

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA

Leihgabe Prof. Ambos

DOCTRINA

15

Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad.

Alessandro Baratta.

La criminalidad (o "el delincuente") a través de las definiciones sociales (o etiquetamiento).

Werner Rütger.

Política criminal y derecho penal.

Juan Guillermo Sepúlveda.

Sobre el subjetivismo en el último derecho penal alemán.

Juan Fernández Carrasquilla.

Metodología de la enseñanza del derecho penal.

Edgar Saavedra Rojas.

Composición del tipo del injusto.

Servio Tulio Ruiz.

DOCUMENTOS

Nuevo examen de los elementos del delito.

Biagio Petrocelli.

JURISPRUDENCIA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. El delito político y la no extradición cuando de él se tratare. Caso Barozzi.

Fabio Calderón Botero.

CONSEJO DE ESTADO. Facultades de la procuraduría en los procesos disciplinarios seguidos a la policía.

Jaime Betancur Cuartas.

CO/XIV
F/Z

2345

JULIO • AGOSTO • SEPTIEMBRE

AÑO IV • Julio • Agosto • Septiembre 1982 N° 15

Licencia en trámite

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

Coordinadora



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1982

La responsabilidad por las opiniones emitidas en artículos, notas o comentarios firmados, publicados en esta Revista, corresponde a sus autores exclusivamente.

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

© Nódier Agudelo Betancur, 1982.
© Editorial Temis S.C.A., 1982.
Calle 13, núm. 6-53.

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Gráficos Temis.
Carrera 39 B, núm. 17-98, Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta Revista, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis, S.C.A.

Solo se autoriza la reproducción de *artículos* siempre que se indique que han sido tomados de esta Revista.

Impresa por EDITORIAL TEMIS S.C.A., Bogotá - Colombia

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

Observaciones sobre las funciones de la cárcel en la producción de las relaciones sociales de desigualdad. Profesor Alessandro Baratta	737
Metodología de la enseñanza del derecho penal. Doctor Edgar Saavedra Rojas	750
La criminalidad (o "el delincuente") a través de las definiciones sociales (o etiquetamiento). Profesor Werner Rüther	767
Política criminal y derecho penal. Doctor Juan Guillermo Sepúlveda	780
Sobre el subjetivismo en el último derecho penal alemán. Doctor Juan Fernández Carrasquilla	795
Composición del tipo del injusto. Doctor Servio Tulio Ruiz	805

DOCUMENTOS

Nuevo examen de los elementos del delito. Biagio Petrocchi	835
--	-----

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. El delito político y la no extradición cuando de él se tratare. Auto de mayo 26 de 1982. Ponente: doctor Fabio Calderón B.	885
CONSEJO DE ESTADO. Facultades de la procuraduría en los procesos disciplinarios seguidos a la policía. Auto de mayo 24 de 1982. Ponente: doctor Jaime Betancur Cuartas	889

BIBLIOGRAFÍA

Tratado de derecho penal. Parte general (H. H. Jescheck)	893
El error en la moderna teoría del delito. Comentarios al nuevo Código Penal colombiano (Hernando León Londoño Berrío)	895

DOCTRINA

OBSERVACIONES SOBRE LAS FUNCIONES DE LA CÁRCEL EN LA PRODUCCIÓN DE LAS RELACIONES SOCIALES DE DESIGUALDAD*

ALESSANDRO BARATTA

Traducción del Dr. Juan Guillermo Sepúlveda A.

I

El derecho penal contemporáneo se autodefine como *derecho penal del tratamiento*. La legislación más reciente atribuye al tratamiento la finalidad de reeducar y reincorporar al delincuente a la sociedad. La nueva ley penitenciaria italiana¹ prevé que “en relación con los condenados y los internados debe emplearse un tratamiento reeducativo que tienda, a través de los contactos con el mundo externo, a la reincorporación social de ellos” (art. 1°). La nueva ley penitenciaria alemana² asigna a la ejecución de la pena de detención y a las medidas de seguridad privativas de libertad, el fin de hacer del detenido una persona capaz “de conducir en el futuro, con responsabilidad social, una vida sin delitos” (§ 2).

En estas nuevas enunciaciones de principio, se vislumbran entre renglones, dos elementos de preocupación que limitan el optimismo del legislador. Al primero lo llamaré *el elemento escéptico*. El legislador sabe que las innovaciones aportadas al sistema carcelario no pueden hacer desaparecer de un golpe los efectos negativos de la cárcel sobre la vida futura del condenado y que son opuestos a su reintegración. El proyecto legislativo para la nueva ley alemana no encuentra superfluo acompañar las innovaciones con una cláusula general dirigida a controlar los efectos nocivos de la cárcel, que en tal modo son dados como un presupuesto, y por la cual se pide a las autoridades competentes “limitar lo más posible aquellas particularidades de la vida del instituto, que

* Ensayo presentado al Congreso de Estudios Regionales sobre “Estructura y función de las cárceles: papel del ente local”.

¹ Ley 354, de 26 de julio 1975 (*Gazzeta Ufficiale* del 9 de agosto de 1975).

² Strafvollzugsgesetz, 16 de marzo de 1976 (*Bundesgesetzblatt*, I, págs. 581 y ss.).

pueden tornar al individuo inhábil para la vida, en modo que la diferencia entre una vida en el instituto y la vida en el exterior no sea más fuerte de cuanto es inevitable"³.

El elemento real se desprende de saber que, en la mayor parte de los casos, el problema que se plantea con respecto al detenido no es tan solo el de una desocialización o de una reeducación. En la base del actual movimiento de reforma penitenciaria está más bien el hecho real de que la población carcelaria proviene, en su mayor parte, de zonas de marginación social, caracterizadas por deficiencias que inciden sobre la socialización primaria en la edad preescolar. Viendo bien las cosas, aquello que parece un simple matiz filosófico en la definición del fin del tratamiento ("socialización" o "resocialización"), revela ser una transformación decisiva de su concepto⁴. Esto cambia la relación entre las instituciones carcelarias y el conjunto de las instituciones, privadas o públicas, destinadas a la tarea de la socialización y de la instrucción. La cárcel viene a ser parte de un *continuum* que comprende familia, escuela, asistencia social, organizaciones culturales de tiempo libre, preparación profesional, universidad e instrucción de los adultos. El tratamiento penitenciario y la asistencia pospenitenciaria previstos en las nuevas legislaciones, son un sector altamente especializado de este *continuum*, orientado hacia la recuperación de los retardos de socialización con que tropiezan los individuos marginados, así como las escuelas especiales tienden a recuperar los menores rebeldes, desadaptados en la escuela normal. Ambas son instituciones especializadas para la integración de una minoría de sujetos desviados.

Esto permite a un inspirado representante de la nueva ideología penitenciaria expresar:

Estando hoy, en una sociedad en que el problema de la educación se ha convertido en el problema social por excelencia, la *política social no puede hacerse sin política de educación*, esto significa que las sanciones penales deben siempre venir como una parte de la política de educación. Los procesos regulativos del proceso penal no pueden comprenderse fuera de los otros procesos sociales de la socialización y de la educación. (Calliess, 1974, 129)⁵.

Por atracción de lo que se verifica en el período penitenciario, como se ve, todo el sistema penal tiende a entrar como subsistema específico en el universo de los procesos de socialización y de educación, que el Estado y los otros aparatos ideológicos (ALTHUSSER, 1950) institucionalizan siempre una red más capilar. Esta tiene la función de atribuir a cualquier individuo los modelos de comportamiento y los conocimientos relativos a los diversos *status* sociales y, así, la distribución de los *status* mismos. Este fenómeno es complementario de aquel por el cual el sistema de control social, en la sociedad posindustrial,

³ Bundestags - Drucksache 7/918 (23 de julio de 1973): 3. El texto definitivo de este párrafo (primer párrafo) es "la vida en el tratamiento debe venir uniformada hasta donde es posible a las condiciones generales de vida".

⁴ Cfr. SCHÜLER-SPRINGORUM H. (1969, 157 y ss.), que habla de "socialización sustituta". G. KAISER (1972, 7).

⁵ Cfr. también R. P. CALLIESS (1971, 135 y ss.).

tiende a cambiar su campo de gravitación de la técnica represiva a aquella no represiva de la socialización, de la propaganda, de la asistencia social. El derecho penal tiende así a ser reabsorbido en este difuso proceso de control social, que hace caso omiso del cuerpo para obrar directamente sobre el alma, y que, aún más, "crea" el alma, como ha demostrado recientemente FOUCAULT (1975), al describir una evolución que comenzó hace doscientos años, con el inicio del sistema carcelario.

Esto que he escrito hasta ahora es, naturalmente, el esquema ideológico, no el sistema real del proceso de transformación del sistema punitivo; es decir, representa el modo como esto es concebido, o tiende siempre más a serlo, de parte de los individuos que esperan la tarea de prepararlo, administrarlo, controlarlo y transmitir una imagen útil a su funcionamiento.

La historia del sistema punitivo —escribe RUSCHE— es más que la historia de un pretendido autónomo desarrollo de algunas "instituciones jurídicas". Es la historia de las relaciones entre las "dos naciones", como las llamaba DISRAELI, de que se componen los pueblos: los ricos y los pobres (1933, 70).

La frase de RUSCHE mantiene hoy su fundamental validez también en la perspectiva nueva del tratamiento penal como socialización sustitutiva. De este punto de vista se ha observado que:

"Las instituciones del derecho penal pueden ser consideradas, al lado de las instituciones de la socialización, como la instancia decisiva de la seguridad en la realidad social. El derecho penal realiza al extremo inferior del *continuum*, esto es que la escuela realiza en la zona media y superior de esta: la separación del grado de la cizaña, su efecto al mismo tiempo constituyente y legítima la escala social existente y en tal modo asegura una parte esencial de la realidad social (STEINERT, 1973, 22).

Es en la zona más baja de la escala social donde la función seleccionadora del sistema se transforma en función marginadora. La línea de límites entre los estratos más bajos del proletariado y las zonas de subdesarrollo y marginalidad, señala, en efecto, un punto permanente crítico en el cual, a la acción reguladora del mecanismo general del mercado de trabajo se agrega, en ciertos casos, la de los mecanismos reguladores y sancionadores del derecho. Esto se verifica propiamente en la creación y en la gestión de aquella zona particular de marginalidad que es la "población criminal".

Bajo el pesado velo de pudor y de falsa conciencia que está sobre el mismo, no sin el concurso de una parte de la sociología oficial, con la imagen falaz de una "sociedad de clase media", la estratificación social, la desigual distribución de la posibilidad de obtener los recursos y los *chances* sociales, es drástica en la sociedad capitalista avanzada.

II

Los analistas teóricos y una serie de innumerables investigaciones empíricas⁶ han llevado la crítica del derecho penal a resultados que se pueden condensar

⁶ Cfr. D. SUDNOW (1965, 255 y ss.); R. QUINNEY (1969, 1 y ss.); MC. NAUGHTON-SMITH P. (1969, 189 y ss.); F. SACK (1971, 384 y ss.); A. BARATTA y G. SMAUS (1975). Sobre esta última información, cfr. la noticia publicada en *La Questione Criminale*, 1975, págs. 16 y ss. Para otras indicaciones sobre investigaciones empíricas en este campo cfr. A. BARATTA, 1979.

en dos proposiciones. Estas constituyen la negación radical del mito del derecho penal como derecho igual, del mito que constituye la base de la ideología penalística hoy dominante: la ideología de la defensa social. El mito de la igualdad se expresa en dos proposiciones:

a) el derecho penal protege igualmente a todos los ciudadanos frente a los ataques dirigidos contra los bienes esenciales en cuya defensa están igualmente interesados todos los ciudadanos;

b) la ley penal es igual para todos (esto es, todos los autores de conductas antisociales y violatorias de normas penalmente sancionadas, corren iguales riesgos de convertirse en sujetos, con las mismas consecuencias, del proceso de criminalización).

Exactamente opuestas son las proposiciones en que se resumen los resultados de la crítica:

a) el derecho penal no defiende todos sino solo los bienes esenciales en los que están igualmente interesados todos los ciudadanos, y cuando sanciona las ofensas a los bienes esenciales, lo hace con intensidad desigual y de manera fragmentaria;

b) la ley penal no es igual para todos, el *status* de criminal se aplica en forma desigual a los sujetos, independientemente del daño social de las acciones o de la gravedad de las infracciones a la ley penal cometidas por estos.

La crítica se encamina entonces hacia el mito del derecho penal como derecho igual por excelencia. Esta muestra que el derecho penal no es menos igual que las otras ramas del derecho burgués, que este, más bien, contrariamente a cada apariencia, es el derecho desigual por excelencia. (El subrayado es nuestro).

En la perspectiva de la criminología crítica, la criminalidad no es ya una cualidad ontológica de determinados comportamientos y determinados individuos, sino que se revela más bien como un *status* asignado a determinados individuos por medio de una doble selección: en primer lugar, la selección de los bienes protegidos penalmente y de los comportamientos ofensivos a estos bienes adoptados en los casos particularmente penales; en segundo lugar, la selección de los individuos estigmatizados entre todos los individuos que cometen infracciones a normas penalmente sancionadas. La criminalidad es un "bien negativo" (F. SACK, 1968, 469), distribuido desigualmente según la jerarquía de los intereses fijada en el sistema socioeconómico y según la desigualdad social entre los individuos. *Criminal* es, en efecto, en la opinión pública, quien ha sido sujeto a sanciones estigmatizantes, esto es, en la práctica, quien ha formado o forma parte de la población carcelaria.

El proceso, en los análisis del sistema penal como sistema de derecho desigual, está constituido por el paso de la descripción de la fenomenología de la desigualdad a la interpretación de esta, vale decir, por el profundizar en la *lógica* de esta desigualdad. Este profundizar saca a la luz el nexo funcional implícito en el mecanismo selectivo del proceso de criminalización con la ley de desarrollo de la formación socioeconómica en que vivimos y con las condiciones estructurales propias de la fase actual de este desarrollo en determinadas áreas y sociedades nacionales.

Por cuanto mira a la selección de los bienes protegidos y de los comportamientos lesivos, el "carácter fragmentario" del derecho penal pierde la ingenua justificación a través de la naturaleza de las cosas o de la idoneidad técnica de ciertas materias, y no de otras, para ser objeto de control penal. Esta justificación es una ideología que se apoya en el hecho de que el derecho penal tiende a privilegiar los intereses de la clase dominante, a inmunizar con el proceso de criminalización comportamientos socialmente dañosos típicos de los individuos pertenecientes a esta y ligados funcionalmente a la exigencia de acumulación capitalista, y a dirigir el proceso de criminalización sobre todo hacia formas de desviación típicas de la clase subalterna. Esto llega no solamente con la selección de los tipos de comportamiento asumido en el caso de que se trata y en la diversa intensidad de la amenaza penal, que normalmente está en relación inversa con la nocividad de los comportamientos, sino con la misma formulación técnica de los casos específicos. Cuando se vuelve a comportamientos típicos de los individuos pertenecientes a la clase subalterna y se contradicen las relaciones de producción y distribución capitalistas, estas forman una red muy tupida, mientras que la red es de ordinario muy rala cuando el caso concreto tiene por objeto la criminalidad económica y otras formas de criminalidad típica de los individuos pertenecientes a la clase del poder⁷.

El mecanismo de la criminalización secundaria acentúa aún más el carácter selectivo del proceso penal. En lo que mira a la selección de los individuos, esto es, el paradigma más eficaz para la sistematización de los datos de observaciones, es sobresaliente aquello que adopta como variable independiente la posición ocupada por los individuos en la escala social. El máximo *chance* para ser sujeto de sanciones estigmatizantes (la cárcel y otras instituciones globales) aparece decididamente coligado al hecho de pertenecer a las clases sociales más bajas (subproletariado y grupos marginados). La posición precaria en el mercado del trabajo (desocupación, falta de calificación profesional) y defectos de socialización familiar y escolar, que son característicos de los que pertenecen a los niveles sociales más bajos y que en la criminología positivista, y en buena parte de la criminología liberal contemporánea, se indican como la causa de la criminalidad, revelan ser más bien como los signos sobre la base de los cuales los *status* de criminalidad son atribuidos.

N. GOLDMAN, 1963; J. FEEST, J. BLANKENBURG, 1972; D. PETERS, 1973; R. LAUTMANN, 1973; 45 y ss.

A acentuar el carácter fragmentario del derecho penal y a su mecanismos selectivos del sistema, han contribuido no solo las pesquisas sociológicas teóricas y empíricas, sino también una reciente historiografía sobre el sistema punitivo en la sociedad capitalista⁸. Esta pronunciada relación entre el derecho penal y la desigualdad, lleva en cierto sentido a invertir la relación en que los términos de esta aparecen en la superficie del fenómeno descrito. Esto es,

⁷ Cfr. también para el mecanismo selectivo de "inmunización" en referencia a la formación de las normas penales. F. SGUBBI (1976, 1975, 439 y ss.). Útil bajo este punto de vista, el concepto de "no contenidos" del derecho penal introducido de K. SCHUMANN (1974, 77 y ss.).

⁸ Cfr. D. BLASIUS (1976); P. COSTA (1974); I. MEREV (1977, 290 y ss.).

no solo las normas del derecho penal se forman y se aplican selectivamente, reflejadas las relaciones de desigualdad existente, sino que el derecho penal ejerce también una función activa, de reproducción y de producción, respecto a las relaciones de desigualdad. En primer lugar, las aplicaciones selectivas de las sanciones penales estigmatizantes, especialmente las de cárcel, constituyen una fase estructural esencial para el mantenimiento de la escala vertical de la sociedad. Influyen negativamente sobre todo en el *status* social de los individuos que pertenecen a los sectores sociales más bajos, pues actúan impidiendo su ascenso social. En segundo lugar, y es esta una de las funciones simbólicas de la pena, la sanción de ciertos comportamientos ilegales sirve para cubrir un número más amplio de comportamientos ilegales que quedan inmunes al proceso de criminalización. En esta forma la aplicación selectiva del derecho penal tiene como resultados colaterales proteger ideológicamente esta misma selectividad.

Todavía más esencial aparece la función realizada por la cárcel, al producir no solo la relación de desigualdad, sino los mismos sujetos pasivos de esta relación. Esto aparece claro si se considera la relación capitalista de desigualdad, sobretodo como relación de subordinación, ligada estructuralmente a la separación de la propiedad de la fuerza de trabajo de la de los medios de producción, y de otra parte, a la *disciplina*, al control total del individuo requerido por el régimen de trabajo en la fábrica y más de la estructura de poder, en una sociedad que ha asumido el modelo de la fábrica. El nexo histórico entre cárcel y fábrica, entre introducción del sistema carcelario y transformación de una masa disciplinada de campesinos expulsados de la montaña y separados de los propios medios de producción, convirtiéndolos en individuos aptos a la disciplina de la fábrica moderna, es un elemento esencial para comprender la función de la institución carcelaria, que nace junto a la sociedad capitalista y acompaña su historia (G. RUSCHE, O. KIRCHEIMER, 1939; M. FOUCAULT, 1975; D. MELOSSI, M. PAVARINI, 1979). En su fase más avanzada este elemento ya no es suficiente para ilustrar la relación actual entre cárcel y sociedad, sino queda como la raíz histórica y de este modo continúa condicionando su existencia.

La función de la cárcel en la producción de individuos desiguales no es hoy de menor importancia. Hoy la cárcel produce, reclutando sobre todo en las zonas más bajas de la sociedad, un sector de marginalidad social particularmente cualificado por la intervención estigmatizante del sistema punitivo del Estado y por las relaciones de aquellos procesos que, al nivel de la interacción social y de la opinión pública, son activados por la pena y concurren a realizar el efecto marginante y reductor⁹. Este sector cualificado como "ejército

⁹ Me refiero a aquellos mecanismos como aquel de la "distancia social" que interrumpe o disminuye los ciudadanos "normales" y los condenados o sus familias, y a la "prohibición de coalición", que la formación activa entre ciudadanos "normales" y condenados o entre los condenados mismos. Sobre tales mecanismos, en referencia a una investigación hecha en el ámbito de la "Soziale Reaktion auf abweichendes Verhalten mit besonderer Berücksichtigung des nicht-institutionellen Bereiches", cit., cfr. G. SMAUS (1977, 137 y ss.).

industrial de reserva" ejerce funciones específicas no solo dentro de la dinámica del mercado del trabajo (piénsese en la explotación de los excampesinos y el correspondiente efecto de competencia en las relaciones de otros trabajadores), sino también desde afuera de aquella dinámica: piénsese en el empleo de la población criminal en los mecanismos de la circulación ilegal de capital, como peones de mano en la industria del crimen, en el ciclo de la droga, etc. Piénsese también en el reclutamiento de las escuadras fascistas entre la población criminal.

En resumen, la cárcel representa la punta de aquel *iceberg* que es el sistema penal burgués, el momento culminante de un proceso de selección que se inicia mucho antes de la intervención de los institutos de control de la desviación de menores, de la asistencia social, etc. Eso representa generalmente la consagración definitiva de una carrera criminal.

Más que ser la respuesta de una sociedad honesta a una minoría criminal (representación que gusta a la mayoría silenciosa de todos los países, fácilmente instrumentalizada en la campaña de "ley y orden"), la cárcel es el instrumento esencial para la creación de una población criminal reclutada casi exclusivamente en las filas del proletariado y separada de la sociedad, con consecuencias no menos graves para la clase.

III

Para la demostración de los efectos marginantes de la cárcel y de la imposibilidad estructural de la institución carcelaria de hacer efectiva la función reeducativa y de reincorporación social que la ideología penal le asigna, concurren observaciones históricas que demuestran el total fracaso de cada obra de reforma de esta institución, en las tentativas de alcanzar los objetivos declarados, y una extensa literatura sociológica basada ampliamente sobre las pesquisas empíricas¹⁰, que han analizado la realidad carcelaria en sus aspectos psicológicos, sociológicos, organizativos. La "comunidad carcelaria" (CLEMMER, 1958), la "subcultura" (HARBORDT, 1972; WEIS, 1976), con los modernos institutos de detención, se presenta a la luz de estas indagaciones dominada por factores que hasta ahora, con un balance realista, se han dado cuenta de lo vano de cada tentativa de realizar tareas de resocialización y de reinserción por medio de estas instituciones. La introducción de modernas técnicas sicoterapéuticas, educativas, y de parciales transformaciones de la estructura organizativa de la cárcel, no ha cambiado en forma decisiva la naturaleza y la función de los institutos de detención de nuestra sociedad. Ellos quedan como el período culminante y decisivo de aquel proceso de marginalidad, que produce la población criminal y la administra dentro del ámbito institucional, en modo de hacerla inconfundible y de adaptarla a *funciones propias* (FOUCAULT, 1975,

¹⁰ Como introducción a la literatura sobre varios aspectos: G. KAISER, H. SCHÖCH, H. H. EIDT, H. J. KERNER (1974, 105 y ss.).

276 y ss.) que califican esta particular zona de marginalidad. Las innovaciones introducidas por las nuevas legislaciones penitenciarias no parecen destinadas a cambiar decisivamente la naturaleza de las instituciones carcelarias.

La comunidad carcelaria tiene, en la sociedad capitalista contemporánea, características constantes, que predominan aun respecto a las diferencias nacionales que han permitido la construcción de un verdadero y propio *modelo*. Las características de este modelo, desde el punto de vista que más nos interesa, se pueden resumir en el hecho de que los institutos de detención ejercen efectos contrarios a la reeducación y a la reinserción del condenado, y favorecen su estable inserción en la población criminal. La cárcel es contraria a todo moderno ideal educativo, porque este se apoya sobre la individualidad, sobre el respeto del individuo, alimentado por el respeto que el educador tiene de ella. Las ceremonias de degradación al comienzo de la detención (MORRIS, 1963, 164) en las cuales el encarcelado es despojado también de los símbolos exteriores de la propia autonomía (los vestidos y los objetos personales), son el polo opuesto de todo esto. La educación se basa en el sentimiento de libertad y de espontaneidad del individuo; la vida en la cárcel, como conjunto disciplinario, tiene un carácter represivo y uniformante.

Exámenes clínicos llevados a cabo con los clásicos *tests* de la personalidad han demostrado los efectos negativos de la cárcel sobre la sique de los condenados y la correlación de estos efectos con la duración de la condena. Las conclusiones a las que llegan los estudios de este género, demuestran que "la posibilidad de trasformar a un delincuente violento asocial por medio de una larga pena en un individuo adaptable no parece existir" y que "la institución de pena no puede realizar su fin como institución de educación" (PARESCH, 1961, 83).

Efectos negativos sobre la personalidad y contrarios al fin educativo del tratamiento tiene además el régimen de "privaciones" (HARBORDT, 1972, 11 y ss., HOHMEIER, 1969, 292 y ss.), especialmente las referentes a las relaciones heterosexuales (SCHEV, 1971, 4 y ss., 51), no solo directa sino también indirectamente, a través de la manera como se distribuyen en la comunidad carcelaria los medios de satisfacción de las necesidades, conforme a las relaciones informales de poder y de dominación de la voluntad que las caracterizan.

La atención de la literatura se ha dirigido particularmente al proceso de socialización al que está sometido el detenido. Proceso negativo, que ninguna técnica sicoterapéutica y pedagógica ha llegado a equilibrar. Esto es examinado desde un doble punto de vista: primero que todo, el de la "desculturización" (GOFFMANN, 1961, 11 y ss.), esto es, la desadaptación en las condiciones necesarias para vivir en libertad (disminución de la fuerza de voluntad, pérdida del sentido de autoresponsabilidad desde el punto de vista económico y social), la disminución del sentido de la realidad del mundo exterior y la formación personal, de imagen ilusoria, la separación progresiva de los valores y de los modelos de comportamiento propios de la sociedad externa. El segundo punto de vista, opuesto pero complementario, es el de la "culturización" o "prisionización" (CLEMMER, 1958, 294 y ss., HARBORDT, 1972, 82 y ss.). Se trata de asimilar las costumbres y los modelos característicos de la subcultura car-

celaria. Estos aspectos de la subcultura carcelaria, cuya interiorización es inversamente proporcional a las posibilidades de reinserción de la sociedad libre, han sido examinados por el aspecto de las relaciones sociales y de poder entre los detenidos, de las normas, de los valores, de los comportamientos que preceden a estas relaciones, no desde el punto de vista de la relación entre detenidos y el *staff* del instituto de pena.

Sobre este doble orden de relaciones los efectos negativos de la "prisionización" con respecto a cada fin de reinserción del condenado, ha sido replanteado en dos procesos: *la educación al criminal* y *la educación al buen detenido*. Sobre el primer proceso influye particularmente el hecho de que la jerarquía y la organización informal de la comunidad de los detenidos son dominadas por una minoría de criminales con fuerte orientación asocial, que por el poder, o quizás por el prestigio de que gozan, asumen la función de modelo para los demás, siendo al mismo tiempo una autoridad con la cual el *staff* del instituto está obligado a compartir el propio poder normativo de hecho. La manera como son reguladas las relaciones de poder y de distribución de los recursos (aun las relativas a las necesidades sexuales) en la comunidad carcelaria, favorece la formación de costumbres mentales que inspiran el cinismo, el culto y el respeto a la violencia ilegal. Esto último le trasmite al detenido un modelo no solo antagonístico con respecto al poder legal, sino caracterizado por el compromiso con este.

La educación del buen detenido sucede en parte también en el ámbito de la comunidad de detenidos, puesto que la aseguración de un cierto grado de orden, del cual los jefes de los detenidos se hacen garantizar (a cambio de privilegios) hacia el *staff*, forma parte de los fines reconocidos en esta comunidad. La educación viene para el resto a través de la aceptación de las normas formales del instituto y de las informales puestas en movimiento por el *staff*. En general se puede decir que la adaptación a estas normas tiende a interiorizar modelos exteriores de comportamiento, que sirven para el ordenado desarrollo de la vida de la institución. En esto se convierte el verdadero fin de la institución, mientras la función propiamente educativa viene ampliamente excluida del proceso de interiorización de las normas, aun en la participación de actividades reinceridas directamente en esta función, suceden con motivaciones a ellas extrañas (HARBORDT, 1972, 36 y ss.), y favorece la formación de costumbres de pasivo conformismo y de oportunismo. La relación con los representantes de los organismos institucionales, que en esta forma se convierte en característica del comportamiento del detenido, está dotada contemporáneamente de hostilidad, de desconfianza y de una sumisión sin consentimiento.

Esto que se ha señalado en relación con los límites y con los procesos contrarios a la reeducación, que son característicos de la cárcel, va integrado con un doble orden de consideraciones, que tocan más a la raíz de la contradictoriedad de la ideología penal de la reinserción. Estas consideraciones se refieren a la relación general entre cárceles y sociedad. Ante todo existe una relación entre quien excluye (sociedad), y quien es excluido (detenido). Cada técnica pedagógica de reinserción del detenido va contra la naturaleza

misma de esta relación de exclusión. No se puede al mismo tiempo excluir e incluir.

En segundo lugar la cárcel refleja, sobre todo en las características negativas, la sociedad (el subrayado es nuestro). Las relaciones sociales y de poder de la subcultura carcelaria tienen una serie de características que las distinguen de la sociedad externa, y que dependen de la particular función del universo carcelario, pero en su estructura más elemental no son más que la ampliación en forma menos mistificada y más "pura", de las características típicas de la sociedad capitalista. Son relaciones sociales basadas en el egoísmo y en la violencia ilegal, al interior de los cuales los individuos socialmente más débiles son llevados a desempeñar funciones de sumisión y explotación. *Antes que hablar de educación y de reinserción es oportuno hacer un examen del sistema de valores y de los modelos de comportamiento presentes en la sociedad en la que se quiere reintegrar al detenido* (el subrayado es nuestro). Un examen así no puede sino conducir, sostengo, a las conclusiones de que la verdadera reeducación debiera comenzar en la sociedad antes que en el condenado (BERGALLI, 1976, 66 y ss.); antes de querer modificar los excluidos es menester modificar la sociedad excluyente, llegando así a la raíz del mecanismo de exclusión. De otra forma quedará, en quien quiera juzgar realmente, la sospecha de que la verdadera función de estas modificaciones sea la de perfeccionar y hacer indiscutible tal exclusión, integrando más que los excluidos de la sociedad, la relación misma de exclusión de la ideología legitimante del estado social.

El cuidado que la sociedad punitiva siempre se toma del detenido después de terminada la detención, siguiendo su existencia en mil modos visibles e invisibles, podría ser interpretado como la voluntad de perpetuar, con la asistencia, aquel estigma que la pena ha dejado indeleblemente en el individuo. La hipótesis de FOUCAULT (1975, 30 y ss.), de prolongación del universo carcelario en la asistencia antes y después de la detención, de manera que este universo sea tenido siempre bajo la mirada de una creciente observación científica, que es al mismo tiempo un instrumento de control y observación de toda la sociedad, parece en realidad mucho más cercana a la línea de desarrollo que el sistema penal ha tomado en la sociedad contemporánea. Este nuevo *panopticon* tiene cada día menos necesidad de los signos visibles (los muros) de la separación, para asegurarse el perfecto control y la perfecta gestión de esta zona particular de marginación, que es la población criminal.

IV

Un análisis real y radical de las funciones efectivamente ejercidas por la cárcel, el conocimiento del fracaso histórico de esta institución en cuanto a los fines del control de la criminalidad y de la reincorporación del desviante en la sociedad, de la incidencia que ella tiene no solo en el proceso de marginalidad de los sujetos en forma individual, aun el exterminio de las fases marginales de las clases obreras, no pueden sino llevarnos a una conclusión radical en la individualización de los objetivos finales de una estrategia alternativa. Este

objetivo es *la abolición de las instituciones carcelarias* (el subrayado es nuestro). Derribar los muros de la cárcel tiene para la nueva criminología el mismo significado pragmático que los muros del manicomio para la nueva siquiatria.

Múltiples y políticamente diferentes son las fases de acercamiento a este objetivo. Ellas están constituidas por la ampliación del sistema de medidas alternativas, por la ampliación de las formas de suspensión condicional y de libertad condicional, de la introducción de formas de ejecución de la pena de detención en régimen de semilibertad, de los experimentos valerosos y de la extensión de sistemas de permisos, a una revaluación en todo sentido del trabajo carcelario. Pero lo más importante es la apertura de la cárcel hacia la sociedad, también por medio de la colaboración de los organismos locales y, aún más, por medio de la colaboración de los detenidos y de su asociación con las organizaciones de movimientos obreros, con el fin de limitar las consecuencias que las instituciones carcelarias tienen sobre la división artificial de las clases, de reincorporar al detenido en la clase y por medio del antagonismo de la clase en la sociedad.

Es esta la alternativa enfrentada al mito burgués de la reeducación y de la reincorporación del condenado. Si, en efecto, la desviación criminal de individuos pertenecientes a la clase subalterna puede ser interpretada ordinariamente como una respuesta individual, y por eso no política, a las condiciones sociales impuestas por los medios de producción y de distribución capitalistas, la verdadera "reeducación" del condenado es aquella que transforma una razón individual y egoísta en conciencia y acción política entre el movimiento de la clase (el subrayado es nuestro). El desarrollo de la conciencia de la propia condición de clase y de las contradicciones de la sociedad, de parte del condenado, es la alternativa puesta a la concepción individualista y ético-religiosa de la expiación, del arrepentimiento, del *Sühne*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTHUSSER, L. (1950): *Idéologie et appareils idéologiques d'État. Notes pour une recherche*, en "La Pensée", núm. 151.
- BARATTA, A. (1977): *Conflitto sociale e criminalità. Per la critica della teoria del conflitto in criminologia*, en "La Questione Criminale", III, 1, págs. 99 y ss.
- BARATTA, A. (1979): *Criminologia e dommatica penale. Passato e futuro del modelo integrato di scienza penalistica*, en "La Questione Criminale", V, 2, págs. 147 y ss.
- BARATTA, A. e SMAUS G. (1975): *Erklärungszusammenhänge und Hypothesen zum Forschungsprojekt "Soziale Reaktion auf abweichendes Verhalten mit besonderer Berücksichtigung des nicht-institutionellen Bereiches"*, documento di lavoro non pubblicato attinente alla ricerca omonima svolta presso l'Università di Saarbrücken sotto la direzione di A. Baratta, F. Sack e G. Smaus.
- BERGALLI, R. (1976): *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?* Notas a propósito de la Ley Penitenciaria Nacional Argentina y del Proyecto de reformas a la Parte General del Código Penal, Madrid.
- BLASIUS, D. (1967): *Bürgerliche Gesellschaft und Kriminalität*, Göttingen.

- CALLIESS, R. P. (1971): *Arbeit und Erwachsenenbildung - Strafvollzug als Teil des Bildungssystems der Gesellschaft*, in A. KAUFMANN (ed.), "Die Strafvollzugsreform", Karlsruhe.
- CALLIES, R. P. (1974): *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt, a. M.
- CLEMMER, D. (1958): *The Prison Community*, New York.
- COSTA, P. (1974): *Il progetto. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, vol. I, *Da Hobbes a Bentham*, Milano.
- FEEST, J. e BLANKENBURG, J. (1972): *Die definitivsmacht der Polizei Strategien der Strafverfolgung und soziale Selektion*, Düsseldorf.
- FOUCAULT, M. (1975): *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris.
- GOPMANN, E. (1961): *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and other Inmates*, New York.
- GOLDMANN, N. (1963): *The Differential Selection of Juvenile Offenders for Court Appearance*, New York.
- HARBORDT, S. (1972): *Die Subkultur des Gefangnisses. Eine Soziologische Studie zur Resozialisierung*, Stuttgart.
- HOHEIMER, J. (1969): *Die Soziale Stituation der Strafgefangenen: Deprivationen der Haft und ihre Folgen*, in "Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsform", 52, págs. 292 y ss.
- KAISER, G. (1972): *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, Frankfurt a. M.
- KAISER, G., SCHÖCH, H., EIDT, H. J. (1974): *Strafvollzug. Eine Einführung in die Grundlagen*, Karlsruhe.
- LAUTMANN, R. e PETERS, D. (1973): *Ungleichheit vor dem Gesetz: Straffjustiz und soziale Schichten*, in "Vorgänge", núm. 12, 1, págs. 44 y ss.
- MCNAUGHTON-SMITH, P. (1969): *The Second Code. Toward (or Away from) an Empirical Theory of Crime and Delinquency*, in "Journal of Research in Crime and Delinquency", 5, págs. 189 y ss.
- MELOSSI, D. e PAVARINI M. (1979): *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna (2ª ed. Bologna).
- MEREU, I. (1977): *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia liberale (1852-1894)*, in CIACCI, M. e GUALANDI V., (ed.) *La costruzione sociale della devianza*, Bologna, págs. 290 y ss.
- MORRIS, P. (1963): *Pentoville. A Sociological Study of an English Prison*, London.
- PARESCH, E. (1961): *Der Einfluss des Strafvollzuges auf die Psyche des Haftlinges*, in "Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform", núm. 44, págs. 65 y ss.
- PETERS, D. (1973): *Reichter im Dienst der Macht. Sur gesellschaftliche Verteilung der Kriminalität*, Stuttgart.
- QUINNEY, R. (1969): *Towards a Sociology of Criminal Law*, in QUINNEY R. (ed.) *Crime and Justice in Society*, Boston, págs. 1 y ss.
- RUSCHE, G. (1933): *Arbeitsmarkt und Strafvollzug*, in "Zeitschrift für Sozialforschung", II, págs. 63 y ss.
- RUSCHE, G. y KIRCHHEIMER, O. (1939): *Punishment and Social Structure*, New York.
- SACK, F. (1968): *Neue Perspektiven in der Kriminalsoziologie*, en SACK F. y KONIG, R. (ed.), *Kriminalsoziologie*, Frankfurt a. M.
- SACK, F. (1971): *Selektion und Kriminalität*, in "Kritische Justiz", 4, págs. 384 y ss.
- SCHULER-SPRINGORUM, H. (1969): *Strafvollzug im Übergang. Studien zum Stand der Vollzugsrechtslehre*, Göttingen.
- SCHUMANN, K. F., (1974): *Gegenstand und Erkenntnisinteressen einer konflikttheoretischen Kriminologie*, en Arbeitskreis Jungen Kriminologen (ed.) *Kritische Kriminologie*, 1974, págs. 77 y ss.
- SGUBBIM F. (1975): *Tutela penale di "interessi diffusi"*, in "La Questione Criminale", I, 3, págs. 439 y ss.
- SGUBBI, F. (1976): *Zum Fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, documento di lavoro non pubblicato (Arbeitspapier n. 33) per la ricerca "Soziale Reaktion auf abweichendes Verhalten mit besonderer Berücksichtigung des nicht-institutionellen Bereiches", diretta da A. Baratta, F. Sack e Smaus, Saarbrücken.
- SMAUS, G. (1977): *"Theorie del senso comune" sulla criminalità e marginalizzazione. Una inchiesta sulla popolazione tedesca*, in "La Questione Criminale", III, 1, págs. 137 y ss.
- STEINERT, H. (ed.), (1973): *Der Prozen der Kriminalisierung. Untersuchungen zur Kriminalsoziologie*, München.
- SUDNOW, D. (1965): *Normal Crimes: Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender Office*, in "Social Problems", 1, págs. 255 y ss.
- WEIS, K. (1976): *Zur Subkultur der Strafanstalt*, in A. D. SCHWIND e G. BLAU (ed.), *Strafvollzug der Praxis. Eine Einführung in die Probleme und Realitäten des Strafvollzuges und der Entlassenenhilfe*, Berlin, New York.

METODOLOGIA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL*

Dr. EDGAR SAAVEDRA ROJAS
Magistrado del Tribunal Superior de Cali

"Ni el mundo permanece estático ni la vida detiene su curso tan solo porque algunos hombres, ayudados por instituciones dispuestas para ello, quieran ahogar la dinámica de la historia. Una continua movilidad y cambio impulsan, más allá de cualquier voluntad conservadora, un proceso de creación cultural que pugna por expresarse en variaciones y revisiones de las formas de vida social, aun cuando para ello sea menester desbordar los marcos que quieran contenerlo".

EDUARDO NOVOA MONREAL

Es un hecho histórico comprobado que vivimos en un mundo que nos presenta, en rápida sucesión, modificaciones o transformaciones culturales, tecnológicas y científicas, que nos llevan día a día a realizar nuevos replanteamientos en cuanto a lo que era conocido y aceptado tradicionalmente. No creemos equivocarnos si afirmamos que en las últimas cinco décadas los cambios presenciados por la sociedad contemporánea, superan el ciclo evolutivo de la humanidad en el resto de su larga historia. Son tan acelerados, que difícilmente nos adaptamos a las nuevas situaciones creadas por el desarrollo tecnológico. Con razón ese extraordinario jurista chileno que es NOVOA MONREAL, nos dice que "en los últimos cincuenta años la humanidad ha hecho adelantos técnicos que superan lo ocurrido en todas las épocas pretéritas", denuncia que la tecnología se alimenta a sí misma; en forma de que a más tecnología sobreviene una tecnología aún más intensa y compleja, de manera inevitable. Esto lo lleva a sugerir que es necesario que los hombres aprendan a moderar al ritmo del cambio, porque de otro modo toda la humanidad podría verse condenada a un fracaso masivo de adaptación. Agrega que las instituciones normales de nuestra sociedad no podrán resistir ese ritmo, si este no se modera. Podría llegarse, por consiguiente, a límites no alcanzables de adaptabilidad humana e institucional. Llama *futur shock* a esta súbita desorientación por la llegada veloz y acelerada de un futuro inasimilable e insoportable en razón de sus novedades inauditas. "Esa desorientación podría llegar a convertirse en una verdadera anemia social"¹.

* El presente trabajo constituye el capítulo I del libro en preparación del autor que aparecerá con el título *Teoría y práctica del derecho penal general y penal especial*. Para su realización conté con la asistencia permanente de Enrique Castillo, de Costa Rica, Marcela Márquez de Villalobos, de Panamá, Alfonso Reyes y Emiro Sandoval, de Colombia, al igual que el grupo de la Universidad San Buenaventura, y muchos más cuyos nombres se me escaparon.

¹ EDUARDO NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Editorial Siglo XXI, 1980, pág. 44.

"Anomia significa ausencia de normas, pero también desorganización social, por incapacidad de estas normas de imponerse eficazmente sobre las conductas y se produce cuando los grupos son tan variados, que aunque parezca contradictorio, hay un exceso de normas que convergen a solucionar un caso determinado. LOLA ANIYAR DE CASTRO, *Criminología de la reacción social*, pág. 31, Instituto de Criminología, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1977, pág. 31.

La situación histórica anterior plantea un problema dramático con el derecho, porque esos rápidos cambios contrastan con su casi absoluta inmovilidad, forjando la gran crisis por la que atraviesa la ciencia de lo jurídico; la ley se dicta para regir en el futuro de manera permanente; o por lo menos durante un largo período, para dar estabilidad al medio social y a sus instituciones; esa característica de la normatividad conspira el derecho como la efectiva herramienta del cambio y desarrollo social, y lo convierte en un medio conservante y tradicional, preocupado de preservar las más obsoletas instituciones. Hoy vemos con asombro en los países latinoamericanos, influidos por el derecho europeo continental, cómo subsisten las viejas codificaciones que surgieron bajo el influjo del fervor liberal en la gran Revolución de 1789. Esa brecha todos los días creciente, entre realidad y derecho desprestigia las instituciones, merma el valor social de lo jurídico y de sus cultores, haciendo que la ley y sus formalismos sean vistos por la masa como un obstáculo y traba del desarrollo social armónico. Es nuevamente NOVOA MONREAL quien con su certero juicio piensa que la "nota más deprimente reside en que los preceptos, esquemas y principios jurídicos en boga se van convirtiendo gradualmente no solo en un pesado lastre que frena el progreso social, sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo para este. Mientras la vida moderna tiene en nuestros países un curso extremadamente móvil, determinado por el progreso científico y tecnológico, por el crecimiento económico e industrial, por el influjo de nuevas concepciones sociales y políticas y por modificaciones culturales, el derecho tiende a conservar formas que, en su mayor parte, se originan en los siglos XVIII y XIX, cuando no en el derecho de la antigua Roma, y se manifiesta enteramente incapaz de adecuarse eficientemente a las aspiraciones normativas de la sociedad actual"².

El también chileno JORGE WITKER, igualmente comparte los criterios expresados cuando afirma que "el derecho y sus cultores, paulatinamente, han ido quedando atrás en el camino del progreso social, a espaldas de los cambios vertiginosos y, a veces, opuestos en sus inclinaciones lógico-formales, a la corriente de la historia. No es, entonces, erróneo llegar a pensar en la existencia de un verdadero dualismo, en el cual la institucionalidad y la norma jurídica rigen bajo el principio «se acata pero no se cumple» desconectándose de la vida real o de lo que los sociólogos del derecho norteamericano llaman el *law in action*"³.

El derecho penal, como una rama más del derecho, no escapa a este sino, por el contrario, sigue influido por las viejas corrientes de la filosofía liberal; las leyes latinoamericanas continúan siendo trasplantes inadecuados de instituciones que fueron funcionales en sociedades, desarrolladas bajo el influjo de un sistema capitalista en plena expansión⁴, sometidas a las teorizaciones de los cultores del derecho europeo, quienes reflexionan conforme a su realidad histórica y, obviamente, trasplantan estos conceptos a nuestros códigos, sin

² EDUARDO NOVOA MONREAL, "Algunos aspectos sobre contenido de una enseñanza moderna del derecho", en *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, Unam, México, 1976.

³ JORGE WITKER V., "El derecho en América Latina", en *Antología...*, cit., pág. 265.

⁴ JORGE WITKER V., "El derecho en América Latina", en *Antología...*, cit., pág. 262.

beneficio de inventario con resultados negativos. Nuestro Código Penal sigue siendo rabiosamente individualista, fruto de una sociedad profundamente influida por la burguesía liberal, pero que no constituye obstáculo que impida adecuar sus normas a las concepciones del derecho social, que ha irrumpido de manera poderosa en todos los países del mundo. "Es un hecho irrefragable e incontestable la tendencia más o menos acentuada de los hombres hacia formas de vida más solidarias, en las que los intereses del mayor número empiezan a hacerse presentes y en las que se tiende a una mayor igualdad de las condiciones reales de vida de los hombres"⁵, porque todos los días es mayor la injerencia del Estado en la economía, su planificación cubre áreas antes reservadas a la iniciativa privada, cada día se socializan más las profesiones, los servicios y los derechos, tales como la medicina, el transporte, la seguridad social, la asistencia a los desvalidos, el comercio exterior, etc.

Hoy más que nunca el interés público prima sobre el interés particular, los derechos individuales de carácter subjetivo y absoluto que se predicaron en épocas pasadas y cuyos rezagos aún encontramos, son relativos ante la mayor socialización de las actividades humanas en la comunidad.

Nuestro Código Penal sigue dando prelación a la defensa y protección de los derechos individuales, y apenas hoy, tímidamente, se trata de dar adecuada protección a los derechos sociales con la aparición de títulos tendientes a la conservación del orden económico o a la protección de la ecología. Otros derechos sociales de más vieja data, con protección penal, tales como la seguridad pública, la libertad de trabajo y de asociación, apenas si son constancias románticas de nuestra legislación, pues ha preocupado más la vigencia de la ley, que su eficacia⁶.

La estadística criminal refleja que los jueces se dedican íntegramente a aplicar los tipos que protegen derechos individuales, cuales son el patrimonio económico, la vida e integridad personal, la libertad, etc., mientras que aquellos tipos de amplio contenido social apenas si existen en los reticulados de la estadística criminal⁷.

Lo anterior no significa que estos delitos no se presenten como fenómenos sociales de nuestra comunidad, sino que la ley está alejada de la realidad y se convierte en una constancia literal, que rige, pero no se cumple, sin que a nadie le preocupe realizar una investigación jurídico-criminológica que detecte las razones de su ausencia en la estadística criminal, para formular proyectos de modificación que actualicen la ley. Asiste razón a KAPLAN cuando afirma que "los grandes filósofos del derecho elaboraron sistemas totales de vida humana, teorías del hombre, de la sociedad, de la historia, buscaron formular grandes principios, sustentándose en problemas fundamentales y realidades concretas y tendiendo a ofrecer soluciones; de ahí su resonancia histórica"⁸.

⁵ EDUARDO NOVOA MONREAL, "Algunos aspectos sobre contenido de una enseñanza moderna del derecho", ob. cit., pág. 69.

⁶ HUMBERTO QUIROGA LAVIE, "La enseñanza del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 187.

⁷ *Criminalidad*, 1980, Policía Nacional, Bogotá, 1981.

⁸ Citado por JORGE WITKER, "El derecho en América Latina", ob. cit., pág. 265.

Con los nuevos delitos contra el orden económico social ocurrirá algo más o menos similar, porque su elaboración no es el resultado de una investigación jurídica y empírica, sino de formulaciones teóricas surgidas del criterio personal de los encargados de elaborar la ley. Posteriormente, al comentar estos delitos, se plantean algunas reflexiones sobre el tema. Pero, a modo de ejemplo que valide esta afirmación es bueno analizar brevemente algunos aspectos técnicos relativos al acaparamiento y la especulación que, en nuestro concepto, los hará inaplicables. Efectivamente, en los arts. 229 y 230 del C. P. se crean tipos penales en blanco, al mencionar "artículos de primera necesidad", pero al revisar de manera cuidadosa la legislación administrativa al respecto, se dan vagas definiciones de lo que debe entenderse por artículos de primera necesidad o se alude a conceptos diferentes a los establecidos en la ley penal. La ley 7ª de 1943, en el inciso segundo del art. 1º dice: "Se entiende como artículos de primera necesidad los víveres, drogas y mercancías de ordinario consumo entre las clases populares". Los decretos 149 de 1976, art. 2º; 2562 de 1968, art. 10; 201 de 1974, art. 1º y 87 de 1967, hablan de bienes y servicios sometidos a control; otras normas hablan de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales y extranjeros (ley 155 de 1959, art. 10; decreto 3307 de 1963); otros, por el contrario, aluden a géneros esenciales de primera necesidad (decreto 1590 de 1963), pero sin determinar qué debe entenderse por tales; otros aluden a artículos de primera necesidad, de consumo popular o de uso doméstico, y no los discriminan (decreto 1479 de 1963); el 2145 de 1974 habla de alimentos y artículos básicos (art. 11).

El decreto 1653 de 1960, art. 2º, utiliza la expresión "artículos de primera necesidad". El decreto 2004 de 1947 alude a artículos y elementos de uso y consumo ordinario en su art. 8º; otros decretos, por el contrario, hacen enumeración de los artículos que deben considerarse como de primera necesidad, tales el 1194 de 1977, art. 1º, el 887 de 1946, art. 2º y el 928 de 1943, art. 1º. En el literal c, del artículo 6º del decreto 149 de 1976 se faculta a la Superintendencia de Industria y Comercio para que determine por medio de resolución los artículos alimenticios de primera necesidad; entonces cabe preguntar: Los no alimenticios, ¿cómo y por quién se determinan?

Como puede observarse, de este maremágnum de disposiciones administrativas no se da una definición precisa de lo que puede entenderse por artículos de primera necesidad, problema que enfrentarán los jueces muy pronto y que generará impunidad, porque no dispondrán de mayores bases para determinar cuáles pueden considerarse como artículos de primera necesidad, puesto que en la actualidad existen solo artículos sometidos a control, muchos de los cuales, creemos, no son en realidad de primera necesidad; tal por ejemplo, los servicios turísticos, de transporte aéreo, y algunos productos químicos industriales.

Bueno es considerar que artículos alimenticios que son de primera necesidad en las regiones andinas (las habas por ejemplo) o de vestir (la ruana), u objetos importantes en regiones menos desarrolladas (las velas de parafina), no podrían ser tenidos como de primera necesidad en las costas y valles tropicales o en regiones con mayor desarrollo y perfectamente electrificadas.

Lo anterior conduce a la conclusión de que aunque estos tipos rijan no serán eficaces en cuanto a la protección del orden económico-social defendido.

Los problemas anotados al derecho en general y al derecho penal en particular, tienen su más remoto y cercano origen en las facultades de derecho y en la metodología de la enseñanza utilizada en ellas.

HÉCTOR FIX ZAMUDIO dice que "La metodología del derecho o metodología jurídica es la disciplina que se ocupa del estudio de los instrumentos técnicos necesarios para conocer, elaborar, aplicar y enseñar ese objeto de conocimiento que denominamos derecho"⁹.

Es problema primordial de cada ciencia determinar su método de investigación, con el propósito de conseguir un mejor conocimiento de su objeto de estudio; también es importante la determinación del método de enseñanza, y este debe escogerse de acuerdo con los fines que se pretenda obtener y fundamentalmente de la calidad del profesional del derecho que se quiere producir. LEONCIO LARA, en relación con este tema, dice: "la función de las escuelas de derecho debe ser: "A) Formar «abogados» idóneos, teórico-prácticos, adecuados para ejercer con eficacia dentro del modelo de desarrollo adoptado por el país, sobre la base de una evolución social justa y equitativa. B) Formar «intérpretes aplicadores del derecho» con un alto sentido social y una concepción justa de la vida. C) Formar «investigadores del derecho» que amplíen este y lo sitúen históricamente en su realidad nacional. D) Formar «enseñantes del derecho» como elementos de retroalimentación del proceso educativo"¹⁰.

WITKER con su proverbial acierto hace resaltar las actividades que el abogado tradicionalmente viene desempeñando en América Latina que lo identifican como tal. Ellas son: "a) abogar, es decir, defender un determinado punto de vista ante los que tomen decisiones, sean estos tribunales o agencias administrativas; b) negociar, mediar, arbitrar; c) aconsejar acerca de la legalidad o ilegalidad de una determinada opción; d) estar en posesión de los contactos adecuados para sacar adelante un asunto; e) formular o ayudar a formular el derecho positivo a través de su actividad política o asesora de los órganos creadores del derecho; f) participar en el proceso de planeación informando sobre los marcos legales necesarios para poner en práctica lo acordado, y g) aplicar el derecho como funcionario público o privado"¹¹.

En una escuela de iniciación jurídica debe descartarse como objetivo la formación de investigadores del derecho o profesorado científicamente preparado, pues son especializaciones más refinadas que han de quedar adscritas a las escuelas de posgrado, doctorados, maestrías, etc.; sin que ello sea obstáculo para que en desarrollo de la formación histórica de la escuela, se introduzcan conceptos propedéuticos en cuanto a lo que es, debe ser y forma de hacer la investigación jurídica y la docencia. Debe reconocerse que el investigador,

⁹ HÉCTOR FIX ZAMUDIO, "En torno a los problemas de la metodología del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 89.

¹⁰ LEONCIO LARA SAENZ, "La enseñanza del derecho en México", en *Antología...*, cit., pág. 222.

¹¹ JORGE WITKER, "El derecho en América Latina", en *Antología...*, cit., pág. 268.

y el docente se hacen con la práctica respectiva y luego sobrevienen las informaciones técnicas o científicas en los cursos de especialización.

Con las limitaciones propias de nuestras Universidades y consecuentes del desarrollo de nuestra sociedad, hemos de aceptar la imposibilidad, por ahora, de formar el tipo de especialistas aludido y por tanto se debe formar el abogado tradicionalmente conocido tal como lo precisa WITKER, porque básicamente en nuestra subdesarrollada sociedad, el estudiante se profesionaliza buscando un medio de subsistencia; tener que atemperarnos a los condicionamientos impuestos por el momento histórico, no sería obstáculo para dar una enseñanza actualizada; estudiando las áreas que mejor se adecuan a las cambiantes situaciones contemporáneas, crear en el estudiante una gran capacidad crítica y darle un cabal conocimiento de la realidad, para que siendo la profesión un medio de subsistencia, se la ejerza con sentido solidario y así cada abogado sea un censor de las instituciones y un crítico de la ley, en sus deficiencias técnicas y en sus muy frecuentes alejamientos del ideal de justicia y equidad.

Precisado con un criterio muy personal, que, sin embargo, corresponde a nuestra idiosincrasia y a la complejidad de la vida contemporánea, debemos determinar qué habilidades y destrezas se deben fomentar y perfeccionar y las técnicas e instrumentos metodológicos para conseguirlas.

Para la determinación metodológica recomendada debe tenerse como punto de partida que ante todo tratase de una profesión liberal, tomada tradicionalmente como un medio de subsistencia; nuestro abogado excepcionalmente se sale de esos moldes tradicionales. Sobre esa base surge la formulación del jurista del futuro, al que aspiramos, sin salir de las expectativas que nos traza nuestro medio circundante.

Entre los defectos más generalizados del abogado latinoamericano enumeranse los siguientes: 1) Dogmatismo excesivo¹²; 2) alejamiento de la realidad social¹³; 3) excesivos ritualismo y formalismo¹⁴; 4) conocimientos puramente

¹² "Nuestros abogados generalmente se inclinan por negar el derecho vivo (o vivencia jurídica) y aferrarse a la fría letra del texto que dogmáticamente les permite utilizar la lógica, el sentido literal o gramatical, el histórico y el sistemático; todos ellos elementos que quedan en la *ratio legis*, pero que no apuntan a la relación social que exige al abogado una solución armónica y eficaz". JORGE WITKER "Derecho, Desarrollo y Formación Jurídica", en *Antología...*, cit., pág. 289.

"Técnicamente afirmamos que una ciencia del derecho completa no puede estar limitada al solo enfoque dogmático, sino que debe abarcar otras clases de problemas además de los propios". CHARLES EISEMAN, "Objetivos y naturaleza de la enseñanza del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 47.

¹³ "Cada vez se hace más perceptible la desconexión que existe entre el derecho y las realidades sociales que vive el mundo.

"Considerando el derecho en su doble aspecto de sistema normativo que una sociedad se da a sí misma y de conjunto de conocimientos teóricos relativos a los fenómenos jurídicos, se advierte, en general, que sus preceptos están notoriamente retrasados respecto de las exigencias de una sociedad moderna y que sus elaboraciones teóricas, que muy poco avanzan, continúan tejidas en torno de principios y supuestos propios de otras épocas. Todo esto hace de la legislación positiva algo ineficiente e inactual, y de los estudios jurídicos algo vacío o añejo". JORGE NOVOA MONREAL, "Aspectos sobre enseñanza moderna del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 57.

"Para poder colaborar al perfeccionamiento del sistema jurídico vigente el hombre de derecho requiere, asimismo, un cierto conocimiento de la realidad social, así en general como en sus interrelaciones particulares con el factor jurídico. La falta de esta información divorciará su esfuerzo de las verdaderas necesidades sociales y le expondrá a un activismo ajeno a las exigencias del bien

nemotécnicos¹⁵; 5) conciencia individualista y ausencia de manifestaciones solidarias¹⁶; 6) ausencia de actitud crítica entre el aparato estatal y la

común cuando no completamente estéril". RAFAEL VALENZUELA FUENZALIDA, "Metodología del aprendizaje del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 114.

"La formación de los juristas se encuentra hoy en un estado de crisis así como la ciencia del derecho..., las críticas se producen en dos direcciones: se refieren a la excesiva influencia de la práctica, que pone el acento en conocimientos jurídicos puramente técnicos y posesión de ciertas rutinas, y, de otra parte, se reprocha a las facultades su persistencia de enseñar el derecho como un sistema de reglas preestablecidas, aisladas de las realidades sociales...". JORGE MARIO GARCÍA LA GUARDIA, "Universidad Latinoamericana y formación de juristas", en *Antología...*, cit., pág. 200.

"La enseñanza del derecho es informativa y no formativa, lo que establece una separación entre derecho y sociedad". LEONCIO LARA SÁENZ, "La enseñanza del derecho en México", en *Antología...*, cit., pág. 218.

"El aspecto jurídico es un elemento integrante de todo proceso social, grande o pequeño, pues parte del supuesto que todo hecho colectivo presenta facetas económicas, sociológicas, políticas y jurídicas a la vez. Este enfoque, más bien complementario de los anteriores, ubica al derecho en una función instrumental coadyuvante u oponente al desarrollo o cambio social requerido". JORGE WITKER, "El derecho en América Latina", en *Antología...*, cit., pág. 264.

¹⁴ "La nueva enseñanza del derecho, en función de la revolución de la cultura está dirigida a la liberación. Liberación de los estudiantes y del medio social. La liberación del estudiante es fundamental, disponiéndose educarlo para la felicidad, en función del amor al prójimo y en atención a la solidaridad. Esa liberación debe luchar con el ritualismo y el formalismo. La enseñanza del derecho, para llegar a la liberación, debe cambiar las formas y sensibilizar al hombre con la justicia. En una sociedad en transición el espíritu del hombre debe ser flexible. Las formas del derecho coadyuvan a la enajenación del hombre". HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, "La enseñanza del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 190.

¹⁵ "Porque es obvio que la lectura y la esforzada retención de los textos y de las glosas van cayendo en el olvido, en relación directa con la cantidad de los volúmenes que los contienen y, entonces, la dorada ilusión de los dieciocho años, la borrosa vocación que precisa afirmarse, el cúmulo de necesidades espirituales a mano del hombre joven, van siendo escurridos por una máquina que se torna inexorable: la técnica jurídica". HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, "La enseñanza del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 186.

"No hay, pues, de recurrirse al procedimiento de la memorización como forma de aprendizaje del alumno sino en el grado mínimo considerado indispensable para su preparación para acentuar, por el contrario, su formación, en el desarrollo de su capacidad de rastrear, valorar e interpretar por sí mismo las fuentes donde se contienen los conocimientos de que habrá de necesitar posteriormente". RAFAEL VALENZUELA FUENZALIDA, "Metodología del aprendizaje del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 115.

"A la figura preminente del docente comunicador de información elaborada se contraponen un auditorio de alumnos pasivos, que deben escuchar sin mayor participación en la tarea enseñanza-aprendizaje. Así, ambas instancias actúan separadas y la enseñanza corre por cuenta del maestro y el aprendizaje por parte del alumno. Allí, en medio de esta metodología, los manuales y textos oficiales que recogen el derecho vigente conforman la estructura en torno a la cual se despliega una nemotécnica acrítica y repetitiva por parte de estudiantes irreflexivos y, a veces, ausentes". JORGE WITKER V., "Derecho, Desarrollo y Formación Jurídica", en *Antología...*, cit., pág. 292.

¹⁶ "RADBRUCH reconoce en el derecho social un nuevo estilo del derecho, como resultado de una nueva concepción jurídica del hombre que reacciona contra el individualismo. La idea central del derecho social, según él, no es la idea de la igualdad de las personas, sino la de nivelación de las desigualdades que entre ellas existen, con lo que la igualdad deja de ser un punto de partida para convertirse en una aspiración del orden jurídico". EDUARDO NOVOA MONREAL, "Aspectos sobre la enseñanza moderna del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 72.

"Ha de tratarse de un hombre capacitado para constituirse en servidor del orden de lo justo, antes que del orden legal; al mismo tiempo, ha de tratarse de un hombre capacitado para constituirse en servidor del cuerpo social, más allá de los confines de la relación profesional en que tradi-

ley¹⁷; 7) exceso de conocimientos teóricos y falta de adiestramiento práctico¹⁸; 8) información enciclopédica y superficialidad de la misma¹⁹.

Enunciados los defectos, es preciso destacar las habilidades o destrezas por crear, los medios instrumentales para conseguirlas y que lógicamente se pueden deducir con los conceptos antinómicos que se critican, esto es, una enseñanza de lo jurídico, destacando la importancia de la realidad; el respeto de la ley, siempre y cuando esté integrado al concepto de justicia; capacidad de valoración y crítica, antes que aprendizaje pasivo y memorizado; mayor énfasis en la formación que en la misma información; aplicación dinámica y viva del derecho por encima de los obsoletos formalismos; primacía de lo social

cionalmente ha venido desenvolviéndose el abogado". RAFAEL VALENZUELA FUENZALIDA, "Metodología del aprendizaje del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 113.

"De esta suerte el destino final de los estudiantes de abogacía no es incierto. Serán el combustible máspreciado de la dominación política imperante: la burocracia. Mansos caminantes del estilo de la mediocridad, engranajes de las oficinas técnicas encargadas de frenar el cambio del tiempo. Simples sirvientes de un comercio profesional. Lejos, muy lejos, de su misión preciosa: hacer justicia, disolver los conflictos humanos, ejercer la abogacía con función social". HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, "La enseñanza del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 188.

¹⁷ "Solamente formando una sólida y certera conciencia crítica sobre las deficiencias del derecho vigente podremos lograr que sus estudiosos queden en condiciones de rendir el impropio esfuerzo científico necesario para sacarlo de su retraso. El análisis profundo de algunos viejos principios, la comprobación de su inadecuación a las condiciones actuales de vida humana y de su desplazamiento de la realidad social, la elaboración de ideas y sistemas normativos más aptos, serán, en consecuencia, el objetivo fundamental de una enseñanza del derecho concebida con criterio moderno". EDUARDO NOVOA MONREAL, "Aspectos sobre la enseñanza moderna del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 56.

"...presupone en el hombre de derecho una actitud dinámica ante el ordenamiento jurídico imperante caracterizada por un permanente enjuiciamiento de su contenido y por un constante esfuerzo tendiente a constituirle en expresión adecuada de lo que la justicia y el bien común reclamen en la actualidad del ordenamiento legal". RAFAEL VALENZUELA FUENZALIDA, "Metodología del aprendizaje del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 113.

"Los alumnos de abogacía no son llevados a juzgar el derecho. Se desatiende así una función primordial de toda universidad, la de formar dirigentes. Porque juzgar al derecho es hacer política en la medida en que la política, como creación del derecho, sea el campo de acción de los nuevos dirigentes. En cambio se opta por el alienante temperamento de que los alumnos reciben información sin participación alguna. Como simples receptores de una verdad hecha y cerrada. Juzgar hechos y juzgar el derecho, juzgar a los hombres y juzgarse así mismos, juzgar la prospectiva de la evolución social; he aquí un modelo comprometido de enseñanza, dirigido a preparar abogados aptos para hacer justicia". HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, "La enseñanza del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 180.

¹⁸ "Debe orientarse en el sentido de procurar un adecuado equilibrio en la transmisión de conocimientos teóricos y prácticos, con miras a formar, al mismo tiempo, al profesional, al jurista y básicamente al investigador". Declaración de principios y recomendaciones de la Primera Conferencia de Facultades de Derecho Latinoamericanas. Citado por HÉCTOR FIX ZAMUDIO, "Problemas de la metodología del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 106.

"Se tiene que actualizar la enseñanza a través de caso. Ese caso debe ser la oportunidad para enseñar la teoría, y no la teoría una excusa para no mostrar un caso. Del hilvanado desenvolvi-miento de los casos, surgirá, por lo demás, una teoría fundada en la realidad". HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, "La enseñanza del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 191.

¹⁹ "Es indispensable proporcionar al estudiante una información global del sistema de derecho vigente, pero debe descartarse la tendencia «enciclopedista» que se manifiesta en el aumento anárquico de materias y en la ampliación elefantiásica de programas". JORGE MARIO GARCÍA LA GUARDIA, "Universidad Latinoamericana y formación de juristas", en *Antología...*, cit., pág. 201.

"Los estudiantes reciben una información verbal y enciclopédica acerca de la normatividad abstracta". LEONCIO LARA SÁENZ, "La enseñanza del derecho en México", en *Antología...*, cit., pág. 218.

sobre lo individual; conciencia valorativa y crítica por encima del enciclopedismo yerto, adecuada formación teórica y práctica en el manejo de la ley.

Concordando con estos puntos, VALENZUELA FUENZALIDA habla de la necesidad de formar ciertas habilidades o condiciones intelectuales en el hombre de derecho entre los que destaca:

1) Habilidad para determinar el problema de justicia envuelto en la situación de hecho o derecho a él propuesta. Es la capacidad de concluir en relación a lo que la equidad natural ordena, faculta o debe hacer.

2) Habilidad para destacar el problema jurídico ínsito en la situación de hecho propuesta a su consideración, distinguir entre los hechos relevantes y los no relevantes, entre las normas aplicables y las no aplicables.

3) Habilidad para sustentar la solución dada a un problema de derecho determinado. La capacidad de argumentar verbalmente o por escrito, desde el punto de vista jurídico sustentando la solución dada.

4) Habilidad para argumentar contra otras soluciones propuestas al mismo problema, destacando sus errores o contradicciones.

5) Habilidad para la formulación de críticas al sistema jurídico, teniendo en cuenta primordialmente el concepto de justicia y la consecuente capacidad para proponer soluciones o reformas a la institución criticada.

6) Habilidad para la formulación de críticas al sistema jurídico, teniendo en cuenta su adecuación al problema social y a sus especiales requerimientos²⁰.

A las anteriores debe agregarse la habilidad para formular crítica al sistema jurídico desde el punto de vista de su técnica legislativa.

Todas estas cualidades se logran por medio de los más diversos instrumentos metodológicos, que van desde la cátedra activa, el seminario, el método del caso, de situaciones, de jurisprudencia, de consultorio jurídico, ejercicios axiológicos, hasta la investigación doctrinaria, jurisprudencial, empírica y de derecho comparado.

Método de la clase activa.—Denominado también método socrático, a través del cual el maestro deja el monólogo magistral para establecer un diálogo fructífero con sus alumnos, planteando un problema para su análisis; se modera por parte del profesor y deja a los alumnos presentar sus opiniones, valoraciones o el planteamiento de posibles soluciones. Generalmente, de antemano se informa el fenómeno que se va a estudiar para que los participantes lleven una información teórica previa sobre textos señalados por el profesor.

Como ejemplo podría citarse uno de los temas vitales del derecho penal: la antijuridicidad; para analizar sus problemas estructurales, casos relacionados con el tema, la jurisprudencia existente, casos de ausencia, siempre tratando que el alumno se desprenda de la opinión determinante del maestro o de los autores, y emita la propia sustentándola.

Las ventajas son innegables al rescatar al alumno de la terrible pasividad intelectual que forja la cátedra magistral y estimular el carácter creativo y la independencia de criterio.

²⁰ RAFAEL VALENZUELA FUENZALIDA "Metodología del aprendizaje del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 116.

Método del seminario.—Presenta las mismas características y ventajas de la clase activa, pero acentuando aún más la intervención del alumno, porque mientras en el primero se le entrega el documento contentivo de la información concerniente a lo que se va a discutir, en el seminario se le informa únicamente el tema, debiendo el alumno realizar una investigación personal para conseguir la información relativa al tema y a las opiniones que se van a sustentar. Se presta para la realización de trabajos e investigaciones colectivas.

Además de las ventajas del método anterior, el hecho de permitir el trabajo en grupo, comienza a preparar al alumno para trabajar colectivamente, adaptándolo a la complejidad del mundo contemporáneo, que exige cada vez más esta forma de investigación interdisciplinaria. Uno de los graves problemas que aqueja la investigación latinoamericana es precisamente el acendrado individualismo, que afecta nuestras formas de trabajo y a los estudiantes que los hace trabajar y estudiar individualmente, sin que presten su capacidad de trabajo al grupo.

Método del caso.—Se presta este instrumento metodológico para múltiples variantes, desde el más socorrido y conocido de plantear hipotéticamente un caso para que el estudiante, con base en los conocimientos teóricos, lo resuelva; hasta la posibilidad de realizar ejercicios más tecnificados en relación con la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, etc., por ejemplo, en tratándose del análisis de la tipicidad y de acuerdo con el grado de conocimiento en que se encuentre el alumno (facultad, maestría o especialización) y según se trate de penal general o especial, que el alumno dé ejemplo de conductas típicas, relativas a un derecho tutelado penalmente, de conductas atípicas, por atipicidad relativa o absoluta; dé ejemplos de tipos con sujeto activo o pasivo cualificado, de mera conducta o de resultado.

Que determine los elementos subjetivos o normativos de un tipo; que convierta un tipo penal de resultado en uno de mera conducta o que cualifique el sujeto de un tipo indiferente; con un derecho no tutelado penalmente, los alumnos redactarán los tipos que contengan las conductas atentatorias contra ese derecho. En relación con los derechos tutelados formulará nuevas conductas que no estén contempladas o que ofrezcan reformas de las existentes; que compare los tipos de varias legislaciones concernientes a un derecho determinado y emita su concepto en relación con las más técnicamente elaboradas o que anote los defectos advertidos en ellas. Se señalarán en el Código todos los tipos con elementos normativos, o aquellos de sujeto activo plurisubjetivo y muchas posibilidades más, pues las perspectivas son prácticamente infinitas.

Este método tiene muchas ventajas; en primer lugar aleja al estudiante de la yerta indiferencia de las teorías, que en la clase magistral en ocasiones se memorizan, sin entender ni explicar su empleo; se dinamiza el estudio y el alumno comienza a ver el sentido práctico del derecho y a comprender a través del caso las teorías que fácilmente aprenderá.

Lo obliga a formarse un criterio personal, a emitir su opinión independientemente, liberándolo del pesado yugo de los conceptos de tratadistas o tribunales, se le habilita para ejercer una posición crítica ante la ley, desde el

punto de vista técnico, abriéndole el camino a un posible legislador, con capacidad y práctica para que de un determinado fenómeno de hecho, pueda forjar una norma penal.

El método del caso no solo se presta para habilitar al estudiante como un técnico del derecho como se puede creer, y menos aún cuando hemos formulado críticas directas al exceso de dogmatismo, formalismo y ritualismo de la ley y de sus cultores, pues en relación a otros temas del derecho penal podrá realizar ejercicios valorativos y axiológicos.

En el caso de la antijuridicidad ¿se podría cuestionar si se protegen penalmente los derechos más importantes garantizados al hombre, o a la colectividad, o si es posible introducir al Código Penal otros derechos por ahora no protegidos penalmente?

Es posible además determinar por medio de investigaciones doctrinarias o empíricas, si los derechos son efectivamente protegidos o si se trata de simples leyes que no concretan su validez en la realidad.

De acuerdo con la importancia valorativa de los derechos penalmente protegidos también es factible determinar desde el punto de vista de la punibilidad, si esta corresponde retributivamente a esa importancia.

Realizando comparaciones entre los delitos conocidos como criminalidad convencional y de cuello blanco, se determinará por parte de los alumnos el grado de daño individual o social, de los unos y de los otros, y si todas estas conductas están protegidas o si sus penas guardan efectiva proporción con sus efectos dañosos.

Método de las situaciones.—Propuesto por VALENZUELA FUENZALIDA, lo explica así: "El primer enfrentamiento del alumno con cada una de las materias objeto de su aprendizaje tiene lugar a través del método que hemos denominado «de situaciones» y que consiste fundamentalmente, en someter a su consideración una situación de hecho determinada y en requerirle para que le dé solución, en términos jurídicos, sobre la base exclusiva de lo que al respecto le dicte su criterio de justicia. La situación planteada será, en la medida de lo posible, representativa de la problemática jurídica cuyo estudio inicia el alumno. El tiempo de su formulación corresponderá al momento en que deba ser resuelta y el alumno, para este efecto, no podrá valerse de otro elemento de juicio que el que le sea proporcionado por su concepción personal de lo que es justo o injusto con relación a los hechos constituidos de la situación que ha de resolver".

Planteamiento de la situación.—Se trata de una mujer casada, madre de ocho hijos, cuyo marido obtiene escasamente lo necesario para el mantenimiento de su hogar desempeñándose como obrero de la construcción. Sabiéndose embarazada y ante la aflicción económica que vive su grupo familiar, recurre a los servicios de una comadrona para que le practique un aborto. Preguntas: Sobre la base de su concepción de lo justo y de lo injusto: a) ¿considera usted que esta mujer ha cometido un delito?; b) si el aborto es practicado no en los primeros días del embarazo, ¿cambiaría usted la respuesta dada a la pregunta precedente?; c) si la mujer recurre al aborto para evitar el nacimiento de un

hijo que fundadamente puede temer nacerá defectuoso, ¿cambiaría usted la respuesta dada a la pregunta a)?; d) si la mujer recurre al aborto como un medio para evitar su deshonra, ¿cambiaría usted la respuesta dada a la pregunta a)?; e) en caso de contestar afirmativamente a la pregunta a), ¿qué pena aplicaría usted a la mujer?; f) en el mismo caso, ¿qué pena aplicaría usted a la comadrona que practicó el aborto?²¹.

A las hipótesis planteadas se podrían agregar las siguientes, teniendo en cuenta nuestra legislación: ¿cuál la decisión del estudiante si la mujer que aborta concibió como consecuencia de una violación?; ¿o de una inseminación artificial no consentida?; ¿o sufre daños de salud que pueden hacer temer por su vida?; ¿o recurre al aborto por la dramática situación económica que ha llevado a presenciar la muerte de varios hijos por inanición, o los que viven presentan problemas de desarrollo por deficiencias alimenticias?

VALENZUELA recomienda que: "formulada la situación y resuelta por los alumnos en la forma indicada, el método adoptará en su desarrollo las modalidades propias del tipo de clases que hemos denominado «dirigidas». El profesor replanteará la situación y, sobre la base de la regulación con que haya sido resuelta por uno de los alumnos, promoverá un debate general acerca de la solución que deba dársele en justicia, exigiendo de los estudiantes, en cada caso, la debida fundamentación en sus opiniones. La actitud del profesor durante el debate será eminentemente pasiva, en cuanto se circunscribirá al rol de encausar en términos apropiados el curso de la discusión iniciada por los alumnos. Si el criterio de justicia de estos no correspondiese en sus fundamentos o lineamientos básicos con el criterio de justicia del profesor, este, a la conclusión de la clase aportará su punto de vista sobre la situación, aunque tan solo como un elemento más de juicio y cuidándose de proporcionar a los estudiantes las explicaciones que la justificación de su distinta apreciación de la situación haga necesaria" ...²².

Se anota como ventaja de este método, que antes de enfrentar al alumno con el orden legal, se le contrapone al orden de lo justo y de esta manera se lo forma para enfrentar los casos jurídicos desde la perspectiva de la justicia, elementos suficientes para que en el futuro adquiera una posición crítica ante la ley que contradiga su criterio de justicia.

Método de la casuística jurisprudencial.—Consistente en proponer a los alumnos decisiones de los juzgados, tribunales, o de la Corte Suprema de Justicia, para que las analicen desde su perspectiva jurídica y valorativa, debiendo tomar una posición ante las pretensiones de las partes y la decisión finalmente pronunciada.

Este método admite las más variadas posibilidades, no solo para las cátedras de penal general, y penal especial, sino también para las de procedimiento

²¹ RAFAEL VALENZUELA FUENZALIDA, "Metodología del aprendizaje del derecho", en *Antología...*, cit., págs. 118 y ss.

²² RAFAEL VALENZUELA FUENZALIDA, "Metodología del aprendizaje del derecho", en *Antología...*, cit., pág. 120.

penal, pruebas penales, práctica forense y consultorio jurídico. Es recomendable que las facultades de derecho, con la colaboración de jueces y magistrados fotocopien procesos de especial interés jurídico y profundamente debatidos por las partes, con destino a las bibliotecas universitarias, con lo cual quedarán al alcance de profesores y alumnos para realizar las más variadas prácticas docentes. De manera muy rápida enumeraremos algunas de las posibilidades que ofrece este sencillo método:

1) análisis por parte de los estudiantes de las decisiones proferidas en un proceso, quienes mostrarán su conformidad o disconformidad con ellas, fundamentando cada una de las posiciones adoptadas;

2) entrega a los estudiantes del proceso sin los fallos; de esta manera y con los fundamentos probatorios recogidos en ese proceso, emitirán sus propias decisiones y luego se realizará una discusión comparando la decisión proferida por el juez en el proceso real y la planteada por el estudiante;

3) posibilita la práctica del método de casos, porque a cambio de un caso hipotético, el alumno resolverá uno real, en el que entresacará de los medios probatorios que se hayan producido, los hechos que deben ser adecuados jurídicamente;

4) en relación con el derecho procesal penal, pruebas penales y práctica forense, como obviamente se puede pensar, las posibilidades son óptimas, pues se pueden visualizar de manera concreta a los estudiantes los problemas abstractos de cada una de esas materias, facilitando la comprensión de las diversas teorías.

Método del consultorio jurídico.—Instrumento metodológico que entre nosotros ya no representa ningún problema, puesto que legislativamente se impuso como una materia más del programa, que debe ser cursado y aprobado por la totalidad de los estudiantes.

Su práctica se hace más efectiva si el director del consultorio está asesorado, para los efectos del área del conocimiento que nos interesa, de un profesor especializado o dedicado al derecho penal, a menos que el director sea penalista; es inadecuado pretender que si tiene una especialización diversa, oriente a los estudiantes en derecho penal.

Es conveniente que la práctica del consultorio se inicie cuando el curso de procedimiento penal se ha hecho, y no como sucede ahora, que se inicia el consultorio paralelamente al estudio del derecho procesal penal.

Si existen áreas optativas de especialización, debe procurarse que los casos penales del consultorio sean entregados a estudiantes matriculados en el área optativa de penal.

El profesor encargado del área penal en el consultorio debe estar asesorado por monitores, ojalá estudiantes de los dos últimos semestres, que al mismo tiempo podrían ser monitores de los profesores del área, para que sirvan de contacto o puente entre estos y el consultorio y convertirlos en consultores de última instancia para aconsejar a los estudiantes en cuanto a los problemas de tipo teórico que se puedan presentar en la tramitación de un proceso penal que haya llegado al consultorio.

Los procesos tramitados por estudiantes, quedarán debidamente archivados con todas las actuaciones realizadas por ellos, para que estos a su vez se conviertan en fuentes alimentarias para la docencia práctica del derecho penal. Sería ideal que, como lo hace la Universidad San Buenaventura de Cali, el consultorio jurídico tuviera seccionales en las cárceles de la ciudad donde funciona la facultad, para que sean los estudiantes quienes, de manera directa, dialoguen con los presos sobre los problemas jurídicos que estos puedan tener y comiencen directamente la tramitación del caso. Es ventajoso el contacto del estudiante con las miserias sociales que confluyen en la cárcel, la tragedia que constituye para el hombre y su familia la privación de la libertad, pues así aprende a valorarla, para después, en el ejercicio profesional, bien como funcionarios o abogados litigantes, sean lo suficientemente diligentes y cuidadosos cuando decreten la pérdida de la libertad de una persona evitando que por su culpa alguien pueda estar preso más de lo debido o se prive de la libertad con ligereza y sin suficientes fundamentos probatorios.

Método axiológico y de política criminal.—Considerado uno de los más importantes, para formar al futuro dirigente político y al legislador, se fundamenta básicamente en una disección valorativa del Código Penal, en el cual tal como lo afirma el adagio popular para implicar ciertas ausencias y presencias injustificadas y en relación a las conductas ilícitas, “no están todas las que son, ni son todas las que están”.

El Código, como estructura jurídica de un país que acoge el liberalismo filosófico francés y el económico anglosajón, ha dado prioritaria importancia a los derechos individuales, descuidando los derechos sociales; ha dado mayor énfasis a la criminalidad convencional y a la política, mientras que la criminalidad de cuello blanco es prácticamente desconocida, no como fenómeno social, sino jurídico; presenta un tratamiento legislativo diferencial a ciertas conductas, según quienes sean los sujetos activos y pasivos²³. Lo anterior supone por parte del alumno, la realización de un análisis valorativo de los derechos protegidos penalmente que lo lleve a establecer una escala de mayor a menor, y a determinar según su criterio (debidamente fundamentado) si la punibilidad señalada por el legislador corresponde a ese concepto de equidad que sustenta.

Debe determinar si algunos de los derechos tutelados penalmente deben permanecer, o bastaría que se les dé una protección en el derecho privado o en el derecho público (derecho administrativo); *a contrario sensu*, si existen conductas y derechos que al no aparecer en el catálogo de los delitos, constituyen una violación a su concepto de equidad por considerar que son de mayor gravedad o dañosidad que muchos de los que allí aparecen.

De acuerdo con las consideraciones y conclusiones obtenidas de la realización de los ejercicios planteados, los estudiantes deberán elaborar proyectos de legislación penal que habrán de estar precedidos de la respectiva exposición de motivos.

²³ EDGAR SAAVEDRA ROJAS, “Tratamiento legislativo diferencial a las conductas que afectan derechos individuales y sociales”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 10, Bogotá, 1981, pág. 180.

La única consecuencia que este método puede producir es la formación de un legislador en potencia, que estará acompañado de la técnica jurídica y del concepto de justicia necesarios para elaborar la ley del futuro, que remplace la actual, antitécnica, contradictoria y en muchas ocasiones injusta.

Método de la investigación doctrinaria.—El tantas veces citado WITKER afirma que la investigación jurídica puede realizarse en función de tres objetivos: "1) la investigación como medio de enseñanza; 2) la investigación como auxiliar básica de la enseñanza del derecho; y 3) la investigación destinada a conocer la realidad jurídica a fin de implementar una política legislativa oportuna y eficiente.

"La primera finalidad mira a ejercitar el futuro abogado en el manejo de sistemas y hábitos que la investigación crea y que servirán para enfrentar los múltiples problemas que la vida profesional presenta.

"La segunda finalidad apunta a la necesidad de que todo docente al enseñar debe proyectar su producción investigativa. Una enseñanza sin renovación constante se vuelve mecánica y congelada.

"La tercera finalidad se acerca al análisis y conocimiento del sistema jurídico en el sentido amplio. Se trata de detectar la forma como el Derecho rige las relaciones sociales, enjuiciar con sentido crítico la norma jurídica, su validez y eficacia, y proponer los elementos de cambios que permitan cumplir con eficacia los objetivos sociales y colectivos que supone tienen en vista el legislador y el magistrado"²⁴.

La investigación dogmática o doctrinal tiene como fundamento aclarar el derecho, asumir una determinada posición, fundamentarla y exponer los casos de conflictos legales y socio-legales.

Requiere dos elementos básicos, como anota el citado WITKER: de un lado, una situación subjetiva de máxima información jurídica, y de otro, una objetiva, consistente en tener la suficiente información bibliográfica y legislativa.

El profesor señalará entonces el tema que se va a investigar, suministrará las posibles fuentes de consulta para que los estudiantes presenten sus trabajos, que serán sometidos al juicio general, con la participación activa de todos los integrantes de la clase.

Como ventajas de la utilización de este método se le pueden anotar que condiciona al estudiante para la visita asidua a la biblioteca, única posibilidad que le garantiza el poder permanecer actualizado en el futuro; lo prepara y lo forma en su adecuada utilización; lo pone en contacto con los grandes pensadores del derecho y lo va fundamentando teórica y jurídicamente.

Método de la investigación jurisprudencial.—Una muy importante forma de interpretación de la ley es la jurisprudencial, porque son los jueces y tribunales de un país, que en su constante aplicación de la ley penal, la interpretan y adecuan conforme a la fenomenología social analizada.

²⁴ JORGE WITKER V., "Derecho, Desarrollo y Formación Jurídica", en *Antología...*, cit., pág. 307.

La jurisprudencia es dinámica porque por el cambio de situaciones sociales, y por los hombres que se suceden en la administración de justicia, se van presentando diversas interpretaciones y variantes en relación con el juzgamiento de hechos similares.

Consecuentes con esa dinámica evolución de la jurisprudencia se harán investigaciones jurisprudenciales, analizando los tratamientos que los jueces y tribunales les han dado a casos similares, para que así los estudiantes, además de tener conocimiento de toda una trayectoria histórica, puedan analizar las distintas posiciones ideológicas, contradiciéndolas o mostrándose conformes con ellas, pero en cualquiera de los casos, sustentando con argumentos válidos su posición.

Método de la investigación empírica.—Consiste en la detección de hechos sociales, económicos, psicológicos y su tratamiento legislativo. Serviría para demostrar la separación existente entre la ley como entidad abstracta y la realidad; nos mostraría lo que el derecho es y lo que debería ser; serviría de medio revelador de la siempre contradictoria situación de la vigencia de la ley y su ineficacia.

Es difícil saber si se trataría propiamente de una investigación empírica de carácter jurídico, o simplemente de tipo criminológico, con claras proyecciones de política criminal. Se podría pensar que es este el punto de unión indiscutible entre el derecho penal, la criminología y la ciencia de la política criminal, si se entienden como el deber ser normativo; lo que es, como fenómeno histórico-social; y el deber ser, como expectativa futura de la ley ideal.

Es la manera para buscar la formulación de una ley planificada y correspondiente a la problemática autóctona de cada país y no la realidad actual de leyes trasplantadas que no son el reflejo de nuestra idiosincrasia o leyes surgidas del capricho personal del legislador que busca en muchas ocasiones la solución de problemas de una persona o de un grupo social determinado.

Son múltiples las investigaciones que en este aspecto pueden desarrollarse, y sirva como ejemplo la adelantada por el grupo de investigación criminológica de la Universidad de San Buenaventura sobre el fenómeno de los fraudes alimentarios en Cali, durante el año de 1979, para detectar su existencia, modalidades, dinámica, efectividad de los procedimientos legalmente establecidos (de carácter administrativo) y la posibilidad de plantear reformas legales. Con las limitaciones propias de un trabajo de esa naturaleza, tiene particular importancia, porque es así como debe concebirse y plantearse la nueva ley, partiendo del fenómeno criminológicamente estudiado, hasta percibir la posibilidad de la política criminal de dar una solución legal al problema investigado²⁵.

Similarmente puede mencionarse la investigación realizada por el Departamento de Penal de la Universidad Externado de Colombia, sobre fraudes cometidos por las compañías nacionales y transnacionales particularmente,

²⁵ "Fraudes alimentarios en Cali en 1979". Álvaro Rojas, Norma Myriam Bejarano G., Fernando Locora, Myriam Ramos de Saavedra, Edgar Saavedra Rojas. Publicaciones Universidad de San Buenaventura, Cali, 1980... Esta investigación presentada al III Seminario Latinoamericano sobre Criminalidad de Cuello Blanco, celebrado en Valencia, Venezuela, 1980.

en relación con las drogas para consumo humano: "El *dumping* de productos farmacéuticos"²⁶.

También debe citarse la investigación proyectada por los grupos de investigación criminológica de las Universidades Externado de Colombia y San Buenaventura de Cali, sobre corrupción administrativa y que está en vía de ejecución²⁷.

Son todavía muy tímidas las realizaciones, pero allí radica la futura existencia de la ley penal que además de ser técnica, corresponda a nuestro personal criterio de justicia.

Método de legislación comparada.—Es importante que las bibliotecas universitarias estén dotadas del mayor número de códigos extranjeros, ojalá de los países latinoamericanos y de los países europeos, que con su honda tradición romanística han influido en nuestras estructuras legales.

Aunque es criticable el trasplante de legislaciones europeas en nuestro medio, ello no significa que debamos estar jurídicamente aislados del resto del mundo, es preciso estar observando los cambios y evolución jurídica de los otros países, y debe ser desde la misma facultad donde los alumnos conozcan las legislaciones extranjeras y hagan un análisis comparado con la del país, advirtiendo sus errores y virtudes.

Este trabajo con legislaciones extranjeras se presenta para ser manejado indistintamente con algunos de los métodos señalados con anterioridad y desde el punto de vista dogmático hacer ejercicios relativos a la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad; igualmente que se pueden realizar tareas de carácter axiológico, al hacer un análisis valorativo de los derechos tutelados penalmente en otros países y la forma de protegerlos; asimismo es factible realizar ejercicios teniendo en cuenta los aspectos de la punibilidad, y proceder a determinar los aspectos de equidad y justicia, al señalarse con relación a la importancia del bien jurídico tutelado.

Es particularmente interesante que los estudiantes, de acuerdo con sus personales criterios, precisaran las conductas que no aparecen en nuestra legislación, y que merecerían considerarse para nuestro medio y los cambios o adecuaciones que deberían hacerse para evitar los problemas que generalmente acarrearán los trasplantes legislativos. La utilización de los medios anteriormente descritos, daría un vuelco definitivo a la enseñanza del derecho y a la formación de los futuros abogados de la patria. Naturalmente que se debe determinar en cada caso concreto su aplicabilidad, teniendo en cuenta el grado de adelanto en los estudios, porque obviamente hay algunos de estos métodos solo susceptibles de ser aplicados en los últimos años de formación académica, e, incluso, de manera más afortunada a determinados grados de especialización o maestría.

²⁶ ALFONSO REYES E., EMIRO SANDOVAL H., trabajo presentado en el IV Seminario sobre criminalidad de Cuello Blanco, celebrado en México, en la UAM, en 1981.

²⁷ Debemos destacar la existencia del grupo latinoamericano de investigación criminológica comparativa, que comenzó a reunirse en Lima, Quito y Bogotá, para investigar la violencia en América Latina, promovida por el Instituto de Criminología Comparada de Montreal (Denis Zsabo y José María Rico) y por el Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia (Lolita Aniyar de Castro) y a partir de la reunión de esta última ciudad, las reuniones de Río de Janeiro (Claudio Helene Fragosso, Elizabeth Suzekind, Yolanda Cãtao, Juárez Cirino Dos Santos), Valencia (Julio Maudón), y México (Luis Marcó del Pont, Luis Rodríguez M.).

LA CRIMINALIDAD (O EL "DELINCUENTE") A TRAVÉS DE LAS DEFINICIONES SOCIALES (O ETIQUETAMIENTO)

(Respecto de las dimensiones esenciales del enfoque
del etiquetamiento —«Labelling-Approach»—
en el campo de la sociología criminal)

Por WERNER RÜTHER*

1. EL PROBLEMA TRADICIONAL: LAS CAUSAS DE LA CRIMINALIDAD

¿Dónde reposan las causas de la criminalidad dentro de la sociedad, o dicho de otro modo, las que provocan el comportamiento criminal de uno de sus miembros individuales?

Junto a los numerosos presupuestos y "teorías vulgares" no demostradas, expresadas emocionalmente, muchas veces influidas por la opinión pública (prensa, radio, televisión), sobre las causas de la criminalidad, también posee notoriedad una orientación científica especializada que intenta ir en busca de semejantes causas o de las condiciones de origen de la criminalidad con la ayuda de un instrumento científico propio y una exigencia adecuada: la criminología.

Dentro de la investigación criminológica, desde hace varias décadas (o sea, desde sus comienzos por medio de LOMBROSO) y según un modelo derivado de las ciencias naturales preponderantes (el así llamado paradigma *etiologicopositivista*), prevalece la demostración de que el "ser criminal" —tal como el "ser enfermo", "ser impedido" (*hapobaliendert*)— constituye una definición de la persona (o de su comportamiento relativamente clara y generalmente válida. Esto quiere decir que se ha intentado establecer cuáles son los factores condicionantes (variables independientes; por ejemplo, forma de la cabeza —A 1—, estructura de la personalidad —A 2—, relaciones familiares —A 3—, etc.) para el factor (o la *variable dependiente*, criminalidad —B—). Ade-

* Del Instituto de Investigación Criminológica. Universidad de Colonia. Traducción directa del alemán por Roberto Bergalli. Este trabajo ha aparecido ya en las revistas, *Cuadernos de Política Criminal* (Madrid) y *Doctrina Penal* (Buenos Aires). Agradecemos al autor la autorización dada para su publicación.

más, se dio por probado que todas las variables se pueden medir y definir de modo relativamente exacto y universalmente admisible. La criminalidad fue medida sobre lo que se estableció oficialmente como tal mediante las normas de derecho penal. La población criminal se concibió oficialmente como la constituida por los escogidos y definidos criminalmente (por ejemplo, los internos de una institución penitenciaria). El marco definicional y la distribución de la criminalidad no fueron, por consiguiente, cuestionados.

Tal vez, por ejemplo, no han sido consideradas las deformaciones de sectores específicos en la selección y en la definición de la criminalidad. Asimismo, con esa orientación, se buscaron los rasgos (corporales, síquicos y sociales) que diferenciarían esa población criminal dada (legislada-positiva) de la población no criminal, para poder distinguir entonces aquellas características como causas (factores etiológicos) de la criminalidad o el comportamiento criminal. Los biólogos, los médicos, los siquiátras, los sicólogos, los sociólogos, entre otros, se superaron mutuamente en sus ofertas en torno a los factores etiológicos respectivamente específicos, lo cual se tradujo en la situación de concurrencia y mezcla de las numerosas teorías criminológicas particulares en el marco del paradigma etiológico-positivista.

El convencimiento de que la explicación de la criminalidad no se podía reducir a una simple causalidad de A sobre B, no produjo el abandono total del paradigma científico fundamental, sino que fortaleció en los criminólogos que trabajaban con la orientación etiológica los presupuestos sobre la dificultad y complejidad de las relaciones explicativas, permitiéndoles reducir y ampliar arbitrariamente el catálogo de las variables independientes (enfoques plurifactoriales y fórmula disposición-medio ambiente).



Enfoque etiológico: Cuestión acerca de las causas en el caso de definición previamente dada

2. UN PROBLEMA MODERNO: LA DEFINICIÓN DE CRIMINALIDAD

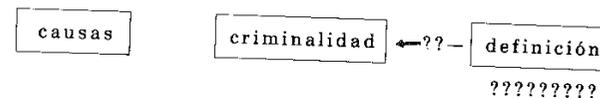
En el último tiempo surge entre los criminólogos una posición científica, que (si bien no esté representada por todos ellos) entra en escena con la pretensión de llevar a cabo un tipo de investigación criminológica orientada por otro paradigma científico fundamental¹ (s. 18). Tal posición no se incluye conscientemente entre aquellas que perpetúan la discusión de las distintas disciplinas particulares sobre si «B» (criminalidad) debería ser entonces interpretada mediante las variables independientes A₁ o A₂ o A₃..., o a través de una com-

¹ Con los trabajos teóricos de F. SACK (1968-1969) y la fundación del «Círculo de trabajo de jóvenes criminólogos» (*Arbeitskreis jungel Kriminologen-AJK*) se formó en la República Federal Alemana lo que políticamente debe entenderse como movimiento delimitativo. El impulso teórico esencial vino de los Estados Unidos de Norteamérica y de los trabajos de EDWIN M. LEMERT (1951) y H. S. BECKER (1963), entre otros.

binación diferente de ellas (A_n, sino más bien este método etiológico se elimina mediante una problematización de la variable dependiente «B» (criminalidad).

Esto quiere decir que la «criminalidad», como fenómeno totalmente social, y el «ser criminal», como atributo de una persona (o de su comportamiento), no se dejan medir tan fácilmente ni definir exacta y válidamente como el peso o la altura de un objeto absolutamente físico (como, por ejemplo, un trozo de hierro). La definición de criminalidad (o del ser criminal) será vista como parte esencial de los sucesos sociales, en los cuales muchas personas tienen intervención durante el trascurso de un proceso. La definición de la criminalidad será, por consiguiente, en este ámbito, el objeto central del análisis científico-social. Las causas clásicas (como «las orejas en forma de asas» o «las mandíbulas anchas», aunque también las relaciones familiares perturbadas entre otras) devienen criterios de definición. La investigación sobre las causas será superflua.

Lo que permanece en el centro de esta cuestión y ha causado el derrumbe del viejo enfoque etiológico de la problematización distintiva, es la definición o «descripción» (etiquetamiento=en inglés, *labelling* (o enfoque del etiquetamiento o definicional).



Enfoque definicional: cuestionamiento de la definición y con ello supresión de la investigación sobre las causas.

Este enfoque motiva el entendimiento de que las realidades de la vida social no pueden ser exacta y claramente definibles desde el exterior, como en el caso de los objetos físicos inanimados, sino que *ello ocurre en la construcción mental de los respectivos participantes, por medio de sus interpretaciones y definiciones.*

No hay criminalidad como existe un trozo de hierro, pues este se presenta como un objeto físico independiente de la valoración y descripción que los humanos le puedan dar. Como tal, ese hierro no se transforma, aun cuando se altera su misma valoración y descripción. La criminalidad, en cambio, existe preponderantemente en los presupuestos *normativos* y *valorativos* de los miembros de la sociedad. Mas dado que tales presupuestos son diferentes (en cuanto a la época, cultura y grupos), también lo son en relación con la «criminalidad», sus conceptos, imágenes y definiciones. La criminalidad que realmente existe en una sociedad es aquella cuya imagen puede ser transportada a la realidad mediante una concreta fijación (establecimiento) y aplicación (imposición) de normas.

La realidad social se constituye a partir de las definiciones humanas. El sicólogo social W. I. THOMAS ha formulado esta idea de la manera siguiente: «Si los hombres definen ciertas situaciones como reales, estas serán reales en sus consecuencias» (*If men define situations as real, they are real in their consequences*, lo que es conocido como el teorema de THOMAS). De tal modo

se demuestra el significado de las definiciones para la construcción de la realidad social².

R. K. MERTON³ describe un mecanismo parecido en el proceso de la "profecía autorrealizable" (*self-fulfilling-prophecy*). Un suceso en principio no real, pero previsto, llega a cumplirse porque todos los interesados ajustan su comportamiento, precisamente, a semejante previsión (ejemplo de la quiebra simultánea de bancos).

Trasferir los efectos de las definiciones significa lo siguiente:

Una situación que existe al comienzo solo como presupuesto o definición, provoca concretas reacciones e interacciones, a consecuencia de las cuales semejante situación se torna en real.

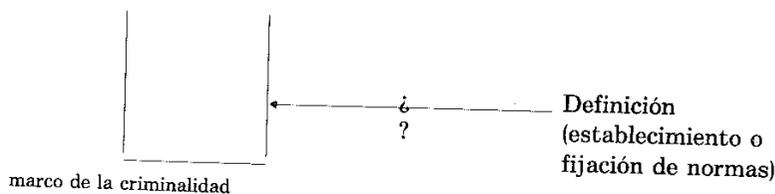
Este proceso de autorrealización de la definición de "criminalidad" (o del "ser criminal") será tematizado dentro del marco psicológico-criminal del enfoque definicional o del etiquetamiento de la siguiente manera:

1. En el plano social general (macro-perspectiva)

Aquí la cuestión se puede enunciar así: ¿Cómo concreta una sociedad su imagen de la criminalidad?

El interés se dirige preponderantemente a dos procesos esenciales de definición, que son:

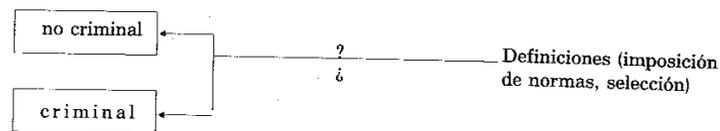
— *El establecimiento del marco jurídico-penal general, por medio de las instancias políticas (problema político-criminal).*



— La aplicación (dándole contenido) de este marco por medio de instancias especiales de control y sus actividades como la policía y la justicia (cuestión en torno a la elección-selección de la población "criminal" sobre la base de determinadas estrategias de control):

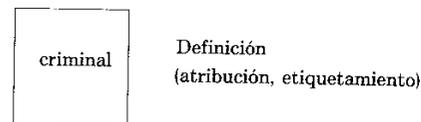
² Véase aquí también a P. L. BERGER, y a T. LUDEMAN, *Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit*, Frankfurt, 1969; versión en castellano, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, (Paidós), 1968.

³ R. K. Merton, *The self-fulfilling-prophecy*, en el mismo, *Social Theory and Social Structure*, Glencoe, 1957, pág. 421.



2. En el plano interpersonal (micro-perspectiva)

Este asunto se puede expresar del modo siguiente: ¿Cómo se transforma en "criminal" alguien que como tal es tratado y definido?



En el ámbito de las definiciones y reacciones de todos los partícipes de la interacción, interesan aquí en especial aquellas de los miembros de las instancias de control, a las que se les imputa la mayor efectividad.

La interacción de micro y macro-dimensión se muestra claramente entre otras cosas cuando las actividades de control —precisamente por su función definicional— genera muchos "criminales", que luego, en su conjunto, pasan a constituir la imagen total de la criminalidad dentro de una sociedad.

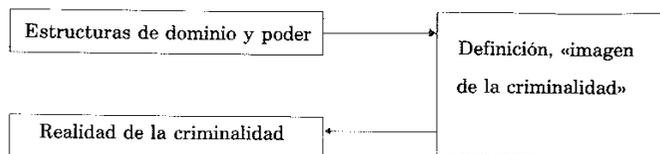
Esta característica esencial (ambas dimensiones) del enfoque definicional (perspectiva *labelling*) implica, además, el que las definiciones de la criminalidad (o del ser criminal) no sean aceptadas como tales, sino como los procesos que influyen la realidad, constituyéndose en el objeto de análisis (s. 19). A continuación se expondrán ambas dimensiones (micro-macro) del enfoque *labelling* por separado, junto con sus enunciados esenciales:

2.1. Respecto del problema de la definición y la distribución de la "criminalidad" en la macro-perspectiva (la criminalidad por medio de la definición social)

El marco general de la definición (criminalidad o sistema jurídico-penal) será tenido en cuenta aquí como producto de las diferencias sociales que en las cuestiones de poder juegan un papel esencial.

Numerosos representantes del enfoque definicional entienden que el catálogo de normas prohibitivas fijadas por el derecho penal (con sus respectivas reglas de aplicación) constituye el resultado del conflicto en el que se encuentran los grupos sociales y en el que se imponen aquellos que disponen de mayor poder. Una idea central consiste en que en una sociedad caracterizada por una *estructura de dominio y poder* no es posible ninguna definición general (aceptada y representada por todos) de la criminalidad, sino que siempre se impone la definición o la "imagen de la criminalidad" necesaria para el mantenimiento

de la estructura de dominio existente; definición que mediante su consecuente aplicación a los individuos desprivilegiados se traslada también a la realidad social⁴.



A través de los intereses de poder se genera una determinada "imagen de la criminalidad", cuya consecuente aplicación da lugar a una realidad de la criminalidad igualmente definida.

F. SACK⁵ (como el más significativo representante de este enfoque en la República Federal Alemana) ha atribuido la distribución de la criminalidad, concebida como bien negativo en perjuicio del estrato social más bajo, a la consecuencia de utilizar un marco de su definición e igualmente una forma de su aplicación, totalmente distorsionados, mediante las instancias de control (policía, justicia).

SACK entiende que en una sociedad no habría una diferencia muy grande entre los rasgos característicos y los modos de comportamiento de sus miembros individuales, como para justificar un contraste tan agudo como aquel de "criminal-no criminal". Semejante distinción se produce única y exclusivamente a causa tanto de las actividades de control como de los resultados de la definición y selección producidos por las instancias instituidas a tal efecto. Al propio tiempo, las metodologías científico-positivas adoptadas y empleadas suplementariamente repercutirían otra vez sobre las teorías y estrategias de las aludidas instancias y, por consiguiente, las confirmarían en un permanente círculo vicioso.

La sobrerrepresentación de miembros pertenecientes a los estratos sociales más bajos en las estadísticas criminales e implicados por las instituciones

⁴ H. S. BECKER formula el pensamiento central de la siguiente manera: "Yo pienso mucho más que los grupos sociales producen comportamiento desviado debido a que la violación de las reglas que ellos establecen y que se aplican sobre hombres determinados genera tal tipo de comportamiento y sus autores son, por consiguiente, etiquetados como marginados. Desde semejante punto de vista, el comportamiento desviado no es una característica de la acción que una persona lleva a cabo, sino, por el contrario, una consecuencia de la aplicación de reglas por otros y de las sanciones contra un «malhechor». El hombre que actúa en forma desviada es alguien a quien semejante designación le ha sido adjudicada en forma exitosa. Por lo tanto, el comportamiento desviado es un comportamiento que así es etiquetado por otros" (*Outsiders*, 1963, pág. 9; alemán: *Aussenseiter*, 1973, pág. 8).

⁵ Por primera vez F. SACK ha formulado las "nuevas perspectivas en la criminología" en el tomo que editara conjuntamente con R. KONIG: *Kriminologie*, 1968. Relativamente fácil de comprender y bien accesibles son sus pensamientos y tesis también en su artículo *Abweichendes Verhalten-Folgerungen für die Sozialarbeit*, en Otto-Schneider, editores *«Gesellschaftliche Perspektiven der Sozialarbeit»*, 1, 1973, págs. 129-149.

de control no se produce a causa de sus situaciones de insuficiencia síquica y social, que impulsan a un comportamiento criminal más acentuado (aspecto del comportamiento), sino que resulta de su fuerte tendencia a ser seleccionados y definidos como criminales por las instancias (policía, justicia, entre otras) del control social (aspecto de la definición).

Para asegurar su propia posición de poder, los grupos socialmente privilegiados se valen gustosamente de las teorías e ideas que identifican la relación entre los estratos sociales más bajos y la criminalidad. A tal fin hacen uso de ellas aplicándolas en la realidad mediante actividades procesales, que también consignan sobre las bases de sus sólidas posiciones de poder, creando y alcanzando lo que ellos se proponen a fin de conservar su propia posición; ello tiene éxito, por consiguiente, con la permanencia de un disciplinamiento y desprivilegiación de los estratos sociales más bajos que se obtiene mediante su persistente criminalización.

Los miembros de las clases bajas son, en gran medida y solo por eso, "criminales", porque sus modos de comportamiento habituales resultan criminalizados, primero, mediante el *establecimiento de normas* de derecho penal, y luego, además, cuando son seleccionados y controlados específicamente, según su pertenencia social en los actos de imposición de las normas, a través de las actividades de las instancias de control.

Durante el *establecimiento (creación) de normas* (véase a H. S. BECKER, *Construcción de reglas*) será creado el marco general de la definición social. Así por ejemplo, se harán ostensibles y serán descritos ciertos tipos penales, como el homicidio, el robo, el hurto, etc., por medio de la formulación genérica del comportamiento (por ejemplo, "Es homicida quien mata a un hombre con voluntad de hacerlo, para satisfacción del instinto sexual, con afán de lucro o por otros móviles inferiores, maliciosos o crueles, o con medios en general peligrosos o para encubrir o posibilitar otro hecho penal", § 211, STGB). Para poder aplicar estas formulaciones generales sobre los modos de comportamiento concretos es necesario, sin embargo, un catálogo complementario de *reglas de aplicación*, las cuales hacen transportable una compleja multiplicidad de sucesos sociales a fórmulas de contenido genérico (por ejemplo, ¿qué significa "otros móviles inferiores", "maliciosos o crueles", etc.?).

Para la aplicación de conjuntos normativos generales de un modo sistemático, los operadores profesionales del derecho se valen de un instrumental jurídico (dogmática, comentarios, decisiones judiciales, "opinión dominante", etc.). Empero, no es de ningún modo posible alcanzar una seguridad de aplicación o de definición completa. Un comportamiento concreto genera solo en casos contados su interpretación y definición automáticas en relación con el marco general de definición. Es aquí donde se presenta en forma manifiesta una puerta de entrada para las categorías sociales (véase a tal efecto a D. PETERS: *Richter im Dienst der Macht*, 1973). No obstante, si la cualidad de "criminal" de un comportamiento es un hecho indiscutible, ello debería ser inmediatamente puesto de manifiesto, pues de otra manera aparece la cuestión de la *selección* de los modos de comportamiento definibles incuestionablemente como criminales (*el problema de las cifras negras*).

Determinadas estrategias de control y "teorías vulgares" de las instancias de selección (como por ejemplo la policía y fiscales, aunque también denunciantes particulares) pueden perjudicar a ciertos grupos sociales más que a otros y, por tanto, producir una imagen distorsionada de la criminalidad (ver a tal fin, entre otros a FEEST/BLANKENBURG, 1972).

El enfoque definicional parte de la idea de que la "imagen de los criminales" que existe en una sociedad está ligada a precisos modos de comportamiento y a rasgos síquicos y sociales determinados (por ejemplo, pertenencia a estratos sociales bajos, procedencia de relaciones familiares desordenadas, etc.) y es trasplantada también a la realidad por medio de la consecuente selección y aplicación de manera parecida a como se transportan las imágenes sociales de los roles de la mujer mediante la consecuente atribución de los modos de comportamiento unidos a ellas, o sea, que las mujeres, como efecto final, se comportan de una manera afín a la forma en que se les atribuyen y conceden aquellos roles.

Tal como existe la tentativa de modificar los roles de la mujer de un modo absolutamente social, así se debería modificar la imagen de la criminalidad (hasta ahora considerada solamente en relación con la pertenencia a bajos estratos sociales y a familias desordenadas, etc.) y asociar la criminalidad también a estratos sociales elevados, poniendo esto en práctica tanto en la tarea de establecimiento (creación) de normas, como en la de aplicación (imposición) de ellas; para lo cual, como en el caso de los delitos económicos graves, deben ser tipificadas en la ley penal y luego, por medio de la policía y los fiscales, intensamente perseguidos.

En consecuencia, la cuestión del enfoque *labelling* puede enunciarse resumidamente así: "¿En qué medida se transforma la imagen de la criminalidad y su correspondiente realización al definirla de otro modo?"

2.2. Respecto del problema de la atribución y la definición del "ser criminal" de una persona o de su comportamiento en la micro-perspectiva (delincente a causa del etiquetamiento)

La construcción *labelling* se traduce en la micro-perspectiva del siguiente modo: ¿Cómo se transforma la imagen propia (la identidad) de una persona y su comportamiento respectivo al atribuirle una imagen (comportamiento, rol) criminal?

En este plano psicológico-social el punto central del análisis lo constituyen los miembros de la interacción, que reaccionan y se definen recíprocamente.

Bajo las emblemáticas expresiones "carrera criminal" (H. S. BECKER), "de la desviación primaria a la secundaria" (E. M. LEMERT)⁶ y "modelo de círculo vicioso" (S. QUENSEL)⁷, se describen los procesos de una socialización en un rol criminal, en el cual poseen una gran incidencia los miembros e instancias respectivamente implicados.

⁶ E. M. LEMERT, *The concept of secondary deviation*, en del mismo *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, New Jersey, 1967.

⁷ S. QUENSEL, *Wie wird Man Kriminell?* en *Kritische Justiz*, 4-1970, págs. 375-382.

Los sucesos sociales serán preponderantemente analizados con la ayuda de las categorías de la "interacción simbólica", que sirve de fundamento a una orientación absolutamente teórica dentro de la psicología social (el llamado interaccionismo simbólico)⁸.

Se entiende que los grupos sociales (desde los más íntimos hasta las sociedades anónimas) están compuestos por individuos aislados, los cuales se encuentran entre sí en permanente contacto, en interacción.

Por tanto, la interacción entre individuos aislados es posible porque se poseen símbolos comunes para fenómenos y situaciones determinadas, las cuales ponen a distintos individuos en condiciones de comprenderse mutuamente (o como se dice en el complicado lenguaje técnico: para producir iguales definiciones de la situación).

Esta posibilidad de comprensión no resulta, sin embargo, congénita en los individuos; por el contrario, ella será adquirida en el trascurso de un largo proceso de socialización. Semejante proceso es además, asimismo, describable bajo la forma de procesos de interacción, en los cuales junto al niño implicado también intervienen numerosas partes interesadas (madre, padre, hermanos, otros parientes conocidos, compañeros de escuela, maestros, colegas de trabajo, etc.). Estos, a su turno, mediante sus reacciones, construyen lentamente en el niño, que en un principio está totalmente desvalido, una identidad que con el tiempo lo capacitará para reaccionar como parte consciente (de la sociedad a que pertenece), y compartir la tabla general de valores, las definiciones de situación y los símbolos de lenguaje de su medio ambiente.

Debe igualmente señalarse que la atribución de roles, o en general la tipificación de personas, es una característica de toda interacción. Tales tipificaciones constituyen indispensables presupuestos de hecho para el decurso sin contratiempos de los procesos de interacción entre individuos.

Ante todo debe tenerse en cuenta que los sucesos sociales dentro de una sociedad altamente diferenciada son tan complejos que toda persona vinculada a ellos se debe ayudar poco o mucho con una construcción simplificada de la realidad social, con lo cual acudirá abundantemente a los prejuicios y, en general, a las imágenes preexistentes en la sociedad (estereotipos).

A medida que semejantes etiquetamientos y tipificaciones tienen lugar desde el nacimiento en el grupo íntimo de la familia y que repercuten cada vez en mayor medida sobre el niño con el aumento de la edad, aquella tipificación adquiere, entonces, mayor peso al propio tiempo que ella resulta adoptada y ulteriormente desarrollada por las partes profanas de la interacción. Si tal tipificación se realiza, además, con el agregado de atributos negativos (por ejemplo, delincuente, vago, criminal, etc.), entonces debe hablarse de *estigmatización*. Esto ocurre repetidamente a través del contacto con las instancias oficiales de control (por ejemplo, las oficinas juveniles), y sucede (respondiendo a la imagen común del "criminal") preponderantemente con niños y jóvenes que pertenecen

⁸ Ver, entre otros, LINDESMITH, *Symbolische Bedingungen der Sozialisation*, Düsseldorf, 1974, en esp. págs. 27-41.

al estatuto social más bajo, los cuales (según una difundida tesis del enfoque *labelling*) no se diferencian tanto de sus iguales de otros estratos.

Con la estigmatización de una persona el proceso de interacción entra en una fase cualitativa totalmente distinta. El estigmatizado recibe, junto con el estigma, un *status* social negativo, el cual limita sensiblemente sus posibilidades futuras de actuar y hace precisamente verosímil todas las acciones que se han imputado desde un comienzo al sujeto. Siempre con más frecuencia los niños y los jóvenes calificados como "delincuentes" entran en contacto con las instancias oficiales de control, con los representantes de la asistencia social, con la policía y la justicia. Todas estas instancias quieren contrarrestar sus propias intervenciones en torno al proceso legal en marcha; empero, cada nuevo paso, logran recrudescerlo, puesto que con su "sistematización" acostumbrada (manejo de expedientes, etc.) fuerzan una conversión del proceso que va desde el "hombre implicado" y difícilmente tratable, a un caso de "fácil manipulación" mediante fórmulas y estereotipos. Un aparato burocrático sobrecargado, la mayoría de las veces pendiente de la búsqueda de una seguridad permanente de sus propias actividades, se muestra difícilmente eficaz en el trato personal y minucioso con los individuos y asume de buena voluntad, como de costumbre, los estereotipos, conceptos generales y explicaciones convenientes (teorías vulgares) que determinan así sus propias acciones. Las interacciones con los afectados se desarrollan de tal manera, que se hace siempre menos con ellos en común (como miembros de interacción) y se "dispone" más sobre ellos (conversión del sujeto en objeto). El "sí mismo" y la entidad de los estigmatizados estarán siempre más intensamente dependientes de las reacciones que sobre ellos se verifican y a las que pueden hacer frente cada vez más difícilmente, haciéndolos siempre menos capaces.

La dimensión del poder en el modelo interaccionista juega, por consiguiente, un rol absolutamente decisivo⁹.

De los niños que comenzaron mostrando un comportamiento que por cualquier motivo era chocante e indeseable (desviación primaria de LEMERT), se ha ido formando, entretanto, paso a paso, o mejor dicho, rasgo a rasgo, una imagen que asume siempre más claramente los contornos de "criminal" y de la cual el afectado, también rasgo a rasgo, puede desprenderse cada vez más difícilmente. El actúa, finalmente, como ya se lo ha caracterizado; o sea, como un criminal (LEMERT habla aquí de "desviación secundaria", lo cual constituiría la única consecuencia de las reacciones estigmatizantes del medio ambiente). El agudo proceso de oscilación que tiene lugar entre acción y reacción y que con suma frecuencia se desarrolla con base en períodos de abandono escolar, contacto con la oficina juvenil, paso por el reformatorio, alcanza con la internación en un instituto penal su punto más crítico. Con un estigma que gravita de tal modo, solo en casos contados, después de la liberación, se tiene éxito para interrumpir una carrera criminal, sobre todo, tal como ocurre en la mayoría de los casos, si durante la condena se han ampliado las dificultades síquicas y sociales (contactos en el exterior, plazas de trabajo, vivienda, familia, etc.).

⁹ Véase para esto, entre otros, a W. KECHKEISEN, *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens*, 1974, págs. 95-103.

Tanto la propensión a un comportamiento criminal repetido (aspecto del comportamiento), como la de registrar la anomalía de tal conducta a través de las instancias de control (aspecto de la definición), son enormemente grandes para aquellos que ya han sido internados en un instituto penal.

Cuanto más desarrollado esté el proceso de criminalización, menores serán las esperanzas de interrumpir el círculo vicioso e impedir la oscilación. Las posibilidades de influir sobre estos aspectos se encuentran antes de nada al comienzo del proceso, como se extrae de la tesis del etiquetamiento.

3. RECAPITULACIÓN Y CRÍTICA

El enfoque del etiquetamiento centraliza su análisis, tanto en la definición general de la criminalidad sobre el plano absolutamente social, como asimismo en la atribución individual.

La criminalidad social en general y las carreras criminales en particular, serán vistas como claras consecuencias del gran poder definicional (como la creación-establecimiento de normas, la imposición-aplicación de ellas, la selección y la atribución del comportamiento) que poseen los grupos sociales e instancias de control.

La consideración y problematización de los aspectos de la definición excluidos en el paradigma etiológico clásico, son contempladas en la versión "radical" del enfoque *labelling* (o bien de la definición o del etiquetamiento) en el ámbito de tres distintas dimensiones (creación de normas, selección y atribución individual) y en forma total, siendo criticados por ende:

a) *Respecto de la dimensión de creación (establecimiento) de normas*

Enfoque radical de la definición.—El catálogo total de las normas legales (derecho penal) tiene vigor como producto de un acuerdo social. Por lo tanto, una definición de criminalidad que pretenda poseer validez general (en la que el poder y los intereses aparezcan neutralizados) será siempre controvertida.

Crítica.—Si se consideran diferenciadamente las normas aplicadas y las establecidas oficialmente, apenas se podrán encontrar disposiciones particulares que sean compartidas por todos los grupos interesados y estratos sociales. Las violaciones de ciertas normas (como por ejemplo el homicidio, el robo, las lesiones corporales, el hurto, etc.) son, en general, indeseables y reconocidas como criminales. Ellas no se evitan definiéndolas de otro modo.

Otras normas particulares, en cambio (como por ejemplo la interrupción del embarazo o diferentes disposiciones sexuales), fueron y son vivamente discutibles y no reconocidas universalmente. Empero, se puede aceptar un número de normas principales reconocidas unánimemente que definan una parte de la criminalidad total y que no sean consideradas como deformaciones del poder.

b) *Respecto de la dimensión de selección e imposición de normas*

Enfoque radical de la definición.—La sobrerrepresentación de las estadísticas oficiales de la criminalidad y en las instituciones específicas de sujetos pertenecientes a los más bajos estratos sociales, será atribuida únicamente a

la actitud de las instancias de control. La acentuación exclusiva de los aspectos de la definición o de control, implica al mismo tiempo el poner de manifiesto las posibles acciones subyacentes del afectado (aspecto del comportamiento). Estas serán interpretadas como distribuidas esencialmente por igual y, por tanto, como de poca importancia (la llamada tesis de SACK). Sin intervención de las instancias, todos los miembros de la sociedad se comportan igualmente de modo criminal o no criminal.

Critica.—Siendo así no se necesita ser ningún partidario de las teorías de la disposición para sostener que en los niños y jóvenes de una sociedad, los cuales constituyen la parte más esencial de la población para las intervenciones de las instancias de control, puedan presentarse diferencias más o menos claras en sus estructuras síquicas, como también en sus comportamientos criminales; y precisamente, como consecuencia de la desigualdad social que repercute sobre los individuos durante los procesos de socialización. La tentativa de achacar la producción de desigualdad única y predominantemente a las instancias de control social, desconoce el carácter total de las intervenciones sociales. La desigualdad tiene lugar en todos los planos sociales (distribución de propiedad, ingresos, formación) y no solo en las definiciones de la criminalidad, sino también en concretos comportamientos.

c) *Respecto de la dimensión de las carreras criminales (atribución)*

Enfoque radical de la definición.—El desarrollo y la elevada oscilación de una carrera criminal serán primordialmente imputables a la cuenta de las intervenciones de las instancias y de las reacciones del medio ambiente. Las causas que motivan semejantes intervenciones serán consideradas como anomalías insignificantes (la "desviación primaria", de LEMERT), cuyos orígenes no han de ser necesariamente investigados.

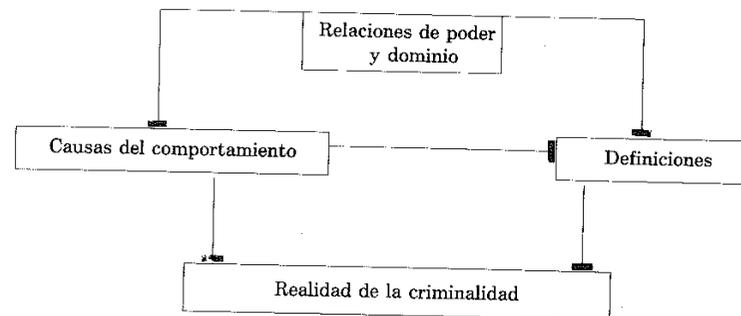
Critica.—El sociólogo T. MOSER¹⁰ se expresa de esta manera: "Sería absurdo negar el «carácter procesal» de la definición, selección, persecución, etiquetamiento y condena revelado por SACK; o sea, el de la asignación de los roles criminales. Solamente debe señalarse que, en la mayoría de los casos, semejantes procesos constituyen procedimientos de «sellado», cuyos desenvolvimientos o deformaciones están precedidos por determinadas experiencias que han dejado en los sujetos consecuencias síquicas mensurables. Se diría que el enjuiciamiento, la condena y la pena quieren desarrollar una potencia creadora de roles o que es posible que las identidades criminales sean en muchos casos fijadas por medio de la intervención de las instancias de control, mas los actos de selección, normalmente, no se llevan a cabo sobre individuos que no se distinguen en nada de los «vecinos conformistas». El «sellado jurídico» y el etiquetamiento se realizan sobre los ya clasificados (marcados) y sus patologías, graves o benignas, que a menudo son solo una anomalía pasajera, no provienen de un lado biológico o psicológico, sino que derivan de todos los factores sociales que SACK, tan unilateralmente, quería formular".

La intervención de las instancias de control "sellando" (determinando) tales procesos criminales es tan posible como para la motivación, el forzamiento o también la finalización de semejantes procesos. Esto significa una relativiza-

¹⁰ T. MOSER, *Jugendkriminalität und Gesellschaftsstruktur*, Frankfurt, 1970, págs. 17 y ss.

ción (no una refutación) de la tesis microsociológica del etiquetamiento o de la criminalización, la cual puede trasladarse del mismo modo a la macro-dimensión.

Resultado final.—Vistos los conceptos de la criminalidad y las carreras criminales, dependiendo únicamente de las definiciones y el etiquetamiento, aparecerán muy abreviados, tal como lo será el esclarecimiento total de la cuestión definicional según el antiguo paradigma etiológico. El siguiente modelo resume la idea central de esta exposición:



De todo esto se extrae que la investigación etiológica, orientada puramente hacia el autor y que se interesa simplemente por la "población criminal" denominada como tal, sin cuestionar los mecanismos de la selección, como su puesta en funcionamiento, no puede ser más practicada seriamente.

Por otro lado, aparece al propio tiempo una investigación de control poco sólida, pues ha renunciado completamente a la aclaración de ciertos modos de comportamiento que, con gran probabilidad, son denominados como criminales.

SELECCIÓN DE LITERATURA SOBRE EL ENFOQUE "LABELLING"

S. AHRENS, *Aussenseiter und Agent*, 1975. H. S. BECKER, «Aussenseiter» *Zur Soziologie abweichenden Verhaltens*, 1973. C. BONSTEDT, *Organisierte Verfestigung abweichenden Verhaltens*, 1972. R. BOHNSACK, *Handlungskompetenz und Jugendkriminalität*, 1973. BRUSTEN HOHMEIER, ed., *Stigmatisierung*, I y II, 1975. BRUSTEN-HURRELMANN, *Abweichendes Verhalten un der Schule*, 1973. FEEST-BLANKENBURG, *Die Definitionsmacht der Polizei*, 1972. H. HAFERKAMP, *Kriminelle Karrieren*, 1975. KAISER-SACK-SCHELHOSS, ed., *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 1974. W. KECKEISEN, *Die gesellschaftliche Definition abweichenden Verhaltens*, 1974. I. KERSCHER, *Sozialwissenschaftliche Kriminalitätstheorien*, 1977, págs. 52-75. H. KEUPP, *Abweichung und Alltagsroutine*, 1976. S. LAMNEK, *Kriminalitätstheorien - kritisch*, 1977. E. M. LEMERT, *Social Pathology*, 1951. MALINOWSKI-MÜNCH, *Soziale Kontrolle*, 1975, págs. 153-183. K. D. OPP, *Abweichendes Verhalten und Gesellschaftsstruktur*, 1974, págs. 179-211. D. PETERS, *Richter im Dienst der Macht*, 1973. W. RÜTHER, *Abweichendes Verhalten und labelling approach*, 1975. SACK-KÖNG, ed., *Kriminalsoziologie*, 1968, págs. 431-475. E. M. SCHUR, *Abweichendes Verhalten und soziale Kontrolle*, 1974. F. W. STALLBERG, ed., *Abweichung und Kriminalität*, 1975. H. STEUBER, *Jugendverwahrlosung und Jugendkriminalität*, 1976. TRABANDT-TRABANT, *Aufklärung über Abweichung*, 1975. A. TROJAN, *Psychisch krank durch Etikettierung?*, 1978, págs. 1-30.

POLÍTICA CRIMINAL Y DERECHO PENAL

Dr. JUAN GUILLERMO SEPÚLVEDA*

“Los idílicos tiempos en que lo único que aparentemente importaba era si el dolo pertenecía al tipo o a la culpabilidad se han ido para siempre. Estamos en una nueva época en que la tarea fundamental va a consistir en levantar el telón del Derecho Penal para ver qué es lo que verdaderamente ha estado escondido detrás de él”¹. Con esta dicente frase dio por terminado el profesor ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG² el primer Coloquio Regional Español, que sobre *política criminal y derecho penal*, se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid y en la Casa de la Cultura de Plasencia. Motivo por el cual la Association Internationale de Droit Pénal emitió, por primera vez en la historia de dicha Asociación, un número de la *Revue Internationale de Droit Pénal* en español. Dicho coloquio tuvo como presidentes a los catedráticos y juristas HANS-HEINRICH JESCHECK³ y JOSÉ ANTÓN ONECA.

Este encuentro jurídico ha sido considerado como el más completo celebrado en los últimos años en el Continente europeo. En primer lugar por lo que a sus participantes se refiere, y en segundo término por la materia escogida para servir de norte en dicho diálogo. En lo atinente a sus participantes se dieron cita los mejores juristas de Europa y Sur América. Del Continente americano participaron, entre otros: ROBERTO BERGALLI, JUAN BUSTOS RAMÍREZ, ENRIQUE BACIGALUPO, EDUARDO NOVOA MONREAL, ISIDRO DE MIGUEL PÉREZ y GLADYS ROMERO; del viejo continente se contó con la valiosa participación de DIETRICH OHLER, ERICK HARREMOES, GEORGES LAVASSEUR, ... ALESSANDRO BARATTA, FRANCO BRICOLA, GIACOMO BARLETTA CALDERARA, GIULIANO VASALLI; del país anfitrión (España) acudieron: MARINO BARBERO SANTOS, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, LUIS ARROYO ZAPATERO, JUAN TERRADILLAS BASOCO, JUAN CÓRDOBA RODA, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, etc.

* El autor es abogado de la Universidad de Medellín y desde hace algún tiempo se encuentra en Europa realizando estudios de criminología. En la Universidad de Barcelona ha estado siguiendo las orientaciones de los profesores Juan Bustos Ramírez y Roberto Bergalli, y en la actualidad se encuentra en la ciudad de Bolonia, Italia, bajo la dirección de ALESSANDRO BARATTA y MASSIMO PAVARINI, de las más importantes figuras en las nuevas orientaciones de la criminología.

¹ Revista Internacional de Derecho, *Política criminal y derecho penal*, Madrid, 1978, núm. 1, pág. XI. Perteneciente a la Association Internationale de Droit Pénal.

² Catedrático de derecho penal de la Universidad de Salamanca (España).

³ Vicepresidente de la Association Internationale de Droit Pénal. Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal extranjero e internacional.

En cuanto al tema se refiere, ninguno más notable que el seleccionado para ser tratado en tan memorable encuentro: *Política criminal y derecho penal*. Apreciación que es valedera siempre y cuando se tenga conciencia de la evolución por la cual debe pasar el derecho penal. Avance este, que debe responder a un desarrollo constante de nuestra sociedad y al que la política criminal trata en forma afanosa de ponerse a la par, proponiendo soluciones que a más de ser actuales linden con un futuro inmediato. Fenómeno que no se presenta en el derecho penal, pues este reposa sobre unos parámetros tradicionales y dogmáticos allende las vivencias y necesidades actuales.

Por la finalidad (dar información) y lo didáctico del Coloquio, me limitaré a dar unas ideas lo más sustantivas e imparciales posible de los temas más relevantes del simposio; dejando para publicaciones posteriores temas que, por su carácter y finalidad, permitan un aporte de tipo personal.

Por motivos de extensión y complejidad de la materia objeto de estudio, me veo en la necesidad de elaborar un derrotero que nos servirá de guía y a la vez nos ayudará a tener una visión de conjunto. En aras de lo anterior, el orden debe ser el siguiente:

I. La política criminal frente al derecho penal

a) la formación y aplicación de la política criminal frente al derecho penal en sus acepciones propias: penal general, penal especial, procedimiento penal, ciencias penitenciarias y ejecución penal.

b) “otros medios”, aparte del derecho penal, a los cuales la política criminal debe recurrir.

c) derecho penal frente a la realidad social.

II. Política criminal actual

a) Injerencia de la política criminal en otras áreas, a saber: movimiento obrero, órganos locales y medio ambiente.

b) objetivos de la política criminal frente al individuo.

III. Política criminal y pena

a) fundamentos de la pena (¿retributiva o preventiva?)

b) clases de penas (¿Pena privativa de la libertad, pena pecuniaria, pena a prueba, trabajo colectivo, etc.?).

I. LA POLÍTICA CRIMINAL FRENTE AL DERECHO PENAL

A) Según opiniones del profesor GEORGES LEVASSEUR⁴ la noción más común de política criminal hace relación a “todos los medios puestos en práctica

⁴ Catedrático de derecho penal de la Universidad de Derecho, Economía y Ciencias Sociales de París (Paris II) y director del Laboratorio de Sociología Criminal.

para prevenir la génesis y desarrollo de la criminalidad". Tampoco concibe el derecho penal aislado de un derecho penal general, penal especial, procedimiento penal e incluso las ciencias penitenciarias y todas las modalidades de ejecución penal. La relación existente entre política criminal y derecho penal es más estrecha y directa que lo que parece. Esta conexión solo es permitido verla si hacemos un estudio de estas dos ciencias desde un doble punto de vista: la política criminal con la formulación del derecho penal y sus relaciones con la aplicación del derecho penal.

En lo referente a la formulación del derecho penal general, la política desarrolla una influencia directa sobre él, pues el legislador, que es quien lo genera, tiene para ello que nutrirse de la realidad social. Con base en esas necesidades actuales sociales, le es permitido regular figuras jurídicas como: 1) el principio de legalidad, o, en su defecto, la costumbre; 2) la responsabilidad, la que nos permite responder preguntas como estas:⁵ ¿Todos somos iguales ante la ley? ¿Se limitará la "capacidad penal" de ciertos individuos?; 3) la justificación, con sus causales⁶, nos permitirá legislar sobre temas como el de la legítima defensa, el estado de necesidad, etc.; 4) la responsabilidad y la represión nos ayudarán a comprender temas de tan capital importancia como la coautoría, la complicidad, coinductores, autor mediador, encubrimiento, etc.; 5) finalmente, el sistema represivo de un país es deducible luego de un estudio a fondo de su penología, y es donde hace su aparición la pena en sus diferentes acepciones: intimidativa, retributiva y readaptadora y las medidas de seguridad. En la vida moderna tenemos ejemplos de las tendencias de la pena, que por el hecho de ser actuales no dejan de ser un poco extremas; en Francia⁷, Alemania, Italia, España, etc., se aboga por suprimir las penas privativas de libertad y en países de Oriente se trata de volver en materia penal a las reglas del Corán.

La política criminal influye en forma determinante en el derecho penal especial, cuando el general ha cumplido su misión, y es cuando se tiene que entrar a regular comportamientos que tienen trascendencia en el campo penal; en este momento hay que tipificar o desacriminar. Es aquí donde se inicia el juego de las fronteras de la represión⁸. El legislador se plantea la alternativa de penalizar la pornografía, accidentes de trabajo, actos de peligrosidad, comportamientos que representen atentados contra la ecología, contra la tranquilidad social, etc.

Y en la justa medida se deben ir desacriminando actos como el aborto, el consumo de drogas (penas privativas de libertad menores de seis meses),

etc.⁹. En cuanto a la influencia de la política criminal en el proceso penal, apenas hay aspectos en los que no se nota:

a) el saber cuándo se debe poner en marcha la acción pública, ante cuál autoridad y con qué procedimiento; cuándo la acción civil, y en qué momento es susceptible de acumulación; ello es determinado en gran medida por la política criminal;

b) en lo atinente a la práctica de las pruebas y todo el complejo de actos jurídicos que giran en torno a la prueba, a saber: investigación, detenciones, declaración de testigos, clases de audiencia¹⁰, interrogatoria del encartado, técnicas modernas de investigación¹¹; variarán de acuerdo con la política criminal. Igualmente, desde el momento en que se inicia la investigación penal por parte del Estado, seguido de la facultad que tiene el juez para decretar la detención preventiva, o medidas menos coercitivas como "control judicial"¹², pasando por el enjuiciamiento en el que intervienen la organización y el funcionamiento de los órganos de defensa, las partes, las recusaciones, las modalidades de liberación, etc.¹³. Para finalizar, la fijación de la pena, donde el juez analiza todo el proceso, en el cual juega un papel irrelevante la política criminal.

En lo relativo a las ciencias penitenciarias y a las reglas de ejecución penal, el Estado, de acuerdo con una política criminal preconstituida, elige las pautas que se han de seguir en estas áreas. Ej.: elegir entre la prisión en común o el régimen filadélfico, de Auburn o de Pensilvania; trabajar durante el tiempo de la condena o la dispensa; la ejecución de la pena en la cárcel o al aire libre, en establecimientos cerrados, semiabiertos o abiertos. La relación de la política criminal con la aplicación del derecho penal es evidente cuando nos percatamos que la política criminal de un país democrático la ejerce el poder legislativo. Que el plan de profilaxia social con la reglamentación de varios aspectos corresponde al gobierno y a sus representantes en las circunscripciones territoriales o en la cabecera de algunas administraciones, o sea, al poder ejecutivo. En el extremo del abanico de este se encuentra el presidente de la República y que en países como Francia goza del derecho de gracia, que lo puede ejer-

⁹ IMBERT y LEVASSEUR, *Le pouvoir, les juges et les bourreaux*, Hachette, 1972.

¹⁰ Públicamente o en secreto, por narración o por respuestas a preguntas con o sin juramento, por interrogatorio o por contrainterrogatorio (con normas diferentes para cada uno) o por vía de preguntas, anteriores declaraciones consignadas *in extenso* o resumidas, uso de magnetófonos, detectores de mentiras, etc.

¹¹ Véase el coloquio celebrado en Abidjan en 1972 por las grandes asociaciones de derecho penal sobre "Los métodos científicos de investigación de la verdad", *Rev. Internat. Dr. Pen.*, 1972, núms. 3-4, especialmente las comunicaciones de HEUYER, pág. 239; SUSINI, pág. 225; LEVASSEUR, pág. 319 y la comunicación de síntesis de R. OTTENHOF, pág. 579. También, G. VASALLI, pág. 353; LEJINS, pág. 431; BARLETTA CALDERARA y VAN BEMMEN, pág. 503.

¹² SALAH-BEY, *La détention préalable en droit comparé*, Ronéo Alger, 1974, 4 vols. Sobre la situación en Alemania, cfr. GRABING, *Rev. Sc. Crim.* 1975; en Austria, DOLEISCH, *ibidem*, 1975; en Luxemburgo, Mme. SACOTTE, *op. cit.*, 1975, pág. 995; en Suiza, F. CERO, *ibidem*, 1975, pág. 6.

¹³ Desde el *Code de Procédure Pénal* (1959) ante el Tribunal de lo Criminal Francés, integrado por doce miembros (tres magistrados profesionales y nueve jurados), las decisiones desfavorables al acusado no pueden ser tomadas sino por ocho votos como mínimo (siete votos de los doce arrastran una sentencia favorable).

cer de acuerdo con la política criminal y en la medida que las características individuales del condenado lo permitan.

B) "La política criminal, que es un sector particular (mejor dicho un aspecto) de la política (no solo de la política legislativa), no consiste únicamente en recurrir al derecho penal según esta o aquella dirección, sino también en acudir a «otras vías» posibles y útiles para la prevención de la criminalidad"¹⁴, según palabras del profesor GIULIANO VASALLI¹⁵. Queriendo decir con lo anterior que la política criminal debe acogerse a:

1º) Amplias y profundas obras de profilaxia criminal, social e individual.

2º) Organizaciones políticas, económicas y sociales que tengan como finalidad erradicar la criminalidad.

3º) Y, por último, a "una renuncia al derecho penal", entendido este en su significado estricto y tradicional como un conjunto de normas elaboradas de conductas delictivas a las que corresponde una serie de sanciones, bien sean penas o medidas de seguridad.

Al abordar este tema hay una pregunta que no podemos omitir: ¿Frente a un comportamiento considerado socialmente dañino y peligroso debe existir una pena? A este planteamiento se ha contestado en forma negativa. Pues a pesar de que la pena —en el supuesto caso— cumpliera con los fines para los que ha sido creada, a saber: que en sí misma tenga fuerza persuasiva frente a la prevención general, en igual medida tengan suficiente carácter frente a la prevención especial y resocializadora, e incluso si se supiera que cumpliría juntamente esos fines, aun así, sería demasiado "oneroso". Frente al individuo no dejaría de cumplir un papel estigmatizador y con respecto al Estado representaría un gran peso bajo varios aspectos.

En lugar de estas sanciones penales se debe hacer uso de "intervenciones preventivas", como aquellas de orden médico-sico-pedagógicas que se llevan a cabo en muchos países con óptimos resultados. Sometiendo a tratamiento a una serie de personas que precisan de estos servicios como son: los menores inadaptados, los sicópatas, los cleptómanos y toda clase de enfermos mentales.

Igualmente se deben tener muy presentes las medidas de prevención *ante delictum*. Figura de la cual se ha hecho mal uso en países donde no está afianzado el proceso democrático. Un ejemplo claro nos lo presenta la ley sustancialmente regresiva de vagos y maleantes, de 1933, y posteriormente la de peligrosidad y rehabilitación social de 1970, sancionadas en España y en Italia; luego de haber sido declarada inconstitucional la ley fascista de seguridad pública, fue promulgada nuevamente en 1956 con efectos para determinadas personas que se presume (según la ley de 1965) pertenecen la mafia.

Con miras a que esta prevención *ante delictum* sea aplicada sin que sea atentatoria de los derechos humanos, se recomienda que al elaborar y al llevar a la práctica tales medidas se tengan en cuenta los siguientes puntos:

¹⁴ Revista Internacional de Derecho Penal, *Política criminal y derecho penal*, cit., págs. 379 y ss.

¹⁵ Catedrático de derecho penal de la Universidad de Roma (Italia).

1º) Que estas medidas sean aplicadas con criterio apolítico, es decir, que no influyan para nada las creencias, organizaciones y militancias partidistas.

2º) Que en ningún momento sean privativas de libertad, esto es, que no se asemejen a la pena criminal.

3º) Que el procedimiento esté dotado de garantías constitucionales y de defensas análogas a las del derecho penal.

4º) Que las decisiones las tome un órgano judicial ordinario, y en ningún caso instituciones especiales civiles o militares¹⁶.

Podemos concluir lo expuesto con una frase del profesor VASALLI: "Lo esencial es que tales medidas no representen una especie de *derecho penal de la sospecha* en vez de *derecho penal del hecho*".

C) Este tercer apartado de la primera parte nos habla de derecho penal frente a una realidad social; en otras palabras, el derecho penal como sinónimo de "igualdad" y la realidad social en un plano —como es lógico— de desigualdad.

El profesor ALESSANDRO BARATTA¹⁷ aborda el tema partiendo de los tres mecanismos dinámicos que tiene el derecho penal:

1) El mecanismo de producción de las normas (criminalización primaria).

2) El mecanismo de aplicación de las normas, que va desde la acción de los órganos inquisitorios hasta el juicio (criminalidad secundaria).

3) El mecanismo ejecutor de las penas y las medidas de seguridad.

El derecho penal como filosofía igualitaria del derecho se expresa en dos proposiciones:

1ª) El derecho penal protege a todos los ciudadanos por igual, frente a los ataques contra los bienes esenciales respecto a los que tienen un idéntico interés todos y cada uno de los ciudadanos.

2ª) La ley penal es igual para todos. Quiere esto decir que los violadores de normas tutelares de la paz ciudadana tienen las mismas posibilidades de ser sujetos del proceso criminal con todas sus consecuencias.

Pero frente a los tres mecanismos dinámicos y a las dos teorías de igualdad jurídica anteriores, la crítica de derecho penal, luego de análisis teóricos y de una innumerable secuencia de investigaciones de carácter empírico¹⁸, ha llegado a conclusiones opuestas, a saber:

¹⁶ Revista Internacional de Derecho Penal, ob. cit., págs. 382 y ss.

¹⁷ Director del Instituto de Criminología de la Universidad de Saarland, Saarbrücken (Alemania).

¹⁸ Cfr. D. SUDNOW, *Normal crime: Sociological features of the Penal Code in a Public Defender Office*, en "Social Problems", 12, 1965, págs. 255 y ss.; R. QUINNEY, *Towards a sociology of criminal law*, in R. QUINNEY (ed.) *Crime and justice in society*, Boston, 1969, págs. 1 y ss.; P. MACNAUGHTON-SMITH, *The second code. To and (or away from) an empiric theory of crime and delinquency*, en "Journal of Research in Crime Delinquency", 5, 1968, págs. 189 y ss.; F. SACK, *Selektion und Kriminalität, Kritische justiz*, 1971, págs. 384 y ss.; H. STEINER (ed.), *Der Prozess der Kriminalisierung. Untersuchungen zur Kriminal-Soziologie*, München, 1973; A. BARATTA, *Sistema penale ed emarginazione sociale*, en "La Questione Criminale", 1976, págs. 237 y ss.; A. BARATTA y G. SMAUS, *Erklärungszusammenhänge und Hypothesen zum forschungsjekt "Soziale Reaktion auf abweichendes Verhalten mit besonderer Berücksichtigung des nicht-institutionellen Bereichs"*, documento de trabajo inédito relativo a la investigación homónima que se realiza en la Universidad de Saarbrücken, bajo la dirección de A. BARATTA, F. SACK y G. SMAUS, Saarbrücken, 1975. Sobre esta investigación, cfr. la noticia publicada en "La Questione Criminale", 1975, págs. 196 y ss.

1º) El derecho penal no protege todos los bienes en los cuales tiene igual interés la comunidad; y cuando castiga lo hace con intensidad desigual y de modo fragmentario.

2º) La ley penal no es igual para todos. La ley sanciona al individuo independientemente del daño social por él producido con su acto criminal.

Con lo anterior se concluye que el carácter igualitario del derecho penal es simplemente un mito y que, en contra de las apariencias, es más bien el derecho desigual por excelencia.

II. POLÍTICA CRIMINAL ACTUAL

Se aleja de mi objetivo al realizar este pequeño informe de política criminal y derecho penal en lo relativo a las corrientes más modernas de la política criminal, repetir en forma textual lo que dijeron los participantes de dicho Coloquio. Creo, en cambio, más productivo y eficaz el hacer mención de los nuevos logros alcanzados por esta materia en diferentes frentes, que van desde movimientos obreros hasta normas relativas al medio ambiente. Finalmente un apartado donde hago referencia a la política criminal proyectada al individuo, donde se plantean posiciones que por el hecho de ser diametralmente opuestas no pierden su vital interés para aquellos a quienes que de alguna forma nos preocupa el futuro del derecho penal.

En la dialéctica criminal italiana, según criterio del profesor FRANCO BRICOLA¹⁹, en los últimos años se ha venido hablando de "política criminal del movimiento obrero" y de "política criminal de organismos locales". La primera locución hace referencia a un movimiento social-económico originado en las bases obreras italianas y cuyo fin principal ha sido la lucha por reducir la criminalidad, alcanzar lo que ellos llaman "inmunidad" respecto de la "otra criminalidad" (la criminalidad económica). De donde se concluye que es una política criminal de movimiento obrero y no ya en interés de la clase dominante. La cuestión, que ha generado muchas opiniones encontradas, es la de saber hasta dónde una política de este orden (obrera) puede ser separada de los marcos ordinarios del poder.

"La política de los organismos locales", es una parte más que tiene el gobierno italiano a favor de la lucha contra la criminalidad, pero siempre que esta política criminal sea equiparada a política social y no a política penal, es decir, aquella política que no recurre sino a las sanciones penales. Solo así estos organismos podrán desempeñar una misión positiva frente a los medios de prevención *ante delictum*, por medio de asistencia social, reservando a la política las medidas represivas²⁰.

"Aproximaciones a la política criminal desde la protección del medio ambiente", es el título con que el profesor LUIS RODRÍGUEZ RAMOS²¹ participó

¹⁹ Catedrático de derecho penal de la Universidad de Bolonia (Italia).

²⁰ Revista Internacional de Derecho Penal, ob. cit., págs. 105 y ss.

²¹ Catedrático agregado de derecho penal, de la Universidad Complutense de Madrid, Revista Internacional de Derecho Penal, cit., págs. 279 y ss.

en el Coloquio objeto de este estudio, del cual extraeré las ideas más relevantes de la política criminal frente a un problema de radiante actualidad: la protección del medio ambiente²².

En España no existe una regulación penal del medio ambiente, y en su defecto aparece una serie de normas desarticuladas de carácter administrativo y civil²³. En cambio en países como Francia, Italia, Bélgica y Alemania existen legislaciones penales especialmente protectoras.

A los planteamientos anteriores se llega cuando se piensa en un pasado no lejano, cuando la protección del medio ambiente nos tenía sin cuidado por ser la naturaleza la propia artífice de su evolución, lejos de la acción criminal del ser humano. Ahora no nos contentamos con destruirnos directamente como ocurre con las guerras, sino que recurrimos a medios más indirectos y sofisticados, tomando como medio el exterminio de los recursos naturales y en esta forma ir lenta y eficazmente contra nuestros semejantes.

Ante esta realidad llegamos a afirmaciones tales como: debe haber una regulación directa de la política criminal que intervenga en las conductas reguladoras del medio ambiente; se debe elaborar unos objetivos acompañados de unidad en el orden jurídico, con lo que se logre una organización capaz de acudir a medios preventivos o retributivos, que permitan un equilibrio ecológico.

²² Revista Internacional de Derecho Penal, ob. cit., págs. 289 y ss.

²³ Un índice de las disposiciones vigentes en los países de la CEE, puede verse en *Inquinamento atmosferico*, Milano, 1975, 1975, págs. 181 y ss.; respecto a Alemania Federal, una referencia más amplia en *Umweltschutz*, cit., y a Suiza en el aspecto penal, *Die Verletzungen des biologischen Lebensraumes als strafrechtliche Tatbestände*, Dissertattion de R. KUNZ, Zurich, 1973.

Como testimonios de algunas tipificaciones penales específicamente relativas al medio ambiente, en algunos países europeos, basta con los siguientes:

Francia: La ley del 16 de diciembre de 1964, conocida como "Charte" del agua, castiga con multa de 2.000 a 100.000 francos determinadas desobediencias a la autoridad administrativa, elevándose la pena a multas de 10.000 a 100.000 francos y prisión de dos a seis meses, si se pone en funcionamiento una instalación clausurada; por su parte, el art. 434 del Código Rural, también respecto a la polución de las aguas, castiga con multas de 50.000 a 500.000 francos y/o prisión de 10 días a un año, al que arroja sustancias que perjudiquen la fauna o la flora acuática. El incumplimiento de lo dispuesto para aparatos o combustibles de calefacción merece, en algunos supuestos, penas de multa de 100 a 2.000 francos, en virtud de la ley del 19 de diciembre de 1917 modificada por la del 2 de agosto de 1961; por último, ciertas evacuaciones ilegales de desechos, con base en el decreto de 9 de julio de 1968, merecen la pena de multa de 60 a 600 francos y prisión de 8 días.

Italia: El art. 674 del Código Penal castiga con penas de un mes de arresto o multas de hasta 80.000 liras a quien, sin consentirlo la ley, provoque emisiones de gases, vapores o humos capaces de perturbar a las personas; y el 734 del mismo texto legal, con multas de 400.000 a 2.400.000 liras (aumentables hasta el triple), la destrucción o el menoscabo de bellezas naturales sujetas a especial protección.

Bélgica: Una ley de 26 de marzo de 1971, en su art. 41, castiga con ocho a seis meses de privación de libertad y/o multa de 26 a 5.000 francos (si en el plazo de dos años hay reincidencia, se elevará al doble la pena), pudiéndose también prohibir la utilización de las plantas, a quien vierta residuos sin autorización, se oponga a la vigencia o controles, destruya o dañe las plantas de depuración.

Alemania: La "Wasserhaushaltsgesetz" del 27 de julio de 1957, castiga supuestos de contaminación de las aguas con dos años de privación de libertad y/o multa y seis meses en las versiones culposas, y en el supuesto de existir peligro para la vida de las personas o para la salud pública, con cinco años de privación de libertad y tres años en la versión culposa. También cabe hacer referencia a la Bundes-Inmissionschutzgesetz del 15 de marzo de 1974 que castiga con pena privativa de libertad y multas conductas contrarias a sus prescripciones.

Estos logros pueden alcanzarse si tenemos en cuenta:

1º) Fijar unas pautas de tipo político y técnico, en las cuales haya una interrelación de objetivos donde se decidan aspectos de carácter político y los modelos de crecimiento y degradación del medio ambiente.

2º) Traducir a normas jurídicas las consiguientes políticas y medidas instrumentales²⁴.

3º) Después de lograr la unidad objetiva y política, se pasa al campo de la organización, creando para ello diversos órganos políticos y administrativos encargados de impulsar, gestionar y controlar las normas tendientes a la protección del medio ambiente²⁵.

4º) Posteriormente se crean los medios de prevención, fijados en diversos sectores de la actividad administrativa, a saber, policía²⁶, fomento²⁷ y servicio público²⁸.

5º) Finalmente, como acontece casi siempre, estas normas de tipo educativo, preventivo, etc., no son suficientes, lo cual da lugar al nacimiento de los medios represivos, que se resumen en tres categorías: de responsabilidad civil, administrativas y penales.

Como se puede observar, en el plano del medio ambiente, como en todas aquellas normas que velan por la seguridad del ciudadano, a la política criminal se recurre como medio catalizador de la realidad social, haciendo un balance del proceso social en su pasado y en su presente, para de allí fijar las pautas que han de seguirse en el futuro, asignándole el área civil, administrativa,

²⁴ La Constitución como tronco común de las diversas ramas jurídicas y una teoría general del derecho en la cúspide de las distintas ramas jurídicas.

La generalización de sectores jurídicos interdisciplina como el derecho de la circulación, el derecho agrario, el derecho ambiental, el derecho de la empresa, etc., pone de manifiesto que la configuración jurídica de una realidad económica social es la resultante de todas las normas jurídicas que sobre ella incidan, sea cual fuere la denominación disciplinaria de cada sector; consecuentemente, el legislador y el intérprete deben armonizar todo lo posible los distintos elementos o subconjunto que componen este conjunto normativo total. El legislador es soberano, pero dentro de los márgenes jurídicos de la Constitución y, por otra parte, sin extravasar los límites de la racionalidad o, en términos de WELZEL, las estructuras lógicas positivas.

Esta exigencia de racionalidad que recae sobre el legislador, también significa una consideración por parte de la ciencia o ciencias que estudien la realidad que se intenta someter a control jurídico. En el ámbito penal al legislador deben exigírsele claros planteamientos de política criminal, lo que supone ineludiblemente toda una serie de estudios criminológicos que fundamentan la realidad y viabilidad de dicha política.

²⁵ En este punto incide especialmente la distribución de competencia entre los órganos centrales, regionales, locales e institucionales. Como muestra, respecto a Italia, véase a BRACANSI, CORPACI y MAVIGLIA, *Intervento pubblico per la tutela dell'ambiente-ricognizione delle funzioni dello stato e delle regioni a statuto ordinario*, Milano, 1975.

²⁶ Autorizaciones, aprobaciones, licencias, etc.; también podían incluirse en la actividad de policía aspectos represivos, pero se reservan para el siguiente epígrafe.

²⁷ Subvenciones, créditos, asesoramientos, desgravaciones fiscales, etc.

²⁸ Intervenciones públicas de todo tipo. Especial cabida en este ámbito pueden tener la enseñanza y la educación a todos los niveles (*Le monde rural guardian de la nature*, CENECA, Paris, 1970, págs. 451 y ss. *Enseignement et environnement*, coloquio internacional en Aix-en-Provence, Paris, 1972; *L'enseignement de l'environnement au niveau universitaire: Réflexions e données*, OCDE, Paris, 1973).

conductas sancionadoras para cubrir ciertos comportamientos atentatorios de dichos fines, y dejando al derecho penal como *ultima ratio*. En igual sentido se pronuncia JUAN BUSTOS RAMÍREZ²⁹.

En cuanto a los fines de la política criminal frente al individuo, en pensamiento de BAIGÚN³⁰, BARBERO³¹, LÓPEZ REY³², NOVOA³³, ROMERO³⁴, SCHIFFRIN³⁵ y VASALLI, son los de readaptarlo dentro de unos parámetros preconstituidos por la sociedad dentro de la que el individuo se encuentra. La anterior afirmación se fundamenta en la aceptación total o parcial de la sociedad industrializada en Occidente.

En este sentido existe una gran diferencia en el pensar jurídico de ALESSANDRO BARATTA y ROBERTO BERGALLI³⁶, quienes afirman (luego de hacer unos planteamientos de orden social, jurídico y político a los que haré mención más adelante) que es la sociedad a la que hay que socializar.

En el último sentido se dice³⁷ que la criminología no parte de cualidades ontológicas de determinados comportamientos y personas, sino que es algo que se asigna a ciertas personas obedeciendo a una doble selección. En primer término la selección de los bienes protegidos, y en segundo lugar en un "bien negativo"³⁸, distribuido desigualmente de acuerdo con los intereses económicos y sociales existentes.

El escogimiento de los bienes obedece siempre a una política capitalista que no consulta las necesidades del pueblo, y la selección de comportamientos se basa en la diferente intensidad de la amenaza penal, que normalmente está en relación inversa con el daño ocasionado. Razón por la que se dirige contra comportamientos típicos del individuo perteneciente a las clases subalternas que contradicen la relación de distribución y producción de la clase dominante. De esta forma se acentúa más el carácter fragmentario del derecho penal.

El carácter selectivo del derecho penal se pone de manifiesto cuando estudiamos la escogencia de los sujetos, pues siempre depende de la posición

²⁹ Catedrático de derecho penal de la Universidad de Chile, actualmente en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Barcelona (España).

³⁰ Catedrático de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). *Revista Internacional de Derecho Penal*, ob. cit., págs. 31 y ss.

³¹ Presidente de la Sección Nacional de España y miembro del Consejo de Dirección de la Asociación Internacional de Derecho Penal, presidente del comité organizador del Coloquio.

³² Catedrático de la Universidad de Cambridge, jefe de la Sección de Defensa Social de las Naciones Unidas.

³³ Catedrático de la Universidad de Chile (Santiago de Chile). *Ob. cit.*, págs. 239 y ss.

³⁴ *De la carrera judicial*, Buenos Aires, *Ob. cit.*, págs. 295 y ss.

³⁵ Catedrático de la Universidad de Buenos Aires, actualmente en Bonn.

³⁶ Catedrático de la Universidad de Buenos Aires, actualmente en la Universidad de Barcelona (España); *ob. cit.*, págs. 71 y ss. El profesor BERGALLI participó en el ya citado Coloquio, con el tema: "Ejecución Penal y Política Criminal en América Latina", pero, por lo extenso y complejo del problema, he dejado para comentarlo en artículos posteriores que dedicaré a la problemática jurídica de América Latina. Por lo demás reconociendo del mismo autor: "¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?", cuaderno número 9, del Instituto de Criminología, Madrid, 1976.

³⁷ *Revista Internacional de Derecho Penal*, cit., págs. 46 y ss.

³⁸ Cfr. F. SACK, *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, cit., pág. 469.

social de los individuos en la sociedad, ya que quien en mayor riesgo se encuentra de hacerse acreedor a las penas estigmatizadoras es el que pertenece a un estrato social más bajo (sub-proletariados, grupos marginados, etc.). Y constituye una variable posición que el individuo tenga en los mercados de trabajo (desocupado, sub-ocupado, falta de calificación profesional, etc.).

El profesor GIMBERNAT, en la Relación General del Coloquio³⁹, pone de manifiesto su inconformidad con lo anterior, pues cree que los anteriores planteamientos tienen fundamento en muchos delitos contra la propiedad, y por lo tanto son incomprensibles para una serie de delitos: falsedad, violencia, sexuales, etc. Igualmente cree que el progreso económico que genera el bienestar material de los países, da lugar a la deshumanización. Frente a esta realidad lo que desequilibra a los pueblos no es la búsqueda de intereses económicos, sino que no saben qué hacer con sus vidas. Termina haciendo alusión a una cita de SCHOPENHAUER que dice: "Cuando acaba la miseria empieza el aburrimiento".

III. POLÍTICA CRIMINAL Y PENA

a) *Fundamentos de la pena:* En las últimas décadas, el derecho penal se ha visto enfrentado a la teoría unificadora de los fines de la pena. Tal unidad se logra dejando de lado el aspecto retributivo de esta y fijando como objetivo único la prevención especial, hoy llamada *resocialización*. Es solo sobre esta base como se puede entrar a hablar de política criminal⁴⁰, porque desde sus orígenes la política criminal enfila sus baterías hacia una reforma del derecho penal teniendo como piedra angular el ataque a la teoría de la resocialización, producto de las normas hasta entonces en vigencia⁴¹.

Es oportuno hacer un poco de historia sobre la teoría de la retribución donde se parte de los siguientes presupuestos:

1° Libertad que tiene el hombre para decidir.

2° El precepto jurídico es anterior a la pena y no depende de ella.

3° La pena no tiene el carácter de amenaza, sino que surge como contraprestación a la desobediencia⁴².

Presupuestos que dieron origen a la definición del delito en sus dos grandes modalidades, teniendo como base el injusto culpable y la punibilidad, o sea, la desobediencia consciente o por falta de cuidado que origina una sanción.

Este sistema ha tenido críticas de verdadero peso jurídico y social, como la que hace referencia a la imposibilidad de demostrar una voluntad libre⁴³.

³⁹ Revista Internacional de Derecho Penal, ob. cit., pág. 38.

⁴⁰ Revista Internacional de Derecho Penal, ob. cit., págs. 15 y ss.

⁴¹ Por lo menos parece ser así en Alemania. En Italia FERRI concibió una rama biosociológica de la sociología criminal, junto a la rama jurídica; conf. *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928, págs. 94 y ss.

⁴² BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung*, III, págs. 91 y ss.

⁴³ Conf. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, 2ª ed., 1975, pág. 154; "Sobre la base de nuestra propia experiencia de libertad y del sentimiento de culpabilidad, tomamos como punto de partida que una persona siquicamente normal puede orientar su comportamiento de acuerdo con los valores objetivos".

Igualmente, ante la dificultad de concebir un deber jurídico independiente de la amenaza por la sanción⁴⁴, en lo referente a la pena justa, los críticos se preguntan hasta dónde la retribución sea en sí misma determinable⁴⁵.

Frente a esta teoría absoluta aparece, como paradigma de modestia, el pensamiento jurídico penal de la prevención especial, cuyos parámetros sobresalientes son:

1° La pena puede llegar a ser un medio de motivación y con su realización se logra la reintegración del individuo a la sociedad.

2° La pena debe legitimarse como un medio de la política criminal. Pasando el derecho penal a eliminar comportamientos perturbadores de la vida en sociedad, dejando fuera de toda consideración los aspectos éticos.

3° Los fines de la pena deben obedecer a las diferentes categorías de los autores de la infracción penal.

Lo anterior nos sirva para entender cómo los conceptos "desobediencia" y "culpabilidad", han sido reemplazados por el "hecho socialmente dañoso" y el "autor" personalmente "asocial".

Las pretensiones anteriores solo han sido esquemáticamente esbozadas⁴⁶, obedeciendo a razones de tipo histórico (pues el desarrollo es paralelo al abandono de los conocimientos sociales y de los datos empíricos) y político (esta reorganización siempre se vincula con la concepción totalitarista del Estado y del derecho penal). De consiguiente es fácil deducir que el derecho penal manifiesta una visión ética del delito en término de las ciencias sociales, razón por la que la antinomia derecho penal-política criminal es un sistema jurídico desarticulado, y por lo que el derecho penal no es un derecho penal de una política resocializadora. Por lo anterior se concluye que la integración de estas dos ciencias se logrará una vez se superen las contradicciones básicas existentes en el derecho penal⁴⁷.

En lo que hace referencia al carácter de prevención general que tiene la pena, es oportuno señalar que para que cumpla con sus fines, debe de estar rodeada de unas cualidades esenciales, las que podrían ser:

a) Tener un carácter permanente y estable en sus funciones.

b) Estar impregnada más de espiritualidad y pedagogía que de intimidación.

c) Tener un amplio poder de difusión, para que la comunidad pueda conocer sus causas, efectos y fines.

d) Por último, se exige eficacia en el procedimiento investigador y la prontitud en el juicio.

⁴⁴ Conf. JULIUS BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912; *Der Adressat der Rechtsnorm und seine Verpflichtung*, 1927; GUNTHER PATZIG, *Ethik ohne Metaphisik*, 1971, págs. 21 y ss.

⁴⁵ Conf. PATZIG, *loc. cit.*, pág. 27.

⁴⁶ Conf. BOCKELMANN, *Studien zum Taterstrafrecht*, I-II, 1939-40; DAHM, *Totertyp im Strafrecht*, 1940; ERIK WOLF, *Vom Wesen des Taters*, 1932. Desde puntos de vista ajenos a concepciones autoritarias del Estado, RADBRUCH, en *Fest. Fur Franck*, I, 1930, págs. 158 y ss. También J. DE ASÚA (*Tratado*).

⁴⁷ Revista Internacional de Derecho Penal, ob. cit., págs. 17 y ss.

En el sentido de que la pena tenga una finalidad combinada de aspecto retributivo y preventivo, se matriculan los profesores ANDREIEV, BARBERO, BARLETTA, BUENO, CEREZO, GUWSWL, JESCHECK, LEVASSEUR, OEHIER y VASALLI. BARATTA, GIMBERNAT y ROMERO le asignan un carácter eminentemente preventivo. BACIGALUPO propone, en cambio, crear un derecho penal nuevo, porque el actual proviene de una política criminal retributiva impregnada de expiación.

b) *Clases de penas.*—Una vez definidos los fines de la pena en aquellos casos en que es necesario recurrir a ella, queda una gran incógnita por resolver: ¿A qué pena conviene recurrir? Con miras a aportar claridad a este interrogante, se han planteado muchas soluciones, que trataré de analizar en esta última parte del informe, dando primacía a la más moderna. Ellas son:

1) Debe desaparecer la pena de presidio. O sea, no deben existir diferentes clases de penas que obedezcan a la gravedad del hecho. Se debe imponer una pena unitaria como pena privativa de libertad. En un principio esta iniciativa ha causado mucho revuelo y argumentos encontrados. De eso nos da muestra la República Federal Alemana⁴⁸, pues cuando se propuso ante el gobierno dicha abolición, este dijo "Que aceptarlo sería como ir en contra de un «derecho penal de la culpabilidad»..., además sería político-criminalmente peligroso, pues renunciar a la pena de presidio daría pie a la sensación de una menor valoración del contenido del injusto de los hechos más graves y cabría temer un crecimiento de la criminalidad".

Pese a todas las polémicas, fue abolida la pena de presidio en la República Federal Alemana, y hoy día se puede comprobar cómo el número de condenados por asesinato y homicidio disminuyó en forma clara entre los años 1976 y 1977.

2) La pena privativa de libertad de hasta seis meses debe desaparecer. Los partidarios de dicha reforma aluden a la disminución de la reincidencia como causa primera de dicho cambio. Igualmente evita a la persona que por vez primera ha incurrido en la lesión de un bien jurídico, tener que presentarse a un tribunal, que constituye por sí solo un verdadero trauma.

Los no partícipes de este planteamiento dicen que esas penas cortas de libertad llamadas *shock*, sirven para castigar a los delincuentes de tráfico rodado y de carácter económico, por tener un verdadero cariz intimidatorio.

3) Las penas privativas de libertad, hasta por dos años, deben ser sustituidas por penas pecuniarias, siempre que se tenga la certeza de que el reo no reincidirá.

La importancia de esta medida radica en que evita las desventajas de la acción penal (no arranca al condenado del ámbito de su familia, ni del trabajo, ni de la vida social y le evita el contagio criminal). Actúa la pena disminuyendo el nivel de vida preventivo del encartado, alejándolo de efectos disocializadores. Desde el punto de vida económico, no representan un gasto pecuniario sino un aporte.

⁴⁸ CLAUD ROXIN, *El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo*, artículo publicado en la "Revista Doctrina Penal", núm. 7, Madrid, 1979. Este trabajo se reproduce en la obra *Política criminal y reforma del derecho penal* que bajo la dirección de S. Mir Puig publicará próximamente esta editorial.

Los que critican dicho sistema, dicen que posiblemente el encartado no tenga la capacidad económica para pagar el importe exigido por la ley, caso en el que tendría que recurrir a la pena subsidiaria (pena privativa de la libertad), con lo cual retornaríamos al lugar de donde partimos.

Pero encuestas realizadas por el Max-Planck-Institut de Friburgo, han demostrado que tales temores eran infundados, pues solo en 3,5% de los casos hubo de someterse a la pena subsidiaria.

4) Las penas pecuniarias pueden ser remplazadas por trabajos especialmente útiles. Lo anterior se da siempre que el condenado lo solicita y cuando la pena pecuniaria, según criterio del juez, sea desproporcionada o porque el pago no es realizable. En este sentido la pena sería más humana y resocializante y significaría un aporte educativo para el encartado.

En otro sentido, esta pena no depende del carácter económico del individuo y el trabajo se podría realizar en los fines de semana, días libres o en período de vacaciones.

Estos trabajos comunitarios se realizan con éxito en Inglaterra con el nombre de "community service". Igualmente el Consejo Europeo ha querido introducirlo por medio de la resolución de marzo de 1976.

5) Cambiar la pena privativa de libertad por la pena a prueba.

Requisitos:

a) Que la pena privativa de libertad sea inadecuada.

b) Pronóstico previo y favorable.

c) Para las penas de hasta dos años, tiene carácter general y se exige una cancelación retroactiva y antecedentes penales. Para las penas de más de dos años, una vez cumplida la mitad de la condena.

Con la anterior pena a prueba, se evitan los inconvenientes de las penas cortas de privación de la libertad, llevando en sí un gran efecto preventivo y un promisorio futuro como modo permanente y ambulatorio de resocialización.

Sus críticos anteponen a todas estas ventajas, el criterio de que se minaría la eficacia preventiva del derecho penal, se aumentaría la criminalidad. Pero sus fieles defensores replican que, en tratándose de penas no mayores de dos años, se aleja tal peligro.

Dentro de esta misma corriente hay quien piensa que se debe abolir la pena privativa de la libertad de hasta dos años, e incluso hay quienes han renunciado a límite de tiempo. En este sentido la gran pensadora, hoy tristemente desaparecida, HILDE KAUFMANN⁴⁹.

Todas estas penas alternativas (pecuniarias, trabajos colectivos, a prueba, etc.), que van en consonancia con un futuro más humano del derecho penal, deben coincidir con un organismo estatal sólido y eficaz, ciertamente capa-

⁴⁹ Con más detalles, HILDE KAUFMANN, *Soll die Strafaussetzung zue Bewahrung auch weiterhin Beschränkt bleiben auf Gefangnisstrafen von nicht mehr als 9 Monaten?*, en *Erinnerungsgabe für Max Grunnhut*, 1965, págs. 62 y ss., véase núm. 24, págs. 64 y ss.

citado para elaborar un organigrama administrativo y laboral lo suficientemente consolidado para llenar el vacío que dejaría la pena privativa de libertad, y con una comunidad de gran conciencia social, capaz de quitarle "la etiqueta" al infeliz que por cualquier motivo ha caído en el lugar más denigrante asignado a un ser: la cárcel.

Barcelona, diciembre 1981.

BIBLIOGRAFÍA

- ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL: *Revista Internacional de Derecho Penal*, núm. 1, "Coloquio sobre Política Criminal y Derecho Penal", Madrid, 1978.
- BARATTA, ALESSANDRO: *Sistema Penale ed emarginazione sociale*, publicado en la revista "La Questione Criminale", 1976.
- BARATTA A. y SMAUS G.: *Erklärungszusammenhänge und hypothesen zum forschungsjekt "soziale reaktion auf abweichendes verhalten mit besonderer berücksichtigung des nicht-institutio ne clen bereichs"*. Universidad de Saarbrücken; publicado en "La Questione Criminale", 1975.
- BERGALLI, ROBERTO: *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Cuaderno núm. 9 del Instituto de Criminología, Madrid, 1976.
- BRACANSI, CORPACI y MAVIGLIA: *Intervento pubblico per la tutela dell ambiente-ricognizione delle funzioni dello stato e delle regioni a statuto ordinario*, Milano, 1975.
- CLERC, F.: *Revista de Sociología Criminal*, Suiza, 1975.
- DOLEISCH: *Revista de Sociología Criminal*, Austria, 1975.
- FERRI, E.: *Principii di diritto criminale*, Torino, 1928.
- FRANCIA: Ley francesa del 11 de julio de 1975.
- GRABING: *Revista de Sociología Criminal*, Alemania, 1975.
- IMBERT y LEVASSEUR: *Le pouvoir, les juges et les bourreaux*, Hachette, 1972.
- KAUFMANN, HILDE: *Soll die Strafaussetzung zur bewahrung auch weiterhin beschränkt bleiben auf gefangnisstrafen von nicht mehr als 9 Monaten en Erinnerungsgabe Fur Max Grunhut*, 1965.
- KUNZ, R.: *Die verletzung des biologischen lebensraumes als strafrechtliche tatbestande*, Zurich, 1973.
- QUINNEY, T.: *Towards a sociology of criminal law in R. Quinney (ed.) Crime and Justice in Society*, Boston, 1969.
- REVUE INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL: *Coloquio sobre los métodos científicos de investigación de la verdad*, núms. 3 y 4, 1972.
- ROXIN, CLAUD: *El desarrollo de la política criminal desde el proyecto alternativo en "Revista de Doctrinas Penales"*, núm. 7, Madrid, 1979.
- SALAH-BEY: *La détention préalable en droit comparé*, 1974.
- SACOTTE: *Revista de Sociología Criminal*, Luxemburgo, 1975.
- SUDNOW, D.: *Normal crime: Sociological features of the Penal Code in a public defender office*, 1965.
- STEINERT, H.: *Der prozess der Kriminalisierung. Untersuchungen zur Kriminal-Soziologie*, München, 1973.

SOBRE EL SUBJETIVISMO EN EL ÚLTIMO DERECHO PENAL ALEMÁN*

por JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA
Magistrado del Tribunal Superior de Medellín

No paró, con la crisis del finalismo, el proceso de subjetivación del injusto y por tanto del delito y la dogmática jurídico-penal. Entre los más descoltantes síntomas de ello, en el más reciente derecho penal alemán, pueden citarse los siguientes:

1) Aunque se desecha, por la mayoría de los doctrinantes alemanes, el concepto final de la acción en favor de un concepto social de variados acentos, se niega que exista una conexión necesaria entre el concepto de acción y la economía de los elementos del delito, es decir, su estructuración sistemática. Es así como los más modernos "neoclásicos" adoptan a grandes rasgos el esquema finalista y las principales consecuencias dogmáticas del finalismo. En este triunfal acuerdo del subjetivismo alemán no puede verse, como a veces se afirma, un agotamiento de la "lucha de escuelas", es decir, una maduración dogmática que consolide los más espinosos problemas en torno a soluciones opinables solo en los detalles y en los efectos secundarios, como si el nivel de las disputas hubiese alcanzado tal grado de profundidad y diferenciación que los antagonistas hubiesen terminado por ponerse de acuerdo al llegar todos, por distintas vías metódicas, a las mismas conclusiones fundamentales.

Esta unificación mayoritaria, ciertamente lograda en beneficio de una más profunda reflexión sobre las implicaciones político-criminales de la dogmática penal, no se obtuvo por un total agotamiento dialéctico y una absoluta e insuperable madurez lógico-sistemática. La "lucha de escuelas" en el siglo XX cristalizó en comunes aspiraciones a una reforma del derecho penal alemán, y el acuerdo final no fue el resultado de la decantación crítica solamente (quizás tampoco principalmente), sino que apareció como el fruto impuesto por la más reciente legislación penal que, al conciliar los antagonismos dogmáticos y sistemáticos, palizó la aparición de un esquema del delito con el que todos resultaron más o menos de acuerdo, en un proceso más parecido a las uniones democráticas que a la sedimentación científica. Al plasmar en leyes conciliatorias las diferencias de escuela, se hizo posible, a partir de la reforma de la parte general del Código Penal alemán que entró en vigencia el 1° de enero de 1975, la

* El presente artículo aparecerá como parte de una obra conjunta en homenaje al profesor JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, la cual en este momento está en vía de editarse, por la Fundación para la Investigación y Estudios Jurídicos.

construcción de un *esquema híbrido*, ni causalista ni finalista, en el que todos contribuyeron a erigirlo como arquetipo común de una hipótesis de trabajo devenida *teoría legal*, arquetipo que permitió a cada bando conservar sus puntos de vista particulares sobre el concepto de acción, que bien poca importancia sistemática terminó por demostrar, o que cada cual fabrica según sus preferencias y conveniencias para explicar *ad hoc*, por distintos caminos, las mismas construcciones.

El esquema fundamental que ahora se pregona por casi todos es prácticamente el del finalismo de WELZEL: escisión del tipo en objetivo y subjetivo; pertenencia al tipo del dolo de tipo, separado de la conciencia de la antijuridicidad (teoría de la culpabilidad); sistematización del error en error de tipo y de prohibición: el error de tipo invencible excluye el tipo subjetivo (dolo natural), el invencible error de prohibición excluye la culpabilidad, en tanto que el error de tipo vencible da lugar a imputación por culpa, si existe el correspondiente tipo culposo, y el error vencible de prohibición deja subsistente el dolo y da lugar por tanto a una imputación *dolosa* que solo se discute si debe formularse por una pena atenuada o no; la tipicidad como indicio de la antijuridicidad que solo puede desvirtuarse por la ocurrencia de causas de justificación (tipos permisivos autónomos); la antijuridicidad formal escasamente distinguida de la tipicidad (también formal) y la antijuridicidad material atribuida simplemente a la realización del tipo sin causas de justificación; la culpabilidad como juicio de reproche ético-jurídico, dirigido al proceso de formación o motivación de la voluntad, o a la actitud interna contra el derecho que se demuestra con la realización del tipo de lo injusto, el cual aparece precisamente como un indicio de la culpabilidad que solo por la presencia excepcional de causas de inculpabilidad o de exculpación puede destruirse; la estructuración, en fin, de la culpabilidad sobre la imputabilidad — como presupuesto, generalmente —, entendida como “capacidad de culpabilidad” (capacidad de comprender el injusto del hecho y gobernar la propia conducta por esa comprensión), el conocimiento al menos potencial de la antijuridicidad y la ausencia de causas de inculpabilidad o de exculpación, mayoritariamente fundadas en la no exigibilidad de la conducta normativa. Y más allá, la punibilidad, su medición y su exclusión. Todo ello, sin embargo, estudiado en una estructura triple y no unitaria: delitos de comisión dolosos, delitos de imprudencia (culposos) y delitos de omisión (propia o impropia).

2) Dos son, pues, las bases del acuerdo: la comprobación de que cualquier concepto de acción (causal, social o final), con cualquier extensión (comprensivo o no de la omisión) lleva a las mismas conclusiones sobre los movimientos o comportamientos que no constituyen acción humana con relevancia para el derecho penal, a saber: los actos reflejos, los actos realizados en plena inconsciencia y la *vis absoluta*, agregándose con frecuencia la hipnosis. Este acuerdo en la *extensión negativa* permitió sospechar con razón, que la *extensión positiva* tampoco era discrepante y que en el fondo todos esos conjuntos desembocaban en lo mismo o eran idénticos; pero más aún: pudiendo preservar sus diferencias, estas no resultaban decisivas para la construcción de la estructura

analítica. Al acogerse por la ley las más salientes consecuencias del finalismo, se obvió la tendencia a ponerse de acuerdo en el refinado esquema finalista.

3) No solamente existe un tipo subjetivo, sino que a este pertenece el dolo, al lado de los llamados elementos subjetivos del tipo o del injusto por el neoclasicismo inicial, con la sola salvedad de los elementos anímicos de culpabilidad configurados objetivamente (ej., motivos abyectos o innobles).

4) Pero el dolo que integra el tipo subjetivo no es el dolo integral de los clásicos y romanos (*dolus malus*), sino el dolo de tipo (*dolo natural*), proceso cognitivo que se agota en el conocer y querer los hechos constitutivos del tipo legal. La separación del dolo, en su noción tradicional, de la conciencia de la ilicitud o antijuridicidad, se funda en la regulación legal del *error de tipo* como excluyente de la tipicidad subjetiva, con ubicación y efectos distintos a los del *error de prohibición* excluyente de la culpabilidad. La diferencia es tal que aquí el error vencible de prohibición no da lugar a una *culpa de derecho*, sino a una imputación dolosa, también por ministerio de la ley. Es la famosa *teoría de la culpabilidad* que tan decisiva consideró siempre el finalismo para su subsistencia, pues de ella depende su fundamental distinción entre voluntad final de la acción y proceso motivacional o formativo de la misma, distinguido de que se nutre la separación finalista de injusto y culpabilidad. Es completamente claro que si se condena por dolo, aunque sea con pena atenuada, al que pudo conocer la prohibición *pero en definitiva no la conoció*, se está predicando el subjetivismo, esto es, un derecho penal prevalentemente fundado en la voluntad, el ánimo, el sentimiento o la actitud, se está asimilando al dolo la *sui generis* imprudencia jurídica y, sobre todo, se está haciendo un último esfuerzo por mantener, bajo esa nueva versión de la anciana ficción, el imperio del principio de que *la ignorancia de la ley no excusa* (es decir, no exculpa, no excluye el dolo), en su último albergue como postrer límite para el reinado tranquilo y amplio del *principio de culpabilidad*. En el fondo, pues, hay cierto rasgo de *responsabilidad objetiva (versari)* en esa posición, porque al fin y al cabo se está presumiendo el dolo o por lo menos uno de sus elementos constitutivos, precisamente el que muestra el sentido sociojurídico del acontecimiento típico no justificado. La “teoría de la culpabilidad” es por tanto opuesta al *principio de culpabilidad* estrictamente definido y mantenido. Ninguna razón política o político-criminal puede convencer de la necesidad, conveniencia, utilidad, eficacia y justicia de castigar como dolo lo que no es dolo, o como culpable de dolo a quien a lo sumo podría serlo de culpa, si bien la *culpa de derecho* es también un expediente poco suaviorio.

5) La llamada “teoría de la culpabilidad”, reconocida por el legislador alemán y de buena gana admitida por los doctrinantes de la misma nacionalidad (muy poco de otras, salvo entre los finalistas ortodoxos), revela que es falsa, o al menos insuficientemente aplicada, la *teoría de las estructuras lógico-objetivas*, con la que a todo trance quería WELZEL mantener la vinculación del legislador a la naturaleza de las cosas y a ciertos datos óptico-ontológicos. En efecto, con esa teoría la ley ha roto la natural composición del dolo, ha escindido su estructura objetiva para que una parte del mismo sea integrada al

tipo de la acción injusta y otra uncida al reproche de culpabilidad. Si ello puede hacerlo la ley con una parte o elemento del dolo, no se ve por qué no pueda hacerlo con todo el dolo, y entonces los causalistas clásicos tendrían razón al sostener que la ley muy bien podría imponer la pertenencia del contenido de la voluntad (dolo) a la culpabilidad y no a la acción típica o al injusto.

6) Pero la herencia subjetivista de los más recientes esquemas germánicos (JESCHECK y WESSELS especialmente, pero también según ellos mismos, SCHÖNCKE-SCHRÖDER-LENCKNER) resienten su falla mucho más al fondo del problema. Se ha terminado, en efecto, por aceptar que el injusto está tan integrado por el *desvalor de resultado* como por el *desvalor de la acción*, dando a este último un lugar *prioritario* o al menos *igualitario* en su constitución legal y dogmática. Ello se aprecia sobre todo en la concepción de la culpa como violación del cuidado objetivo, el postulado extremo (no unánime) del resultado del delito culposo de resultado como mera condición objetiva de punibilidad (que algún autor, en esta línea, llevó a esa función, separada del alcance del dolo y la constitución objetiva del injusto, en todos los delitos de resultado); pero se aprecia también en la teoría altamente subjetivizada de la tentativa y de las causas de justificación.

7) Paralelamente a la exigencia de los *elementos subjetivos del tipo* para la fundación del injusto típico, apareció, y se consolidó paulatinamente, la idea de que también las causas de justificación (exclusión de la antijuridicidad) dependen de la coetánea concurrencia de los *elementos objetivos y subjetivos de justificación*. Si falta cualquiera de ellos, la conducta permanece antijurídica: faltando los objetivos, puede haber lugar a inculpabilidad por error concreto o indirecto de prohibición, en tanto que faltando los subjetivos (error de permisión) la conducta es antijurídica y culpable y procede la imputación de un delito doloso consumado o al menos tentado. Por el carácter fundamentalmente objetivo del injusto, las variantes clásicas admiten aquí la justificación, por *prevalencia de la función valorativa sobre la función motivadora* de las normas incriminadoras y por tanto por independencia del derecho frente a la moral y supremacía del primero frente a la última en las cuestiones jurídicas.

8) La misión del derecho penal, clásicamente fundada en la *tutela de los bienes jurídicos fundamentales* de la colectividad y del individuo, se hace depender ahora, en una clara *función preventiva éticosocial*, también y/o en primer lugar, de la protección de los elementales valores éticos de la conciencia social (función educadora, preventiva y moralizadora del derecho penal), o bien del impacto de la mala (injurídica) voluntad manifestada sobre las expectativas de corrección por parte de la comunidad (*teoría de la imprevisión*).

9) Casi como un simple corolario de lo anterior deviene la *teoría subjetiva o prevalentemente subjetiva de la tentativa*, que no la concibe como un atentado objetivo de daño o de peligro para el bien jurídico tutelado por la norma, sino también y/o principalmente como la exteriorización de una voluntad mala, peligrosa, antijurídica, como tal intolerable social y políticamente por hacer fracasar la expectativa comunitaria de corrección de la conducta impuesta por el orden jurídico a todos los individuos. Con ello se fundamenta la punición de la tentativa inidónea (aun absolutamente), se equipara la pena de consumación

y tentativa, o al menos se pretende que esta última dé lugar a lo sumo a una atenuación potestativa. Es obvio que de tal manera se ensancha notoriamente el ámbito de lo punible y se lo hace precisamente por razones subjetivistas propias de un *derecho penal del ánimo*. Empero, todas las expectativas de una conducta ajustada a derecho por parte de la comunidad jurídica, quedan necesaria y suficientemente protegidas por el carácter teleológico de los tipos penales, orientados a la tutela de los bienes jurídicos fundamentales y a la punición de ciertos atentados de daño o peligro contra ellos, o a lo sumo de los más graves atentados contra otros bienes jurídicos. De suerte que la subjetivación de la tentativa y su fundamentación en el desvalor de acto viola también el moderno postulado politicocriminal del mínimo derecho penal posible, derivado del carácter sancionatorio y fragmentario que desde BINDING se atribuye al mismo.

La concepción subjetiva o subjetivizada de la tentativa relativiza también la separación entre *actos preparatorios impunes* y *actos ejecutivos punibles*, pues se complementa con la cláusula legal de que el carácter ejecutivo del acto o el principio de ejecución del mismo no depende de cálculos objetivos, sino del *plan global del autor*. No es la objetiva proximidad de los actos al tipo lo que ofrece el límite para el principio de ejecución, sino esa proximidad en el plan de autor: habrá principio de ejecución, no cuando se dé comienzo verdadera y realmente a la acción típica, se apliquen los medios típicos, se invada la esfera de derechos del sujeto pasivo o se cree un peligro concreto para el bien jurídico, sino cuando en el plan del autor la acción típica debe seguir inmediatamente.

10) No se rechaza en forma expresa y clara, como método peligroso para el estado social o liberal de derecho, la *técnica legislativa de la anticipación de la consumación* (delitos de consumación anticipada y de peligro abstracto, no siempre justificados), pero en cambio sí se desecha con energía la *teoría de los elementos negativos del tipo*, que pretende que la conducta justificada no está prohibida por el tipo, o no es merecedora de pena para este y no es por tanto típica. De esta teoría se deriva nada menos que el *tratamiento unitario del error*, o al menos del error de tipo y de prohibición, que es lo más conveniente y correcto. Se ve de inmediato que esta doctrina de los elementos negativos del tipo está o debería al menos estar íntimamente ligada a la *teoría del dolo*, que concibe el dolo, a la manera tradicional y clásica, como unidad de conocimiento, voluntad y comprensión del hecho típico, incluida, pues, la conciencia de la antijuridicidad. Con ello, el error de prohibición y el error de tipo se identifican en su tratamiento sistemático y en sus consecuencias, sin que por ello se niegue la existencia del tipo subjetivo ni se desvertebre la *concepción normativa de la culpabilidad*, que, antes bien, así resulta depurada de sus últimas contaminaciones sicologistas. La distinción de los tipos de error, si se mantiene, es solo con fines didácticos, de modo alguno sistemáticos o epistemológicos.

11) Más curiosamente aún, se rechaza la construcción dogmática de los *tipos abiertos*, que para WELZEL representaban precisamente el más grave peligro contra la función de garantía en las modernas legislaciones penales. Se rechaza ese concepto por la exigencia sistemática de separar tipicidad y

antijuridicidad, ya que precisamente en tales tipos no hay *indicio* de la última y esta no es un elemento suyo, de suerte que el error sobre la antijuridicidad es necesariamente en tales tipos un error de tipo. Se dice que el tipo, por definición, es *cerrado*, pero no se patentiza que los tipos indeterminados, de innegable existencia en los códigos más recientes en todo el mundo occidental, son contrarios a los requerimientos de certeza y seguridad jurídicas, que tienen justamente rango constitucional en los Estados de derecho. Con la negativa de los tipos abiertos se practica una política criminal de avestruz, dificultando o imposibilitando la defensa jurídica contra ellos, pero esa postura no se reputa incompatible con el reconocimiento de *elementos globales de valoración del hecho*, que son un simple sucedáneo, legitimado por arte de mero circunloquio, expediente con el que se arriba a la incolumidad de la "teoría de la culpabilidad", porque el error sobre tales valoraciones globales del tipo es error de prohibición y no de tipo, salvo si no se trata de la valoración misma, que es el *quid* del asunto, sino de sus supuestos fácticos.

12) La diferencia entre autoría y participación se hace depender de la tesis del *dominio del hecho*, síntesis ecléctica de las teorías objetiva y subjetiva de autoría y participación. Se encubren por completo, entonces, los factores causales objetivos de los que puede hacerse depender el fundamento de esa distinción.

13) La separación de injusto y culpabilidad ofrecía ya en WELZEL dificultades serias: no tanto por el desplazamiento del dolo (natural) al ámbito del tipo, sino sobre todo por su doctrina del "injusto personal", edificada de modo preponderante sobre el desvalor de acción. Pero sucede que *el desvalor de acción es ya un desvalor de la voluntad* manifestada como rebelde o contraria al derecho, un desvalor del desacato o la desobediencia jurídica con respecto a la pretensión motivadora del ordenamiento jurídico. El desvalor de acción, en cuanto desvalor de voluntad y sentimiento, en bien poco se diferencia con nitidez del reproche ético-jurídico de culpabilidad en el finalismo. Esta situación se ha agudizado en la más reciente dogmática, para la que la *misión del derecho penal* está comprometida en el logro de "un querer materialmente correcto" (JESCHECK), el desvalor de acción está saturado de elementos personales y la esencia de la antijuridicidad consiste en la *violación de un deber* de actuar o de omitir establecido por la norma jurídica, violación con la que se deteriora la confianza de la comunidad en el cumplimiento del derecho, núcleo material de la misma. Llevando esas premisas hasta sus extremos, propuso ZIELINSKI que el desvalor de resultado se considerara como simple condición objetiva de punibilidad en todos los delitos de resultado, fueran estos dolosos o culposos, propuesta que algunos finalistas ortodoxos (BACIGALUPO, p. e.) aceptan solamente para los últimos. De todas maneras, el *carácter personal del injusto* se sustenta también en la pertenencia del dolo al injusto penal, función inseparable del finalismo y admitida por la doctrina alemana dominante, sobre la base de la nueva legislación. Pero ahora se argumenta que el dolo mantiene una "doble posición", pues pertenece igualmente a la culpabilidad, tal como MEZGER lo proponía para los estrictos "elementos subjetivos del tipo" o del

injusto (distintos del dolo). Pero si la parte subjetiva del injusto pertenece también a la culpabilidad y esta varía igualmente en atención a la gravedad mayor o menor de aquel, ¿en qué puede ya fundar el subjetivismo penal la separación básica de injusto y culpabilidad, ya que de ninguna manera puede apoyarse en el desvalor de resultado? Tal vez no soñó WEBER que su doctrina de que la antijuridicidad se nutre del *deber* y la culpabilidad del *poder* (individual) llegaría tan lejos, pero tal fue sin duda el origen de la actual situación, pues allí se consolidó la tendencia a abandonar la lesividad de la conducta para el bien jurídico como meollo de la primera.

Si se repara en las implicaciones de tales posiciones esquemáticas, bien fácilmente podrá observarse que es siempre inconveniente que las disputas científicas se resuelvan por vía de la autoridad legislativa, pues esto cancela las polémicas ideológicas, cierra los campos de la fructífera discrepancia y por tanto dificulta y casi que imposibilita la dialéctica del progreso científico. Se pone asimismo de manifiesto que la subjetivación de la teoría del delito con la hipertrofia del desvalor de acción y la atrofia del desvalor de resultado, la exaltación de la función formativa ético-social del derecho en desmedro de su función protectora, la hipérbole de la función de prevención general como fundamento de la pena (teoría de la imprevisión), etc., son posiciones y direcciones del pensamiento jurídicopenal difícilmente armonizables con el requerimiento de garantías materiales (no meramente formales), objetivas y por tanto controlables (no subjetivas e irracionales) del Estado social o liberal de derecho, incompatibles también con el actual derecho internacional de los derechos humanos. Ningún favor se hace a la *función protectora de bienes jurídicos* —núcleo de la orientación democráticoliberal de la política criminal y el derecho penal— con la hipóstasis de los momentos anímico-políticos del delito, sobre todo si, como en efecto sucede en el finalismo y en los "neoclásicos" que adhirieron más o menos acriticamente a su sistemática y principalmente a sus consecuencias en el tratamiento de los problemas axiales de la dogmática, al mismo tiempo se desdibuja el concepto de *antijuridicidad material* (lo que se hace al privarla de su prístino sentido de lesión real o potencial para el bien jurídico concreto y definirla formalmente por la conjunción de la tipicidad y la ausencia de causas de justificación, con desprecio de los principios de adecuación social, insignificancia e inocuidad, estrechamente emparentados con la esencia retributiva de la pena, también y sobre todo de la pena final). Lo propio sucede cuando se niega relevancia al *error sobre los supuestos fácticos de las causas de inculpabilidad* (descartada de allí, claro está, la imputabilidad) y de ciertas exenciones de pena.

14) Pero, aun si no se piensa en ese acuerdo fundamental de esquemas y consecuencias primordiales, es decir, aun si no se le reconoce o no se le profesa, las bases subjetivistas del derecho penal contemporáneo están echadas con y desde la actual *concepción éticoyurídica de la culpabilidad*. Se insiste, en efecto, prácticamente por todos, en que la culpabilidad es un juicio de reproche personal por la realización libre de la conducta antijurídica. Y pese al notorio esfuerzo por mostrar los alcances jurídicopenales del reproche culpabilista, no se logra alejar este de sus inexorables fundamentos morales, fundamentos

que se suponen relacionados con la "ética social" y no tanto con la "moral individual". Los primeros neoclásicos ciertamente entendieron la reprochabilidad al lado de las formas tradicionales de la culpabilidad (dolo y culpa) y sobre la base normativa, aparentemente objetivista, de la "exigibilidad de la conducta conforme a derecho" en la situación concreta del autor. "Actúa culpablemente quien actúa antijurídicamente, siempre que no hubiera podido actuar de otra manera" y no sea inimputable, expresa WEBER¹.

Sin embargo, GOLSCHMIDT, con su teoría de las "normas de derecho" (que determinan la antijuridicidad) y las "normas de deber" (que determinan la culpabilidad normativa), abrió la brecha para que, en el derecho penal posterior, se fundara el reproche de culpabilidad en la *infracción del deber de motivación correcta*, que se supone una de las pretensiones de la unitaria norma jurídico-penal. Se trata, pues, del problema de los deberes de conciencia (no hay otros, en verdad, y por esto R. LAUN solo admitía la existencia de *deberes morales*). Si, pese a esta estructura de la culpabilidad como violación del deber interno (correlativo al objetivo deber externo), se insiste en distinguir injusto y culpabilidad por la pareja conceptual deber-poder, es porque se está en frente del poder de internalizar el deber. No es ya, por tanto, suficiente que el sujeto de derecho cumpla con ajustar su conducta a las valoraciones objetivas y generales de la norma jurídico-penal, sino que se pretende que esta actuación, adecuada a la norma (externamente), debe también acoplarse internamente a ella. El sujeto ya no solo debe cumplir la norma, sino aceptar sus implícitas valoraciones, haciendo que estas ingresen a la más profunda reconditez de su conciencia moral. Por otra parte, esto habría debido colocar en aprietos al finalismo por haber situado el "desvalor de acto" en el núcleo del injusto penal, pero de ellos lo rescata su "teoría de la culpabilidad" al exigir la distinción entre voluntad final (perteneciente a la acción típica) y proceso de formación o motivación de la voluntad (atinentes al reproche de culpabilidad). Fácil es comprender, sin embargo, que si el reproche de culpabilidad se inspira en un examen judicial de los motivos de la voluntad, se fragiliza la separación política entre moral y derecho y se postula un fondo de cuantificación punitiva muy similar al de los "motivos determinantes" del positivismo italiano. Por esto, "uno empieza a sospechar que el culpabilismo, al acentuar cada vez más la subjetivación del delito como *ratio* de la pena, termina en el mismo punto del peligrosismo, o en la anarquía" y también que "cuando el Estado invade la intimidad de las conciencias sabemos que ha llegado la hora de la tiranía", según escriben tínosamente J. GONZÁLEZ ZAPATA y F. MEZA MORALES². Que una tal interpretación es correcta y legítima, lo atestigua la autoridad de ARMIN KAUFMANN, para quien "la formación de voluntad motivada por el deber es el

¹ "Para la estructuración del sistema del derecho penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Edit. Temis, 1982.

² "Del peligrosismo al culpabilismo", en *Estudios de Derecho*, núms. 97-98, Medellín, 1980.

objetivo y la coronación de la norma"³. Este último planteo permite colegir, además, con entera propiedad, que el último fundamento del actual subjetivismo penal se encuentra ya en BINDING, para quien el delincuente no viola la ley penal sino la norma que aquella presupone, siendo la norma expresión de *lo debido*; de suerte que, por ejemplo, una "norma prohibitiva" no se limita a prohibir una conducta externa desvalorativa, sino que al tiempo prescribe o manda una actitud interna-subjetiva valiosa. Al reprochar los motivos de la decisión de voluntad y no simplemente la voluntaria (dolosa o imprudente) realización del injusto, la actual doctrina de la culpabilidad transita por caminos harto distintos y distantes de la concepción objetiva del delito como "ente jurídico" (CARRARA) y de su comprensión sustancial como atentado de daño o de peligro contra bienes jurídicos fundamentales y determinados de la persona humana o de la sociedad organizada. Se hace entonces posible que coincidan los "códigos penales de la libertad" con los "códigos penales de la tiranía", que era lo que el insigne maestro pretendía evitar y lo que tras él ambiciona aún la doctrina demoliberal del Estado de derecho.

Se ve, pues, claramente, que la moderna teoría del delito y de la pena está en la hora actual crucificada entre dos tensiones políticocriminales antagónicas, ambas igualmente importantes. De una parte está la exigencia de la preservación de los derechos fundamentales del individuo, que sin duda debe ser protegido en su personalidad y dignidad humanas contra la intervención creciente de los organismos estatales. De otro lado está la necesidad de una tutela efectiva de la sociedad contra el avance y multiplicación de la criminalidad. Ambas tendencias deben ser de alguna manera conciliadas para preservar el equilibrio entre las necesidades individualistas y sociales del Estado de derecho. En una tal conciliación políticocriminal, los sistemas clásicos otorgan prelación a la tutela de los derechos individuales y los sistemas subjetivistas hacen mayor hincapié en las consideraciones preventivas, fijando de modo distinto los límites de la punibilidad en el sentido de su ejercicio.

Se desprende de todo ello que un *retorno a los clásicos* es necesario como elemental requerimiento democrático-liberal, retorno que no apunta ciertamente a la sistemática, sino a *los principios y al tratamiento de las instituciones límite* del derecho penal. Antes que esta rectificación del rumbo se lleve a cabo, seguramente muchos estragos habrán podido suceder. Pero, en todo caso, en la rectificación ha de contar más intensamente la orientación (sentido) que la arquitectura, pues al fin y al cabo no sería razonable desperdiciar los logros sistemáticos ya obtenidos con el alto nivel de profundidad y diferenciación de la teoría jurídica del delito.

Llama poderosamente la atención que, tras tanta especulación dogmática y tan debatida reforma del derecho penal alemán, se llegara a un estado similar al que imperaba ya en la doctrina italiana desde la expedición del facistoide Código Penal de 1930, como fácilmente se colige de la comparación de los

³ A. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1977, pág. 229.

resultados mencionados, por ejemplo, con la famosa obra de SCARANO sobre "la tentativa". Se siente uno de esta guisa tentado a suscribir, con alcance general, el célebre y duro juicio de GRISPIGNI de que los finalistas alemanes no hacían en el fondo más que repetir las "verdades" que el positivismo italiano había postulado treinta o cuarenta años atrás⁴, pero ya no con referencia al positivismo sino al subjetivismo jurídicopenal. Este subjetivismo dogmático tiene tanto qué ver con el legado del positivismo filosófico, que en no pocas ocasiones se concilia, de modo sorprendentemente manifiesto, con el positivismo criminológico que hoy todo el mundo repudia teóricamente, pero al que confluje también en cierta medida el renacimiento de la política criminal.

En los señalados sentidos es sin duda —y esto representa a la vez motivo de orgullo nacional e incitación a un importante papel histórico-dogmático— más acertado, por su ponderación y clasicismo, el nuevo Código Penal colombiano (1980) que la más reciente reforma de la parte general del Código Penal alemán (1975). Al asumir aquel ordenamiento, correctamente, la "teoría del dolo" y regular en forma amplia el "error de prohibición" como excluyente de la culpabilidad, rechaza perniciosas posibilidades de responsabilidad inculpable; al exigir la antijuridicidad material, otorga al carácter teleológico de los tipos en orden a la protección de bienes jurídicos un cariz muy avanzado y especial; en fin, al rechazar la punición de la tentativa inidónea, aminorar la pena de la tentativa y la complicidad, dar carácter objetivo a las causas de justificación y desechar la culpabilidad como reproche moral de los motivos, se afilia sin vacilación a las concepciones objetivas que ponen los derechos fundamentales de la persona humana como cortapisa infranqueable a la maquinaria punitiva del Estado.

OBRAS BÁSICAS DE REFERENCIA

- CEREZO MIR, JOSÉ: *Curso de derecho penal español*, t. 1, Madrid, Edic. Tecnos, 1976.
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1976.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH: *Tratado de derecho penal*, 2 vols. trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Edit. Bosch, 1981; *La reforma del derecho penal en Alemania*, Parte general, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1976.
- SUÁREZ MONTES, R. F.: *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Madrid, Ediciones Rialp, S.A., 1963.
- WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán*, trad. de la 11ª edición alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1970.
- WESSELS, J.: *Derecho penal*, Parte general, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1980.

⁴ "La nueva sistemática del delito en la doctrina alemana más reciente", en *Criminalia*, junio de 1952, págs. 297-307.

COMPOSICIÓN DEL TIPO DEL INJUSTO

(Introducción al estudio de la antijuridicidad penal)

Por el profesor SERVIO TULIO RUIZ

1. CONCEPTO DE TIPO DEL INJUSTO. Debemos resaltar que el nuevo Código Penal en innumerables disposiciones habla de *hecho típico*, especialmente en el libro primero, título primero. Con ello está significando la ley que es necesario y fundamental que la conducta del hombre, para ser delictuosa, en primer lugar debe corresponder a una descripción legislativa o modelo legal o tipo penal. Con ello se quiere decir que tal conducta debe adecuarse o corresponder a todos los elementos o requisitos del tipo o modelo, partiendo del tipo delinido en la parte especial del Código (en donde se describe el delito de que se trate) y complementado con los tipos de la parte general. En efecto, para que un hecho constituya delito es indispensable que corresponda y se subsuma en un tipo de delito de la parte especial del Código Penal; pero también es menester que se subsuma en el tipo de la parte general del mismo Código, que habla de la culpabilidad, y que no se subsuma en ningún tipo de las justificantes, las cuales deben estar ausentes (subsunción negativa) para que pueda hablarse de ilícito penal.

En efecto, cuando se habla de tipicidad, como concepto general, debe entenderse que existe en primer lugar un tipo en el que se describen las conductas en sus aspectos externos o materiales, las cuales son innumerables según la cantidad de los ilícitos (delitos) que en un momento dado se señalen en el Código como punibles. En el sentido de que este tipo es variable según el delito de que se trate. En cambio, el tipo en que se indica la forma como el hecho o conducta debe estar conectado causalmente al agente, la manera como debe estar ligado a su voluntad, para que se le pueda decir que es suya, y por ende reprochar o censurar, es indudablemente fijo, no existe sino uno, pues son taxativas las formas que debe asumir la voluntad y concretamente no puede ser sino dolosa, culposa o preterintencional. Estas formas son iguales, invariables, fijas, estables para cualquier clase de ilícito o hecho punible. De la misma manera, existe un tipo de las justificantes o de causas de justificación del hecho, también fijo respecto a cualquier clase de hecho que pueda subsumirse en los tipos de la parte especial del Código. Este tipo de las justificantes debe estar ausente, no debe configurarse, para que pueda darse el hecho punible. Al no existir el tipo de las justificantes, nace inmediatamente el tipo del injusto sobre la base an-

ticipada de la adecuación típica del hecho al modelo legal de la parte especial y al de la culpabilidad de la parte general, en la forma como se ha indicado.

¿Por qué nace el tipo del injusto?

Porque al no existir una causa de justificación del hecho típico, tal hecho es antijurídico, lo que permite indagar si la reunión de estos dos tipos puede sumarse al tipo que señala las formas del ligamen moral del hecho al autor (culpabilidad).

Si lo anterior es cierto, como lo creemos, los tipos (elementos) que conforman unitariamente al hecho punible, serían los siguientes:

a) *Tipo objetivo*. Son todos los aspectos externos o materiales del hecho punible, como la conducta, su resultado y el nexo de causalidad material. Este tipo es variable según cada delito, pues corresponde a la innumerable cantidad de hechos descritos como tales en la parte especial del Código Penal. Tantos tipos objetivos hay cuantos delitos descritos existan.

b) *Tipo del injusto*. Es la valoración que hace el juez del hecho típico en cuanto lo halla contrario a una norma y porque lesiona o pone en peligro, sin justa causa, un interés jurídicamente tutelado. Se identifica en forma negativa de no existir ninguna de las causas que lo justifican, las cuales están enumeradas taxativamente en la ley penal. Por tanto, el tipo del injusto sería fijo, en cuanto que las causas de justificación, que deben estar ausentes para poder hablar de hecho punible, consagradas en el Código, se refieren a cualquier clase de hecho típico (art. 29).

c) *Tipo de la culpabilidad*. Es el nexo psicológico entre el hecho y el autor referido a su voluntad, mediante el cual el juez al descubrirlo, según el grado, le puede reprochar tal hecho y expresar un juicio de demérito o censura. Este tipo de la culpabilidad es fijo, vale decir, referible a toda clase de hechos típicos, como que está indicado en sus formas en la parte general del Código, en su art. 35.

2. SIGNIFICADO DE LA ANTIJURIDICIDAD EN EL TIPO DEL INJUSTO. Naturalmente, como se ha dicho, la antijuridicidad forma parte del tipo del injusto y consecuentemente de la estructura del delito, puesto que en el estudio normativo del hecho punible se le incluye, por ser uno de sus elementos esenciales junto con el tipo de la conducta típica y el tipo de la culpabilidad.

En efecto, como lo hemos sostenido¹ y lo repetimos ahora, este elemento, que forma parte de la economía del hecho punible, está indicado en la definición legal que de tal hecho ofrece el art. 2º y se reitera en el art. 4º del nuevo Código Penal, cuando dice que para que una conducta sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, un interés jurídicamente tutelado. Allí se consagra, entonces, el principio de la ilicitud o de la antijuridicidad que caracteriza al delito.

Precisamente en dicha norma se recalca sobre la esencia del hecho punible, cual es la de destruir, lesionar, dañar, disminuir o poner en peligro un interés jurídico amparado por el derecho, el cual pertenece a la comunidad en general, o al sujeto paciente del hecho en particular, o a ambas partes.

No hay delito punible sin ofensa efectiva o potencial de un interés penalmente protegido. No hay hecho punible sin que se lesione o ponga en peligro un bien tutelado en el ordenamiento del Estado. Porque un hecho que no tenga esta característica, la de tutelar derechos individuales o colectivos, jamás será tipificado como punible por el Estado que pretende ser el supremo representante de los intereses de la comunidad y de sus componentes. Si la conducta que el legislador ha tipificado, al mismo tiempo es establecida o impuesta por el ordenamiento jurídico, no puede ser igualmente prohibida, esto es, antijurídica; y una conducta autorizada, aunque típica, no puede ser también ilícita, conforme los principios fundamentales del derecho, no solamente penal.

Por otra parte, se ha dicho que la antijuridicidad es el elemento jurídico del hecho punible. En efecto, no es suficiente la existencia de una conducta (activa u omisiva) que corresponde a un tipo legal-penal, en su aspecto puramente descriptivo, para que pueda hablarse de hecho punible. Es indispensable su antijuridicidad, su ilicitud, en virtud del principio que se resume en el apotegma *nullum crimen sine iniuria*.

Es evidente y no podemos ocultar que insignes autores, entre ellos ANTOLISEI², no consideran a la antijuridicidad como elemento estructural del delito, sino más bien como el *in se* del mismo, su verdadera esencia y, más que todo, como una característica y una propiedad intrínseca que se funda sobre un juicio de relación y como tal no susceptible de ser considerada en la misma posición y en el mismo plano que el comportamiento típico y la culpabilidad.

3. LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO. Pero también es necesario reconocer que una gran parte de la doctrina, especialmente alemana y algunos penalistas italianos, entre los cuales se encuentra BETTIOL³, consideran a la antijuridicidad como elemento esencial del delito, pues se trata de un requisito sin el cual no se puede hablar de hecho punible. Nosotros compartimos esta opinión y por ello situamos a la antijuridicidad como elemento esencial del delito y así lo sostuvimos en una monografía de hace diez años⁴. En efecto, cuando se dice que ella es el *in se* del delito, se está haciendo más bien referencia a la punibilidad como característica de la infracción, la cual le da un colorido especial a cada uno de sus elementos. Además, es menester aceptar a la antijuridicidad como elemento normativo estructural del hecho punible,

² FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, I, 105.

³ GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto penale*, Priulla, 1958, pág. 219.

⁴ SERVIO TULLIO RUIZ, *Estructura del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 77.

¹ Revista *Nuevo Foro Penal*, núm. 9, Medellín, 1981, págs. 49 y ss.

pues así está reconocido positivamente en el art. 2° del nuevo Código Penal, cuando dice que un hecho para ser punible es menester que sea típico, antijurídico y culpable. La discusión, entonces, si es o no elemento del delito, en vista de la nueva normatividad penal colombiana, quedaría en verdad superada.

De manera que la antijuridicidad es elemento estructural del hecho punible y como tal habrá de estudiarse y analizarse en las páginas que siguen. Es de suma importancia este elemento de la antijuridicidad, como los otros dos (conducta típica y culpabilidad), pues a través de él es como se puede conocer la esencia misma del hecho delictuoso, porque cuando se habla de delito, cuando se quiere expresar su concepto, invariablemente hay que hacer referencia a su antijuridicidad, a su injusticia o a su ilicitud. Dentro de estos amplios límites es que debe estudiarse este instituto jurídico para lograr su comprensión, desentrañar su contenido y ratificar su posición en la estructura del hecho punible, como elemento primordial y característica global y específica en el mismo plano de los otros atributos y componentes.

4. LA ANTIJURIDICIDAD COMO CONTRADICCIÓN VALORATIVA. En este mismo orden de ideas, a nosotros nos parece que es importante comprender que, para hablar de hecho punible, es menester la existencia de una contradicción valorativa entre la conducta humana típica y el derecho. Observaba CARRARA⁵ que la idea del delito es la de una violación de la ley, porque ningún acto del hombre se le puede reprochar si la ley no lo prohíbe. Un acto se convierte en delito solamente cuando choca con la ley y puede ser dañoso o malvado, pero si la ley no lo prohíbe no se le puede reprochar a quien lo ejecuta.

Claro que esta concepción mecánica y formalista de la antijuridicidad, como simple contradicción o colisión entre el comportamiento típico y la norma penal, sostenida por CARRARA y los clásicos, no es lo que los modernos entienden en relación con este concepto.

La correspondencia de la conducta con el tipo legal-penal, es una *ratio cognoscendi* de esa supuesta ilicitud y por ella se llega al conocimiento y a la conclusión de la antijuridicidad. Es decir, la tipicidad, como lo veremos mejor más adelante, se presenta como un indicio de esa ilicitud que se anida en el acto para que sea punible, con tal de que sea culpable. La antijuridicidad, en resumen, es ante todo la valoración hecha por el juez que en presencia de una conducta típica descubre su carácter lesivo y su desacuerdo con las exigencias del derecho. Obviamente, el juez, para formular el juicio de valoración sobre la lesividad de la conducta, necesita saber si quien realizó tal conducta típica no obró cubierto por una causal que excluye precisamente su antijuridicidad, causal que la nueva ley penal, siguiendo una larga tradición colombiana, llama de justificación del hecho, las que están indicadas en el art. 29 y que fundamentalmente son las mismas previstas con anterioridad por el Código Penal derogado.

5. LA NORMA COMO PRESUPUESTO DE LA ANTIJURIDICIDAD. Hemos afirmado en otro estudio⁶ que la norma, junto con el sujeto activo y la imputabilidad o capacidad penal, es un presupuesto del hecho punible, por cuanto que preexiste a él, está antes del hecho, el cual es punible si su autor lo ha realizado culpablemente, siendo típico y antijurídico.

Ahora bien: se entiende por *presupuestos* del delito algunas condiciones que deben preexistir, que son anteriores al hecho punible y que están por fuera de él, aunque se integren y conecten con sus elementos estructurales. Por ejemplo, están fuera del hecho mismo, en primer lugar, la norma que prevé el ilícito penal, sus sujetos, la capacidad penal (imputabilidad del agente), etc., siendo algunos generales y otros específicos, pero la característica es que son anteriores y preexisten al hecho punible. En síntesis se entiende por presupuestos del delito las situaciones de hecho o de derecho, bien sean jurídicas, materiales o síquicas anteriores a él y que son condiciones indispensables para su existencia y configuración. Son de esta manera, un *prius* lógico y cronológico frente a sus elementos. Nosotros, por razón de orden y sistema los distinguimos en presupuestos del tipo objetivo, del tipo del injusto y del tipo de la culpabilidad.

Los penalistas que no están de acuerdo con la existencia de tales presupuestos (y en verdad son numerosos) parten del concepto de que si existen, ciertamente surgen conjunta y contemporáneamente con los elementos del delito y con ellos se compenetran. Por esta razón, anotan sus opositores, la utilidad de distinguir los presupuestos del hecho punible sería dudosa y discutible.

A este propósito dice el magistrado ROMERO SOTO que la noción de presupuestos "más tiende a enmarañar el concepto del delito que a aclararlo. Dada la disparidad de criterios ya expuesta, se puede ver que no hay ni siquiera un acuerdo elemental sobre la naturaleza y contenido de tales caracteres. Es posible que, desde un punto de vista metodológico o formal, se justifique su inclusión en el estudio del delito, pero comoquiera que en ningún caso podría afirmarse que hacen parte de este último, resulta mejor prescindir de todo intento de enumerarlos como indispensables a la existencia del ilícito penal. Tiene la noción de presupuesto, dice este autor, a más de las desventajas anotadas, la que contribuye, como ya se dijo, a acentuar la tendencia atomizadora del delito, desmenuzando el concepto y presentándolo como un archipiélago de partes que, si bien relacionadas entre sí, lo están de un modo distante y aun no necesario, con lo cual se pierde de vista la noción unitaria del delito, que es la que debe prevalecer en gracia de verdad y en gracia de claridad"⁷.

No obstante opinión tan autorizada, nosotros consideramos que es válida y útil la individualización de los presupuestos del hecho punible, especialmente para facilitar su estudio y concretamente porque se desprenden con claridad según los lineamientos y el espíritu adoptados por el nuevo Código Penal colombiano, como que el presidente de la Comisión Redactora del último ante-

⁵ FRANCESCO CARRARA, *Programa...*, t. 1, § 35.

⁶ SERVIO TULIO RUIZ, *Teoría del hecho punible*, 2ª ed., Ediciones Librería del Profesional, 1981.

⁷ ROMERO SOTO, *Derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1969, pág. 242.

proyecto que luego fue Código así lo entendió, al expresar en la exposición de motivos que la imputabilidad, por ejemplo, era un presupuesto de la culpabilidad, en la forma como nosotros lo hemos sostenido, cuando decimos que la capacidad penal del sujeto (imputabilidad) es un presupuesto del delito y concretamente del tipo de la culpabilidad.

Nosotros decíamos⁸ que distinguimos los presupuestos del delito y lo repetimos ahora, no por inútil virtuosismo y por tendencia formalista a desmenuzar exageradamente la economía estructural del ilícito penal, sino porque nos parece que la misma ley se está refiriendo a tales presupuestos.

Estos presupuestos los entendemos como independientes de los elementos del delito (conducta típica, antijuridicidad, culpabilidad). Se consideran como hechos o situaciones jurídicas, materiales o síquicas que preexisten a su configuración y que están fuera de él. Tales presupuestos son de tres clases, a saber:

1) el *sujeto activo*, es un presupuesto del delito por cuanto que preexiste al hecho, el cual no puede existir sin un autor que lo realice. Como dice CAVALLO⁹, sin un sujeto activo no puede haber elemento material (tipo objetivo) del delito. Él es el elemento motor de la actividad que realiza el delito, es decir, es elemento operante, desde el punto de vista físico y síquico, para su realización.

2) la *norma penal* es también un presupuesto del hecho punible, por cuanto no se puede calificar de penalmente antijurídico, en virtud de que nadie puede ser condenado por hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley vigente al tiempo en que se cometió (art. 1°). La norma penal, como explicaremos luego, es presupuesto de la antijuridicidad.

3) la *imputabilidad*, esto es, la capacidad (penal) de comprender la ilicitud de la conducta típica o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, es un presupuesto del hecho punible y concretamente de la culpabilidad, como lo dice la exposición de motivos del Código y como tuvimos oportunidad de explicarlo en el trabajo ya citado.

Entonces, la norma es un presupuesto de la antijuridicidad penal, porque es anterior al hecho ya que el ordenamiento penal está compuesto de normas, reglas de conducta, disposiciones de deber ser, expedidas por el órgano que ha sido predispuesto con esa finalidad, en los términos y con los requisitos que previamente se han establecido en el reglamento social (Constitución Política). En estas normas se garantizan intereses comunes e intereses individuales, de un lado, y, de otro, contienen reglas de conducta, cuya esencia consiste en algo que debe ser cumplido independientemente de que se cumpla, algo que no se debe hacer, independientemente de que se haga. Es decir, su contenido son mandatos o prohibiciones que deben observar los componentes del grupo social; y además, en las mismas normas se indican las consecuencias que se derivan en caso de incumplimiento de tales mandatos o violación de tales prohibiciones.

⁸ RUIZ, ob. cit., pág. 70.

⁹ CAVALLO, *Diritto penale*, t. II, Jovene, 1955, págs. 122 y ss.

Por una parte, tenemos las normas de carácter constitucional en donde se tutelan, en forma programática y general, bienes e intereses fundamentales de la comunidad y de sus componentes; y de otra, descripciones de conductas, también en forma general y abstracta, cuya realización o verificación dinámica en la realidad externa, con tal de que correspondan a esos modelos o tipos, con los requisitos y condiciones previamente establecidos, hace nacer o surgir el poder-deber del Estado de aplicar a su autor una pena o una medida de seguridad, según el caso, y la obligación del autor de someterse a esa penalidad jurídica por razón y como consecuencia del hecho cometido.

No puede existir el hecho punible como tal, desde el punto de vista fáctico, si con anterioridad no existe norma que lo tipifica; no puede existir violación de deberes, lesión de derechos, bienes o intereses, en concreto o en abstracto, si previamente no se han establecido esas descripciones legislativas que tipifican los delitos y si no se han establecido esas descripciones que garantizan tales derechos y previenen tales deberes que deben observar los componentes de la sociedad.

De manera que la norma penal es un presupuesto del hecho punible y más concretamente de la antijuridicidad. Sin norma penal anterior no hay hecho punible, lo dice claramente la norma rectora del nuevo Código Penal que trata de la legalidad del delito en su art. 1°.

La norma penal es un *prius* histórico-cronológico de todo hecho para que sea punible; debe preexistir al delito, debe ser anterior a su comisión, en virtud del principio *nullum crimen sine lege*, y es un *prius* lógico porque en una sociedad de tipo liberal como la nuestra al ciudadano se le garantiza su libertad cuando con anticipación se le indican normativamente las prohibiciones que no debe violar y los mandatos que debe cumplir. Y, por consiguiente, la norma penal es un presupuesto de la antijuridicidad, porque si el hecho punible, en su aspecto formal, se presenta como contrario al ordenamiento jurídico (al ser la violación de una prohibición o el incumplimiento de un mandato), esta contrariedad tiene que concretarse en una norma penal que es precisamente en donde se tutelan los intereses o bienes que el sujeto, al cometer el delito, lesiona o pone en peligro, sin justa causa, según los postulados del art. 4° de este nuevo Código Penal.

6. EL HECHO PUNIBLE COMO ACTO JURÍDICO Y COMO ACTO ANTIJURÍDICO. Se ha dicho que el delito es un hecho lícito y al mismo tiempo ilícito, que es un acto jurídico y a la vez antijurídico. Estas dos afirmaciones deben ser declaradas para ir desentrañando el contenido del instituto que se estudia, es decir, de la antijuridicidad como elemento estructural y normativo del hecho punible.

En otra oportunidad decíamos¹⁰ que el hombre es un ser sociable por naturaleza, en el sentido de que no puede vivir aislado, pues necesita, para su

¹⁰ RUIZ, ob. cit., págs. 110 y ss.

desarrollo y progreso, de la ayuda y colaboración de sus semejantes. En efecto, desde los primitivos grupos, precisamente por la necesidad de la mutua colaboración humana, se avanzó lentamente hasta la aparición de la sociedad política, en el sentido moderno de la palabra, cuya formación y desarrollo han sido estudiados ampliamente por la sociología. La sociedad, elemento indispensable para la realización del hombre como ser humano, ha debido organizarse de tal suerte que quienes detentan el poder en un determinado momento histórico, establecen una serie de reglas de conducta cuya imperatividad se presenta como necesaria para la conservación y desarrollo del grupo social, en la forma como lo desean y quieren esas personas que detentan el poder. Que estas reglas de conducta consulten o no las aspiraciones de la mayoría de los asociados, es un problema que nos plantearemos más adelante. Lo que interesa provisionalmente es precisar que el delito constituye una desobediencia, una rebeldía, porque se incumple un mandato o se realiza una prohibición establecidos previamente en el ordenamiento jurídico del Estado. En efecto, las leyes penales no hacen otra cosa que describir conductas, implícitas prohibiciones o mandatos, cuya realización en el mundo fenoménico trae como consecuencia la aplicación de una pena criminal.

De lo anterior se deduce un axioma simple: quien desobedece el mandato o prohibición es castigado, principio que se halla consagrado en el art. 13 del nuevo Código Penal, en el cual se establece que la pena se aplicará a toda persona que infrinja la ley penal en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas. No cabe duda de que esto debe ser así y no de otra manera, porque el cumplimiento de lo estatuido se presenta como una necesidad para la conservación de la armonía social, pues la sociedad exige, precisamente para su supervivencia y desarrollo, que sus componentes estén sujetos a una serie de relaciones (deberes y derechos) impuestos normativamente por esa misma sociedad a través de los órganos establecidos (órgano legislativo), con el fin de amparar los intereses de orden social, político, cultural, religioso, ético, económico, etc., que están reflejados en el ordenamiento, mirado desde un punto de vista unitario.

Estas relaciones, consideradas en su aspecto general, implican que determinados sujetos estén *obligados* a observar determinadas conductas, mientras que otros, en cambio, están *autorizados* a exigir dichas conductas, como acertadamente lo sostiene GRISPIGNI¹¹. En efecto, este autor señala la bilateralidad como carácter de las normas jurídicas, las cuales se diferencian de las sociales porque a un mismo tiempo imponen un *deber* para un sujeto y reconocen contemporáneamente un *poder* a otros. Deber y poder son dos lados, interno y externo, de la norma jurídica: el *poder de exigir* y el *deber de observar* determinada conducta nace directamente de la norma, pero la responsabilidad del asociado se deriva de la conducta observada, vale decir, del hecho realizado en el mundo exterior, contrario al precepto y desobediente.

¹¹ FILIPPO GRISPIGNI, *Diritto penale*, vol. I, pág. 276.

Las anotaciones anteriores nos están indicando que el hecho punible ante todo es desobediencia, es rebeldía e inobservancia de reglas sociales señaladas normativamente. Es violación de normas de conducta estatuidas por el Estado, las cuales obligan a la observancia y obediencia por parte de los componentes de la sociedad, quienes al desobedecerlas causan tanto un perjuicio a la colectividad como al asociado que sufre el hecho, pues el delito ocasiona una lesión que se opone a los intereses tutelados en el derecho, por lo que se dice que el delito es un hecho ilícito o antijurídico.

Entonces, el delito es considerado como un hecho ilícito por su característica de contrariedad a un precepto del ordenamiento juridicopenal, hecho que viene a ser la causa productora de efectos jurídicos.

Pero antes de continuar, conviene señalar que los hechos en general se distinguen en *hechos naturales* si producen consecuencias jurídicas en la esfera de la persona; y *hechos voluntarios o actos jurídicos*, si tienen origen en un acto voluntario que se orienta a producir o no efectos jurídicos. Estos a su vez se dividen en *actos jurídicos en sentido estricto* y *negocios jurídicos* y son capaces de producir consecuencias juridicopenales, vale decir, pueden producir la existencia, el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación juridicopenal. Se definen como los acontecimientos a los cuales el derecho objetivo hace seguir como consecuencia la extinción o modificación de una relación juridicopunitiva.

Nuestro ilustre maestro de la Universidad de Roma, profesor FILIPPO GRISPIGNI, ha dedicado amplios estudios a la clasificación de los hechos juridicopenales. En efecto, el citado profesor distingue entre:

A) *Actos jurídicos en sentido estricto*, que son los acontecimientos naturales como el trascurso del tiempo, la muerte del reo, etc.

B) *Actos jurídicos*, que son hechos humanamente voluntarios, los cuales se pueden clasificar en actos lícitos e ilícitos.

El hecho punible ante todo es un hecho jurídico por estar regulado por el derecho y porque precisamente de él depende el nacimiento de la relación juridicopunitiva. Y siendo un hecho voluntario, el delito entra en el sistema de los actos jurídicos, los cuales nacen por un acto de voluntad cuya realización trae como consecuencia la aplicación a su autor de una pena criminal.

Pero el delito como acto jurídico forma parte de los actos ilícitos o antijurídicos en consideración a que constituye la violación de un deber, como se verá luego. En efecto, el delito es la inobservancia de un mandato (o prohibición) del Estado que lesiona intereses tutelados en el ordenamiento jurídico (normas penales) y siendo una lesión y una actitud contraria al derecho, el delito es un acto *ilícito* o *antijurídico*.

La razón es muy clara. Los componentes de una sociedad cumplen actos debidos cuando su conducta se mueve dentro de los límites del lícito jurídico, vale decir, cuando cumplen las obligaciones impuestas en el ordenamiento del Estado, pero también los componentes de la sociedad pueden realizar actos ilícitos o antijurídicos si desobedecen los mandatos o prohibiciones indicados en las normas y si violan los intereses de otros sujetos o del Estado o conjuntamente de ambos.

De otro lado, no es necesario advertir, porque salta a la vista, que el delito es uno de los actos ilícitos o antijurídicos de mayor gravedad y que pertenece al *genus* de los atos ilícitos de derecho público, pues las consecuencias de su realización se concretan en una sanción que va más allá de la indemnización por los daños ocasionados. La importancia del interés que viola el hecho punible hace que la sociedad tenga especial cuidado en reprimir o impedir la aparición de esta clase de actos ilícitos que se presentan como un peligro para la conservación y la armonía del conglomerado social.

De lo dicho hasta aquí se puede concluir que el hecho punible tiene las siguientes características:

a) *es un hecho jurídico*, es decir, el delito tiene una importancia jurídica en cuanto el derecho objetivo lo regula normativamente y le asigna una consecuencia jurídica que, de un lado, consiste en el deber del reo o culpable de someterse a la pena y, de otro, en el poder-deber del Estado de aplicarla;

b) *es un hecho voluntario*, entendiendo por ello como un hecho del hombre que lo produce conscientemente (culpablemente); y

c) *es un hecho ilícito o antijurídico*, porque es contrario a la norma jurídica que impone o prohíbe la conducta, lo que trae como consecuencia que lesione o ponga en peligro un interés tutelado en la ley.

En este orden de ideas y resumiendo podemos decir:

el delito es un hecho jurídico en cuanto es una modificación del mundo exterior productora de efectos jurídicos;

como es un hecho que tiene origen en un acto voluntario, el hecho punible pertenece a la categoría de los actos jurídicos; y

como es un acto jurídico que se presenta como contrario a una norma penal y constituye la violación de un deber impuesto en la misma, el hecho punible se considera como un acto ilícito o antijurídico.

7. LA ANTIJURIDICIDAD COMO CONTRARIEDAD AL DEBER. De lo dicho en líneas anteriores se deduce lo siguiente: bien se sabe que el ciudadano está obligado a abstenerse de la realización de determinadas conductas (prohibiciones) o a cumplir ciertos comportamientos (mandatos), los cuales están indicados en la ley. Estas conductas prohibidas u ordenadas se consignan en el ordenamiento jurídico del Estado, el cual está compuesto de diversas ramas, civil, penal, administrativa, comercial, laboral, etc. Mejor dicho, el ciudadano está en el deber de observar una serie de reglas de conducta, como por ejemplo, cumplir sus obligaciones contractuales, satisfacer sus propias deudas, no apropiarse de bienes ajenos, no matar, etc. Estas reglas de conducta están clasificadas normativamente y existen algunas cuya observancia es mucho más imperativa que otras, según la rama a que pertenezcan, es decir, se trata de normas de mayor jerarquía que las otras, porque tienen un contenido más rotundo de imperatividad. En ellas se señalan, para el caso de su violación o inobservancia, unas consecuencias jurídicas que constituyen una disminución efectiva

de derechos importantísimos del obligado infractor, como es por ejemplo el relativo a su libertad personal. La inobservancia del deber implica, al ejecutar la conducta típicamente descrita, la obligación ineludible de someterse al sufrimiento de esa consecuencia jurídica que se llama sanción criminal.

Este planteamiento nos conduce a la siguiente afirmación: cuando se viola el deber, deber de abstención o deber de realización, si se concreta en el ordenamiento penal, estamos en presencia de una conducta antijurídica penal, pues ella consiste en la violación o contrariedad de una conducta típica al deber penal de abstención de realizar dicha conducta típica. Este deber ínsito en la norma se dirige a todos los ciudadanos desde el momento de expedición del acto positivo en que el legislador describe el comportamiento prohibido u ordenado, lo cual es el punto de partida del nacimiento de la obligación-deber de realizar o abstenerse de realizar tal conducta, según el caso.

Por tanto, la contrariedad al deber es una de las características de la antijuridicidad en general y si ese deber es penal por estar contenido en una norma de esta naturaleza, su contrariedad significa la existencia de la antijuridicidad penal. Ello se comprende porque la persona que actúa típicamente, vale decir, que realiza una conducta que corresponde a un modelo legal penal, viola sencillamente un deber, incumple una obligación, viola el deber de abstención de realizar esa conducta típica, si no existe una causa de justificación o si el hecho típico no está autorizado conforme a la ley. Aquí el deber consiste en no actuar y sin embargo se actúa (delitos de acción), o sea, en violar la prohibición. Pero también el deber puede consistir en actuar y sin embargo no se actúa (delitos de omisión), esto es, se trata de un deber de realización. En este caso de la conducta típica también es antijurídica, si no existe un hecho que la justifique, según la ley.

8. LA ANTIJURIDICIDAD COMO LESIÓN O PELIGRO DE LESIÓN. Al analizar el art. 4° del nuevo Código Penal, intitulado "antijuridicidad", observamos que el concepto allí prevenido sobre este instituto jurídico es el de la antijuridicidad como lesión o como peligro de lesión, sin justa causa, de bienes o intereses amparados por el derecho o, como dice la norma, del "interés jurídico tutelado por la ley".

Lo primero que debemos decir, antes de profundizar en el contenido de la disposición citada, es que la ley siempre tutela un interés y basta. La ley puede tutelar cualquier clase de interés: colectivo o individual, los que considere merecedores de protección legal, según el criterio del legislador. Este interés o intereses devienen "jurídicos" precisamente porque la ley los ampara. La ley no tutela dos clases de intereses, los comunes y los jurídicos, sino que tutela intereses, los cuales se llaman ciertamente jurídicos si ella los tutela.

¿Será que de acuerdo con el art. 4°, para que el autor de un hecho reciba punición, es indispensable indagar primero si el interés violado es jurídico y

después indagar si dicho interés está tutelado en la ley? ¿O más bien se trata de una redundancia o pleonismo, o quizás se trata de una aclaración que el legislador hace para una mejor interpretación y una adecuada aplicación del artículo 4°? ¿Por qué dicho artículo habla de un interés "jurídico" y agrega que debe estar "tutelado en la ley"? Al respecto nada se sabe, porque las actas de las diversas comisiones que intervinieron en la redacción de los sucesivos proyectos del Código Penal nada dicen sobre el particular.

Hecha esta breve observación, corresponde ahora advertir también que propiamente en el art. 4° no es que se defina la antijuridicidad. Se dice simplemente qué debe producir el delito para que sea punible y se señala una de sus características. Ni el delito ni la antijuridicidad son una lesión, sino que producen una lesión o peligro de lesión. La antijuridicidad es un juicio de valor del acto, como lo veremos mejor más adelante, en cuanto que el juez lo encuentra ofensivo o lesivo de un bien jurídicamente tutelado.

Prosiguiendo en este análisis, nos parece, salvo mejor opinión, que en el art. 4° mencionado el nuevo Código Penal consagra el resultado jurídico del hecho punible, o, mejor, se refiere a su objeto jurídico, todo lo cual es diverso al resultado natural del delito, cuya esencia consiste en aquella modificación del mundo externo producida por la conducta humana y que forma parte del contenido de la infracción, como se verá luego.

En efecto, el art. 4° consagra un principio obvio. Es indudable que el hecho punible debe producir un resultado jurídico, como que es su nota característica. Debe producir un perjuicio para alguien, un daño, una lesión efectiva o potencial de uno o varios bienes amparados por el derecho.

Antiguamente se decía que el delito produce dos clases de daños: uno inmediato y otro mediato, según que se refiera al particular que ha sufrido los efectos de la conducta, o a la comunidad en general que sufre por reflejo la acción del delincuente. Ahora la doctrina moderna¹², tomando como base la división anotada, habla de un daño inmediato, de un daño social y de un peligro social producido por el hecho punible. En este orden de ideas, el delito produciría:

- a) un daño o un peligro directo o inmediato de uno o varios bienes individuales o colectivos;
- b) un daño social indirecto porque ataca las condiciones fundamentales de existencia de la sociedad en donde se produce, ya que debilita la autoridad del Estado y compromete el orden establecido por este; y
- c) un peligro social indirecto por el mal ejemplo que engendra y por presentarse como causa probable de nuevos delitos, ya sea en relación con el mismo sujeto, por parte de la víctima o de sus allegados o por parte de otras personas, como consecuencia del mal ejemplo o del contagio criminal que produce el hecho delictuoso.

Antes de seguir adelante se debe aclarar que la ofensa o daño que produce el delito, el cual, como se ha dicho, puede ser efectivo o potencial (peligro

¹² ROCCO, *L'oggetto del reato*, Torino, 1913, pág. 348; GRISPIGNI, *Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1952, vol. 1, pág. 149.

de daño), consistente en la disminución de uno o más bienes jurídicos individuales o colectivos, debe distinguirse netamente del *daño civil* que produce el hecho punible, cuya ocurrencia origina la obligación de repararlo, conforme al art. 103 y siguientes del nuevo Código Penal. Este daño consiste generalmente en un perjuicio patrimonial que origina acción reparatoria e indemnizatoria, cuyos titulares son las personas indicadas en el art. 104 de la misma obra y cuyo sujeto pasivo (obligado a la indemnización) es el reo o culpable.

9. CUALIDAD OFENSIVA DE LA ANTIJURIDICIDAD. La conducta típica es ofensiva si es antijurídica. Es esta en concreto una ofensa que pone en peligro los intereses de la sociedad y ataca los valores colectivos o individuales de cuya concreción da cuenta el ordenamiento jurídico del Estado, a través de las normas penales, en donde se establecen las conductas o comportamientos cuya realización es la comprobación de la ofensa que el Estado ha tratado de impedir con la amenaza de la pena o su aplicación efectiva o con medidas de policía o profilácticas de sanidad predelictual.

De acuerdo con el art. 4° que se estudia, esta ofensa, como cualidad de la antijuridicidad, puede asumir o puede presentarse en dos formas:

- 1) en un *daño*, es decir, si se presenta como lesión de un interés o bien protegido jurídicamente por el ordenamiento del Estado; y
- 2) en un *peligro* si se presenta como una amenaza de lesión de un bien o interés tutelado en las normas jurídicopenales.

Este bien cuya destrucción, anulación, deterioro o puesta en peligro y que constituye la ofensa como característica y cualidad de la antijuridicidad, es esencialmente el contenido del objeto jurídico del delito.

Dicho objeto jurídico, según ROCCO¹³, se divide en formal y sustancial. El primero consiste en el derecho público subjetivo del Estado a la observancia y obediencia de los preceptos penales (derecho de supremacía). Comoquiera que este derecho es único y unitario, por consiguiente, el objeto formal es único para todos los tipos y especies de delito. El segundo, o sea el sustancial, según el autor citado, consiste en el bien o interés que el derecho tutela mediante los preceptos y las sanciones de naturaleza penal. Este, a su vez, se subdivide en:

- a) *sustancial genérico*, constituido por un bien o un interés propio de la sociedad jurídicamente organizada y común a todos los delitos, cualquiera que sea su tipo o especie; y
- b) *sustancial específico*, constituido por el bien o interés del sujeto directamente ofendido por el hecho punible y varía de acuerdo con cada especie.

Aunque son diversos en su esencia el objeto jurídico genérico y el específico del hecho punible, es necesario anotar que se encuentran en íntima conexión, en el sentido de que el interés del particular coincide con el interés general del Estado. En efecto, la norma penal que tutela la integridad personal de

¹³ ROCCO, ob. cit., págs. 551 y ss.

los ciudadanos, por ejemplo, tiene por objeto genérico el interés del Estado en la conservación de tal integridad, y en el caso de que alguien reciba una lesión a su integridad, el interés de la persona ofendida y lesionada coincide con el interés general del Estado.

La determinación del objeto específico del delito, dice PETROCELLI¹⁴, es de suma importancia ya que de su exacta determinación puede depender que se incluya o se excluya un hecho de un determinado modelo legal y, por tanto, su tipificación. En otros términos, el objeto jurídico del delito es útil elemento de interpretación para determinar las características de las diversas figuras de delito y de la naturaleza de la imputación.

10. LA ANTIJURIDICIDAD COMO EFECTO JURÍDICO DEL HECHO PUNIBLE. Como hemos dicho, el art. 4.º asimila la antijuridicidad al efecto jurídico del delito, el cual, según también se ha dicho, es menester distinguirlo del efecto o resultado de la conducta típica.

En otra oportunidad¹⁵ decíamos, al analizar el primer elemento del delito, vale decir, el hecho típico, que la consecuencia o efecto del comportamiento o conducta es lo que se designa con el nombre de resultado. Para nosotros el efecto o resultado es el cambio del mundo exterior, producido o no impedido por una conducta humana, significativo para el derecho penal. Es decir, se entiende por resultado el efecto natural de la conducta que forma parte del contenido del delito o de sus agravantes. En otras palabras, cuando un efecto natural de una conducta tiene un colorido normativo en la estructura del delito se puede hablar de resultado en sentido técnico.

Pero algunos autores confunden los efectos y el resultado de la conducta con los efectos jurídicos del hecho punible, o sea, con el daño o lesión de un interés que produce el ilícito penal. Se trata de dos conceptos diferentes que es necesario no confundir, si se quiere tener una idea clara de la antijuridicidad.

Así, el efecto jurídico del delito, es decir, el daño lesión, según ROCCO¹⁶, es todo lo que produce la pérdida o disminución de un bien, el sacrificio de un interés humano. Para llegar a este concepto el citado autor partió de las nociones de *bien*, que es cualquier objeto apto para satisfacer una necesidad; de *interés*, que es la valoración que hace el sujeto del bien, en cuanto le sirve para satisfacer su propia necesidad; y de *utilidad*, o sea, la aptitud de un bien para satisfacer una necesidad cualquiera.

Los conceptos anteriores han sido sometidos a una crítica severa, en especial por CARNELUTTI¹⁷, para quien la noción de interés no debe ser subjetiva sino objetiva, ya que el derecho no garantiza a las personas sus valoraciones

subjetivas de los objetos y no le interesa si el sujeto considera si el bien es capaz de satisfacerle una necesidad. CARNELUTTI opina que el interés es un concepto de naturaleza objetiva, de relación, en cuanto es la situación de cada hombre respecto al bien, en virtud del cual le es posible, le es fácil, y tiene la seguridad de poder emplearlo para la satisfacción de una necesidad. Esta situación es el interés, el cual consiste, como se acaba de anotar, en la relación entre el hombre y el bien. Si un individuo, dice CARNELUTTI, despedaza el pan al que tiene hambre, no lo destruye sino que lo transforma. Si se lo roba ni siquiera hay alteración del bien, el cual no ha sido alterado, pues lo que se ha alterado es el interés.

Para ANTOLISEI¹⁸, quien desarrolla ampliamente la teoría de CARNELUTTI, el daño es la alteración, destrucción o empeoramiento de un interés jurídicamente tutelado. Ahora, según lo anterior, cabe preguntar cuáles son las relaciones que corren entre el resultado de la conducta y la lesión o daño en el delito. Se trata de dos conceptos diversos, aunque no totalmente antagónicos. Como antes se apuntó, el resultado de la conducta es ante todo el efecto natural del comportamiento humano que produce un cambio que modifica el mundo exterior y que forma parte del contenido del tipo de delito de que se trata. En cambio, la lesión o daño (efecto jurídico) en que se concreta la antijuridicidad, según la disposición del art. 4.º, es la consecuencia de la totalidad del delito. La antijuridicidad no es, en ningún momento, la modificación del mundo exterior, de la realidad externa, sino que se trata de un perjuicio, de una perturbación o empeoramiento de un interés o derecho, sin justa causa, perteneciente a una persona (el sujeto pasivo del hecho punible) y tutelado por el ordenamiento jurídico penal. Para que el hecho sea punible el daño o la lesión derivada de este consistirá —lo cual constituye la cualidad de la antijuridicidad— en un cambio en el mundo exterior, en la alteración de la relación de disponibilidad en que está el sujeto frente al bien tutelado en la ley. Así por ejemplo, en el delito de hurto, tipificado en el art. 349, la lesión es la perturbación, anulación o destrucción del derecho de dominio o derecho de disponibilidad (posesión) que tenía el sujeto pasivo de la acción sobre la cosa mueble. En el homicidio el resultado de la conducta es la muerte de una persona; y el efecto jurídico (lesión o daño) en que se concreta la antijuridicidad del hecho punible, es la destrucción del interés que dicho sujeto tenía sobre su vida. En los delitos llamados imperfectos, vale decir, en la tentativa (art. 22), el resultado de la conducta no se produce por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, pero sí existe el daño entendido como lesión de un interés jurídicamente tutelado en el ordenamiento penal.

La diversidad de opiniones entre los que consideran el resultado como efecto natural de la conducta que forma parte del contenido del tipo legal y los que piensan que el resultado es lo mismo que el daño o lesión en el delito, trae como consecuencia que se ofrezcan soluciones contrarias a los diversos problemas

¹⁴ BIAGIO PETROCELLI, *Principii di diritto penale*, Napoli, Jovene, 1955, pág. 212.

¹⁵ S. T. RUIZ, *Teoría del hecho punible*, Bogotá, Librería del Profesional, 1980, pág. 151.

¹⁶ ROCCO, *ob. cit.*, págs. 263 y 264.

¹⁷ FRANCESCO CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, Cedam, 1926, págs. 9 y ss.

¹⁸ F. ANTOLISEI, *La acción y el resultado en el delito*, Editorial Mexicana, 1959, págs. 117 y ss.

juridicopenales. Los primeros admitirían que el resultado no es un elemento esencial y natural del hecho punible (como parte integrante del tipo objetivo-conducta), puesto que en la ley, dicen ellos, existen figuras delictivas para cuya consumación no se exige la verificación de un resultado (delitos sin resultado o de mera conducta). En cambio, los seguidores de la segunda corriente piensan que el resultado, considerado como sinónimo de daño es un elemento general indispensable del ilícito penal, pues este implica la ofensa o lesión de un interés jurídicamente tutelado.

Nosotros estamos con los que consideran el resultado de la conducta y el efecto jurídico del hecho punible, esto es, el daño o lesión en el delito, como conceptos diversos y autónomos. Empero, es indispensable no caer en error al considerar que los dos conceptos a que hemos aludido, las nociones naturalista y jurídica de resultado en el delito, se excluyan mutuamente y no puedan coexistir.

En efecto, cada uno de estos conceptos tiene un fundamento válido y racional, ya que la primera (noción naturalista de resultado) se funda en el efecto externo de la conducta que es esencial para la configuración de algunos hechos punibles, y la segunda (noción jurídica) se basa en la violación, la destrucción, la ofensa, el menoscabo o la lesión de un interés plenamente protegido que es esencial en todos los delitos, según los dictados del art. 4° del nuevo Código Penal.

De otro lado, es necesario hacer notar que no es correcto afirmar que la ofensa, la lesión y la violación del derecho que viene como consecuencia de la realización de un hecho punible y la antijuridicidad de ese hecho son, como dice acertadamente GRISPIGNI¹⁹, *producidas* por la conducta y no son efectos de esta. Más bien es la calificación del hecho como ilícito, porque el hecho ilícito no produce una violación, una lesión del interés. En efecto, cuando se dice que un hecho constituye una violación jurídica, se está realizando un juicio de relación entre el hecho y la norma y, por tanto, la violación o la lesión no puede considerarse como una cosa diversa del hecho, separada temporal y espacialmente del hecho mismo, sino que el hecho, a juicio de quien lo considera y analiza, aparece en contradicción con la norma.

Sobre este aspecto, anota el citado autor, es necesario entender que los que consideran la violación del derecho como *resultado* de la conducta, confunden el daño de hecho, la disminución o destrucción de hecho de un bien, con la calificación jurídica del mismo. En esta forma se entiende claramente que el resultado, como efecto natural de la conducta que transforma el mundo exterior, de hecho, claro está, produce una ofensa de un bien o de un interés jurídicamente tutelado.

En cuanto al peligro, que es una forma del efecto jurídico del hecho punible, según los postulados del art. 4° citado, en donde se afirma que el hecho debe poner en peligro el interés jurídicamente tutelado para que sea punible, junto con la lesión efectiva, en el sentido de que debe producir o la lesión o

¹⁹ F. GRISPIGNI, ob. cit., pág. 75.

el peligro de lesión. ¿Pero qué es el *peligro*? A propósito del resultado de la conducta típica, en otra oportunidad²⁰ nos referimos al peligro y allí anotábamos que puede definirse como la probabilidad de un daño o como la probabilidad de un resultado lesivo.

En efecto, el concepto de peligro es meramente objetivo, por cuanto está constituido por el conjunto de las condiciones objetivas existentes en el mundo externo, de las cuales se puede deducir la probabilidad de verificación de un resultado que se teme y que no se desea. El peligro, dice ANTOLISEI²¹, no consiste en un estado de incertidumbre de la naturaleza, sino en una situación que lleva consigo la *probabilidad* de un determinado efecto. Esta probabilidad consiste en una conjetura basada en la experiencia de los casos similares. La experiencia, en efecto, nos enseña que de determinadas causas se derivan determinados efectos y enseña, además, que existe una uniformidad constante en el proceder de la naturaleza. Junto a la ley de causalidad que rige todos los fenómenos, existen leyes de causalidad por separado o particulares, que rigen determinados fenómenos. De ahí la posibilidad de generalizar un hecho y de establecer los efectos que se pueden derivar de él y la posibilidad de establecer la aptitud, la capacidad, la idoneidad general de un hecho para causar otro hecho. Precisamente por estas características se puede hablar de probabilidad, la cual existe a pesar de no haberse verificado el hecho.

Para establecer la existencia del peligro se requiere que el juez se traslade al caso concreto, mediante una análisis o pronóstico póstumo. Se indagarán cuáles eran las posibilidades de conocimiento que en ese caso corresponderán al hombre medio normal para juzgar la probabilidad de verificación del resultado temido, a la capacidad de conocimiento en concreto que hubiera tenido el agente. Según lo anterior, queda por fuera la opinión que el autor hubiera tenido en el caso concreto en cuanto a la probabilidad de realización del resultado peligroso.

Naturalmente que lo dicho hasta aquí se refiere al peligro como resultado natural y no desde el punto de vista jurídico, vale decir, en relación con el peligro de que habla el art. 4° del nuevo Código Penal al determinar la cualidad de la antijuridicidad. En efecto, desde el punto de vista del ordenamiento legal no puede hablarse sino de peligro jurídico, esto es, de aquella posibilidad de verificación de un daño o lesión que previamente el legislador ha incluido en determinadas conductas típicas, para el caso de su realización. Se entiende muy bien que hay una variedad de hechos típicos que de por sí tienen la posibilidad de generar un peligro, independientemente de que se genere. El legislador, con base en la realidad social y en su propia experiencia, de antemano normativamente ha indicado ciertos comportamientos legalmente descritos, los cuales, al realizarse en el mundo externo, se presume que el agente ha creado una situación de peligro. Se entiende que con su conducta ha creado un peligro de

²⁰ RUIZ, ob. cit., pág. 155.

²¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1957, pág. 162. "La acción y el resultado", pág. 165.

lesión de intereses tutelados en la ley. No es necesario, vista la conducta típica, averiguar si efectivamente el peligro ha sido generado, si esta conducta, con tal de que sea típica, era apta para poner en peligro intereses amparados por el derecho, pues si así fuese, es decir, si se exigiese la prueba, en cada caso, de esa aptitud, de esa idoneidad, de esa relevante posibilidad de creación del resultado lesivo temido pero que no se produce, las normas que tipifican los denominados delitos de peligro jamás podrían ser aplicadas, pues difícil tarea sería para el juez aportar la prueba de esa posibilidad.

De manera que a nosotros nos parece, salvo mejor opinión, que realizada la conducta típica, esto es, la conducta legalmente descrita en su aspecto puramente objetivo, se debe deducir por fuerza que ella origina el peligro, si se trata de hechos típicos que requieren esta situación, o sea, de delitos de peligro, con tal de que no exista una causa de justificación que otorgue licitud a la conducta.

Tal afirmación estaría ampliamente respaldada con la lectura atenta de los delitos consagrados en el título V, libro II, capítulo II del nuevo Código Penal que habla de los hechos punibles "de peligro o que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad". En su gran mayoría estas infracciones, en su aspecto descriptivo de la conducta, envuelven una situación de peligro que es puramente normativa, esto es, que el legislador por sí y ante sí ha considerado, con base en la experiencia social y en la suya propia, que originan una situación de peligro amenazadora de bienes e intereses colectivos, los cuales no tienen que verse anulados, deteriorados o empeorados, porque precisamente el peligro consiste en eso, en que la lesión efectiva no se produce, sino que apenas se teme su producción, con fundamento en un signo de probabilidad que se instala en el núcleo de la conducta típica verificada por el autor, de la cual parte la probabilidad de verificación de un resultado que se teme y que no se desea.

En resumen, tratándose del peligro como efecto jurídico del delito y como posibilidad de lesión de un interés tutelado en la ley, no debe ser probado caso por caso, sino que se presume por vía general, con tal de que esté ampliamente demostrada la conducta a que se refiere la ley (típica) generadora del peligro de lesión como cualidad de la antijuridicidad, en la forma analizada.

11. LA ANTIJURIDICIDAD COMO VALORACIÓN. Decíamos atrás que la correspondencia de la conducta al tipo legal penal es la *ratio cognoscendi* de esa supuesta ilicitud y por ella se llega al conocimiento y a la conclusión de la antijuridicidad, la que se entiende como la valoración del juez que en presencia de una conducta típica descubre su carácter lesivo.

Pero primordialmente es necesario saber con base en qué, por qué y en qué condiciones el juez *valora* una conducta que sabe típica. Nuestro punto de vista es el siguiente, el cual se expresa fundado en las tesis planteadas y que se desarrollan de esta manera: partimos del principio de que el hombre es un sujeto actuante en la sociedad y que cumple en cada jornada diaria de su exis-

tencia innumerables actos, infinidad de realizaciones; y observamos cómo entre la pluralidad de comportamientos y actuaciones hay algunos que no tienen ningún significado para el derecho y otros que ostensiblemente realizan o contrarían una norma positiva. Si bebe, duerme o camina, nadie diría que está cumpliendo actuaciones de relevancia normativa, aunque la ley reglamente y dirija la conducta del hombre colectivo y oriente su infinita variedad de actos. Dichos comportamientos pasan inadvertidos para el derecho y es en este caso cuando se dice que el hombre transita el lícito jurídico o que realiza actos indiferentes para el derecho. En cambio, hay otros actos que en el desenvolvimiento activo del hombre social están en desacuerdo con el mandato o prohibición y con la razón de ser de la sociedad en que vive. La injusticia de su comportamiento está en relación con el incuestionable deseo del Estado de que no se realicen determinadas actuaciones en el mundo fenoménico, para que se cumplan las aspiraciones de aquellos que dirigen el rumbo de la sociedad, pues, en la sociedad dividida en clases, como bien se sabe, hay un sector minoritario que regula y orienta por canales normativos sus aspiraciones de predominio y avasallamiento clasista. Estos actos, contrarios al deber de no violar la prohibición o de cumplir el mandato insito en la norma, impuesto por el Estado, constituyen ilícitos en cuanto atentan contra los intereses sociales.

Por ejemplo, el incumplimiento de un contrato o la comisión de un homicidio son conductas significativas para el derecho, pues están subyugando un imperativo al cual se debía observancia y cumplimiento. Por eso se considera que la antijuridicidad, como bien dice H. WELZEL²², es el desacuerdo de la acción con las exigencias del derecho (exigencias de la clase dominante, agregamos nosotros) para las acciones que se realizan en la vida social. Es el desvalor jurídico que corresponde a la acción como consecuencia de esa divergencia. Imaginándose, anota el citado autor, personificado el orden jurídico, frecuentemente se denomina la antijuridicidad como un *juicio de valor* negativo o *juicio de desvalor* del derecho sobre la acción, en lo cual se debe tener siempre presente lo gráfico del término, ya que la antijuridicidad no es, naturalmente, un mero juicio de desvalor, sino una característica de desvalor de la acción.

Pero ¿dónde está el desvalor del comportamiento del hombre? ¿Por qué se considera, v. gr., que en el delito actúa en desacuerdo con las exigencias del derecho? Simplemente se podría tomar como punto de partida la cuestión de que el antideber o antiderecho es la contradicción con la norma y la realización de la ley, para usar la expresión de BINDING. Pero esto sería una conclusión simplista cuando se trata de dilucidar la esencia de la antijuridicidad penal. Es evidente que el desvalor de la conducta (antijuridicidad) está en estrecha relación con la esencia del derecho penal, el cual, como bien se sabe, es la rama del ordenamiento jurídico que tiende a establecer en la colectividad una disciplina de deberes y derechos, mandatos y prohibiciones, cuyo cumplimiento y observancia, por parte de los asociados, es de absoluta obligatoriedad, en el sentido de que en caso de incumplimiento el Estado utiliza la facultad (poder-deber)

²² HANS WELZEL, *Derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1956, pág. 57.

de aplicar una sanción a quien ha violado esas normas de disciplina y de autoridad previamente establecidas.

En efecto, toda sociedad (aun las primitivas) necesita un conjunto de reglas de conducta, reglas disciplinarias, las cuales deben ser observadas por los componentes del grupo social. Estas normas se han establecido con el fin inmediato de garantizar la paz, la armonía y la convivencia sociales. Pero no es que los asociados estén de acuerdo en la determinación de las reglas citadas, sino que la clase dominante de la sociedad determina, crea y selecciona los deberes y los derechos que deben observar los componentes del grupo. Esta selección y determinación no es de ninguna manera arbitraria. Por el contrario, el legislador al imponer las normas penales tiene presente el grado de desarrollo de la sociedad, el concepto moral del grupo, las conquistas de la civilización, los deseos colectivos, etc. Sin embargo, es menester advertir que el Estado, por conducto de su órgano legislativo, redacta las normas (penales) con el fin de que la clase dirigente que representa pueda predominar sobre los gobernados, pues el contenido de dichas normas no es otro que la concreción de los intereses políticos, económicos, culturales, morales, etc., de la clase o grupo que eventualmente comanda la sociedad. De ahí que el derecho penal tenga una función eminentemente social, cual es la de asegurar, mediante la obligatoriedad de sus reglas de conducta, el predominio del Estado y de las clases en él representadas y que detentan en sus manos el poder político y económico.

Mediante las normas penales el Estado considera que asegura la convivencia social y una relativa paz ciudadana y que ampara las necesidades elementales de la vida en comunidad, porque impide con la amenaza de la pena o con su aplicación efectiva que se cometan hechos contrarios a los fundamentos ético-sociales del grupo. De este modo, la defensa, con la ayuda de las normas de cualquier naturaleza, incluyendo las penales, del sistema social imperante, implica necesariamente que el derecho punitivo sirva como medio para asegurar y tutelar intereses individuales, dentro de un marco en que el concepto de paz, interés y convivencia es definido por el Estado y la clase que lo dirige y dicho Estado tutela tales intereses individuales, con tal de que no se contrapongan a los propios. Estos intereses tutelados pueden ser de diversa naturaleza y pueden pertenecer a diversos sujetos o a toda la colectividad.

Pero lo que caracteriza en definitiva al ordenamiento penal, es que al tutelar un interés individual o de grupo, lo hace porque la sociedad entera toma como propio el interés particular y lo transforma en colectivo o social. Es lógico entender que la clase que domina el Estado está interesada en la supervivencia de un orden determinado que le favorece y también está interesada en perpetuar un sistema especial de relaciones sociales que le permite establecer su predominio sobre la sociedad y en este sentido el derecho penal creado por ella es el instrumento fundamental para la supervivencia de ese orden y sirve, como medio de lucha con la amenaza o la aplicación efectiva de la pena, contra todos los componentes de la sociedad que perturben la paz del sistema o la paz social o pongan en peligro o subviertan el orden establecido.

Por ello se dice que el derecho penal es el conjunto de las normas jurídico-estatales dictadas por el Estado, con el fin de tutelar las relaciones existentes y protegerlas de ciertas violaciones (delitos y contravenciones), mediante determinadas penas y con la ayuda coercitiva de la organización estatal. Cuando se dice que el derecho penal es un conjunto de normas jurídicas, se quiere significar que son reglas de conducta indicadas normativamente, en el sentido de que el Estado, por medio de los órganos creados para tal fin, establece tipos de conducta en forma general y abstracta, cuyo contenido y esencia consiste en la descripción de mandatos o prohibiciones, amparados por la fuerza, en el sentido de que están protegidos coercitivamente para el caso de su violación o incumplimiento.

Decíamos que la clase que comanda el Estado establece y organiza los canales adecuados para dictar las normas penales que permitan amparar sus intereses, los cuales son indistintamente de diverso orden y especie. Esta característica no es un atributo especial del derecho penal, sino una nota peculiar de todo el ordenamiento jurídico de la sociedad. Pero para despejar equívocos es bueno recordar que el grupo que domina al Estado al estatuir las normas penales consulta de manera general las aspiraciones de la sociedad, la idiosincrasia de sus gentes, teniendo en cuenta sus ideas religiosas, sus patrones morales, culturales, éticos, etc., y los ampara con tal de que no estén en contradicción con sus propios intereses. Igualmente, puede suceder que haya normas, aun de derecho penal, que no interpreten totalmente los intereses de la clase dominante, sino más bien que conceden derechos a la clase oprimida. Este fenómeno se presenta cuando, por razón de las luchas que libra en el seno de la sociedad, la mayoría presiona de tal manera al órgano legislativo para obtener que en diversas leyes se interpreten sus propios intereses como grupo mayoritario. Esto se debe considerar como una excepción, y es bueno recordar que nunca dichas leyes están en desacuerdo con la estructura general sobre la cual se levanta la sociedad. La clase dominante, mientras sea clase victoriosa, puede conceder a la otra ciertas prerrogativas, pero nunca serán de tal naturaleza que ayuden a subvertir o transformar las relaciones que constituyen la base de la organización y sistema de producción que favorece y permite el desarrollo y permanencia de esos privilegios. Todo cambio en las relaciones de producción de la sociedad es obra de la actividad revolucionaria de las masas y no concesión graciosa de los detentadores del poder político y económico.

Algunos pensarán que no es correcto decir que el derecho penal sirve de instrumento a la clase dominante, pues se ha venido señalando que el legislador, al redactar las normas penales, interpreta las aspiraciones comunes y los intereses éticosociales de toda la sociedad, sin distinción de clase o sector preponderante. Hemos sostenido que la misión del derecho penal es la de proteger los intereses de la clase que detenta el poder estatal en un momento histórico determinado. Esta es la característica fundamental, pero no la exclusiva. En efecto, su misión es la de tutelar otros intereses estables del grupo social, con tal de que no estén en contradicción con su propio interés, pues el derecho penal tutela bienes e intereses eminentemente sociales que pueden ser de dos cla-

ses, relativos a la convivencia social y referentes a la cooperación de los individuos que forman la sociedad. En efecto, mediante las normas (penales) se trata de impedir aquellos hechos que lesionan o ponen en peligro los intereses fundamentales del grupo. Dichos intereses son deducidos de las condiciones éticosociales existentes en un momento determinado de la historia de la sociedad de que se trate, y por eso el derecho penal asegura el respeto de dichos intereses y con la amenaza o la aplicación efectiva de la pena, los defiende de las agresiones originadas por parte de individuos rebeldes a sus prescripciones y a sus reglas de disciplina.

12. CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICIDAD. Hemos dicho que la antijuridicidad es la valoración realizada por el juez. Es la valoración de una conducta que se sabe típica y que se cumple con base en el contenido y esencia del ordenamiento positivo, en el cual se concretan los valores e intereses que la sociedad necesita proteger y tutelar.

Pero un hecho es ilícito, injusto o antijurídico no simplemente porque se está contrariando el mando o prohibición contenidos en una norma penal. La antijuridicidad es un concepto valorativo, en el sentido de que el juez descubre mediante el análisis el carácter lesivo del acto. Para comprender lo anterior es indispensable tener en cuenta que los fenómenos de la naturaleza y los fenómenos que forman la vida social están sujetos a leyes objetivas que son independientes de la voluntad y la conciencia de los hombres, y por ser objetivas expresan las relaciones entre dichos fenómenos. En cambio, las normas legales expresan la voluntad del Estado y son a su vez el reflejo de las condiciones sociales existentes, porque ellas son las que hacen posible su nacimiento y validez. La diferencia que existe entre las primeras y las segundas radica en lo siguiente: las leyes objetivas del desarrollo social existen por sí mismas, independientes de la voluntad, el deseo y la conciencia de los hombres; en cambio, las normas legales son impuestas por la clase que detenta el poder estatal. Así, cuando se dice que el hombre realiza una conducta contraria al derecho (antijurídica), es porque su comportamiento está atentando contra las relaciones sociales, puesto que las normas son un precipitado social y al contrariarlas se están desconociendo y vulnerando las relaciones en que se encuentran los hombres en dicho momento social, lo cual es en definitiva lo que constituye el núcleo central del injusto.

De manera que un hecho es justo cuando se conforma en su deber de realización con lo existente, y sería injusto cuando es desarmónico con lo existente representado en una norma (penal). En ello radica el punto de partida para la valoración de la antijuridicidad del hecho.

Pero adentrándonos un poco más en el problema en cuanto a la comprensión del contenido de la antijuridicidad y de las nociones de justo e injusto, lícito e ilícito, debemos hacer otras consideraciones. Todo acto humano, en lo bueno como en lo malo, tiende a satisfacer una necesidad del sujeto. El hombre no actúa sino acicateado por una necesidad, por un interés real, ya sea eco-

nómico, político, cultural, moral, egoísta, altruista, etc. No es posible presentar un catálogo de estos intereses, los cuales pueden ser de cualquier naturaleza y, por lo mismo, inclasificables. Impulsado por su propio interés, el hombre satisface sus necesidades, altruistas, indiferentes en contenido o torpemente egoístas, pero que en general presiden su comportamiento como ser social. Necesidad e interés se entrelazan y confunden y a su vez se presentan como grados del motivo que impulsa a realizar el acto, pero se debe advertir que al descubrir el motivo y la necesidad que se anida en el acto, todavía no sabemos si se trata de un comportamiento lícito o ilícito. Esta calificación no resulta ni se descubre considerando el acto en sí, tal como se presenta, sino en relación con la forma como se satisfizo ese interés o necesidad, esto es, analizando y valorando el camino recorrido para llegar a la satisfacción y el método o métodos usados para su cristalización. La necesidad de comer, por ejemplo, se puede satisfacer mediante infinidad de comportamientos. Se puede comprar el objeto para calmar el hambre o se le puede sustraer contra la voluntad de su dueño o poseedor. Se puede matar para satisfacer una venganza o para salvar la propia vida, etc. En todos estos casos la necesidad y el camino son iguales en cuanto satisfacen la necesidad de comer o de matar, pero mirados en perspectiva y en relación con su contenido descubrimos en seguida la diferencia fundamental entre ellos, porque, ante todo, partiendo de la valoración que de esas conductas hace el ordenamiento jurídico (penal), vemos cómo el comprar para comer o el matar para defendernos, en primer lugar, consultan y se conforman con un sentimiento éticosocial profundo de la comunidad y, en segundo término, observamos que está autorizado por el derecho; en tanto que el hurtar para comer y el matar para satisfacer una venganza, rechazados por la conciencia social, precisamente están menospreciando un imperativo al cual se debía observancia, cual es el de no matar y no hurtar, prohibidos por las normas legales del Estado que recoge la moral del grupo.

La sociedad en su decurso histórico va acumulando una serie de valores de diversa naturaleza, necesarios para su desarrollo y armonía que en el devenir social va plasmando en reglas sociales de conducta que se convierten luego en reglas legales. Por ello un acto se considera lícito si no viola estos valores plasmados normativamente, vale decir, si la necesidad o el interés que se satisface mediante el acto cumplido está autorizado por el derecho y no vulnera las reglas preestablecidas.

13. LA ANTIJURIDICIDAD COMO INDISCIPLINA INTOLERABLE. De manera que la antijuridicidad (penal) de una conducta se descubre observando la forma de su desarrollo para la satisfacción de una necesidad, la cual, al concretarse en un hecho típico penal, se presenta como lesiva de las relaciones sociales existentes, de los valores comunitarios y de las reglas de disciplina, concretadas en el ordenamiento jurídico criminal del Estado. En otras palabras, la antijuridicidad (penal) consiste en que el acto se presenta como la expresión

de una descarada indisciplina individual por parte de un sujeto rebelde a los dictados estatales. Es la antijuridicidad la concreción de la indisciplina intolerable del sujeto porque realiza un acto no debido, no permitido, incumple la obligación y el deber de respetar ciertas reglas sociales de conducta cuya imperatividad se concreta en una norma positiva. Es decir, la antijuridicidad es el resumen de la indisciplina y el desconocimiento de alguno o algunos de los bienes e intereses tutelados en la norma penal, de carácter individual o colectivo, los violados o vulnerados y desconocidos a través de la realización del hecho típico penal.

En estas condiciones, para descubrir la antijuridicidad (penal) de una conducta, el juez la analiza, la valora y la estudia. Primero ha de encontrarla típica, luego ha de valorarla hasta encontrar el núcleo del desconocimiento de los bienes e intereses que la sociedad quería amparar, y, al no hallar acompañada esa conducta de un hecho que la justifique, concluye que es la expresión clara e inaceptable de la indisciplina del sujeto, de su rebeldía a las prescripciones normativas y la encuentra intolerable y lesiva de los intereses allí amparados. Es un juicio de desaprobación y censura del acto, ya que el juez, en vista de las normas legales, lo encuentra reprochable por su carácter lesivo y por su contradicción a un precepto penal.

De este modo llegamos a la conclusión de que la antijuridicidad es un concepto objetivo, porque su esencia consiste en el análisis valorativo de la relación de contrariedad entre la conducta del agente y el derecho consagrado en una norma que prohíbe u ordena, sin que cuente provisionalmente el aspecto moral del injusto. En efecto, la antijuridicidad se manifiesta en un juicio de desaprobación de la conducta típica realizada, que en principio es independiente de la culpabilidad del sujeto. Esa relación valorativa en que se funda la antijuridicidad, tiene como términos y extremos la conducta correspondiente al tipo penal y a las normas de derecho, pero entendido el acto no subjetivamente, sino independiente del querer del agente, pues es una indagación que se hace en un plano sucesivo, ya que la culpabilidad es un *posterius* de la antijuridicidad. Porque la antijuridicidad constituye el juicio de desaprobación de un comportamiento; en cambio, la culpabilidad consiste en un juicio de desaprobación del autor, al decir de VON HIPPEL²³.

Naturalmente que el juicio de desaprobación del acto y de desaprobación del autor por el acto cometido, se efectúa contemporáneamente. Se trata de una valoración homogénea, en momentos inmediatamente sucesivos, a través de un juicio unitario de análisis que el juez realiza sin que pueda separar el acto de su autor, sin que pueda entenderse la conducta típica realizada desconociendo a su realizador, porque si así sucediese se llegaría a la conclusión de que el análisis penal de un delito sería su desvertebración, su despedazamiento en partículas caóticas sin unidad humana ni lógica. El delito es la obra del sujeto y su expresión individual y anímica. No es posible una valoración de la obra

²³ VON HIPPEL, *Strafrecht*, Berlín, 1930, pág. 187.

sin la valoración del autor. Son dos términos que se confunden y se entrelazan y que sirven de fundamento para desaprobar el acto y reprochar al autor por su acto.

14. ANTIJURIDICIDAD Y TIPICIDAD. La tipicidad, considerada como concepto objetivo, no es más que la correspondencia del hecho realizado fenomenológicamente con el hecho descrito en la ley. Esta adecuación, esta subsunción, es lo que se denomina tipicidad, la cual no es más que una característica de la conducta y jamás un elemento, como algunos pretenden sostenerlo, pues la tipicidad invade todo el delito, ya que no hay pena si el hecho no corresponde a la norma en su aspecto tanto objetivo como subjetivo y no puede existir juicio de reproche del acto ni de reproche del autor si este no ha realizado el hecho y si el hecho no encaja en la descripción legislativa (*nullum crimen sine lege*).

Pero ¿cuáles son las relaciones entre la antijuridicidad y la tipicidad y cuál es la posición de la primera respecto de la segunda? Existe una relación e interacción íntima entre ambas. Pero podemos situar a la tipicidad como el primer grado, el escalón inicial, el primer eslabón para llegar al delito, vale decir, para poder considerar el hecho como punible y a su autor hipotéticamente como merecedor de una pena e inclusive para iniciar el proceso investigativo, pues no hay proceso si el hecho no es típico, si no está contemplado como tal en la ley penal. En efecto, ante todo, el juez, en vista de la *notitia criminis*, de lo primero que se preocupa es de saber si el hecho denunciado está catalogado en la ley en tal condición, y si, habiéndose presumiblemente realizado, si concuerda en su aspecto puramente descriptivo con la norma, pues en un primer momento, en el primer paso que el juez proceda a cumplir no viene en consideración si el sujeto del hecho típicamente descrito lo realizó voluntaria, negligente o imprudentemente, y mucho menos si este hecho estuvo acompañado de otro hecho o circunstancia que pueda haberlo convertido en legítimo y lícito. Esta es una indagación inmediatamente subsiguiente.

De manera que nuestro deseo con estas afirmaciones es señalar con el máximo relieve que antes de hablar de antijuridicidad o culpabilidad es menester referirnos a la tipicidad del hecho, vale decir, al fenómeno consistente en la adecuación de la conducta a la norma penal en su aspecto puramente descriptivo. En estas condiciones, comprobada por el juez la tipicidad de la conducta, se despeja el camino para indagar de su antijuridicidad. Pero la indagación es en planos horizontales y contemporáneos y hasta donde sea posible con una visión de conjunto del hecho en su análisis. De todas maneras, como se ha explicado, la tipicidad es el primer eslabón, con lo cual se concluye que esta, en la estructura del hecho punible, comienza a funcionar como un indicio y como una probabilidad, cuando se descubre, de la existencia de la antijuridicidad. Pero es apenas una probabilidad, no hay duda de cierto relieve, pero no es que de la tipicidad se infiera lógica y naturalmente la antijuridicidad, sino que si

el hecho no es típico si que no puede ser antijurídico, por lo menos desde el punto de vista del derecho penal. Jamás se podrá hablar de antijuridicidad, de la que estamos tratando en este estudio, cuando el hecho no está previsto como tal en la ley penal al tiempo en que se realizó.

En este orden de ideas, así como el delito es la tipificación antijurídica de un hecho, también es el hecho típicamente antijurídico (y culpable), con lo que se quiere afirmar que la tipicidad es una, pero que se desdobra comenzando por el aspecto descriptivo como punto de partida para descubrir la antijuridicidad, que también es típica, puesto que ella es la valoración del acto que se presenta como desconocedor o vulnerador de intereses jurídicamente tutelados, con lo que se concluye que no hay antijuridicidad sin ley penal y sin tipicidad previa. En consecuencia, la tipicidad como adecuación del hecho a la descripción legislativa se presenta como un claro indicio y manifestación reveladora de la antijuridicidad, hasta la presencia de una prueba en contrario, cual es la existencia de un hecho que justifique el hecho típico, vale decir, hasta que concurra la demostración de una causa de exclusión de la antijuridicidad (cualquier hecho del art. 29 del Código Penal).

15. ANTIJURIDICIDAD E IMPUTABILIDAD. ¿Cuáles son las relaciones entre la imputabilidad y la antijuridicidad? Lo primero que se debe advertir es que para que un sujeto pueda cometer un hecho punible es indispensable que sea *imputable*. En efecto, la nueva legislación penal, a nuestro modo de ver, trae como presupuesto del delito la imputabilidad penal, lo cual constituye, junto con la culpabilidad, la columna vertebral de este nuevo Código Penal. En consecuencia, para poder realizar o cometer un delito es indispensable que el sujeto sea imputable, que tenga capacidad penal. El concepto de capacidad penal es diferente hoy, si se le compara con el del Código Penal de 1936 derogado. Para el Código de 1936 la imputabilidad no es capacidad para el delito, sino atribuibilidad sicofísica del acto al sujeto, el cual de todas maneras es responsable penalmente aun en los casos de anormalidad, ya que a los anormales se les aplica una medida de seguridad entendida como una especie de sanción criminal. Y concretamente, tratándose de sujetos anormales y establecida esa anormalidad al momento de cometer el hecho, lo que contaba primordialmente era la imputabilidad física, porque en ese Código de 1936 se reafirmaba el principio de la imputabilidad legal, pues bastaba esa simple imputabilidad material para que al autor del hecho se le aplicasen las sanciones penales, ya que se le consideraba socialmente peligroso. Aquí el concepto de peligrosidad, como medida de la pena, es el criterio rector porque sus normas se inspiraron en las doctrinas de la escuela positiva del derecho penal.

Ahora, en el nuevo Código Penal, el concepto sobre la imputabilidad ha cambiado. Se consagra un nuevo enfoque y una nueva concepción que es menester estudiar con cuidado, porque las cosas nuevas siempre producen resistencia

y de todas maneras es un ensayo doctrinal y legal cuyos beneficios y resultados positivos solamente podrán ser reconocidos cuando el Código se aplique, se practique y se establezca si en su funcionamiento dinámico puede servir con eficacia para combatir el fenómeno delincencial, siempre creciente y alarmante en nuestro país.

El nuevo Código Penal no define la imputabilidad, pero se refiere a ella en forma negativa cuando habla de la inimputabilidad en el art. 31 y siguientes, en donde se expresa que hay personas a las cuales no se les deduce responsabilidad penal ni se les aplica sanción criminal, sino ciertas medidas de tutela, curación y rehabilitación (art. 12), denominadas "medidas de seguridad". Estas personas, llamadas inimputables, son las que carecen de capacidad penal; son las que carecen de comprensión en el momento de realizar el hecho legalmente descrito y no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental. Como puede apreciarse claramente del contenido de la norma citada, el concepto de imputabilidad tendría que obtenerse de su apreciación negativa. Y en esas condiciones, sería imputable quien es capaz de derecho penal, porque tiene precisamente la capacidad de comprensión de la ilicitud de su acto o de determinación, bien porque es maduro psicológicamente o sano de mente.

De manera que el Código Penal consagra el fenómeno de la imputabilidad como capacidad para el delito y como un modo de ser, una condición, un estado del individuo porque es maduro y sano de mente. También, como anotábamos, la imputabilidad es capacidad de un sujeto para que se le pueda considerar como autor de un hecho que realiza, el cual puede ser lícito o ilícito, indiferente para el derecho o regulado por él. Si el hecho que el sujeto ejecuta capazmente está regulado por el derecho penal, si es típicamente subsumible en una norma también penal, estaremos frente al fenómeno de la imputabilidad penal. Para que esa imputabilidad penal subsista y sea posible, para que esa capacidad penal sea dable y se configure, de acuerdo con los extremos de la nueva ley penal colombiana, se requiere indispensablemente que el sujeto:

1) tenga la capacidad de comprender la ilicitud que su actuar origina de acuerdo con un tipo penal; o

2) que tenga la capacidad de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Pero regresando al tema que es el asunto central de este punto, o sean las relaciones entre la antijuridicidad y la imputabilidad, después de explicar detalladamente este instituto jurídico según la concepción del nuevo Código, debemos señalar enfáticamente que aun cuando el inimputable no pueda obrar culpablemente a causa de su trastorno mental o inmadurez psicológica, es indispensable, para poder aplicarle una medida de seguridad, que es una medida curativa, de tutela y de rehabilitación (art. 12), que realice el hecho legalmente descrito y que en el momento de realizarlo no tenga capacidad de comprensión de la ilicitud de su acto o de determinarse de acuerdo con esa comprensión. ¿Qué significa realizar el hecho legalmente descrito? No es cometer el delito, porque para ello tendría que obrar culpablemente, sino ejecutar la conducta típica, vale decir, el aspecto material del hecho punible, el comportamiento del modelo

legal, el cual debe ser objetivamente antijurídico, pues aun los hechos de los inimputables, correspondientes a un tipo legal penal, deben lesionar o poner en peligro, sin justa causa, un interés jurídico tutelado en la ley.

De manera que una condición esencial para poder aplicar una medida de seguridad a los sujetos comprendidos en el art. 31 del nuevo Código Penal, es que hayan obrado antijurídicamente, que el hecho no esté justificado, que corresponda a una descripción legislativa, y que en el momento de cometerlo no tengan capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental.

De lo dicho hasta aquí se deduce que los inimputables, los incapaces de derecho penal, pueden obrar amparados por una causa que excluya la antijuridicidad de su actuar, pueden invocar a su favor una causa de justificación de las indicadas en el art. 29, vale decir, pueden obrar en legítima defensa, en estado de necesidad, etc.

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar sin lugar a dudas que los inimputables, los cuales no pueden cometer delitos, cuando se hacen acreedores a una medida de seguridad por realizar un hecho legalmente descrito y antijurídico, vale decir, ilícito, ofensivo de un interés jurídicamente protegido, están igualmente obligados a la reparación del daño material y moral derivado de la realización de la conducta típica, antijurídica y no justificada.

No sabemos si esta conclusión última a que hemos llegado sea totalmente acertada. Parece que se trata de una deducción lógica, pues si el inimputable, para que se le pueda señalar como acreedor de una medida de seguridad, tiene que realizar un hecho legalmente descrito como antijurídico, no se vería la razón para que no se le imponga la obligación de indemnizar los daños que ese actuar antijurídico ha ocasionado. *A contrario sensu*, si al realizar el hecho legalmente descrito, ha obrado cubierto por una causal de justificación, no se haría acreedor a una medida de seguridad y tampoco tendría el deber de resarcir los perjuicios ocasionados con su conducta típica, pero no ilícita.

Finalmente debemos advertir, para evitar equívocos, que el daño o lesión como cualidad de la antijuridicidad que estudiamos líneas atrás es totalmente diverso al daño patrimonial que origina el hecho punible. El primero es la disminución, alteración, destrucción o lesión o puesta en peligro del interés jurídico tutelado en la ley y el segundo es la disminución patrimonial, vale decir, el daño civil que ocasiona el hecho concretamente a los sujetos pacientes del mismo²⁴.

16. LA ANTIJURIDICIDAD COMO INJUSTIFICABILIDAD. Donde hay antijuridicidad existe injustificabilidad. Como se deduce de lo dicho hasta aquí, para que una conducta típica pueda considerarse como antijurídica y se pueda valorar

como ilícita es indispensable la inexistencia de una causa de justificación. Un hecho de los contemplados en el art. 29 del Código Penal que concurra con el hecho típico lo convierte en jurídico, vale decir, hace que el hecho adecuado a una descripción legislativa se convierta en un no-delito, en una conducta indiferente para el derecho penal y por tanto antijurídica.

En una concepción elemental colocamos a la antijuridicidad en el mismo plano de la injustificabilidad y tal vez como conceptos sinónimos y así lo ha entendido la doctrina cuando al tratar de la justificación del hecho se refiere al aspecto *negativo* de la antijuridicidad, con lo cual quiere decir que la existencia de cualquier causa de justificación niega, contradice o elimina la ilicitud o antijuridicidad del hecho, entendida ella como simple contradicción u oposición de la conducta típica con la norma penal que prohibía su realización y que consecuentemente amparaba bienes o intereses que el delito pretendía alterar o destruir sin justa causa, como lo dispone el art. 4° del Código Penal.

De otro lado, cuando igualamos tales conceptos y concretamente cuando nos referimos a un hecho injustificable, como sinónimo de antijurídico, estamos haciendo referencia a una conducta típica que vulnera o pone en peligro un bien jurídicamente tutelado sin que exista una situación justificable que traiga a menos la característica reprobable ínsita en el acto típico, situación esta que lo hace injustificable y merecedor de pena si el autor lo ha realizado culpablemente. Por tanto, antijuridicidad es sinónimo de injustificabilidad y su aspecto positivo es la licitud, justicidad o justificación.

²⁴ Este tema fue estudiado ampliamente en la *Teoría del hecho punible*, 2° ed., Ediciones Librería del Profesional, 1981, págs. 76 y ss.

DOCUMENTOS

NUEVO EXAMEN DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO*

por BIAGIO PETROCELLI

Traducción del doctor JESÚS BERNAL PINZÓN

SUMARIO: I. 1. La tripartición. 2. El procedimiento analítico en el estudio del delito. 3. El delito en abstracto como objeto del análisis. Tipicidad y conformidad al tipo. 4. El concepto de tipo de delito o figura legal (*fattispecie*). Función esencial del tipo legal de delito integral. 5. Tipo de delito integral y materia de la prohibición. 6. El análisis del delito como análisis de la entidad normativa. 7. Objeto de la valoración y valoración del objeto. Ausencia de fundamento de esta diferenciación. II. 8. El "hecho" (*fatto*). La distinción de lo objetivo y de lo subjetivo. 9. Hecho y condición de punibilidad. 10. El hecho como elemento objetivo del tipo legal de delito. 11. El *Tatbestand* en sentido estricto según la doctrina de BELLING. 12. El *Tatbestand* según la doctrina de la acción final. 13. El carácter finalístico de la acción. Su reconocimiento universal. 14. El llamado "dogma" de la acción causal. 15. El "hecho" como elemento de la figura integral del delito y como punto de partida en el análisis del mismo. III. 16. La antijuridicidad como elemento del delito. Significado convencional de esta categoría. 17. Esencia unitaria de la antijuridicidad en sentido propio. 18. Antijuridicidad y tipo legal de delito (*fattispecie*). 19. La llamada antijuridicidad objetiva. 20. Inadmisibilidad del concepto de una norma general de prohibición. 21. La antijuridicidad objetiva entendida como contraste con el ordenamiento jurídico *como un todo*. IV. 22. La culpabilidad como elemento síquico del tipo legal de delito. 23. Culpabilidad y antijuridicidad. 24. En torno a una concepción individual de la culpabilidad.

I

1. LA TRIPARTICIÓN. La división del delito en tres elementos fue definida recientemente como "instrumento difícil de sustituir en el estudio del delito"¹. Aun cuando sin ocultar que en el campo metodológico no puede haber nada verdaderamente insustituible, esta orientación nos parece, y no de ahora, plenamente aceptable. Existe sin embargo una exigencia que con el tiempo se manifiesta más interesante, es decir, que debemos claramente entendernos sobre dos puntos: valor y función de la tripartición; contenido y significado de las

* El presente trabajo fue publicado en la "Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale", 1963, volumen 2, págs. 337 a 397.

¹ VASALLI, *Il contributo di F. Grispiigni alla teoria dell'elemento oggettivo del reato*, en *Scuola Positiva*, 1956, pág. 37.

categorías que de ella resultan. El segundo de estos puntos constituye el objeto de las consideraciones que seguirán en estas páginas. El primero nos remite, sin duda, a una verdad bien conocida pero que merece ser continuamente reafirmada: es decir, que la tripartición (como toda partición analítica) tiene un valor del todo convencional, y su función tiene carácter meramente instrumental. Por tanto, aquello que debe quedar bien claro es el criterio sobre el cual debe plantearse el análisis del delito, sin lo cual no es posible ni utilizarlo ni hacerle la crítica. Además, no resulta superfluo el recordar (ya que alguno quizás lo ha olvidado) que esta división de los elementos del delito, como cualquiera otra operación metodológica en el campo jurídico, debe considerarse como auxilio y no como fuente de interpretación. Vale decir que por encima de todo debe permanecer siempre determinada la función de la específica norma positiva, aun cuando ello signifique quizás un distanciamiento de los planteamientos sistemáticos comúnmente aceptados.

Admitido, por vía general, el criterio de la tripartición, es necesario, sin embargo, preguntarse: ¿de cuál tripartición se trata? Porque la doctrina no ha propuesto solamente una, sino diversas, y con planteamientos no siempre uniformes. Lo cual significa que, sin ignorar las otras, será necesario, para encauzar nuestro discurso, tomar posición con respecto a alguna. Absteniéndonos de prolijas enumeraciones, nos limitaremos a recordar aquellas que nos parecen más importantes para los fines del examen que nos hemos propuesto: en la doctrina italiana las triparticiones de DELITALA y de GRISPIGNI; en la doctrina alemana, sobre la base de la última orientación, la de WELZEL.

La tripartición de DELITALA es la más simple y también la más próxima a la que nosotros adoptamos: *hecho* (como conjunto de los elementos objetivos necesarios para dar vida al delito), *antijuridicidad* (objetiva), *culpabilidad*². La de GRISPIGNI es solamente una aparente cuatripartición dado que los primeros dos elementos pueden perfectamente refundirse en uno, es decir, *una conducta humana correspondiente al tipo descrito por una norma penal*. Y los otros dos son: *ausencia de causas de justificación* y *culpabilidad* (en el significado particular de *referibilidad stquica*)³. La tripartición de WELZEL en *correspondencia al tipo, antijuridicidad y culpabilidad*⁴, aparentemente semejante a las otras, se distingue porque en el *Tatbestand*, es decir, en aquello que debería ser nuestro hecho (*fatto*), incluye tanto los elementos objetivos cuanto los elementos subjetivos⁵, acentuándose en los otros dos elementos (antijuridicidad y culpabilidad) el carácter valorativo.

Nosotros no acogeremos completamente ninguno de estos tres tipos de división. En el segundo y en el tercero (GRISPIGNI y WELZEL) es evidente, por sobre todo, la desviación que este nuevo examen que estamos haciendo tiende

a eliminar, es decir, la referencia no al análisis del delito en abstracto, al análisis del *tipo*, la que solo corresponde cumplir al jurista en sede teórica, sino a la operación práctica que confronta un hecho concreto con el tipo abstracto (de ahí como primer elemento: la *correspondencia al tipo*). Del primero (DELITALA) acogemos el planteamiento general, y principalmente el concepto de hecho como conjunto de los elementos objetivos del delito; nos apartamos del concepto de antijuridicidad objetiva. Refiriendo nuestro análisis, como se explicará mejor en seguida, al delito en abstracto, es decir, al tipo legal de delito (y por consiguiente poniendo como objeto del examen no ya aquello que es necesario para que un hecho sea delito, sino los elementos con los cuales, en abstracto, la norma construye la figura de delito), diremos que los elementos del delito son tres: *hecho* (conjunto de los elementos objetivos); *culpabilidad* (conjunto de los elementos subjetivos); *antijuridicidad* (ausencia de causas de justificación).

Es, en definitiva, la tripartición que más corresponde a las exigencias del análisis y que ha sido de tiempo (sea dicho lo anterior sobre todo para quien considera la tripartición un producto de la doctrina alemana) un planteamiento espontáneo de nuestra doctrina⁶.

Se ha dicho que el criterio de la tripartición resistiría los terremotos y las inundaciones que se han realizado en los últimos años en la teoría general del delito⁷. Confesamos que no creemos en estos cataclismos. Frente a las exasperaciones de cierta doctrina la experiencia nos presenta el normal, y podría decirse el indiferente fluir de la vida práctica del derecho, el cual sufre, y debe sufrir indudablemente, en el curso del tiempo, como legislación y como ciencia, sacudimientos más o menos profundos pero por virtud de causas diversas a los efímeros chaparrones dogmáticos. Antes que turbados o sumergidos, los terrenos de la doctrina juridicopenal los vemos en el presente (mucho más que en el pasado) oscurecidos, aquí y allá, por inexistentes y redundantes abstruserías, con el soberbio resultado de convertir en precaria y oscura la visión, inclusive, de las cosas más simples.

⁶ Ya un siglo atrás, en un pasaje del *Programma* (P. G. N° 53) algunas veces recordado, pero no siempre presente a los estudiosos en su real importancia, CARRARA fijaba sin duda alguna en tres los elementos del delito. Luego de haber establecido la necesidad del elemento *material* y el elemento *moral*, agregaba inmediatamente que "*aquello que completa su ser, es la contradicción con la ley jurídica*" delineando de esta manera aquel elemento de la antijuridicidad que, según algunos, CARRARA, en su tiempo, no se habría propuesto siquiera (F. ALIMENA, *Appunti di teoria generale del reato*, 1938, 2). Aún más incisivamente, si bien enunciada en términos procesales, el mismo planteamiento resulta allá donde CARRARA considera el juicio de imputación del delito, como "el resultado de tres juicios distintos": *tu hiciste: imputación física; tu hiciste voluntariamente: imputación moral; tu obraste contra la ley: imputación legal*. Los distintos elementos del *hecho*, la *culpabilidad* y la *antijuridicidad* como ausencia de causas de licitud, no podrían ser más transparentes. Aun antes de CARRARA y en el mismo sentido: CARMIGNANI, *Teoría de las leyes de la seguridad social*, Lucca, 1831, II, 36-37. Vestigios también evidentes sobre la tripartición se encuentran en la más antigua doctrina. Nos limitamos a citar a DECIANO (*Tractatus criminalis*, II, 3, 2), según el cual el delito es "*factum hominis, dolo vel culpa a lege vigente sub poena prohibitum, quod nulla iuxta causam excusari potest*", es decir: hecho, culpabilidad, ausencia de causas de justificación.

⁷ VASALLI, *loc. cit.*

² DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930, págs. 13 y ss. y *passim*.

³ GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, II, págs. 11-15. Conforme, MEZGER, *Diritto penale*, trad. it. 1935, pág. 110.

⁴ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1960, pág. 45; *Tatbestandsmassigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld sin die drei Verbrechenselemente, die eine Handlung zum Delikt machen*.

⁵ WELZEL, *op. cit.*, págs. 48 y 52, y *passim*.

La vehemencia por ampliar ciertas exigencias teóricas e hipotetizar las categorías correspondientes, nos lleva cada vez más, fuera del verdadero estudio del delito para reducirnos a discutir, interminablemente y sin éxito, sobre la forma como debe realizarse ese estudio; de modo tal que las premisas metodológicas y sistemáticas, que debieran permanecer en su función meramente instrumental, de medio —solicito y no embarazoso— para la clara visión de las normas jurídicas positivas, vienen dilatadas hasta el punto de convertirse en árido fin de sí mismas. De donde resulta que el contacto con la realidad práctica, sin la cual, es bueno reafirmarlo, a ninguna corriente le puede corresponder carta de ciudadanía en la vida del derecho, es para una parte de la doctrina cada vez más frágil hasta el punto de mantenerla aislada y estéril, es decir, no idónea para alcanzar siquiera mediatamente el terreno en donde en verdad vive y opera el derecho. Lo cual nos induce a pensar con melancolía y envidia en otras disciplinas jurídicas en las que, sin exageraciones de premisas y programas, las cosas andan, en general, de modo mucho más serio y positivo, constituyendo máximo orgullo para el que trabaja la concreción de sus propias contribuciones a la interpretación del derecho vigente.

Estas reflexiones, nos parece, deben referirse de modo particular a la materia de los elementos del delito, la cual, de otra manera, corre el riesgo, como muy bien lo anotó años atrás ANTOLISEI, de convertirse en un verdadero laberinto. Sobre algunos puntos esenciales de ella (y no ciertamente a todos los innumerables interrogantes que a ella se refieren) queremos en estas páginas ofrecer alguna aclaración y desarrollo de nuestro pensamiento, presentando excusas al lector si en la esperanza de salir, nos veremos en ocasiones precisados a internarnos precisamente en la mitad del laberinto.

2. EL PROCEDIMIENTO ANALÍTICO EN EL ESTUDIO DEL DELITO. La tripartición sobre la que estamos discurriendo se relaciona, como es obvio, con la cuestión más general de la aplicación del procedimiento analítico al estudio del delito; cuestión vieja, y en cierto sentido también superada, si no fuera por la acogida universal de aquel método en la doctrina y en la práctica. Al procedimiento analítico se le debe reconocer el carácter de una natural exigencia del conocer. El delito, como cualquier objeto al cual se dirija la mente investigadora, no puede ser examinado de un golpe, como efecto de una relampagueante intuición unitaria. Todo conocimiento (científico) no puede ser sino conocimiento por grados, conforme al sucesivo desarrollo frente al entendimiento de la pluralidad de los aspectos de cada objeto. Y las etapas que poco a poco se recorren para llegar al conocimiento integral no son otra cosa, precisamente, que el encaminarse del intelecto primero a uno y luego a otro de los aspectos, o elementos, o como se los quiera llamar, del objeto mismo. Con mucha perspicacia expresó MAGGIORE que la misma definición no es cosa distinta que una descomposición del concepto en sus partes constitutivas⁸. Esto deja entender que el análisis del delito, como todos los análisis, es una operación no de separación

⁸ MAGGIORE, *Diritto penale*, I, pág. 203.

sino de distinción de las varias partes. El análisis no disuelve sino que construye y refuerza la unidad; y los elementos que de ella surgen, lejos de convertirse en entidades separadas o fragmentos que no se reunifican, no son cosa diversa que momentos de nuestra visión del delito, puntos de vista de nuestro pensamiento, partes de la exposición en torno al objeto.

Estos conceptos han sido ya aceptados como fundamento, siempre más consolidado por la experiencia, del estudio analítico del delito. Y en verdad nos parece que no han logrado asumir consistencia algunas objeciones vigentes, como, por ejemplo, estas: que el delito sería una entidad individual que “no puede ser descompuesta sin anular su esencia y su vitalidad”; que la descomposición del delito en hecho (*fatto*), antijuridicidad y culpabilidad significaría “despedazarlo en varios fragmentos sin vínculo alguno de cohesión entre sí”⁹, y otros semejantes. De otra parte la exigencia a la cual corresponde el método analítico es tan natural que, aun quien se opone, termina luego, en el curso de la exposición, por reconocer en sustancia su legitimidad. Se admite, en efecto, si bien dejando de lado las objeciones indicadas, que el delito “puede ser bien estudiado en sus componentes individuales”¹⁰. Ahora bien, ¿qué cosa es un tal estudio sino aquel que todos hacemos, y entendemos hacer, al proceder al análisis del delito? Admitir que el delito tiene componentes individuales y que estos como tales pueden ser estudiados, significa acoger, ni más ni menos, aquel método analítico que se consideraba se podía rechazar. Lo cual no quiere ser otro, precisamente, que el estudio del delito en sus partes individuales, en sus aspectos, sin que ello implique separación del conjunto y de la unidad del concepto.

Agréguese que si se quieren proponer objeciones, es necesario que estas se refieran concretamente a su objeto. Debe quedar claro, en otros términos, qué cosa se debería excluir como errónea: si la consideración analítica en general, o esta o aquella aplicación particular; si la partición pura y simple, o la partición en un número más bien que en otro de los elementos. Cuando en efecto se plantea una neta contraposición entre “concepción analítica” y “concepción unitaria” considerando que el error de la primera “debería resultar evidente a simple vista”¹¹, no habría duda que es a la concepción analítica *tout court* a la que se debería negar ingreso, en cualquier forma. Pero en realidad esta versión debe considerarse excluida cuando, poco después, se agrega que los elementos del delito no son tres, sino solamente dos¹². Con esto, innegablemente, se viene a abrir la puerta a la concepción rechazada, ya que al poner en funcionamiento el procedimiento analítico no es por el número de elementos (pudiendo variar él, como efectivamente se varía, según los puntos de vista), sino el simple realizar una descomposición en elementos, cualquiera que sea su número.

⁹ PANNAIN, *Manuale di diritto penale*, III, ed. 1962, pág. 211.

¹⁰ PANNAIN, *op. cit.*, pág. 211.

¹¹ PANNAIN, *op. cit.*, pág. 211.

¹² PANNAIN, *op. cit.*, pág. 218.

Dicho lo anterior, es necesario agregar que de nuestra parte no se rechaza del todo el concepto de una consideración unitaria del delito, con tal que se entienda en su significado exacto. La consideración analítica, como toda operación de la mente, tiende a una finalidad; y esta es precisamente la consideración, mejor aún, la visión unitaria del delito, es decir, la visión de la síntesis y de la unidad a través del análisis.

Debe quedar excluido por lo tanto que en el estudio del delito la consideración unitaria se estima como método diverso para contraponer al analítico, mientras es verdad más bien que una visión unitaria debe ser el efecto, la conclusión del procedimiento de análisis. Toda tendencia, en el fondo, que quisiera adoptar una consideración unitaria, en cambio de la analítica, se reduciría siempre inevitablemente a suponer, o a acoger parcialmente, jamás a negar del todo, la necesidad del análisis¹³.

Debe tenerse presente siempre, en fin, el ya recordado carácter convencional e instrumental del análisis del delito, y consiguientemente el valor no absoluto de las categorías que de él resultan. En consecuencia, aun cumpliéndose, por regla, el análisis de conformidad con criterios de partición y colocación fijados por un método determinado, este debe sin embargo adaptarse a aquellas modificaciones y reducciones de su procedimiento necesarias a la estructura particular de algunos tipos de delito: aquellas, por ejemplo, que impliquen entre el objetivo y el subjetivo una tan estrecha e íntima compenetración que hagan inevitable una simultánea y, en cierto sentido, unitaria consideración de los dos aspectos. El procedimiento analítico, por tanto, y las correspondientes categorías sistemáticas representan, frente a la finalidad de una exacta y positiva determinación de la estructura del delito, el arte de lo conveniente, de lo mejor, de lo más eficaz, no la ciencia de lo absoluto y de lo cierto. De ahí la inoportunidad metodológica, a más de la inadmisibilidad lógica, de todo exclusivismo en el sostener, o combatir, la colocación de los elementos en una u otra de aquellas categorías. Las cuales, vale la pena repetirlo, están construidas como auxilio y no como base de la interpretación.

3. EL DELITO EN ABSTRACTO COMO OBJETO DEL ANÁLISIS. Un nuevo examen de los elementos del delito supone ante todo una neta precisión de la categoría sobre la cual se produce la descomposición.

A este propósito, decir que el objeto del análisis es el delito en abstracto puede aparecer observación obvia, pero en realidad no es nada superflua. Con frecuencia, en efecto, se presenta en la doctrina la confusión (o, cuando menos, la no siempre clara distinción) entre dos operaciones netamente distintas entre sí: la consideración teórica del delito en abstracto y la operación práctica

¹³ Véase en este sentido, por ejemplo, a MORO (*L'Antigiuridicità penale*, 133 y 134), quien después de haber sostenido la necesidad de que el delito sea tomado en su esencia unitaria, sustancialmente admite el procedimiento analítico cuando reconoce que no se puede eliminar la posibilidad de distinguir, de construir una teoría del hecho, de mirar en forma distinta lo objetivo y lo subjetivo, etc. Más aún, el autor reconoce que "la tradicional distinción de los elementos del delito corresponde a los estadios que recorre el pensamiento para comprender la compleja realidad": que es precisamente el fenómeno natural sobre el cual se funda todo procedimiento de análisis.

que coloca en comparación con el esquema abstracto un hecho concreto y real. En el mismo sentido se habla con frecuencia indiferentemente de *tipicidad* y de *conformidad al tipo*, como si fueran la misma cosa. Alguno dice, sin más: *tipicidad* o *conformidad al tipo*¹⁴. Son dos cosas netamente distintas. La *tipicidad*, es decir, lo establecido como tipo, se refiere al delito en abstracto; la *conformidad o correspondencia al tipo* es relativa al hecho concreto, el cual para que se pueda calificar como delito, debe precisamente resultar conforme o correspondiente al tipo. Indudablemente cuando se afirma, como comúnmente se sostiene, que un hecho, para constituir delito, debe ser conforme al tipo legal se dice cosa en sí exactísima. Pero el error, o —si se quiere— el desvío consiste en esto: que esta afirmación, mientras es lógicamente admisible solamente en el juicio sobre el hecho concreto, viene introducida frecuentemente en función de análisis teórico del delito. Y bajo este aspecto deben por tanto considerarse fundadas sobre un criterio metodológicamente impreciso todas las clasificaciones que colocan como primero entre los elementos del delito la correspondencia al tipo¹⁵.

No se puede excluir siquiera que *tipicidad* y *conformidad al tipo* sean a veces consideradas como sinónimos. Pero esto constituiría un uso impropio del término *tipicidad*; y de todos modos aquello que, aparte la terminología, importa fijar sin equívocos, es la sustancial diferencia entre los dos conceptos: la *tipicidad* como propia de la figura abstracta creada por la norma, mediante la cual los caracteres de la figura son referibles a un número indefinido de casos posibles, de modo tal que constituyan una clase, un *tipo* (que es en fin el derivado propio de toda creación normativa), y la *conformidad* de un hecho concreto con la figura típica, vale a decir, la presencia en un hecho humano de caracteres esenciales de aquel tipo. La *tipicidad* como esencia de la figura legal, debe considerarse en sí misma como expresión de su generalidad y abstracción; la *conformidad al tipo*, como sin equívocos se deduce de la palabra misma, está en cambio fundada sobre una idea de relación. El delito (en abs-

¹⁴ BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pág. 24; *Die Typizität oder Tatbestandmassigkeit*. BELING, sin embargo, distingue, en seguida, con suficiente claridad, el *Tatbestand* abstracto, conceptual, de su concreta realización, subrayando que el *Tatbestand* pertenece solo a la ley, no a la vida real, al mundo de los conceptos, no al mundo de los hechos (*op. cit.*, págs. 110-113).

¹⁵ Véase por ejemplo, en nuestra doctrina, a GRISPIGNI, *Diritto penale*, II, págs. 11 y 125 y *passim*; y en la doctrina alemana a BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, *cit.*, pág. 20; y a WELZEL, *op. cit.*, pág. 45. Es conveniente advertir que el error consiste no ya en referir la correspondencia al tipo del delito en abstracto (ya que estos autores se refieren a aquello que es necesario para que "una acción" sea delito, y por tanto a lo concreto) sino en el tratar en función teórica, los caracteres de lo concreto, lo cual debería constituir solamente una aplicativa función derivada subsiguientemente al análisis de la figura abstracta, delimitada en sus elementos por medio de la interpretación. Es necesario, de otra parte, relevar que GRISPIGNI, en una exacta pero incompleta visión de la distinción que aquí se quiere poner en evidencia, advierte que si bien él habla de "conducta correspondiente al tipo" esto depende del hecho de que aún es prematuro oponerse al uso común de la ciencia jurídica vinculada a viejas concepciones metodológicas, ya que "el jurista teórico no estudia el hecho regulado por la norma, sino la norma que regula el hecho, y por consiguiente no tiene nada que hacer con el delito como hecho, sino con el delito como instituto jurídico". Todo esto es exactísimo; sin embargo, debe observarse que el hablar de correspondencia al tipo en la construcción del delito en abstracto, no es una *vieja* sino una *errada* concepción metodológica.

tracto) no es conforme al tipo sino que es el tipo. Y por consiguiente la consideración analítica de sus partes es operación autónoma, que en sí y por sí no tiene relaciones (con excepción de su uso didáctico) con los sucesos en concreto. Un punto que parece escapar a la común atención, y que en cambio toca con lo esencial del análisis del delito, es este: que mientras el delito en concreto supone la existencia del tipo, el delito en abstracto puede subsistir en el ordenamiento sin producirse en concreto. Y esto por una simple razón, pero de indudable validez: que la previsión abstracta de la ley puede no traducirse jamás en un hecho humano real. El análisis del delito, en consecuencia, y con ella la construcción de su concepto (sea del delito en general como de las figuras individuales) debe cumplirse sobre la figura abstracta, independientemente de sus (solamente posibles) aplicaciones¹⁶. Se debe antes bien a tal propósito relevar que si hay una rama del derecho en la cual la consideración del momento abstracto tiene una particular y neta importancia esta es el derecho penal (a diferencia de las otras ramas del derecho, cuyas normas regulan relaciones normales de la vida, están, por ello mismo, destinadas por regla a ponerse en movimiento), en cuanto la función de tutela que le es propia se realiza de manera perfecta con quedarse en la fase normativa, es decir, de mera indicación abstracta de los hechos punibles, sin jamás llegar a lo concreto de su aplicación.

Con estas precisiones no se entiende, como es obvio, negar toda correlación entre el análisis del delito en abstracto y el procedimiento de comparación del hecho concreto con el esquema abstracto, sino solamente denunciar las confusiones en que frecuentemente se incurre en las dos diversas operaciones. Debe tenerse presente además, que también en el procedimiento relativo al hecho concreto es necesaria, como operación propia, la previa interpretación de la figura legal abstracta, sin la cual faltaría el primer término de la comparación.

La diferencia entre las dos operaciones aparece también evidente si se quiere responder a la cuestión, que ha sido propuesta, acerca de la posibilidad de la autónoma existencia de uno de los elementos de la tricotomía, independientemente de los otros; es decir si se puede presentar un hecho típico que no sea *ni antijurídico ni culpable*, o que sea *antijurídico y no culpable*, o *culpable y no antijurídico*¹⁷. Vuelve aquí la distinción fundamental: ¿análisis del delito en abstracto, o valoración jurídica de un hecho concreto? Respecto al delito en abstracto, único objeto de examen en sede científica, el que solo puede concernir

¹⁶ Quizás no resulte superfluo, para la mayor claridad de este comentario, recordar una objeción que años atrás tuvimos ocasión de formular a CARNELUTTI. Tratando el tema "pena y proceso", él sostenía que el concepto jurídico debía construirse no solamente sobre la ley sino también sobre su aplicación, esto es, sobre un conjunto constituido por la figura en abstracto y por el hecho, de la síntesis de este y de aquella (CARNELUTTI, "Pena e processo", en *Riv. Proc.*, 1952, 165). A lo cual observamos, que a una norma puede no seguir el hecho de su aplicación.

En un determinado país durante el período entero de vida en un Código Penal, la norma que prevé una cierta figura de delito no ha sido aplicada jamás ni ha sido reproducida en el nuevo Código. Diremos con ello que existiendo la figura legal de delito, y no el hecho, ¿el concepto jurídico de aquel delito no se puede construir? (Véase a PETROCELLI, "Pena e processo", en *Scritti giuridici* en honor de V. MANZINI, 1954, pág. 366).

¹⁷ PANNAIN, *op. cit.*, pág. 222.

a quien está en función de teórico del derecho, la cuestión de que se trató antes no es siquiera concebible. El delito en abstracto, en efecto, es aquello que es, vale decir, una figura que, con la atribución por parte de la norma de determinados caracteres, está ya construida: y por tanto no es concebible que ella esté privada de alguno de tales caracteres sin que al mismo tiempo no se considere como inexistente, o como una figura diversa, antes bien la norma misma. Si en cambio se considera la operación práctica del juez, es decir, la operación de comparación de un hecho concreto con los caracteres de la figura abstracta, es de la naturaleza misma de tal operación que se pueda llegar a establecer tanto la presencia de todos como la falta de uno o varios de aquellos caracteres.

4. EL CONCEPTO DE TIPO DE DELITO O FIGURA LEGAL ("FATTISPECIE)". FUNCIÓN ESENCIAL DEL TIPO LEGAL DE DELITO INTEGRAL. Es apenas el caso de recordar que concepciones abstractas del delito existen dos: la una constituida por el esquema legal de cada figura individual de delito; la otra, que aquí es la que más nos interesa, es el esquema del delito en general, resultante por vía de ulterior abstracción, de los elementos comunes a todos los delitos; y a la cual, por lo demás, hace mención la ley penal, toda las veces que tiene necesidad de referirse al delito en general. Una y otra se indican en la doctrina italiana con el término *fattispecie* (figura legal del delito); o también con el término alemán desde hace tiempo en uso, de *Tatbestand*¹⁸: *figura del delito particular*, la individual del delito; *figura delictiva general*, la del delito *in genere*¹⁹.

El delito, del cual buscamos los elementos, no es entonces otro que esta general *figura legal*; y el análisis del delito, en sede científica, no puede ser otro que una operación sobre la figura legal del delito, es decir, sobre el tipo de delito abstractamente descrito por la ley.

Se ha dicho recientemente que penetrar en la doctrina del *Tatbestand* es como entrar en una jungla²⁰: confesión en verdad hasta cierto punto melancólica, si se piensa que el tema antes que convertirse en la salvaje maraña que sugiere la comparación, habría debido, después de tantas fatigosas elaboraciones, estar finalmente en capacidad de absolver sus funciones clarificadoras. Los límites del presente trabajo no nos permiten una operación de desbrozamiento de esta jungla; y deberán considerarse como suficientes las líneas esenciales de lo que son, según nuestro modo de entender, el concepto y los datos esenciales de su función.

¹⁸ No ocultamos nuestra escasa simpatía por el término de sastrería *modelo*, con relativa *confección* por parte del legislador.

¹⁹ Como es bien sabido, se hace también una distinción entre *figura legal de delito en abstracto* y *figura legal en concreto*, esto es, entre el delito tipo y el hecho, el suceso que en la realidad concreta se realiza; y esto también por el uso, más o menos frecuente en la práctica, del término *figura legal* para designar el hecho concreto. Sin embargo, es de considerar que figura legal es propiamente término indicativo de una abstracción, y que su aplicación a entidades concretas no puede más que determinar confusión.

²⁰ SCHAFFSTEIN, *Soziale Adaquanz und Tatbestandslehre*, en *Zeitschrift f.d.g. Strafrechtsw.*, 1960, pág. 369.

Es sabido que por mucho tiempo la atención de la doctrina penalística ha estado orientada hacia un significado especial del *Tatbestand*, sobre un *Tatbestand* en sentido estricto, sobre el *hecho (fatto)* (siempre en sentido estricto) de la doctrina italiana, que comprende solamente el conjunto de los elementos objetivos que deben concurrir a constituir el delito, prescindiendo de la culpabilidad y de la antijuridicidad²¹. Bajo la influencia de BELING el realce atribuido a esta categoría había sido tal, que se había llegado, si no a repudiar, sí a poner en cierto modo aparte el concepto integral de la figura legal del delito, como comprensiva de la suma, o, más exactamente, de la síntesis de todos los coeficientes necesarios para constituir el delito. Con criterio científicamente asaz discutible, BELING considera tal concepto como maleza inútil²². A este debe en cambio restituirse plenamente la función que le corresponde (que, por lo demás, jamás ha perdido en realidad) de fundamento de la sistemática del delito, como del hecho jurídico, en general; por lo que el *Tatbestand* en estricto sentido se convierte no en otra cosa que en una parte del *Tatbestand* integral extraída de su descomposición.

No se trata, como algún autor afirma, del viejo concepto de *Tatbestand*, como si se quisiera exhumar una cosa ya sepultada, sino de un concepto que no es ni viejo ni nuevo, pero que por su naturaleza es inmanente a la doctrina general del delito, como que comprende todos los coeficientes necesarios para que se produzca la consecuencia jurídica de la pena; así como es inmanente a la doctrina jurídica, en general, el concepto de *Tatbestand* en sentido generalísimo atinente a todo el derecho, y que expresa el concepto de los coeficientes necesarios para que se produzca la consecuencia jurídica; el primero, como es evidente, en relación de subordinación lógica con el segundo²³. En este orden de ideas debe concluirse que para nosotros el único y verdadero concepto de figura legal de delito es el de la figura integral, y que sus partes y secciones no son más que categorías metodológicas, variables por su naturaleza según los diversos criterios de elaboración. Y es evidente que la exigencia de la correspondencia al tipo (en función de análisis del hecho concreto) debe referirse a todo el tipo, es decir, a la entera figura legal de delito, y no solo a la figura legal o *Tatbestand* en sentido estricto.

5. TIPO DE DELITO INTEGRAL Y MATERIA DE LA PROHIBICIÓN. Entendida la figura legal de delito en el sentido propio y completo como aquella que contiene y expresa todos los presupuestos de la punibilidad, es necesario, aun antes de considerar los elementos que la integran, ver cuál es la función que está llamada a cumplir en su unidad.

El principio *nullum crimen sine lege* nos parece, ante todo, que debe referirse a la figura delictiva integral, y no a una figura o *Tatbestand* en sentido

²¹ Véase principalmente a BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, cit., y en la doctrina italiana a DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, 1930.

²² BELING, *op. cit.*, pág. 2, en relación también con una opinión de SCHUTZE.

²³ Véase entre otros, sobre este punto, a CARNELUTTI, *Lezioni di diritto penale*, 1943, 132, quien al tratar de la forma del delito reclamaba la atención sobre la identidad del problema formal del delito con el de cualquier hecho jurídico.

estricto. Si, en verdad, con base en el artículo 1° de nuestro Código Penal, *nadie puede ser sancionado* por un hecho que no esté *expresamente previsto* por la ley, la previsión debe ser necesariamente tal que contenga en sí todos los factores necesarios para la punibilidad; esto es, debe ser precisamente el esquema integral, comprensivo de todos los elementos que constituyen el delito, indicativo de todos los límites que separan el delito del no delito; contener, en definitiva, todo aquello que hace que un hecho sea objeto de la prohibición juridicopenal.

Lo anterior nos conduce a advertir que, en nuestra opinión, por las mismas razones inherentes al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, no se puede acoger el criterio que se refiere a un *Tatbestand* en sentido estricto, entendido explícitamente solo como uno de los presupuestos de la punibilidad, la llamada *materia de la prohibición (Verbotsmaterie)*²⁴. En sentido propio, en efecto, materia de la prohibición no puede ser sino el hecho que esté provisto, sin residuos, de todos los factores por los cuales se convierte en jurídicamente prohibido. El causar la muerte a un hombre, no basta, en sí y por sí, para constituir el objeto de la prohibición del artículo 575 del C. P., debiendo lógicamente excluirse de tal materia los casos en los cuales la muerte, que aun siendo objeto de la prohibición, es, al contrario, materia del cumplimiento de un deber o del ejercicio de una potestad jurídicamente reconocida (muerte del enemigo en guerra, etc.). El verdadero *Tatbestand*, y por consiguiente el contenido imperativo de la norma del homicidio, no es *tú no debes matar*, sino *tú no debes matar voluntariamente y sin justificación*.

Indudablemente existe una operación en el curso de la cual, para los fines de una eventual inclusión en una figura legal de delito, puede ser objeto de examen un tema que más tarde resulta extraño a tal modelo legal; pero esta es la otra operación, aquella práctica que parte del hecho concreto para remontarse al abstracto de la figura legal, no la operación que la analiza en sí.

La figura legal penal contiene por lo mismo, precisamente, la indicación del hecho punible; más concretamente: todos los coeficientes necesarios para la consecuencia jurídica de la pena. Esencial, por tanto, a esta noción es la indicación de estos coeficientes, entendidos en su relación de causalidad jurídica con la pena. En qué términos deba la norma determinar tales coeficientes no es posible establecerlo con absoluto rigor; se puede decir solamente que debe tratarse de una determinación del hecho punible de suerte que, si bien traducéndose en una figura abstracta, sea idónea para establecer los caracteres generales. Indicación, por tanto, no descripción. Esta podrá ser una modalidad más o menos frecuente de la figura legislativa, no un modo de ser esencial. Por lo demás, cuando la figura legal aparezca descriptiva, lo será siempre solo dentro de los límites de su abstracción, es decir, sin dejar de ser un esquema genéricamente indicativo, respecto del cual, en caso de aplicación, deberá siempre cumplirse por el juez la función de adaptación. La función de la figura legal, en definitiva, no puede (no debe) consistir en fijar los ca-

²⁴ WELZEL, *op. cit.*, pág. 52.

racteres del ilícito de tal modo de agotar toda posibilidad de ulterior determinación, sino en una indicación que recoja lo esencial del comportamiento punible y constituya una delimitación idónea para los fines de la aplicación (eventual) a los casos concretos.

6. EL ANÁLISIS DEL DELITO COMO ANÁLISIS DE LA ENTIDAD NORMATIVA. Si es la norma la que determina los comportamientos punibles es evidente que cada uno de ellos, considerado como categoría abstracta, es decir como tipo, no puede ser más que una entidad normativa. El análisis del delito por tanto no es otra cosa que el análisis de una entidad normativa. Lo cual tiene un significado previso: vale decir que de cualquier manera como el legislador se haya referido a los hechos que existen y se manifiestan en la realidad, aquello que verdaderamente importa a la esencia jurídica de la figura legal de delito es la idea que de aquellos hechos concibe y presenta la norma.

Que esta configuración surja frecuentemente de la experiencia o que en ello se inspire; que, sin más, en algunos casos no se exprese de otra manera sino mediante la remisión a una entidad real percibida por la experiencia, no quita en lo más mínimo que lo esencial y lo jurídicamente válido que está en ella es solamente el hecho típico que surge de la estructura de la norma. Indudablemente el legislador trabaja sobre la experiencia y se encuentra frente a situaciones reales que lo inspiran y lo influyen; pero nosotros negamos que estos hechos, que estas estructuras ontológicas, como hoy se estila decir por algunos, constituyan un vínculo, y tanto menos un vínculo absoluto. Nadie está en grado de negar que el legislador, en el incesante desenvolvimiento de la vida, se vea precisado a contemplar y a hipotetizar tipos de comportamiento de los cuales no existe rastro en la realidad preexistente, y con respecto a los cuales aún más neta y, podríamos decir, más pura se manifiesta la esencia normativa. El derecho está muy lejos de estar integrado solamente por comprobaciones de la realidad existente, mientras que, especialmente en la vida social, tiende a empujar, a imprimir, a crear, no a vincularse a estructuras preconstituidas. Como justamente fue observado, el legislador debe obrar de tal modo que no ponga disposiciones que estén en contraste con la realidad; pero sería de otra parte puro arbitrio contradecir o eludir valoraciones o tomas de posiciones del legislador con vista en presuntos contenidos ontológicos²⁵. Alguno ha considerado que se puede controvertir la legitimidad científica del criterio positivo que *escogita* un concepto de acción para el derecho penal en cambio de limitarse a descubrirlo²⁶. Nosotros discutimos, al contrario, la legitimidad jurídica de un método filosófico que pretenda imponer límites a las determinaciones y elaboraciones del legislador.

Si el modelo legal de delito considerado en su unidad es una entidad normativa, tal carácter no puede menos que reflejarse en los elementos en los

que viene descompuesto en el procedimiento de análisis. Entidad normativa la figura legal de delito en su conjunto, entidades normativas los elementos individuales que la constituyen²⁷. Lo cual implica que todos estos elementos

²⁷ Con estas aclaraciones consideramos resuelta por nuestra cuenta la vieja cuestión relativa al carácter *normativo* o *naturalístico* de la conducta. Puede, sin embargo, no resultar superflua alguna consideración, que nos es sugerida, entre otras, por una opinión de VASSA, acerca de la orientación de GRISPIGNI a tal propósito. Se atribuye a GRISPIGNI la aceptación de un concepto *normativo sobre base naturalística* de conducta, un concepto —se dice— “francamente normativo” pero “otro tanto francamente basado sobre una sólida base naturalística, anclado a esta como premisa y límite que ningún derecho penal digno del nombre de derecho puede olvidar” (VASSALI, *op. cit.*, 307). Quizás estemos equivocados, pero la última proposición nos hace pensar en una intrusión de elementos ideológicos, en una cuestión que es en el fondo exclusivamente formal. De todos modos, nos preguntamos: ¿es posible esta combinación de *normativo* y *naturalístico*? Y ¿qué verdaderamente puede significar esta “base naturalística” de un concepto *normativo* de conducta?

No puede tratarse, según nuestra opinión, de la referencia a un *quid* prejurídico atinente a la fase de formación de la norma, a una, digamos así, base naturalística entendida como inspiración, es decir, proveniente de la realidad humana y social que obre sobre el legislador. Y esto porque el objeto de nuestro estudio es la norma ya construida, cualquiera que sea la inspiración (y aparte, se entiende, de la eficacia para el intérprete del conocimiento de esta inspiración). De otra parte, si el término “naturalístico” contiene la idea de lo real, de lo sensible, ¿cómo fundirlo con lo típico, con lo abstracto, con lo conceptual que es lo esencial de la norma? Oigamos al mismo GRISPIGNI. El distingue rigurosamente, como es sabido, entre el delito como institución jurídica y el delito como hecho concreto, entre la figura legal, y la realización de la misma, e insiste en aclarar que el delito como hecho no es sino el objeto del proceso concreto, mientras que el objeto de la dogmática no puede ser otro que el delito como instituto jurídico (*op. cit.*, 10). Con base en este criterio, compartido plenamente por nosotros (no obstante la locución “delito-instituto jurídico”, que no nos satisface), en el ámbito del delito-instituto jurídico, esto es, de la figura abstracta, una base naturalística del concepto de conducta no sería concebible. Sin embargo, es el mismo GRISPIGNI quien en otro punto de su exposición (pág. 28) parece apartarse de esta orientación, cuando expresamente declara que “el concepto de conducta es un concepto naturalístico, no normativo”. Viene de inmediato la cuestión de cómo resolver esta contradicción. Pero, la contradicción es en realidad solo aparente, porque cuando GRISPIGNI atribuye a la conducta carácter naturalístico, parte de un concepto de conducta que no es el abstracto del delito-instituto jurídico, al cual es referible la normatividad. En efecto, después de haber afirmado que el concepto de conducta es un concepto naturalístico y no normativo, *agrega* inmediatamente después que no es ni siquiera un juicio de valor “porque el movimiento o la inercia del cuerpo de un sujeto es *comprobable objetivamente*”; precisando, además, que para que una conducta pueda constituir ilícito es necesaria la correspondencia a la figura legal: proposiciones que a nosotros nos parecen evidentemente referibles a la conducta en concreto no a la conducta en abstracto, a la conducta de valorar en el suceso concreto, no a la conducta de definir, como elemento (abstracto) de la figura abstracta.

Esta desviación, según nosotros, aun para autores —como GRISPIGNI— muy preocupados por el aspecto teórico del fenómeno jurídico, no puede explicarse sino como una incontrolada atracción hacia lo concreto. Sentada la distinción entre delito-instituto jurídico y delito-hecho, el examen de los elementos del delito ha debido desarrollarse rigurosamente en relación con la primera categoría, en cambio deriva sobre la segunda. Ha debido tener como objeto los coeficientes fijados por la norma para la figura legal de delito, y en cambio, se deja atraer hacia aquello que es *comprobable objetivamente*, vale decir, hacia las notas concretas del hecho que deben compararse con los elementos abstractos de la figura legal: fenómeno no raro en la doctrina. Si así es, nos parece que encuentra su explicación en el hecho de que GRISPIGNI, después de haber afirmado que objeto de la dogmática no puede ser otro que el delito-instituto jurídico, esto es, la norma, se encamina sucesivamente a afirmar que el concepto de conducta es un concepto naturalístico, no normativo. Explicación pues, no justificación tam-

²⁵ MEZGER, *Einleitung* al *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, 1957, pág. 4.

²⁶ WELZEL, *Il nuovo volto del sistema penale*, en *Jus*, 1952, pág. 32.

se presenten también al intérprete como de naturaleza igual y sobre el mismo plano. Bajo este aspecto, como no existe ningún elemento que se sustraiga al carácter de normatividad que es de la figura legal en su conjunto, no existe tampoco ninguno al que le pueda corresponder este carácter de modo particular, diferente de los otros, de suerte que pueda afirmarse, por ejemplo, que la normatividad de la culpabilidad constituye algo diverso de la normatividad de los otros elementos.

En el ámbito del modelo legal de delito en abstracto también el hecho es una entidad normativa; no podría ser de otra manera, dado que de la normatividad integral, este, como los otros elementos, no es más que una parte, un aspecto, momentáneamente separado del conjunto por exigencias del análisis. A este propósito nos parece del todo ilusoria la idea de una heterogeneidad que algunas veces se ha creído encontrar entre uno y otro de los elementos. Los cuales son en su contenido indudablemente diferentes entre sí (y esto resulta lógicamente de la misma necesidad de la descomposición analítica que lo pone en evidencia); pero no lo son, en manera alguna, en su esencia general y desde el punto de vista de su posición en la figura legal, que es igual para todos²⁸.

Ello exige, además, que cada uno de los elementos deba ser considerado como factor estructural, como componente intrínseco de la figura delictiva, es decir, como parte de aquel conjunto de coeficientes que constituyen la entera figura típica. También los términos "antijuridicidad" y "culpabilidad", por tanto, no son otra cosa que expresiones indicativas de un contenido que, según la descripción de la norma, concurren a formar intrínsecamente la estructura de la figura legal de delito: algo, en otros términos, que el intérprete, lejos de construir, debe solamente hacer objeto de su reconocimiento.

bien porque, descendiendo a considerar una conducta (que debe ser correspondiente al tipo, etc.) nos encontramos ya en lo concreto, en lo real, es decir, por fuera del concepto.

Dicho lo anterior, no creemos poder compartir la atribución formulada a GRISPIGNI de un concepto de conducta "normativo sobre base naturalística", considerando imposible, en el análisis de la figura abstracta, la combinación entre los dos conceptos.

Para nosotros, que actualmente sostenemos el carácter esencialmente normativo de la conducta (abstracta considerada), puede suceder que alguien quiera hacer el cargo de haber sostenido en el pasado una idea diversa, aquella que VASALLI (*op. cit.*, 321-*cit.*) califica, en cierto modo, ecléctica. No nos lamentamos.

El tiempo pasaría para el estudioso inútilmente si no sirviera algunas veces para hacerlo cambiar y, posiblemente, mejorar su pensamiento.

²⁸ Infundada resulta por consiguiente la afirmación según la cual serían de "mero hecho" aquellos elementos de la figura legal "que el ordenamiento jurídico no crea, sino que recobra en la realidad a él preexistente" (RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, 1937, 42).

Aquí puede tratarse solamente de imprecisiones terminológicas, pero la ocasión es igualmente buena para relevar que los elementos de la figura legal no son ni pueden denominarse elementos "de hecho", aun cuando la construcción de la norma se inspire en experiencias de hecho. Se trata de elementos que, por su misma abstracta naturaleza, tienen una existencia meramente ideal. A la cual puede por el contrario no corresponder, en el mundo de la experiencia, alguna existencia "de hecho", en nada impidiendo que el legislador, bajo el impulso de las siempre nuevas y apremiantes exigencias de la vida social, pueda también intuir e hipotetizar, como lo hemos resaltado ya, tipos de comportamiento de los cuales no existe muestra alguna en la realidad preexistente.

7. OBJETO DE LA VALORACIÓN Y VALORACIÓN DEL OBJETO. AUSENCIA DE FUNDAMENTO DE ESTA DIFERENCIACIÓN. La identidad de esencia estructural en todos los elementos del delito deberá resultar con mayor evidencia si se considera atentamente la naturaleza de la operación mental que precede al examen de cada uno de ellos. Para aclarar este punto asaz delicado, es necesario empezar desde aquella posición doctrinaria desarrollada en Alemania por GRAF ZU DOHNA y acogida sucesivamente por otros, según la cual, en la consideración de los elementos del delito, sería necesario distinguir de una parte *el objeto de la valoración*, esto es, la acción en sus coeficientes objetivos y subjetivos, y de la otra, la *valoración del objeto*, vale decir, el juicio de antijuridicidad y el juicio de culpabilidad²⁹.

Algunos de los aspectos de esta posición tendrán otro desarrollo en seguida; pero aquí, frente a una valoración general del concepto de figura legal del delito y de su análisis, lo que importa considerar es la distinción, o, mejor, la contraposición, enunciada antes, y sobre todo el carácter de juicio, la esencia meramente valorativa que se quería atribuir por algunos a los dos elementos que convenimos en denominar antijuridicidad y culpabilidad³⁰; idea que tuvo su manifestación peculiar en el desarrollo de la llamada doctrina normativa de la culpabilidad.

Es innegable que, por vía general, cuando en la exposición común como en la jurídica, se dice que una acción es antijurídica o que una acción es culpable, se emite indudablemente un juicio, y además la idea de que un juicio es intrínseco a los conceptos de antijuridicidad y de culpabilidad. Pero no es precisamente sobre esto que debe versar nuestro examen. Se trata, en cambio, de ver si, acogido el criterio de la partición del delito en los tres elementos del hecho, de la culpabilidad y de la antijuridicidad, el segundo y el tercero de tales elementos pueden, en su contenido y en su naturaleza, reducirse, como se quería, a un juicio, concentrando todo el contenido estructural solamente en el primero, esto es en el hecho. Ahora bien, esta idea de la antijuridicidad y de la culpabilidad como juicio no puede, en nuestro sentir, ser examinada con seriedad sino tomando en atenta consideración tres puntos esenciales: el *sujeto* que cumple la valoración, el *objeto* de la valoración, y el *momento* al cual va referida la valoración.

Puede ser útil comenzar por el último de estos tres puntos: como nos hemos esforzado en ratificar en estas páginas, tenemos del fenómeno jurídico delito dos momentos: el momento *abstracto* y el momento *concreto*; el momento en el que el delito no es más que un esquema, una hipótesis formulada por la ley; y el momento en que se tiene un hecho real concreto, del cual es necesario verificar la correspondencia con los caracteres esenciales del esquema

²⁹ ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1950, págs. 11 y ss. Véase para una adhesión casi total a WELZEL, *Strafrecht*, pág. 122 y a NIESE, *La teoria finalistica dell'azione*, en *Jus*, 1951, pág. 264.

³⁰ Sobre este argumento y aparte de cuanto se dirá en seguida, remitimos al lector a la tratadilla hecha por nosotros en otro lugar. Véase a PETROCELLI, *La colpevolezza*, ed. 1951, págs. 88 y ss., en particular, págs. 103 y ss.

abstracto. Conviene tener presente, para mayor claridad, también otro momento fuera de estos dos, un momento anterior: aquel en que el legislador, con base en las necesidades y en los impulsos de la vida social, determina para los fines de la formación, de la norma, cuales son los hechos a los cuales conviene atribuir los caracteres y los efectos del delito. De modo que tres momentos, que en sustancia corresponden a la formación de la norma, a su posición y presencia en el ordenamiento, a su actuación.

¿A cuál de estos tres momentos hay que referir, de modo verdadero y propio, el análisis del delito?

Procediendo por exclusión, se advierte de inmediato que al análisis (teórico) del delito no deben referirse ni el primero ni el tercero de estos momentos: no debe referirse el primero, que es ya pasado, pues el legislador ha cumplido ya sus valoraciones al introducir la norma en el ordenamiento; no el tercero, que no se refiere a la norma sino al caso concreto, el cual, además de todo, puede no realizarse jamás. No queda pues por referir el análisis del delito sino al segundo de aquellos tres momentos, y consiguientemente a la consideración del tipo abstracto de delito fijado por la norma³¹. No es inoportuno recordar que este momento puede ser, por así decir, o aislado, en el sentido de que se procede al análisis de la figura del delito pura y simplemente, como lo hace el autor que describe el delito en general o una o varias figuras de delito, sin que deba proceder a la aplicación de la norma; o también vinculado al tercero, es decir al momento de la aplicación, en el juez, para cumplir la confrontación entre el hecho concreto y el tipo abstracto de delito, debe ante todo, proceder a la interpretación de ese tipo abstracto. Pero, en uno y en otro caso, se tratará siempre de un momento o de un examen autónomo; autónomo en el primero porque no existe aplicación; autónomo en el segundo, porque el análisis del tipo abstracto es la premisa de la aplicación, y como tal debe tener su cumplimiento y propio desarrollo antes de la operación aplicativa.

³¹ La necesidad de determinar exactamente este momento aparece evidente de las confusiones que en este campo se pueden verificar, por lo cual consideramos conveniente recordar cuanto ya tuvimos ocasión de expresar en otra oportunidad (PETROCELLI, *La colpevolezza*, 105-106). Dijimos, con una enunciación análoga a la de GRAF ZU DOHNA (objeto de la valoración y valoración del objeto), que el primero de los elementos del delito, en cuanto susceptible de percepción sensorial, sería objeto de una comprobación, mientras que los otros dos serían objeto de una valoración, es decir, de un juicio de valor. (BETTIOL, *Il problema penale*, 85). Aquí, como resulta evidente, existe, aun cuando inadvertido, un desplazamiento de planos, una falta de distinción entre el hecho jurídico en abstracto y el hecho concreto; entre el hecho jurídico que, a la medida de la norma, el intelecto concibe como tipo y el hecho individual que los sentidos perciben en la realidad. El primero, es decir, el hecho jurídico abstracto, el esquema legal del hecho jurídico, no es jamás, en ninguno de sus elementos, susceptible de percepción sensorial, porque con él nos encontramos en el campo de una idea, que permanece necesariamente tal, operación del pensamiento y no de los sentidos, para todos indistintamente y no solo para este o aquel elemento o elementos que la componen; el segundo, es decir, el hecho concreto, con el fin de establecer la correspondencia o no al esquema abstracto, debe ser objeto de comprobación no ya para este o aquel solamente sino para todos los coeficientes que lo constituyen. Observaciones análogas se presentan para la otra proposición de BETTIOL según la cual el delito estaría constituido "por un hecho del reo y por dos valoraciones del juez (antijuridicidad y culpabilidad)" (*Diritto penale*, Prólogo a la 2ª ed.). Con la valoración del juez nos encontramos, como es evidente, en el campo de lo concreto, en el momento aplicativo y no en el teórico.

Dicho lo anterior, se puede pasar de los momentos a que se refiere el análisis al sujeto que procede al análisis mismo. Este sujeto no puede ser ciertamente el legislador, cuyas valoraciones se han agotado y forman ellas mismas el contenido de la norma. Y menos el juez, haga lo que haga en la segunda fase de su actividad, es decir, en cuanto juez del caso concreto, y en cuanto ejerce la función de aplicación de la norma, ya interpretada, para el caso³². No queda por tanto sino el intérprete; el intérprete, en cuanto obra para determinar el contenido de la norma abstracta, sea con propósito meramente teórico, sea con finalidad práctica.

Colocado el momento, colocado el sujeto de la investigación, aparece claro el objeto, esto es, la norma, y más precisamente el esquema abstracto del delito que ella contiene.

Ahora, si con el fin de un mejor conocimiento de este esquema abstracto, se auspicia la distinción en partes (elementos) para examinarlas separadamente, cada uno de ellos, en el ámbito de este examen, debe necesariamente conservar su naturaleza. La cual no podrá ser sino conforme a la naturaleza del objeto completo, es decir, de la figura íntegra delineada por la norma. Y si esta figura no es otra que un tipo de conducta humana, parece evidente que cada una de aquellas partes no podrá ser constituida sino por uno de los aspectos o momentos de esta conducta, de uno de los coeficientes intrínsecos estructurales de la misma. Convencionalmente es aceptable que para indicar dos de estos coeficientes, se hayan adoptado los términos "culpabilidad" y "antijuridicidad", que contienen en sí la idea de un juicio, mas no puede pretenderse transformar en juicios los elementos que con ellos se entiende designar. Los cuales permanecen siempre como elementos estructurales de la conducta, factores sobre los cuales debe recaer el análisis, no diversos en su esencia y en su posición, del primero, que hemos convenido en denominar "hecho". La culpabilidad está constituida por elementos psicológicos de la conducta; y lo que llamamos antijuridicidad (bien distinta, como veremos, de la antijuridicidad propiamente dicha) por aquellos aspectos o caracteres de la conducta misma que le dan tal contenido de manera que se excluya que ella haya sido realizada en condiciones de licitud. Por consiguiente, no es objeto de la valoración por una parte y de valoración (de culpabilidad y antijuridicidad) de la otra, sino todo el objeto, explicado ante el análisis de sus diversas partes, con idéntica estructura para cada una de ellas.

De ahí se concluye que es idéntica la operación intelectual que el sujeto del examen cumple tanto respecto de cada una de las diversas partes de la figura abstracta, como como de cada uno de los elementos del delito. Operación que está dirigida a indagar qué es lo que la norma ha establecido como esencial para que se produzca la consecuencia jurídica, cuáles deben ser, en otros términos, los caracteres de la conducta punible; esto es —para todos los elementos—, solamente interpretación, no ya juicio, o, si acaso, juicio solamente en el sentido en que puede

³² Es superfluo decir que no es relevante para una consideración de la función del juez el hecho de que en la práctica ella pueda desarrollarse desordenadamente, y con una confusa mezcla de las dos fases. Lo que importa es el reconocimiento lógico de la existencia de las dos fases y de las relaciones en que se encuentran.

ser considerada juicio la interpretación. Juicio en sentido propio y específico, será la operación del juez que refiere a un hecho concreto los caracteres distintivos de un tipo de delito; pero esta —como lo hemos advertido repetidamente— es operación distinta del análisis teórico de la figura legal del delito.

II

8. EL "HECHO" ("FATTO"). LA DISTINCIÓN DE LO OBJETIVO Y DE LO SUBJETIVO. Son muchos, como es sabido, en la legislación y en la doctrina los significados que asume el término "hecho"³³. Pero aparte de todas las distinciones y de las cuestiones que se derivan, lo que aquí verdaderamente interesa es el significado que debe atribuirse a la categoría del "hecho" en la consideración tripartita del delito. No hay duda que si se mira a la calificación jurídica, esta tiene como su objeto el hecho completo, en la totalidad de sus coeficientes objetivos y subjetivos. Pero si, en obediencia a la exigencia general que lleva a conocer el objeto analíticamente, se llega, según la conocida tripartición, a considerar el hecho como uno de los elementos del delito, es evidente que en tal caso por "hecho" deberá necesariamente entenderse una entidad constituida por una parte solamente de la figura legal del delito. Y si es así, las objeciones y reservas planteadas algunas veces a una concepción restringida del hecho no tienen en relación con este punto de vista, razón de ser³⁴. Si entonces nos ponemos a examinar cuál pueda ser en el procedimiento de análisis el criterio más adecuado para delimitar el contenido del "hecho", nos encontramos de inmediato frente a una natural disposición de la mente humana, que es conjuntamente, en la vida del derecho, una constante orientación de la doctrina y de la práctica: vale decir la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo. Está en el orden natural de las cosas, que, en la consideración de los comportamientos humanos, el intelecto se dirija en forma preliminar a aquellos que se manifiestan exteriormente, encaminándose sucesivamente al examen de los coeficientes internos, a los cuales faltaría por otra parte, sin aquel presupuesto, el necesario punto de referencia. Este orden de la investigación nos lleva, de modo natural, a la consideración de las figuras abstractas de comportamiento delineadas por la ley.

Lejos por tanto de haber sido superada la distinción de lo objetivo y de lo subjetivo, se la debe reivindicar sin vacilación como la más clara plataforma, como el criterio metodológico más útil para el análisis del delito. El aspecto objetivo y el aspecto subjetivo constituyen una innegable realidad del hecho humano; y si existen como realidad, no es de dudar que sean idóneos para

³³ Véase una exposición suficientemente prolija en nuestros *Principi di diritto penale*, ed. 1955, págs. 239 y ss.

³⁴ Contra una acepción restringida del hecho en nuestra doctrina, véase a ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 139; a NUVOLONE, *Il limitaciti della norma penale*, 1947, págs. 16 y ss.; y más recientemente, a PAGLIARO, *Il fatto di reato*, 1960, en particular, págs. 107 y ss. Sobre el argumento cfr., aun cuando con conceptos propios, GALLO, *Il dolo-oggetto e accertamento*, 1953, págs. 38 y ss.

formar separada y distinta materia de investigación, sin que ello importe, de manera alguna, ruptura de la síntesis en la cual, indiscutiblemente, se fundan. Que sin embargo la distinción de lo objetivo y lo subjetivo no se presente siempre fácil en igual medida, es otra cuestión, que nada quita a la normal y lógica admisibilidad de la distinción misma. Ciertamente hay tipos delictivos en los que la previsión legislativa está descrita y expresada en forma que convergen, podríamos decir, centralmente sobre el elemento subjetivo, haciendo de este el supuesto esencial de caracterización del delito, como por ejemplo, en las figuras de delito previstas en los artículos 243, 252, 264, 287 y 290 del C. P.: esto es, *tener inteligencia con el extranjero, consumir fraude, incumplir deslealmente el mandato recibido, usurpar el poder público, vilipendiar*, etc. Pero todo esto no impide ni la validez de la consideración tripartita de los elementos del delito, ni la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo.

La existencia del elemento objetivo es también en estos casos lógicamente innegable; y se puede, inclusive, considerar que tal elemento se halla en estas figuras legales de delito previsto en forma abierta, vale decir, realizable mediante cualquier manifestación objetiva que contenga el factor subjetivo idóneo para la configuración del delito.

Todos los elementos objetivos, de una parte, y todos los subjetivos, de la otra: unos en la categoría del hecho, otros en la categoría de la culpabilidad. Además, deben ser incluidos en esta también los llamados elementos subjetivos del ilícito³⁵ concepto que, según una parte de la doctrina alemana, sería un fecundo descubrimiento, mientras que apenas son una abstrusa complicación, una inútil y dañosa ruptura de la unidad de los verdaderos coeficientes subjetivos³⁶.

9. HECHO Y CONDICIÓN DE PUNIBILIDAD. Componentes del hecho son por tanto la acción (se entiende los coeficientes objetivos de la acción) y el evento³⁷.

Pero puesto que se ha dicho que la categoría del "hecho" debe estar constituida por todos los elementos objetivos, surge la cuestión de si en el ámbito del hecho deben quedar comprendidas también las condiciones objetivas de punibilidad.

Con las mayores reservas con respecto a la importancia de esta categoría, sobreestimada por la doctrina penalística, observamos que la respuesta a la

³⁵ En este sentido véase también a GRISPIGNI, *Diritto penale*, II, pág. 133.

³⁶ Sobre los llamados elementos subjetivos de la antijuridicidad, véase nuestra *Antigiuridicità*, II, 1951, págs. 67 y ss.

³⁷ El término de la acción, como también los equivalentes de conducta y de comportamiento, reclaman, en su significado más propio, la idea de la acción en su intergridad, y por lo mismo en la síntesis de los elementos objetivos y subjetivos. Como resultado de la distinción entre objetivo y subjetivo ilustrada en estas páginas, aparece momentáneamente aislada la parte objetiva de la acción. Si no existiera la necesidad de comprender en el "hecho" otros coeficientes objetivos (evento, condiciones de punibilidad) a la parte objetiva de la acción bien se habría adaptado el término "hecho", entendido como el hecho del hombre. Pero atribuida al "hecho" más amplia extensión, dar una denominación, en el ámbito de él, al hecho del hombre, conducía por necesidad a servirse, en un reducido significado objetivo, de los términos de acción o conducta. Un significado convencional pues, hecho necesario por las exigencias de la partición que no puede ni debe entrañar aquel integral de acción o de conducta en un sentido completo. Sobre el uso del término conducta en este significado reducido, véase a GRISPIGNI, *op. cit.*, II, págs. 11 y ss.

cuestión encierra la consideración de las relaciones entre condiciones de punibilidad y figura legal del delito, entre condición y delito, entre condición y elementos del delito. Si el concepto de figura legal del delito, como el que corresponde al de hecho jurídico, debe considerarse, como lo sostenemos nosotros, estrechamente vinculado al principio de la idoneidad para producir la consecuencia jurídica (sin lo cual a la categoría le faltaría toda eficiencia lógica y jurídica), es evidente que en el campo penal tal concepto no puede reducirse a comprender solamente la acción y sus consecuencias relevantes para el derecho, sino que debe necesariamente extenderse para que incluya también cualquier otro factor que, según la ley, sea necesario para que se produzca la consecuencia jurídica de la pena. De donde se concluye que también la llamada condición de punibilidad debe entenderse incluida en la figura legal del delito.

La misma explicación vale con respecto a la relación entre condición de punibilidad y delito. La afirmación, bastante frecuente³⁸, de que la condición de punibilidad es extraña al delito, a la cual sustancialmente accede la otra afirmación según la cual se tendría —a veces— una figura delictiva más comprensiva del delito³⁹ no nos convence. En este caso, evidentemente, el término “delito” está tomado en el significado del lenguaje común y no técnico, que ve esencialmente en el delito el hecho del hombre, el delito como acción. Pero si, como es necesario sobre todo en tema de análisis de la figura legal del delito, mirarlo como hecho jurídico-delito, puntualizando —también aquí— la noción relativa a la idoneidad para producir la consecuencia jurídica, no hay duda de que esta idea de la condición extraña al delito debe rechazarse, como también la que sostiene que la condición es un *quid pluris* con respecto al delito⁴⁰. Lejos de ser un *quid pluris*, no existe delito sin este *quid*, cuando la ley lo requiera. Análoga consideración vale contra la opinión que incluye la condición de punibilidad en la definición del delito (en el *Tatbestand* en sentido amplio), pero la considera al mismo tiempo por fuera de los elementos del delito⁴¹. Elementos de la figura legal de delito y elementos del delito, esto es, en la figura legal integral y del hecho jurídico-delito, son la misma cosa: no es posible la inclusión de la condición en una categoría, que no lo sea también en la otra.

Teniendo en cuenta todo cuanto se ha dicho, ¿qué suerte puede esperar a la afirmación, no poco difundida, de que la condición de punibilidad es extraña al hecho?⁴² La respuesta es simple, ya que todo depende de los límites que (con diverso criterio metodológico) se convenga en atribuir a la categoría del hecho. Si por “hecho” se quiere entender solamente el conjunto de los elemen-

³⁸ Véase por todos a F. ALIMENA, *Le condizioni di punibilità, passim*.

³⁹ DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva*, págs. 42 y ss.

⁴⁰ Un *quid pluris* la considera ALIMENA (*op. cit.*, págs. 155 y ss.).

⁴¹ WELZEL, *op. cit.*, pág. 153. Es menos aceptable la opinión de GRISPIGNI, según el cual (*op. cit.*, 16) las condiciones no se refieren a la existencia del delito sino solamente al delito de penar, en el sentido de que el hecho sería punible pero quedaría suspendida la aplicación concreta de la pena. La confusión de lo abstracto con lo concreto no podría ser más evidente.

⁴² Véase autores citados por DELITALA (*op. cit.*, 76) y más recientemente MUSOTTO, *Diritto penale*, I, 1953, pág. 129.

tos objetivos atribuibles por voluntad o por causalidad al agente, la condición queda por fuera del hecho; y en tal caso queda aún abierta la cuestión acerca de su ubicación en la figura del delito. Si, en cambio, por hecho se entiende el conjunto de todos los elementos objetivos de la figura delictiva, la condición queda incluida en el hecho, y por consiguiente no podrá calificársela como elemento extraño a este. Esta solución nos parece preferible no solo por su sencillez sino porque de este modo entra la condición en el todo que constituye, frente al legislador, el objeto, o, podríamos también decir, la causa de la calificación jurídica. Como tuvimos ocasión de observar en otro estudio⁴³, si para la punibilidad de una determinada conducta se ha previsto por la ley una condición, esto sustancialmente significa que en relación con aquella conducta el interés del Estado para hacerla punible nace solamente con el surgimiento de la condición, y que por fuera de esta, la conducta permanece indiferente desde el punto de vista juridicopenal⁴⁴.

Es del caso preguntarnos, finalmente, si se puede tomar como segura la noción que comúnmente se ofrece de la condición de punibilidad, como la de un factor que no tiene ninguna relación con la conducta del agente ni desde el punto de vista de la voluntad, ni el de la causalidad. Sin pretender profundizar, en esta ocasión, el punto, nos parece en extremo difícil encontrar una condición de punibilidad en la que aquellas dos relaciones, en especial la segunda, puedan excluirse *in radice*, mientras que debe considerarse que cuando tales relaciones faltan nos encontramos frente, más bien, a una condición de procedibilidad. Criterio más seguro nos parece aquel según el cual las dos indicadas relaciones, de voluntad y de causalidad, deben considerarse para la condición de punibilidad como jurídicamente irrelevantes. A la ley no le interesa que el evento constitutivo de la condición haya sido querido y producido por el agente: le interesa solamente que exista. Se trata, pues, no ya de la ausencia de las relaciones de voluntad y de causalidad sino de su irrelevancia jurídica.

10. EL HECHO COMO ELEMENTO OBJETIVO DEL TIPO LEGAL DEL DELITO. La importancia que en los últimos años ha tenido, inclusive en Italia, la noción de *Tatbestand* (en sentido estricto) elaborada por BELING, ha hecho surgir poco a poco la idea de una coincidencia entre esta y la del “hecho” de la doctrina italiana. Pero, aparte de la coincidencia, que no es total, si no fuera por la inclusión en el esquema belingiano también de aquel rudimentario elemento subjetivo que es la voluntad incolora, lo que importa reafirmar es que la noción de hecho tiene orígenes bien diversos y lejanos, evidentes en la doctrina y en la práctica judicial de nuestro país. Ella debe reportarse, entre otros, a la *imputatio facti*, entendida por los prácticos como presupuesto de la *imputatio juris*; y en época más reciente, ciertamente mucho antes de BELING, encuentra su peculiar expresión en la doctrina de la “fuerza física” de CARRARA y especialmente en el concepto, según el cual, de la fuerza externa surge el elemento

⁴³ PETROCELLI, *Reato e punibilità*, cit., pág. 675.

⁴⁴ Véase más o menos en este sentido, de último a PAGLIARO (*op. cit.*, 229).

material o su *esencia de hecho*⁴⁵; de donde surge evidente la limitación de esta esencia de hecho a factores puramente objetivos. En la elaboración de DELITALA, si bien desarrolla con su conocida penetración y finura las cuestiones que surgen en torno al *Tatbestand* beligniano, nos parece que los motivos originarios de su inspiración provienen en forma prevalente de nuestra tradición doctrinal.

En realidad el concepto de hecho en sentido estricto, lejos de ser una reciente invención de la doctrina penalística, se remonta a la natural tendencia analítica a la que nos hemos referido, y que busca distinguir (sin separar) lo externo de lo interno, lo objetivo de lo subjetivo, y contra la cual se estrella cualquiera elaborada sutileza en sentido contrario.

Lo que luego nos induce a considerar como preferible para designar el hecho como *elemento objetivo del modelo legal de delito* (antes que como *figura delictiva objetiva* o *figura delictiva en sentido estricto*), denominación que, de un lado la hace aparecer más evidente como una parte de la figura integral, y de otro, más claramente como la expresión del contenido objetivo. Es necesario considerar además que, encontrándonos con el "hecho" frente a una categoría metodológica, aquello que se debe tener especialmente presente es el carácter convencional de la noción; para lo cual, por tanto, no es necesario, y quizá tampoco útil, buscar iguales o análogos significados del término en normas positivas, a las cuales les corresponde propia y eventualmente una interpretación diversa.

11. EL "TATBESTAND" EN SENTIDO ESTRICTO SEGÚN LA DOCTRINA DE BELING. El principal defecto de la doctrina beligniana, como ya quedó anotado, fue el de haber querido hacer a un lado el verdadero concepto del *Tatbestand*, es decir, el *Tatbestand* en sentido amplio, y el haber querido, de contera, hacer del *Tatbestand* en sentido estricto el punto central (*mittelpunkt*) de la construcción, y, por tanto, una categoría en cierto modo autónoma en vez de una parte de la figura integral. En la más reciente doctrina alemana no se deja, en verdad, de poner en evidencia al lado de la figura delictiva en sentido estricto (*Tatbestand im engeren Sinne*) la figura integral como totalidad de los presupuestos de la punibilidad (*Tatbestand im weiteren Sinne*). Pero antes de pretender fijar la interdependencia y coordinación de los dos conceptos, se declara inmediatamente y de modo enérgico la neta separación, afirmando, lo que es peor, el carácter no técnico del segundo (que para nosotros es el solo y verdadero concepto técnico)⁴⁶. Y esto, como veremos, para llegar a incrustar en el *Tatbestand* en sentido estricto, por una preconstituida finalidad dogmática, elementos, como la intención (*vorsatz*), que sin duda alguna concurren a constituir la síntesis orgánica de la acción, pero que sin embargo, en el procedimiento de análisis, sin que de modo alguno se rompa la síntesis, pueden y deben ser objeto de una consideración aparte.

⁴⁵ CARRARA, *op. cit.*, págs. 57 y 58. Véase también a ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Milán, 1840, I, pág. 77, en donde se hace la distribución entre imputabilidad moral e imputabilidad de hecho.

⁴⁶ WELZEL, *op. cit.*, pág. 52.

Nosotros insistimos en afirmar que un claro y orgánico desarrollo del análisis del delito se puede realizar solamente con el restablecimiento, como plataforma, del examen de la figura integral, considerando el "hecho" (*Tatbestand* en sentido estricto) como una parte suya. Con esto se logra una doble ventaja: el establecer como fundamento y punto de partida del procedimiento analítico no un mero dato metodológico sino una verdadera y propia categoría jurídica (el hecho —en su integridad— previsto por la ley como delito); y en el examen analítico de la misma tener libres a sus distintos elementos, los pertinentes criterios de partición y colocación, los cuales, más tarde, en definitiva, se encaminan todos a la composición y construcción del conjunto.

Con el rechazo de la figura delictiva integral, en cambio, esta perspectiva viene a faltar en la elaboración de BELING y con ella, en nuestro sentir, falla también la premisa para concebir sin incertidumbre una categoría inicial de la figura legal con un contenido simplemente objetivo. De ahí que el criterio confuso con base en el cual en la categoría del *Tatbestand* en sentido estricto, se pretende incluir un concepto de acción informando solamente por la llamada *voluntad "incolora"* (*Farbloss*)⁴⁷. No existen, evidentemente, objeciones para oponerse al concepto reafirmado al comienzo de la tratación de BELING, en cuanto a que la voluntad es esencial al delito y que todo comportamiento no querido nada tiene que ver con el delito⁴⁸. Pero no se puede compartir el criterio según el cual del concepto de voluntad se deriva una división: de un lado la voluntad como calificante general de la acción, concebida como incolora, como algo que genéricamente sostiene los movimientos del cuerpo; y del otro, la voluntad con su efectivo contenido. Esta abstracción vacía, de una voluntad incolora, de una voluntad respecto de la cual se prescindía de su contenido, es decir, eliminar lo que se quiere, no nos parece concebible ni siquiera como recurso metodológico. Se puede, en cambio, al proceder al análisis de la figura legal, obrando una momentánea separación, construir una categoría del hecho considerado solamente con respecto a sus aspectos objetivos, y por tanto con una voluntad que no está, ni excluida ni tomada como incolora, sino solamente y por un momento implícita, en cuanto a que su examen es propuesto a la sucesiva categoría de la culpabilidad⁴⁹. Pero si, hipotéticamente, con criterio metodológico diverso, se quisiera no separar el factor voluntad del hecho, esta no podría ser sino una voluntad que dijera algo, no una incolora, separada de su dirección y de su fin.

BELING explicaba su concepto de voluntad incolora observando que lo que es ante todo necesario, es establecer, por vía general, que existe una acción,

⁴⁷ BELING, *op. cit.*, pág. 11.

⁴⁸ BELING, *op. cit.*, pág. 9.

⁴⁹ En esta orientación se ha colocado, en nuestra opinión, DELITALA, apartándose de BELING, cuando al refutar un amplio concepto del hecho sostenido por MANZINI ("no solo el aspecto material, sino también la voluntad referida al acto en sí") hubo de declarar que de ese modo "se usa el término hecho (*fatto*) en sentido diverso y más amplio del nuestro" (*op. cit.*, pág. 47; también pág. 68).

que el autor ha obrado; y para tal fin, basta establecer que ha habido "una" voluntad. Es suficiente la comprobación, en el caso concreto, que ha habido un movimiento corporal (o una inercia) regido genéricamente por la voluntad⁵⁰. A esto debe objetarse: en primer lugar, que en el campo de las distinciones y delimitaciones metodológicas todo es posible, a condición, sin embargo, de que cada una de las categorías resultantes sea de tal naturaleza que se preste a un examen distinto; y esto no nos parece que pueda verificarse lógicamente en relación con la voluntad, de la cual no es concebible una existencia vacía, desprovista de su contenido, porque la voluntad está toda en su contenido. Y en segundo lugar, que en el análisis de la figura abstracta de delito, que constituye el objeto de examen en sede científica, aquello que es necesario establecer no es la presencia de "un" querer sino del querer que la norma ha previsto para aquel tipo de delito: una concepción, por tanto, para la cual la separación del querer de su contenido no es posible. Lo cual nos conduce, correlativamente, a un plano más general para expresar también nuestro desacuerdo con el criterio, según el cual, BELING sostiene que se debía, aun antes de establecer la existencia de la acción, constitutiva de un determinado delito (homicidio, hurto, etc.), comprobar si una acción en general (*uberhaupt*) subsistía. Deberíase, en otros términos determinar la existencia de una acción aun antes de establecer si se trata de una acción constitutiva de delito. Nosotros somos de la opinión, que se remite —entre otros— a la orientación, sobre este punto siempre válida, de BELING, para quien al jurista, en el análisis del delito, le interesa esencialmente el concepto jurídico de acción, es decir, la acción tal como ha sido descrita por el legislador para la figura abstracta del delito de que se trate. La elaboración de un concepto general, de un concepto prejurídico de acción no es tarea suya, porque lo conduce a un terreno extrajurídico. Es necesario entender: no es que aquel concepto no lo considere y sea del todo extraño su examen, sino que lo considera indirectamente, vale decir, solo en cuanto sea el mismo esquema normativo que —para la determinación de la acción descrita por este— remita implícitamente a aquel concepto general.

La acción de la vida real, esto es, la acción en sentido prejurídico, es cuando más para el jurista, un punto de referencia mas no un punto de partida.

12. EL "TATBESTAND" SEGÚN LA DOCTRINA DE LA ACCIÓN FINAL. Una neta modificación del concepto de *Tatbestand*, tal como había sido diseñado por BELING, sostiene la orientación finalística cuyo máximo exponente es WELZEL. No es nuestra intención y no podría haber dentro de los límites del presente escrito, proceder a una valoración crítica general de la doctrina de la acción finalística que en Italia, por lo demás, ha sido ya hecha con notable vigor⁵¹.

⁵⁰ BELING, op. cit., pág. 11.

⁵¹ Véase a GRISPIGNI, *La nuova sistematica del reato, nella più recente dottrina tedesca, en Studi per Carnelutti*, IV, págs. 305 y ss.; a GALLO *La teoria dell'azione finalistica nella più recente dottrina tedesca*, 1955; a PECORARO ALBANI, *Il dolo*, 1955, págs. 49 y ss.; a PETOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato*, 1954, págs. 21 y ss.; y recientemente, a PAGLIARO, op. cit., pág. 190 y ss. Para una exposición de la teoría véase a SANTAMARÍA, *Prospettive del concetto finalistico di azione*, 1955.

Sin embargo, un rápido examen de uno de los puntos más significativos (quedando bien claro que los otros han sido omitidos porque no conciernen, en forma directa, con nuestro argumento), nos parece factor importante de clarificación en el tema que estamos tratando⁵².

Para los fines sistemáticos que la inspiran, la orientación finalística se apoya en el concepto de *Tatbestand* en sentido estricto (*im engeren Sinne*) y sin olvidarse de poner en evidencia el *Tatbestand* en sentido amplio (*im weiteren Sinne*), definido como el conjunto de los presupuestos de la punibilidad, se advierte que este último debe considerarse netamente distinto del otro. Parecería casi como si se quisiera poner por aparte al igual que la verificada por BELING. Pero la realidad lógica se impone. El *Tatbestand* en sentido estricto viene incluido como uno de sus elementos, dentro del *Tatbestand* en sentido amplio⁵³. Por consiguiente, relación de continente a contenido. Esto, por lo demás, es explícitamente admitido cuando se declara que el *Tatbestand* en sentido estricto constituye la gran parte del *Tatbestand* general integral (*macht den grossen Teil des Gesamttatbestands*)⁵⁴.

Si esta es la posición que se atribuye, y que no puede menos de atribuirse al *Tatbestand* general, bien poco vale declarar que los dos conceptos deben considerarse como rigurosamente distintos. Son diferentes, como lo son entre sí el todo y la parte; distintos sí pero al mismo tiempo compenetrados. Lo cual significa para nosotros que esta distinción no es una separación, y que uno de los conceptos obra en función del otro; más bien, el menor en función del mayor.

Pero ¿cuál es el concepto que se pretende atribuir al *Tatbestand* en sentido estricto? ¿Cuáles modificaciones, por el contrario, debería sufrir el contenido del "hecho"? La separación entre *Tatbestand* en sentido estricto y *Tatbestand* en sentido amplio se remonta a BELING quien, recordamos, que para resaltar la autonomía del *Tatbestand* en confrontación con la antijuridicidad y la culpabilidad, excluía del primero todo juicio de valor y todo elemento subjetivo espiritual. La doctrina finalística afirma que esto constituye un error que debe corregirse con la inclusión en el *Tatbestand* (en sentido estricto) de los caracteres tanto objetivos como subjetivos espirituales de la acción⁵⁵. El elemento

⁵² El desacuerdo de ciertos puntos de vista dogmáticos y metodológicos no nos coloca en absoluto en posición totalmente adversa a la orientación finalística. De la cual, antes por el contrario, consideramos necesario poner en evidencia las estrechas afinidades con ciertos principios fundamentales a los cuales hemos dedicado gran parte de nuestra vida de estudioso, y que encuentran eco en estas claras y corajudas declaraciones de WELZEL: "La tarea principal del derecho penal no es de naturaleza preventiva sino ético-social La simple defensa de los bienes jurídicos tiene una finalidad puramente negativa-preventiva, de policía, mientras la función fundamental del hecho penal es de naturaleza positiva éticosocial... Por esto, en su estructura concreta, este debe reflejar precisamente tal función, ante todo a través de una neta distinción frente a las medidas de naturaleza puramente preventiva... Premisa de la pena solo puede ser la culpabilidad, no la peligrosidad, éticamente neutral, del agente. La pena solo puede ser la retribución determinada con base en la gravedad de la culpabilidad, no una medida puramente utilitaria de naturaleza preventiva, determinada según la duración de la peligrosidad del agente" (WELZEL, *La posizione dommatica della dottrina finalistica dell'azione*, en *Riv. It. Dir. Pen.*, 1951, 3-4).

⁵³ WELZEL, op. cit., págs. 52 y 53.

⁵⁴ WELZEL, op. cit., pág. 52.

⁵⁵ WELZEL, op. cit., págs. 49 y 50.

intencional, por tanto, viene colocado en el *Tatbestand*, como coeficiente subjetivo del mismo, separándolo de la culpabilidad, cuyo concepto, removido de sí todo elemento subjetivo-síquico, debería considerarse como el solo criterio normativo de la reprochabilidad.

13. EL CARÁCTER FINALÍSTICO DE LA ACCIÓN. SU RECONOCIMIENTO UNIVERSAL. Semejante orden de ideas conduce a colocarse contra la distinción de lo objetivo y de lo subjetivo, contra el viejo binomio, como se le denomina, reconociéndole, a lo sumo, un valor relativo⁵⁶. En realidad, después de esta distinción es considerada, y el binomio reaparece con su función sustancial, cuando la acción es definida como una articulada unidad de momentos objetivos y subjetivos, de hecho y de voluntad⁵⁷; y en el ámbito mismo del concepto de *Tatbestand* (en sentido estricto) los dos elementos del binomio emergen nuevamente con las dos categorías del *Tatbestand* objetivo y subjetivo⁵⁸.

Sin insistir por consiguiente sobre los términos generales de esta orientación, veamos más bien de qué modo se pretende dar fundamento a su manifestación más importante, vale decir, a la introducción de la voluntad finalística en el ámbito del *Tatbestand* en el sentido estricto, que luego se traduce implícitamente en la negación del concepto de "hecho", si se entiende —como lo entendemos nosotros— como el conjunto de los factores meramente objetivos de la figura legal del delito.

Los puntos que, para los fines de esta exposición, importa examinar esencialmente, son dos: afirmación del carácter finalístico de la acción; contraposición entre la concepción finalística y una llamada concepción causal de la acción.

Es necesario que recordemos, pese a que se trata de cosas bien conocidas, que en un escrito, cuyo título expresa el ambicioso propósito de dar una "nueva imagen" al sistema penal, WELZEL expresó algunos conceptos que más o menos con sus propias palabras se pueden resumir del modo siguiente. La acción humana es actividad dirigida a un fin. La acción es, por tanto, suceso finalístico y no meramente causal. La naturaleza finalística de la acción consiste en esto: gracias al conocimiento causal, el hombre puede, dentro de ciertos límites, prever las posibles consecuencias de su actividad y proponerse diversos fines, dirigiendo su propia conducta a la consecución del fin escogido. Con base en su conocimiento causal de las cosas futuras, el hombre puede dosificar los actos individuales de su comportamiento de modo tal de dirigirlos con el fin de convertirlos en causa exterior, determinándolos finalísticamente. La finalidad es operación guiada conscientemente en función de un fin, mientras que la causalidad pura no está gobernada por el fin, sino que es la resultante causal de los factores de vez en vez operantes. La finalidad es por tanto vidente, la causalidad es ciega.

⁵⁶ WELZEL, *Studien Zum System des Strafrechts*, en *Zeitschr. für die ges. Strafrechtniss*, 1938, págs. 491 y ss.

⁵⁷ WELZEL, *Strafrecht*, pág. 26.

⁵⁸ WELZEL, *op. cit.*, *Besonderer. Teil, passim*, por ejemplo págs. 244 y 245, en donde para el homicidio se distingue un *Tatbestand* objetivo, consistente en la muerte de un hombre, y en un *Tatbestand* subjetivo, que exige el dolo; véase también a MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 1954, pág. 118.

Sin hacer mucho caso a este último pomposo *slogan*, con el cual, entre otras cosas, se viene a afirmar, con seguridad excesiva, que allá hasta donde no llega el limitado poder del hombre, allí donde no habría más que ceguera de las fuerzas de la naturaleza, la impresión que de inmediato producen en cada uno las otras proposiciones es la de que se trata de verdades conocidas por todos, y de las cuales vive la más común experiencia humana, y cuya reafirmación, cualesquiera que sean sus términos, no tiene un contenido capaz de constituir una nueva doctrina. Como testimonio de esta impresión general producida en el campo de la ciencia penal se pueden evocar, para no ir tan lejos, dos consumadas experiencias de juristas, bien lejanos entre sí, en orientaciones y en doctrina: GRISPIGNI y MEZGER. El primero, luego de expresar lo esencial de la doctrina finalística, se pregunta qué cosa de especial existe en esta concepción, teniendo presente que por consenso universal, la acción no puede ser sino voluntaria, y la voluntad está caracterizada por el fin u objetivo al que se dirige. Y observa que no era del caso traer a cuento la mentalidad mecanicista del siglo XIX para repetir lo que es conocido por todos, esto es, que *omne ens intelligens agit propter fine*⁵⁹. El segundo declara, igualmente, que en orden al carácter finalístico de la acción no pueden existir dudas de ninguna especie. La acción ha sido siempre tal, y es finalista en su esencia, siendo de su misma naturaleza el estar dirigida a un fin; y bajo este aspecto —agrega— una distinción entre finalistas y no finalistas debe considerarse inadmisibile⁶⁰.

El carácter obvio de las verdades enunciadas en aquellas proposiciones se manifiesta aún más evidente en los ejemplos que (en una revista de alta cultura jurídica) han sido propuestos, casi como nuevos, para el lector estupefacto. Para aclarar —se dice inmediatamente después de las proposiciones reportadas— veamos la diferencia entre un asesinato y una fulminación mortal: en el asesinato el fin anticipado guía los actos individuales (adquisición del arma, celada, mira, presión del gatillo); en el golpe del rayo el evento letal es el resultado ciego de los componentes causales existentes de hecho. Un ejemplo verdaderamente... fulminante! Ahora (como ejemplo de delito culposo): una enfermera que, sin saberlo, inyecta, con resultado letal, una dosis de morfina muy fuerte, aplica una inyección finalística, pero no ejecuta una conducta homicida finalística. Quien, por ejercicio, dispara en el crepúsculo contra un objeto que cree sea un tronco de árbol y en cambio es un hombre sentado, se adiestra finalísticamente en el tiro, pero no cumple una acción homicida finalística⁶¹. Y así por el estilo.

Resulta singular que al defender a la doctrina finalística de la acusación de sostener cosas obvias, se afirme por alguien, que de tales acusaciones esta orientación no se preocupa en exceso⁶². Así puede ser. Pero igualmente se puede rebatir que no es sosteniendo cosas obvias como se construye una nueva

⁵⁹ GRISPIGNI, *La nuova sistematica del reato*, cit., pág. 408.

⁶⁰ MEZGER, *Einleitung al Strafgesetzbuch (Leipzig Kommentar)*, 1957, págs. 6 y ss.

⁶¹ WELZEL, *Il nuovo volto...*, pág. 33.

⁶² NIESE, *La teoria finalistica dell'azione*, en *Jus*, 1951, pág. 259.

doctrina y se descubre la nueva imagen del sistema. Agréguese más bien que resulta imperativo repetir con GOETHE: atengámonos a la vieja verdad. Óptima máxima, pero que WELZEL y sus admiradores terminan frecuentemente supeándola, cuando califican de erradas ciertas orientaciones científicas solo porque han surgido en el pasado, olvidando que no es suficiente con enunciar una doctrina ahora para convertirla en más aceptable que otra que la haya precedido decenios, o quizás siglos.

De todo lo anterior es necesario concluir que este reafirmado carácter finalístico de la voluntad y de la acción constituye una verdad universalmente conocida y sentida para que pueda constituir el estandarte de un nuevo camino; y que, de todos modos, tal teoría no incide en lo más mínimo sobre el criterio antiguo como la investigación de los derechos humanos, que en el análisis del delito antepone, sin romper del todo la unidad, el examen de los elementos objetivos a aquel de los elementos subjetivos de la figura legal del delito.

14. EL LLAMADO "DOGMA" DE LA ACCIÓN CAUSAL. Dicho lo anterior, ni siquiera puede regir la contraposición en la cual tanto se ensañan los finalistas, entre el concepto finalístico y un llamado concepto causal de la acción.

Desde sus primeros planteamientos, la doctrina finalística, declarándose en abierto contraste con la doctrina dominante, afirmaba la existencia de un "dogma causal" de la acción⁶³; que antes bien no solo tal expresión era continuamente repetida en los sucesivos escritos, acogida y ratificada por sus seguidores, sino que llegó a convertirse y fue declarada como una especie de grito de batalla⁶⁴. Y aún hoy se afirma que, hacia el final del siglo pasado, bajo el influjo de las ciencias mecanicistas naturales, habría surgido en la doctrina penalista una "teoría" que descompone la conducta en dos elementos: el proceso causal externo de un lado y el contenido puramente psicológico del otro. Según esta doctrina el contenido del querer sería solamente un reflejo subjetivo, en el ánimo del agente, del suceso exterior. La acción sería, en consecuencia, un puro proceso causal, provocado en el mundo externo por la voluntad. El contenido subjetivo de la voluntad sería extraño al problema de la acción e interesaría solamente al problema de la culpabilidad. Se afirma sin más, que este concepto "naturalístico" de acción, en neto contraste con el concepto finalístico, niega al contenido de la voluntad toda función constitutiva de la acción, rebajándola a un simple proceso causal. En el dolo se desconocería la función de factor que anticipa mentalmente la acción y le da forma, determinando finalísticamente su curso⁶⁵. Mucho más recientemente se ha llegado a afirmar que la doctrina causal de la acción no solo desconoce sino que sin más destruye (*zersetzt*) la función directriz de la voluntad. El contenido de la voluntad se tornaría en el espíritu del agente una mera imagen refleja del suceso externo causal⁶⁶.

⁶³ WELZEL, *Studien*, loc. cit.

⁶⁴ MAURACH, *op. cit.*, pág. 130.

⁶⁵ WELZEL, *La posizione dommatica*, cit., págs. 7 y ss. y *passim*; *Il nuovo volto*, cit., págs. 35 y ss.

⁶⁶ WELZEL, *Strafrecht*, 1960, pág. 34.

Llevando a sus consecuencias extremas los términos de estas afirmaciones, algún finalista, siempre con un extraño gusto por las palabras gruesas, denuncia sin más, una "decapitación" (*Dekapitierung*) de la acción⁶⁷.

Contra esta separación del contenido de la voluntad —se agrega— se rebela la teoría finalística⁶⁸.

Pero nos rebelamos todos. Nos rebelamos contra la idea de esta separación y también contra la afirmación de que alguien jamás la haya concebido. Nos rebelamos sobre todo al considerar que una idea similar haya podido en algún momento constituir una doctrina, antes bien un dogma. La verdad es que de dogmático en este asunto no hay más que el dogmatismo de quien quiere imponer, en forma absoluta, la idea de tal dogma.

No ha existido jamás una "separación" del elemento causal y del elemento psicológico de la acción sino solamente una distinción natural de tales elementos para los fines del análisis. No existe una doctrina de la acción causal sino una consideración (que es universal) del aspecto causal de la acción. Una cosa es que "lógicamente" la voluntad no sea separable de la acción; otra cosa es que, reconocida y tenida en firme esta unidad, se proceda a una consideración distinta de los términos, objetivos y subjetivos, que la constituyen. Y nos parece en verdad del todo arbitraria la afirmación que considera el contenido de la voluntad como una mera imagen refleja en el espíritu del agente del acaecer externo; mientras que no solamente la doctrina sino la común experiencia humana no se han apartado jamás de la consideración de la voluntad como fuerza impulsiva, directriz e inspiradora de la acción. Y si por otra parte de la voluntad se trata en lo relativo a la culpabilidad, esto no ha querido significar jamás que la culpabilidad sea estimada como extraña al problema de la acción, ya que ha sido y es universalmente considerada como uno de los aspectos, indudablemente el más importante, del problema de la acción. Es oportuno en este momento volver a reafirmar que todo el análisis de la figura legal (entendemos referirnos a la figura legal integral, al *Tatbestand* en sentido amplio) es problema de la acción; porque la acción está en toda la figura legal del delito desde el primero hasta el último de sus elementos, contrariamente a cuanto supone quien desea relegarla al primero y reducir los otros dos a un contenido meramente valorativo. Es problema de la acción el establecer cuáles sean los coeficientes objetivos; es problema de la acción el de la culpabilidad; es problema de la acción los llamados elementos negativos de la figura legal, en cuanto a establecer de cuáles caracteres deba carecer la acción para que no se la considere entre las acciones conforme al derecho.

El atribuir luego a la doctrina dominante el haber negado al contenido de la voluntad toda función constitutiva de la acción y de haber desconocido en el dolo la función de factor que anticipa y determina mentalmente la acción, es cosa que denuncia, de la manera más evidente, la creación artificiosa de un objeto polémico, exento de toda consistencia. Se debe a lo sumo admitir que

⁶⁷ MAURACH, *op. cit.*, pág. 137.

⁶⁸ NIESE, *op. cit.*, pág. 259.

algún escritor, en los tiempos de influencia de la filosofía positivista, haya acentuado más en sus enunciaciones el aspecto causal de la acción, exagerando, si se quiere, el criterio metodológico de distinción entre lo objetivo y lo subjetivo; pero no parece en realidad que se pueda formular a alguien el cargo de haber negado a la voluntad su función constitutiva de la acción, anulando en ella el carácter finalístico.

Nunca tales cargos pueden hacerse a la ciencia penal italiana. En el momento de la formulación de la idea de la "fuerza física" del delito, CARRARA afirmaba el nacimiento de esta "con el movimiento que el ánimo imprime a los miembros, para hacerlos, según su malvado designio, servir a la ejecución del hecho delictivo"⁶⁹. Como se ve, no había necesidad de llegar a los finalistas para oírles decir que la voluntad se coloca, precisamente de un modo finalista, como fuerza directriz o, como los finalistas se complacen en repetir, como piloto de la conducta hacia la consecución del fin.

La existencia del aspecto causal de la acción es, de otra parte, innegable. Precisamente la definición de los finalistas, que luego refleja la idea común de la acción, según la cual el hombre regula los actos de su comportamiento de modo tal de orientar al fin el proceso causal exterior⁷⁰, contiene como esencial, en la misma idea de este llegar a ser, el momento causal de la acción, que constituye precisamente el objeto de la influencia directriz y reguladora de la voluntad, que todos reconocemos y que no es un descubrimiento de hoy. Ahora bien, poner en evidencia el aspecto objetivo y causal de la acción y hacer de él objeto de un estudio distinto, no significa introducir una teoría causal de la acción, tanto menos una teoría causal en contraste con el concepto finalístico de la acción.

Se ha afirmado que la idea de la distinción de la conducta en el momento causal externo de un lado y en el contenido del querer del otro, habría surgido bajo el influjo de las ciencias naturales mecanicistas hacia el final del siglo pasado. A nosotros nos parece que con esto se atribuye un origen demasiado reciente de aquello que constituye, al contrario, una exigencia constante del juicio humano. Nos encontrábamos, de todos modos, no en los finales sino en los comienzos del siglo pasado, cuando nuestro CARMIGNANI afirmaba que el "primer juicio" que se debe cumplir es aquel "que debe establecer la *relación física* del hecho denunciado como ofensa, con quien había sido sindicado como autor; agregando que no en forma incorrecta tal juicio se ha denominado imputación física, en cuanto "el juicio, es, por así decir, *forzado* a considerar el cuerpo del imputado como fuerza que ha actuado físicamente para producir el daño"⁷¹. Y cuando de la existencia del hecho en su materialidad se hace objeto de pronunciamiento de los jurados, nadie jamás pudo crear que con ello se procedía a una "decapitación" de la acción, y antes bien, por todos se entendió el examen del elemento objetivo como la premisa necesaria al examen de la voluntad y de su contenido.

15. EL "HECHO" COMO ELEMENTO DE LA FIGURA INTEGRAL DEL DELITO Y COMO PUNTO DE PARTIDA PARA EL ANÁLISIS DEL MISMO. Precisado que no pueden existir objeciones válidas para la configuración de una categoría del "hecho" entendida como el conjunto de todos los elementos objetivos de la figura legal del delito, la función de esta categoría debe remitirse a las consideraciones precedentes. Si, como lo hemos advertido repetidamente, objeto del análisis es la figura abstracta del delito, esto es, la figura del delito y no el suceso concreto, el hecho no puede ser más que una parte de aquella figura, uno de los elementos del esquema abstracto; y solo como tal es que se lo debe enfocar en el análisis. Esto por tanto lleva a excluir, en nuestra opinión, que el examen de esta categoría deba considerarse como el centro, como el núcleo de la investigación, puesto que a lo sumo representa el momento inicial, el punto de partida. Pero deben evitarse, además, todas las referencias que, por su naturaleza, no pueden referirse a la valoración abstracta. Sucede, por ejemplo, como lo hemos revelado ya, que muy frecuentemente es tratada casi como un capítulo fundamental del análisis del delito la correspondencia al hecho típico, al *Tatbestand* en sentido estricto (*die Tatbestandmässigkeit*), argumento que, en cambio, no pertenece al momento teórico sino al momento aplicativo. Análoga desviación se cumple, en nuestro sentir, cuando, además de discurrir en función teórica sobre la correspondencia al tipo, se considera esta correspondencia como indicio de la antijuridicidad⁷². No se quiere decir con esto que la idea del indicio sea del todo errónea. Si el juicio sobre un hecho concreto conduce a establecer, inicialmente, que él corresponde al "hecho" de una determinada figura de delito (por ejemplo al hecho del homicidio: causar la muerte a un hombre), no se puede decir que sea infundada la afirmación según la cual aquella correspondencia señalaría un indicio de la antijuridicidad; indicio que podrá luego venir a menos si en el análisis habrá de concluirse en forma negativa, es decir, con el excluir que en aquel hecho exista la antijuridicidad. Lo que no rige es que esta idea del indicio se convierta en tema teórico, que la coloque en una sede que no le corresponde, es decir, en la sede del análisis de la figura abstracta del delito. La cual es una entidad que ya existe, en su integridad, como un dato del ordenamiento y se deben, por lo tanto, buscar los caracteres, no los indicios de su ser.

Y se podría seguir considerando otros puntos de esta mezcla de lo abstracto y de lo concreto. Pero para los límites de nuestro estudio pueden estimarse como suficientes las observaciones que preceden.

III

16. LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO. SIGNIFICADO CONVENCIONAL DE ESTA CATEGORÍA. En un examen de los elementos del delito parecería natural que al hecho, entendido como el conjunto de los

⁷² Constituye algunas veces el título de un párrafo entero. Véase por ejemplo a WELZEL, *op. cit.*, pág. 73. *Die Tatbestandsmässigkeit als Indiz der Rechtswidrigkeit*.

⁶⁹ CARRARA, *op. cit.*, § 95.

⁷⁰ WELZEL, *op. cit.*, pág. 32.

⁷¹ CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, II, Pisa, 1831, pág. 36.

coeficientes objetivos, debiera seguir inmediatamente la culpabilidad, como conjunto de los elementos subjetivos y este es ciertamente el orden lógico. Sin embargo, para los fines de la presente exposición, quizás no resulte inoportuno cambiar por una vez semejante orden, por el carácter más general que pueden tener las breves consideraciones que queremos dedicar a la antijuridicidad.

Un punto importante que se debe aclarar hace referencia a la más conocida y vieja objeción que ha sido propuesta contra la antijuridicidad entendida como elemento del delito, vale decir, que la antijuridicidad no podría considerarse como elemento del delito, esto es, como un *quid* que concurre a integrarlo, porque ella misma constituye la esencia, la intrínseca naturaleza, el *in se* del delito, y en un cierto sentido, *todo* el delito⁷³. En esta objeción es evidente la referencia a la antijuridicidad en su significado propio e integral; a la antijuridicidad que expresa no un elemento sino la síntesis de los elementos necesarios para la existencia del ilícito; no solo un coeficiente sino el conjunto de todos los que son necesarios para la existencia del delito. En cambio el término "antijuridicidad", cuando es utilizado para indicar uno de los elementos del delito, toma el significado convencional y parcial, bien conocido por lo demás en nuestra doctrina, de ausencia de causas de licitud; aquel significado que, aun cuando terminológicamente se refiera al vetusto e inderogable principio según el cual no es suficiente con que el hecho se haya realizado sino que debe haberse cometido *iniuria*. De este modo la objeción pierde fundamento; y si queda bien claro el significado convencional expresado, no existirá contradicción alguna al usar el término "antijuridicidad" para indicar, tanto la antijuridicidad en sentido propio e integral, como también en el de uno de los coeficientes necesarios para la existencia del delito. Y esto con la eficacia de un término de por sí muy significativo y eludiendo las circunlocuciones.

Pero, dado que se trata de ausencia de causas de licitud, ¿se puede, y en qué sentido, dar a un elemento carácter negativo?

De elemento negativo se puede hablar en dos sentidos: o como contentivo de *significado negativo*, es decir, de negar, de excluir, de hacer venir a menos alguna cosa; o como elemento *expresado negativamente*. En la figura abstracta como tercer elemento la antijuridicidad, entendida como ausencia de causas de justificación, es, según nosotros, un medio, una fórmula para expresar aquellos caracteres que debe tener la conducta para no salir de la zona del ilícito, caracteres que por su extrema variedad sería arduo expresar, sintética y positivamente. Se trata, por tanto, de elemento *expresado negativamente*, no ya de elemento que contiene una función negativa: lo cual, en tema de la figura abstracta, no sería siquiera concebible, en cuanto, estando la figura abstracta construida por la norma, y como tal presente en el ordenamiento jurídico, con aquellos caracteres y no con otros, no puede ser excluido ninguno, sin que sea excluida ella misma.

⁷³ ROCCO, *Oggetto del reato*, Turín, 1912, pág. 475. Análoga objeción formula sustancialmente CARNELUTTI (*Teoria generale del reato*, 83) cuando excluye que la ilicitud penal pueda considerarse como un requisito que deba presentar el hecho para ser delito, siendo que ella representa la *cuadricidad misma del delito*, resultante del concurso de los otros elementos.

17. ESENCIA UNITARIA DE LA ANTIJURIDICIDAD EN SENTIDO PROPIO. Al denominar "antijuridicidad" la ausencia de causas de licitud, y al declarar la neta distinción entre esta antijuridicidad, puesta convencionalmente como tercer elemento del delito, y la antijuridicidad en sentido propio, se llega a admitir, como ya se ha dicho, el uso del término en dos significados distintos. Lo cual no significa admitir que existan especies diversas de antijuridicidad. La antijuridicidad en sentido propio, en cuanto expresa la contradicción con el imperativo jurídico, y se manifiesta en la síntesis de todos los coeficientes exigidos para la sanción, es una sola. Subsiste tal como en su esencia general, aun en las específicas modalidades a que necesariamente queda sometida a causa de la diversidad de las sanciones: penales, civiles, administrativas, etc. La antijuridicidad penal no es otra cosa que la antijuridicidad en sí misma, cuando el contraste tiene que ver con un precepto sancionado con pena⁷⁴. No creemos en absoluto en una antijuridicidad, como se dice ahora, pluridimensional; en una antijuridicidad que se ubicaría entre el mínimo del desvalor del solo evento (que para nosotros —es superfluo recordarlo— no es antijuridicidad sino una mera contrariedad al interés) hasta la que importaría la relevancia máxima del elemento subjetivo⁷⁵. De otra manera se presenta una multiplicidad de significados que no encuentra cabida en una realidad conceptual, ni al quererla tomar como sistema metodológico, sirve para su clarificación.

De otra parte, también si se limitara al ámbito de la verdadera y propia antijuridicidad, ni siquiera tal multiplicación encontraría fundamento en la pluralidad de contenidos del ilícito (mera acción, acción con evento, etc.), porque el modo diverso como el ordenamiento regula los presupuestos de la sanción y condiciona, para los fines de esta, la relevancia de los comportamientos, no es suficiente para alterar la esencia unitaria de la antijuridicidad. La cual se orienta netamente hacia el nexo inderogable entre ilícito y sanción, de suerte tal de dejar, en nuestra opinión, irremediadamente en el vacío toda variación del concepto que quiera prescindir de aquel nexo. Es tema sobre el cual hemos insistido repetidamente y que por tanto no es el caso de volver a tratar⁷⁶. Sin embargo, debe recordarse sobre este punto la orientación de KELSEN, quien, aun partiendo de premisas por ciertos aspectos distintas, llega a la misma conclusión, es decir, que no existe posibilidad de dar al ilícito una definición

⁷⁴ Es apenas el caso de observar, pues, que esta unidad del concepto no está propiamente comprometido con la enunciación de categorías como la antijuridicidad *formal* y la antijuridicidad *material* o *sustancial* (sobre este argumento véase en forma amplia nuestra *Antijuridicidad*, 87 y ss.). La expresión antijuridicidad *formal*, en efecto, no indica otra especie de antijuridicidad sino que es solamente una manera de expresar el carácter formal que la antijuridicidad asume en cuanto se origina exclusivamente en la contrariedad a una norma jurídica. La llamada antijuridicidad *material* en cambio, o es un modo de referirse al interés actualmente tutelado por la norma, y entonces no hace otra cosa distinta de expresar el contraste con tal interés, es decir, algo que está ya implícito en la idea de antijuridicidad, o se refiere a intereses sociales económicos morales no tomados en consideración actualmente por el derecho, y en tal caso nos hallamos frente a un concepto meta-jurídico, no ciertamente idóneo para influir en la unidad del concepto de antijuridicidad.

⁷⁵ WELZEL, *Studien*, cit., pág. 507.

⁷⁶ PETROCELLI, *L'antijuridicità*, págs. 19 y ss.

jurídica sino en función de la sanción⁷⁷. El, sin más, intitula un capítulo *el ilícito como condición de la sanción*: proposición, que en estricto rigor, debería considerarse como imprecisa, en cuanto da lugar a presumir una autónoma existencia del ilícito por fuera de la sanción, pero que resulta correcta poco después al afirmar la existencia del ilícito cuando un *comportamiento* es puesto como condición de la sanción. Sea como fuere, la relación entre ilícito y sanción no podrá ser reafirmada en forma más clara y rigurosa; y desde el punto de vista general, como es fácil advertirlo se vincula con la relación entre hecho jurídico y consecuencia jurídica. Un criterio distinto, idóneo para captar de otra manera la esencia jurídica del ilícito se buscaría, en nuestra opinión, sin ningún resultado. Hecho jurídico, hecho jurídico ilícito, antijuridicidad y delito, son conceptos relacionados todos con el punto común de la consecuencia jurídica.

18. ANTIJURIDICIDAD Y TIPO LEGAL DE DELITO (FATTISPECIE). Una importancia particular asume tal principio por la correlación que resulta entre los conceptos de antijuridicidad y de figura legal de delito. Los cuales, lejos de considerarse como separados y distintos, en realidad deben tenerse como las dos caras de una misma medalla. Si el concepto de antijuridicidad se funda esencialmente en la reunión de todos los coeficientes requeridos para la sanción, la figura legal, en su concepción integral, constituye precisamente el conjunto, la síntesis, de tales coeficientes. Viene de esta manera a establecerse el principio que podremos denominar de unidad de la figura legal, con base en la cual ella no es concebible ni jurídicamente operante sino como síntesis, es decir, con el concurso integral de todos sus coeficientes. En consecuencia: todos los coeficientes están entre sí en igualdad de condiciones, siendo cada uno *conditio sine qua non* para construir la figura delictiva en abstracto, para realizarla en el caso concreto; y ninguno de ellos puesto por fuera de la síntesis, tiene posibilidad de vida autónoma ni de autónoma calificación jurídica. En otros términos, y llevando el examen a lo concreto (ya que lo abstracto, como hemos revelado, no deja siquiera pensar en la disociación de la síntesis), no subsiste, para nosotros, un comportamiento que pueda ser, en una visión jurídicamente exacta, culpable y no antijurídico, o viceversa. Si con el hecho, en su objetividad, concurre el conjunto de los coeficientes síquicos pero interviene una causa de licitud (cumplimiento del deber, ejercicio del derecho, etc.), el hecho no podrá definirse como culpable, sino, solamente, naturalísticamente, consciente y voluntario; porque la culpabilidad, por su contenido de calificación, es categoría que no es concebible sino en relación con un ilícito en su completo realizarse. De igual modo, no podrá decirse que un hecho es antijurídico pero no culpable, ya que, en defecto de los coeficientes necesarios a la culpabilidad, no realizándose la síntesis no se podrá, por las mismas razones, ni siquiera hablar de antijuridicidad.

En nuestra opinión, uno de los más graves errores y desde luego más tenaces, de una parte de la doctrina penalística es el que se anida en la tendencia

a concebir la antijuridicidad y la culpabilidad como dos categorías separables entre sí y que pueden perfeccionarse la una independientemente de la otra; de donde el hablar de hecho (ya) antijurídico o como presupuesto de la culpabilidad, y de culpabilidad, de dolo, etc., frente a un hecho (en sentido amplio) para el cual, habiendo excluido el ordenamiento su sanción, no podrá jamás verificarse la antijuridicidad. Idéntico error se advierte en las otras afirmaciones análogas, según las cuales la antijuridicidad se refería al hecho mientras que la culpabilidad vendría referida al autor, y así debería distinguirse un desvalor de acción y otro de la culpabilidad, y así sucesivamente. Todas estas son proposiciones que, impulsadas por el deseo de sostener particulares opiniones dogmáticas, escapan a la esencia del fenómeno del ilícito, esencia que está en la síntesis de lo objetivo y de lo subjetivo, del hecho y del autor, y que se expresa al surgir la antijuridicidad con el concurso de todos los elementos de la figura legal los cuales, a su vez, pueden entrar en la esfera de la antijuridicidad solo en un conjunto unitario e inescindible y nunca separadamente, de suerte tal que realiza un desvalor único y no desvalores distintos referibles a cada uno individualmente.

19. LA LLAMADA ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA. De las consideraciones que preceden queda, para nosotros, evidentemente excluida la posibilidad de concebir cualquier forma, por así decirlo, parcial de antijuridicidad y de contrariedad a la norma, es decir, tal que permanezca a este lado de la síntesis completa de la verdadera antijuridicidad y sin una propia y directa relación causal con la sanción. Queda por consiguiente por fuera del concepto de antijuridicidad en sentido propio, la llamada antijuridicidad objetiva, o, como también se llama, genérica.

No pretendemos volver sobre este tema respecto del cual tanto se ha discutido y que por nuestra cuenta hemos repetida y difusamente tratado⁷⁸. Pero alguna precisión podrá ser oportuna, poniendo en evidencia sobre todo las complicaciones a que se puede llegar con la tendencia a dilatar los límites del fenómeno de la contrariedad al derecho.

Es necesario, ante todo, disipar la idea de que entre antijuridicidad subjetiva y antijuridicidad objetiva subsista como una antítesis, en el sentido de que la primera excluya de sí todo coeficiente objetivo. La antijuridicidad tiene carácter subjetivo no porque se funde sobre elementos exclusivamente subjetivos, sino porque para producirla es esencial el elemento subjetivo de la desobediencia culpable a la norma, sin que por ello se excluya (y no sería posible) que se exijan también elementos de carácter objetivo⁷⁹. Con esto, aquella que se llama, y no del todo exactamente, antijuridicidad subjetiva, se identifica con la antijuridicidad en su sentido propio e integral. Es necesario tener presente,

⁷⁸ PETROCELLI, *La pericolosità criminale*, págs. 68 y ss.; *L'antigiuridicità*, págs. 33 y ss. Para una crítica al concepto de antijuridicidad objetiva, véase de último en nuestra doctrina, a DELL'ANDRO, voz *Antigiuridicità*, en *Enciclopedia del Diritto*, I, pág. 545, y a PAGLIARO, *op. cit.*, págs. 122 y ss.

⁷⁹ Sobre esto véase inclusive también nuestra *Antigiuridicità*, *cit.*, págs. 84 y ss.

de otra parte, que como nosotros reconocemos también la necesidad del elemento objetivo, de ese modo ninguno de los sostenedores de la categoría de la antijuridicidad objetiva excluye la antijuridicidad que contiene como esencial también el elemento subjetivo. Cuando, por ejemplo, DELITALA observa que para que se dé el agravio jurídicopenal es necesario que concurren varios elementos, como la acción, la culpa, el daño y así sucesivamente, no hace cosa distinta que referirse a aquella antijuridicidad integral, que para nosotros es la verdadera y única antijuridicidad⁸⁰. Y de igual forma WELZEL, quien también, aun cuando a su modo, sostiene un concepto de antijuridicidad objetiva, cuando construye el concepto de *Tatbestand* en sentido amplio, comprensivo de la totalidad de los presupuestos de la punibilidad⁸¹, no hace otra cosa que admitir en sustancia la necesidad de la presencia de elementos objetivos y subjetivos; que al contrario, inmediatamente, él introduce enérgicamente en el concepto de ilícito el elemento *personal* (*personale Unrechtsbegriff*), con base en el cual no solamente el ilícito no se agota la causación del resultado y tiene necesidad de ser referido a la acción, sino que se exige, sin más, que sea reportado a la acción de un determinado autor⁸².

De modo que la diferencia entre subjetivistas y objetivistas, en nuestra opinión, no consiste ya en establecer una antítesis entre antijuridicidad subjetiva y antijuridicidad objetiva sino en el hecho de que unos conciben la antijuridicidad solo en su significado integral único, pero siempre con la presencia esencial del elemento subjetivo y en inmediata relación con la sanción; y los otros, en cambio, admiten una pluralidad de formas de la antijuridicidad, y por lo tanto, al lado de la antijuridicidad subjetiva, que para nosotros es la antijuridicidad propiamente dicha, ponen también la llamada antijuridicidad objetiva. Se debe ante todo a este respecto, recordar que, retomando una vieja consideración de BINDING (tomada como propia, entre otros, por NAGLER), se ha dicho que, siendo distintas las formas de antijuridicidad, no hay razón para que se discuta acerca de su naturaleza objetiva o subjetiva⁸³; lo cual, constituye, a nuestro juicio, una extraña tentativa de terminar unilateralmente la discusión, puesto que, en esencia, la cuestión está precisamente en lo siguiente: si se deba admitir este pluralismo, privado de verdadero principio inspirador, o no esté en cambio más fundada la concepción de la antijuridicidad y del ilícito que la pone en su esencia unitaria de contradicción culpable con la norma; lo cual excluye —entre otros— el absurdo de una calificación de antijuridicidad referida hasta el *damnum sine iniuria facientis datum*; y que considera a la luz de una sistematización distinta las otras categorías que con el ilícito (aun no solo en relación con la conciencia social, lo mismo que con el derecho) no tienen nada que hacer.

⁸⁰ DELITALA, *op. cit.*, pág. 20; véase también "Índice" (pág. 223) en donde distingue: valoración objetiva del hecho (antijuridicidad objetiva o genérica) y existencia del delito (antijuridicidad penal).

⁸¹ WELZEL, *op. cit.*, págs. 52 y 53.

⁸² WELZEL, *op. cit.*, pág. 56.

⁸³ WELZEL, *op. cit.*, pág. 508.

Con respecto al concepto de antijuridicidad objetiva se debe tener presente también que tal concepto está lejos de estar fundado por sus sostenedores sobre una base uniforme. Se podría hacer un prolijo análisis de esta variedad de actitudes; pero, si bien quizás interesante, no nos parece particularmente necesario. Nos limitamos a relevar cómo diversamente, en relación con la doctrina precedente, son entendidos hoy por la corriente finalística tanto el objeto de la calificación de antijuridicidad objetiva como el mismo fundamento de la objetividad. Se hablaba antes de la acción *objetivamente antijurídica* en cuanto la cualificación tenía por objeto la entidad objetiva de ella, como hecho lesivo de un interés jurídicamente protegido, sin referencia al elemento subjetivo⁸⁴. Hoy las cosas están, en cambio, de modo diverso, y se responde por los finalistas que todo esto es un error. Por la vía de la diversidad del concepto de "objetivo" —se afirma— ha surgido el equívoco de que la antijuridicidad solo se puede referir a la parte objetiva (del mundo exterior) de la acción; pero en realidad su objeto es la acción en cuanto unidad de elementos objetivos y subjetivos⁸⁵. No obstante esto, la antijuridicidad continuaría siendo un juicio *objetivo* de valor, en cuanto universalmente válido y emitido a la medida de un criterio general, aquel del ordenamiento jurídico de la comunidad⁸⁶.

Si luego por un momento echamos una ojeada al modo como es vista la antijuridicidad objetiva, digamos así, desde fuera, es decir de aquellos que, aun acogiendo de cualquier modo el concepto, no se han convertido todavía en sostenedores, no logramos extraer mayores motivos de claridad. GRISPIGNI, por ejemplo, considera que a la expresión "antijuridicidad objetiva" se le puede dar el significado de *aspecto objetivo* de la antijuridicidad, el cual sería *una parte* de la antijuridicidad, que deberá completarse con la antijuridicidad en su *aspecto subjetivo*; y se llega por esta vía hasta concebir una *antijuridicidad objetiva penal*⁸⁷. MAGGIORE, para explicar —si mal no hemos entendido— el carácter objetivo de la antijuridicidad, observa que "si la esencia del agravio consiste en una relación de contrariedad entre la acción del reo y el derecho objetivo, con una norma que ordena o prohíbe, de la objetividad de ella no puede dudarse"⁸⁸. Y el lector, si cree, podrá proseguir la investigación.

20. INADMISIBILIDAD DEL CONCEPTO DE UNA NORMA GENERAL DE PROHIBICIÓN. Asaz vago e incierto es pues el terreno sobre el cual se ve precisada a moverse cualquiera orientación que tienda, digámoslo así, a pluralizar el concepto de antijuridicidad. Como esperamos haberlo demostrado, este concepto como el de la figura legal están, para nosotros, fundados sobre un principio que no admite pluralismos, a excepción del que se deriva de la variedad de las sanciones, la cual, en la unitaria esencia de la antijuridicidad, implica una especificación, no una diferenciación. La antijuridicidad es una sola, y es

⁸⁴ Véase por todos a DELITALA, *op. cit.*, págs. 20, 21, 25, 26, etc.

⁸⁵ WELZEL, *Strafrecht*, pág. 48.

⁸⁶ WELZEL, *Il nuovo volto*, pág. 57.

⁸⁷ GRISPIGNI, *op. cit.*, págs. 13, 14, 16.

⁸⁸ MAGGIORE, *Diritto penale*, I, 1949, pág. 289.

la oposición que se presenta con la síntesis realizada con todos los presupuestos de la sanción; la figura legal es una sola, y es la figura integral la que recoge en sí la totalidad de aquellos presupuestos. Dos conceptos paralelos, dos caras — como ya hemos dicho — de la misma medalla. Para nosotros no son concebibles otras formas de contradicción al derecho a no ser aquella en relación con la cual está inmediatamente vinculada la acción; no existe figura delictiva legal que no sea la síntesis completa de los coeficientes requeridos para este fin. Por tanto, dentro de la unitaria e integral figura delictiva legal, no existen, por así decirlo, secciones que obren jurídicamente como autónomas sino solamente particiones convencionales, de valor exclusivamente metodológico, dirigidas a la más clara posible visión de la unidad. Cuando se sale de este criterio unitario, que encuentra su más seguro fundamento en la relación inmediata con la sanción, se crea en la dogmática penalística un confuso y dañoso pluralismo de conceptos. Tal cosa se debe en gran parte a la doctrina de un jurista por tantos aspectos eminente, KARL BINDING, quien, probablemente bajo la persistente influencia del jusnaturalismo, concibió, como es sabido, un concepto de imperativo puro (*tu debes, tu no debes*) contenido en una norma primaria y autónoma (*Norm*), distinta de la ley penal (*Strafgesetz*), la cual constituiría como una derivación de la primera, y comportaría la autorización para sancionar. Se tenía, de este modo, según esta doctrina, una prohibición que aún no era penal, que constituía más bien presupuesto de la prohibición penal y a él preexistente, con una consiguiente multiplicación de categorías (*Normwidrigkeit, Rechtswidrigkeit, Gesetz widrigkeit, etc.*), que en cambio el concepto unitario de antijuridicidad, entendido como momento de síntesis de todos los presupuestos de la sanción, logra eliminar con viva adhesión a la conciencia jurídica y con gran ventaja para la claridad.

Este pluralismo está lejos de ser superado por la doctrina finalista. Según WELZEL, existe una norma (*Verbotssnom*) que prohíbe los comportamientos previstos en el *Tatbestand* (en sentido estricto). Si una conducta humana — se dice — realiza la conducta descrita en el *Tatbestand*, se presenta la contrariedad con la norma (*Normwidrigkeit*). Esta contrariedad, sin embargo, no significa siempre antijuridicidad; y mientras toda realización del *Tatbestand* de una norma de prohibición es contraria a la norma (*Normwidrig*) no siempre esta realización es también antijurídica (*rechtswidrig*). Y esto porque el ordenamiento no estaría compuesto solo de normas, sino también de proposiciones de permiso (*Erlaubnisätze*) o concesiones (*Gewärungen*), los cuales permiten, en determinados casos, la conducta conforme al *Tatbestand*: como por ejemplo, la realización del *Tatbestand* “muerte de un hombre” en el caso de legítima defensa o de la muerte en guerra. Su intervención impide que la norma general abstracta se convierta para el autor en una concreta obligación jurídica⁸⁹. En otros términos, en virtud de la intervención de la especial norma permisiva, la muerte en guerra no sería antijurídica (*rechtswidrig*), pero sería contraria a la norma (*normwidrig*) por el simple hecho de ser una acción genéricamente correspondiente a la prohibición (no matar).

Nos parece que por sí misma se denuncia la insostenibilidad lógica de una concepción de la norma que, aun siendo norma de prohibición (*verbotsnorm*), ella comprende también acciones que el ordenamiento jurídico no solo permite sino que ordena, como es precisamente la muerte en guerra. Si la muerte de un hombre en guerra no es antijurídica por la intervención de una norma que lo permite (en este caso, desde luego, una norma que lo ordena), para nosotros no tiene sentido colocar esta acción en el ámbito, así sea genérico, de una norma de prohibición. No existe para esta hipótesis ninguna prohibición de matar, ni específica ni genérica: existe, antes bien, el contrario de la prohibición, es decir, una orden de matar, como sin duda se demuestra valorando jurídicamente la conducta de un objetor de conciencia que, en plena batalla, deponga las armas precisamente para no matar. No pueden estar juntas, frente al mismo objeto y menos si pertenecen al mismo ordenamiento (moral, jurídico, social), una norma de prohibición y una norma permisiva. Y si no existe norma de prohibición, no puede darse la contrariedad con esta norma de prohibición: la muerte en guerra, en otros términos (admitiendo por un momento las dos categorías), si no es *rechtswidrig* no es tampoco *normwidrig*. Por la vía de sostener lo contrario, es decir, que en estos casos existe una *Normwidrigkeit* aun cuando no puede realizarse la *Rechtswidrigkeit*, se llega a esta consecuencia, declarada abiertamente: esto es, que la norma permisiva, al impedir que la norma abstracta se convierta en obligación concreta, da lugar a la realización de un *Tatbestand* de prohibición conforme al derecho (*rechtmässig*)⁹⁰; es decir, a la realización de una cosa que es conjuntamente, *prohibida y conforme al derecho*: complicada y absurda proposición, la cual precisamente no suscribiríamos. De otra parte, ¿qué cosa puede significar este impedir que la norma abstracta se convierta en obligación jurídica concreta? No está bien claro de cual concreción se trate. Pero de todos modos, no es concebible una obligación jurídica concreta que no esté, en cuanto obligación jurídica, prevista también, en abstracto, por la norma; y por el contrario, si en concreto la obligación jurídica no existe, no puede existir tampoco en abstracto. Aparece, por consiguiente, inaceptable el criterio según el cual la disposición permisiva, por ejemplo la de la legítima defensa, no remueve la materia de la prohibición, sino solamente el carácter antijurídico de la materia de prohibición⁹¹. Al contrario, prohibición y antijuridicidad no pueden concebirse sino como términos inseparables; y donde no existe antijuridicidad no puede haber prohibición (jurídica). Por consecuencia, en relación con las acciones legitimadas por la llamada proposición de permiso (dado por un momento que esta figura sea de admitirse), no existe alguna prohibición, ni en concreto ni en abstracto. La orden de no matar para el soldado en guerra no existe ni siquiera en abstracto, y la acción de matar al soldado enemigo es legítima *in radice*; y por tanto, en la norma que contiene la prohibición de matar esta acción no puede ser incluida, en ningún momento. Lo cual naturalmente es válido para todas las hipótesis análogas, de ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, legítima defensa, etc., las cuales deben considerarse referibles o comportamientos no ya casi

⁸⁹ WELZEL, op. cit., pág. 47.

⁹⁰ WELZEL, op. e loc. cit.

⁹¹ WELZEL, op. cit., pág. 73.

que por una influencia *a posteriori*, permitidas, consentidas, justificadas, sino, en su esencia jurídica, originalmente legítimas. Y si en la práctica judicial, al confrontar una concreta conducta humana con una figura delictiva abstracta, se presentan en el curso del análisis incluidos en el "hecho" también comportamientos que luego, por la intervención de una causa de licitud, resultan no antijurídicos, debe quedar bien claro que esta momentánea inclusión es una mera operación práctica, la cual no importa ninguna calificación jurídica; y en todo caso es una operación que, excluida la antijuridicidad, deja detrás de sí el residuo, si acaso, de comportamientos indiferentes o lícitos, o específicamente ilícitos para otra rama del derecho, no ya de comportamientos vaga y genéricamente prohibidos⁹².

21. LA ANTIJURIDICIDAD OBJETIVA ENTENDIDA COMO CONTRASTE CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO "COMO UN TODO". Todavía menos los conceptos de contrariedad a la norma y de antijuridicidad objetiva adquieren claridad en cuanto lo relacionado con el objeto del contraste. La *Normwidrigkeit* es un concepto más amplio de la *Rechtswidrigkeit* (no todo aquello que es *normwidrig*, se dice en efecto, es también *rechtswidrig*). Sin embargo, la *Normwidrigkeit* constituiría contraste con una norma individual, mientras que la *Rechtswidrigkeit*, aun cuando es una especificación de la primera, acarrearía el choque (*Vertoss*) contra el ordenamiento jurídico como un todo (*gegen die Rechtsordnung als Ganzes*). Sin detenernos en esto que nos parece una contradicción, nos preguntamos qué fundamento puede tener la idea de un contraste con el ordenamiento como un todo.

Bien se puede admitir que toda violación de una norma individual lesiona, genéricamente, todo el ordenamiento; y esto porque toda norma, cualquiera que sea, es emanación y parte del ordenamiento. Y si la idea se mantuviere dentro de estos límites no habría razón para contrariarla. Pero, en realidad, las cosas son de otro modo. No solo se afirma, en efecto, que el contraste se efectúa

⁹² Es probable que del evidente malestar de referir las llamadas normas permisivas, y la consiguiente intervención de una especial acción justificadora, a comportamientos sobre cuya legitimidad nadie duda, haya surgido la idea de la llamada adecuación social (*social adäquanz*). Esta categoría comprendería aquellas acciones cuya legitimidad deriva no de la intervención de especiales normas permisivas, sino del hecho de que ellas se mueven dentro del cuadro de un determinado ordenamiento éticosocial de formación histórica, del ser adecuadas a este ordenamiento y por tanto por él consentidas (*sozialadäquate Handlungen*). La adecuación social sería la causa de justificación que se habría radicado por la costumbre en el ordenamiento éticosocial de la comunidad. La antijuridicidad sería por tanto discutida solamente después que se ha superado la adecuación social (WELZEL, *op. cit.*, 76; *Studien*, cit., 516 y ss.); en otros términos, solamente después que se haya podido excluir que se trata de acción socialmente adecuada. Entre los ejemplos de acciones socialmente adecuadas que se indican, característica es aquella de la delimitación de la libertad personal que se hace padecer al viajero en los convoyes ferroviarios, tranvías, autobuses, etc., en cuanto paran solamente en determinadas estaciones. El secuestro de persona —se dice— no puede por lo general justificarse sino con especiales normas permisivas; pero en los casos puestas como ejemplo la cuestión de la norma permisiva no surgiría, en cuanto se trataría precisamente de acciones socialmente adecuadas, que se desarrollan dentro del cuadro del ordenamiento éticosocial de formación histórica. Del viajero en tren o en tranvía ¿se habría podido, aun como mero ejemplo de escuela, buscar una causa de justificación así sea general o especial, frente nada menos que al delito de secuestro de persona?

con el ordenamiento jurídico como un todo, sino que se niega, además, enérgicamente, que pueda referirse a una norma en particular (*zur Rechtsordnung als Ganzes, nicht bloss gegen eine einzelne Norm*)⁹³. De esta manera la vaguedad de este pretendido contraste, la falta de un sólido *ubi consistam* sobre el cual establecerlo y, conjuntamente, el carácter meramente abstracto y privado de efectos de esta genérica antijuridicidad, aparecen más evidentes.

Probablemente de esta vaga idea de un contraste con el ordenamiento, deriva también el especial modo de concebir un carácter unitario de la antijuridicidad. También nosotros sostenemos, como se ha visto, el carácter unitario de la antijuridicidad, pero fundándolo sobre el solo índice que, a nuestro juicio, puede ser jurídicamente válido, esto es, el momento de síntesis de todos los presupuestos para la sanción. Y hemos advertido, además, que este carácter unitario permanece también en presencia de la ineliminable diversidad de las sanciones previstas por el ordenamiento (penal, civil, etc.) ya que esta variedad crea especificaciones, no diferenciaciones que estén en contraste con aquella unidad. Estas especificaciones, de otra parte, no son tales que deriven en entidades meramente clasificatorias sino que resultan, en cambio, formas particulares de ilícito. De modo que, si con el fin de establecer el carácter antijurídico de un hecho, es necesario el reclamo a la coordinación de normas de cada parte del ordenamiento (por el principio de la unidad del ordenamiento), la calificación de antijuridicidad (penal, civil, etc.), no puede entenderse más allá del límite dentro del cual específicamente obra la correspondiente sanción. Y por consiguiente, bajo este aspecto existen hechos que son antijurídicos para el derecho penal, pero que no lo son para el derecho civil, administrativo, etc., y viceversa.

Notablemente diferente, en cambio, parece el concepto unitario de la antijuridicidad según WELZEL. Si hemos entendido bien el pensamiento de este escritor, el principio por el cual existe una sola unitaria antijuridicidad (*eine einheitliche Rechtswidrigkeit*), conduciría a la consecuencia de que aquello que es antijurídico en un campo del derecho, lo sería también en los otros. La arbitrariedad turbación de la posesión, por ejemplo, no es materia de prohibición para el derecho penal sino solamente para el derecho civil (§ 858 BGB); y sin embargo, se considera que este hecho es también penalmente antijurídico (*auch strafrechtliche rechtswidrig ist*)⁹⁴.

Es evidente que de este modo la calificación de antijuridicidad viene a perder aún más claridad de contenido y de límites. Esto debe haberle parecido probablemente también a quien enunciaba aquella proposición, si en otro lugar parece haberse visto precisado a atenuar el alcance, al decir, en orden a la turbación de la posesión y al perjuicio no doloso, no ya que sean antijurídicos inclusive penalmente sino que lo son en el derecho penal (*sind auch im Strafrecht*), por ejemplo, por la legítima defensa⁹⁵.

⁹³ WELZEL, *Strafrecht*, pág. 47.

⁹⁴ WELZEL, *op. cit.*, pág. 49.

⁹⁵ WELZEL, *op. y loc. cit.*

Ahora, no hay duda de que el carácter civilmente ilícito de la arbitraria turbación de la posesión y del perjuicio no doloso ejerce su influencia también en el derecho penal, por ejemplo con el fin de legitimar una reacción defensiva; pero nos parece del mismo modo evidente, que la influencia que la antijuridicidad civil de un hecho ejerce también en el campo del derecho penal no es tal de convertir en válida la afirmación de que aquel hecho es antijurídico también penalmente, y viceversa. Una cosa es la necesaria correlación y coordinación recíproca de las normas de cada parte del ordenamiento (unidad del ordenamiento jurídico) y otra cosa es la calificación de la antijuridicidad; la cual debe tenerse netamente distinta de la primera, si se quiere evitar que surjan confusiones con respecto a los límites y a la eficiencia de las reacciones jurídicas.

Se busca explicar esta relación del carácter antijurídico a cada rama del derecho, con la distinción entre antijuridicidad e ilícito. La antijuridicidad —se dice— es una pura relación; el ilícito es algo sustancial, esto es, el mismo comportamiento antijurídico: el despojo arbitrario de la posesión, el hurto, el homicidio, etc. La antijuridicidad es una cualidad de estos modos del comportamiento, y precisamente el contraste (*Missverhaltnis*) en que estos se encuentran con el ordenamiento. La antijuridicidad es un predicado, el ilícito un sustantivo. En consecuencia, existiría un específico ilícito penal, o civil o administrativo, pero una sola unitaria antijuridicidad⁹⁶.

Estos conceptos son exactos pero solamente en parte. Ciertamente debe admitirse la distinción entre el concepto de antijuridicidad y el concepto de ilícito jurídico; y tal distinción, por nuestra cuenta, la hemos afirmado netamente, no de ahora⁹⁷.

Del mismo modo, y se comprende perfectamente en nuestro orden de ideas, debe admitirse que existe un específico ilícito penal, o un específico ilícito civil, y así sucesivamente. Aquello que no rige y que, admitida la existencia de específicas formas del ilícito, no puede admitirse al mismo tiempo para cada una, sino que, por el contrario, deba excluirse la correspondiente específica antijuridicidad; que deba por tanto negarse aquella lógica correlación por la cual al sustantivo corresponda su abstracta y conforme cualificación. En realidad estas diversas formas, ya que el ordenamiento no está compuesto de comportamientos autónomos y la especificación no implica separación, ejercen indudablemente influencia para varios efectos jurídicos la una sobre la otra; pero esto no puede significar que un hecho que sea antijurídico para una rama del derecho deba serlo también para todas las otras.

IV

22. LA CULPABILIDAD COMO ELEMENTO SÍQUICO DEL TIPO LEGAL DE DELITO. Nuestro modo de considerar la posición de la culpabilidad entre los

⁹⁶ WELZEL, *op. y loc. cit.*

⁹⁷ PETROCELLI, *L'antigiuridicità*, pág. 96, conforme a la primera edición de 1945.

elementos del delito y en la estructura de su figura legal debe ya resultar de toda la exposición precedente; y es del todo diversa de la que deriva de la llamada concepción normativa de la culpabilidad⁹⁸. Es esta la que ha sido sustancialmente reforzada por la orientación finalística, con la tendencia, quizás, hacia más audaces desarrollos. La culpabilidad no sería propiamente una figura delictiva síquica sino un *juicio de valor* sobre una figura delictiva síquica. La relación sicológica entre el agente y el hecho debe referirse no a la culpabilidad sino a la acción, de suerte que la categoría de culpabilidad, exenta de todo contenido sicológico, encontraría su fundamento solamente en el elemento normativo de la reprochabilidad⁹⁹.

El argumento de la reprochabilidad o reprobabilidad es por el contrario nuevo. Nos parece sin embargo necesario insistir en esta oportunidad en la inconsistencia de este concepto, y sobre todo en la imposibilidad de llevarlo al plano de una clara relevancia jurídica.

En el campo del ilícito, *reprobar, reprochar*, no es función ni del legislador ni del juez¹⁰⁰. La ley no determina los factores por los cuales una conducta llega a ser censurable, porque con ello no habría aún dicho nada jurídicamente eficiente. Su función esencial es, en cambio, la de establecer los coeficientes con base en los cuales la conducta produce determinadas consecuencias jurídicas. Del mismo modo, en el caso concreto, el juez no está llamado a establecer la reprochabilidad de un determinado comportamiento, sino solamente a determinar si en él se presentan, según la previsión de la ley, los coeficientes que lo hacen apto para producir aquellas consecuencias. Y la cuestión no cambiaría de aspecto para el caso de que el término *reprochable* o *censurable* se quisiera utilizar solamente, en síntesis, como denominación de los coeficientes síquicos de la figura legal de delito; ya que, también bajo este aspecto, aquello que importa jurídicamente no es esta denominación, sino la previsión por un lado, la realización por el otro, de aquellos coeficientes, con los caracteres que los hacen idóneos para producir (en concurso con los otros elementos de la figura delictiva) la consecuencia jurídica. A cualquier valoración, por fuera de esta, le faltaría todo fundamento jurídico.

En cuanto al llamado *juicio* de culpabilidad, es conveniente también, nuevamente, remontarse a la diferencia entre el análisis del delito como figura abstracta y el análisis del delito como operación práctica del juez. El análisis de la figura abstracta no es otra cosa que el examen de la norma penal y de los coeficientes por ella requeridos para el delito en general y para cada una de las figuras típicas. Este examen, como ya lo expresamos (n. 8), no es jamás, en sentido propio, tanto para la culpabilidad como para los otros elementos de la figura legal un *juicio*, sino solamente *interpretación*, vale decir, comproba-

⁹⁸ Sobre el argumento véase a PETROCELLI, *La colpevolezza*, págs. 88 y ss.

⁹⁹ WELZEL, "La posizione dommatica", cit., pág. 19; *Il nuovo volto*, cit., págs. 49 y ss.; *Strafrecht*, págs. 120 y ss.

¹⁰⁰ Prescindiendo —se entiende— de los poquísimos casos en los que la misma *reprobación* ha sido establecida por la ley como sanción.

ción, reconocimiento de lo que la norma ha establecido: una función, en un cierto sentido, no activa sino *receptiva*. Un juicio en sentido propio se presenta en la operación práctica del juez que, previa siempre (para él, lo mismo que para el juicio teórico) la interpretación de la figura abstracta, y cumplida una comparación entre los elementos típicos de esta figura y los caracteres del hecho concreto, reconoce la recíproca correspondencia y decide (activamente), es decir, juzga que aquel hecho concreto realiza la figura legal descrita en la norma, determinando sus efectos jurídicos. Lo cual, por otra parte, se cumple en relación con todos los elementos del mismo modo, tanto para los objetivos como para los subjetivos. No existe, por consiguiente, en relación con estos últimos, un juicio de reprochabilidad que se agregue, que se sobreponga a la verificación de la existencia de los coeficientes síquicos; sino, si por acaso, es esta comprobación la que por sí misma determina la reprochabilidad de la conducta, entendiendo el término en la sola acepción que puede ser jurídicamente válida, esto es, de atribubilidad del hecho al agente desde el punto de vista síquico¹⁰¹. Y es precisamente en la validez inmediata de los coeficientes síquicos en lo que consiste precisamente, en materia de culpabilidad, la función garantizadora de la figura típica del delito, la cual, de todos modos si se le insertera cualquier otra valoración posterior, correría el peligro de verse frustrada. En relación con el caso concreto, se tendrá un juicio autónomo, a lo sumo en un momento sucesivo, en relación no con la existencia sino con la *medida* de la culpabilidad, y por tanto, siempre en el ámbito de la ley, en el ejercicio de los poderes discrecionales por esta atribuida al juez para la medida de la pena.

Para nosotros es evidente, en conclusión, la imposibilidad de realizar la separación entre figura delictiva y culpabilidad, por cuanto la culpabilidad no es otra cosa que el resultado de la determinación (en el plano teórico), de la verificación (en el plano práctico) de la figura.

Se afirma por parte de los finalistas que un estado síquico no es culpabilidad. Tomada aisladamente la frase es, por así decirlo, desnuda y cruda pero podría ser también exacta. La verdad es que por nadie se ha querido sostener que la culpabilidad deba consistir en el estado síquico considerado en sí y por sí, es decir, en el *mero* estado síquico. Un tal aislamiento no sería jurídicamente concebible, y el estado síquico es considerable, evidentemente, entre y con los otros coeficientes del delito, incrustado en el conjunto orgánico de la figura delictiva, colocado en aquella viva posición de relación de la cual solamente puede emanar lo que se denomina culpabilidad.

Se responde que con el juicio de culpabilidad se formularía un reproche personal al autor por no haber omitido la acción antijurídica siendo que podía omitirla; de haberse formado una voluntad antijurídica en cambio de una voluntad conforme con la ley, como estaba dentro de sus posibilidades; de haber,

¹⁰¹ Es evidente en este sentido que se habla, también en la doctrina clásica, de reprobación y de reprochabilidad, espontáneamente y sin complicaciones, por lo que CARRARA decía precisamente que, además de la fuerza física era necesaria la fuerza moral, para que un hecho pueda *reprocharse* a su autor (*Programma*, PG, 54).

en fin, con un acto de voluntad, preferido el desvalor al valor¹⁰². Pero esta es una valoración tan general que nos parece que no se refiere sola y específicamente a la culpabilidad. En ella, en efecto, está todo el ilícito, que consiste precisamente en haber querido hacer aquello que no se debía hacer y que se podía no hacer. Y nos parece que no tiene consistencia, a este propósito, la afirmación según la cual, mientras que el juicio de antijuridicidad consistiría en una relación simple, esto es, "tu has obrado contra la norma", en el juicio de culpabilidad la formación de la voluntad estaría puesta en una doble relación con la norma, esto es, "tu *deberías haber obrado* conforme a la norma, ya que lo *hubieras podido*"¹⁰³. Todo hombre de buen sentido, en efecto, no afirma que uno haya obrado contra la norma sin entender que habría *debido* y *podido* obrar conforme a ella; ni siquiera, para fijar una idea tan adherente a la conciencia jurídica y a la conciencia común, habría necesidad de realizar una tan artificiosa disociación entre el contenido síquico y el contenido de valor de la culpabilidad, que están inescindible y unitariamente establecidos. Afirmar la existencia de la culpabilidad no significa otra cosa, en efecto, que establecer la presencia de un deber, con base en el conjunto de coeficientes de capacidad previstos por la ley y que hacen posible el obedecerlos, y por consiguiente —ello no obstante— de un acto de voluntad (capaz y normal) contrario al deber.

23. CULPABILIDAD Y ANTIJURIDICIDAD. Respecto de la afirmada separación del llamado juicio de antijuridicidad del de culpabilidad, hemos sostenido ya que no son concebibles una antijuridicidad y una culpabilidad que pueden estar de por sí separadas la una de la otra (n. 19). Es de esta separación de donde deriva también la idea de que la culpabilidad es como un *momento nuevo* que se agrega a la antijuridicidad¹⁰⁴, trasfiriendo de tal modo, en nuestra opinión, a un plano de realidad jurídico aquello que es solamente una secuencia creada convencionalmente por el procedimiento analítico el cual,

¹⁰² WELZEL, *Strafrecht*, págs. 120 y ss.; *Studien*, págs. 504 y ss.

¹⁰³ WELZEL, *La posizione dommatica*, cit., pág. 10.

¹⁰⁴ WELZEL, *Strafrecht*, pág. 120; *Il nuovo volto*, pág. 50.

Absteniéndonos de polemizar y prolongarnos más sobre este argumento (sobre una crítica aguda al concepto de adecuación social, véase a NUVOLONE, *I limitaciti della norma penale*, 72 y ss.), nos limitamos a observar que, aparte de todo, es extremadamente arduo establecer confines seguros entre las dos zonas: la de las acciones genéricamente justificadas por su adecuación social y la de las acciones respecto a las cuales deben operar, en cambio, causas especiales de justificación y esto porque no es precisamente cierto cuál sea la diferencia entre las dos formas de justificación; ni es cierto que exista una verdadera diferencia. El Código italiano vigente, entre las causas de justificación, expresamente incluye también el ejercicio del derecho y el cumplimiento del deber, amplísimas categorías entre las cuales se comprende una infinita cantidad de casos. Sin embargo, ¿qué cosa más socialmente adecuada que el ejercicio de un derecho o el cumplimiento del deber? En verdad es el mismo principio de la justificación que está en crisis frente al principio, según nuestra opinión más exacto, que la exclusión de la antijuridicidad coloca sobre un plano diverso los límites de la norma penal y la coordinación de las normas jurídicas entre sí. El principio de la llamada justificación, que a lo sumo habría podido ser referido a aquellas causas que, como la legítima defensa y el estado de necesidad, encuentran su expresa delimitación en la ley penal, se ha dilatado indefinidamente, y mención, de la cual no había necesidad, del ejercicio del derecho y del cumplimiento del deber. Un fenómeno extraño de artificiosa abstracción, por el cual hoy nos encontramos tratando, como si estuviéramos tratando de causas de exclusión de la antijuridicidad, de acciones que nadie habría pensado jamás hacerlas objeto de valoración en el campo penal. Quien por caso, en efecto, habría pensado que de la obvia limitación de la libertad personal.

momentáneamente, debe separar y distinguir para conocer. Pero el examen separado no quita que en el ilícito los elementos estén fusionados en unidad orgánica, ni, sobre todo, que permitan sucesivas y parciales calificaciones de tales elementos, sino solamente determinaciones de aquellos caracteres que en conjunto dan lugar a la calificación unitaria.

La culpabilidad, como ya lo manifestamos (n. 19), expresa, al igual que el concepto de antijuricidad (en sentido propio), una cualificación, por así decir, final, conclusiva, vale decir, pensable solamente en relación con una entidad completa; por consiguiente, en abstracto, en relación con la figura delictiva en su síntesis unitaria, o, en concreto, respecto a un hecho real que haya realizado plenamente aquella síntesis. En otras palabras, y sin tomar en cuenta los usos impropios del término en la legislación y en la jurisprudencia, la calificación de culpable puede surgir solo cuando los coeficientes, positivos y negativos, del ilícito estén integralmente presentes.

Sería del todo impropio, aun en el lenguaje común, calificar culpable al autor de una acción que realiza todos los coeficientes síquicos pero que no es antijurídica por la intervención de una causa de licitud. No puede decirse que es culpable el que ha matado o herido voluntariamente, pero haciendo uso legítimo de las armas o en estado de legítima defensa. Todo esto significa que la eficiencia jurídica de cada uno de los elementos del ilícito está subordinada a la eficiencia jurídica de todos los otros, y que en tanto subsiste el desvalor jurídico de cada uno en cuanto se haya realizado el desvalor total. Con esto se reafirma que la culpabilidad es, en su conjunto, un concepto de valor, como concepto de valor son sus derivados: dolo y culpa¹⁰⁵.

24. EN TORNO A UNA CONCEPCIÓN INDIVIDUAL DE LA CULPABILIDAD. Si se debe rechazar la doctrina que pretende reducir a un juicio la categoría de la culpabilidad, eliminándole sus componentes síquicos, ello depende no solamente

¹⁰⁵ No existiendo la posibilidad de detenernos sobre este punto, nos limitamos a llamar la atención sobre una seguridad excesiva con la que, en la traducción de textos alemanes a nuestra lengua, se hace corresponder netamente el término *dolo* con el término alemán *Vorsatz*. El cual tiene propiamente el significado de intención, pero en sentido de naturaleza psicológica. Pero ni este originario y propio significado puede eliminarse, por haberse cristalizado en cierto modo en el vocablo, también el significado de nuestro *dolo* a través de la doctrina y el uso en el foro. Fue BINDING el que hubo de deplorar que en la doctrina y en las leyes alemanas se hubiera dejado de mano en mano caer en desuso el viejo y buen término técnico *dolus*, para sustituirlo con la expresión que dispone como "del todo incolora" *Vorsatz*. Con este carácter incoloro que excluye todo significado de valor, BINDING quiere hacer resaltar que *de propósito, Vorsatzlich*, se puede tanto matar como poezar; tanto es así que en la legislación alemana de 1751 en adelante el término *Vorsatz*, si se usó para designar una de las formas de la culpabilidad, se acompañó siempre de la calificación de malo o de antijurídico (BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 1907, 117, *Die normen*, II, 1141, ss.).

Las cosas son diferentes en nuestra lengua. El término *dolo* ha tenido siempre, y lo ha conservado, su significado de valor, esto es, de intención que no debe ser, de intención de ejecutar un hecho jurídicamente prohibido. Y mientras una acción benéfica o indiferente puede, sin duda, calificarse como intencional, no sería exagerado afirmar que sería ridículo calificarla como dolosa. Ahora bien, mientras es posible hablar de un *Vorsatz* culpable o de un *Vorsatz* inculpable, no se puede, en nuestro idioma, hablar de dolo culpable o de dolo inculpable, siendo que por su naturaleza el concepto de dolo está ligado al de ilícito, y debiéndose excluir, por lo tanto, el carácter doloso de una acción todas las veces que, estando excluida de la ley la precisión de la sanción, debía, en consecuencia, excluirse la existencia misma del ilícito.

de la exigencia de simplicidad y claridad que en el procedimiento de análisis busca tener juntos, orgánicamente fundidos, todos los coeficientes subjetivos de la figura abstracta sino también, y principalmente, de la necesidad de tener firme la función de garantía de figura legal del delito, la cual no nos parece esté asegurada por la orientación que encabeza la doctrina normativa de la culpabilidad y por el principio de la llamada no exigibilidad, que le está estrechamente conexo¹⁰⁶.

Como ulterior y, en cierto sentido, desarrollo fatal de estas tendencias avanza, con formulaciones en verdad aún indecisas, el principio de la *personalidad* de la culpabilidad. La culpabilidad no permitiría esquematizaciones y generalizaciones, ya que ella debe referirse al sujeto individual en la concreta realización que ha llegado a encontrarse. Es necesario comprobar —se dice— que *este hombre*, en la concreta situación, ha sido efectivamente capaz de autodeeterminarse según razón; y por tanto no un juicio de *esencia*, sino un juicio *existencial*, no deducible de conceptos generales, sino solucionable solamente por vía empírico-práctica¹⁰⁷.

De donde resultaría, en sustancia una limitación del juicio de culpabilidad a cada caso, y por tanto, sobre la base de criterios no previstos normativamente, sino confiados al discernimiento del juez: conclusión tan grave que más bien deja perplejo a quien ha logrado deducirla de sus premisas¹⁰⁸. Sin embargo, mientras se explica semejante perplejidad, que luego la conclusión no sea del todo infundada puede resultar, entre otras, de la actitud en tal sentido de escritores aun de tendencias opuestas: por ejemplo de quien, aun declarando adherir al principio, lo considera de naturaleza meramente "programática"¹⁰⁹; y de quien, al contrario, destacando que todo ilícito puede decirse cometido en una cierta situación síquica de constreñimiento, deduce que de tal modo se llega al *tout compondre c'est tout pardonner*, y por tanto a la posibilidad de peores arbitrariedades¹¹⁰.

En los mismos finalistas la afirmación del principio no encuentra, en verdad, según nos parece, tonos bastante decisivos; y antes bien parece que en algunos puntos se la quiera reducir al ámbito de una moderada versión del principio de no exigibilidad, limitado y controlado por la ley; y por ello hasta el punto de declarar que, si bien existen situaciones en las cuales un obrar conforme al derecho no se puede exigir siquiera al sujeto imputable y plenamente consciente del carácter antijurídico de la acción, sin embargo el derecho, en interés de la validez de sus normas, debe delimitar en confines estrechos situaciones de esta naturaleza¹¹¹.

¹⁰⁶ Sobre esta correlación estrecha ver las agudas consideraciones de BELLAVISTA, *Il problema de la colpevolezza*, 1942, págs. 72 y ss.

¹⁰⁷ Véase por todos, a WEIZEL, *Il nuovo volto*, págs. 58 y 59 y 66 y 67.

¹⁰⁸ Véase a GALLO, *La teoria dell'azione finalistica*, cit., págs. 72 y 73.

¹⁰⁹ MAURACH, *op. cit.*, pág. 320.

¹¹⁰ H. MAYER, *Strafrecht*, 1953. Sobre el principio de que la culpabilidad sea "relativa al sujeto individual", véase también a SANTAMARÍA, voz "Colpevolezza", en *Enciclopedia del Diritto*, vol. VII, pág. 646.

¹¹¹ WEIZEL, *op. cit.*, págs. 58 y 59.

En otro lugar, en cambio, si bien se trata de enunciados de carácter prevalentemente filosófico, este mesurado criterio no se manifiesta y se enuncian conceptos mucho más radicales. Se afirma, en efecto, el carácter existencial del juicio como relativo a la *realidad individual*; y se agrega que la concreta capacidad de culpabilidad de un hombre se sustrae a la posibilidad del conocimiento teórico, siendo algo que, por principio, excluye de sí toda objetivación: el "no objetivo puro", que no puede ser objetivado sin perder su individualidad¹¹².

De todos modos, este concepto personal, que antes bien y para ser más exactos, *individual* de culpabilidad existe como tendencia. La cual en verdad, frente a la eficiencia lógica de la disciplina jurídica, tal como se ha afirmado tradicionalmente en la historia, no nos parece tal como para despertar excesivas preocupaciones. Sin embargo, es necesario también afirmar que si esta tendencia se transformara en una fuerza, sería indudablemente para el derecho fuerza no centrífuga.

Si la personalidad de la culpabilidad se entendiera en el sentido de que el legislador primero y el juez después (el segundo dentro del ámbito que las limitaciones generales de la ley le permite), deben aproximarse, cada uno por su parte, a la más concreta y adherente humanidad de los hechos, estaríamos en el ámbito de un principio de alta civilización jurídica, el cual podrían aceptar todos. Pero si el criterio de la personalidad fuera impelido forzosamente hacia lo concreto, hasta el extremo de separarse de toda posibilidad de generalización, entonces se vendría a caer en posiciones irreconciliables con los fundamentos de la disciplina jurídica, además que de la disciplina moral. Se lograría el límite de una extrema individualización, tal de conferir validez, en el proceso etiológico de la acción, a los impulsos estrictamente individuales, con la consecuencia de hacer ineficientes los límites señalados por las normas.

La ley determina de un lado los límites de capacidad del individuo, como condición general del sujeto, y del otro las condiciones por las cuales debe considerarse normal la formación de todo acto individual de voluntad. El juez, a su turno, cumplirá la labor de la máxima aproximación posible para una concreta y justa valoración con los poderes que la ley le confiere, sea por medio del sistema de las circunstancias, sea mediante el uso del poder discrecional, en la medida de la pena. Andar, con criterio existencial, más allá de estos límites, significa alcanzar aquellas situaciones, jurídicamente imposibles, lamentadas ya por las formulaciones extremas del principio de la no exigibilidad. A modo de hipótesis, no se puede excluir que un determinado ordenamiento llegue a tal extremo de dejar, en definitiva, al juez fuera de toda garantía de esquemas y de figuras legales, el poder de establecer, con juicio existencial, si, en aquella concreta situación, aquel determinado individuo, *este* hombre, debía o no considerarse culpable. A todo puede llegar el legislador. Pero no hay duda que en donde la descomunal hipótesis se verificara, se tendría, no ya la intervención, sino la abdicación de la ley.

A este propósito no será vano, en fin, observar que erróneamente se habla a veces del ordenamiento jurídico como si estuviera personificado por el legislador y por el juez; empero, si por caso, la labor del legislador y la del juez pueden insertarse en el concepto, mucho más amplio, de disciplina jurídica, la cual bien puede comprender en sí tanto el sistema de las normas como el de su aplicación. Pero en cuanto respecta al ordenamiento, el juez, lejos de ser su personificación, está sometido a él; concepto que la conciencia jurídica debe amparar, para la exactitud y el rigor de la investigación científica y, aún más, para que el orden jurídico no se vea amenazado en su validez.

Tomado de la "Rivista Italiana di diritto e procedura penale", 1963, volumen 2, páginas 337 a 397.

¹¹² WELZEL, *op. cit.*, págs. 58 y 59.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia

EL DELITO POLÍTICO Y LA NO EXTRADICIÓN CUANDO DE ÉL SE TRATARE CASO BAROZZI

Magistrado ponente: Dr. FABIO CALDERÓN BOTERO

En el delito político el objeto jurídico sobre el cual recae o se dirige la acción es el Estado como persona o institución jurídica, como ocurre en los delitos contra la existencia y seguridad del Estado y los delitos contra el régimen constitucional. Pero, además, tiene características especiales de ejecución: la repercusión, la representación, la inspiración y la motivación que lo acompañan. Se pretende un ámbito de mayor difusión, se obra a nombre de un segmento social o político, con el fin de lograr una concreta reivindicación social.

Bogotá, mayo 26 de 1982

VISTOS:

Mediante nota 2502 del 26 de noviembre de 1981 la embajada de Italia, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, solicitó "...la extradición del ciudadano italiano Leandro Barozzi, nacido en Roma el 7 de agosto de 1943 y residente en Cali, quien tiene orden de captura N.18/78A R.G.P.M-1482 ARG1 emitida por el Tribunal de Roma, acusado de constituir y organizar una banda armada...".

Para tal efecto presentó los siguientes documentos:

- 1) Orden de captura emitida por el Tribunal de Roma;
- 2) Relación de los hechos que determinaron la solicitud de extradición suscrita por el presidente del Tribunal Civil y Penal de Roma;
- 3) Declaración del presidente del mis-

mo Tribunal sobre el estado del proceso respectivo y la entidad del imputado; y

- 4) Traducción de los artículos de ley aplicados.

El jefe de la División de Asuntos Jurídicos de ese Ministerio al remitir con oficio 0143 del 5 de enero de 1982 la solicitud mencionada al Ministerio de Justicia, con los documentos que la acompañaron, pone de presente que Colombia no ha suscrito tratado de extradición con la República de Italia, circunstancia que obliga a dar aplicación a las normas pertinentes del Código de Procedimiento Penal.

Por su parte el jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Justicia envió el expediente a esta Corporación, con oficio 042 del 27 de enero de 1982, para concepto previo.

Sustanciada la solicitud de extradición como lo ordenan los arts. 755 del Código

de Procedimiento Penal y 135 del Código de Procedimiento Civil, el señor Leandro Barozzi, con la asistencia de un abogado, se opuso a la pretensión de las autoridades de Italia y pidió a la Corte que diera concepto favorable a su extradición porque los documentos de respaldo no fueron presentados en debida forma, esto es, traducidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores, y porque la extradición sería ilegal en virtud de que no se acompañó una providencia en su contra equivalente, por lo menos, al auto de proceder de la legislación colombiana; y, finalmente, porque todo indica que al reclamado se le imputa un delito político, en cuyo caso la extradición se encuentra expresamente prohibida por el art. 17 del Código Penal.

SE CONSIDERA:

No existiendo tratado sobre extradición entre Colombia y la República de Italia, el asunto se ha tramitado como incidente de acuerdo con lo dispuesto por el Código de Procedimiento Penal y habrá de decidirse como lo ordenan ese mismo estatuto y el Código Penal.

Según el derecho positivo colombiano para ofrecer o conceder la extradición se deben probar los siguientes aspectos:

Requisitos de fondo:

- 1) Que el hecho esté previsto como delito en Colombia.
- 2) Que el ilícito se encuentre reprimido con sanción privativa de la libertad no inferior a cuatro años en Colombia.
- 3) Que en ningún caso se trate de delito político.

Requisitos de forma:

- 1) Que se allegue copia auténtica de la sentencia de condena o al menos del auto de proceder o de su equivalente;
- 2) Que se haga una relación de los hechos punibles, y se indique el lugar y la fecha en que fueron ejecutados;
- 3) Que se presente una reseña biográfica del reclamado para establecer su identidad; y

4) Que se acompañe copia auténtica de las disposiciones penales aplicables al caso.

A la luz de tales precisiones cabe hacer en el caso presente estas observaciones:

a) De conformidad con el mandato de captura se le imputa a Leandro Barozzi la comisión de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal italiano: 270 (asociaciones subversivas), 284 (insurrección armada contra los poderes del Estado), 286 (provocación con fines de guerra civil), 302 (instigación) y 306 (banda armada, formación y participación), "...por haber, en concurso con otras personas, promovido, constituido y organizado una asociación político-militar tendiente a subvertir violentamente los ordenamientos económicos y políticos constituidos en el Estado" para de acuerdo tácito con las "Brigadas Rojas" y otros grupos armados operantes con fines subversivos, constituir una organización única capaz de poner en marcha una estrategia insurreccional a través de la práctica constante de dos sistemas de lucha violenta: "...la así llamada 'Ilegalidad de masa' (piquetes violentos, ocupación de casas y establecimientos industriales, sabotaje de instalaciones, autoreducciones, bloqueo de rutas, requisas y apropiaciones proletarias, etc.) y lucha armada terrorista en particular, concretándose en atentados, estragos, homicidios, devastaciones y en general delitos contra la incolumidad pública y de las personas..."

b) De la relación de los hechos punibles hecha por el presidente del Tribunal Civil y Penal de Roma se le imputa a Leandro Barozzi de modo específico:

1) Haber desempeñado, dentro de la organización terrorista, a cuya cabeza estaban Antonio Negri y otros, "...un papel de relieve en el sector logístico-informativo..."

2) Haber colaborado en la redacción del periódico "Rojo" con el objeto específico "...de propaganda y difusión de la lucha armada en vistas de una estrategia insurreccional..."

3) Haber hecho parte de una secretaría de la organización subversiva, "encargada de programar la intervención político-militar...", incluso atentados y rapiñas;

4) Haber dado instrucciones para la realización de acciones (cortejos) "...distribuyendo armas a los participantes e indicando los objetivos a alcanzar durante el trayecto preestablecido..."

c) Por ninguna parte aparece entre la documentación presentada el auto de proceder o de su equivalente contra Leandro Barozzi por los hechos, conductas o comportamientos que se han descrito hasta el momento. Esta sola circunstancia denota la ausencia de un requisito formal por sí mismo para determinar un concepto desfavorable a su extradición de conformidad con el art. 734 del C. de P. P.

No obstante, como claramente se ve, de los documentos aportados por la embajada de Italia emerge la ausencia del requisito de fondo consistente en que, contra quien se pretende extraditar, no debe procederse por delito político.

¿Por qué esta afirmación? Precisamente porque las referencias ciertas que ofrecen esos documentos (providencia del 30 de marzo de 1981 y declaración del presidente del Tribunal) no dejan duda alguna en cuanto a que Leandro Barozzi está siendo juzgado ante la "Corte di Assise" por los ilícitos a que se contrae el "Mandato di Cattura". Y si esto es obvio, debe concluirse que se le imputan delitos de naturaleza eminentemente política.

Haciendo un parangón entre el delito común y el delito político, por su aspecto subjetivo, se ha dicho que en el primero el agente realiza el hecho casi siempre por motivos innobles, o bajo el influjo de pasiones desbordadas, con perversidad, o con fines de venganza. Por el contrario en el segundo, los móviles son casi siempre políticos o de interés común; la aspiración a lograr un replanteamiento de las condiciones económicas, políticas y sociales de una colectividad son —por regla general— los factores determinantes de esta clase de delinquentes.

El delito político tiene un objetivo final invariable que le es consustancial, se prospecta buscando una repercusión efectiva y se realiza con supuesta justificación social y política.

Si tales son las notas características de este tipo de delito, cabe precisar:

1) Que envuelve siempre un ataque a la organización política e institucional del Estado;

2) Que se ejecuta buscando el máximo de trascendencia social y de impacto político;

3) Que se efectúa en nombre y representación real o aparente de un grupo social o político;

4) Que se inspira en principios filosóficos, políticos y sociales determinables; y

5) Que se comete con fines reales o presuntos de reivindicación sociopolítica.

Con ayuda y aplicación de estos criterios se llegan a establecer los elementos compositivos del delito político que permiten identificarlo y, por ende, distinguirlo.

A simple vista el delito político tiene un objeto jurídico concreto sobre el cual recae o va dirigida su acción: el Estado como persona política o como institución jurídica. Algunos consideran de tal naturaleza los llamados delitos contra la existencia y seguridad del Estado y los delitos contra el régimen constitucional.

Con idéntica claridad el delito político tiene un modo especial de ejecución o modo de ser ajeno a su peculiar tipicidad, pero en estrecha conexión con ella: la repercusión, la representación, la inspiración y la motivación que siempre lo acompañan con absoluta fidelidad. Rasgos que se plasman en buscar el ámbito de su mayor difusión, en obrar a nombre de un segmento social o político y en hacerlo bajo la égida de una dialéctica de masas para lograr una concreta reivindicación socio-política.

Se puede afirmar, por consiguiente, que además de la tipicidad que le corresponde a la acción, el delito político tiene un objeto específico y un modo de ejecución propio e inconfundible.

Si Leandro Barozzi, dentro de la organización dirigida por Antonio Negri y otros, desempeñó un papel importante en el sector logístico-informativo; si colaboró en el periódico "Rojo" con fines propagandísticos y de difusión de la lucha armada; si formó parte de una secretaría encargada de programar la intervención politicomilitar; si daba instrucciones, distribuía armas e indicaba los objetivos perseguidos; si, por último, todo esto lo hacía —como lo dicen sus jueces— para promover, constituir y organizar "...una asociación politicomilitar tendiente a subvertir los ordenamientos económicos y poli-

ticos constituidos en el Estado...", conclúyese, sin lugar a dudas, que por su objeto y modo de ejecución los delitos que se le imputan son políticos.

Al encontrar la Corte que los hechos que motivan la solicitud de extradición de Leandro Barozzi configuran delitos políticos, no queda vía distinta que la de dar concepto adverso por mandato expreso del art. 17 del Código Penal.

En estas precisas condiciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, *conceptúa desfavorablemente* a la extradición del ciudadano italiano Leandro Barozzi.

Cópiese y devuélvase.

Dante L. Fiorillo Porras.

Gustavo Gómez Velásquez.

Alfonso Reyes Echandía.

Pedro Elías Serrano Abadía.

Alberto Mora Cogollos.

Secretario

Fabio Calderón Botero.

Álvaro Luna Gómez

Luis Enrique Romero Soto.

Darío Velásquez Gaviria.

Consejo de Estado

FACULTADES DE LA PROCURADURÍA EN LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS SEGUIDOS A LA POLICÍA

Magistrado ponente: Dr. JAIME BETANCUR CUARTAS

Según la Constitución, corresponde al Ministerio Público "supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos" y cuidar de que "desempeñen cumplidamente sus deberes". De donde surge que el Ministerio Público también tiene la facultad de *vigilar* los procesos disciplinarios que se tramiten en la Policía Nacional, así como solicitar que se *promuevan, adelanten y decidan* tales procesos.

Bogotá, 24 de mayo de 1982.

El ministro de Defensa Nacional hace la siguiente consulta:

I. Antecedentes

a) La Policía Nacional depende orgánicamente del Ministerio de Defensa y se rige por su propio estatuto contenido en el decreto-ley 2347 de 1971.

b) Como institución armada de carácter permanente, la Policía está integrada por personal sujeto a un régimen especial de carrera y a reglas propias de disciplina.

c) El personal uniformado y no uniformado de la Policía Nacional, se rige por estatutos especiales que contemplan las modalidades de ingreso, retiro, asignaciones mensuales, primas y prestaciones sociales, así:

Oficiales y suboficiales, decreto-ley 613 de 1977; agentes, decreto-ley 609 de 1977; y empleados civiles, decreto-ley 610 de 1977.

d) El personal de la Policía Nacional, por razón de su organización jerárquica, misión y funciones está sometido a un régimen propio y especial de disciplina, con-

tenido en el decreto-ley 1835 de 1979, "Reglamento de Disciplina y Honor" en el cual se contemplan normas precisas sobre conducta, mando, subordinación, hechos constitutivos de faltas disciplinarias, régimen de sanciones, competencia y procedimiento.

e) Por tratarse de una legislación especial, los estatutos de carrera y el reglamento de disciplina y honor están redactados en completa armonía y coherentes en todas las situaciones. Es así como, si un miembro de la institución comete una falta que en reglamento disciplinario da lugar a retiro o separación, en los correspondientes estatutos de carrera está prevista la modalidad para que puedan ser retirados o separados por esa causal; y si comete una falta leve, también contempla el reglamento su respectivo tratamiento.

f) En la Policía Nacional, solamente tenían competencia para investigar y sancionar al personal uniformado y civil de la institución, los superiores jerárquicos de la misma, con sujeción a los procedimientos y régimen de sanciones que establece el reglamento disciplinario.

g) A partir del 20 de diciembre de 1974 y en virtud de la ley 25 del mismo año, se investió de facultades administrativas a la Procuraduría General de la Nación y por medio de su procurador delegado para la Policía Nacional se empezó a investigar y sancionar a los miembros de esta institución, surgiendo con ello innumerables conflictos de interpretación de estas normas.

II. Contradicciones entre el régimen disciplinario de la Policía Nacional y el de la Procuraduría General de la Nación

Al aplicarse al personal uniformado y no uniformado de la Policía Nacional, las normas disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación y de los reglamentos propios de la institución, se presentan, entre otras, las siguientes contradicciones e incoherencias.

a) Hay paralelismos de competencias y procedimientos entre la Procuraduría y la Policía, por cuanto en algunos casos las investigaciones han conducido a resultados contradictorios, porque mientras la Policía absuelve la Procuraduría declara responsable o viceversa.

b) El régimen de sanciones que contempla la ley 25 de 1974 es el usual para los empleados de la administración y totalmente diferente al especial que por las modalidades del servicio policial, contempla el reglamento de disciplina y honor para el personal de la Policía.

c) Las sanciones de destitución, suspensión y multa que trae el art. 14 de la ley 25 de 1974 no están en enumeración taxativa del art. 89 del reglamento de disciplina y honor de la Policía.

d) Los oficiales, suboficiales, agentes y empleados civiles de la Policía, por tener un régimen especial, únicamente pueden ser retirados por las causales que taxativamente contemplan los respectivos estatutos, y al hacerlo en forma diferente se desconocen los derechos que los mismos consagran.

e) Los arts. 89 del decreto 613 de 1977, 37 del decreto 609 de 1977 y 22 del decreto 610 de 1977, no contemplan, entre las causales de retiro, la de "destitución del cargo".

f) Al imponer al personal uniformado que desempeña cargos administrativos en la institución o en la administración pública, la sanción de la destitución que frecuentemente solicita la Procuraduría, se incurre en el hecho de sancionar dos veces la misma falta, puesto que por una parte se destituye del cargo y por la otra del grado, al causarse el retiro de la institución, evento que prohíbe expresamente el reglamento de disciplina y honor, en el art. 157, que expresa: "sin perjuicio de las medidas disciplinarias preventivas a que se refiere este reglamento, las faltas solo podrán ser objeto de sanción por una sola vez".

g) El término de prescripción en la Policía es de seis meses para faltas comunes y de doce meses para causales de mala conducta y el de la ley 25 de 1974 es de cinco años, lo cual conduce a que la Procuraduría sancione cuando la acción disciplinaria está prescrita.

h) La Procuraduría tipifica las faltas disciplinarias del personal invocando el reglamento de disciplina y honor de la Policía pero sanciona con el régimen de la ley 25 de 1974.

i) El reglamento de calificación y clasificación para la Policía Nacional (decreto 1834 de 1979), en su art. 56, literal g) señala pautas para conjugar las felicitaciones y sanciones del personal mediante cuadro numérico valorativo para unas y otras, lo que tiene incidencia en la antigüedad, base fundamental de los cuerpos jerarquizados.

Las sanciones que impone la Procuraduría no se pueden apreciar para la calificación y clasificación del personal uniformado, porque el reglamento de calificación y clasificación no las contempla y por lo tanto no tienen ningún valor cuantitativo.

III. Consulta

Ante la situación planteada en los puntos anteriores, este Ministerio consulta:

a) Qué normas son aplicables en materia disciplinaria, al personal de oficiales, suboficiales, agentes y empleados civiles de la Policía Nacional, ¿las contenidas en la ley 25 de 1974 ó las del reglamento de disciplina y honor previstas en el decreto-ley 1835 de 1979?

b) Cuando se sanciona con destitución al personal uniformado que desempeña cargos administrativos, ¿la medida disciplinaria se aplica al cargo, al grado o ambas eventualidades?

c) ¿Cómo puede este Ministerio dar cumplimiento a las providencias de la Procuraduría que imponen sanciones no previstas en el reglamento de disciplina y honor y en los estatutos de carrera, sin desconocer los derechos en ellos consagrados?

La Sala considera y responde:

1) Según el art. 3° de la ley 153 de 1887 "estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones legales posteriores, o por existir una ley nueva que regule integralmente la materia a que la anterior disposición se refería".

La disposición transcrita prescribe una de las reglas de hermenéutica jurídica que el intérprete debe aplicar para resolver los conflictos entre las leyes relativas a una misma materia; particularmente para determinar, en caso de oposición, la que debe prevalecer. El art. 3° de la ley 153 de 1887 atribuye a la ley que regule toda la materia efectos derogatorios de las disposiciones anteriores que le sean contrarias, como expresión de la más reciente y actual voluntad del legislador.

2) La ley 25 de 1974, "por la cual se expiden normas sobre organización y funcionamiento del Ministerio Público y ré-

gimen disciplinario", determina tanto los funcionarios que deben ejercer las atribuciones del Ministerio Público en el Ministerio de Defensa y en la Policía Nacional (art. 8°) como la acción disciplinaria contra los empleados oficiales y la manera de ejercerla (arts. 12 a 26).

El decreto-ley 1835 de 1979 constituye el estatuto de "la disciplina y el honor del personal de la Policía Nacional" uniformada y civil (arts. 1 y 4). Define las faltas, las sanciones y los procedimientos; los funcionarios competentes para instruir y decidir los procesos disciplinarios, las instancias y la prescripción de la acción. De modo que el decreto-ley 1835 de 1979 reguló todo lo relativo al régimen disciplinario de la Policía Nacional. Por consiguiente, las disposiciones de este estatuto prevalecen sobre todas las anteriores que le sean contrarias, en ellas incluidas las de la ley 25 de 1974.

3) Los arts. 143 y 145, ordinal 1, de la Constitución atribuyen al Ministerio Público supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos y cuidar que todos los que estén al "servicio de la nación desempeñen cumplidamente sus deberes". La Constitución define así una de las funciones esenciales del Ministerio Público: vigilar la conducta de los funcionarios públicos para que cumplan cabalmente sus deberes, sin excepción alguna. Por consiguiente, el Ministerio Público, con base en los transcritos preceptos constitucionales, tiene facultad de vigilar, entre otros, los procesos disciplinarios que se surtan en las diversas dependencias del Estado, en ellas incluida la Policía Nacional, y hasta solicitar que se promuevan y adelanten los que considere pertinentes. Esto explica que disposiciones como las de los arts. 8° y 23 de la ley 25 de 1974, relativas, respectivamente, a las procuradurías delegadas para el Ministerio de Defensa y la Policía Nacional, y al deber de dar aviso oportuno a la Procuraduría Ge-

neral de la Nación acerca de la iniciación de una acción disciplinaria, subsistan a pesar de que el decreto-ley 1835 de 1979 reguló toda la materia de la misma índole en la Policía Nacional.

En otros términos, si el decreto-ley 1835 de 1979 actualmente regula todo el régimen disciplinario de la Policía Nacional, hasta modificar la legislación anterior a la que fuera contraria, coexiste y armoniza con la función de vigilancia de la conducta de los empleados públicos que la Constitución atribuye al Ministerio Públi-

co, el cual puede, por lo mismo, supervisar los procesos disciplinarios y aun solicitar que los funcionarios competentes los inicien, adelanten y decidan.

Trascribese al señor ministro de Defensa Nacional en copia auténtica.

Oswaldo Abello Noguera, presidente de la Sala; Humberto Mora Osejo; Jaime Betancur Cuartas; Jaime Paredes Tamayo; Clara Stella Ramos, secretaria.

31 de mayo de 1982, autorizada la publicación con oficio N° 3520.

BIBLIOGRAFÍA

HANS HEINRICH JESCHECK: *Tratado de derecho penal*. Parte general, vol. I, XXXII + 696; vol. II, XVI + 626 páginas. Traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Edit. Bosch, 1981.

Acaba de aparecer recientemente la versión española del *Tratado de derecho penal* del profesor HANS-HEINRICH JESCHECK, catedrático de derecho penal y director del Instituto Max Planck de Derecho Penal de Friburgo de Brisgovia, República Federal de Alemania. Tan monumental trabajo ha sido realizado por los catedráticos españoles SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, directores de los departamentos de derecho penal de las Universidades de Barcelona y Cádiz respectivamente. La obra, publicada por Casa Editorial Bosch consta de dos volúmenes, lujosamente editados, y, lo que es más importante, sus traductores se han empeñado en la difícil tarea de realizar al final de cada párrafo las correspondientes adiciones de derecho penal español. La versión corresponde a la tercera edición alemana intitulada *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, editada por la Dunker & Humboldt de Berlín.

Como bien lo dicen los traductores en el prólogo, el *Tratado* del profesor JESCHECK es el más importante de la actualidad, no solo en Alemania sino fuera de ella; ello hace que los estudiosos del derecho penal se encuentren de plácemes, pues desde las traducciones de MAURACH (realizada primero por CORDOBA RODA en 1962) y de WELZEL (realizada primero por FONTÁN BALESTRA en Argentina en 1956 y posteriormente por

BUSTOS RAMÍREZ y YÁÑEZ PÉREZ en Chile en 1970) no contaban con una obra de tales características, que refleja sin lugar a dudas las enormes transformaciones sufridas por el derecho penal alemán actual, sobre todo después de la puesta en vigencia de una nueva Parte general del Código Penal (*Strafgesetzbuch*) que modificó totalmente el ya tradicional Código de 1871.

La estructura general de la obra consta de una introducción y de tres partes fundamentales, divididas en párrafos, subsecciones, secciones y capítulos.

La *introducción* está dedicada a los fundamentos generales, donde se estudia la misión; los conceptos fundamentales del derecho penal; la situación sistemática, clasificación y reforma del derecho penal; los principios de política criminal; la estadística criminal y las ciencias penales.

La *primera parte* dedicada al estudio de la ley penal estudia en cuatro capítulos los elementos integrantes de la ley penal; las fuentes del derecho penal; la ley penal y el Estado de derecho; el ámbito de vigencia del derecho penal alemán.

La *segunda parte* está dedicada al estudio del *hecho punible* en cinco grandes capítulos, el primero de los cuales dedicado a los fundamentos generales del concepto de delito (sentido, método y estructura de la teoría general del delito; fases de desarrollo de la moderna teoría del delito; concepto jurídico penal de acción y cuestiones implicadas). El capítulo segundo dedicado al delito doloso de comisión, nos trae en cuatro secciones el estudio de la antijuridicidad (la antijuridicidad y su relación con el tipo; elementos del tipo de injusto; exclusión de la antijuridicidad),

de la culpabilidad (fundamentos de la teoría de la culpabilidad, elementos, causas de exculpación), los grados del hecho punible y los presupuestos de la punibilidad fuera del injusto y la culpabilidad. El capítulo tercero comprende las especiales formas de aparición de la acción punible (delito imprudente de comisión y el delito de omisión). El capítulo cuarto trae la autoría y la participación; al paso que el quinto estudia la unidad y pluralidad de hechos punibles.

La tercera parte de la obra está dedicada a las consecuencias jurídicas del delito — aunque sería mejor decir del hecho punible (*Strafttat*) para ser más acordes con la traducción dada a la expresión en la segunda parte —, allí se estudian las penas y las consecuencias accesorias; las medidas de corrección y seguridad; la suspensión de la pena, la amonestación con reserva de la pena, la dispensa de pena y la declaración de impunidad; la determinación de la pena; los presupuestos procesales recogidos en el StGB (Código Penal) y la rehabilitación del condenado. La traducción y las adiciones respectivas de la introducción, la primera y la tercera parte se deben a MUÑOZ CONDE; la segunda, con sus adiciones, a MIR PUIG.

En total son ochenta y ocho párrafos acompañados de un índice bibliográfico general y de un completo índice analítico, los que configuran la estructura total de la obra.

Creemos que con el estudio de este *Tratado* la dogmática hispanoamericana y en especial la colombiana — apenas en ciernes — ganará mucho terreno y no ocurrirá lo que hasta ahora, en nuestro medio, sobre todo a raíz de algunos enfoques rabiosamente causalistas, según los cuales todo planteamiento ligeramente diferente es inmediatamente motejado con el rótulo de “finalista”, desconociendo que la situación actual de la dogmática dista mucho de esas elaboraciones cerradas. Si algo muestra esta obra, es que la lucha de escuelas es fruto del pasado y que no hay hoy lugar a tan estériles disputas; antes por el contrario, son tan grandes los aportes del finalismo y tan notable la influencia de WELZEL en la nueva dogmática alemana, que se ha llegado ya a un esquema de compromiso, sin que ello implique,

como dice JESCHECK, tener que suscribir su discutible concepto de acción. Este panorama que enunciamos se puede observar en las más recientes publicaciones de tratados de la Parte general, entre los que se pueden citar el de WESSELS (recientemente traducido por CONRADO V. FINZI, de la 6ª edición alemana), el de STRATENWERTH, el de FRITJOF HAFT (con un enfoque estructuralista), el de BOCKELMANN, el de H. BLEI, el de SCHIDHAUSER (que desarrolla un sistema propio), sin citar los tratados de MAURACH (publicado por sus discípulos) y el de WELZEL del que se espera una nueva edición para 1982. Sigue sin embargo fiel a su enfoque causalista BAUMANN, cuya última edición (la 17ª) data de 1977. Sin olvidar como es obvio a ROXIN, quien en su *Programa* preconiza que los elementos del concepto de delito han de hacerse corresponder a las finalidades politicocriminales, cuyo punto de vista es bien conocido a través de las traducciones de LUZÓN PEÑA y MUÑOZ CONDE.

Sin lugar a dudas, la dogmática alemana ha llegado a su cenit; se trata de un sistema acabado, por no decir que concluido, en el que apenas si se echa a faltar, como dice JESCHECK, “la elaboración diferenciadora de los elementos del moderno concepto de delito en aquellos puntos en que todavía hoy se trabaja con discutibles cláusulas generales” (pág. 287) como acontece con los delitos de peligro concreto; en la delimitación entre dolo eventual y culpa consciente; en los criterios para determinar la evitabilidad del error de prohibición; en los baremos de la lesión del deber de cuidado y de la responsabilidad personal en materia de imprudencia; en los deberes de garante y en la cláusula de equiparación en los delitos de omisión impropia en la distinción entre autoría y participación.

Por lo demás, todas las preocupaciones de los modernos dogmáticos alemanes apuntan a la política criminal, donde es de esperar fructíferos desarrollos en un futuro.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

HERNANDO LONDOÑO BERRÍO:
El error en la moderna teoría del delito. Comentarios al nuevo Código Penal colombiano. Prólogo de Alfonso Reyes E., XV + 212 páginas, Bogotá, Edit. Temis, 1982.

Acaba de aparecer la monografía del abogado HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO, titulada *El error en la moderna teoría del delito*, que corresponde a la tesis de grado que el autor presentó en la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín en 1980, de la cual nos ocupamos en seguida.

Llama la atención, en primer lugar, la novedad del tema en un país que, como el nuestro, pese a preciarse de tener una amplia cultura jurídicopenal, apenas si empieza a transitar por los senderos de la moderna dogmática, sobre todo a partir de la reciente reforma penal. Efectivamente, es la primera vez, hasta donde alcanza nuestra información, que en el ámbito nacional se aborda el estudio sistemático de este tema en concreto, tradicionalmente objeto de referencias superficiales en los tratados de derecho penal. Pero lo que más amerita el trabajo, es que ha sido realizado por un joven recién egresado de las aulas universitarias, quien ha hecho una incursión por tan difíciles caminos y sobre todo abriendo un horizonte promisorio en este campo.

Abordando, en segunda instancia, la temática misma, encontramos que se trata, nada más ni nada menos, que de realizar un estudio del error a la luz de la *moderna teoría del delito*. Ello supone como es lógico un manejo acertado de la dogmática jurídicopenal contemporánea, cuyos desarrollos más importantes son fru-

to del pensamiento alemán. Estimamos, sin embargo, que tal empresa se ve truncada en parte, pues no se logra agotar el tema con los alcances propuestos: el enfoque dado tanto a la teoría del delito como a la del error en concreto, no es tan “moderno” como se pretende (lo que hace que el título de la monografía sea por demás ambicioso). Ello es explicable dadas las limitaciones propias de un medio que como el nuestro no brinda herramientas de trabajo; en donde las investigaciones son generalmente menospreciadas; en donde, en fin, la ausencia de una “moderna teoría del delito”, hace casi imposible tentativa semejante.

El trabajo consta de una breve introducción seguida de tres títulos divididos en capítulos, el primero de los cuales se ha dedicado al “error”, el segundo a la “culpabilidad” y el tercero al “error en el nuevo Código Penal”.

Al examinar el número tercero de las conclusiones que aparecen insertas en la introducción, se da uno cuenta que de lo que se trata es de hacer efectivo el postulado del Programa de ROXIN, según el cual “el camino acertado solo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas politicocriminales en el sistema del derecho penal”¹.

Tal planteamiento, traducido a la teoría del error, sugiere que las teorías del error “únicamente pueden fundamentarse en la teoría de los fines de la pena”². Esto lleva a LONDOÑO BERRÍO a concluir, parafraseando al mencionado autor alemán, que la pena en los casos de error de tipo y de prohibición, “solo es absolutamente necesaria para salvaguardar las bases fundamentales en que se asienta la

¹ CLAUS ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1972, pág. 33.

² Ídem, pág. 69.

convivencia social"³; lo anterior, enmarcado dentro de un derecho penal al servicio de las clases desposeídas: "debemos estar listos a denunciar la normatividad penal que criminaliza comportamientos con el exclusivo interés de salvaguardar las necesidades del grupo dominante, que debe tener bajo su control a la mayoría, para la garantía de su supervivencia"⁴.

Infortunadamente el trabajo no va más allá de este planteamiento, y si algo se echa de menos en él es la fundamentación de la teoría del error en la teoría de los fines de la pena, así se hagan innumerables y a veces extensas citas, que terminan por hacer la lectura pesada y dispendiosa⁵. De todas maneras es claro que el trabajo se hace eco del postulado de combate del autor alemán en materia de error de prohibición vencible: "La evitabilidad del error de prohibición no se debe determinar por los límites de lo que es posible, sino por los imperativos de una razonable política criminal"⁶.

Al ocuparnos del título primero, en el capítulo V dedicado a las "teorías sobre el error de prohibición" encontramos una impropiedad, cuando se afirma que las teorías del dolo y la culpabilidad son teorías acerca del error de prohibición. Este punto merece una aclaración: no es cierto, y de ello da fe la dogmática alemana, que las mencionadas teorías hayan surgido para explicar el error de prohibición,

pues históricamente están ligadas a las diversas fases de desarrollo de la moderna teoría del delito; el concepto clásico, el neoclásico y el finalista⁷.

La contraposición error de tipo-error de prohibición apenas si data de la década del cincuenta en Alemania y es la conciencia de la antijuridicidad o conciencia del injusto, la que ha servido para dar el nombre a tales teorías, según se la incluya o no en el dolo. Esto se explica de la siguiente manera:

Para el *esquema clásico*, partiendo de una concepción sicologista de la culpabilidad, dolo y culpa eran *grados* de culpabilidad; el conocimiento de la antijuridicidad era elemento del dolo (dolo era querer, conocer, conocimiento de la antijuridicidad).

El *esquema neoclásico* que parte de un concepto sicológico-normativo de culpabilidad ubica el dolo y la culpa como *formas* de culpabilidad al lado de la imputabilidad y de la reprochabilidad; el conocimiento de la antijuridicidad sigue formando parte del dolo. A la teoría que incluye el conocimiento de la antijuridicidad en el dolo se la denomina *teoría del dolo*⁸.

El *esquema finalista* parte de la ubicación del dolo en el tipo de injusto de los hechos dolosos, al paso que la conciencia de la antijuridicidad es elemento de la culpabilidad, entendida esta normativamente

como reprochabilidad. A la teoría que ubica así la conciencia de la antijuridicidad se la conoce con el nombre de *teoría de la culpabilidad*⁹.

Fuera de esta necesaria precisión, encontramos que el tratamiento dado al error es por demás acertado, anotando que la exposición sigue muy de cerca los lineamientos esbozados por CORDOBA RODA¹⁰. Además, hace el autor, correctamente en nuestro sentir, extensivos los postulados del error de prohibición al error sobre una situación de inculpabilidad, lo que no debe impedir caracterizarlo como un "error *sui generis*", a la manera de JESCHECK¹¹.

Se evidencia que la solución acogida por LONDOÑO BERRIO para el tratamiento del error en el Código Penal es la del dolo, cuando afirma que el mismo "es un aspecto negativo de la culpabilidad (causal de inculpabilidad), que excluye el dolo y la culpa, siempre que reúna las condiciones de invencible y esencial"¹². Con tal tratamiento no estamos de acuerdo, básicamente por los siguientes motivos:

1º) Para nosotros dolo y culpa no son formas de culpabilidad, así el C. P. en su art. 35, ubicado dentro del capítulo VII "De la culpabilidad", diga: "*Formas*. Nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención". Entendemos que el legislador no puede atar la doctrina y la jurisprudencia a una

determinada concepción del hecho punible; ciertamente tal norma ha sido interpretada en el sentido de que para el Código, dolo y culpa son *formas* de culpabilidad, acogiendo el esquema causalista. Nosotros, más allá de una interpretación restringida, entendemos que la norma lo que quiere indicar es que los hechos punibles son dolosos, culposos y preterintencionales. Si el Código hubiera tomado partido, habría titulado este cap. VII como "formas de culpabilidad", lo que no hizo.

2º) Por lo anterior, pensamos que al lado del delito doloso de comisión se debe estudiar el delito culposo de comisión y el delito (doloso o culposo) de omisión, cada uno de los cuales tiene su propia configuración a nivel del injusto y de la culpabilidad. Así ocurre en la actual dogmática alemana, después de que las disputas entre causalistas y finalistas han pasado a un segundo plano, originando una nueva época, en la que toda la atención se dirige al estudio de la política criminal¹³.

3º) De lo expuesto se colige que el dolo forma parte del tipo de injusto de los hechos punibles dolosos; el *error de tipo invencible* descarta el tipo (por eso se llama error de tipo) y no la culpabilidad. Si es *vencible*, hay lugar al reproche a título de culpa, como lo dice el art. 40-4, si existe el correspondiente tipo culposo.

⁹ El nombre de la teoría de la culpabilidad se deriva, según BAUMANN, de que "según esta opinión la conciencia de la antijuridicidad solo juega un rol en el ámbito de la culpabilidad y no se limita al ámbito del dolo como elemento de la culpabilidad" (ob. cit., pág. 445).

¹⁰ JUAN CORDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Barcelona, Edit. Bosch, 1962.

¹¹ Ob. cit., pág. 691. En el mismo sentido JOHANNES WESSELS, *Derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980, pág. 141. Similar solución acoge para el derecho argentino E. RAUL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Edit. Ediar, 1973, pág. 616.

Debemos anotar que LONDOÑO BERRIO cita como posibles casos de error sobre la propia situación de inculpabilidad, los eventos del art. 40-1,2, apreciación que no compartimos, pues la doctrina ha aceptado que tales causas excluyen la acción, a no ser que se trate del caso de la *vis compulsive*.

¹² Cfr. pág. 102.

¹³ Por todos cfr. JESCHECK, ob. cit., págs. 313, 774 y ss. No siguen tales directrices BAUMANN, quien en la última edición de su *Lehrbuch*, así como en su *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, 5ª ed., 1979, sigue fiel al enfoque causalista. Tampoco SCHMIDHAUSER, quien en su *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, desarrolla un sistema propio que intenta superar en una síntesis los esquemas causal y final, destacándose la doble ubicación del dolo, cuyo elemento cognoscitivo con la conciencia de la antijuridicidad queda en la culpabilidad, al paso que el aspecto volitivo forma parte del injusto.

³ Tal afirmación puede verse en la pág. 5 del trabajo.

⁴ Cfr. pág. 9.

⁵ Semejante enfoque ha sido hecho por ROXIN en su trabajo *Die Behandlung des Irrtums im Entwurf 1962*, (El tratamiento del error en el Proyecto de 1962), publicado en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), núm. 76, Berlin, Walter de Gruyter & Co, págs. 582-618.

⁶ *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1976, pág. 216.

⁷ Cfr. HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, págs. 274 y ss. Véase también a NÓDIER AGUDELO BETANCUR, "Diversos contenidos de la estructura del delito", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 1, Ed. Acosta, 1978, págs. 1 a 20.

⁸ JURGEN BAUMANN (*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Verlag Ernst und Werner Gieseking Bielefeld, 1977, pág. 443), dice al respecto: "la teoría que reclama la conciencia de la antijuridicidad en el dolo, que conceptúa el dolo como querer y conocer la realización antijurídica del tipo (o la realización del hecho antijurídico), se conoce como *teoría del dolo*".

Entendemos que este numeral cuarto en su párrafo segundo se refiere únicamente al error de tipo.

4º) El Código exige el conocimiento de la antijuridicidad como elemento de la culpabilidad (culpabilidad es: imputabilidad + conocimiento de la antijuridicidad + no exigibilidad de otra conducta), como se deduce, en primer lugar, del art. 31 que exige para la imputabilidad jurídicopenal del autor "la capacidad de comprender la ilicitud". Si para ser imputable hay que tener la capacidad de comprensión de la ilicitud, con mayor razón se puede afirmar que la culpabilidad presupone el conocimiento de la antijuridicidad como elemento de la misma, pues de lo contrario no se le podría dirigir al autor del hecho antijurídico o imputable, el juicio de reproche.

En segundo lugar, al acoger el art. 5º del Código el principio de culpabilidad, está presuponiendo la existencia en el sujeto del conocimiento de la antijuridicidad del hecho, pues de no ser así se caería en odiosas formas de responsabilidad objetiva que, no se olvide, han sido "proscritas".

5º) Si la legislación penal consagra como uno de sus principios rectores el de culpabilidad y lo convierte en la columna vertebral del estatuto, la declaración vertida en el art. 10 en el sentido de que "la ignorancia de la ley penal no sirve de excusa" solo juega un papel decorativo; tal

postulado no tiene frente a nuestra legislación ningún valor, a no ser el meramente histórico.

6º) Si, como lo afirmamos, el conocimiento de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad, de ello se sigue de una parte, que nuestro estatuto tiene que dar cabida a todas las formas de error de prohibición (no se olvide que el error de prohibición recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad) y no solo a la "convicción errada e invencible de que está amparado con una causal de justificación", que constituye un *error indirecto*¹⁴ de prohibición (art. 40-3); de otra parte, se debe recurrir no facultativamente (como lo exige el actual § 17 del Código Penal alemán), sino *obligatoriamente* a la atenuación consagrada por el mismo estatuto para la tentativa (art. 22) en los casos de venciabilidad del error de prohibición¹⁵.

Por los fundamentos anteriores creemos posible, sin darles la espalda a los modernos desarrollos de la dogmática jurídicopenal, elaborar una teoría del error frente al actual estatuto punitivo, sin necesidad de acudir a la teoría del dolo como lo hace el autor, quien dicho sea de paso, no deja claro si se acoge o no a su versión *estricta*, pues pese a afirmarlo reiteradamente, termina postulando una extraña *culpa de derecho* para el error evitable de prohibición. Semejante construcción, propia del Proyecto GURTNER para

Alemania de 1936, no tiene ninguna justificación en derecho positivo y es ajena a nuestra tradición jurídica; con ello se da cabida a la versión *limitada* de tan añeja teoría.

El título segundo del trabajo que comentamos, dedicado como veíamos a "La culpabilidad", nos ofrece reparos en cuanto a la concepción de la culpabilidad que acoge el autor. En efecto, siguiendo a FRÍAS CABALLERO, olvida que el concepto de culpabilidad que se acoge responde al esquema del delito que le ha dado origen: la teoría psicológica, la psicológica-normativa y la normativa pura, responden en su orden a un esquema clásico, neoclásico y finalista. El concepto que LONDOÑO BERRÍO califica como "normativo" es el segundo de los mencionados y no se puede incurrir en el error de afirmar que por exigirse el juicio de reproche (formulado por FRANK en 1907) se está acogiendo un concepto puramente normativo de culpabilidad¹⁶. Tal concepción solo es posible si se extraen de la culpabilidad el dolo y la culpa; mientras estos permanezcan allí como elementos de ella no podrá hablarse de un concepto puramente normativo de culpabilidad.

El título tercero, con las salvedades ya formuladas, nos parece la parte mejor escrita y la más importante de la monografía, así nos resistamos a aceptar la concepción de la antijuridicidad bosquejada, de conformidad con la cual sería posible elaborar diversas antijuridicidades según la rama del ordenamiento jurídico de que se trate, socavando el postulado indiscutible de la *unidad del ordenamiento jurídico* y de la existencia de un concepto unitario de la antijuridicidad; así se desprende del planteamiento que aparece en la pág. 113: "la antijuridicidad penal es la

que reclamamos como necesaria para que el dolo en su aspecto intelectual quede configurado, esto es, que el sujeto conozca la lesividad de su acción, y que ella lleve aparejada una pena". Extraño concepto de dolo este que exige una "antijuridicidad penal" para su configuración!!!¹⁷.

Debe destacarse una conclusión más que extrae el autor haciéndose eco de ROXIN, en lo que toca con el error evitable de prohibición: "en nuestro concepto solo medidas de tipo educativo son procedentes, para tratar los casos de error evitable de prohibición; y serían las más convenientes, y por ende las más justas"¹⁸. Ojalá que los futuros trabajos anunciados por el autor en materia de reacciones punitivas y de culpabilidad (págs. 136 y 149) nos aporten más claridad sobre el tema.

Interesante por demás la ubicación de la clásica *ignorantia legis* en el art. 40-3; tal postura tiene más asidero que la formulada sin ningún criterio sistemático por REYES ECHANDÍA, para quien estos casos se deben tratar como "error sobre la existencia misma del tipo inculminado"¹⁹, con lo que las diversas hipótesis de error de prohibición o no son ubicadas o se tornan en error de tipo. En efecto, de conformidad con tal tesis el caso del art. 40-3 (error indirecto de prohibición) se sigue tratando como error de prohibición; los casos de *ignorantia legis* (error de prohibición directo) se tratan como error de tipo; al paso que se olvida que el agente puede también incurrir en error cuando a pesar de conocer la norma prohibitiva la considera no vigente, o la interpreta equivocadamente y por ello la reputa no aplicable (error de aplicación directo). Para el mencionado autor los dos últimos casos no tienen ninguna relevancia frente a nuestra legislación.

¹⁴ La clasificación del error de prohibición en *directo e indirecto* es hoy frecuentemente invocada en Alemania. Así, por ejemplo, JESCHECK dice que el *error directo* surge de que el autor no conoce en cuanto tal la norma punitiva que se refiere directamente al hecho, tomando por lícita la acción y puede obedecer: a) a que el autor no conozca la norma prohibitiva; b) que la conozca pero la considere no vigente; c) que la interprete equivocadamente y por ello la reputa no aplicable. El *error indirecto* surge del hecho de que el autor, a pesar de conocer la prohibición en cuanto tal, cree por error que concurre una norma justificante, por desconocer los límites jurídicos de una causal de justificación admitida o suponer en su favor una causa de justificación no acogida por el ordenamiento jurídico (ob. cit., pág. 627). En cuanto al error sobre circunstancias que, de concurrir, darían lugar a una causa de justificación reconocida (error de tipo permisivo), es tratado por el autor como un error *sui generis*, situado entre el error de tipo y el error de prohibición indirecto; asimilándose con el error de tipo en su estructura, pues también el error de tipo permisivo se refiere a los elementos (normativos y descriptivos) de una proposición jurídica y con el error de prohibición indirecto en su consecuencia, pues el conocimiento del tipo no resulta afectado (véase págs. 633 y 634).

¹⁵ Tal solución imperó en Alemania después que el *Bundesgerichtshof*, en su trascendental decisión de marzo 18 de 1952, interpretó el antiguo Código Penal a partir de la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición, remitiendo ante la ausencia de regulación legal en los casos de venciabilidad del error de prohibición, a los §§ 51, II (imputabilidad disminuida) y 44 (tentativa). Cfr. WELZEL, ob. cit., pág. 233; SCHÖNCKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, C. H. Beck, 1975, pág. 520, acápite 87.

¹⁶ Cfr. págs. 90 y ss.

¹⁷ Bien vale la pena recordar a JESCHECK: "el ordenamiento jurídico cuenta con un solo concepto unitario de antijuridicidad. Lo único que varía según las distintas parcelas del derecho son las consecuencias jurídicas de la acción antijurídica" (ob. cit., pág. 455); también WELZEL, ob. cit., pág. 78.

¹⁸ Cfr. pág. 149.

¹⁹ *La culpabilidad*, 2ª ed., Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1982, pág. 207.

Tal posición desdibuja totalmente la diferencia entre error de tipo y error de prohibición²⁰, y, de ser consecuentes con ella no cabría hacer tal distinción frente a nuestro C. P., pues a más de la incoherencia anotada, los diversos tipos de error reciben el mismo tratamiento y las consecuencias que se siguen de uno y otro son las mismas: si es invencible no hay culpabilidad, si es vencible se reprocha a título de culpa si es que existe el respectivo tipo culposo; pero como solo se sancionan a título de culpa unos pocos casos (C. P., arts. 137, 180, 199, 329, 340, y C. de Co., art. 2000, entre otros), se abre una verdadera compuerta a la impunidad, pues serán muchos los casos en que al agente no se le podrá exigir un mínimo deber de cuidado, una mínima previsión en tratándose de error de prohibición vencible. En tales circunstancias sería mejor sostener que el C. P. solo consagra la *convicción errada* como causal de inculpabilidad, sea esta vencible o sea invencible, salvo los casos en que siendo vencible exista tipo culposo, en los que se reprocha a título de culpa.

La posición de LONDOÑO BERRÍO, más consecuente, podría acogerse por vía doctrinaria y jurisprudencial, aunque sin olvidar las otras formas de error de prohibición directo fuera de la *ignorantia legis*.

Aborda también el autor, con bastante acierto, el estudio del error de tipo para lo cual se vale de ejemplos (lo que es usual a lo largo del trabajo). Allí encontramos debidamente expuestos los casos de error en el objeto; error en el golpe; error en la causa y sobre todo el extraordinario enfoque que hace del error sobre las circunstancias agravantes o que configuran un

tipo agravado. En esta última modalidad, haciéndose eco de JIMÉNEZ DE ASÚA, quien transcribe a ANTÓN ONECA, afirma que el dolo no se configura si no se conocen estas circunstancias; para lo cual recurre al art. 25 del C. P. en donde se regula "la comunicabilidad de las circunstancias";

"El mencionado artículo, dice el autor, prescribe que las circunstancias personales del autor que agravan la pena, y las materiales del hecho, solo se comunicarán al partícipe que las haya conocido. Tal exigencia nos revela claramente que, con el objeto de individualizar la pena y para imputar el hecho a título de dolo, es necesario acreditar que el autor conoce todo lo concerniente a la fundamentación y agravación de la pena"²¹.

Expone también el error sobre las circunstancias que atenúan la responsabilidad o que configuran un tipo privilegiado, para lo cual recurre a AGUDELO BETANCUR, primer doctrinante que en nuestro medio dio el campanazo de alerta sobre la injusticia que constituía olvidar este tipo de casos²². En cuanto a este tipo de error, piensa LONDOÑO BERRÍO que también puede ser *vencible*, pues el profesor AGUDELO parece reducirlo a los casos de invencibilidad, por lo que termina sugiriendo una pronta reforma de la codificación penal, creyendo, eso sí, que "en el mismo sentido que nosotros se ha pronunciado la reciente legislación alemana" (pág. 193)!!!

Sobre el particular, debe observarse que se maneja una pésima traducción del Código Penal alemán (StGB), cual es la realizada por ESPÍNOLA, quien traduce el § 16 como "error de hecho", engendrando

un gran equívoco. En efecto, el mencionado párrafo se intitula "*Irrtum über Tatumstände*", esto es, "error sobre las circunstancias del hecho" que es muy distinto a decir "error de hecho" con lo que se resucita la ya desueta distinción "error de hecho - error de derecho", totalmente ajena a la moderna dogmática.

Es justamente en este punto, donde se reprocha al legislador alemán por no haber regulado como error de tipo el "error sobre las circunstancias que atenúan la pena pero que no configuran

un tipo diferente". Finalmente, el trabajo concluye con el estudio del error sobre el tipo que deja un dolo remanente, no regulado en el Código Penal, lo que obliga al autor a sugerir una pronta reforma.

Dejamos en los anteriores términos abordado este interesante estudio, el cual merece la atención de todos los amantes de estas materias, al paso que hacemos un llamado de atención a las nuevas promociones de abogados para que sigan el ejemplo fecundo de LONDOÑO BERRÍO.

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ.

²⁰ No es ninguna innovación la que sugiere REYES ECHANDÍA, cuando en el prólogo de la monografía (pág. ix) dice que en lugar de la expresión error de prohibición, prefiere hablar de error sobre la antijuridicidad; realmente desde que en dogmática alemana se habla de error de prohibición tal identificación ha existido.

²¹ Pág. 185.

²² NÓDIER AGUDELO BETANCUR, "El error sobre circunstancias atenuantes y disminuyentes" en *Nuevo Foro Penal*, núm. 3, Ed. Acosta, 1979, págs. 63 y ss.

Esta revista se terminó de imprimir en los
talleres litográficos de Editorial Temis
S.C.A., el día 18 de octubre de 1982.

LABORE ET CONSTANTIA