



## CAPÍTULO SEGUNDO

# LA PRETENSIÓN PUNITIVA Y SUS PRESUPUESTOS

### § 7

#### Primera Sección

#### LA PRETENSIÓN PUNITIVA EN GENERAL

I. Pretensión punitiva, derecho penal en sentido subjetivo, *jus puniendi*, es la relación jurídica fundada en el derecho penal en sentido objetivo, por medio de la cual un determinado sujeto de derecho tiene el derecho de que el delincuente sufra su pena; éste es, pues, “punible”, tiene un deber de sometimiento penal.

1. Titular de la pretensión punitiva, autorizado para punir lo es hoy:
  - a) exclusivamente, el *Estado*, ello es, aquel Estado que ha sancionado la correspondiente ley penal. Las penas que constituyen el objeto de una pretensión punitiva del Estado, se llaman “públicas”.
  - b) son desconocidas para el derecho actual las “penas privadas”. Sólo la llamada facultad de publicar, que tiene el lesionado por el hecho, arriba, § 5, V, 3, debe concebirse como satisfacción privada, ello es, como pena pri-

vada (concepción opuesta: recompensa ideal del daño).

2. Existe pretensión punitiva contra aquel que ha cometido una "acción punible" (delito en sentido lato), bajo la ulterior condición de que no medie para él ninguna "causa personal" de exclusión de pena" y ninguna "causa de extinción". Ver más abajo § § 33, 34.

II. El deber de sometimiento penal es personalísimo.

1. No es admisible una substitución en el cumplimiento de la pena (ni en las penas de multa). Ver C. P., 257.
2. Con la muerte del culpable concluye la pretensión punitiva. Excepción: C. P., 30.

## Segunda Sección

### LOS PRESUPUESTOS DE LA PUNIBILIDAD

Primera parte: LA ACCIÓN PUNIBLE (EL DELITO EN EL SENTIDO LATO)

#### A. *Generalidades*

##### § 8. I. *La acción.*

I. Para un individuo, la punibilidad surge siempre solamente de sus propias *acciones*. Debe entenderse por "acción" un *comportamiento corporal* (*fase externa*, "*objetiva*" de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, "*volunta-*

*riedad*”), (*fase interna, “subjetiva” de la acción*); ello es, un “*comportamiento corporal voluntario*”, consistente ya en un “*hacer*” (acción positiva), ello es, un movimiento corporal, p. ej. levantar la mano, movimientos para hablar, etc., ya en un “*no hacer*” (omisión), ello es, distensión de los músculos.

II. De punibilidad sólo puede hablarse en relación con una acción determinada de cierto individuo. El delito sólo en eso puede consistir, *y no*

1. en una propiedad del hombre (por ej., en su “*peligrosidad*”, ésta es sólo una condición para “*medidas de seguridad*”);
2. en un *estado* del hombre (enfermedad, sueño, etc.);
3. en el simple *querer* o *pensar* o algo que sea puramente interno. El querer no ejecutado no es punible. *Cogitationis poenam nemo patitur*. El pensamiento no es punible;
4. en un *comportamiento del cuerpo* que *no provenga de la propia voluntariedad* (ver arriba, I), sino que surja mecánica o automáticamente, ya sea:
  - a) que el hombre esté inconsciente, C. P., 51 (actividad e inactividad durante el sueño, en un desmayo, en ebriedad completa, en hipnosis; también a consecuencia de amenazas, cuando éstas hacen perder la conciencia al amenazado de tal modo que no sabe lo que hace; su voluntad está paralizada);
  - b) que el hombre, no obstante ser consciente de su comportamiento corporal, sea sólo juguete de excitaciones irresistibles que se pro-

ducen en el cuerpo como mecanismo físico, llamados *movimientos reflejos*, p. ej., estornudar; o bien sea que su propia disposición sobre sus movimientos corporales esté excluída por la coacción irresistible, ejercida por otro hombre, o por una amenaza que quebrante totalmente la voluntad: los llamados *movimientos pasivos* (p. ej., A, tomando la mano de B, inútilmente resistente, le hace disparar una escopeta; A obra, B no), ver C. P. 52.

Es posible, sin embargo, en los casos 2 y 4, que una acción *precedente* sea sometida a responsabilidad penal, porque haya acarreado a la otra, ver más abajo § 22, II.

### III. Puede obrar:

1. Sólo el hombre. No existen acciones penales contra animales, así como no existen contra las fuerzas naturales.
2. Sólo el hombre individualmente. Las personas jurídicas y las sociedades son incapaces de obrar penalmente, no pueden por ello cometer ningún delito y ser punibles. Ver, sin embargo, Ley de Impuestos, 357.

## II. *La antijuridicidad de la acción*

### § 9. 1. *Generalidades.*

I. Del sentido de las amenazas penales del Estado se deduce que aquéllas solamente valoran conducta antijurídica, es decir, aquélla que está objetivamente

en contradicción con el orden jurídico del correspondiente Estado. Una conducta que no esté en contradicción con éste hállese fuera de lo punible (aun cuando contradiga un ordenamiento jurídico extraño, o las costumbres o la moral; y aun cuando —como en los “delitos putativos”, “delitos imaginarios”— el que actúa considere erróneamente su acción como antijurídica). *La antijuridicidad de la conducta es, sin excepciones, el presupuesto general de la punibilidad.* En el texto de la ley penal está esto unas veces expresamente dicho (así, p. ej., en C. P. 123, 127, 303) y otras veces presupuesto como implícitamente evidente, así, p. ej., 211, 223).

II. No se deduce, sin embargo, del derecho penal mismo *cuándo y en qué medida es antijurídico* (ilícito, contrario al Derecho, no permitido) el comportamiento humano; aquél sólo establece que el castigo debe infligirse *siempre y cuando* el comportamiento descrito en la ley penal sea antijurídico. La antijuridicidad de ese comportamiento dedúcese más bien de las restantes partes del Derecho, el Derecho Civil, el Derecho Administrativo, etc. Estos son los que el delincuente “lesiona”, los que quebranta, contra los cuales obra. La afirmación corriente de que el delincuente “lesiona” la ley *penal*, que la quebranta, que obra contra ella, es falsa (ver p. ej., C. P. 73); por el contrario, el delincuente obra según lo presupone la ley penal y, de este modo, más bien la “realiza” (Teoría de las normas de BINDING).

III. Por medio del método jurídico general debe averiguarse la manera en que el ordenamiento jurídico regula la conducta humana. El contenido de esos principios jurídicos surge en parte de las *leyes*. Por eso las *leyes penales* sirven también como medios de interpre-

tación. No tendría sentido, en efecto, dictar una ley penal si la conducta en ella descripta no fuese nunca antijurídica. Así, de la sanción de la ley penal debe inducirse que la clase de conducta a que se refiere la ley penal, para el legislador, es antijurídica en todo caso, *dentro de ciertos límites*, de modo que sólo resta establecer cuáles son esos límites. Algunas leyes penales que no destacan *expressis verbis* la antijuridicidad como requisito de la punibilidad (p. ej., C. P., 211, 223) parecen más bien suponer que las acciones en ellas descriptas son antijurídicas *en general*, si no siempre, de acuerdo con el orden jurídico. El conjunto de preceptos jurídicos sobre la antijuridicidad extraído del cuerpo de disposiciones penales (“indiciados” por éste) no da, como a veces se ha dicho, una “antijuridicidad penal específica”. No se trata ni de una antijuridicidad “contra el Derecho penal” (arriba II) ni de una antijuridicidad que lo sea *tan sólo* para el Derecho Penal y no para el ordenamiento jurídico en general.

Para dilucidar cuándo y en qué medida es antijurídica una conducta humana, a la par del Derecho legislado debe atenderse al Derecho *no escrito*, de conformidad con la doctrina general de la metodología jurídica, (ver p. ej., más abajo § 10, el “estado de necesidad supralegal”).

Frecuentemente se designa como “*formal*” la antijuridicidad deducida del *texto de la ley*, y como “*material*” a la otra. Tal modo de expresión es, sin embargo, muy poco útil. “Formalmente”, antijuridicidad significa siempre contradicción al orden jurídico; la palabra “material” hace alusión sólo al contenido, ello es, a la conducta humana, que es formalmente antijurídica. En toda antijuridicidad están unidos lo “formal” y lo “material”.

IV. El ordenamiento jurídico puede considerar de tres maneras la conducta humana: o la declara antijurídica, o conforme al derecho, o jurídicamente indiferente (irrelevante). Pero no procede de modo que ciertos comportamientos sean siempre antijurídicos y los restantes nunca. Siempre median las circunstancias (personales o reales) del proceder: toda clase de conducta es, en ciertas circunstancias, antijurídica, y en otras, no. La interpretación singular es la que nos dirá cuáles son esas circunstancias.

Hay aún circunstancias cuya existencia está dotada, según el orden jurídico, con el efecto de despojar de la antijuridicidad a una clase de acciones que, sin ello, serían antijurídicas: “*causas de exclusión de la ilicitud*”, “*causas que excluyen la antijuridicidad*”, por cuyo concurso desaparecen a un tiempo la ilicitud y la punibilidad. Su regulación jurídica encuéntrase, como la de la antijuridicidad misma, en zona extra penal. Nada importan, en consecuencia, las solas causas de justificación previstas por el C. P. (como que, por otra parte, el hecho de mencionarlas el C. P. no significa que sean de carácter jurídico-penal o que solamente sean de importancia jurídico-penal). Aquí también vale lo dicho más arriba, III.

Las causas de exclusión de la ilicitud, se diferencian:

1. porque

- a) a veces, su concurso torna permitida, conforme al derecho, a la acción: causas de justificación, p. ej., 53;
- b) a veces, su concurso si bien no torna a la acción no antijurídica, tampoco la torna permitida (acciones jurídicamente irrelevantes); ver abajo § 10, II, b; simples causas de ex-

clusión de la ilicitud. Ambas clases tienen la misma significación con respecto a la existencia de un delito: en ambos casos falta la antijuridicidad necesaria para la punibilidad.

2. Las causas de exclusión de la ilicitud también se diferencian en cuanto

a) algunas favorecen a cualquiera, p. ej., 53; mediando ellas falta el delito, quien quiera que haya sido el autor;

b) el punto opuesto lo representan las causas personales de exclusión de la ilicitud que sólo corresponden a los que pertenecen a determinada clase de personas; así la orden superior en el sentido del § 47 del C. P. M., es sólo una causa de justificación para el soldado. En tal caso, no obra antijurídicamente tan sólo aquél que pertenece a esa clase de personas.

2. *De las causas de exclusión de la ilicitud en particular*

§ 10. a) *Estado de necesidad y legítima defensa.*

I. Llámase en general “*estado de necesidad*” a una situación en la cual un bien jurídico de alguien se encuentra amenazado de destrucción o de una lesión. El alcance de la posibilidad real de conservar el bien jurídico a costa de un bien jurídico de otro, puesto que la lesión de uno de ambos bienes ya en sí no es conforme al orden jurídico, presenta el problema jurídico especial

de saber cuándo y en qué medida es permitido jurídicamente hacer uso de aquella posibilidad (“reacción necesaria”).

II. Conforme al orden jurídico, la solución fundamental sólo puede ser que la *reacción necesaria a costa de un bien jurídico de otro*

- a) *es permitida* cuando la lesión del último representa jurídicamente un daño *menor* que el daño que amenaza al bien jurídico que se encuentra en necesidad;
- b) si bien no es permitido, no es tampoco antijurídico, sino *jurídicamente irrelevante* cuando ambos daños son de *igual* valor, —presuponiendo (en *a* y en *b*) que la lesión del bien jurídico ajeno es, conforme al estado de hecho, el único medio de alejar el peligro;
- c) por el contrario, una reacción necesaria que se vincula a un daño comparativamente *mayor* de un bien jurídico ajeno, *es antijurídica*.

Este “*principio del balanceamiento de bienes*”, “*principio del interés predominante*”, encuéntrase en varias disposiciones legales (C. C., 228, 904, Ley de Int. al C. C., art. 46, III, Ley de Correos de 1871, § 17) pero se generaliza, por sobre ellas, para todo el Derecho, como principio regulador no escrito; es la llamada “*regulación supra legal del estado de necesidad*”. Esta es la opinión dominante. Ver sentencias del Tribunal del Reich, 61, 254.

El § 54 del C. P., también relativo al estado de necesidad, no es aquí pertinente. El no se refiere, ni por su letra ni por su sentido, al trazado de los límites entre derecho e ilicitud en el estado necesario. Su significado consiste más bien en dejar impunes, dentro de ciertos

límites, acciones necesarias antijurídicas, a pesar de su antijuridicidad; ver más abajo § 18, II, 2. Tampoco es pertinente aquí el § 52 del C. P. (“coacción irresistible”). Ver después § 13, IV, 3.

III. Existe una especial regulación jurídica —C. P., 53; C. C., 227— para los casos en que el estado de necesidad constituye un estado de *legítima defensa*, es decir, que está fundado en una “*agresión actual e injusta*”. El núcleo de esta regulación especial consiste en que el derecho de defensa aquí establecido (causa de justificación) se concede no ya simplemente dentro de los límites de la “comparación de bienes”, sino permitiendo cualquier daño del agresor, sin considerar si es grande o pequeño el daño que amenaza al agredido (p. ej., muerte del agresor para proteger un interés patrimonial pequeño). Razón legal: el agresor no puede quejarse porque él mismo se ha expuesto al peligro, y debe abstenerse del entuerto, consciente de que expone su vida.

Conforme a esta *ratio*, el requisito de “*agresión injusta*”, exigido por el § 53, debe entenderse en el sentido de que se prevén solamente agresiones de parte de un *hombre*, y que además sean no sólo objetivamente antijurídicas, sino también *culpables* (más abajo § 12) (discutido). Por otra parte, como “*defensa*” permitida sólo se considera, de acuerdo al § 53, la aceptación de la lucha contra el agresor mismo; no quedan cubiertas por la legítima defensa las lesiones contra terceros (discutido). La defensa contra animales (ver C. C., 228), contra agresores inconscientes (p. ej., niños y enfermos mentales), así como la utilización de bienes de un tercero para efectuar la defensa contra un agresor, es permitida sólo en los límites trazados por el derecho general de necesidad (balanceamiento de bienes).

Por lo demás, el derecho de defensa se condiciona a que la agresión sea (ya y todavía) “actual”; a que la defensa sea “necesaria”, ello es, que el peligro no sea evitable por la huída o de otro modo sin lucha (discutido); finalmente, a que la medida de la defensa no sobrepase lo necesario y suficiente para defenderse según la situación de hecho (no matar, cuando bastaría un empujón, etc.).

No se excluye la legítima defensa por el hecho de que el agredido haya motivado la agresión por su culpa.

Está autorizado para ejercer la defensa legítima tanto el mismo agredido, como, por él, cualquier tercero (la llamada ayuda necesaria).

§ 11. b) *Otras causas de exclusión de la ilicitud.*

I. No obra antijurídicamente quien:

1. por razón del cargo o servicio, p. ej., como soldado, debe o puede obrar como obra. Ver, p. ej., C. P. M., 124, Ley de 2 de Julio de 1921, sobre uso de armas de los inspectores de fronteras de la administración de finanzas. En especial, no es antijurídica la conducta del subordinado, conforme a la orden, en cuanto la orden sea jurídicamente de observancia estricta.

Esta fuerza obligante pueden tenerla también, de acuerdo a la voluntad de la ley, órdenes antijurídicas. Tal deber de obediencia con respecto a órdenes antijurídicas lo establece, en principio, el C. P. M., 47, para los militares subordinados (exceptuado sólo el caso de que quien reciba la orden *conozca* que ella se propone un “*crimen o un delito*” civil o militar, ver C. P., 1). El que cumpla la orden obra, pues, como debe, es decir, no antijurídicamente (según otro modo de ver, la ejecución de la orden por el subordinado debe ser antiju-

rídica y no sólo, “culpable”. Pero entonces el incumplimiento de la orden sería conforme a derecho, lo que está en contradicción con el C. P. M., 92 y sigs. de acuerdo a los cuales aun entonces es punible).

2. el que ejecuta actos de propia ayuda. Ver, p. ej., C. C., 229, 230, 561, 859, II, III, etc.;
3. el que ejerce un derecho disciplinario que le compete.

II. El consentimiento del ofendido (o del amenazado) y la significación del hecho como auto lesión (o auto amenaza) son causas de exclusión de la ilicitud en cuanto el bien jurídico lesionado (o puesto en peligro) esté comprendido entre los derechos de disposición del lesionado (o amenazado); para ello vale el principio: *volenti non fit injuria*. Ejemplo: ataques contra la propiedad; ver en contra C. P., 216; es discutible hasta dónde el consentimiento excluye la antijuridicidad en las lesiones corporales.

III. Una actividad que está unida al peligro de que sobrevenga un resultado antijurídico, y que sería por ello antijurídica, no lo es, cuando el orden jurídico, a pesar de ese riesgo, la consiente, y el que actúa ha cumplido las prescripciones que aquél establece como condiciones de ese permiso (conforme a eso califíquese, p. ej.: la preparación de venenos, la reparación de armas de fuego, la explotación de ferrocarriles).

### III. *La culpabilidad de la acción*

§ 12. 1. *De la culpabilidad en general (Inculpación, culpa en sentido amplio).*

I. Para la punibilidad, si bien la antijuridicidad de la acción es necesaria, no es, sin embargo, suficiente;

una acción antijurídica, para ser punible, debe haberse producido también *culpablemente*. (Así es desde hace tiempo el Derecho Penal purificado; los más antiguos derechos penales seguían el principio de “responsabilidad por el resultado”, no “por la culpa”). Por medio del juicio de valor según el cual una acción es “*antijurídica*”, se caracteriza, en efecto, solamente la fase externa (el comportamiento corporal) como contradictoria con el orden jurídico. Por el contrario, el juicio de que alguien ha actuado “*culpablemente*” expresa un juicio valorativo sobre la fase *interna* (espiritual, o “*subjetiva*”) de la acción: en la subjetividad del autor no se ha examinado como debiera haberse hecho, conforme a las exigencias del orden jurídico, y por eso, por esa deficiencia, le es “reprochable” su acción. Tal reproche no va implícito en el solo hecho de que el autor haya producido objetivamente algo ilícito, porque podría haberlo hecho exento de toda culpa. Lo que importa es el estado anímico del sujeto *en el tiempo de la acción* —lo precedente y lo subsiguiente carecen de importancia— y, en consecuencia, si su resolución, ya sea por su orientación, ya sea por su modo y manera de originarse, es criticable (más detalladamente en § 14).

II. Jurídicamente, las bases del concepto de culpabilidad (“*culpabilidad jurídica*”) son los imperativos del *orden jurídico*, según los cuales las normas valorativas contenidas en éste deben ser conductoras para las resoluciones humanas. La culpabilidad jurídica es independiente de que la acción sea culpable o meritoria en sentido religioso o ético; y en particular no es excluida por el hecho de que el actor se sienta, desde el punto de vista de la conciencia, obligado a realizar su acción (la llamada creencia del delincuente o creencia jurídica).

III. El principio “*no hay pena sin culpa*” no tiene excepción en el actual Derecho alemán (prescindiendo del Derecho Penal financiero, ver Ord. de Imp. 357). Tampoco puede ser nadie penalmente responsable, sin propia culpa, por la culpa de terceros; ni tampoco la detención del redactor responsable según la Ley de Imprenta, § 20, II, significa un abandono de las exigencias de la culpabilidad, sino sólo una presunción jurídica (rebatible) de la existencia de culpabilidad (según la opinión dominante), es decir, un principio jurídico procesal que simplemente se aparta de los principios generales del derecho probatorio. (OETKER construye la responsabilidad del redactor responsable, como “responsabilidad del garante del autor”).

(Por el contrario, en el actual Derecho se encuentran aún casos en los cuales la punibilidad de una acción culpable está influida, *entre otras*, por circunstancias, en vista de las cuales el autor no tiene culpabilidad; ver más abajo, § 27, I.).

§ 13. 2. De la capacidad de ser culpable (*imputabilidad*).

I. Para reprochar a un hombre sus actos y, en consecuencia, castigarlo, es indispensable que aquéllos sean la expresión de su propia personalidad, por la cual él responde, como dueño de su obrar; que su obrar sea la expresión de una espontaneidad existente en él (auto-determinación) conforme a la cual él podía decidirse por o contra la acción. Si un sujeto, en su obrar, se determina por su carácter y por motivos concurrentes, con necesidad tal, que la acción se produce por sí misma y de modo para él inevitable, no se comprende dónde podría insertarse reproche alguno contra él por causa de su obrar.

Desde el punto de vista del *Determinismo* estricto (doctrina de la falta de libertad en la voluntad humana) es inconcebible un Derecho Penal que vincule la pena a la inculpación de un hombre. Desde tal punto de vista existen sí hombres peligrosos y medidas preventivas contra ellos; pero no culpa ni retribución. Pero si prescindiendo el Determinismo de esa dificultad, considera posible, no obstante, una responsabilidad penal por acciones determinadas, deberá contestar por qué el hacer no querido del hombre no se somete también a pena, y por qué se hacen diferencias entre los hombres acerca de la responsabilidad (más abajo, II), pues si el humano querer no es libre de ningún modo, el hacer querido y el no querido son, intrínsecamente, de igual valor, y así también el obrar del enfermo mental no debe valorarse fundamentalmente de modo distinto que el del mentalmente sano.

El Derecho Penal sólo puede por eso construirse sobre la base del *Autodeterminismo* (reductible a “Indeterminismo condicionado o relativo”), ello es, la doctrina según la cual el hombre es *libre* en el sentido de que (cuando no concurren excepciones, más abajo, IV) en él, el obrar no se explica plenamente por el carácter y los motivos, sino que, además, junto a éstos, interviene un tercer término consistente en el *poder de resistencia* existente en el hombre, que lo capacita para paralizar los motivos de impulsión con contramotivos, ello es, a elegir y decidirse (ver la expresión del C. P. en § 51). A favor de la justicia de esta interpretación de la vida espiritual del hombre habla el sentimiento de responsabilidad de la humanidad. Nada dice contra ello el argumento determinista, según el cual, la voluntad del hombre no puede estar fuera del dominio de la ley de causalidad; pues puede concebirse aquel poder de re-

sistencia como causante en sí mismo, e insertarse en la causalidad total.

II. Aclárase así también muy simplemente el fundamental concepto jurídico-penal de la imputabilidad (responsabilidad culpable, capacidad delictiva) que el Determinismo no lograba aclarar. Si el poder de resistencia es precisamente el factor que condiciona en general el concepto de culpabilidad, es evidente que aquellos hombres que carecen de poder de resistencia, están exentos de culpa en su obrar, y no pueden ser castigados. La imputabilidad es la faz criminal de la libertad del querer: es aquella disposición espiritual en la cual está presente el poder de resistencia como poder de ser obediente al Derecho. Es la condición previa, siempre que una acción concreta sea examinada para establecer si ha sido cometida culpablemente. Las acciones de los inimputables escapan por adelantado a ese examen.

III. La inimputabilidad no es lo mismo que la incapacidad de obrar (diferente BINDING). Hay “acciones de inimputables”. En el caso de incapacidad de obrar, falta la acción y, en consecuencia, no se presenta la cuestión de la inimputabilidad. (Por eso es inadecuado tratar los casos de inconsciencia simplemente como casos de inimputabilidad, ver arriba, § 8, II, 4, a).

IV. El necesario poder de resistencia (libre arbitrio, imputabilidad) sólo lo adquiere el hombre en el curso de su desarrollo individual; y en los individuos desarrollados puede ser excluido por alteraciones de su vida psíquica.

Según nuestro Derecho Penal son:

1. a) absolutamente inimputables los “niños” hasta 14 años cumplidos (Ley de Trib. de

Menores, 2). La llamada minoridad penal absoluta.

b) los “jóvenes” (personas entre 14 y 18 años, Ley de Trib. de Menores, 1) son, con respecto al Derecho Penal, “relativamente mayores”, es decir, que la imputabilidad o la inimputabilidad se determina para cada caso individualmente. Es imputable el joven que intelectualmente y caracterológicamente es maduro (capaz de resistencia, arriba I), el llamado “*discernement*, capacidad de distinguir”; inimputable, aquel al que le falta la madurez de la inteligencia o del carácter. Observar la fórmula legal de la Ley de Trib. de Menores, 3).

c) Para los sordo-mudos rige además C. P., 58, el cual se atiene a la “capacidad necesaria para conocer la punibilidad”.

2. Son inimputables los *enfermos mentales*, 51, segundo caso.

3. El estado espiritual provocado por una *amenaza* (C. P., 52) no significa, en sí mismo, inimputabilidad. Cuando la amenaza anula (paraliza o quebranta) totalmente la voluntad del amenazado, lo que falta es más bien “acción”, arriba § 8, II, 4; y si tal no es el caso, entonces el amenazado obra también imputablemente, pues se deja doblegar por la amenaza (*coactus volunit*). Pero ya que el C. P., 52, no excluye el caso de simple coacción sobre la voluntad, se deduce como intención de la ley que debe ser *considerado como* inimputable aquel que ha sido constreñido a su acción por un peligro presente para su vida o su cuerpo o para los de un pariente, peligro

no evitable de otro modo. (Los estados de coacción más leves dejan subsistente la responsabilidad penal).

V. Hay individuos cuyo poder de inhibición, si bien no puede negarse, cuantitativamente es inferior en poder al normal, ya sea porque aún no lo es bastante (así los jóvenes en edad penal), sea por deficiencias patológicas (*espiritualmente inmaduros*), sea porque median estados fisiológicos que debilitan el poder de resistencia (ver, p. ej., 217). También tales personas son plenamente imputables y penalmente responsables (es equívoca la designación “imputabilidad disminuída”, no hay grados de imputabilidad), sólo que la medida de su culpabilidad por sus acciones es menor y por ello su punibilidad en parte la ley la aminora (C. P., 217, Ley Trib. de Menores, 9) y en parte el Juez, al fijar la pena (ver § 74), debe hacerlo más levemente que en otros casos.

§ 14. 3. *Los grados de la culpabilidad (Dolus, Culpa en sentido estricto).*

I. Toda acción antijurídica reposa sobre una *resolución* del actor en el sentido de la “voluntariedad” de mover el cuerpo, o de dejarlo quieto; de lo contrario, no habría “acción” alguna (arriba, § 8). Pero la disposición anímica del actor, *con relación al contenido ilícito de la acción*, puede ser muy distinta, y conforme con ello se resuelve si el actor es reprobable y, en caso afirmativo, en qué medida.

La *más grave* reprobación le alcanza a quien antijurídicamente actúa cuando en él se da el conocimiento de que la acción es antijurídica o de que lo es posiblemente y no despliega ninguna fuerza contrarrestante,

sino que, más bien, ante el pensamiento de cometer una ilicitud, permanece, a lo menos, indiferente: grado mayor de culpabilidad: *dolus*, intención.

Una reprobación *menor* se da para aquel que rechazó subjetivamente el pensamiento de cometer una ilicitud; pero que no tomó suficientemente en serio la posibilidad de obrar antijurídicamente, o que no era consciente en absoluto de esa posibilidad; pero que con oportuno cuidado habría advertido la ilicitud y con ello habría podido y debido desistir de su resolución: grado menor de culpabilidad: *culpa* (en sentido estricto), imprudencia.

Es libre de toda tacha y por eso *inculpable* el que ni supo ni pudo saber que su conducta fuese ilícita.

Las diferencias aquí trazadas corresponden en todo caso al concepto general de culpabilidad. Véase más abajo, § § 23 y sigs., si el Derecho Penal positivo concuerda o se separa, y en qué medida.

II. Como en la culpabilidad en general, también en el *dolus* y en la *culpa* se trata solamente de la disposición anímica dada *al tiempo de la acción*, es decir, *si la resolución misma* está viciada (ya sea por su orientación o por descuido concurrente al originarse). No hay *dolus* (o *culpa*) "*subsequens*" o "*antecedens*".

#### IV. *Los tipos delictivos y su significación para el Derecho Penal*

##### § 15. 1. *Fundamentos.*

I. La común práctica jurídico-penal había extendido de tal modo el poder judicial, que el juez podía castigar toda ilicitud culpable. Toda acción antijurídica y culpable era ya por eso una acción *punible*. Contra

esto dirigió sus ataques el Liberalismo naciente del siglo XVIII, afirmando la inseguridad jurídica que tal sistema importaba: a falta de una firme delimitación de las acciones que pudieran considerarse punibles, el juez podía someter a pena toda acción que le desagradara, pretendiéndola antijurídica, y podía imponer arbitrariamente una pena grave o leve para toda acción estimada punible.

Siguiendo este movimiento liberal, la legislación posterior estrechó el concepto de acción antijurídica. Del común dominio de la ilicitud culpable fueron recortadas y extraídas determinados tipos delictivos (asesinato, hurto, etc.). Para cada uno de tales tipos se previó una pena concreta y precisamente determinada para él; y así quedaron como no punibles ciertas formas de obrar antijurídicamente que no correspondían a ninguno de esos tipos enumerados. Así logró expresión un valioso pensamiento: el de que sólo ciertos modos de conducta antijurídica (los “típicos”) son suficientemente relevantes para la intervención de la retribución pública y que, además, deben todos ser colocados en una firme escala de valores.

La protección jurídica del individuo, reforzóse, pues, tomando el legislador mismo el monopolio de la facultad de construir los tipos y de imponerles la pena, con exclusión del derecho consuetudinario y de la analogía, C. P., 2; Constitución, 116, arriba, § 1, III.

II. De este modo, redúcese el actual Derecho Penal a un *catálogo de tipos delictivos*. La antijuridicidad y la culpabilidad subsisten como notas conceptuales de la acción punible, pero concurre con ellas, como característica externa, la “*Tipicidad*” (adecuación al catálogo) de modo que, dentro de lo ilícito culpable, está delimitado el espacio dentro del cual aquellas son punibles

(así como, en una ley de aduanas, el concepto de objetos gravados se obtiene de la relación de la ley genérica con la tarifación aduanera). Acción punible lo es sólo la acción *típicamente* antijurídica y culpable.

III. La *individualización* de los tipos delictivos no se debe efectuar externamente, como si cada ley penal —textualmente considerada— con una pena *única*, siempre ha de cubrir *un* solo tipo delictivo. Entre las leyes penales encuéntrase también las llamadas “*leyes complejas*”, es decir, aquellas que hacen aplicable la pena siempre que concurren *X o Y*. Esta *o* significa a veces distintas modalidades equivalentes dentro del mismo tipo delictivo —las llamadas *leyes complejas alternativas*; pero a veces significa una diferencia tan fundamental que la pena externamente considerada *unitaria* no es más que una simplificación técnico-legal y comprende varios tipos delictivos —las llamadas *leyes complejas cumulativas*. Para determinar si una ley compleja es de una u otra clase debe atenderse si las posibilidades en ella yuxtapuestas aparecen, conforme a su valor, como distintas variedades plenamente equivalentes (ley compleja alternativa; p. ej., C. P., 131: “hechos falsos o deformados”; 217, “al nacer o inmediatamente después”) o bien si cada una de ellas, prescindiendo de su equivalencia cuantitativa representa un cuadro cerrado cualitativamente distinto (ley compleja cumulativa, p. ej., C. P., 360<sup>11</sup>: “ruidos perturbadores o gran alboroto”).

IV. Los tipos delictivos del actual derecho se dividen en “*autónomos*” y “*no autónomos*”.

En efecto, las penas que la ley conmina en las leyes penales particulares son:

- a) a veces, *prescripciones penales fundamentales* (autónomas, inmediatas, independientes), es decir, que rigen por sí mismas en un marco penal determinado o en una determinada magnitud (ver arriba, § 6, I) y por tanto son *cuantitativamente firmes* (p. ej., C. P., 242, 211).
- b) a veces, *dependientes* (subordinadas, mediatas), ello es, que simplemente suministran una *relación* cuantitativa con respecto a la pena fundamental, pero por sí mismas son indeterminadas en su contenido, son cuantitativamente variables y cobran contenido absolutamente distinto según sea la pena que se tome como base del cálculo (p. ej., C. P., 48).

Las prescripciones penales subordinadas asumen una doble función. O bien conforme a ellas se torna punible una acción humana que, si aquéllas no existieran, sería impune; o bien por ellas sólo se modifica una pena que sin ellas ya existe. Aquí consideramos sólo las de la primera clase (sobre las de la segunda, ver más abajo, § 38).

A la diferencia de penas corresponde una diferencia de los tipos delictivos a que se refieren.

- a) En las leyes penales con penas básicas se nos presentan las *especies* (y sub-especies) de delitos; son figuras delictivas autónomas, *delicta sui generis* (como hurto, asesinato, etc.) .
- b) Las leyes penales de la segunda clase presentan *figuras delictivas subordinadas*, las cuales, sin el apoyo de una de las especies delictivas, perderían en el aire, y logran significado jurídico penal sólo por la unión con una de aquéllas; pero, por otra parte, conceptualmente, tal unión

puede ocurrir con cualquier especie de delito: formas delictivas accesorias, figuras accesorias que necesitan una inclusión, las llamadas “*formas fenoménicas*”. Se parecen a un marco móvil, que si bien puede contener todos los cuadros posibles, sin ellos, es vacío; no es un cuadro.

Las formas accesorias en el actual Derecho Penal alemán son: la *tentativa*, la *instigación* y la *complicidad*, C. P., 43-44, 48, I, II, 49, I, II.

La separación de las clases de delitos y de las formas accesorias proviene de que el primer cuidado del legislador fué el de circunscribir el ámbito de lo punible por medio de tipos autónomos y conforme a eso construyó los tipos, de modo que quedó regulado el caso normal: aquel delito que (por oposición a la tentativa) está realizado, y que (en oposición a la instigación y a la complicidad) es cometido en forma personalmente inmediata; pero el legislador, además, permite que se amplíe la punición a la tentativa, la instigación y el auxilio. Técnicamente habría podido proceder colocando en el catálogo de las clases de delito (en la parte especial del C. P.) la tentativa de hurto, la instigación al hurto, el auxilio al hurto; la tentativa de asesinato, la instigación al asesinato y el auxilio al asesinato, etc., como figuras delictivas autónomas, cada una provista de una pena básica propia. Estableciéndose, sin embargo, las penas para la tentativa adecuada y uniformemente conforme a cierta relación valorativa con respecto a las figuras delictivas a las que corresponden (lo mismo pasa con la instigación y la complicidad), se logra una simplificación, creando —por medio de disposiciones generales— penas para esas figuras accesorias, que regulan *in blanco* la punibilidad con arreglo al relativo valor.

Debe tenerse presente también que las figuras accesorias, en comparación con las principales, son en general menos importantes, y que por eso su alcance como figuras delictivas puede ser fundadamente menor que el de las figuras delictivas autónomas (p. ej., impunidad de la tentativa de “contravención”, de la complicidad por imprudencia, etc.).

V. El tratamiento de la tentativa, la instigación y el auxilio, como simples “formas accesorias” no ha sido, sin embargo, rígidamente seguido. El legislador ha separado algunos casos que en realidad son de tentativa, etc., y sometiéndolos a una pena propia y cuantitativamente firme, los ha erigido en *delicta sui generis*, o tipos delictivos autónomos (ver, p. ej., C. P., 210).

Además, con respecto a ciertos actos humanos vinculados a la tentativa, la instigación o a la complicidad ha procedido el legislador de modo que los ha declarado impunes en general, al circunscribir tan estrictamente los tipos “tentativa”, etc., como lo hace en los §§ 43, 48, 49; pero luego, quebrantando esta regulación general, ha recogido una porción de casos en el catálogo de las figuras delictivas autónomas. Así se deduce, p. ej., de la delimitación de la tentativa contenida en el § 43 que los actos preparatorios no son punibles; de la delimitación del tipo “instigación” contenida en el § 48 como incitación cumplida, que la incitación fracasada no es punible; sin embargo, en ciertos casos, esos modos de proceder están comprendidos en disposiciones especiales con una pena propia y cuantitativamente fija (ver, p. ej., C. P., 86, 201, 49a, 159).

§ 16. 2. *El delito-tipo jurídico penal.*

(Der “(Straf—) Gesetzliche Tatbestand” \*

Toda figura delictiva *autónoma* se compone de una pluralidad de elementos, los cuales se encuentran en la correspondiente ley penal previstos a veces *expressis verbis*, a veces *sub intelligenda*, para precisarse o completarse por interpretación. Encuéntrase esos elementos en parte en la faz externa (objetiva), en parte en la faz interna (subjetiva) de la acción. Los elementos externos caracterizan el “*tipo de ilicitud*” de cada caso y los internos las particularidades de la *culpabilidad* que deben concurrir para redondear el tipo de ilicitud como tipo de delito. Pero en cada figura delictiva todas sus características se orientan hacia una imagen unitaria a la cual se relaciona cada uno de los elementos, ya inmediata, ya mediatamente.

La faz *externa* presenta siempre, en efecto, un elemento al cual debe referirse *también lo interno* del au-

\* Para facilitar al lector la comprensión de esta parte de la obra, y especialmente la de los puntos V y VI, creo útil transcribir y traducir el § 59 del C. P., que dice así: “Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumständen nicht kannte, welche zum *gesetzlichen Tatbestande* gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen”.

“Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist”.

“Cuando alguien, al cometer una acción punible no conocía la existencia de circunstancias de hecho que pertenecen al *Tatbestand* legal o que agravan la penalidad, no se le computarán esas circunstancias.

“Esta disposición rige para la punición de los delitos culposos sólo en cuanto el desconocimiento mismo no es imputable a culpa”.

Según la interpretación de BELING, la expresión *Tatbestand* tiene aquí el sentido de delito-tipo, por oposición a tipo de delito, a mera figura delictiva. (Ver “Die Lehre v. T.”, al final. Ver también SOLER, Derecho Penal Argentino, T. II, § 44, I-IV). El sentido literal de la palabra derivase de *Tat* = hecho y *bestehen* = consistir aquello en que el hecho consiste; la esencia legal del hecho. No puede decirse, por cierto, “elemento constitutivo”, porque la muerte, en el homicidio preterintencional (lesiones seguidas de muerte, según la expresión alemana) es un elemento constitutivo *de la figura*; pero no del *delito-tipo*; no pertenece al *Tatbestand*. (Nota del T.).

tor para que se dé “esta” figura delictiva correspondiente. En el asesinato, p. ej., ese elemento es realizar la “muerte de un hombre”; en consecuencia, el dolo —necesario en la faz interna para el asesinato— debe dirigirse precisamente a la “muerte de un hombre”. En el hurto: la “substracción de una cosa mueble ajena”, pues ésta debe ser no sólo objetivamente ejecutada, sino que también hacia ella debe dirigirse la intención del autor. Existe, pues, de este modo, en toda figura delictiva un “esquema” rector dominante común para la faz objetiva y para la subjetiva.

Cierto delitos, sin embargo, encierran elementos, que sólo deben darse *objetivamente*, sin que importe nada su vinculación con la “subjetividad” del autor; p. ej., el delito de “lesiones seguidas de muerte” (C. P., 226) requiere el resultado mortal sólo como *objetivamente* sucedido. Elementos de esa clase no pertenecen al “esquema rector”, cuya esencia consiste precisamente en que alumbra *ambas* faces del hecho. Con todo, ellos no carecen de relación con el esquema; se vinculan a él mediata y suplementariamente (así en § 226 el resultado mortal como agregado al esquema de las lesiones). Lo mismo puede decirse de los elementos “*puramente subjetivos*” necesarios en numerosas figuras delictivas; cuando, p. ej., se requiere para el hurto (C. P., 242) “el fin de apropiarse ilícitamente” (no ya la apropiación objetiva en sí), esta intención representa un agregado al dolo dirigido al esquema “substracción de una cosa mueble ajena”.

Este esquema lo legisla el § 59 del C. P. (cuya significación se considera detenidamente en § 24) llamándolo “*gesetzlicher Tatbestand*” (*delito-tipo*).

II. El *contenido* de cada delito-tipo debe considerarse aisladamente para cada figura autónoma de

delito. “El” delito-tipo significa sólo la *función* de los distintos contenidos como “esquema” para la figura delictiva *correspondiente*. La “parte especial” del Derecho penal es por eso la que regula la construcción de esos contenidos. Las insuficiencias de la letra de la ley en las disposiciones especiales deben salvarse por medio de la interpretación (p. ej., C. P., 185, 360<sup>11</sup>, donde los elementos del delito-tipo en modo alguno se expresan, sino que sólo se da el nombre del tipo: “injuria”, “gran alboroto”). En las llamadas “leyes penales en blanco” (aquellas en que la figura sólo está muy ampliamente bosquejada y dejan su delimitación más precisa a otras leyes o reglamentos; leyes con “penalidad abierta o ciega”, p. ej., C. P., 145) lo decisivo para el delito-tipo es lo que llena el blanco.

III. Todo delito-tipo traza fundamentalmente el cuadro abstracto de un acontecimiento vital de determinada clase, y cuenta con que el examen de los hechos humanos establezca si éstos corresponden a ese cuadro. En este sentido, todos los contenidos del delito-tipo son equivalentes entre sí. De acuerdo con los elementos o notas del delito-tipo se pueden distinguir *grupos* de delitos, que luego permiten una agrupación de clases de delitos. Para efectuar esa clasificación, pueden adoptarse distintos puntos de vista.

1. Los *elementos del delito-tipo* se toman:

- a) o de una *particularidad del comportamiento corporal* (p. ej., “andar”) o del *sentido intelectual* de la actuación (p. ej., “incitación”, “amenaza”);
- b) o de las circunstancias de lugar, tiempo y objeto, anteriores o concomitantes, en las cuales se produjo el hecho corporal (p. ej.,

“después de recibir moneda falsa”, C. P., 148; “durante una guerra”, 89; “en aguas ribereñas”, 296 a; “embarazada”, como objeto, 219; “violencia”, como medio, 176 —se habla en tales casos de “delito-tipos con medios legalmente limitados”—; “empleado”, como autor, 331; “publicidad” = perceptibilidad sin determinar quiénes y cuántas personas, 110);

- c) o bien de la concurrencia de un evento o estado temporalmente posterior a la acción, como *resultado* (ya físico, p. ej., la muerte de un hombre, o espiritual, como, p. ej., tomar conocimiento, escandalizar).

La mayoría de los delito-tipos se refieren (vinculándose parcialmente con uno de los elementos sub 1, a y b) a un *resultado* (c) como hecho final típico: los llamados *delitos de resultado o materiales* (p. ej., 211, 303). Constituyen su opuesto los *delitos de pura acción* o *delitos formales*, en los cuales es indiferente, con respecto al tipo, lo que sucede *después* del comportamiento corporal (p. ej., “andar sobre un jardín”, 368°).

## 2. Surge otra clasificación de los delitos de que:

- a) en algunos de los delito-tipos, el verbo que designa la acción expresa la lesión de un objeto indicado en el delito-tipo: *delitos de lesión* (p. ej., homicidio);
- b) en otros, recíprocamente, es un peligro lo que concurre como característica: *delitos de peligro* (p. ej., 313); (ambos, a y b designados generalmente como “delitos criminales”);

- e)* en los demás, para el delito-tipo no son esenciales ni la lesión ni el peligro, son los llamados *delitos de policía* o *puras desobediencias* (p. ej., 366<sup>o</sup>; 153; 360<sup>o</sup>); al tercer grupo pertenecen también los delitos llamados de peligro abstracto o general (en contraposición con los cuales a los genuinos delitos de peligro se los llama “concretos” o “especiales”) en los cuales el pensamiento de que el modo de obrar nombrado en el delito-tipo por regla general es peligroso, constituyó el motivo legal para la creación de la ley penal (p. ej., 324). La designación “delito de policía” (y la designación “pena policial” para la pena correspondiente) es, por lo demás, equívoca, en cuanto despierta la idea falsa de que son las autoridades policiales las que establecieron o decretaron la pena.
3. Los elementos de un delito-tipo, con respecto a la persona del autor, se encuentran ya en una relación estricta ya en una relación suelta:
- a)* o bien ellos están especificados —como *personalísimos*— de modo que como “autor” sólo puede ser castigado, aquel que los reúne, de modo que quien no los tiene, sólo puede ser considerado eventualmente como “cómplice” (más abajo, § § 30-32) aun cuando, por lo demás, haya realizado el delito-tipo. Ej., apoderar-“se”, en C. P., 246; además, los llamados delitos especiales, en los cuales el tipo requiere que el actor pertenezca a una determinada clase de personas (296 *a*: extranjeros; 297: viajeros, tripulante, marino; 343: empleado);

b) o bien (por regla general) se trata de elementos “transitivos”, es decir, que pueden considerarse como si se diesen inmediatamente en un actor aun cuando éste solo haya determinado o consentido su realización por medio de otro (casos de acción mediata y de desplazamiento de la actividad de un auxiliar al autor principal, abajo § 22, I, § 76).

4. Algunos delitos se refieren —delitos “de acción doble”— a una combinación de acciones de distinto significado (p. ej., 267: falsificar + usar).  
*Delitos complejos.*

5. Algunos delito-tipos contienen elementos que están tomados colectivamente, p. ej.: “dinero”, 146; “duelo”, 205; “vagancia”, 361<sup>3</sup>. Es la llamada *unidad legal* (v. Buri). Ver en § 75 su significación.

6. Delitos permanentes: aquellos cuyo tipo se manifiesta prolongándose a través de un espacio de tiempo más o menos largo (ej., el secuestro).

7. Delitos de estado: aquellos en los cuales de la realización del tipo resulta un estado antijurídico durable.

(Sobre los elementos “normativos” y “subjetivos” del delito-tipo, ver más abajo § 17).

IV. El contenido de cualquier delito-tipo traza una línea delimitativa alrededor del acontecimiento “configurado”. Su sello característico lo recibe del *verbo* en él contenido, como “matar” (C. P., 211), “sustraer” (242), etc. Todo verbo típico sugiere en nosotros la representación de una antítesis cuádruple: la antítesis

- a) con respecto a actos que *todavía* no pueden designarse como actos de “matar”, etc. (p. ej., cargar la escopeta);
- b) con respecto a actos que *acompañan* un “homicidio”, etc.; pero sin tener ellos mismos el carácter de tales (p. ej., A, sujeta a X, en un homicidio cometido por B);
- c) con respecto a actos que están *después* de “matar”, etc. (p. ej., enterrar el cadáver); hasta aquí, de *a* a *c*, actos en la zona exterior del delito-tipo;
- d) con respecto a aquellos actos que nada de común tienen con lo que se llama “matar”, etc.

Esta aclaración es importante para la doctrina de la correidad y la complicidad, de la ejecución, la tentativa y la preparación.

V. El *delito-tipo* (“gesetzliche Tatbestand”) es un concepto *fundamental* para todo el Derecho Penal. Su importancia no se limita a la de constituir el esquema unitario para cada figura delictiva autónoma, esquema en el cual todas las características de éstas se enhebran como en un hilo.

1. por de pronto, no puede prescindirse de él para la clara comprensión de la esencia de las figuras delictivas *subordinadas* (las “formas mediatas”). Pues la inclusión que éstas requieren en una u otra de las figuras delictivas autónomas significa también una dependencia del esquema que rige la correspondiente figura autónoma de delito (Tentativa = Tentativa de “matar un hombre”, de “substraer una cosa mueble ajena”, etc.; instigación y auxilio = instigación

y auxilio a “matar a un hombre”, a substraer una cosa mueble ajena”, etc.).

2. Pero también las demás prescripciones penales pierden su firmeza cuando se prescinde del delito-tipo (“Coautores no son aquellos que hacen “algo” en común, sino aquellos que en común “matan a un hombre”, “substraen una cosa mueble ajena”, etc. “Unidad de hecho” no significa la homogeneidad de varias acciones cualesquiera, sino de acciones que, en conjunto, significan “matar un hombre”, etc.).

VI. El lenguaje jurídico emplea, desgraciadamente, la *palabra* “*Tatbestand*” en otros sentidos completamente distintos.

1. Se llama “*Tatbestand*” al caso concreto que se debe juzgar. Para eso está, sin embargo, la palabra “caso” (“*Sachverhalt*”).
2. Se habla del “*Tatbestand* general del delito”, entendiéndose con ello la totalidad de las condiciones de la existencia de una acción punible. Pero para eso más sencillo es decir: concepto del delito.
3. Se habla de un “*Tatbestand* especial del delito” para cada clase de delitos, p. ej., el del “asesinato”. Esto no es nada más que la figura de delito de una clase determinada de delitos. Con la designación “*Tatbestand*”, se oscurece aquí lo esencial del sentido del § 59, C. P.; según aquel modo de expresarse, correspondería al “*Tatbestand*”, entre otros elementos, la muerte en el caso de lesiones seguidas de muerte (C. P., 226); en consecuencia, de acuerdo al § 59, lo subjetivo

del autor debiera referirse a ella también, siendo que se reconoce siempre que en tal caso, conforme al § 59, la muerte está *más allá* del "Tatbestand".

4. Se separan un Tatbestand "objetivo" (externo) y uno "subjetivo" (interno). Con ellos simplemente se nombran las faces externa e interna del delito. Con la designación Tatbestand "interno" confúndese además frecuentemente la situación espiritual del autor y el concepto jurídico de culpabilidad referible a ese estado.
5. Se habla de un "Tatbestand de la tentativa, de la instigación, de la complicidad". Y con ello se piensa en las "características" de la tentativa, etc. Designando a esto con la palabra "Tatbestand", se confunde en un mismo plano el "Tatbestand de la tentativa", etc., con el del asesinato, el hurto, etc., con lo cual se da un cuadro completamente contrahecho, como si las formas accesorias fuesen clases coordinadas de delitos.
6. En forma parecida se designan, en general, con la palabra "Tatbestand" las características *de todo* concepto jurídico, "Tatbestand de la legítima defensa", "Tatbestand de la prescripción", etc.
7. Finalmente, no se ha superado aún la costumbre de designar como "Tatbestand legal" a las palabras literal y externamente textuales, con las cuales los párrafos especiales de la ley establecen las condiciones para que se pueda aplicar la pena. Según esto, p. ej., la antijuridicidad pertenecería al Tatbestand (delito-tipo) en el § 303, pero no en el § 211, y el § 185 no tendría

ningún Tatbestand legal. Esta manera de expresarse no tiene objeto alguno. Sólo puede conducir a una jurisprudencia literal.

Es evidente que tal variedad de acepciones para una sola palabra, sólo confusiones puede causar. Es, pues, absolutamente necesario hablar del "Tatbestand" exclusivamente en el sentido del Tatbestand legal estricto (delito-tipo), a cuya esencia nos hemos referido. Para lo demás existen a disposición expresiones distintas y adecuadas.

§ 17. 3. *La relación del delito-tipo con la figura delictiva.*

I. El delito-tipo no se identifica con la figura delictiva correspondiente. Esto se ve claro en un ejemplo. La figura delictiva "asesinato" consta de los siguientes elementos: una acción, que:

1. objetivamente, significa la ejecución antijurídica de la idea "matar a un hombre",
2. con una intención a ello dirigida y
3. ejecutada con premeditación. Ya el primero de esos elementos es algo distinto del delito-tipo "matar un hombre", pues esta figura, si bien *se extrae* de los hechos de "matar hombres" *realmente sucedidos*, es sin embargo tan distinto de ellos como lo es el concepto "dinero" del hecho de que nosotros lo tengamos. El segundo y el tercer elemento ya son completamente distintos de "matar un hombre".

El delito-tipo es precisa y solamente el *esquema* común para los elementos del delito, un cuadro solamente "regulativo" para los elementos de la figura.

El trueque de las figuras delictivas con su delito-tipo estaría facilitado por el hecho de que estos últimos son también “figuras”, que pueden concebirse como las figuras delictivas, reunidas en un catálogo. Pero el catálogo de los delito-tipos es completamente distinto del de las figuras delictivas. Está, pues, bien, representarse al primero como si fuera un “libro de estampas jurídico penales” en el cual todos los delito-tipos (“matar un hombre”, “substraer una cosa mueble ajena”, etc.), están dibujadas esquemáticamente, y, por el contrario, considerar el catálogo de las figuras delictivas (asesinato, hurto, etc.), formado por el texto que acompaña aquellos cuadros. Con sólo contar el número de ambas series se ve la diferencia entre delito-tipos y figuras delictivas. *Un único y mismo delito-tipo* rige comprensivamente *varias figuras de delito* al mismo tiempo, las cuales, en consecuencia, se diferencian entre sí por elementos “extratípicos” (p. ej., el delito-tipo “matar un hombre” rige el asesinato, el homicidio, el homicidio culposo, etc.), de modo que el catálogo de las figuras delictivas contiene más números que el “libro de estampas” penales.

II. Es actualmente muy discutida la cuestión de los “*elementos subjetivos y normativos del delito-tipo*”.

1. Como elementos “*subjetivos*” se comprenden aquellos que pertenecen a lo interno del autor (sus representaciones, sus propósitos, etc.). La afirmación de que existen elementos “del delito-tipo” de esa clase, descansa sobre la confusión del delito-tipo con la figura delictiva. Para toda figura, la forma de la faz subjetiva es esencial (culpabilidad de determinada clase —dolo, culpa— y aun además requisitos especiales como “premeditación”, C. P., 211, “fin de apropia-

ción”, 242, etc.). Por el contrario, el delito-tipo sólo puede ser la copia de un hecho externo sin referencia a lo interno del actor. Su función es precisamente la de que se relacionen a él, aparte de la faz objetiva (“realización” del delito-tipo) también lo interno del autor. Si en el delito-tipo se incluye ya algo “interno”, la faz interna debería referirse a sí misma (p. ej., si en el § 242 del C. P., el “fin de apropiación” fuese una parte del delito-tipo, el autor, conforme al § 59, debería haber dirigido su dolo, entre otras cosas, también a este propio fin) lo que es psicológicamente desconcertante. La doctrina de los “elementos subjetivos del delito-tipo” está principalmente determinada por el hecho de que en las leyes penales se encuentran, en forma puramente literal, *palabras* que anuncian algo externo unido a algo interno (así se podría entender, p. ej., la palabra “impúdico” en C. P., 183, en el sentido de que obra “impudicamente” sólo aquel que con su acción de carácter sexual quisiera satisfacer sus deseos lascivos). Pero no son las palabras de la ley sino su espíritu, lo que importa para la comprensión del delito-tipo (ver arriba, § 16, II) y por ello es tarea de los juristas buscar una expresión verbal para sustituir a esa inadecuada palabra compuesta, expresión que designe correctamente al esquema regulador común para la faz objetiva y subjetiva.

2. Bajo la designación “*elementos normativos del delito-tipo*” entiéndiense conceptos de valor, incluso los conceptos jurídicos valorativos, como “propiedad”, “ejercicio legal de un cargo”, etc.

Si bien no se presenta dificultad alguna para comprender los elementos normativos *extrajurídicos* del

delito-tipo (p. ej., “poca cantidad”, “valor insignificante”, C. P., 370<sup>5</sup>) ella parece presentarse con respecto a los elementos *jurídicos* normativos, por el hecho de que el delito-tipo es sólo el esquema rector para la antijuridicidad que se da en su realización y que precisamente por ésta se caracteriza, y así, con la admisión de elementos jurídico-normativos en el delito-tipo parece anticiparse la cuestión de la antijuridicidad. La solución surge de las siguientes consideraciones:

- a) La antijuridicidad misma no puede ser jamás un elemento del delito-tipo. Ya sea que el “tipo literal” (arriba, § 16, V, 7) la presuponga como condición de la punibilidad o no, el hecho es que, en todo caso, por el delito-tipo sólo se determinaría la “clase” de antijuridicidad” y no a ésta en sí misma. Siempre son cuestiones distintas la de saber si existe o no “la muerte de un hombre” y la de saber en qué medida ello es antijurídico. Los delito-tipos no son en modo alguno, como recientemente se ha afirmado, “tipos de ilicitud” en el sentido de que, con afirmar que un delito-tipo se ha realizado, se afirma conjuntamente la antijuridicidad. Es cierto que el legislador ha extraído sus figuras delictivas recortándolas del dominio general de lo ilícito, y por eso es que se dice correctamente que el requisito de la “tipicidad”, y con él el de la adecuación al del delito-tipo, no van *junto* al de la antijuridicidad, sino que se insertan *en éste* (“una acción antijurídica, *ello es, antijurídica de este u otro modo*”). Pero aquí debe considerarse (ver arriba, § 9, IV), que al legislador no le es posible construir los tipos de manera que los modos de conducta abarcados por los tipos caigan totalmente en el dominio de lo ilícito: todo tipo,

creado a fin de ser empleado como tipo de ilicitud, presenta una imagen representativa que, considerada en su particular carácter de “tipo”, puede entrar en *ambas* mitades del Derecho: lo antijurídico y lo no antijurídico. Esto es aplicable también a los delito-tipos.

De ahí se deduce que los delito-tipos son de carácter *puramente descriptivo* y que con ellos no se contesta la cuestión de la antijuridicidad o de la licitud, a pesar de su derivación de “lo ilícito”. La “adecuación al delito-tipo” y la “antijuridicidad” de una acción concurren, pues, como dos círculos secantes: hay acciones adecuadas al delito-tipo que no son antijurídicas (p. ej., la muerte de un hombre en defensa legítima) y acciones antijurídicas que no se adecúan a un tipo (p. ej., en el actual Derecho Alemán el *furtum usus*, el incumplimiento de contrato; a lo menos, sólo fragmentos de ellos están tipificados). Es condición de la punibilidad el tipo de ilicitud; pero el delito-tipo no lo *es*, sino la unión del delito-tipo y de la ilicitud.

- b) Ahora bien, aun cuando delito-tipo sea meramente “descriptivo”, nada impide al legislador separar las figuras delictivas entre sí y con respecto a la zona que deja libre, eligiendo para ello el punto de vista que le sea útil para trazar la imagen que se propone. Puede, pues, emplear también *conceptos particulares jurídico-normativos* (conceptos particulares: no la antijuridicidad en general, que no es, por cierto, adecuada para dar base a diferencias típicas); p. ej., la propiedad ajena (C. P., 242) o la propia (C. P., 289). En cuanto intervengan, en el esquema común para las faces objetiva y subjetiva, tales

elementos, éstos tórnanse “elementos normativos del delito-tipo”. Por su intermedio no se resuelve la cuestión de la antijuridicidad de la acción (sólo tienen, como los demás elementos del delito-tipo una función meramente “descriptiva”); sólo estrechan el campo en el cual se plantea el problema mismo de la antijuridicidad.

§ 18. V. *Restricciones legales de la punibilidad. (Causas materiales de exclusión de pena).*

I. Una acción “típicamente” antijurídica y culpable es en principio una acción *punible*. Hay, sin embargo, circunstancias que, al mediar, hacen que acciones de esa clase, por excepción, *no sean* acciones punibles. El pensamiento legislativo consiste aquí en que la autoridad del Estado no sufre ningún perjuicio con que cese la retribución. Desde este punto de vista, el estado ha limitado la retribución posible de modo que del círculo de las acciones antijurídicas y culpables ha sometido a pena solamente las “típicas”. Pero aquí aún da un paso más, dejando impunes ciertas acciones, aunque estén comprendidas en el catálogo de los tipos, cuando median ciertas condiciones. Esas circunstancias se denominan “circunstancias materiales de exclusión de pena”.

Se llaman “circunstancias de exclusión de la pena”

- a) en contraposición a las circunstancias que no corresponden al Derecho penal, y que siendo sólo procesales, no excluyen la punibilidad, sino la “perseguidibilidad”, p. ej., la falta de querrela (abajo, § 82), el divorcio en el adulterio (C. P., 172), garantía de reciprocidad (C. P., 102, 103), “requerimiento de autoridad extranjera” (C. P., 4<sup>a</sup>, II), etc.;

- b) en contraposición a las circunstancias que hacen ya desaparecer de la acción al carácter de anti-jurídica o de culpable o de “típica”, las cuales, aunque también excluyen la punibilidad, difiérencianse sin embargo de las que aquí hablamos en que estas últimas, como “puras” o “simples” causas de exclusión *de pena*, excluyen justa y *solamente* la punición y no las circunstancias de fondo que la condicionan.

Se llaman circunstancias “*materiales*” de exclusión de pena en contraposición a las “*personales*” (abajo, § 33) que sólo significan privilegios personales de impunidad para determinadas personas, pero que dejan intacta la punibilidad de la acción misma.

## II. En tal sentido desaparece la punibilidad

1. según el C. P., 4, I, 6, “por regla general”, por hechos cometidos *en el extranjero* (y ahora en el territorio del Sarre, Ley de 10 de Marzo de 1922). Excepciones a este precepto en C. P., 4, II, 298; C. P. M., 7, 161; Ordenanza de gente de mar, § 121; Ley de Consulados, 7 de Abril de 1900, § 77;
2. según el C. P., § 54, para acciones cometidas en un *estado de necesidad* inculpable e inevitable de otra manera, para salvar un peligro actual para la vida o el cuerpo del autor o de un pariente (§ 52, II).

Acerca del significado del § 54, las opiniones, sin embargo, están divididas. Se enuncian las siguientes concepciones:

- a) el § 54 imprime a la acción el sello de una acción *conforme al Derecho*. En tal caso, las condi-

ciones de aquél son concebidas de modo que nada importa el balanceamiento de los bienes; para ellos es aplicable cuando, p. ej., el amenazado por el rasguño de un perro (“peligro para el cuerpo”) mate a un hombre. Pero no se comprende cómo podría el orden jurídico conceder una potestad ilimitada sobre todos los bienes ajenos a aquel que se encuentre eventualmente en un estado de necesidad para la vida o el cuerpo suyos (o los de un pariente). Lo lógico es sólo una regulación tendiente a que el Estado, teniendo presente la debilidad del hombre, cierre los ojos ante esas reacciones necesarias que exceden la norma de proporcionalidad y que, conforme a la regulación general de la justificación por necesidad (arriba, § 10, II) son anti-jurídicas, y que, en consecuencia, sólo conceda para esos casos una simple impunidad.

- b) el § 54 significa una causa de exclusión *de la culpabilidad*. Pero numerosas acciones necesarias son perfectamente reprochables, y cuando el actor realmente obra sin culpa, la impunidad surge conforme a los principios reguladores de la culpabilidad y el § 54 resulta superfluo.
  - c) el § 54 significa *sólo* una causa “*personal*” de exclusión de pena. Pero entonces, los instigadores y auxiliadores del autor seguirían siendo punibles (más abajo, § 33), lo que apenas puede concebirse, puesto que la debilidad humana que explica la impunidad, también media con respecto a ellos.
3. Conforme al art. 30 de la Constitución (C. P., 12), comp. 38, Constitución de Baviera, están libres de toda responsabilidad los *informes ve-*

*rídicos sobre los debates parlamentarios.* No podría aceptarse que fuese con ello estatuido *un derecho* ilimitado para los relatores. La ley crea simplemente una causa material de exclusión de pena para casos en los que la acción es anti-jurídica.

B. *La construcción del concepto de acción punible en las figuras autónomas del delito*

§ 19. I. *Generalidades.*

I. La exigencia legal de la “adecuación al catálogo” (“tipicidad”) trae consigo que la existencia de una acción punible, conforme a la “parte especial” del Derecho penal, es decir, conforme a una figura delictiva autónoma, a una clase o subclase de delitos (p. ej., de un asesinato, de un hurto simple, de un hurto con fractura) puede sólo afirmarse:

1. cuando objetivamente la acción corresponde plenamente con el delito-tipo de la pertinente figura delictiva, es decir, cuando es “*adecuada al delito-tipo*” (ver lo que sigue, II, y § § 20-22) y en esa relación de adecuación es anti-jurídica;
2. cuando la faz culpable de la acción, trae consigo una conformación específica que relaciona lo interno del autor precisamente al mismo delito-tipo (más abajo, § § 23-26);
3. cuando se dan las accidentales características propias de la correspondiente figura delictiva (abajo, § 27).

II. La realización del delito-tipo (precedentemente, 1) se da, cuando la acción con su manifestación corpórea, sus circunstancias precedentes y concomitantes y sus consecuencias (ver arriba, § 16), ello es, con sus "circunstancias de hecho" presenta plenamente el cuadro típico, cuando es "matar un hombre", "substraer una cosa mueble ajena", etc. Una acción de esa clase se llama también "ejecución" ("ejecución plena") del delito. Su opuesto son las "acciones preparatorias, accesorias y posteriores" que caen fuera de la zona del esquema típico (arriba, § 16, IV); éstas, como tales, no son punibles (algunas de ellas son sin embargo configuradas como *delicta sui generis*, ver, p. ej., C. P., 86). Incluso el simple "principio de ejecución" (tentativa) está excluído aquí (sobre él ver § 29).

La realización del delito-tipo, puede presentarse de diversas maneras; sobre ello, ver § § 20-22.

## II. *La realización del delito-tipo*

### 1. LA LLAMADA AUTORÍA INMEDIATA

§ 20. a) *De la ejecución positiva y particularmente de la causalidad en los delitos materiales.*

I. No es difícil resolver si un determinado *movimiento corpóreo* (acción *positiva*) es "adecuada al tipo", cuando se trata del tipo de un "*delito de pura actividad*" (arriba, § 16, III, 1), cuando se trata, p. ej., de saber si el movimiento corporal es "andar sobre un sembrado" (delito-tipo del § 368° del C. P.).

II. Es distinto lo que pasa con los "*delitos materiales*". Su delito-tipo traza la imagen de *cierto* comportamiento corporal *que ha traído tras de sí un deter-*

minado *resultado* y de modo tal, que el comportamiento aparece como “matar a un hombre”, etc. Por eso importa aquí ante todo comprobar si existió o no una relación de “causación” (relación causal) entre el movimiento corporal y el resultado. Es preciso establecer de inmediato que no se trata de la vinculación entre la voluntad de moverse y el movimiento corporal (faces interna y externa de la acción; arriba, § 8). Es también importante, además, el hecho de que la afirmación de una relación causal entre el movimiento corporal y el resultado típico, no importa en modo alguno, por sí sola, responsabilidad (punibilidad) penal, sino que sólo es la afirmación *de uno* de los elementos de los cuales ésta depende. Ello es porque con la afirmación de la existencia de una causación (“imputación física”, *imputatio facti*), no se afirman ni la antijuridicidad de la acción típica, ni su culpabilidad. Deben *distinguirse especialmente* la “causación” y la “inculpación” (“imputación interna”, *imputatio juris*); la afirmación de la existencia de una relación causal no contiene aún ninguna valoración jurídica; por el contrario, la culpabilidad es un concepto jurídico-normativo, relativo a la faz interna, mientras que el de causalidad es descriptivo y yace en el campo externo (comp. el giro verbal “causa inculpable”). La amalgama de la cuestión de la causalidad con la del valor jurídico de la acción (antijuridicidad, culpabilidad), (como si “voluntad” y “delito” estuvieran causalmente vinculados) hace imposible la clara solución del problema.

1. No existe nunca *relación de causalidad* cuando la acción correspondiente es mentalmente suprimible, y sin ella el resultado también se habría producido; es decir, que no media ninguna “relación condicionante” (“procedimiento hipotético

de eliminación" de TYRÉN: análisis de todos los "antecedentes" dados del correspondiente resultado y comparar el suceso con el que se habría producido sin la acción correspondiente). Si, p. ej., A envía a X una máquina infernal; pero X muere de una enfermedad antes de recibirla, A no ha ejecutado ningún asesinato (sólo, eventualmente, tentativa de asesinato).

2. Pero si determinada acción se encuentra entre las condiciones necesarias para la producción del evento, si para éste es una *condicio sine qua non*, se presenta la cuestión de saber si esta relación entre ella y el resultado es ya suficiente para constituir "autoría", o si dentro del círculo de las condiciones del resultado median diferencias, y por ello pueda ser que una acción humana, aun siendo co-condicionante para el evento, resulte ser irrelevante desde el punto de vista jurídico, o que sólo funde una responsabilidad secundaria en vez de una "principal". (Caso: A hiere a X con un cuchillo que le ha proporcionado B; en el hospital se sutura la herida de X; el enfermero C abre una ventana por la que entra corriente de aire, X estornuda, se rompen las vendas y sobreviene una hemorragia. ¿Se han de considerar igualmente autores de la muerte a A, B y C?).

Esta formulación de los problemas concluye viendo si entre las condiciones del evento se destacan algunas que son *la causa* del resultado, tras de las cuales las restantes se presentan como menos importantes y que no implican "autoría". El punto neurálgico es entonces el de fijar claramente el criterio para el concepto de "causa".

- a) La más antigua concepción era la siguiente: causa es sólo aquella condición que *necesariamente* debía acarrear el evento. Pero esto no puede en sentido estricto afirmarse nunca de las acciones humanas. Aun cuando se tome la expresión “necesidad” sólo en el sentido de seguridad experiencial de la producción del evento, se va a parar a un resultado indudablemente no querido por la ley (p. ej., el que ha disparado contra otro podría no ser castigado por homicidio cuando fuese inseguro y experimentalmente dudoso que el arma sirviese).
- b) También está científicamente abandonado hoy el criterio de que deba tomarse como causa la condición temporalmente *última*.
- c) V. BAR se fundaba en una confusión entre causa y culpabilidad cuando elegía como causa a la acción “contraria a la regla”, a la acción no correspondiente a la regla de la vida (acción que no habría realizado un *bonus pater familias*).
- d) BINDING llama causa a aquella condición que da “la dirección decisiva hacia el evento” a todas las demás condiciones positivas y negativas existentes y que hasta entonces habían conservado el equilibrio (teoría de la prevalencia). Esta teoría proviene de la enunciada *sub 2*.
- e) Según BIRKMEYER, “causa” debe ser la condición “*más eficiente*”. Pero cualitativamente, una condición es tan eficaz como las otras (de otro modo no sería “condición”) y las diferencias cuantitativas de eficiencia entre

las condiciones no pueden influir en su esencia.

- f) Según la “teoría de la *relación causal adecuada*”, “teoría de la adecuación” (fundador: J. v KRIES; adherentes M. RÜMELIN, v. ROHLAND, LIEPMANN, ALLFELD, KÖHLER, R. SCHMIDT, TRÄGER) deben ser causas de un evento sólo aquellas condiciones que (no solamente han contribuido en el caso concreto sino que) tienen una capacidad general para producir tales resultados (de ahí, p. ej., que no exista relación causal alguna entre el hecho normal de encender una estufa en invierno y un incendio determinado por el vuelo de las chispas). Claro está que el hecho de que así sea, sólo puede naturalmente determinarse, partiendo siempre del resultado (“punto de vista de la prognosis ulterior”); pero los partidarios de esta teoría lo caracterizan, sin embargo, de diversas maneras. Especialmente se diferencian el (antiguo) punto de vista de la “prognosis posterior subjetiva” (previsión o previsibilidad desde el punto de vista del *autor*) y el (nuevo) punto de vista de la “prognosis posterior objetiva”. Estas teorías responden a la necesidad de restringir o de negar la responsabilidad jurídica por ciertos procesos causales no habituales (aventurados) para suavizar ciertas durezas. Pero como que sólo es punible la realización *culpable* del delito-tipo, y no podría hablarse de tal severidad cuando una causación, si bien inadecuada, sea reprochable al autor, desaparece así, para el Derecho penal (ver con todo más abajo,

§ 27, I), el fundamento para tales restricciones de la causalidad (“regulador de la culpabilidad de v. BURI”). Lo único cierto es que la adecuación, fuera de la cuestión de causalidad, es importante en cuanto

- a) poner una condición inadecuada para un evento antijurídico, puede importar una acción jurídicamente permitida, ello es, *no antijurídica* (más arriba, § 11, III) y
- b) la esperanza de un desenvolvimiento causal inadecuado puede significar un puro deseo, de modo que, en tal caso, *no puede hablarse de culpabilidad*.

En contraposición con todas las precedentes teorías, la *teoría de la equivalencia de condiciones* o *teoría de la equivalencia* (v. BURI, v. LISZT, *Cámaras del Crimen del Tribunal Supremo*, y, con restricciones, FRANK) niega la posibilidad de distinguir entre “causas” y condiciones secundarias; en consecuencia, “condición” es igual a “causa”, es “concausa”. De hecho, debe reconocerse que la importancia puramente *causal* de todas las condiciones del resultado es la misma.

3. Para valorar este conflicto de teorías debe observarse que él es trasladado enteramente a un terreno prejurídico y apriorístico, para extraer de allí consecuencias de naturaleza jurídica. Este es un error metodológico. El problema jurídico-penal de que aquí se trata no es en modo alguno el problema de la “causalidad” como tal, sino la comprensión del contenido de los delictos en particular, de una particular “causalidad típica”. Las cuestiones prácticamente a resolverse son: si A “*ha matado a un hombre*”, si “*ha sustraído una cosa mueble ajena*”, etc.

Los delito-tipos, al designar de tal modo la actividad a desplegarse, requieren, es cierto, una relación condicional entre la actividad ejecutiva y el evento (arriba 1); pero no se remiten por eso a la fijación científica del concepto de *causa* (ni dicen ni piensan "el que pone la causa para la muerte de un hombre, para la substracción de una cosa, etc."; sino simplemente: "mata", "subtrae", etc.) sino que atienden simplemente al sentido de la *expresión usual y viviente*, a la imagen que nos representamos cuando oímos hablar de "acción de matar", "acción de substraer".

El legislador no pretende enseñar a discernir cómo suceden las cosas en el mundo, sino *reglar la vida*. Construye las figuras delictivas y con ellas los delito-tipos como su esquema rector conforme a criterios prácticos de valoración (ver arriba, § 15), y por eso *para él* todas las condiciones de un resultado no son equivalentes, sino que de entre ellas escoge las *características* para el correspondiente delito-tipo, como condiciones centrales, en contraposición a aquellas acciones que, conforme a la interpretación natural de la vida, sólo son periféricas, las extratípicas (acciones preparatorias y concomitantes) (ver arriba, § 16, IV).

Incorre, pues, en un paralogismo el Tribunal Supremo cuando de la equivalencia *causal* de todas las condiciones del resultado deduce que entre éstas no existe ninguna diferencia de valor jurídico-penal. Con ello se descuida la diferencia *típica* y se violentan las finalidades del legislador. Así como en la vida diaria nadie piensa que los términos "parir un niño" envuelven todas las condiciones que para el nacimiento se pongan (si así fuera, el padre también pariría al hijo); así como nadie entiende que el acto de pronunciar una sentencia

del Tribunal Supremo implique pensar en toda condición puesta para que la sentencia se pronuncie (si así no fuere, “fallarían” también las partes y el escribano, y los debates y las deliberaciones serían también acciones de “fallar”), tampoco importa nada, según la ley, que fuera del “matar” se pongan cualesquiera otras condiciones para la muerte, etc., como p. ej., afirmar que la acción de afilar el cuchillo sea ya una acción “de matar”.

4. Nada hay que objetar si quiere designarse como “causa” de un evento el hecho de emprender la actividad típicamente característica, y yuxtaponer la designación de condiciones sin carácter causal, usándola para las condiciones periféricas del evento. Pero debe observarse que el criterio de lo que es “causa” o “condición secundaria” sólo puede ser relativo y extraído de la imagen que consigo trae el *delito-tipo* que *en cada caso se considera*, y que no puede determinarse por medio de fórmulas generales como las recordadas más arriba, 3 a - f.

#### § 21. b. *Delitos de omisión*

I. Al lado de los simples delitos “*de acción*” (“*comisivos*”) precedentemente tratados (§ 20) se presentan los *delitos de omisión* (“*omisivos*”). Por omisión, en efecto, no puede nunca cometerse un tipo de delito que se refiera directamente al hecho de realizar un movimiento corporal de determinada clase (p. ej., “andar sobre un sembrado”, C. P., 368°). Inversamente, algunos tipos de delito que se refieren al hecho de no realizar un determinado movimiento corporal o de no producir un determinado cambio en el mundo exterior (p.

ej., omisión de deshollinar las chimeneas, C. P. 368<sup>4</sup>), pueden cometerse *solamente* por medio del correspondiente no hacer (ya sea por absoluta inactividad, ya por omisión *de la* actividad que interesa al tipo, “delitos de pura omisión”).

II. Pero los tipos constituídos por la *producción de un resultado positivo (delitos materiales)* pueden también cometerse por omisión, es decir, por la omisión de aquella actividad que habría evitado el resultado típico (“*delitos de comisión por omisión*”).

No existe motivo alguno para dudar de que entre lo negativo (no hacer) y lo positivo (resultado, cambio en el mundo exterior) pueda haber relación causal, pues tal duda arraiga en consideraciones de orden filosófico (conocimiento del sistema total de relación) y prescinde de la cuestión jurídica, que es la única que interesa. Esta cuestión es sencillamente la de ver si la omisión puede ser comprendida en el cuadro representativo a que se refiere el delito-tipo (matar un hombre, etc.). Esto puede afirmarse sin duda alguna en el sentido de la “causalidad típica”. El uso verbal corriente, empleado por el legislador, bajo las expresiones “matar” o las demás correspondientes a los otros tipos, comprende también el no evitar el resultado: la madre “mata” al niño no proporcionándole ningún alimento; el guía “mata” al excursionista caído en la hendidura de un ventisquero dejándolo perecer en la sima. Presupónese sólo que no se trata de una inactividad que tenga mero carácter típico “periférico” (arriba, § 20, II, 3). El § 2 del C. P. (116 de la Constitución) no se opone a ello, puesto que no se trata de una aplicación analógica, sino de agotar lo pensado inmediatamente por el legislador.

Debe, sin embargo, emplearse una medida especial para la *antijuridicidad* de esos modos de realizar el delito-tipo. El deber jurídico de obrar positivamente para evitar el evento típico está más estrechamente delineado que el de omitir producirlo. Aquél sólo surge cuando concurre

1. que es exigido por un precepto específico;
2. o que está incluido en el conjunto de deberes que por ley importa una determinada situación jurídica (padres, empleados);
3. o que alguien haya tomado voluntariamente a su cargo el evitar peligros posibles ya sea:
  - a) porque se ha obligado por los peligros resultantes de una acción, aunque no sea prohibida o culpable, p. ej., introducción de animales salvajes; ya sea
  - b) porque espontáneamente haya asumido una función tutelar (p. ej., tomar a su cargo un niño expósito).

De lo contrario, la omisión de evitar el evento no es antijurídica y con ello no es punible.

§ 22. 2. *Autoría mediata y actio libera in causa.*

I. Hasta aquí sólo hemos considerado los casos en los cuales el actor ha acarreado el resultado típico de modo tal que entre su acción y el evento *no media eficazmente la acción de ningún otro sujeto* (“ejecución por *mano propia*”, la cual, por supuesto, no implica simples movimientos *manuales*).

Se pregunta, sin embargo, si aquél (*Primus*) que *por medio de otro* (*Secundus*) produjo el evento típico no será también “autor” conforme a la figura delictiva pertinente, ello es, “asesino”, “ladrón”, etc.

1. Debe responderse negativamente, cuando *Secundus*, “como personalidad”, consciente y bajo su responsabilidad, ha tomado a su cargo la producción del resultado. Ello es:
  - a) cuando la acción de *Secundus* no es para él (para *Secundus*) una acción típicamente antijurídica; si consiste, p. ej., en que ha dañado su propia cosa —el delito-tipo del § 303 del C. P. requiere el daño de una cosa ajena—. En tal caso, *Primus* no es responsable;
  - b) cuando *Secundus* ha obrado dolosa, típica y antijurídicamente, él es el autor; y *Primus* no tiene la responsabilidad de autor, sino la responsabilidad derivada como “instigador” (más abajo, § 31) o bien, si la ley ha construído una figura especial para el hecho de influir sobre otro, (p. ej., 210) tendrá la responsabilidad de autor por *esta* figura.
2. Otra cosa sucede cuando *Secundus* ha obrado “como instrumento” de *Primus*; ya sea que estuviese obligado jurídicamente (orden superior obligatoria, C. P. M. 47, arriba, § 11, I, 1) o que estuviese inconsciente, o que careciese de imputabilidad, o que se encontrase en un error que le ocultara el proceso causal y que con respecto a la producción del evento obrase, por ello, sólo imprudentemente o sin culpa alguna (más abajo, §§ 24, 26).

En estos casos, el comportamiento de *Secundus* se “transmite” a *Primus* juntamente con el resultado producido, exactamente como si en vez de *Secundus*, el eslabón de la cadena causal hubiese sido una máquina, un perro, etc.

Estos principios se deducen inmediatamente del contenido de los delito-tipos. Pues el uso verbal corriente aceptado por el legislador en la expresión “matar”, etc., comprende también el hecho de matar “por medio de otro hombre”, cuando éste último está de tal modo bajo el influjo de *Primus* que no posee plena responsabilidad primaria, (como en los casos citados en el n° 1). En consecuencia, p. ej., *Primus* “mata” a X o a Y por mano de X, cuando X es un enfermo mental. Esta figura se llama “*autoría mediata*”, la cual, en el sentido de la ley, es “*autoría*”, y no constituye un concepto distinto de ésta.

Naturalmente, el hecho de que exista para *Primus* “ejecución conforme al tipo” depende también de que el correspondiente delito-tipo contenga elementos personalísimos (arriba, § 16, III, 3) y de que en tal caso ellos existan en *Primus*. Su existencia en el “instrumento” no es suficiente. Así, p. ej., tratándose en el perjurio de un juramento personal, aquél que determina a otro prestar inconscientemente un falso juramento, no realiza por ello él mismo el delito de perjurio. Es igualmente imposible que un privado realice el delito-tipo propio de un funcionario. Sin embargo, en algunos casos en los cuales no está comprendida tal clase de ejecución mediata para *Primus*, se aplican figuras delictivas especiales, conforme a las cuales *Primus* es autor de esta figura delictiva (p. ej., C. P. 160).

Con respecto a 1 y 2: FRANK formula la diferencia de que en los casos *sub* 2, vale la teoría de la equivalencia (arriba, § 20, II, 2) pero que ésta, por el contrario, en los casos *sub* 1 está restringida por la “prohibición de retroceder” (prohibición de retornar de *Secundus* a *Primus*).

Otra formulación parte de que en los casos *sub* 1 la intervención “libre” de *Secundus* “interrumpe la

cadena causal” que parte de *Primus*, —una construcción auxiliar singular y superflua.

II. La consideración de la esencia de la acción mediata aclara también la comprensión de las llamadas *actiones liberae in causa*: alguien se coloca a sí mismo en un estado de incapacidad de querer o de inimpuntabilidad, y ejecuta en tal estado la acción o la omisión que acarrea el resultado. Aquí su propio cuerpo es el que desempeña el papel de “instrumento”. La *primera* acción (el procurarse tal estado) sería por ello típica (“matar”, etc.) y dándose las demás condiciones de la punibilidad, particularmente el dolo o la imprudencia, es punible (ejemplo: el guardaagujas ejecuta dolosamente un descarrilamiento, embriagándose completamente y omitiendo en ese estado, efectuar el cambio).

### III. *De la culpabilidad en su relación con el delito-tipo*

#### § 23. 1. *El delito-tipo como esquema rector para la faz culpable*

I. Para un Derecho penal que someta a pena en toda su amplitud *todo* comportamiento ilícito en cuanto sea culpable, es adecuado un concepto de culpabilidad unitariamente cerrado; lo que se reprocha al autor es su interna actitud con respecto a la antijuridicidad de su conducta. Conforme a ello, cada una de ambas graduaciones de la culpabilidad (arriba, § 14) es pues también unitaria: el *dolus* significa reprochar al autor el hecho de no haberse detenido ante el pensamiento de estar obrando antijurídicamente; la *culpa*, reprochar al autor el hecho de desconocer la antijuridicidad de su conducta, debiendo no haberla desconocido.