría al hombre en su "honor y libertad". En realidad, proceder de esa manera implicaría, más que respeto, lesión de la dignidad humana, ya que no sería sino obligar al ciudadano a convertir íntimamente aquello que el Estado considera como valores elementales de la vida en común. Sólo de esta manera, es decir, obligando al ciudadano a compartir íntimamente lo que el Estado piensa sobre los valores elementales de la vida común, podría justificarse un deber emergente del orden jurídico en forma "pura", o sea sin referirlo a la existencia de amenazas penales. Pero si además de la circunstancia de que tal obligación sería difícilmente compatible con los imperativos constitucionales que protegen la dignidad de la persona humana, se toma en cuenta que "la selección de comportamientos estigmatizados como desviados, tiene lugar en base a criterios poco claros, tanto como la selección de las personas a las que el comportamiento desviado convierte en objeto de una pena" (17), parece no quedar ningún punto de apoyo para sostener que el Derecho penal debe renunciar a considerar el conocimiento de la amenaza como presupuesto de la pena por respeto al honor y a la libertad de la persona. Sobre todo, cuando "el Derecho penal es cada vez menos claro" (18) y esa falta de claridad obedece muy probablemente a las razones sociológicas que quedan apuntadas.

En otras palabras, si se quiere respetar verdaderamente el honor y la libertad, es preciso que no se convierta en delincuente ya a quien se ha guiado por su intuición y ésta no ha coincidido con la del Estado. Al Estado no debería importarle si el cumplimiento del deber sólo se apoya en la conciencia del mismo o en la fuerza coactiva de una amenaza.

2. El significado del principio de legalidad respecto de la conciencia de la punibilidad. Si partimos de que el principio fundamental del derecho penal liberal es el de condicionar la pena al conocimiento de la significación social del hecho en la comunidad estatal (lo que naturalmente no agota el contenido principista del derecho penal liberal, sino que describe el punto de partida de su concepción de la responsabilidad penal), se concluirá sin esfuerzos que el principio de legalidad debe estar en la base del derecho penal. Tal afirmación podría demostrarse incluso en forma histórica, pero ello no es posible hacerlo en este lugar.

Desde sus primeras formulaciones hasta nuestros días el principio de legalidad ha sufrido constantes reducciones de su contenido. Aquí nos interesa referirnos a la reducción cada vez más notable de la prohibición de la analogía (19). Por el contrario queremos subrayar que el principio de legalidad no sólo es una garantía referente a la forma en que se aplicará la ley, entendiendo por tal la limitación de los poderes del tribunal a lo establecido en la ley penal ^{previamente al hecho.} El principio de legalidad es también una garantía para el ciudadano en tanto debe permitirle orientar sus acciones por medio de la ley. Este aspecto del principio de legalidad fue reconocido ya por Feuerbach, aunque al mismo tiempo neutralizado en sus efectos, pues Feuerbach sostuvo que el conocimiento de la amenaza debía presumirse.

En la actualidad el principio de legalidad resulta sensiblemente restringido en sus alcances pues se lo define, por muchos autores, a partir del principio de culpabilidad. De esta manera se adopta un determinado contenido del principio de culpabilidad como condicionante de la amplitud del principio de legalidad. Sin duda, es correcto afirmar que "dado que el reproche de culpabilidad se basa en una decisión falsa, consciente o incons-

ciente, de realizar lo injusto específico de un tipo penal, la consecuencia necesaria es que, en el momento de la decisión, el tipo ya tiene que haber existido".(20) Pero, como ya lo hemos apuntado, la definición del principio de legalidad proviene de la de otro principio, que a su vez requiere una definición y que puede tener un contenido más o menos amplio. Parafraseando palabras de Herzog, el principio de culpabilidad puede ser tomado más o menos en serio. Mientras Herzog (21) pensaba que tomarlo verdaderamente en serio implicaba requerir el conocimiento de la punibilidad, hoy sostiene Grünwald que "el punto de referencia del reproche de culpabilidad no es la ley penal, sino únicamente la prohibición de la acción correspondiente" (22) y que "nadie ve como presupuesto del reproche de culpabilidad que el agente haya sabido o podido saber que la prohibición provea además una amenaza penal" (23). En una posición intermedia se encuentra Stratenwerth, quien admite que la irrelevancia del conocimiento de la amenaza no es obvia ni mucho menos (24), aunque el autor ya tiene la posibilidad de comportarse de acuerdo con el orden jurídico "cuando conoce la norma de conducta como tal, independientemente de la amenaza penal" (25). Si bien Stratenwerth no requiere la conciencia de la punibilidad como presupuesto de la aplicación de una pena, considera que "su conocimiento, en ciertas circunstancias, proporciona la conciencia del rango especial de una norma, que éticosocialmente no sea directamente significativa, razón por la cual, influye por lo menos en la medida de la culpabilidad" (26).

El análisis de estos puntos de vista nos muestra que el camino seguido por Grünwald es falso: el principio de culpabilidad no es una entidad fija e inamovible. El principio de culpabilidad requiere un contenido que no expresa por sí mismo. A nuestro juicio el problema central no es el de independizar ambos principios, sino el de invertir la relación jerárquica entre

ellos. Lo erróneo de la posición de Sax está precisamente en ese punto: no es el principio de culpabilidad el que debe fundamentar el alcance del de legalidad, sino a la inversa. Será la culpabilidad la que recibirá su contenido del principio de legalidad: si éste se refiere —como nadie lo niega— a las consecuencias jurídicas, la culpabilidad debería tomar en cuenta la conciencia de la punibilidad.

También se revela como erróneo el criterio de Stratenwerth: si la conciencia de la punibilidad no es elemento de la culpabilidad mal puede influir en su medida. Pero además, si puede influir en su medida, esta influencia se debería ejercer no sólo cuando el autor ignore la punibilidad, sino también cuando suponga erróneamente la no-punibilidad.

No cabe duda de que la formulación de Mezger del problema que estamos discutiendo parece ser la más acertada. La circunstancia de ^{que} Mezger haya creído que el principio tenía una defectuosa o, por lo menos, restringida realización en el derecho positivo alemán de su época, no le quita fuerza de convicción. Pero, dado que Mezger no ha explicado sus fundamentos cabe entonces preguntarse por ellos.

En primer lugar podría darse una respuesta histórica: si la irrelevancia de la conciencia de la punibilidad se basó en la creencia de que referir la responsabilidad penal a ella importaba una lesión de la dignidad o del honor y la libertad de la persona, hemos ya visto que con igual legitimidad es posible sostener precisamente lo contrario. En principio nada justificaría una limitación tan significativa de los puntos de partida del derecho penal liberal, si el fundamento es el de Hegel.

En segundo lugar puede hacerse referencia al interés de la previ-

sibilidad de las consecuencias del comportamiento. Podría pensarse que el interés del que viola la ley sabiéndolo, pero creyendo que la consecuencia no será penal (criminal) sino de otra naturaleza, no merece protección. Dicho de otra manera: el que conscientemente viola la ley no tiene o no debería tener derecho para ampararse de la punibilidad por razón de su ignorancia. Igualmente no debería reconocérsele ningún beneficio si falsamente ha creído que su comportamiento anti-jurídico no sería punible por concurrir ciertas circunstancias que excluyen la pena. El Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG) sostuvo que "el significado del art. 103.2. GG (similar en su contenido a los arts. 9.3 y 25.2 de la Constitución española) no se agota en la prohibición de fundamentaciones de la pena en la analogía, en el derecho consuetudinario o en una aplicación retroactiva de la ley. El art. 103.2. GG requiere además que la punibilidad esté 'legalmente determinada'. El individuo no sólo debe saber desde el principio lo que está prohibido penalmente, sino también qué pena lo amenaza en el caso de una violación de la prohibición" (28).

Esta declaración demuestra que el interés de un ciudadano en conocer la pena que le amenaza está en principio protegida por la constitución. Tal reconocimiento parece aplicable también al derecho español, donde rigen reglas similares. Este reconocimiento, por otra parte, sólo tiene sentido si el conocimiento, o por lo menos su posibilidad, es un presupuesto de la aplicación de una pena. De lo contrario sería una protección superflua. ¿Para qué brindar protección a un interés constitucional si las leyes comunes podrían desconocerlo?

Todo esto parece claro. Sin embargo no es todavía la respuesta íntegra a la pregunta formulada. Debemos todavía explicar si el haber infrin-

gido la ley conscientemente, aunque sea imponiendo la no punibilidad criminal, sería una razón suficiente para limitar la protección constitucional. La respuesta a este interrogante exige analizar las relaciones de la conciencia de la punibilidad y la prevención.

3. Conciencia de la punibilidad y prevención. Si la prevención general se entiende como la acción inhibitoria ejercida por la amenaza penal, parece claro que la conciencia de la punibilidad sería el elemento necesario para la realización del efecto coactivo de la amenaza.

Sin embargo, la prevención general no se vería seguramente afectada si el Estado sancionara a pesar de no tenerse en cuenta la conciencia de la punibilidad: en la medida en que con la pena amenazada se procura la adecuación de los mecanismos de autocontrol del autor potencial, es evidente que esta finalidad puede alcanzarse también aplicando penas inclusive a quienes nada supieron de la amenaza. Este hecho, podría sostenerse, serviría para estimular los esfuerzos de los ciudadanos no sólo por no sufrir la pena, sino también por informarse activamente de los comportamientos prohibidos bajo amenaza penal.

Contra esta afirmación no podría invocarse que un Estado que procediera de esta manera provocaría gran confusión en los destinatarios del sistema penal. Si la prevención general se centra en operar sobre los mecanismos de control, no cabe duda de que este punto de vista es falso. La amenaza intimidada por sí misma y con independencia de otras circunstancias. Tanto es esto así, que puede sospecharse fundadamente que la limitación de la conciencia exigida como presupuesto de la pena al conocimiento de la anti-juricidad, implica de alguna manera lo que estamos afirmando.

Distinta es la cuestión desde el punto de vista de la prevención especial. ¿Tiene el Estado que aplicar sus medidas penales ya a quienes han obrado con desconocimiento de la amenaza o suponiendo que ella no sería aplicada por concurrir circunstancias que así lo establecen en la ley penal? ¿A partir de qué momento debe considerarse que el autor del hecho físico, antijurídico y culpable requiere la intervención del Estado con miras a la prevención especial? Si el orden jurídico sólo debe ser un orden exterior y sólo se consideran insoportables socialmente aquellas lesiones del mismo amenazadas con pena, la respuesta debería requerir la conciencia de la punibilidad como presupuesto de la sanción. Sólo se justificaría la intervención preventivo-especial del Estado frente a un autor que no sea capaz de reaccionar inhibiéndose ante la amenaza de una pena.

Contra esta tesis sólo pueden alegarse razones de prevención general y, eventualmente, prácticas.

Respecto de la primera cuestión, es decir, de las razones de prevención general, debe recordarse, ante todo, que se trata de una materia en la que sólo se manejan puras suposiciones: carecemos de conocimientos empíricos suficientemente seguros sobre el funcionamiento de los mecanismos de la prevención general. No se trata de exigir más seguridades respecto de estos conocimientos que las que pueden aportar los conocimientos empíricos en general. Pero el grado de lejanía con que suelen formularse las proposiciones referentes al funcionamiento de la prevención general, son de tal magnitud, que es prácticamente imposible otorgarle el carácter de un soporte empírico plausible.

Esto justifica que en el conflicto entre prevención general y prevención especial sea posible inclinarse por la prevención especial, co-

no fin de la pena de mayor jerarquía. Ciertamente, la prevención especial no está exenta totalmente de las reservas que hemos formulado respecto de la prevención general, pero evidentemente es menor la distancia que existe entre sus postulados y la posibilidad de verificación.

En lo que se refiere a las cuestiones prácticas que la tesis sostenida puede generar, es conveniente tratarlas por separado.

4. Conciencia de la punibilidad y problemas de la práctica penal (Reglas de decisión y problemas de prueba). En rigor, -si se siguen los criterios tradicionales- una investigación dedicada al Derecho penal material no debería ocuparse de estos problemas. En todo caso, con un criterio amplio podrían abarcarse las reglas de decisión, pero siempre quedaría fuera el problema procesal de la prueba. Sin embargo, la cuestión no es hoy tan segura como lo era quizá hace medio siglo. Por el contrario, una teoría que no resista la confrontación con su practicabilidad no parece aceptable en los tiempos que corren. En consecuencia, estos puntos también deben analizarse aquí aunque se lo haga de una manera sumaria.

En primer lugar, las reglas de decisión. Aquí el problema que se plantea no difiere en absoluto del referente a la conciencia de la antijuricidad y al error de prohibición. En lugar de tomarse en cuenta la conciencia de la antijuricidad, habrá que considerar la conciencia de la punibilidad. En este sentido, las reglas de la llamada "teoría estricta de la culpabilidad" podrían aplicarse al problema de la conciencia de la punibilidad y al error sobre ésta última. En consecuencia, sería suficiente para la aplicación de la pena que el autor haya obrado con la posibilidad de conocer la amenaza penal. La no-punibilidad dependería del error inevitable sobre la amenaza penal. El silencio que, por lo general, guardan los derechos positi-

vos con respecto a este problema es idéntico al que guardan sobre la cuestión de la conciencia de la antijuricidad. Lo que es dogmáticamente legítimo para esta última, no podría no serlo para la conciencia de la punibilidad.

En lo referente a las cuestiones de prueba se repite el mismo paralelismo: la prueba de la conciencia (potencial) de la antijuricidad no es más fácil que la prueba de la conciencia (potencial) de la punibilidad. Sería, sin embargo, importante aclarar, que la conciencia de la punibilidad —en la forma y a los fines con que aquí se la postula como relevante— no debe referirse a la magnitud de la punibilidad.

El error sobre la especie de pena amenazada o sobre la cantidad de la misma no tiene porqué ser relevante para la conciencia de la punibilidad, dado que la relevancia de ésta se fundamenta en razones de prevención especial. En otras palabras, el que a pesar de haber podido conocer la punibilidad, obra sin tomarla en consideración, cumple ya con las exigencias que legitiman la intervención preventivo-especial del Estado.

La importancia práctica de estos errores será, sin duda, reducida en el ámbito del Derecho penal "convencional", donde es difícil imaginar el error inevitable sobre la punibilidad de delitos como el homicidio, el hurto o la estafa. En este ámbito podrían alcanzar significación los errores consistentes en la suposición errónea de los presupuestos de las "excusas absolutorias" que las legislaciones suelen contemplar para los delitos contra la propiedad o el encubrimiento.

Distinta es, probablemente, la importancia que este tipo de errores puede tener en el Derecho penal especial. También este problema es paralelo al de la conciencia de la antijuricidad. La punibilidad en este campo puede no ser tan evidente como en el del Derecho penal convencional.

3. El fundamento de la limitación de la participación-

La cuestión de la participación y las excusas absolutorias tiene un planteo claro, que en general se ha derivado del papel asignado a la punibilidad como elemento del delito. Si se decide limitar la accesoriedad de tal modo que, el hecho principal sólo sea típico y antijurídico, mientras que cada uno de los partícipes concurre con su propia culpabilidad y punibilidad, no cabe duda que las excusas absolutorias tendrán un efecto individual (24). Si procedemos tradicionalmente, el problema práctico consistiría en saber qué clase de excepción tenemos a la vista: por ejemplo, si el estado de necesidad es considerado una excepción de la norma o de la punibilidad; si las inmunidades parlamentarias excluyen la antijuricidad o simplemente la punibilidad; de esta comprobación se deducirá sin más, cuál es el grado de extensión que corresponde a la exigente concreta.

Hasta aquí no habría otros problemas que los vinculados a la absoluta inseguridad de los criterios con que se determina la "naturaleza" de una exigente determinada. Pero en la actualidad, el problema se complica por la aparición de una sub-categoría: las excusas absolutorias objetivas (30). En estos casos, se postula, en base a "un cierto parentesco con las causas de justificación" (31), la extensión de los efectos de la impunidad a todos los partícipes en el hecho. De esta manera, las excusas absolutorias objetivas, constituyen también una excepción al régimen general de la llamada "accesoriedad limitada". Se trata de una excepción que no se apoya en ningún texto concreto. El criterio adoptado por Schmidhäuser es especialmente llamativo. Desde su punto de vista, estaríamos ante excusas absolutorias objetivas "allí donde la ley penal limita el hecho punible a partir de la edad de la víctima; ellas tienen la misma significación para todos, si son varios los que participan en el hecho" (32). El ejemplo que da Schmidhäuser es el del estupro: la edad de la víctima (según el texto del Código penal alemán)

sería una "mera" excusa absolutoria objetiva; el acceso carnal con una mujer honesta y no-madura, en general, sería constitutivo de lo injusto. De esta manera pierde toda significación práctica el error sobre la edad de la víctima, que con esta construcción ha dejado de ser un elemento del tipo (33) Como se ve, el fundamento difiere sustancialmente del de Maurach, que se basa en la relación con la justificación que tendrían las excusas absolutorias objetivas.

Sea que tomemos en cuenta el criterio de Maurach o el de Schmidhäuser, lo cierto es que las argumentaciones no resultan convincentes. Para Maurach la garantía de reciprocidad y la existencia de relaciones diplomáticas, en el caso de delitos cometidos contra Estados extranjeros, deberá considerarse como excusa absolutoria objetiva; los casos de extraterritorialidad, por el contrario, sólo constituyen una excusa absolutoria personal (34). La razón de la diferencia es difícilmente explicable.

En consecuencia, la teoría se enfrenta aquí no sólo con dificultades para determinar la categoría a la que pertenece cada eximente, sino que además, al crear excepciones, basadas en criterios poco claros, dentro de una categoría general carente de claridad, pone en tela de juicio el carácter científico de sus conclusiones. Además, de imponerse la idea de las excusas absolutorias objetivas se demostraría la existencia de posibilidades de manipulación prácticamente infinitas dentro del sistema dogmático del delito.

El argumento de Maurach, según el cual, las excusas absolutorias objetivas "representan la contrapartida de las condiciones objetivas de punibilidad" (35) es, en realidad, puramente aparente. Para demostrarlo alcanza con preguntarse cuál será la parte positiva de las excusas absolu-

torias personales. El camino tradicional, no se muestra, por lo tanto, como idóneo para resolver el problema planteado. La falta de criterios precisos para determinar la pertenencia de las eximentes a una de las categorías positivas, muestra aquí una especial crudeza, toda vez que invalida las conclusiones referentes a la accesoriadad de la participación. La aparición de las excusas absolutorias objetivas, por otra parte, muestra a su vez que el efecto personal o general de una eximente en la actualidad ha dejado de estar vinculado a la categoría misma de la eximente.

Sería sobrepasar los límites propios del objeto de esta investigación intentar la búsqueda de un fundamento del carácter personal o general de una eximente en el ámbito de la participación. Sólo nos importaba demostrar la insuficiencia del método tradicional y la poca consistencia de sus conclusiones.

4. Consideraciones finales

La investigación ha comenzado con una introducción metodológica, y quiere terminar volviendo al punto de partida. Parece posible sostener que, en verdad, la pertenencia de una circunstancia eximente de la pena a una categoría determinada (exclusión de lo injusto, de la culpabilidad o de la punibilidad), no está garantizada en la dogmática penal actual por procedimientos suficientemente estrictos.

El fundamento por el que se acepta el error o el carácter personal de una eximente resulta ser más una cuestión de derecho consuetudinario que otra cosa. Este punto de vista, sostenido por no pocos autores (36) encontrará fricciones con el principio de legalidad. No cabe duda de que, por lo menos en el caso de las limitaciones de la relevancia en el error y de la amplitud del papel de las excusas absolutorias en el ámbito de la participación, estamos ante un caso de aplicación del derecho consuetudinario contra el autor. De esta manera, el derecho consuetudinario carecería de fuerza legitimante. Escher estima que el derecho consuetudinario "será admisible siempre y cuando se trate de principios de responsabilidad que puedan desarrollarse como principios immanentes del orden jurídico" (lugar citado en la nota 36). La fuerza de convicción de este argumento es sumamente reducida, sobre todo si se admite la validez del principio "in dubio pro reo" en cuestiones de derecho. Tanto Stratenwerth (lugar citado en la nota 36) como Schreiber (37) sostienen la inaplicabilidad del derecho consuetudinario en perjuicio del autor. Este punto de vista es, a nuestro juicio, el único compatible con el principio de legalidad.

Si el derecho consuetudinario no es fundamento suficiente para sostener los diferentes efectos atribuidos, por lo general sin base legal

expresa, a las diferentes exigencias, las soluciones dogmáticas clásicas sobre este tema requieren una urgente revisión, que posiblemente afectará a más de un aspecto del sistema. A diferencia de lo que piensa Jescheck (38) la "notable estabilidad que habita en la dogmática" debería sacudirse para bien de la seguridad jurídica.

NOTAS

- (1) Belling, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, 1910, pág. 8, nota 2 (in fine)
- (1a) Habermas, en Jürgen Habermas-Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft o der Sozialtechnologie*, 1971, págs. 101 y ss.
- (2) *Die neue Freiheit*, 1980, pág. 26.
- (3) Confr. Johan Gottlieb Fichte, *Das System der Rechtslehre*, 1812, en *Ausgewählte politische Schriften*, ed. por Z. Batscha y R. Saage, 1977, págs. 316 y ss.
- (4) Bacigalupo, en *Strafrechtsvergleichung und Strafrechtsreform*, ed. por Hans Lüttger, 1979, págs. 115 y ss.; y *ZStW* 91 (1980), pág. y ss.
- (5) *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, citada según la edición de Karl Vorländer, Hamburg, 1974.
- (6) *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, ed. de Helmut Reichelt, Frankfurt, 1972.
- (7) *Loc. cit.* pág. 18
- (8) *Loc. cit.* pág. 5
- (9) *Loc. cit.* pág. 19
- (10) Confr. *supra* Capítulo III, 5.
- (11) Hegel cita aquí a Klein, *Grundsätze des peinlichen Rechts*, § 9 y ss.
- (12) *Loc. cit.* pág. 95/96.
- (13) *Loc. cit.* nota 1.
- (14) Welzel, *Lehrbuch*, pág. 1.
- (15) Confr. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, 1973; Stratenwerth, *Strafrecht, AT, I, 3a. ed.* 1981, Nos. 18 y ss.
- (16) Stratenwerth, *loc. cit.* No. 19.
- (17) Stratenwerth, *loc. cit.* No. 47.
- (18) Naucke, *Ueber Generalklauseln und Rechtsauswendung im Strafrecht*, 1973.
- (19) Confr. Sax, *Das Strafrechtliche Analogieverbot*, 1953; el mismo en *Bettmann-Nirpperdey-Scheuner, Handbuch der Grundrechte*, III, 2, pág. 909 y ss.; Schreiber, *Gesetz und Richter*, 1975; Gründwald, en *ZStW* 76 (1964) pág. 1 y ss.; Stratenwerth, *loc. cit.* No. 89.

- (20) Sax, Handbuch, pág. 999.
- (21) Lehrbuch, pág. 330.
- (22) Loc. cit., pág. 11.
- (23) Loc. cit., pág. 12.
- (24) Loc. cit., No. 557.
- (25) Loc. cit. No. 557.
- (26) Loc. cit. No. 558.
- (27) Confr. Bacigalupo, en Cuadernos de Política Criminal No. 6, pág. 3 y ss.
- (28) B Verf. G, 25, 1969, pág. 285.
- (29) Confr. Bockelmann, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, pág. 31 y ss.; Eloy, Die Bedeutung, pág. 336.
- (30) Confr. Schmidhäuser, Strafrecht, pág. 489 y s.; Maurach-Zipf, Strafrecht, AT, 1, 5a. ed. 1977, pág. 498; ídem. en la 4a. ed. de Maurach, pág. 420; Hirsch, en LK, 9a. ed. 1974, No. 191 previo al § 51; Jescheck, Lehrbuch.
- (31) Maurach, loc. cit., pág. 420.
- (32) Loc. cit. pág. 490.
- (33) Confr. Schmidhäuser, loc. cit. pág. 490, nota 9.
- (34) Loc. cit. pág. 420.
- (35) Loc. cit. pág. 420.
- (36) Confr. Jescheck, Lehrbuch, pág. 87; Bringewat, en ZStW 84 (1972), pág. 585 (593/594); Stratenwerth, loc. cit. No. 85; Schönke-Schröder-Eser, StGB, 19 ed. 1978, § 1, No. 18.
- (37) SK StGB, 2da. ed. 1977, § 1 No. 20.
- (38) Lehrbuch, pág. 156.

