

Maestros del Derecho Penal

Director: Gonzalo D. Fernández - Coordinador: Gustavo E. Aboso

Reinhard Frank

**SOBRE LA ESTRUCTURA
DEL CONCEPTO
DE CULPABILIDAD**



editorial
IB de **f**
Montevideo - Buenos Aires

REINHARD FRANK

Professor der Rechte in Tübingen

**SOBRE LA ESTRUCTURA
DEL CONCEPTO
DE CULPABILIDAD**

Reimpresión

editorial
IB de f
Montevideo - Buenos Aires

2002

Julio César Faira - Editor

Título original en alemán: *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, edición de Alfred Töpelmann, Giessen, 1907.

Traductores de la presente edición: Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, profesora de Alemán.

I.S.B.N.: 987-95572-9-8

Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 1

Dirigida por: Gonzalo D. Fernández, catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

Coordinada por: Gustavo Eduardo Aboso, profesor de Derecho Penal, Parte general, en las Universidades de Buenos Aires y de Belgrano, República Argentina.

En Montevideo, Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (CP 11.000), telefax: 916-5238

e-mail: bdef@netgate.com.uy

En Buenos Aires, R. Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (CPA C1431AAP), tel.: 4523-6225

Tucumán 1484, 10° "B" (CPA C1050AAD), telefax 4371-7510

e-mail: euros@ciudad.com.ar

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.

Impreso en la Argentina, en el mes de marzo de 2002 por:

Mae Tomas, Murgiondo 2160 (1440), Buenos Aires

Tel.: 4686 0106

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
--------------------	---

LA FUNDACIÓN DE LA TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

por GONZALO D. FERNÁNDEZ

I. La concepción psicológica de la culpa- bilidad	13
II. La irrupción del giro normativo	16
a) Los elementos de la culpabilidad ...	17
b) La reprochabilidad	19
III. Valoración de la obra	20

SOBRE LA ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

por REINHARD FRANK

.....	25
-------	----

BIBLIOGRAFÍA	69
--------------------	----

PRESENTACIÓN

La casa editorial nos ha confiado la honrosa tarea de dirigir esta nueva colección -la "Biblioteca de Derecho Penal"-, a través de la cual pretendemos acercarle al estudioso de las ciencias penales aquellas obras de significativo valor científico que, sin embargo, resultan de muy difícil acceso al lector o son escasamente conocidas, cuanto menos en nuestro ámbito regional.

Los juristas latinoamericanos sabemos, por cierto, de los muchos obstáculos existentes para obtener determinada bibliografía, a veces imprescindible para entender en forma cabal la evolución de las ideas penales, la cual -en cambio- está disponible en cualquier biblioteca universitaria europea. La endémica insuficiencia de nuestros fondos bibliográficos y de los propios presupuestos universitarios explican, entre otros factores, esa acusada carencia en el acceso a la literatura penal, sobre todo si se trata de trabajos monográficos y no de los manuales o libros de texto de uso corriente. Desde luego, nos guste o no, ello redundará en una situación de desventaja comparativa y, por desgracia, en un retraso inculcable de nuestra cultura jurídica.

El proyecto editorial que hoy emprendemos

implica, en consecuencia, ir al rescate de aquel patrimonio bibliográfico de escasa divulgación en nuestro medio académico, que comúnmente no se conoce de primera mano y a través de la posibilidad de una lectura directa, sino mediante citas o referencias fragmentarias, realizadas por algún comentarista de la obra en cuestión.

Con ese definido propósito intentaremos combinar la reedición de libros clásicos y modernos, encarando incluso las traducciones que sean necesarias para sortear las barreras del lenguaje, pero sin un orden preestablecido. El criterio de selección, obviamente, no puede ajustarse a estrictos patrones cronológicos ni recorrer tampoco determinadas líneas de continuidad teórica o de posiciones de escuela, pautadas con antelación.

Antes bien, habremos de escoger aquellos trabajos que tuvieron evidente repercusión en la teoría del delito y de la pena, tanto fuera por su aporte de pensamiento dogmático original, cuanto por su indiscutida utilidad formativa y docente.

En ese marco se inscribe la reedición de la obra de Reinhard FRANK que inaugura la "Biblioteca", dado que su aporte le impuso un giro irreversible a la teoría de la culpabilidad, sentando las bases fundacionales de una explicación normativa, que más adelante desarrollarían —entre otros— Berthold FREUDENTHAL, Wolfgang MITTERMAIER, August HEGLER y James GOLDSCHMIDT.

Constituye ésta la segunda edición castellana del famoso opúsculo de FRANK, que aparece treinta y cuatro años después de que se editara, en Santiago de Chile, la primera versión de la obra, a cargo de Sebastián SOLER. La edición chilena —una publicación del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Chile, dirigido entonces por Álvaro Bunster— tuvo, sin embargo, un tiraje li-

mitado y escasa circulación fuera del país trasandino.

Esta segunda edición se debe a una nueva y estupenda traducción de la obra, realizada por Gustavo Eduardo Aboso, un joven profesor argentino que prenuncia ya su notable porvenir académico. El traductor, a quien tuve el privilegio de conocer en los cursos de posgrado de la Universidad de Buenos Aires, ha trabajado con ahínco y seriedad, en forma esmerada, consumando una pulcra versión castellana del texto original alemán, en la cual colaboró la profesora Tea Löw.

Para finalizar, permítasenos agradecer a Julio Faira, que ha encarado con entusiasmo este nuevo proyecto editorial, encomendándonos su dirección. Sin su tesón y perseverancia, la colección que hoy emprendemos no hubiera llegado a concretarse.

GONZALO D. FERNÁNDEZ

Montevideo, julio de 2000

LA FUNDACIÓN DE LA TEORÍA NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

GONZALO D. FERNÁNDEZ

I. LA CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD

Como es notorio, en la segunda mitad del siglo XIX surge la llamada concepción “psicológica” de la culpabilidad, la cual es plenamente coherente con las premisas metodológicas –de impronta naturalista– que prevalecen bajo la influencia del positivismo¹ y, asimismo, con la noción de delito vigente para entonces en el seno de la ciencia penal.

En efecto, la versión psicológica de la culpabilidad responde a la actitud básica del positivismo naturalista, notoriamente orientada hacia lo

¹ Arthur KAUFMANN, “Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho”, en Arthur KAUFMANN y Winfried HASSEMER, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, edic. española a cargo de Gregorio Robles, Debate, Madrid, 1992, pág. 117.

tactico². El predominio del pensamiento mecanicista y, sobre todo, del denominado "dogma causal"³, diluyen en forma reductiva a la culpabilidad convirtiéndola en una simple conexión causal subjetiva, simultánea y paralela al nexo de atribución objetiva⁴.

Así, la teoría psicológica se respalda en un sistema bipartito rígido del ilícito. Ella parte de un modelo que separa en forma drástica sus elementos objetivos y subjetivos –hace el corte injusto/culpabilidad–, situándolos en categorías o estratos analíticos diferenciados, sin vasos comunicantes entre sí.

En cada uno de ellos busca reconstruir luego un nexo de causalidad (material y psíquica) que sea capaz de explicar el delito como un suceso natural; vale decir, como un suceso que puede aprehenderse cognitivamente a través de la causalidad, cual si fuera un fenómeno de las ciencias naturales⁵.

De esa manera, la culpabilidad se circunscribe a una conexión causal de índole psicológica: es el relacionamiento psíquico del autor con el resultado

² Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, "Parte general", 4ª edic., trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, pág. 378.

³ Ver Manfred MAIWALD, *Causalità e diritto penale*, trad. de Francesca Brunetta d'Usseaux, Giuffrè, Milano, 1999, pags. 83 y siguientes.

⁴ Gonzalo D. FERNÁNDEZ, *Culpabilidad y teoría del delito*, Editorial B de F, Buenos Aires, 1995, vol. I, pág. 164.

⁵ MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco*, a cura di Vincenzo Militello, G. Chiappichelli Editore, Torino, 1993, pag. 147.

externo de su conducta. Por tanto, culpabilidad equivale a una determinada relación con el resultado⁶, apreciada desde el prisma causal y con absoluta neutralidad descriptiva.

En esta óptica tan peculiar, la culpabilidad se limita a determinar desde el punto de vista psicológico –o sea, en forma puramente descriptiva–, las relaciones anímicas existentes entre el autor y el hecho cometido por él⁷.

Por consiguiente, para LISZT –articulador del primer gran sistema clásico del ilícito–, la culpabilidad comprende la relación subjetiva entre el acto y el autor. Dicha relación sólo y únicamente puede ser de carácter psicológico⁸.

En igual sentido, RADBRUCH sostiene que la culpabilidad abarca sólo el contenido de la voluntad, la pura relación psicológica con el resultado, pero no el impulso de voluntad, pues éste último pertenece al ámbito de la teoría de la acción⁹.

Y, finalmente, BELING mantiene por su parte la idea de una culpabilidad identificable como la relación del autor con el resultado, su vinculación

⁶Reinhart MAURACH y Heinz ZIPF, *Derecho penal*. "Parte general", trad. de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, vol. I, pág. 519.

⁷Edmund MEZGER, *Derecho penal. Libro de estudio*. "Parte general", trad. de Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, pág. 191.

⁸Franz von LISZT, *Tratado de derecho penal*, trad. de Luis Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1927, t. II, pág. 375.

⁹Gustav RADBRUCH, *Über den Schuldbegriff*, ZStW, t. 24, 1904, pág. 335.

subjetiva con el hecho realizado, que configura –de suyo– una materia extraña al tipo objetivo¹⁰.

II. LA IRUPCIÓN DEL GIRO NORMATIVO

Reinhard FRANK, a quien se ha calificado como un autor ecléctico, situado a mitad de camino entre la escuela clásica del positivismo jurídico –orientada por BINDING– y la nueva escuela sociológica liderada por LISZT¹¹, es también unánimemente reconocido como el fundador de la teoría normativa de la culpabilidad¹².

Autor de un célebre *Comentario* sobre el Código Penal imperial, cuya primera edición data de 1897 y su última edición –la 18ª– llega hasta 1931¹³; miembro de la Comisión para la Reforma del Código Penal –junto con LISZT y von HIPPEL– que elabora el anteproyecto de 1913¹⁴, FRANK renueva los lineamientos en materia de culpabilidad a través del

¹⁰ Ernst von BELING, *Esquema de derecho penal*, trad. de Sebastian Soler, Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 30.

¹¹ Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª edic., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1983, pág. 394. Sobre la lucha de escuelas, ver Hinrich RÜPING, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, C. H. Beck, München, 1991, págs. 87 y 88.

¹² Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1956, t. V, pág. 163.

¹³ Reinhard FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 1ª edic., Leipzig, 1897; 18ª ed., Mohr, Tübingen, 1931.

¹⁴ SCHMIDT, ob. cit., pág. 397.

opúsculo que hoy reproducimos, aparecido en el libro-homenaje a la Facultad de Derecho de Giessen, en el año 1907¹⁵.

a) *Los elementos de la culpabilidad*

En su opúsculo, FRANK rechaza la concepción psicológica, que reduce el concepto de culpabilidad (*Schuldbegriff*), íntegramente, a una relación psíquica del autor con algo –el hecho, el resultado– “que está ubicado fuera de su personalidad”.

Del mismo modo, impugna que la culpabilidad sea –o más bien, que ella se agote– en un concepto genérico y referencial, un mero concepto de enlace (*Gattungsbegriff*), cuyas subespecies están conformadas por el dolo y la culpa, las cuales vendrían a insertarse en esa relación psicológica con el hecho exterior¹⁶.

Por el contrario, FRANK enriquece el contenido del elemento subjetivo del ilícito, introduciéndole el pensamiento normativo. A su criterio, en la medición de la culpabilidad gravitan otros factores más allá del dolo y de la culpa, a los cuales denomina “circunstancias concomitantes” (*begleitende Umstände*), atribuyéndoles la aptitud no

¹⁵ FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Sonderabdruck aus der Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Giessen zur Dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana, Giessen, 1907. La primera versión castellana se publicó también bajo el título *Estructura del concepto de culpabilidad*, trad. de Sebastián Soler, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal, Universidad de Chile, 1966.

¹⁶ MEZGER, *La culpabilidad en el moderno derecho penal*, trad. por José Ma. Navarrete, Universidad de Valladolid, 1956, págs. 14 y 15.

sólo de disminuir, sino incluso de llegar a excluir la culpabilidad¹⁷.

Desde ese punto de vista, FRANK reconsidera el estado de necesidad en punto a su ubicación sistemática, apreciándolo como una auténtica causa de exclusión de la culpabilidad.

En cuanto a las circunstancias concomitantes –a las cuales, transitoriamente, en las ediciones 8^a a 10^a de su *Comentario*, FRANK las reconvierte en “motivación normal”, abandonando la idea en las ediciones posteriores–, serán, en última instancia, un medio de determinar el grado de exigibilidad¹⁸.

A su vez, la imputabilidad no consiste en una mera capacidad de culpabilidad, entendida a título de eslabón previo. Ella no constituye un presupuesto, sino que forma parte integrante de la culpabilidad, a la cual pertenece. En orden a su contenido, debe entenderse como la calidad o estado espiritual normal del autor¹⁹.

Finalmente, junto a la imputabilidad y a las circunstancias concomitantes, FRANK le reconoce también al dolo y a la culpa su condición de elementos de la culpabilidad, sustentados –al igual que en la concepción psicológica– en una determinada y concreta relación psíquica con el hecho, que el autor se representó o hubiera debido representarse²⁰.

¹⁷ Hans ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre*. J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1974, págs. 97 y 98.

¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., vol. V, pág. 165.

¹⁹ ACHENBACH, ob. cit., pág. 98.

²⁰ James GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 7.

b) La reprochabilidad

Ahora bien, el mayor aporte teórico de FRANK lo constituye –fuera de dudas– su concepto de la “reprochabilidad”. Es la más grande innovación que introduce en materia de culpabilidad, según lo reconoce toda la doctrina²¹.

Como concepto globalizador categorial o de síntesis para todos los demás elementos componentes de la culpabilidad, FRANK elabora la noción de reprochabilidad (*Vorwerfbarkeit*), que tendrá una inesperada trascendencia, una enorme repercusión en toda la discusión futura de la teoría de la culpabilidad²², incluso hasta bien entrada la década del setenta, cuando la crítica funcionalista objete el juicio de reproche como una fórmula jurídica de carácter estigmatizante²³.

En efecto, según FRANK, culpabilidad es reprochabilidad. Así, la posibilidad de imputarle a un sujeto culpabilidad por la realización de una conducta prohibida, conforme a este planteo dogmático –tan novedoso para la época– depende de que, a causa de esa conducta transgresora, pueda formularse un reproche al autor.

Y la reprochabilidad está llamada a ser un concepto troncal, que FRANK mantendrá inamovible,

²¹ MAURACH y ZIPF, ob. cit., vol. I, pág. 520; Günter STRATENWERTH, *Derecho penal*, “Parte general,” trad. de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, pág. 163; Claus ROXIN, *Derecho penal*, “Parte general”, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña y otros, Cívitas, Madrid, 1997, vol. I, pág. 795.

²² ACHENBACH, ob. cit., pág. 99.

²³ Winfried HASSEMER, *Fundamentos del derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 281.

a pesar de todas las críticas recibidas y de las numerosas variaciones que introduce, posteriormente, en los restantes elementos constitutivos de la culpabilidad, a lo largo de las sucesivas ediciones de su *Comentario*²⁴.

De ella surge, con nitidez, el perfil normativo de su concepción de la culpabilidad, pues la reprochabilidad significa una valoración (negativa) de una conducta desaprobada²⁵. Esto es, la culpabilidad cristaliza en un juicio de reproche, formulable a un individuo dotado de motivación normal. Un juicio de reproche que, desde WELZEL en adelante, será explicado como un "reproche personal"²⁶.

III. VALORACIÓN DE LA OBRA

Las tesis fundacionales de FRANK, como ya fuera dicho, sirvieron a una profunda reelaboración de la teoría de la culpabilidad, la cual —fundamentalmente a instancias de GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL— se recondujo por carriles eminentemente normativos, sepultando la visión psicologista clásica estructurada en su tiempo por el positivismo naturalista. En rigor, la estimación psicológica de la culpabilidad como puro nexo o

²⁴ ACHENBACH, ob. cit., pág. 100.

²⁵ Alexander Graf zu DOHNA, *La estructura de la teoría del delito*, trad. de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958, pág. 61.

²⁶ Hans WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª edic., De Gruyter, Berlin, 1969, pág. 150; Hans Joachim HIRSCH, *Derecho penal*, "Obras completas", trad. de Daniel R. Pastor, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, vol. I, pág. 150.

conexión de referencia pasó a ser, en lo sucesivo, una lectura científica perimida.

En ese sentido, el *Aufbau* de FRANK marca toda una época en la historia de la dogmática penal, a pesar de que él mismo no alcanzó a prever la trascendencia teórica de su contribución, y acaso a raíz de ello –según especula ACHENBACH–, se conformó con publicarla en un texto de importancia secundaria para la ciencia del derecho penal²⁷, ni siquiera una publicación especializada, como lo fue el libro homenaje al tricentenario de la Facultad de Derecho de Giessen.

No obstante, en el debe de la obra queda el desarrollo harto insuficiente que recibe ese concepto-eje de la reprochabilidad, probablemente su aporte más relevante, cuyo relacionamiento o asimilación con la culpabilidad penal hubiera merecido, por cierto, una explicación más satisfactoria.

Por otra parte, lejos de imponer una fractura drástica en el modelo de pensamiento, es posible apreciar el reproche como una línea de continuidad con las viejas teorías eticistas y de la libertad de voluntad, así como con los planteos de BELING, quien en los *Grundzüge* ancla la responsabilidad subjetiva en la valoración de que el autor no ha examinado su acción conforme debería haberlo hecho, según las exigencias del orden jurídico²⁸.

A su vez, parece indudable –y ha de computársele en el haber– que la visión de la imputabilidad como el *status* normativo de una conducta, identifica a la culpabilidad como la posibilidad de un juicio de valor.

²⁷ ACHENBACH, ob. cit., pág. 101.

²⁸ BELING, ob. cit., pág. 30.

Sin embargo, la preocupación esencial de este opúsculo apunta a la pregunta sobre los elementos constitutivos de la culpabilidad y, sobre todo, a cuestionar la limitación del concepto de culpabilidad a una simple relación psicológica, tópicos que definen el ámbito donde FRANK concentra su mayor esfuerzo crítico.

Hellmuth MAYER, haciendo gala de una dureza crítica bastante frecuente en el medio académico alemán, ha llegado a sostener que el *Aufbau* de FRANK, más que exhibir originalidad científica, aparece como una monografía "oportunist" ²⁹.

El cuestionamiento no resulta válido. Por el contrario, aun con todas sus deficiencias, es innegable la influencia que este opúsculo proyecta sobre todo el desarrollo posterior de la teoría de la culpabilidad, desterrando definitivamente la peregrina idea de que la culpabilidad es dable de subsumir en un puro fenómeno psicológico y haciéndola girar, en vez, alrededor del juicio de reproche.

Desde luego, esto no responde al mérito individual y aislado de FRANK. Obedece también, como lo apunta ACHENBACH con agudeza ³⁰, a la reorientación de la dogmática penal que, impulsada por el neokantismo hacia una perspectiva teleológica-material, articula el concepto de ilícito hacia la década de los años veinte-, sobre la base del tándem dañosidad social/reprochabilidad.

Pues sí, acaso este proceso evolutivo de la dogmática jurídico-penal hubiera sobrevenido de todas maneras. Sin embargo, lo real y concreto es

²⁹ Hellmuth MAYER, *Strafrecht*, "Allgemeiner Teil", Kollhammer, Stuttgart, 1967, pág. 104.

³⁰ ACHENBACH, ob. cit., pág. 104.

que la obra de FRANK opera como un verdadero catalizador del nuevo desarrollo de la culpabilidad penal. He ahí, por consiguiente, la justificada razón de darla a conocer nuevamente al lector, a través de esta segunda versión castellana.

SOBRE LA ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

REINHARD FRANK

Si bien la culpabilidad es interpretada en la ciencia jurídica moderna de diversas maneras, hay una opinión común sobre que su esencia consiste íntegramente en una relación psíquica con algo determinado o en la posibilidad de una relación así.

La cuestión de si la meta de la relación psíquica es algo jurídico o algo real, puede quedar por ahora abierta. Tampoco importa por el momento si la propia relación psíquica debe ser considerada como una voluntad o como una representación mental. Lo principal es la limitación del concepto de culpabilidad a la faz interna. En este sentido LÖFFLER¹ define la culpabilidad como "el conjunto de relaciones penalmente relevantes de la interioridad de una persona y un resultado social dañoso de su acción"; y de la misma manera, con

¹ *Die Schuldformen des Strafrechts* (1895), pág. 5.

seguridad dice KOHLRAUSCH²: "Culpabilidad en el sentido del Derecho penal es aquella relación subjetiva en la cual un autor culpable debe reconocerla para poder ser responsabilizado penalmente".

Un punto de vista distinto sostiene von LISZT. Según él, la culpabilidad es responsabilidad por el hecho realizado en forma ilícita³. Sin embargo, ello se basa en una confusión entre el hecho y la consecuencia jurídica. Al interrogante de ¿cuándo una persona es penalmente punible por su comportamiento?, la ciencia responde: cuando su comportamiento es culpable. A la siguiente pregunta: ¿cuándo su comportamiento es culpable?, responde von LISZT: cuando la persona es responsable por su comportamiento.

Esto es un círculo vicioso. Justamente, lo que nosotros queremos saber es en qué circunstancia la justicia vincula la responsabilidad. Además, si la definición de von LISZT coincidiera, la responsabilidad sin culpabilidad sería totalmente inimaginable, y así la diferencia tan bien construida entre el principio de la responsabilidad culpable y la responsabilidad objetiva se desmoronaría⁴. En la nueva edición de su *Tratado*, von LISZT modifica hasta cierto grado su opinión personal. La

² *Irrtum und Schuldbegriff* (1903), pág. 1. Ver en este sentido, BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* (1905), pág. 141; MIRICKA, *Die Formen der Strafschuld* (1903), pág. 11.

³ *Lehrbuch*, § 36. Una concepción parecida se encuentra en KÖSTLIN, quien en su *System des deutschen Strafrechts* (1855), § 57, define la culpabilidad como "el grado de responsabilidad de un imputable por las alteraciones ocasionadas, por su libre causalidad, en el mundo exterior".

⁴ En contra von LISZT, también M. E. MAYER, *Die schuldhaftige Handlung* (1901), pág. 122.

responsabilidad es para él, ahora, sólo culpabilidad en sentido formal. Pero si se toma este concepto "en sentido material", debe significar la falta de sentido social por el hecho. Por un lado, eso me parece muy impreciso y, además, está muy expuesto a la crítica de que aun el más leal de sus seguidores puede, en su caso, obrar imprudentemente.

Sea como fuere, la doctrina dominante encuentra en la esencia de la culpabilidad una relación psíquica del autor con algo que está ubicado fuera de su personalidad.

De la misma manera, existe gran coincidencia acerca de la relación que media entre el concepto de culpabilidad, por un lado, y los conceptos de dolo y culpa, por el otro. Aquél es considerado como un concepto genérico, y éstos últimos, como conceptos de especie. Con particular claridad se remarca en BINDING. También M. E. MAYER explica que la culpabilidad sea abarcada por los conceptos de dolo y de imprudencia⁵. Precisamente, este último giro trae, a mi modo de ver, el otro dogma de la doctrina dominante, que no contiene otra cosa que los conceptos accesorios de dolo y de imprudencia, y que todos los hechos que podrían ser de importancia para la apreciación jurídica de la acción, es decir, las circunstancias concomitantes, están fuera del concepto de culpabilidad.

La exactitud de este punto de vista, y con ello la limitación del concepto de culpabilidad con relación psíquica, es lo que debe ser tomado en primer lugar.

⁵ BINDING, *Grundriß der Schuld des deutschen Strafrechts*, 7ª ed., (1907), § 46; MAYER, *ob. cit.*, pag. 139.

~ 2 ~

Como primera medida, hemos de observar el uso del lenguaje en la vida cotidiana e investigar los términos que al mismo tiempo tengan un significado jurídico.

El cajero de un comercio y un portador de valores realizan, cada uno por su lado, una defraudación. Este último posee un buen pasar y no tiene familia, pero sí amoríos suntuosos. El primero, en cambio, se gana apenas la vida, tiene una mujer enferma y numerosos hijos pequeños. A pesar de que cada uno de ellos sabe que se apropió ilícitamente de dinero ajeno, con relación al dolo no existe diferencia alguna. En este caso todos dirán que el cajero tiene una culpabilidad menor que el portador de valores, puesto que ella es morigerada por las circunstancias desfavorables en las cuales se encontraba; mientras que la culpabilidad del segundo (portador de valores), por el contrario, es agravada gracias a su buena situación financiera y sus inclinaciones lujosas.

Si se refieren estas inclinaciones a mujeres y vino, esta circunstancia incrementa la culpabilidad; de igual modo si se tratara, por ejemplo, de la colección de rarezas.

El uso del lenguaje común conlleva ciertos factores para medir la culpabilidad, que están ubicados fuera del dolo; nosotros podemos imaginar un caso en el cual no hay dolo sino imprudencia, y se observará, según las circunstancias concomitantes, cómo la ausencia de prudencia se valora con rasgos de mayor severidad y otra vez con más suavidad. El guardabarrera que

luego de un descanso prolongando yerra en la colocación de los desvíos resulta más culpable que su compañero que comete la misma falta después de once horas ininterrumpidas de servicio.

De igual modo que el lenguaje común, los tribunales miden la culpabilidad de acuerdo con las circunstancias concomitantes. Cualquier practicante, en el primer caso, diría que la culpabilidad del acusado se incrementa por su holgada situación económica o disminuye por una situación económica desfavorable.

Sería extraño que la interpretación básica de ese lenguaje común no encontrara eco también en la ley. Es lógico. La ley incrementa o disminuye la punibilidad teniendo en consideración las circunstancias concomitantes, pero esto no significa que les acuerde, sin más, influencia directa sobre la culpabilidad. Entonces es muy posible observar en esto la expresión de un incremento o una disminución del interés en la no realización del hecho.

Esto se puede afirmar quizás para el caso del § 216*. El Estado prohíbe la muerte de una persona, pero si la misma víctima petitiona su propia muerte, ese interés del Estado, de que alguien no sea muerto contra su voluntad, es menor. Y esta diferencia es la que encuentra expresión en la escala penal.

Es posible que muchas veces esta ponderación u otras parecidas sean correctas.

Sin duda, hay casos en los cuales el incremento o la disminución de la pena no se dejan explicar de otra forma que considerando que el legislador ha tomado en cuenta las circunstancias

* N. de los T.: Se refiere al Código Penal alemán.

concomitantes como un patrón para la culpabilidad.

El interés del Estado en la conservación de la vida de una criatura seguramente no varía por las relaciones personales de aquel que lo mata. Así, cuando el § 217 se refiere a la madre soltera que le quita la vida a la criatura durante o inmediatamente después del nacimiento, ella es tratada en forma más benigna que el asesino común, lo cual sólo puede tener como fundamento que ella (la mujer soltera) aparezca como menos culpable, a pesar de que el *dolus* del acto de matar tiene la misma forma que el de cualquier otro autor imaginable. Desde los mismos puntos de vista, se explica, sin duda, la atenuación de la pena prevista en el § 213 para el homicidio emocional.

Así, las circunstancias concomitantes pueden atenuar la culpabilidad; entonces, no existe duda en reconocerles también la capacidad de excluir la culpabilidad. En general se utiliza bastante el concepto de las causas de exclusión de la culpabilidad, pero uno se pregunta si ello se compadece, o no, con el concepto dominante de la esencia de la culpabilidad.

Si el concepto de la culpabilidad no abarca nada más que la suma de dolo e imprudencia –y éstos según la consciente o imprevista causación del resultado–, podría resultar absolutamente incomprensible cómo puede excluirse la culpabilidad en el caso del estado de necesidad, puesto que también el autor que actúa en estado de necesidad sabe lo que hace.

Excluir el dolo en el sentido ya expresado significa sencillamente ser ilógico. De este error no se hace culpable el que supone que el estado de necesidad excluye la antijuridicidad, por lo tanto, la prohibición dada para situaciones

normales no rige en los casos de estado de necesidad.

No quiero hacer hincapié en este lugar respecto de la disputa que existe sobre el significado del estado de necesidad, pero insisto en que si se sigue esta doctrina —que según mi opinión es la única correcta—⁶, la cual ve en el estado de necesidad sólo una causal de culpabilidad, se está obligado a concebir la culpabilidad de manera que su existencia —su concurrencia— también puede ser tenida en cuenta, por las relaciones en las cuales la acción fue realizada.

Ello es casi imposible partiendo de esta clase de definición de culpabilidad, como las dadas por LÖFFLER y KOHLRAUSCH, que están también en consonancia con la actual doctrina dominante; todo el concepto de los motivos de exclusión de la culpabilidad sufre, desde ese punto de vista, contradicciones irremediables.

Así se explica que el desgraciado estado de necesidad, en la moderna teoría, no tiene descanso y anda rebotando entre las causales de exclusión de la antijuridicidad y de exclusión de la culpabilidad. Solamente puede ser encuadrado en su lugar, cuando la ley lo expresa en forma precisa, como [ocurre] en el § 228 del Código Civil; pero en el pensamiento de todos aquellos que lo interpretan como una real causa de exclusión de la culpabilidad hay una incongruencia, ya que deberían haber tomado, en primer lugar, el concepto de culpabilidad para que sea accesible a la influencia de una circunstancia concomitante.

Si se agota la culpabilidad en la relación

⁶ Ver sobre ello mi opinión en *Kommentar zum StGB*, 5ª y 7ª eds., pág. 114.

psíquica con un determinado objeto exterior, como podría ser excluida entonces esta culpabilidad por haber sido realizada la acción bajo el estado de necesidad?

Esto seguramente fue percibido también por BELING cuando se decidió a denominar a la ausencia de estado de necesidad como una "condición de amenaza de pena (condición de punibilidad)"⁷.

Pero no parece que este concepto pueda aportar algo de claridad, puesto que, entonces, la pregunta sería: ¿por qué no se aplica una pena en el estado de necesidad? Respecto de ello, el "concepto de amenaza de pena" (*Strafandrohungsbefingung*) ni siquiera da una respuesta aparente. Este concepto tiene, con relación al estado de necesidad, solamente un significado técnico, pero no un significado objetivo.

En sus *Grundzügen des Strafrechts*, pág. 68, BELING rechaza con todo derecho la interpretación por la cual el estado de necesidad puede ser pensado también en el caso de falta de disposiciones legales positivas como una causa de exclusión del injusto; en este caso él solamente disculpa. Pero dice en forma inmediata que no excluye la culpabilidad. Pero, ¿por qué no y cómo no? Si disculpa el estado de necesidad, entonces excluye la culpabilidad, eso quiere decir que es una causa de exclusión de la culpabilidad; pero si no es una causa de exclusión de la culpabilidad, entonces, tampoco puede disculpar.

De esa manera se remarca con mayor precisión la ausencia del concepto de culpabilidad dominante, cuanto más enérgicamente uno se esmera en trabajar con él.

⁷ *Lehre vom Verbrechen*, págs. 51 y ss., págs. 62 y siguientes.

Aquí está el tópic, en donde no puedo disimular mi asombro de que, desde el punto de vista del ordenamiento procesal penal, todavía ello no haya sido utilizado para el derecho penal material.

Es conocido que la causa de exclusión de la penalidad, según el § 262*, se suma al interrogante de la culpabilidad. Si existe una circunstancia que excluye la punibilidad fuera del dolo y de la imprudencia, entonces la cuestión de la culpabilidad debe ser negada. Esto no vale solamente para la defensa necesaria o el estado de necesidad, sino también para el padrino de duelo, en relación con el interrogante de si él estaba seriamente preocupado por evitar el duelo.

Justamente, la subsunción de una circunstancia como ésta bajo la cuestión de la culpabilidad y de allí también bajo el concepto de culpabilidad, demuestra que ésta, en el sentido del ordenamiento procesal penal, abarca más que sólo el dolo y la imprudencia. Dado que un pensamiento semejante está muy alejado de la teoría del derecho penal material, los procesalistas deben esmerarse mucho para poder hacerlo entendible. Sin embargo, no habría algo más sencillo que su aceptación en todo el ámbito del derecho penal en general y hasta también en la ciencia jurídica.

Con este apoyo en el derecho procesal penal estaría dada la posibilidad de confinar a otro fantasma errante en el lugar que le corresponde: yo aludo a la imputabilidad (*Zurechnungsfähigkeit*). Muchas veces es caracterizada –no definida– como un presupuesto de culpabilidad, en palabras de

* N. de los T.: Se refiere al Código Penal alemán.

von LISZT en su *Lehrbuch*, § 37, nota 3, así como de BIRKMEYER en *Enzyklopädie*, § 14. El primero piensa en el concepto de culpabilidad en "sentido formal", es decir, con otras palabras, se refiere a la responsabilidad (*Verantwortlichkeit*).

Si correspondiera la identificación entre culpabilidad y responsabilidad, esta última sería una característica de la imputabilidad. Pero creo haber demostrado en forma precedente que la culpabilidad no puede ser determinada como responsabilidad.

Según BIRKMEYER (§ 15) la culpabilidad es la libre autodeterminación hacia el delito; dolo e imprudencia son "formas de culpabilidad" donde no existen otras.

Siempre que no lo mal interprete, él entiende la culpabilidad como un concepto de unión de dolo e imprudencia. Ahora se puede señalar la imputabilidad como presupuesto de la libre autodeterminación al delito, pero en cuanto se descende al "concepto" de dolo, ello ya no resulta adecuado.

Bajo el concepto de dolo, entiende BIRKMEYER (§ 16) "la voluntad de una acción a pesar de la representación de todas aquellas características que la hacen delictiva". Esta definición no es completa porque no contiene los elementos de la culpabilidad, o si es completa, no se entiende de qué manera la imputabilidad pueda ser así un presupuesto del dolo, puesto que también un enfermo mental puede querer la acción y así representarse los elementos que la hacen delictiva y hasta puede saber que es un delito.

Dejemos a un lado todas estas objeciones que, finalmente, tienen sólo un carácter formal. De todas formas, es correcto lo que dice RADBRUCH, en cuanto a que la imputabilidad concebida como

presupuesto de la culpabilidad, como capacidad de culpabilidad, no tiene ningún significado para el Derecho penal. "Para comprobar la capacidad, es decir, la posibilidad de hacerse culpable, hay que verificar el *factum*, que es la realidad de la inculpación"⁸. El mismo RADBRUCH considera la imputabilidad no como culpabilidad, sino como capacidad de pena, él cree que también FEUERBACH, GEIB, BAUER y MORSTADT tuvieron este punto de vista. En todo caso, su interpretación se ubica muy cerca de la sostenida por von LISZT en su conocida exposición en München, según la cual la imputabilidad tendría que tener el mismo significado que la sensibilidad para la motivación que la pena se propone⁹.

A estas conclusiones es llevado, quizás, todo aquel determinista que opina que el significado de la pena se agota en la influencia sobre la personalidad delictiva. En cambio, si se le da a la pena un significado que abarque más allá de esta cuestión, entonces, como determinista, no se necesita extraer necesariamente esas conclusiones. Lógicamente, existe una relación entre imputabilidad y pena, pero esta relación no es otra que la que existe entre culpabilidad y pena: solamente el culpable es digno de pena y punible, y a la culpabilidad le pertenece la imputabilidad. Ésta no es capacidad de culpabilidad, ni presupuesto de culpabilidad, sino que pertenece a la culpabilidad.

Lo dicho está firmemente establecido en el Derecho Procesal Penal. No se duda en absoluto de que la afirmación de la cuestión de la culpabilidad

⁸ *Der Handlungsbegriff* (1904), págs. 97 y 98.

⁹ *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. 18, págs. 76 y siguientes.

abarca la afirmación de la cuestión de la capacidad de culpabilidad y que en la negación de esta última expresión se encuentra la negación de la primera. Ninguna de estas hipótesis está en contradicción con la interpretación según la cual la capacidad de culpabilidad (imputabilidad) está considerada como presupuesto de culpabilidad. De todas maneras, ella tiene la ventaja de mayor claridad, de reconocer a la imputabilidad como parte de la culpabilidad.

Las ventajas de semejante interpretación se destacan, en primer lugar, en la doctrina de la participación. Al tener ésta un carácter accesorio, no es posible en el accionar de un inimputable, porque éste no actúa en forma culpable. Pero sostener en este caso que el inimputable en realidad no actúa en sentido jurídico se manifiesta como una excusa rebuscada. Por otra parte, tampoco es posible deducir de la situación de que el inimputable pueda actuar dolosa o imprudentemente, que él sea capaz de realizar un acto delictivo. Entonces se va a demostrar pronto que el dolo y la imprudencia también son concebibles sin culpabilidad.

~ 3 ~

El resultado de las manifestaciones precedentes se deja resumir de la siguiente manera: la doctrina dominante determina el concepto de culpabilidad de una manera que abarca en ella los conceptos de dolo e imprudencia. En contraposición a ello es necesario considerarla de un modo tal que tome

en cuenta las circunstancias concomitantes y la imputabilidad.

Con ello se parte de que los requisitos del concepto de culpabilidad están realizados; entonces, los momentos más relevantes son sus características constitutivas o, para decirlo en forma más breve, sus elementos. Imputabilidad, dolo o imprudencia, circunstancias concomitantes, son observados como elementos de la culpabilidad en lo sucesivo.

El error de la concepción tradicional se basa en la falta de consideración de los elementos individuales de la culpabilidad. Ella considera solamente el dolo y la imprudencia, pero no la imputabilidad ni tampoco las circunstancias bajo las cuales es llevado a cabo el hecho. Pero a ello se le agrega otro error más importante: la doctrina dominante determina la relación de culpabilidad, dolo e imprudencia como la relación de género a especie, cuando en la realidad es distinto. Intentaré clarificar en pocas oraciones la oposición de las opiniones.

Según la doctrina dominante, los conceptos de culpabilidad, por un lado, y los de dolo e imprudencia, por el otro, se relacionan como el concepto supraordenado de género al concepto subordinado de especie. Desde mi punto de vista, es el concepto de culpabilidad un concepto complejo, entre cuyos elementos se cuentan, entre otros, el dolo y la imprudencia.

Según la doctrina dominante, todo lo que vale para la culpabilidad vale también para el dolo y la imprudencia, pues toda afirmación sobre el concepto de género también tiene que ser acorde con el concepto de especie. Según mi interpretación, no todo lo que se dice de la culpabilidad encaja en el dolo y la imprudencia, puesto que la

relación de estos conceptos respecto del concepto de culpabilidad no es idéntico al que existe entre género y especie.

En cuanto a la doctrina dominante, al aceptar una relación semejante, lleva a la culpabilidad a la misma relación lógica que existe entre el dolo y la imprudencia, como la que media entre el árbol y el álamo. Según mi concepción, es mejor realizar la comparación de esta relación con la que media entre el árbol y la raíz.

Si todo árbol crece por encima de la superficie de la tierra, también lo hace así el álamo, ya que es un árbol. Pero la raíz no necesita crecer sobre la tierra, puesto que ella corresponde al árbol, pero no es un árbol.

Ahora es posible tomar posición respecto de ciertas expresiones de BINDING. Este autor hace valer la objeción contra la mayoría de las definiciones de dolo, diciendo que ellas benefician un lenguaje poco preciso. Así, se habla del dolo cuando ni siquiera existe una culpabilidad. Este uso idiomático incorrecto se transforma en canónico a través de la moderna determinación conceptual del dolo. Ello lleva a confusión cuando se habla de dolo en el Derecho penal sin mencionar el atributo de antijuridicidad¹⁰.

Es coincidente, de todas maneras, que cuando se denomina al dolo como la representación del resultado concomitante a la actuación voluntaria, la culpabilidad con ello aún no ha sido definida, ni siquiera ha sido mencionada. Pero es muy dudoso si la definición de dolo en realidad tiene que tomar en consideración el concepto de culpabilidad. La afirmación de este interrogante parte del dogma del concepto genérico de la culpabilidad y el

¹⁰ *Grundriß* 7. Aufl. págs. 115 a 117.

concepto de especie del dolo y la imprudencia, como justamente BINDING lo remarca con énfasis. Pero tan pronto como uno se libera de esta interpretación, tiene el derecho a considerar lo culpable que puede estar dentro del dolo como algo no esencial, de idéntica manera que se habla de inimputabilidad sin que se tome en cuenta con ello el comportamiento antijurídico.

Giros como éste: "yo dejé caer dolosamente mi reloj dentro del agua" serían tomados en consideración, cuando cada dolo contiene en sí elementos conceptuales de la culpabilidad, así como cada álamo contiene los de árbol. Pero una vez reconocido que el dolo es una manifestación con la cual deben concurrir otras para que se logre el concepto de culpabilidad, aceptado ello, entonces, se excluyen todas las dudas lógicas de oraciones como la mencionada.

En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor.

El que comparte el punto de vista de M.E.MAYER respecto de que no hay que definir la culpabilidad sino la acción culposa, puede decir, entonces, que la realización culpable es realización reprochable; en otras palabras, se puede realizar un reproche al ejecutor. Tampoco habrá que lidiar con dificultades cuando, conforme lo hacen KOHLER y RADBRUCH, se excluyen las omisiones del ámbito de las acciones. En este caso, sólo es necesario referirse al comportamiento, en lugar de a la acción: comportamiento culpable es comportamiento reprochable.

La pregunta es si la culpabilidad sólo aparece

en el Derecho penal —excluyendo el poco feliz § 54*— cuando el comportamiento es antijurídico, es decir, es prohibido. Con ello se habría concluido lo siguiente: un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien cuando se le puede hacer el reproche por haberlo aceptado.

Si se toma este concepto aislado, se podría objetar en su contra que sólo menciona ídem por ídem; ya que la reprochabilidad no sería otra cosa que un sinónimo de culpabilidad. Si se acepta ello, antes de esto se utilizó la reprochabilidad como culpabilidad, o en la doctrina de la culpabilidad se ha hablado del reproche para fundarlo¹¹. Pero el concepto de reprochabilidad aparece para nosotros solamente como un breve resumen de cada uno de los distintos elementos de la culpabilidad. Este concepto no tiene valor en sí mismo, sino solamente en referencia a lo que quiere caracterizar. Él es alcanzado por vía sintética. Si se lo imagina como dado, usado directamente en la ley, entonces sus elementos serían reconocidos por vía analítica. Las preguntas serían, entonces: ¿cuándo se puede reprochar a alguien por su comportamiento?, ¿qué es necesario para ello? Entonces, la deducción llegaría de igual forma a los elementos del concepto de culpabilidad, como lo había hecho la inducción; desde la mirada del observador se presentarían de la siguiente forma y en la siguiente serie.

Para que a alguien se le pueda hacer un reproche por su comportamiento, hay un triple presupuesto:

1º una aptitud espiritual normal del autor, a

* N. de los T.: Se refiere al Código Penal alemán.

¹¹ Así, por ejemplo, BELING, *Grundzüge*, 2ª ed., pág. 46.

lo que nosotros denominamos imputabilidad. Si ella existe en alguna persona, entonces está dicho que su comportamiento antijurídico puede ser convertido, en general, en reproche, pero todavía no se puede afirmar que le corresponda un reproche en el caso particular. Para ello se necesita, además:

2° una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o la posibilidad de ésta, conforme lo cual aquél discierne sus alcances (dolo), o bien los podría discernir (imprudencia). En la existencia de esta exigencia, el reproche no estaría fundado. Para ello es necesario que, además, concorra:

3° la normalidad de las circunstancias bajo las cuales el autor actúa. Cuando una persona imputable realiza algo antijurídico, consciente o pudiendo estar consciente de las consecuencias que trae aparejadas su accionar, puede ser sujeto, en general, de un reproche, según la interpretación del legislador. Pero lo que es posible en general, en un caso particular puede ser imposible; así, no cabe la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podía salvar. Este pensamiento se encuentra en el fundamento de los §§ 52-54 del Código Penal. Yendo más allá de ello, el legislador puede declarar no hacer valer de ninguna forma la acción prohibida para ciertas relaciones anormales, como sucedió ahora con los §§ 227 y 228 del Código Civil. En primer término, los mencionados párrafos del Código Penal contienen solamente una negación de la reprochabilidad de la acción, esto es, de la culpabilidad y así es un seguro testimonio para la defensa necesaria que no sea aquélla antiju-

rídica, lo cual es posible recién después de la aplicación del § 227 del Código Civil.

Una pronta objeción contra el concepto examinado es aquella que expresa que la ley prevé también un exceso punible en la defensa necesaria, y con ello se afirma también que es posible la actuación culpable en condiciones anormales de las circunstancias concomitantes. En la realidad, se me ha formulado esta objeción en el debate. Sin embargo, no la considero demasiado importante.

De igual manera que el legislador es libre para determinar en qué grado las circunstancias concomitantes deben ser anormales para poder enfrentar en general la culpabilidad, así también es libre de determinar las acciones con respecto a las cuales lo hace. El pensamiento siempre es idéntico: al autor no se le puede reprochar por algunas acciones realizadas bajo circunstancias de cierta anormalidad.

Si no me equivoco, así se quiebra también la interpretación de que las circunstancias concomitantes corresponden a la culpabilidad, la cual es recibida por la jurisprudencia del Tribunal Superior. Por ahora, ella aparenta ser oscura y será tarea de la doctrina hacerla objeto de reconocimientos más claros.

Especialmente instructiva es la sentencia de la Cuarta Sala Penal del 23 de marzo de 1897 (Sentencias, vol. 30, pág. 25), que trató el siguiente caso: El acusado, cochero de una cochería, tenía que guiar dos caballos, uno de los cuales era conocido por él y su patrón como "atrapador de riendas" (*Leinenfänger*). En uno de los viajes que el acusado debía realizar bajo especial orden de su patrón, el caballo consiguió pellizcar la rienda con su cola. En los intentos frustrados del acusado para re-

cuperar la rienda, los caballos se alteraron; el acusado perdió totalmente el dominio sobre la yunta, la cual se desbocó y atropelló a un herrero que caminaba a un lado del camino, provocándole la quebradura de una pierna.

El Tribunal Superior declaró que corresponde a la imprudencia "el incumplimiento de la medida de cuidado y de consideración para el bienestar general (...) que podía ser exigida al autor" y prosigue diciendo que se debe ponderar "si se podría considerar al acusado como obligado a no obedecer a su patrón y soportar la consiguiente pérdida de su puesto, por la posibilidad consciente de lesionar a un tercero con la utilización de los animales empleados o, por el contrario, debió hacer prevalecer esta última consideración sobre el motivo que lo impulsaba al cumplimiento de la orden de su patrón".

Resulta claro con estas explicaciones que las circunstancias concomitantes, las relaciones bajo las cuales el acusado estaba en el momento crítico, son incluidas en el concepto de culpabilidad. En igual forma sucede también en el interesante fallo de la misma Sala, del 3 de julio de 1903 (Sentencias, vol. 36, pág. 334). Así, mientras se trate de un accionar imprudente y culpable, le resta al juez un amplio espacio dentro del cual puede considerar, según su libre arbitrio, la totalidad de las relaciones como excluyentes de culpabilidad. Lamentablemente, eso no es posible, según el estado actual de la legislación y de la teoría, en los delitos dolosos.

Si se imagina uno que un patrón amenaza a su peón con el inmediato despido si no rompe una ventana del vecino, entonces el peón está inexorablemente alcanzado por la pena prevista para el delito de daño, por grave que se tornara su situación

económica a causa del despido. Solamente puede ayudar el que se acuerde aquí una amplitud de acción en el libre arbitrio del juez para la determinación de la culpabilidad, o bien se extiendan más allá los actuales límites del estado de necesidad en su aplicación, a modo de guisa, incluyendo los puntos de vista de los intereses en juego.

Ahora va a ser posible tomar en cuenta el concepto de causas de exclusión de la culpabilidad. Más arriba fue mencionado que este concepto no es comprensible desde el punto de vista de las corrientes definiciones de culpabilidad. Pero yo no demoro en declararlo como innecesario, pues si corresponde a la culpabilidad la normal constitución de las circunstancias concomitantes, entonces la presencia de un peligro como el que puede constituir la situación de estado de necesidad o la defensa necesaria, no es otra cosa que la negación de aquella normalidad, esto es, la negación de la misma culpabilidad.

La denominación del estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad es tan correcta y a su vez tan equivocada como la siguiente oración: nitrógeno en lugar de oxígeno es un motivo contra la existencia de agua. ¡Seguro! Pero se sabe que el agua está conformada por el hidrógeno y el oxígeno, entonces es absolutamente lógico decir que el agua no existe cuando el lugar del oxígeno lo ocupa el nitrógeno.

De todas maneras, la expresión "causas de exclusión de la culpabilidad" puede permanecer por cuestiones de comodidad. Puesto que esta expresión no niega por simple, sino por ser un cuestionamiento motivado, tiene el significado de una *negatio per positionem*. Quien invoca la defensa necesaria niega su culpabilidad, pero al

mismo tiempo afirma con ello que ha sido puesto en peligro por el ataque [de un tercero]. Por lo tanto, es utilizable el concepto de causas de exclusión de la culpabilidad en cuanto uno lo observe como una expresión de reconocimiento, según el cual ciertas realidades para el Derecho penal sólo tienen el significado de una negación, por ende, el significado de una negación de la culpabilidad.

A partir de aquí es muy claro por qué la apelación a la defensa necesaria debe ser "rechazada", y cuándo la invocación de la defensa necesaria aparece como dudosa y debe absolverse, puesto que lo más esencial en apoyo a la defensa necesaria no está incluido en la afirmación contenida en ella, sino en la negación de la culpabilidad.

Exactamente igual ocurre con la apelación a la ausencia de responsabilidad (inimputabilidad). A pesar de todo ello, no es discutible la constitución normal de las circunstancias concomitantes, pero sí otro elemento de la culpabilidad: la posibilidad de reproche en general al acusado por cualquier comportamiento, y con ello también por la cuestión aquí tratada.

Por lo tanto, a partir de este punto de vista, las reglas procesales generalmente reconocidas se acomodan dentro de un orden lógico estricto.

Pero también se muestran ventajas en el ámbito jurídico material. Tomo como lógica, de una vez por todas, para el entendimiento del signi-

ficado de la culpabilidad, la aceptación de una causa de exclusión de la culpabilidad basada en el error de hecho, conforme a la doctrina dominante.

Si me consideré atacado y me defendí contra mi supuesto atacante, tal como me habría podido defender frente a un real agresor, según la unanimidad que presenta tanto la doctrina dominante y la praxis del Tribunal Supremo y del Tribunal Militar del Reich, el dolo queda en este caso excluido, y a lo sumo se podría plantear la cuestión de la imprudencia. Pero ella podría estar presente cuando, con el cuidado exigible y de acuerdo a las circunstancias del caso, hubiera podido darme cuenta de que en realidad no estaba siendo agredido¹².

La fundamentación teórica de estas reconocidas cuestiones, con excepción de von LISZT¹³, provoca dificultades. He intentado solucionarlas empleando los conceptos de circunstancias negativas o de elementos negativos de la tipicidad que ya fueron anteriormente utilizados por Adolf MERKEL y LOEFFLER. Bajo dicha designación yo considero tales circunstancias, las cuales están enfrentadas al concepto de delito. A partir de eso, no resulta dificultoso alcanzar la ansiada comprobación propuesta en el § 59 [Cód. Pen. alemán]. Puesto que si el dolo exige la conciencia de que los elementos positivos del tipo estén dados, así también es lógico que se demande el

¹² Tribunal imperial: Sentencias, vol. 6, pág. 405; vol. 19, pág. 298; vol. 21, pág. 189; vol. 33, pág. 32; Tribunal Militar Imperial: Sentencias, vol. 2, pág. 212; vol. 4, pág. 97; vol. 5, pág. 33.

¹³ *Lehrbuch*, § 41.

conocimiento de la ausencia de los elementos negativos del tipo.

Pero mis deducciones encontraron la oposición de KOHLRAUSCH, von LISZT y BELING¹⁴. Para ellos, la antijuridicidad es un elemento de tipo positivo y el negativo es absolutamente inexistente. Ello me obliga a una explicación más detenida.

Si se dice: "la antijuridicidad pertenece al concepto de delito, por lo tanto, es elemento positivo del tipo", ello puede tener múltiples significados.

En primer lugar, el siguiente: si la ley amenaza a una acción con pena, prohíbe la acción y la declara como antijurídica. Cuando esta declaración de antijuridicidad desaparece porque un precepto legal la excluye, entonces falta un elemento del hecho y es lógica la impunidad. En este sentido, he designado a la antijuridicidad, en mis ediciones 5^a y 6^a de mi *Kommentar*, como un elemento positivo del hecho.

En segundo lugar: así, entonces, la oración "la antijuridicidad es un elemento positivo del hecho [*Tatbestand**]" puede tener otro sentido, puesto que puede significar lo siguiente: cuando la ley amenaza con pena a una acción, no prohíbe de ningún modo la acción, así como tampoco la declara como antijurídica. En realidad, la ley dice: siendo la acción declarada de por sí antijurídica, entonces ella y la pena tienen que presentarse así. A

¹⁴ KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff* (1903), págs. 59 y ss.; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* (1905), pág. 164; von LISZT, *Lehrbuch*, § 26.

* N. de los T.: Según José Luis GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán*, (Bosch, Barcelona, 1985): "Tatbestand (n): tipo penal (término técnico); los hechos (en sentido no técnico)".

esta oración la consideré equivocada y lo era; contra ella polemiqué en anteriores ediciones de mi *Kommentar* –quizás injustamente– porque esta polémica la dirigía contra BINDING.

La oración controvertida –ya que no se puede decir que uno luchó contra esa oración– está en el círculo ideológico de su teoría de las normas, lo cual se constata en las exposiciones de varios autores jóvenes, especialmente en el conde DOHNA, quien se manifestó en forma favorable hacia él¹⁵. Mi punto de vista llega a la siguiente proposición: fuera de los casos de las leyes en blanco, la figura delictiva particular –como aparece en el § n– está agotada en el sentido de que no requiere de otro precepto legal que provenga de afuera para completarla, explicando lo antijurídico de la acción. El § n puede y debe ser utilizado cuando las circunstancias de hecho previstas en él están dadas en un caso particular. De todas formas, existen excepciones. Esto fue también lógicamente confirmado. Si, en efecto, la acción es realizada bajo circunstancias especiales y existe un precepto legal, el cual establece que bajo estas especiales circunstancias está permitido actuar de esa manera, conforme al modo según el cual se ejecutó la acción, entonces el § n no puede ser aplicado y la acción, en consecuencia, no tiene el carácter delictivo. Habida cuenta de que estas circunstancias especiales pueden estar presentes en cada delito en particular, entonces podría imaginarse que el legislador debería también tomarlas en cuenta en cada párrafo en particular, de la siguiente forma: el que mata a una persona en forma dolosa y premeditada es castigado con la pena de muerte por asesinato,

¹⁵ *Die Rechtsmündigkeit* (1905).

excepto que el homicida ejecute el hecho en forma justificada por deber oficial, profesional o por defensa necesaria. Entonces, se tendría en forma clara, en el mismo parágrafo, dos clases de elementos del tipo o circunstancias del tipo: positivas y negativas, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los §§ 937 y 1917 del Código Civil. Esta técnica utilizada por el legislador no sólo daría lugar a infinitas repeticiones sino que también haría insosteniblemente pesadas las disposiciones legales en forma individual. A causa de ello, el legislador actúa de forma consciente, mencionando las "excepciones" en un lugar especial, por ejemplo, en el § 53. Pero esta separación externa basada en motivos técnicos no tiene ningún significado interno, vale decir, lo que sería un tipo penal negativo acogiéndolo en cada parágrafo individual, sigue siendo negativo cuando son tratados por separado por razones de sencillez.

A este orden de ideas se sumó más tarde MIRICKA con especial claridad, en su maravillosa obra sobre las formas de culpa penal (1903), págs. 124 y ss., y con la mejor voluntad no puedo reconocer qué pueda objetarse a ello.

En ediciones posteriores de mi *Kommentar*, le he dado otra forma a mi pensamiento, pero no en la opinión de que me hubiese equivocado, sino sólo porque quería acercarme al entendimiento de mis opositores, a los cuales realmente no les falta perspicacia. En este sentido, he propuesto la siguiente frase: "La antijuridicidad no es un elemento positivo del tipo, pero su ausencia sí es negativa". También esta frase tiene su buen sentido. Ello debía significar indudablemente, en este contexto, que: cuando la ley añade una amenaza de pena a la acción, es decir, una suma de circunstancias de hecho que conjuntamente

forman un tipo penal, entonces aquella pena se aplica cuando la citada acción prevista en la ley ha ocurrido, puesto que ella es antijurídica, debido a su sola existencia sin que sea necesario que se agregue un plus que sólo sabe Dios de dónde provendría. Pero si viene algo distinto de otro lado, v.gr., un precepto legal que excluye la antijuridicidad bajo circunstancias especiales, entonces esta exclusión de antijuridicidad, según mi opinión, suspende la idea de delito.

Si de los hechos tenemos sólo los que son mencionados en los artículos especiales y en los preceptos jurídicos tenemos solamente los implícitamente dados en la amenaza penal que afirman la antijuridicidad, el tipo penal del delito está dado. Pero si existe otro precepto legal que niega la antijuridicidad de la acción, entonces, no está dado el tipo penal [*Tatbestand*].

¿Es esto en realidad tan incomprendible? Yo creo que no, pero quiero aceptar que he ido demasiado lejos con mi brevedad expresiva, y propongo ahora la siguiente interpretación.

La antijuridicidad corresponde al concepto de todos los delitos. Ella se infiere de la amenaza de pena. Es el medio de reconocimiento más cercano de la antijuridicidad, y de este modo el cierre de la amenaza de pena se relaciona con la antijuridicidad mientras no se compruebe otro precepto legal, el cual exprese que es una acción permitida y conforme a derecho. Si se encuentra un precepto legal con este alcance, entonces se debe cotejar según los principios generales cuál es el que prevalece: ¿el que surgió de la amenaza de pena o el otro? En general, la relación será determinada de tal forma que el último de aquéllos se refiere solamente a casos especiales. Por lo tanto, no se niega la antijuridicidad en

general sino solamente en casos puntuales. Tiene, por eso, un significado de *lex specialis* que se antepone a la *lex generalis*. La aplicabilidad de esta última se encuentra condicionada a la no existencia de uno de los casos en los cuales se aplica la *lex specialis*. Sólo bajo esta condición, es decir, que esté ausente esta circunstancia, es punible la acción. La circunstancia en sí puede ser denominada como elemento negativo del hecho [Tatbestand].

En realidad, ¿no se tendría que discutir por semejantes formulaciones, puesto que todo ello depende de la disposición legal! Quien a pesar de todo ello rechaza el concepto de elemento negativo del tipo penal puede ser convencido, quizás, de la exactitud de estos conceptos a través de las siguientes consideraciones.

A la culpabilidad le corresponde, como se mencionó precedentemente, la naturaleza de las circunstancias bajo las cuales se realiza la acción. Anormales son, según el concepto del legislador, las circunstancias concomitantes que para el autor (o a veces también para un tercero) significan un peligro. El que en estado de necesidad, para salvarse de un peligro, realiza una acción normalmente punible, no actúa culpablemente, así como tampoco quien actúa en forma idéntica en una situación de defensa necesaria. Aquí falta la culpabilidad, porque no se le puede reprochar al autor haber actuado bajo estas circunstancias.

Si el autor supone en forma errónea estar en peligro, entonces ello puede derivar quizás en algún reproche para él; si el autor no tomó en cuenta la medida de atención que se podía esperar de él según las circunstancias del caso. Pero de ahí que, si el autor se salva de tal manera del supuesto peligro como lo tendría que haber hecho

del peligro real, no se le puede hacer reproche alguno. La acción necesaria o la acción defensiva realizada en un estado de necesidad o de defensa necesaria putativa es considerada en sí inculpable. Recién cuando todo se retrotrae a su génesis, surge el error del autor acerca de las circunstancias concomitantes, y la culpabilidad queda al descubierto. En la medida en que el error es reprochable, lo es la acción en sí. Se puede llegar por esta vía a una culpabilidad dolosa sólo cuando se supone que el autor dolosamente se ha colocado en error —una suposición que, salvo en lo teórico, apenas puede darse—. Queda, entonces, para la praxis solamente la hipótesis de una inculpación imprudente.

Si el concepto de culpabilidad está correctamente reconocido, se puede desarrollar también el principio jurídico de una manera estrictamente lógica, sin apelar al concepto de las circunstancias de hecho negativas.

~ 5 ~

La cuestión últimamente tratada se manifiesta de manera mucho más sencilla, en cuanto uno acepta que corresponde al dolo la conciencia de la antijuridicidad. Si se parte de este requisito, se da la exclusión automática del dolo en el caso de la defensa necesaria putativa. Pero que el dolo exija la conciencia de la antijuridicidad no se puede deducir del § 59 [Cód. Pen. alemán], porque él solamente se refiere a un error sobre las circunstancias de hecho. De igual manera, tampoco pueden convencer aquellas proposiciones que se

derivan de una determinada teoría penal. Sólo pueden hacerlo a través de un camino histórico o partiendo de la esencia de la culpabilidad en general.

La demostración histórica se basa, nada menos, sobre sólidos fundamentos. Ya para el derecho romano, expresaba MOMMSEN lo siguiente: "El derecho romano aplicó también a la ley penal, la cual no era percibida por desconocimiento de derecho, la regla del derecho privado según la cual la persona que participa del comercio está obligada a conocer las leyes estatales y cada incumplimiento de ellas, incluso las que se ignoran, importa una inculpación y, por el contrario, se libera de esta obligación a la rusticidad y a la persona de sexo femenino, incluso en caso de incumplimiento de una ley penal no basada en la moral, cuyo desconocimiento es presunto o disculpado"¹⁶.

Esta interpretación se mantuvo también en el período del derecho común, sólo que a menudo se tomó —no se sabe si ella es acorde o no— como ayuda el precepto proveniente del derecho romano, según el cual el error de derecho no tiene efecto disculpante en el caso de *delictis iuris gentium*, pero sí en *delictis iuris civilis*¹⁷.

Especialmente durante el siglo XIX se afirmó que cualquiera está obligado a conocer las leyes que han sido dadas a conocer mediante publicación, y de aquí se extrae la consecuencia de observar la culpa, en el caso de desconocimiento

¹⁶ *Römisches Strafrecht*, pág. 93.

¹⁷ FEUERBACH, *Lehrbuch* (1840), 13ª ed., § 57, con nota II de J. C. A. MITTERMAYER. Posteriormente: HEFFTER, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Criminalrechts* (3ª ed., 1846), § 55; KERSTING, *Das Strafrecht in Kurhessen* (1853), págs. 145 y siguientes.

de la ley que se infringe. Este pensamiento tuvo acogida en el art. 99 del Código Penal de Württemberg, que determina lo siguiente:

“La falta de conocimiento de la ley no excluye la pena legal; la excepción sólo tiene lugar cuando a causa de circunstancias especiales se presenta la total inculpabilidad de tal ignorancia”.

Más estrictas fueron aún otras leyes. Así, en el art. 41 del Código Penal de Hesse de 1841, se decía:

“El desconocimiento de la ley no excluye la imputación; así como tampoco la ignorancia o el error respecto a la clase y magnitud de la pena”.

En Prusia, el § 44 del Código Penal de 1851 explicaba que en caso de desconocimiento “de las cualidades especiales en la persona del autor o de aquel en quien recae la acción, o de circunstancias especiales bajo las cuales fue ejecutada”, no se le puede atribuir al autor la acción como crimen o delito. Sin embargo, la praxis entendió ello como no referido al error de derecho¹⁸.

Cuando más tarde se inició la elaboración del Código Penal para la Federación Alemana del Norte, se quiso tomar como pilar la principal concepción del derecho prusiano y solamente excluir ciertas dudas que se encuentran fuera de las cuestiones aquí tratadas.

La Exposición de Motivos del proyecto propuesto por el Ministerio de Justicia prusiano

¹⁸ OPPENHOFF, *Rechtsprechung des Obertribunals*, vol. 4, pag. 19; vol. 5, pag. 156.

(1869) explica que los cambios realizados son puramente de redacción y hablan expresamente del error de hecho en el marginal del § 52, sin mencionar de forma alguna el error de derecho. Este § 52 se corresponde al § 57 del Proyecto de 1870, el cual, palabra por palabra, concuerda con el ahora vigente § 59.

Si bien la redacción del § 52 se distancia bastante del primer Proyecto, a pesar de ello se calificó, en este caso, una diferencia solo de redacción frente al Código Penal prusiano.

La investigación histórica habla en contra de la afirmación de que el § 59 hace de la conciencia de la antijuridicidad un elemento constitutivo del dolo y hace caer de un solo golpe dos argumentos esgrimidos por los opositores. Pero con todo ello la cuestión planteada no queda terminada. Pues, cabe preguntarse ¿se puede hacer reprochable a alguien por su comportamiento cuando él no conocía el precepto penal que lo prohibía?

La negación de esta cuestión quizás estaría planteada si la conducta humana estuviera dominada por el derecho. Al lado de él se hallan los poderes de la ética y de la moral. Si se tiene en cuenta esto, se demuestra que la reprochabilidad de un comportamiento no depende sino del conocimiento de la norma legal prohibitiva, puesto que quien no conoce una norma como una norma jurídica la puede conocer como una norma ética. Se puede compatibilizar así el error de que sólo puede existir un comportamiento según lo prevé la ley, pese a la conciencia de que la ética no lo admite. Pero un legislador que observa sus normas como derivadas de una correcta ética social puede aceptar como dada una suficiente reprochabilidad cuando el autor tiene sólo la conciencia últimamente mencionada y en la ausencia de esta

conciencia puede ver algo reprochable, salvo que se trate de una enfermedad mental.

Desde ese mismo punto de vista, un legislador puede tomar, tal como el romano o el del siglo XIX, la ignorancia de la ley como el motivo del incumplimiento de un deber.

Este resultado responde, según mi firme convicción, al derecho positivo. Otra cuestión distinta es si ello es conforme al derecho justo. Esta cuestión no podría ser respondida en forma afirmativa, puesto que la presunción de que cualquiera tiene que conocer las leyes es en general exagerada, dado que la relación entre las pequeñas transgresiones a numerosas normas y la ética social es muy laxa como para presumir que cualquiera la conozca.

Sobre esto se podría pensar que alguien conozca que una acción en general está prohibida, pero que la considera permitida bajo ciertas determinadas circunstancias, sin que directamente se le pueda formular un reproche por ello. Así, según un ejemplo extraído de von BELING, en el caso de un médico que acelera la muerte de un paciente para procurarle solamente el beneficio de la eutanasia. Es total y absolutamente intolerable que las instrucciones de una autoridad que actúa dentro del marco de su competencia ni siquiera lo proteja de la pena.

Si todo esto no ayuda para nada en el derecho vigente, debería exigirse con mayor decisión al legislador futuro que sea más cauteloso con su reproche. Quizás se podría tomar en consideración, como punto de partida, la siguiente frase extraída del proyecto de Código Penal del Gran Ducado de Hesse, que fue tomada en cuenta como figura legal:

"La ignorancia de la ley no excluye la imputación, salvo que la acción no sea una de aquellas

que ya se encuentran prohibidas según los principios de la religión y de la costumbre, y cuyo autor, por total desconocimiento inculpable de una ley penal especial vigente, la considera como permitida y no punible”¹⁹.

~ 6 ~

Las relaciones psíquicas mediante las cuales está vinculado el autor que actúa dolosamente con su hecho, son caracterizadas tanto con la expresión “voluntad” como con la de “representación” (o también, en lugar de representación, se puede decir de previsión, de intención, de conocimiento). Desde que yo publiqué el ensayo, hace diecisiete años, en el tomo X de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (pág. 186 y ss.), se contraponen una “teoría de la voluntad” y una “teoría de la representación”. Esta contraposición tuvo el efecto de un golpe de palabra. Quien estudia la moderna doctrina sobre las cuestiones de culpabilidad tiene la impresión de que se refleja en ella la contraposición de dos distintas concepciones del mundo. Y ello a pesar de que yo en aquel entonces decía (pág. 170): “Para describir el antagonismo ‘con una breve frase hecha’ utilizo a continuación las expresiones teoría de la voluntad y teoría de la representación. Observo que con ello se debería aludir a una contraposición más bien formal que interna, ¡y así tengo la esperanza de

¹⁹ Extraído de BREIDENBACH, *Kommentar über das Großherzoglich Hessische StGB*, vol. 1 (1842), pág. 551.

haber prevenido malos entendidos!" Raras veces fui defraudado en una esperanza como en este caso, puesto que hoy en día yo puedo solamente diferenciar a los opositores de la teoría de la representación entre aquellos que me han entendido más o menos.

Al primer grupo de escritores pertenecen BELING, BIRKMEYER, von BURI y LAMMASCH. Este último escribió en su *Grundriß des Strafrechts*²⁰: "El conocimiento del dolo no puede ser peor desconocido de lo que es en el caso de la moderna 'teoría de la representación' (FRANK, LISZT y otros). La previsión de un resultado no es dolo con respecto a él, sino que todavía debe agregarse a la función intelectual de la representación la emoción de la voluntad, y eso ya lo dice la expresión 'proponerse algo' que alude a una actividad, a un querer". En estrecha relación a esta objeción, están las observaciones que realiza BELING en la segunda edición de su *Grundzüge* (pág. 54). Allí describe como gran error que la teoría de la representación se conforma con la sola representación "con desconexión del momento voluntario". En la tercera edición (pág. 62), le dio otra concepción a la objeción y explica que la teoría de la representación "no comprende que el ser humano de ninguna forma puede ser responsable de la representación de imágenes que puedan surgir de su alma; las representaciones en sí prescinden de todo carácter culpable". De hecho, parece que la valoración de la teoría de la representación no ha cambiado.

Yo no tengo motivación para convertirme en un defensor de von LISZT, pero a los honrados colegas BELING y LAMMASCH quiero preguntarles

²⁰ S.A. a. d. *Grundriß des Österreichischen Rechts*, 3ª ed. (1906), pág. 23.

en qué lugar estuve a favor de la exclusión del momento voluntario del concepto de dolo. En realidad yo expliqué ya, en mi más viejo ensayo (pág. 222), que todavía no se le ocurrió a ningún partidario de la teoría de la representación excluir del derecho penal el concepto de voluntad; solamente opiné que el momento voluntario estaba suficientemente expresado en el requisito de la acción (pág. 218), tanto como para que no sea necesario volver a traerlo en la definición del dolo. Me pareció impensable una culpabilidad penal sin acción, y encontré la culpabilidad en el hecho de que el autor actúa a pesar de que tenga la representación del resultado de su acción (pág. 222). El problema estaba para mí igual que para los partidarios de la teoría de la voluntad: yo quería determinar en qué momento sería la actuación de la voluntad dolosamente culpable.

Un cierto parentesco con las mencionadas proposiciones se presenta con las de BIRKMEYER²¹. Él menciona como un error de la teoría de la representación que ella vea en la voluntad (solamente) una manifestación de la representación. Mientras que LAMMASCH y BELING afirman que la teoría de la representación elimina la voluntad, BIRKMEYER dice: esta teoría no lo dice, pero ella identifica representación y voluntad. Si bien es cierto que algunos psicólogos dejan subordinada la voluntad a la representación, cuando BIRKMEYER, sin más, también me considera a mí en esa dirección, realmente desconozco por qué motivo he merecido eso, puesto que he remarcado permanentemente que en los actos voluntarios —considerados en su totalidad— para-

²¹ En su *Enzyklopädie* S. 163.

lamente a la representación, juega también una función psíquica muy especial, a la cual no le he escatimado, de ninguna manera, la denominación de "querer"²².

Puede ser que el rechazo de BIRKMEYER a la teoría de la representación se explique a partir de su punto de vista decididamente indeterminista. Por lo menos en su tiempo, von BURI consideró la teoría de la representación como derivación del determinismo²³. Cuán poco implica la teoría de la representación al determinismo o que el determinismo conduce a la teoría de la representación, lo demuestra la circunstancia de que un decidido representante de la falta de libertad en el querer, Robert von HIPPEL, se ha manifestado con dureza en contra de la teoría de la representación²⁴. Si con ello he de recibir la indirecta que él me arroja, entonces lo hago con un determinado convencimiento de que solamente así es alcanzable una pronta conclusión de la paz.

Mi trabajo repetidamente citado se divide en tres partes. En la primera, busco demostrar con base en el desarrollo de la historia dogmática que el *dolus* no es determinado con una suficiente claridad cuando se lo denomina como "el querer el resultado", siendo mayormente necesario remontarse a las representaciones actuantes en el acto de voluntad. Ello condujo a la teoría de la representación. En la segunda parte, examiné si psicológicamente en realidad resulta admisible hablar del "querer el resultado". Al negar yo esta cuestión, llegué nuevamente a la teoría de la

²² Comparar esto en mi viejo ensayo, pág. 204.

²³ *Gerichtssaal*, vol. 43, pág. 243.

²⁴ *Die Grenzen von Vorsatz und Fahrlässigkeit* (1903).

representación. En la tercera parte, la trabajé en forma más detallada y arribé a las siguientes conclusiones:

Dolo (*dolus*) es la previsión (la conciencia) del resultado de mi actuación, unido al conocimiento de aquellas circunstancias, las cuales hacen punibles la acción. La previsión se expresa:

1° en el juicio: el resultado se cumplirá...
(previsión del resultado como cierto);

2° en el juicio: el resultado debe cumplirse...
(previsión del resultado como necesario);

3° en el juicio: el resultado puede cumplirse...
(previsión del resultado como posible).

Si la previsión del accionante se expresa a través de este último juicio, entonces existe dolo sólo cuando la previsión del resultado como cierta o necesaria lo habría hecho abstenerse de actuar²⁵.

Quien conoce mi *Kommentar zum Strafgesetzbuch* [Comentario del Código Penal], sabe que yo no he mantenido esa formulación. Normalmente he prescindido de la diferenciación entre la previsión del resultado como cierto y necesario. En cambio, he aceptado la hipótesis de que el autor se encuentra en dolo con relación al resultado deseado o "propuesto"; de igual manera si él se lo representa como seguro o sólo como posible. Por lo tanto, mi definición de dolo se expresa:

Dolo es el conocimiento, en forma conjunta con la actuación voluntaria, de las circunstancias de hecho que pertenecen al tipo legal o que agravan la punibilidad²⁶.

²⁵ Ob. cit., pág. 217.

²⁶ En forma parecida ya LUCAS, *Die subjektive Verschuldung* (1882), pág. 8.

Von HIPPEL toma la siguiente postura con relación a mi viejo trabajo y a la 3ª y 4ª edición de mi *Kommentar* [Comentario]:

Explica que es perfectamente aceptable hablar de "querer el resultado". La única y verdadera teoría del dolo sería la teoría de la voluntad. Y, precisamente, esta última lleva a mis hipótesis actuales.

La cuestión sobre cuándo debe computarse como doloso el resultado representado sólo como posible solamente sería contestada en forma correcta por "la fórmula de Frank". Pero FRANK no habría logrado, desde el punto de vista de la teoría de la representación, fundar en forma correcta esta fórmula. Este fundamento sólo podría lograrse mediante la teoría de la voluntad. En verdad, sería también FRANK un partidario de esta última, y la definición dada en su *Kommentar* sería una definición aparente.

No voy a replantear si es correcto decir que el resultado es psicológicamente querido. También puede ser que esa forma de expresarse no se encuentre muy alejada de las ideas de ciertas teorías psicológicas como he supuesto anteriormente. Todo eso no afecta en nada mis convicciones, puesto que éstas se ceñían a la expresión "voluntad del resultado", la cual no es una idea suficientemente clara y, para darle un sentido prístino, debía regresarse al contenido representativo, el cual acompaña al acto voluntario.

Desde luego, eso no fue nada nuevo y tampoco podía serlo, puesto que la doctrina, en forma absoluta, desde el fin del siglo XVIII —si el análisis no es superficial—, se ha ocupado de la siguiente cuestión: ¿qué significa querer un resultado? ¿qué representación debe haber tenido el autor para

que se pueda afirmar que él lo ha querido?²⁷ Así se expresa, para von HIPPEL, el núcleo básico de la cuestión: ¿cuándo es querido el resultado representado?

En el examen de esta cuestión arriba von HIPPEL a un resultado idéntico al mío. La diferencia se reduce a que von HIPPEL, en su línea lógica representación-dolo, introduce la voluntad como un término medio. Dice: dolo existe cuando el resultado es querido; pero el resultado es querido cuando él es presentado en la forma a, b o c. Yo digo que salteando el elemento volitivo, el dolo existe cuando el resultado fue presentado en la forma a, b o c.

Pero el resultado de mis investigaciones no es contra lo que polemiza von HIPPEL, sino contra el método. Contra mí y contra otros representantes de la teoría de la representación, se manifiesta de la siguiente manera: "Es pura apariencia, cuando vosotros emprendéis la definición del dolo a través de la representación. Vosotros desmentís en forma parcial la admisibilidad y en parte la utilidad de la expresión 'resultado querido'; pero en el trasfondo de todas vuestras deducciones, está el concepto referido a esta expresión. Puesto que si la representación del resultado completa en realidad al dolo, entonces lo tendría que hacer toda representación. Pero eso ni vosotros lo afirmáis. Vosotros excluís una gran cantidad de casos en los cuales el resultado está solamente representando como posible. Aquí vosotros nos llamáis partidarios de la teoría de la voluntad para ayudaros; dentro de lo cual vosotros pensáis siempre con distintos conceptos esto: la repre-

²⁷ Ver "Historische Übersicht" en KRUG, *Über Dolus und Culpa* (1854).

sentación del resultado como posible sólo alcanza cuando el resultado fue querido”.

A esto contesto: los partidarios de la teoría de la representación nunca consideraron la representación como suficiente para integrar el concepto de dolo, sino sólo la representación en su relación con el acto voluntario. Ellos parten, como ya se había mencionado, de que sin acción, es decir, sin el concurso de la voluntad, no existe de ninguna forma la culpabilidad. Para la relación de la representación con la voluntad, los siguientes casos son de importancia:

1. La representación del resultado ha actuado o codeterminado al autor a obrar. Por lo tanto, el resultado es previsto, propuesto²⁸. El reproche que en este caso le corresponde al autor es el más grave. Mientras se podía esperar que se abstuviera de actuar por la representación del resultado, en cambio, se dejó determinar por ella para la acción.

2. La representación del resultado no apartó al autor de su accionar. El autor no le concedió influencia alguna a la representación sobre su voluntad. Desde aquí se le puede hacer un reproche inmediatamente próximo al precedente, cuando él se representó el resultado como seguro. Por el contrario, si se lo representó sólo como posible, no se expuso al mismo reproche. Quizás él esperaría evitarlo, quizás la representación de poder desviar la influencia dañosa lo determinó a obrar. Solamente en ese caso el reproche es aproximadamente lo mismo, cuando la diferencia entre seguro y posible no tenía significado para el autor, cuando él hubiera actuado bajo todas las circunstancias tal como actuó.

²⁸ Ver aquí, especialmente, M. E. MAYER, *Die schuldhaftes Handlung* (1901), págs. 64 y siguientes.

Otra vez éste es el punto donde he encontrado la confirmación de von HIPPEL. Como está demostrado, he podido llegar a este punto sin haber hablado de un querer el resultado. Este cambio tiene una ventaja que se traduce en que él es capaz de abarcar todos los casos de representación del resultado suficientes para el dolo. Pero acaso esta capacidad sólo la tiene cuando uno se pone de acuerdo en no considerar el "querer el resultado" en el sentido usual y común, el cual se refiere al resultado propuesto, sino en un sentido más amplio, de modo que también abarque ciertos resultados solamente previstos.

Si se acepta el desarrollo de mis pensamientos, la supuesta contraposición entre la teoría de la voluntad y la teoría de la representación está despojada de su real significado. ¡Un *pereat* a las frases hechas! Por más que el inventor sea muy prudente —y de ello me puedo jactar— su misión para producir contradicciones, las cuales no tienen un fundamento real, se cumple a pesar de todo.

Como se ha dicho, en el resultado, von HIPPEL está de acuerdo conmigo. Creo haber podido rechazar sus objeciones dirigidas contra mi método. Sólo restan diferencias completamente jurídicas, ya que la afirmación de mi definición del concepto del dolo no es más que una definición aparente.

En este punto he de aceptar que ella, entendida como definición de la culpabilidad dolosa, no está del todo libre de objeción. El dolo es un elemento de la culpabilidad, por lo tanto, una circunstancia que, con relación a otras varias, da como resultado la culpabilidad. Ahora bien, la representación, la previsión, el saber, el conocer, ni en sí mismos ni con relación a la imputabilidad o con las circunstancias bajo las cuales se actúa,

no pueden ser denominados como culpabilidad. De todos modos, tampoco he ubicado el momento culpable en el conocer, sino en el conocimiento que acompaña a la acción, a la actuación voluntaria. Pero eso tampoco es absolutamente correcto. Más que nada, lo culpable se ubica en no dar importancia a ciertas representaciones hacia motivos contrastantes decisivos. Más exacto sería, por lo tanto, decir: doloso es el actuar del cual el autor no habría dejado de abstenerse por la representación de las circunstancias de hecho.

Restaría, entonces, la objeción de que cada una de esas representaciones no constituye dolo. Si se quisiera recargar la definición del dolo con la diferencia de los grados de representación, entonces sería imposible que la definición pudiera cumplir con el objetivo de ser una breve definición de ciertas ideas.

De todos modos, se tendría que tener en cuenta que tampoco se puede prescindir de menciones especiales cuando al dolo se lo define como el querer el resultado. ¡Pequeñas incorrecciones *intra muros et extra*! Pero no sé qué es peor, si las consecuencias que he afirmado precedentemente o las consecuencias de la teoría de la voluntad, según la cual, como lo observó von LISZT²⁹, debería también decirse que el ladrón quiere que el objeto robado sea ajeno.

Desde que la teoría de la representación logró, victoriosamente a su favor, el principio según el cual el dolo del autor puede abarcar un resultado que no está previsto, la polémica es, según lo remarca HARTER, además de von LISZT, sólo ter-

²⁹ *Lehrbuch*, § 39, nota 3.

minológica³⁰. El legislador del futuro deberá plantearse la cuestión de si no es posible introducir distintos grados dentro de la inculpación dolosa³¹, y para decidir esta cuestión, se le otorga un rico material a la polémica, que ha llevado a una contradicción evitable de las teorías.

Para la reconstrucción dogmática del derecho resulta de inmensa importancia el principio mencionado precedentemente, de que el concepto de culpabilidad no abarca las circunstancias concomitantes. Quisiera desear que el debate se amplíe más hacia este principio, que sobre la acabada contradicción de las teorías de la voluntad y de la representación.

En oportunidad de esta controversia psicológica advierto a mis colegas sobre una diferenciación, la cual, en la moderna psicología, tiene un cierto *rol*: la diferencia entre el objeto y el contenido de la conciencia.

Yo sé una realidad: "pero quizás mi ojo espiritual no está dirigido a esa región" (...) "yo no la aprehendo a pesar de ser contenido de mi conciencia, pero en este momento no es su objeto"³².

A consecuencia de ello, se le presenta al jurista esta cuestión: ¿pertenece al dolo que yo en el momento de la acción también lo piense? Por ejemplo, ¿depende la pena por seducción de que el autor no solamente conozca la minoridad de la muchacha, sino que también piense en eso?

³⁰ Ver, sobre ello, especialmente LÖFFLER, ob. cit., págs. 5 y ss., y 10.

³¹ *Schweizer Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 17, pág. 186.

³² LIPPS, *Leitfaden der Psychologie* (2ª ed., 1906), págs. 5 y 6.

Según mi conocimiento, esta cuestión hasta ahora fue apenas tocada por la doctrina criminalística. Por ahora, soy de la opinión de que el resultado debe ser pensado, pero que las restantes circunstancias concomitantes solamente necesitan ser sabidas. ¡El futuro legislador deberá también formular esta cuestión como objeto de su conciencia!

BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, Hans, *Historische und dogmatische Grundlagen der Strafrechtssystematischen Schuldlehre*, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1974.
- BELING, Ernst von, *Esquema de derecho penal*, traducción de Sebastián Soler, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- DOHNA, Alexander Graf zu, *La estructura de la teoría del delito*, traducción de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.
- FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Culpabilidad y teoría del delito*, Editorial B de F, Buenos Aires, 1995.
- FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 1ª edición, Leipzig, 1897; 18ª edición, Mohr, Tübingen, 1931.
- , *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*. Sonderabdruck aus der Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Giessen zur Dritten Jahrhundertfeier der Alma Mater Ludoviciana, Giessen, 1907.
- Primera versión castellana: *Estructura del concepto de culpabilidad*, traducción de

- Sebastián Soler, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal, Universidad de Chile, 1966.
- GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad*, traducción de Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, Depalma, Buenos Aires, 1943.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984.
- HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho penal*, en "Obras completas", traducción de Daniel R. Pastor, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal*, "Parte general", 4ª edición, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1956.
- KAUFMANN, Arthur, "Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho", en KAUFMANN, Arthur y HASSEMER, Winfried, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, edición española a cargo de Gregorio Robles, Debate, Madrid, 1992.
- LISZT, Franz von, *Tratado de derecho penal*, traducción de Luis Jiménez de Asúa, Reus, Madrid, 1927.
- MAIWALD, Manfred, *Causalità e diritto penale*, traducción de Francesca Brunetta d'Usseaux, Giuffrè, Milano 1999.
- L'evoluzione del diritto penale tedesco*, a cura

di Vincenzo Militello, G. Chiappichelli Editore, Torino, 1993.

MAURACH, Reinhart y ZIFF, Heinz, *Derecho penal*, "Parte general", traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994.

MAYER, Hellmuth, *Strafrecht*, "Allgemeiner Teil", Kohlhammer, Stuttgart, 1967.

MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Libro de Estudio*, "Parte general", traducción de Conrado A. Finzi, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.

—, *La culpabilidad en el moderno derecho penal*, traducción de José Ma. Navarrete, Universidad de Valladolid, 1956.

RADBRUCH, Gustav, *Über den Schuldbegriff*, ZStW, tomo 24, 1904.

ROXIN, Claus, *Derecho penal*, "Parte general", traducción de Diego-Manuel Luzón Peña y otros, Cívitas, Madrid, 1997.

RÜPING, Hinrich, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, C.H. Beck, München, 1991.

SCHMIDT, Eberhard, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3ª edición, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1983.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal*, "Parte general", traducción de Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982.

WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª edición, De Gruyter, Berlin, 1969.