

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PRETENCIÓN Y SUS PRESUPUESTOS

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

§ 23.	1. <i>El delito-tipo como esquema rector para la faz culpable</i>	72
	2. <i>La intención (Dolo).</i>	
§ 24.	a) <i>El elemento representativo en el dolo</i>	76
§ 25.	b) <i>El elemento voluntario del dolo. Definición del dolo</i>	86
§ 26.	3. <i>La negligencia</i>	91
§ 27.	IV. <i>Elementos adicionales del tipo</i>	93
	C. <i>La configuración del concepto de "acción punible en los tipos delictivos subordinados (Formas accesorias).</i>	
§ 28.	I. <i>Generalidades</i>	96
§ 29.	II. <i>La tentativa</i>	99
	III. <i>La participación accesoria</i>	
§ 30.	1. <i>Esencia de la participación accesoria</i>	106
§ 31.	2. <i>Instigación</i>	111
§ 32.	3. <i>Complicidad</i>	113
§ 33.	Segunda Parte: CAUSAS PERSONALES DE EXCLUSIÓN DE LA PENA	117
§ 34.	Tercera Parte: CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENA	118
	Cuarta Parte: SÍNTESIS DE LOS PRESUPUESTOS de la PUNIBILIDAD.	
§ 35.	A. <i>En general</i>	123
§ 36.	B. <i>Apéndice: Del valor de las relaciones internacionales en particular. (Derecho penal internacional)</i>	125

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.

Pero toda vez que, como actualmente en el Derecho alemán, el legislador recorta del dominio general de lo ilícito sólo determinados tipos jurídico-penales de ilicitud, ello estrecha también la culpabilidad, de modo que sólo es jurídicamente relevante aquella actitud subjetiva del autor con respecto a la antijuridicidad que *yace dentro del círculo* de esos tipos; y puesto que los tipos son entre sí de distinto valor, se ve, en consecuencia, que para *cada* tipo sólo la culpabilidad que precisamente *le* corresponde a *éste* es la requerida para la punición. Este paso lo ha dado el actual Derecho penal: todas las leyes penales construyen las figuras delictivas de tal modo que *el* tipo de ilicitud que se enclava en ellas debe ser también correlativamente culpable (MEZGER: “valoración paralela”) en otras palabras: el delito-tipo es precisamente el “esquema rector” común para la faz objetiva y para la subjetiva del hecho.

Con ello el *dolus* pierde también su unidad interna. Hay ahora tantos “*doli*” como delito-tipos. No se puede decir de nadie que “haya tenido dolo”; sólo sirven los contenidos dolosos especializados: el dirigido a “matar a un hombre”, a “substraer una cosa mueble ajena”, etc. Lo mismo pasa con la culpa.

Se deduce inmediatamente de esto que no sólo no existe el dolo que interesa cuando el autor, con respecto a la ilicitud en general no estuviese en actitud dolosa, sino que no lo hay tampoco cuando, dándose tal dolo “genérico”, no tenga el autor la *dirección específica orientada a la realización del delito-tipo correspondiente* (p. ej., cuando consciente e ilícitamente ha hecho un disparo, C. P., 367^a, pero no ha previsto la muerte de un hombre que con ello produjo; aquí, si bien existe *dolus ad*, C. P. 367^a, no existe *ad*, C. P., 211). Tales casos entran en el dominio de la culpa con respecto a aquel

delito-tipo en el que el dolo no concurrió (más detalladamente, § 26).

II. En el actual Derecho alemán las dos gradaciones que se consideran de la faz interna se llaman “intención” y “negligencia”. El legislador ha procedido de modo que:

- a) en una serie de delitos, se castiga *solamente* la ejecución *dolosa*; la ejecución culposa *de este* tipo de ilicitud (caracterizado por medio de su delito-tipo) *no constituye ninguna* figura delictiva (p. ej., C. P., 303);
- b) en otros delitos, está construída *una figura delictiva especial* para cada uno de ambos modos de ejecución (p. ej., C. P., 153-163);
- c) en otros, existe *una* figura común aplicable para la ejecución dolosa *y* la culposa.

Reglas de interpretación: cuando la ley penal calla con respecto a la faz interna del hecho, no está comprendida la ejecución culposa, y no es punible (ver p. ej., C. P., 146, 185, 240), salvo que lo contrario aparezca claramente como legislativamente querido.

III. Es preciso aclarar, sin embargo, si las expresiones “intención” y “negligencia” se superponen respectivamente con las de *dolus* y *culpa* (típicamente especializadas). Puede parecer, y en efecto se afirma frecuentemente, que *sólo* interesa la actitud espiritual del autor con respecto a la ejecución del delito-tipo como tal, y no también con respecto a su antijuridicidad, de modo que, p. ej., existiría ya homicidio “doloso” cuando el autor simplemente hubiese querido la muerte *como tal*, aunque la hubiese querido creyendo que ella era permitida (p. ej., en la creencia errónea de un estado de legítima defensa).

Esto sería, sin embargo, un total abandono del requisito de la culpabilidad, pues entonces serían castigados por un hecho “intencional” los que no *podieron* conocer la no permisión de su acto, a quienes, desde el punto de vista jurídico, no puede hacérseles reproche alguno. Es seguro que el Derecho actual no ha querido prescindir de la “reprochabilidad” del hecho, ello es, de la culpabilidad como requisito de la punición. Por el contrario, esto se manifiesta claramente incluso en la función que cumplen los conceptos de “intención” y “negligencia”. Significan, a pesar de la identidad del tipo de ilicitud realizado, una *gravedad* internamente *distinta* del hecho, pues, de lo contrario, sería ininteligible que la ley prevea siempre penas más leves para los casos citados más arriba, II, *b*, de ejecución del delito por negligencia que en los casos de ejecución intencional, y que llegue, en los casos citados sub II, *a*, a considerar impune la negligencia (en los casos sub II, *c*, la idea del legislador es que el juez, al graduar la pena —más abajo, § 74— tenga en cuenta las diferencias de gravedad). En otras palabras: la intención y la negligencia son *grados de culpabilidad*, y no podrían serlo si la “intención” sólo debiera abarcar la realización del delito-tipo, y a ella fuesen a parar no sólo los casos en los cuales al autor sólo puede hacérsele el reproche de culpa en cuanto al contenido ilícito de su conducta, sino también los casos en los cuales no concurre reproche alguno.

Querer extraer el sentido de la palabra “intención” de la Psicología, es sencillamente hacer jurisprudencia literal. (El concepto psicológico de intención, por lo demás, se adecuaba bastante bien cuando jurídicamente se determina el concepto de la intención en el sentido de intención dirigida a la *antijurídica* muerte de un hombre; comprende entonces todo el contenido requerible

de la intención). Bien entendidos, los conceptos de intención y negligencia, son conceptos *normativos*; el primero, idéntico con el de *dolus* (típico-específico), el último, con la *culpa* (típico-específica). Esto se corrobora también por el hecho de que la intención se llamaba, en antiguas leyes, “*mala intención*” (como aún ocurre en el actual derecho austríaco).

2. *La intención (Dolo)*

§ 24. a) *El elemento representativo en el dolo*

I. Para que exista dolo, el autor debe:

1. según el § 59, I del C. P., “*haber conocido las circunstancias de hecho que pertenecen al delito-tipo*”, ello es:

a) las circunstancia de hecho que corresponden al delito-tipo *objetivamente ejecutado por él* (el delito-tipo como esquema rector común para la faz objetiva y la subjetiva). Por eso no existe, p. ej., asesinato u homicidio, cuando el autor, a pesar de haber muerto a un hombre, lo hizo creyéndolo una estatua. (Sería cuestión distinta la del homicidio culposo o la de la tentativa de daño).

(He aquí la importancia de la diferencia entre las leyes complejas alternativas y las leyes complejas acumulativas, más arriba, § 15, III: en las primeras, las alternativas son entre sí equivalentes, de modo que también existe delito doloso cuando el autor ha ejecutado *una* de las alternativas con el dolo propio de *otra* de las alternativas. Es distinto el caso de las leyes acumulativas).

- b) el § 59, I, *no* requiere que el autor haya conocido el *delito-tipo mismo* o sus “elementos”. Esto sería muy raro, puesto que los “delito-tipos” y sus elementos son figuras jurídicas que requieren un conocimiento especializado. Es necesario solamente el conocimiento de las “*circunstancias de hecho*”, que contempladas jurídicamente, reproducen la imagen del delito-tipo legal. “Circunstancias del hecho” significa estado de cosas puramente objetivo; el autor no necesita haber efectuado su valoración jurídica (subsunción a un delito-tipo).
- c) por el contrario, para que exista dolo, la *imagen del estado de hecho* que el autor ha tenido en su espíritu debe haber sido tan comprensiva, que el *delito-tipo se adecúe a ella* en toda su extensión, plenamente y sin lagunas; así, el autor, en los delitos materiales, debe haberse representado también el evento típico.
2. Prescindiendo del § 59, I, C. P., el concepto del dolo requiere que el autor tuviera la *conciencia de la antijuridicidad* de su acción.
- a) Esta concepción se ha tornado cada vez más dominante en la ciencia. Su justicia se deduce de que al que actúa en *bona fide*, al que cree no contrariar el orden jurídico, no se le puede reprochar nada o sólo puede reprochársele su inadvertencia, lo cual no corresponde al cuadro del dolo, como grado máximo de la culpabilidad (arriba, § 14, 23). La intención sólo tiene sentido dirigiéndose al tipo de *ilicitud* y no sólo a lo externamente típico, con prescindencia del contenido ilícito.

Es también evidente la grave injusticia de pensar que no importa para nada la conciencia de la ilicitud. Debiera, p. ej., ser condenado a muerte el agente de policía que habiendo entendido erróneamente (tal vez sin culpa alguna) sus instrucciones de servicio, se creyese obligado a la comisión antijurídica de una muerte y hubiese obrado por fidelidad a su deber. Ni lo habría merecido, sin embargo, en el sentido de la retribución, ni estaría impuesto tal castigo por el interés de la autoridad del Estado, sino al contrario. Sería necesaria la prueba más firme para creer que el derecho positivo ha querido semejante regulación, tan contraria a todo sentido jurídico. Tal prueba no existe. Particularmente, el hecho de que el § 59, I, no diga nada de la conciencia de la ilicitud no ofrece base alguna para ello, aún desde el punto de vista de la jurisprudencia literal, pues el § 59, I, sólo dice que las representaciones del autor deben haberse referido a la esencialidad típica; pero sus mismas palabras dejan abierta la posibilidad de que el dolo requiera además algún otro elemento. Es digna también de atención la idea de que la práctica no puede avenirse con el requisito de la conciencia de la ilicitud, por lo difícil que sería probarles su existencia a los autores; pero no está el actual juez tan desamparado, cuando el derecho procesal moderno pone en sus manos la libre valoración de las pruebas.

A pesar de todo, aun hoy se enuncian teorías según las cuales la conciencia de la ilicitud no es un elemento del dolo. Se apoyan, sin embargo, en el § 59 (que no es aquí aplicable), pero hacen algunas concesiones a la teoría que rechazan (conforme al sentimiento de que no es nada satisfactoria la admisión de un dolo en caso de hallarse el autor en una actitud leal) de modo que, incluso, según ellos, la conciencia de la ilicitud no es del todo irrelevante.

El Tribunal Supremo estima que importando al § 59, I, sólo el conocimiento de las “circunstancias de hecho”, es decir, *facta*, el conocimiento del *jus* y con ello el de la antijuridicidad, es irrelevante. Agrega también que “de acuerdo con el § 59, I”, el Derecho *Civil* (y todo el Derecho restante no penal) equivale a *facta*, y que “sólo” es indiferente el conocimiento de los preceptos jurídico-penales para el dolo. (Así, pues, *error juris civilis* = *error facti*; por oposición a *error juris criminalis*). Si con ello se concibiese al “Derecho penal” en su justo sentido, surgiría la conclusión justa. Pues en el hecho es indiferente que el autor haya conocido su *punibilidad* (abajo, III, 2, d). Pero el Tribunal Supremo incluye también en el Derecho penal *normas de conducta* y, conforme a ello, niega el requisito de la consciencia de la “antijuridicidad penal”. Con ello, sin embargo, se desconoce que el autor no choque *contra* el Derecho penal (arriba, § 9, II), que la norma de conducta extraída del texto del Código Penal es también una norma de conducta de carácter general, y que no hay razón alguna para tratar distintamente al autor que ha creído obrar en concordancia con el orden jurídico, según dónde y cómo el principio jurídico haya sido técnica y externamente tratado por la legislación.

Aparte de ello, el Tribunal Supremo acepta el principio (compartido por otros) según el cual la consciencia de la antijuridicidad se requiere en aquellos delitos en los cuales el texto de la ley menciona expresamente entre los presupuestos objetivos de la punibilidad a la antijuridicidad (como p. j., C. P., 303); lo cual constituiría una excepción al principio de que no es necesaria la consciencia de la “antijuridicidad jurídico-penal”. La fundamentación es la siguiente: en esos casos la antijuridicidad pertenece al “delito-tipo” y por eso se aplica totalmente el § 59, I. Con ello, sin embargo, se toma

como punto de partida la textualidad puramente exterior (ver arriba, § 16, V, 7), y no hay razón inteligible para que el dolo signifique en ciertos grupos de delitos algo distinto que en otros.

FRANK establece que el § 59, I, requiere sencillamente el conocimiento de las "*circunstancias de hecho*", en consecuencia, no es necesario el conocimiento de las *prescripciones jurídicas*. Por otra parte, el autor deberá haber conocido tan justamente las situaciones de hecho, que la afirmación de su conocimiento de esas circunstancias se traduzca en la conclusión jurídica de la antijuridicidad. Con lo cual no se observa que el § 59, I, habla sólo de las circunstancias de hecho *que pertenecen al delito-tipo*, y no de circunstancias de hecho que sean importantes para la *antijuridicidad* (estado de legítima defensa, etc.). Pero si se acepta que no hay dolo cuando el autor ha desconocido los *hechos* por los cuales su acción era antijurídica, el fundamento de ello sólo puede estar en que, en ese caso, el autor obraba de buena fe, y de ello se deduce necesariamente que la buena fe excluye *en general* el dolo, aun cuando el autor, por ignorancia de *derecho haya juzgado* su hecho como no antijurídico.

El *Tribunal Superior* de Munich, si bien no exige para el dolo la consciencia de la ilicitud misma, requiere que el autor *haya* podido y debido conocer la antijuridicidad. Lo mismo actualmente FRANK, entre otros. Con lo cual se incluye en el dolo la negligencia de derecho (ver abajo, § 26). El derecho vigente no ofrece, sin embargo, ninguna base para tal concepción. Con todo, aquí se infiltra la idea de que, para solucionar la cuestión del requisito de la consciencia de la ilicitud, hay que apartarse del § 59, I, y basarse más en el sentido del requisito de la "*culpabilidad*". Esta concepción, sin embargo, se queda en mitad del camino, pues dejaría sin aclarar

cómo pueden equipararse los hechos reprochables de segundo grado con los de primero.

- b) El autor es “consciente de la antijuridicidad” cuando sabe que, conforme a nuestro orden jurídico, no debe obrar como obra, es decir, que se halla en contradicción con la voluntad común dominante en el Estado. Nada importa saber de qué representaciones proviene esa consciencia (conocimiento de los párrafos pertinentes de la ley o del Derecho no escrito pertinente). No es necesario que el autor haya tenido presente específicamente nuestro ordenamiento jurídico positivo. Basta que el autor, como lego, haya asociado el orden moral y de buenas costumbres con el orden jurídico, o el orden jurídico exterior con el nuestro. Pero si él tenía una representación según la cual los complejos de normas discrepaban y pensó que obraba en forma permitida, conforme a nuestro derecho, no está él jurídicamente en dolo, aun cuando supiera que obraba inmoralmente, etc. No tiene ningún apoyo en el Derecho positivo la concepción frecuentemente enunciada, según la cual lo que importa no es la consciencia de la antijuridicidad, sino la de la inmoralidad, etc., o bien de que basta para el dolo, indistintamente, la consciencia de la antijuridicidad o la de la inmoralidad.

II. Los términos “conocimiento”, “consciencia”, “representación” de las circunstancias de hecho típicamente relevantes y de la antijuridicidad, empleados en las precedentes exposiciones, no deben entenderse como indicando que el autor deba haber conocido el contenido representativo como *seguramente* dado. Basta la representación de la *posibilidad* de que se dé. El dolo,

en tal sentido, puede ser un *dolus indeterminatus*. Para la faz cognoscitiva del dolo, basta que el autor obre en la consciencia de *varias* posibilidades (p. ej., el autor dispara previendo que el tiro tenga como consecuencia lesiones u homicidio). Caso especial: el autor espera, *en primer lugar*, que suceda la posibilidad X; pero se dice que igualmente puede ocurrir Y. Sólo que en casos en los cuales el autor se halle en tal duda, no existirá posiblemente dolo porque, aparte de la faz cognoscitiva, falte la faz voluntaria del dolo (abajo, § 25).

III. Conforme a lo precedente, hay error del autor

1. “*esencial*”, *ello es*, “*excluyente de dolo*”

- a) cuando al autor, por fuerza del error, se le representó el estado real de hecho de *tal modo*, que de éste *no* se habría originado el delito-tipo (objetivamente por él producido), (p. ej., él no previó que su tiro matase a un hombre: no hay intención homicida);
- b) cuando el error del autor ocultó la ilicitud objetivamente producida, y éste consideró inobjetable su conducta; α , o, por una parte, por desconocimiento de la situación de hecho —las circunstancias de hecho que fundan la antijuridicidad— no le pareció al autor que fuese ilícito su proceder, incluyendo aquí la aceptación errónea de la existencia objetiva de una causa de exclusión de ilicitud (p. ej., en una “legítima defensa putativa”, en la cual el autor cree poderse defender *porque* toma como existente una agresión ilegítima que en realidad no existe); β o bien, por otra parte, el autor pensó que el orden jurídico no se oponía a un proceder como el suyo (p. ej., “legítima defensa putativa”, cuando el autor creyó obrar en forma permitida porque pensa-

ba que la legítima defensa era posible también contra agresiones meramente preparadas y no sólo contra agresiones “actuales”; o bien el autor adquirió dinamita sin mala intención, sin saber que ello es prohibido sin autorización policial).

Errores como los enunciados sub *a* y *b* excluyen el dolo aun cuando fueran *inexcusables*. La inexcusabilidad importa solamente una imputación por negligencia, C. P., 59, II, y más abajo, § 26.

2. Los errores de otra clase, sean *error factis* o *error juris* dejan *subsistente* el dolo. Así:

a) El error sobre circunstancias concretas que no “correspondan al delito-tipo”, que no son típicamente relevantes, ello es, que *con o sin* ellas el delito-tipo objetivamente realizado, subsiste de la misma manera. Es típicamente irrelevante, p. ej., el nombre del muerto; por eso subsiste la intención homicida aunque el autor creyese que aquél se llamaba “Francisco X” mientras que en verdad se llamaba “Fernando X”, o que se llamase X, siendo que se llamaba Y.

Es también irrelevante típicamente la individualidad del objeto (cuando el delito-tipo no se apoya en objetos individualmente considerados, como en los ataques al “Presidente del Reich”, ver más abajo, § 43, VI, 2). *En tales casos no* es esencial un “*error in objecto*”. Subsiste el homicidio doloso aun cuando, p. ej., el autor creyera tener ante sí a X, siendo que es Y.

Es también irrelevante el grupo a que un objeto pertenezca, en cuanto el delito-tipo mismo no haga relevante un determinado grupo. Subsiste, p. ej., la intención homicida aun cuan-

do el autor haya tomado erróneamente al comerciante X por un empleado de policía; es un caso más amplio de *error in objeto* irrelevante. (No subsiste, en cambio, el dolo del parricida, C. P., 215, cuando el autor no supo que el muerto era su pariente en línea ascendente; es, pues, sólo el caso de responsabilidad por homicidio simple, 212).

Es irrelevante el *modo y manera del curso causal* (nuevamente, mientras el delito-tipo no establezca especialmente lo contrario). Así existe daño doloso, p. ej., cuando el autor quería arrojar al fuego una cosa mueble ajena y un perro la atrapa y se la come.

Aun cuando el curso causal tome un giro distinto al esperado por el autor, de modo que el *resultado* ocurra *en otro objeto* —*aberratio ictus*, p. ej., el autor arroja una piedra contra X pero alcanza a Y, a quien no vió—, cuando es típicamente indiferente el resultado, subsiste la ejecución dolosa del delito-tipo.

En los casos de “*aberratio ictus*” se enseña frecuentemente que no existe dolo “con respecto al objeto alcanzado” y que no habiendo verificado la intención “con referencia al objeto no alcanzado”, sólo existe tentativa, unida, eventualmente con la realización culposa del otro delito (concurso ideal, más abajo § 77). Pero con ello se olvida que el delito-tipo sólo requiere “matar a un (otro) hombre”, y que, en consecuencia, de acuerdo al § 59, I, basta para el dolo, que el autor se haya propuesto matar “un” hombre (no importa cual). La doctrina contraria tampoco puede apoyarse en el hecho de que el autor, si

hubiese previsto la *aberratio*, habría desistido, ver el punto siguiente, *b*.

- b) Si el autor tenía conocimiento de las circunstancias típicas relevantes y de la ilicitud, está en dolo aun cuando lo hayan *determinado* al hecho *representaciones erróneas* externas a aquel conocimiento, aunque sin ese “*error de motivación*” no hubiese cometido el hecho. Es evidente que, p. ej., no puede negarse que exista asesinato de X por el hecho de que el autor se considerase heredero de X, y a éste lo tuviese por hombre rico, de modo que no habría cometido el asesinato si hubiese sabido que X era pobre o que él no era su heredero. De lo contrario, tampoco habría nunca tentativa, porque, en la tentativa, la errada representación de que el hecho se concluirá, influye como motivo.
- c) Carece de importancia el “*error de encuadramiento*” (“*Subsumtionsirrtum*”). Nada importa que el autor, conociendo las circunstancias típicamente relevantes y la ilicitud de ellas, las haya encuadrado correctamente, como un jurista, en el delito-tipo (p. ej., el autor se ha agrupado con otros dos, sin saber que, con ello, jurídicamente, se constituye “*multitud*”, en el sentido del § 124 del C. P.).
- d) Es indiferente un error (sea *error factis* o *error juris*) por causa del cual el autor —consciente de la ilicitud (y de las circunstancias típicas relevantes)— crea que, a pesar de la ilicitud no es punible (o lo es de otro modo que el que realmente corresponde). También con respecto a los sordo-mudos, para su responsabilidad, lo que importa es el *entendimiento requerido* para reconocer la punibilidad, C. P., 58).

§ 25. b) *El elemento voluntario del dolo (Definición del dolo)*

I. Conforme al uso corriente de la vida cotidiana que toma como equivalentes las expresiones “doloso”, e “intencional” (de propósito), se manejaba anteriormente el concepto de *dolus (Vorsatz)* como identificable con el concepto de “propósito”, “intención” (*Absicht*).

Contra ello se dirigió la “teoría de la representación”) (entre otros, FRANK). Ella señaló justamente que, correctamente entendido “propósito” significa la dirección de la voluntad hacia un fin, cuyo logro el autor se ha “propuesto”, y que es el que a él le interesa: una acción “para”. Si se tomase lo penalmente “doloso” como sinónimo lo “propuesto” sólo sería punible por “homicidio doloso”, p. ej., aquel a quien le interesase matar al hombre efectivamente muerto, y no lo sería aquel que lo hubiese hecho para el logro de otro fin, para el cual el homicidio sólo servía de medio (ejemplo de FRANK: el bandido que dispara contra un hombre solamente *para* probar el alcance de su escopeta y no *para* matar un hombre).

De hecho, el dolo es independiente de la existencia de un “propósito” coincidente. Los “propósitos” del autor desempeñan otro papel, ver más abajo § 27, II. (En el C. P., es cierto, se usa en varias partes la *palabra* “propósito”, pero se piensa en el dolo, ver 43, 266).

La teoría de la representación concluía en que para el dolo *nada importa* el elemento *voluntario* (la dirección del querer) y que el dolo ya está dado en la representación correspondiente (arriba, § 24). La “teoría de la voluntad”, que es su opuesta, discute este punto.

La discusión carece de valor práctico en los casos en que el actor no tiene duda alguna de que emprende

la ejecución antijurídica de un delito. Pues si él supo perfectamente que, p. ej., mataría ilícitamente un hombre, es psicológicamente necesario que ha *querido* matarlo (y aun que tal vez se lo ha propuesto).

Otro es el caso en el que el actor sólo pensó que su conducta *tal vez* fuera la *posible* realización ilícita de un delito (p. ej., un disparo que, al hacerlo, el actor tiene la representación de que la bala *tal vez* mate un hombre, *tal vez* a un corzo). La teoría de la representación debiera consecuentemente concluir que generalmente hay dolo. Pero no llega a tal conclusión. Ella agrega que esto sólo resulta de la *actitud* que el autor asume con respecto a lo que él ha concebido como posible, es decir, que lo que interesa es un momento espiritual que está *más allá* de la “representación”, y sólo de acuerdo con eso resuelve *si existe* dolo —*dolus eventualis* (“dolo condicional”)— o sólo imprudencia (“imprudencia consciente”, más abajo, § 26). Con eso se licencia a sí misma la teoría de la representación.

De hecho, ya surge su incorrección de que entre un dolo que sólo fuere un complejo de representaciones y la culpabilidad no habría ninguna relación, puesto que a un individuo no puede “reprochársele” su saber como tal.

Esta teoría falla también en aquellos “delitos de peligro” que están previstos por la ley para casos en los cuales el autor no es punible desde el punto de vista del correspondiente “delito de lesión”, o en que no es punible la tentativa, p. ej., exposición, C. P., 221. “Exposición” significa una acción que es, de determinada manera, peligrosa para la vida; el dolo requerido por el § 221, conforme al § 59, I, consiste sólo en que el autor fuese consciente del peligro para la vida. Si para la intención homicida fuese sólo necesario que el autor se hubiese representado la muerte como posible, todo dolo

de peligro para la vida sería necesariamente un dolo de *homicidio*. Toda exposición, conforme al § 221, I, sería pues, una tentativa de homicidio, punible conforme a los §§ 211 o 212, unidos al § 43, y toda exposición que resultara mortal (221, III) sería un asesinato o un homicidio consumado; el § 221 desaparecería.

Ahora bien, el criterio según el cual se determina si existe *dolus eventualis* sólo puede ser en todo caso algo "voluntario", el modo y manera en que el autor *se ha colocado*, decisivamente, *con respecto* a la eventualidad conocida por él como posible. En eso consiste la cuestión según la opinión general. Difieren las *formulaciones* del criterio; se habla de que lo que importa es si el autor, al carácter de su acción conocido por él como posible (p. ej., la eventual muerte de un hombre), lo ha "tomado a su cargo", "consentido", "asentido"; si "estaba de acuerdo con él". La "fórmula de FRANK" establece: no hay *dolus eventualis* cuando el autor, si hubiese tenido ante sí el resultado como seguro, no habría cometido la acción. Ultimamente FRANK quiere reconocer a esto sólo como una circunstancia esencial, de la cual puede inducirse la existencia o inexistencia del *dolus eventualis*. De hecho, nada puede importar para la afirmación o la negación del dolo el hecho de que el autor "hubiese" omitido "cuando", etc., ver arriba § 24, III, 2, b. Pero aun en el sentido en el cual quiere FRANK emplear actualmente su fórmula, puede usársela sólo con cautela. (Si el cazador se ha dicho que tal vez su tiro mate a un hombre y, a pesar de eso, se resuelve a disparar porque para él era más importante satisfacer su deseo de cazar que cuidar la vida de un hombre, no cabe dudar de la existencia del dolo, aunque el autor, en caso de haber reconocido la muerte como segura, no hubiese disparado).

La razón esencial decisiva es la siguiente: que al autor le fuese *indiferente* cualquiera de las eventualidades. (Existe, pues, *dolus eventualis* cuando el autor miró esa eventualidad como bien venida, si es que ya no la tenía en mira). Los casos opuestos son aquellos en que sintió la eventualidad como fatal y obró ligeramente sólo porque no tomó suficientemente en serio su posibilidad.

De esto se deduce la posibilidad de un simple dolo de peligro, distinto del dolo de lesión. El se da cuando el autor a pesar de tomar como posible que ocurra la lesión, “consintió” sólo en la producción del peligro, e internamente rechazó la de la lesión.

La principal aplicación del *dolus eventualis* tiene lugar en los casos en los que el autor se encuentre en incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho típicamente relevantes. Del mismo modo debe considerarse la duda con respecto a la ilicitud o licitud de su conducta.

Contra el empleo del nombre “teoría de la voluntad” para esta forma de solucionar el problema se objeta que lo que a uno le es indiferente no es que precisamente no lo “quiera”, sino que solamente “no lo quiere”. Se ha propuesto, entre otros, el nombre “teoría de los motivos” (M. E. MAYER), porque ninguno de los motivos contrarios a la comisión del hecho ha sido eficaz. La designación más clara sería “teoría del asentimiento”.

II. En síntesis, la definición del dolo debe ser: *dolo es aquel vicio de la voluntad, que se basa en que el autor A) se ha representado (o a lo menos dado como posible) las circunstancias de hecho típicamente relevantes y la antijuridicidad de su conducta, y B) a lo menos ha asentido (si no es que directamente ha querido o se ha propuesto) esa calidad de su conducta.*

Esta definición comprende al *dolus principalis* (designación para el *dolus* no simplemente “eventual”; el nombre corriente, “*dolus directus*”, es equívoco por su oposición al común *dolus indirectus*, ver más abajo, III), y al *dolus eventualis*, los cuales caen notoriamente dentro del concepto de dolo.

Son totalmente deficientes las siguientes definiciones: obra dolosamente el que obra “conociendo las circunstancias de hecho” (aquí falta la consciencia de la antijuridicidad y el elemento voluntario, como también precisamente el agregado decisivo que hace el C. P. 59, I, a la expresión “circunstancias”, ello es: “que correspondan al delito-tipo”. Según esa definición sólo estaría en dolo, cosa que nadie afirma, aquel que conozca *todas* las circunstancias y no, p. ej., el que creyó que el comerciante X, muerto por él, era un dueño de fábrica). También es deficiente ésta: obra dolosamente aquel “que comete el hecho con conocimiento y voluntad”; (aquí falta propiamente lo principal, ello es, decir *qué es* lo que debe ser sabido y querido; *toda* “acción” se realiza *con algún* “conocimiento” y alguna “voluntad”, arriba, § 8; según esa definición, p. ej., habría sido autor de homicidio doloso el cochero —que todos reconocen sólo como negligente— el cual aprieta a un niño con su coche por distracción, pues su hecho, como tal —transitar por la calle con su coche— yacía en la zona de su saber y de su querer). Es igualmente falsa e incompleta ésta: dolo es “consciencia de la causalidad”, con lo cual se piensa sólo *en uno* de los elementos típicos en los delitos materiales (ver arriba, § 16, III, 1) y se olvidan totalmente los delitos de pura acción. Otra: dolo es conocimiento de las características del delito-tipo, ver en contra § 24 I, 1, b.

En el C. P. el dolo *se llama* a veces de otra manera. No otra cosa significa el término “a sabiendas” del

§ 153; e igualmente sucede con la palabra “intencional” de los §§ 43 y 266, ver arriba I, punto 3. La Carolina, de 1532, usaba la expresión “geverlich”.

III. Los conceptos generales y poco claros de *dolus generalis* (WEBER) y *dolus indirectus* han sido hoy abandonados por la ciencia. Habría *dolus generalis* cuando el autor desarrolló una actividad, que sólo en su totalidad acarrea el evento, pero el autor emprende los actos últimos y decisivos en la creencia de que el resultado ya se ha producido (p. ej., A, con un golpe en la cabeza, ha desmayado a B, pero creyéndolo muerto, lo arroja al agua, en la que B se ahoga). Habría *dolus indirectus* cuando el autor emprende una acción no permitida que acarrea ciertas consecuencias no previstas por el autor (*Versari in re illicita*); aquí se imputarían esas últimas consecuencias al autor, también como dolosas.

Estos casos deben tratarse completamente de conformidad con las reglas generales. Todo acto en particular debe ser examinado para establecer qué es lo que ha producido y cuál es la culpa del autor en ello; y sólo puede afirmarse que hay *dolus* conforme a la medida de lo que realmente el autor se ha representado y ha consentido.

§ 26. 3. *La negligencia*

I. *Negligencia* es la culpabilidad que no alcanza al grado doloso de la culpabilidad, ello es, aquella reprobabilidad jurídica del querer que queda prescindiéndose del dolo.

Presupone pues, negativamente:

- a) o bien un *error* del autor, que excluya el dolo (escensial).

b) o bien una *duda* del autor (relativa a las circunstancias típicamente relevantes o a la anti-juridicidad), duda a la que el autor ha desechado de tal modo que no puede imputársele ningún *dolus eventualis* (ver arriba, § 26, I).

Lo que importa en ambos casos es si el *proceso de formación del querer* era o no *reprochable* al autor (“inexcusable”, ver C. P., 59, II). Si no lo era, no hay culpabilidad ni pena; en caso contrario, hay culpa o negligencia. Corresponde el reproche de negligencia al que ha procedido *sin cuidado*, en cuanto del complejo de representaciones que él tuvo, hubiera podido y debido alcanzar a la representación total, que lo habría debido apartar de su acción. Este “poder” se basa en la capacidad personal del sujeto concreto (no basta que hubiese podido un “hombre medio”).

II. Conforme a eso, hay negligencia en los casos sub *a*, cuando el actor, con una atención adecuada, hubiese podido evitar el error —la llamada culpa *inconsciente* (*negligentia*)—; en los casos sub *b*, cuando el actor, con una atención adecuada, habría conocido la seriedad de la situación —la llamada culpa *consciente*— (*luxuria*).

III. Esta división de la negligencia vincúlase con otra.

1. El reproche puede referirse a que el autor no conociera o no hubiera tomado suficientemente en serio las *circunstancias de hecho típicamente relevantes*. En tales casos, puede hablarse de negligencia típica (ello es, relativa a delito-tipo).

2. Pero el reproche puede también referirse al hecho de que el autor no haya conocido o no haya tomado suficientemente en serio la *antijuridicidad* de su conducta: negligencia *antijurídica*;

a) puede arraigar en que el autor desconociera o no valorara con seriedad suficiente las circunstancias de hecho (*facta*) que fundaban la antijuridicidad y por eso el autor no reconociera o no considerase seriamente la contradicción de su conducta con el ordenamiento jurídico (p. ej., aceptación inculpablemente errónea de una agresión que dé lugar a legítima defensa);

b) o puede arraigar en que el autor no conociera *in abstracto* las normas jurídicas de conducta o no considerase seriamente la posibilidad de tal prohibición jurídica (p. ej., creencia en la admisibilidad de la legítima defensa contra ataques futuros; desconocimiento del requisito del permiso de las autoridades para juegos públicos. En los casos sub *b*, hay una pura negligencia de derecho.

§ 27. IV. *Elementos adicionales del tipo*

Todas las figuras delictivas requieren una antijuridicidad típica y una culpabilidad orientada al mismo delito-tipo. Pero numerosas figuras delictivas requieren, además, algo específico, ya sea en la faz objetiva ya sea en la subjetiva. En tales casos, sólo existe acción punible, conforme a la figura *de que en el caso se trata*, cuando están dadas las circunstancias objetivas y subjetivas correspondientes.

I. Hay figuras que, aparte de la ejecución culpable del tipo, requieren aún ciertas circunstancias *objetivas*, que no es necesario sean abarcadas por la culpabilidad, y por eso *no son* características del *delito-tipo*, sino elementos *puramente objetivos* de la figura. Así, p. ej., sólo existe riña (C. P., 227) cuando a la ejecución culpable del delito-tipo (“participación en una pelea”) se agrega además la muerte (o lesiones graves) de un hombre, objetivamente proveniente de la pelea; bancarrota (Ley de concursos, 239) solamente cuando a la ejecución dolosa del delito-tipo (p. ej., “distracción de bienes”, § 239¹) se le agrega objetivamente la apertura del concurso; lesiones preterintencionales (C. P., 226), cuando a la ejecución dolosa del delito-tipo (“malos tratos o daño en la salud”) se añade objetivamente la muerte del lesionado.

Cuando el legislador, en tales figuras, precisamente teniendo en cuenta esa circunstancia objetiva, ha establecido una pena más grave que la que correspondería a la culpabilidad, es que ha permanecido apegado al pensamiento de “responsabilidad objetiva” (arriba § 12) aun cuando no ha adoptado “puramente” ese criterio. Por esta circunstancia, se acepta hoy preferentemente que el legislador no ha querido castigar también aquellos casos en los que la consecuencia, sólo objetivamente necesaria, se encuentra en relación causal *inadecuada* con la acción ejecutiva del delito-tipo (ver arriba § 20, II, 2 y sigs.).

II. Con respecto a la faz *interna*, las figuras delictivas no se construyen generalmente de modo que (conciendo unitariamente dolo y culpa) baste del todo con una “culpabilidad” relativa al “tipo”.

Lo frecuente es que se dividan las figuras:

1. en cuanto unas requieren una ejecución dolosa y otras culposa del mismo delito-tipo, o que, en general, solamente la primera constituya una figura delictiva (ver arriba § 23, II).
2. Aun dentro del círculo de las figuras delictivas dolosas concurren algunas veces ciertas particularidades. Existen figuras que exigen un *dolus principalis* (arriba § 25, II), (p. ej., C. P., 164, 187, “a pesar del conocimiento”), en las cuales el *dolus eventualis* sólo puede servir para la construcción de otra figura, o es dejado completamente de lado.

Dentro de las figuras culposas existen subfiguras en las que se requiere una culpa “calificada” (ver C. P., 222, II, 230, II).

3. Hay figuras para las que no basta un nudo “dolo”, sino que además requieren otros elementos psíquicos como elementos agravantes; así, p. ej., “astucia” (C. P., 235), “premeditación” (C. P. 211), “habitualidad”, ello es, por una tendencia arraigada (C. P., 150, 180, 260, etc.) y especialmente “*propósitos*” especiales (C. P., 146, 242, 263, etc.).

“Propósito” debe entenderse aquí en sentido exacto (arriba, § 25, I). Ordinariamente, no es necesario que se alcance el fin propuesto, lo esencial es el elemento espiritual mismo del propósito (p. ej., si en el hurto, C. P., 242, objetiva —típicamente— basta la simple substracción de una cosa mueble ajena, sin ser necesaria su apropiación, el dolo que subjetivamente se dirige a esa substracción, se acompaña del fin de apropiación).

A los “delitos de propósito” pertenecen también los llamados delitos *habituales*, caracterizados por el

propósito de una constante repetición de la acción, p. ej., C. P., 144, y el delito *profesional*, caracterizado por el propósito de proporcionarse un provecho por medio de la repetición, p. ej., 260, 285, 294, 302 d, 361°.

El delito profesional, el delito por industria y el habitual se llaman en conjunto, ordinariamente, "*delitos colectivos*", "*delitos plurales*" (ver abajo, § 75).

Los elementos específicos subjetivos son de carácter personalísimo y se asemejan *por eso* a los elementos personalísimos del *delito-tipo* (arriba, § 16, III, 3). Por eso no es posible castigar como autor del delito de determinada figura al sujeto en quien no se da el carácter específico, aun cuando concorra en un sujeto usado por aquél como "*instrumento*", ver arriba, § 22, I, 2 (p. ej., aquel que hace falsificar dinero por un loco, sin tener el propósito de ponerlo en circulación como legítimo, no es punible conforme al § 146, aun cuando el loco tuviese tal propósito).

C. *La configuración del concepto de "acción punible" en los tipos delictivos subordinados (Formas accesorias)*

§ 28. I. *Generalidades*

I. Las acciones que corresponden a un *tipo delictivo subordinado* (arriba, § 15, IV) son también "*acciones punibles*". El legislador ha construido esas figuras precisamente para establecer, por medio de ellas, la punibilidad de ciertas acciones que *no son* "*asesinato*", "*hurto*", etc., y que, por eso, serían impunes desde el punto de vista de la figura delictiva autónoma.

De ahí se deduce, sin embargo, que los elementos caracterizantes de esta acción punible conformada a una

"forma accesoria" deben ser otros que los que diferencian a las especies delictivas mismas. Se trata en cierta medida de acciones punibles de *segundo orden*.

1. La primera de sus características es ya opuesta a lo esencial de las acciones punibles de primer orden: no debe haber *realización culpable del delito-tipo*. Pues cuando el legislador ha elevado, sin restricciones, a la categoría de figuras delictivas (autónomas) a tales acciones, ya delimitado también, con ello, la punibilidad; y al trazar las figuras delictivas dándoles elementos específicos objetivos y subjetivos (arriba, § 27), hace que, sin éstos, no exista figura delictiva. (Ejemplos: ejecución del delito-tipo del § 239¹ de la ley de concursos, sin la apertura posterior del concurso; daño culposo). En tales casos, el legislador ha querido que en general el hecho no sea punible.

(Constituyen una excepción en el último aspecto sólo los casos referidos en el § 27, II, c. Cuando el legislador ha establecido un elemento específico de esa clase, de modo que, sin él, no existe tampoco ninguna otra figura delictiva, esa laguna en el círculo de las figuras delictivas autónomas no significa a secas que es un caso de impunidad, sino solamente que no puede existir pena desde el punto de vista de la "verdadera "autoría". Cuando, p. ej., en el hurto no se prevé ninguna ley penal con prescindencia del "fin de apropiación", de ello no se puede deducir aún la impunidad plena para sustracciones dolosas de cosas muebles ajenas. Ver más abajo, § 32, I, 1, b).

2. En las acciones de segundo orden, la ejecución del *delito-tipo* viene a ser substituída:

- a) por la realización culpable del contenido objetivo de una de las tres formas secundarias del actual Derecho penal alemán que constituyen *figuras accesorias*: *tentativa, instigación y complicidad*. Aquí se separan respectivamente los conceptos de las acciones punibles de la misma manera en que se separaban las figuras delictivas autónomas, en las cuales debe verificarse plenamente uno de los tipos autonómicamente catalogados.
- b) al mismo tiempo, sin embargo, vuelven a coincidir las figuras accesorias en que por sí solas son oscuras y para generar una acción punible deben ser *tomadas conjuntamente con una clase de delitos* y sólo entonces tienen valor, ello es, como tentativa de *asesinato*, instigación al *asesinato*, complicidad en el *asesinato*, tentativa de *hurto*, instigación al *hurto*, complicidad en el *hurto*, etc. Es decir, que se encuentran en una *relación de dependencia* con respecto a los delito-tipos. Sólo que nada importa, como en las figuras específicas, la *adecuación* al delito-tipo, la *realización* del delito-tipo, que era un elemento esencial, sino que importa una "*referencia*" de *otra especie* al delito-tipo. La punibilidad no se funda aquí en que el actor haya "muerto a un hombre", etc., sino en que su comportamiento o bien *tendía* a la "muerte de un hombre", a la "substracción de una cosa mueble ajena" (tentativa), o bien tenía una *vinculación* intelectual con la conducta de *otro que por su parte*, estaba orientada al esquema rector "muerte de un hombre", etc.

II. Así como toda figura delictiva autónoma tiene en su base su delito-tipo, que constituye el esquema común para la faz objetiva y la subjetiva, así también cada una de las tres formas accesorias se remite a un cuadro conceptual que le imprime también precisamente a ella un sello común para la faz objetiva y la subjetiva. Así, p. ej., en la instigación, el “determinar a otro a...” § 48: este “determinar” debe darse objetivamente y haber existido en el dolo del actor. No es prudente, sin embargo, designar este cuadro como el “concepto típico” (“*gesetzlichen Tatbestand*”) de la tentativa, la instigación y la complicidad, pues con ello se suscitaría, de modo peligroso para la recta comprensión, la apariencia de que esas formas pertenecen coordinadamente a la misma serie que los esquemas de los delitos en particular. Es verdad que aún no se ha propuesto ningún otro nombre. Entre tanto, podemos hablar del “cuadro” de la instigación (del cual surge la instigación misma cuando ese cuadro: 1º, se da objetivamente, y 2º, debiendo estar totalmente abarcado por el dolo). Lo mismo con respecto al cuadro de la tentativa y al de la complicidad.

§ 29. II. *La tentativa.*

I. La forma accesoria “*tentativa*” —por oposición al delito “*consumado*”— se vincula con las figuras delictivas autónomas a las que la tentativa se refiere de modo que el *delito-tipo* de la correspondiente figura sólo es representado en un simple “*comienzo de ejecución*”, C. P., 43 (del C. P., de 1810: “*comencement d'exécution*”), es decir, que en lugar, p. ej., del requisito “matar a un hombre”, está el requisito de *comenzar* a “matar a un hombre”. Con lo cual, para que exista tentativa, es preciso que el cuadro específico de la tentativa se cumpla objetivamente y además culpablemente.

Las demás características de las figuras delictivas dadas subsisten, por el contrario, también en caso de tentativa (p. ej., una tentativa de “lesiones preintencionales”, C. P., 226, sólo sería concebible si el autor sólo hubiese tentado las lesiones y esa tentativa hubiese traído la muerte del otro; por otra parte, el requisito del “fin de apropiarse ilícitamente”, propio del hurto, debe concurrir también en la tentativa de hurto).

La tentativa, para constituir una acción punible, debe:

1. ser tentativa de un “crimen” en sentido estricto o tentativa de un “delito” para el cual la tentativa esté expresamente prevista, C. P., 43, II (p. ej., C. P., 242, II, ver, por el contrario, p. ej., 223);
2. ser cometida *dolosamente* (como se infiere de los términos imprecisos “resolución” y “propuesto” del § 43). El dolo para la tentativa es idéntico al dolo para la consumación en el sentido en que se ha explicado en los §§ 24, 25.

II. Para comprender el significado del “*principio de ejecución*” debe tenerse presente que este concepto significa evidentemente una *clase determinada* de las posibles maneras en que una acción *puede no adecuarse a un delito-tipo*. Ese concepto debe, pues, comprenderse, por una parte, en el campo de la “carencia de tipicidad” pues las acciones plenamente adecuadas al tipo ya están reguladas por medio de las figuras delictivas autónomas. Por otra parte, la tentativa no comprende todos los casos de “carencia de tipicidad”, pues una acción con la cual la ejecución del delito-tipo se “comienza” no es lo mismo que una acción *no adecuada* al tipo. Ahora bien, dentro del círculo de las acciones no típicas se diferencian (ver arriba, § 16, IV):

- a) acciones que *todavía* no son adecuadas, acciones preparatorias;
- b) acciones que (temporal, espacial, personal, objetivamente) *no se emprenden en el "mundo circundante"* que, conforme al contenido del delito-tipo correspondiente, sería necesario, y por lo cual no son de *la clase del delito-tipo* (p. ej., el autor ha emprendido la acción prevista en el § 88 fuera de "tiempo de guerra contra Alemania"; la del § 296, a, fuera de las "aguas ribereñas alemanas"; la del § 354, sin ser "empleado de correo"; la del § 242 haciéndola recaer sobre una cosa no "ajena"), o cuando falta una acción preparatoria necesariamente requerida como previa en el delito-tipo; p. ej., el sujeto, si bien ha abusado carnalmente de una mujer, lo ha hecho sin que "a ese fin la haya previamente reducido a un estado de inconsciencia o de incapacidad de resistir", 177, 2ª parte;
- c) acciones que no han sido plenamente conformes al tipo porque si bien se situaron en el estadio de la preparación y, por oposición a las acciones enumeradas sub *b*, eran aún de la clase del tipo, sin embargo, para la realización cumplida del delito-tipo, era necesario un desenvolvimiento ulterior de la acción o un hecho decisivo posterior, de modo que su no conformidad al tipo consiste en el *defecto de la fracción última y típica de la acción*.

El legislador, con toda seguridad, ha querido dejar impunes las *acciones preparatorias* (a). Precisamente por eso ha exigido en el § 43 un comienzo de "*ejecución*". Cuando le ha parecido necesaria la punición de ciertas

acciones preparatorias, ha creado para ellas particulares figuras delictivas autónomas (ver, p. ej., C. P., 83, 84, 86, 201).

El deslinde entre “preparación” y “ejecución” surge objetivamente en cada caso del contenido de cada delito-tipo. Según una “teoría subjetiva”, no existe diferencia objetiva alguna y corresponde a la ejecución todo aquello “por medio de lo cual *el autor quiere llevar a ejecución inmediatamente* el hecho”. Pero tal doctrina sólo es posible prescindiendo de los delito-tipos y de su significación, y creyendo no poder hacer diferencia alguna entre las condiciones de un resultado, en razón de su equivalencia *causal* (ver en contra, § 20, II, 3). Por lo demás, esta teoría subjetiva es ilógica: según ella no hay ningún criterio para diferenciar y, sin embargo, el autor debe poder hacer esa imposible diferencia con su voluntad. Si ella toma el término “inmediato” en el sentido de un “en seguida temporal”, la compra del arma, según ella, será preparación, cuando el hecho ocurra después de una hora; pero será ejecución cuando ocurra inmediatamente, lo cual no parece convincente.

Viceversa, los casos sub *c*, corresponden bastante a la imagen de un “comienzo de ejecución”.

Por el contrario, *no* sería posible afirmarlo para las acciones no adecuadas al tipo en el sentido referido sub *b*. El que subtrae su propia cosa de poder de otro, no comienza, por cierto, a “substraer una cosa ajena”; el que no es empleado y recibe obsequios en dinero, no comienza por cierto con ello “como empleado” a dejarse sobornar, etc., aunque el substractor haya tomado la cosa por ajena, aunque el no empleado se tuviese por empleado.

No son de la clase del delito-tipo y, en consecuencia, no hay tentativa en el sentido del § 43, en los casos lla-

mados de “*tentativa absolutamente inidónea*”, constituidos por acciones que, tal como eran, y bajo las circunstancias del caso, no podían llegar a ser nunca una realización del tipo (p. ej., una mujer no grávida toma un medicamento no abortivo, un ciego aplica un fósforo a una roca) por oposición al verdadero principio “de ejecución”, en el cual no se llega a la consumación sólo porque o bien se detuvo la *continuación* de la acción o bien no se produjo la *continuación* causal del suceso.

Tal es la opinión dominante (“teoría objetiva”) divergente de la “teoría subjetiva”. Esta proviene de la época en la cual no se sabía distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad, considerándose antijurídica toda acción proveniente de un querer malo. La verdad es que las acciones que nos ocupan no tienen en sí mismas ningún contenido ilícito (y en todo caso, ninguno que corresponda al concreto tipo delictivo); carecen objetivamente de significación, si es que no son totalmente conformes al derecho (nadie duda de que el médico obra conforme a derecho cuando suministra la medicina curativa, aun cuando creyera que fuese veneno y quisiera matar al paciente). En la “tentativa absolutamente imposible” lo que contraría al Derecho es simplemente el querer del actor. Con lo cual la teoría subjetiva va a parar en la punición de lo meramente interno del hombre; pero como que ella debe reconocer que con eso se subvertiría un principio fundamental del Derecho penal, pretende que las acciones de que nos ocupamos se dan, también objetivamente, en forma suficiente para la punición, por cuanto contienen “una *manifestación* del querer malo” y no sólo un querer como tal. Pero las acciones por medio de las cuales se descubre un plan malvado, para el ordenamiento jurídico son, naturalmente, muy bien venidas, es decir, no antijurídicas. Finalmente, la inestabilidad de la “teoría de la manifes-

tación” se muestra en el hecho de que la ley ha dejado impunes las acciones preparatorias, las cuales, del mismo modo, ponen de manifiesto un querer malvado.

La teoría subjetiva substituye el “principio de ejecución”, que la ley requiere, de un modo inaceptable y contrario al § 2, C. P., con figuras arbitrarias y borrosas, que también encubren en forma engañosa el mismo principio de ejecución. Ello se aclara definitivamente si se considera que carecería de sentido que el legislador castigara acciones no típicas que nada significan objetivamente y que todos podemos tranquilamente dejar pasar, y que, por otra parte, considerase impunes acciones que objetivamente tienen un contenido ilícito y que son más dignas de atención como son las acciones preparatorias. La falta de un fundamento racional en la teoría subjetiva aparece así claramente.

Esta teoría arraiga también en un simple elemento *sentimental*: en la repugnancia hacia los sujetos que se han desenmascarado, y en el pensamiento de que, después de fallarles el primer golpe de su plan, se servirán posiblemente, otra vez, de medios adecuados. Pero la repugnancia moral no justifica ninguna pena *del Estado* y la idea de peligrosidad sólo conduce a la aplicación de *medidas de seguridad*.

Generalmente, la teoría subjetiva sólo se profesa en forma restringida. Se ha intentado, en efecto, separar los casos de tentativa absolutamente imposible, es decir, de tentativa propiamente dicha, de los demás casos de “carencia de tipicidad”. Quedan excluidas las “tentativas” por medios supersticiosos —error que arraiga en el pensamiento “nomológico”, etc.—. Estos empeños no son consecuentes con el punto de vista subjetivo.

El Tribunal Supremo se ha colocado, desde hace decenios, en el punto de vista subjetivo. Pero ya entonces

no estaba totalmente de acuerdo y fué necesaria una decisión plenaria. Desde entonces se ha mantenido sólo tradicionalmente en esa concepción sin emprender nuevo examen. Por el contrario, fuera del Tribunal Supremo, la práctica acepta reiteradamente el punto de vista objetivo (p. ej., Tribunal de Hamburgo, 1898, de Hamm, 1926).

III. *Dentro de la tentativa se distinguen dos gradaciones:*

1. El autor no ha concluído aún su acción ejecutiva, ello es, no ha continuado su movimiento corporal lo bastante para que (en los delitos de pura actividad) ella ya constituya la realización del delito-tipo, o bien (en los delitos materiales) haya alcanzado a cumplir los actos finales necesarios para la producción de la causalidad tendiente al evento típico: llamada *tentativa inconclusa* (p. ej., en el momento del golpe, el autor deja caer el brazo por un calambre; o bien, en los delitos de doble acción —arriba, § 16, III, 4— el autor ha emprendido sólo la primera).
2. El autor (en los delitos materiales) ha concluído los actos corporales del caso para acarrear el resultado (la *acción ejecutiva*) de modo que para la “realización” misma ya sólo importan acontecimientos ulteriores que están más allá de la acción: llamada *tentativa concluída* (p. ej., un tiro errado).

Una teoría “subjetiva” quiere diferenciar según que el autor haya creído no haber hecho aún o ya haber hecho lo que deseaba. Pero se presenta una dificultad insoluble cuando, p. ej., el autor haya creído que para desencadenar totalmente la causalidad es necesario aún

hacer algo más, y sin embargo, su acción estaba, en verdad, completa y acarreó el resultado. En tal caso, existiría una tentativa inconclusa al mismo tiempo que un delito consumado, lo que es contradictorio.

Sobre la importancia de los dos grados de la tentativa, véase § 34, III.

III. *La participación accesorio*

§ 30. 1. *Esencia de la participación accesorio.*

I. La ley, al construir los conceptos de “instigación” y “complicidad”, se funda en que todo delito-tipo comprende solamente a aquellas personas que han hecho precisamente aquello que corresponde justamente al tipo: a aquél de quien no pueda decirse que “ha matado a un hombre”, no puede aplicársele la pena del § 211 y sig. Pero las acciones *preparatorias* y *secundarias* (ver arriba, § 16, IV), con las que un sujeto ha contribuído para que *otro* realice el delito-tipo no podían lisa y llanamente descuidarse desde el punto de vista de la política penal. Tales conceptos se hallan, por una parte, en nítida oposición al concepto de “autoría” (incluyendo a la “autoría mediata”), arriba, § 20, 22; por otra parte, están *referidos a* la acción principal (al delito-tipo que caracteriza a ésta), es decir, son “accesorios” de la acción principal. La ley penal, sometiendo a pena a instigadores y cómplices, hace también de ellos “autores” en un sentido más amplio de la palabra, y el concepto así formado de “autor en sentido lato” se subdivide ahora en “autoría propiamente dicha”, y “coparticipación”.

II. A la dependencia, simplemente abstracta y conceptual, de las figuras de la participación con respecto al delito-tipo, el actual derecho alemán la trans-

forma en dependencia de la real *existencia de la acción punible de otro*, de un “*hecho principal*”, 48, 49. Que alguien sea punible como instigador o cómplice, es algo que sólo puede ocurrir con relación a una acción determinada de otro, y que lleve consigo todas las características de una “acción punible”. Por eso son inconcebibles instigación y complicidad:

1. donde no existe una acción de otro, ejecutiva del tipo, a los menos, en la forma accesoria de la tentativa. No es suficiente el hecho de que *deba* subseguir una tal acción (por eso la instigación y la complicidad son sólo concebibles como “consumadas” por el acontecer del hecho principal; jurídicamente, no hay “*tentativa de complicidad o de instigación*”). Tampoco basta la acción de otro que no caiga dentro de un delito-tipo (por eso no hay, p. ej., instigación o complicidad al suicidio).
2. Tampoco es concebible una participación penal a un hecho principal no antijurídico.
3. Lo mismo con respecto a un hecho principal no culpable. A este respecto, la Ley de Menores, § 4, presenta dificultades. Antes de esta ley la situación jurídica era la siguiente: el mayor que requería o posibilitaba la acción de un niño o de un joven aun inimputable era “*autor mediato*”, que se servía del niño o del joven como “instrumento”, pues en éste faltaba la imputabilidad (ver arriba, § 22, I, 2). La ley, sin embargo, habría podido ordenar que en adelante la instigación y la complicidad fuesen referibles a hechos principales sin “culpabilidad”, con lo cual se rechazaría el concepto de autoría mediata en tales casos. Sin embargo, no lo ha hecho (de modo

que, por ej., ahora, como antes, no existe participación a hechos de enfermos mentales). La Ley de Menores dispone solamente, § 4: “La punibilidad del instigador y del cómplice *no se altera* por los § 2, 3 —que regulan la imputabilidad”. Con lo cual se significa que *no es necesaria una nueva* regulación. La fundamentación oficial muestra, sin embargo, que se quería salir de la participación en hechos de niños y jóvenes irresponsables. Este pensamiento, sin embargo, no alcanza a aclararse. Es indudable que no se quería reducir la penalidad del mayor que contribuye a la ejecución del delito de un irresponsable. Tal cosa sucedería si en la participación a hechos de irresponsables se aplicase la figura de la “participación”. Por ej., la madre que proporciona a su hijo una escopeta para disparar contra un tercero, no sería autora mediata, sino sólo cómplice, y por ello, más levemente castigada, § 37, II, 3. Los propósitos de la relación oficial son, pues, muy contradictorios. Por eso es preciso no ir más allá de lo que la misma Ley de Menores dice, § 4; este texto contiene sencillamente una disposición en blanco: las disposiciones generales con respecto a la instigación y a la complicidad en el hecho de irresponsables permanecen invariables. Puesto que el C. P. no reconoce tal participación, el § 4 de la Ley de Menores, carece de objeto.

Es discutible si la participación se circunscribe a la participación en hechos *dolosos* o sí, según § § 48, 49, C. P., también se considera la participación en hechos principales culposos punibles. Por regla general, la cuestión carece de valor práctico, pues si *Secundus* no está en dolo, y sólo

obra imprudentemente, aparece como “instrumento” en poder de *Primus* (arriba, § 22, II, 2), y así la pena de *Primus* está fundada ya por regla en el punto de vista de la autoría mediata. Sin embargo, el texto de los §§ 48-49 no restringe el hecho principal a los casos “dolosos”, y hay casos en los cuales (en consideración a la no punibilidad del autor mediato como tal por faltar en él una circunstancia personalísima) la impunidad de *Primus* por participación en un hecho principal culposo sería chocante.

4. En aquellas figuras delictivas en las cuales concurren circunstancias típicas especiales (arriba, § 27) sólo puede haber participación punible cuando el hecho principal en sí mismo satisface esas circunstancias (p. ej., no hay participación en riña si ésta no termina en el grave resultado previsto por el § 227; no hay participación en daño por imprudencia).
5. Tampoco existe participación punible a acciones que no son punibles desde el punto de vista expuesto en § 18.

Es, por el contrario, indiferente, que el autor principal tenga de su parte una “causa personal de exclusión de pena” (abajo, § 33) y, desde luego, si para la persecución del autor principal concurren o no todos los presupuestos procesales.

III. El concepto de “hecho principal” se ensancha, pudiéndose agregar la instigación y la complicidad —como participación secundaria— a una instigación y a una complicidad por sí punibles (discutible).

IV. El participante accesorio no necesita cumplir los requisitos del delito-tipo, y especialmente es indiferente que para él concurren los elementos personalísimos

del tipo (arriba, § 16, III, 3), (sólo deben concurrir para el autor principal, arriba II, 1). Por eso es punible como instigador, conforme a los §§ 332 y 48, el que, no siendo empleado, determina a un empleado a un acto de corrupción (332) (participación en un “delito especial”).

V. La ciencia antigua, para la división en clases de los “autores en sentido amplio”, empleaba los conceptos de acción “intelectual” y “física”. Debía considerarse “física” la intervención corporal, e “intelectual” la exteriorización del pensamiento. La acción intelectual se reducía a la instigación. Tal división no es, sin embargo, fundamental. La “acción intelectual” puede tanto ser autoría mediata (p. ej., provocar a un enfermo mental) como instigación o complicidad (como, p. ej., impartiendo recomendaciones para un interrogatorio).

VI. No son actualmente formas de la participación, *a*) el favorecimiento y la receptación, 257 y sigs.; actualmente son delitos autónomos; *b*) el complot y la banda.

Dentro de la participación accesoría, sólo existen la “instigación” y la “complicidad”.

VII. Hay tipos de delito que *en realidad* uno solo puede cometerlos *con* otro sujeto o *en* o *para* otro (la llamada “*complicidad necesaria*”) y que, sin embargo, en la ley están conformados de tal manera que sólo uno de los sujetos es considerado como “autor” posible. Aquí la voluntad del legislador es en parte dejar en general, impunes a los “otros”, aun cuando su contribución, en sí misma, constituiría “complicidad” (llamadas “excepciones a la doctrina de la complicidad”). Es necesaria una interpretación especial (discutida en parte) para cada caso. (Ejemplos: C. P., 236, con respecto a la raptada; 120, con respecto al detenido).

§ 31. 2. *Instigación.*

I. *La figura de la instigación* trazada por la ley —y que rige tanto para la faz objetiva como para la subjetiva— dice textualmente: “*determinar a otro a la acción punible por él cometida*”. C. P., 48, lo cual significa generar la resolución de cometer un hecho posteriormente cometido (es indiferente la gravedad de ese hecho principal —“crimen”, “delito” o “contravención”).

La ciencia anterior encontraba una dificultad en el hecho de que el instigador evidentemente pone una causa y aun la más importante, p. ej., para la ulterior muerte de X, “físicamente” realizada por el instigado. Se argumentaba: si el instigador ha causado la muerte de X, él es el “autor”. Para escapar a tal consecuencia, se creyó necesario tener que negar la propiedad causal de la acción instigante, y se encontró la solución deseada en el libre albedrío del instigado, entendiéndose esa libertad como una indeterminabilidad absoluta. La resolución del instigado sería suya y autónoma, la instigación tendría sólo el valor de una proposición no determinante. Así se llegó al dogma de la “interrupción de la cadena causal” por el acto libre de *Secundus*; la acción instigadora de *Primus* perdió su carácter de “causa” del hecho de *Secundus*, y nada impedía, pues, concebir la instigación como algo distinto de la autoría. Al mismo tiempo se separaba la instigación de la auotría mediata por cuanto en esta última “la cadena causal no estaba interrumpida”.

Estas consideraciones —aun sostenidas a veces actualmente— contienen una sobrevaloración infundada de la libertad del querer, hasta separar plenamente las acciones humanas de las leyes de la causalidad (ver arriba, § 13, I).

Pero no se necesitan tales razones para que se puedan diferenciar jurídicamente la autoría y la instigación. La solución del problema surge simplemente de que no todo el que ha puesto una "causa" para un evento es por ello ya un "autor", sino que lo que regula la calidad de autor es el cuadro representativo central enunciado por el correspondiente delito-tipo. Con lo cual se funda especialmente también la diferencia entre instigador y autor mediato. Del instigador no puede decirse que *él* haya matado a X, mientras que es posible decirlo de los autores (aun de los mediatos). Ver arriba, § 20, II, 3, § 22, I.

II. Esta figura constitutiva de la instigación debe ser *realizada* (y antijurídicamente).

En consecuencia, no existe cuando el hecho principal o bien posteriormente no ha sucedido o bien, habiendo sucedido, provino de una resolución que *Secundus* (como "*alias u omnimodo factururus*") ya había tomado. Pero tales instigaciones sin resultado constituyen a veces figuras delictivas, ver especialmente C. P., 49 a, 159.

III. En cuanto a la faz interna, para la punición es necesaria la *intención* de instigar.

Para esto es aplicable el desarrollo expuesto en los § § 24 y sigs., considerando que aquí en vez de "las circunstancias de hecho que corresponden al *delito-tipo*", (59) lo que se tiene en cuenta son las circunstancias que corresponden a la *figura de la instigación* como objeto de la representación y del asentimiento del actor. Hay, pues, intención de participar sólo cuando tanto la propia instigación como el hecho principal ajeno subyacen en la representación y en el asentimiento del actor.

Conforme a ello debe juzgarse el “*excessus mandati*”.

Es suficiente la intención de que el autor principal “sólo debe intentar” (*agent provocateur*); sin embargo, en determinados casos, no hay pena para el *agent provocateur*, porque creía deber obrar de ese modo (arriba, § 24, I, 2) o porque creía desbaratar después el evento típico, C. P., 46² (abajo, § 34, III).

§ 32. 3. *La complicidad.*

I. La figura de la *complicidad* trazada por la ley consiste en que el actor *haya prestado ayuda con consejos o hechos* al autor de un “crimen” o de un “delito” C. P., 49.

Con ello, pues, se *contrapone* el cómplice al autor (principal) y de modo tal que unas veces no hay pena para el cómplice (en las “contravenciones”) y otras veces (en los crímenes y delitos) la pena es menor que la del autor (C. P., 49, II). En consecuencia, si varios sujetos han obrado conjuntamente, es importante saber si todos han participado como autores” (“coautores”, abajo, § 76) o si uno u otro han participado sólo en el papel de cómplices. (En otra parte se considera si es posible incluir en la complicidad de primer orden una complicidad de complicidad, arriba, § 30, III).

1. Del sistema del C. P. se deduce claramente que el § 49 del C. P. no está destinado ni a reducir a cómplices a aquellos a los cuales la figura delictiva de la parte especial alcanza plenamente, ni a transformar en autores, en contra de la parte especial, a aquellos que no han realizado el delito, sino que el § 49 funciona para aquellos

que han facilitado el hecho, sin que sean punibles como autores, conforme a la figura del caso. Esto sucede:

- a) con aquellos que han contribuído a la acción típica de otro con una acción *preparatoria* o *concomitante*, ver § 16, IV (por oposición a acción *ejecutiva*, C. P. 47).
- b) con aquellos que a pesar de haber obrado típicamente y haber facilitado la acción de otro no son, sin embargo, “autores” (coautores) *por* no existir en ellos un *elemento personalísimo extratípico* de la correspondiente figura (ver § 27, final). (P. ej., A ha ejecutado conjuntamente con el ladrón B la “acción de substraer” pero sin el fin de apropiación que caracteriza al ladrón: al autor principal de hurto).

Tal es la opinión dominante (*teoría objetiva*).

Es distinta la “*teoría subjetiva*” (v. BURI, Tribunal Supremo): Siendo idénticas la “condición” y la “causa” de un resultado, no existe objetivamente la posibilidad de distinguir entre autores y cómplices; en consecuencia, la diferencia sólo puede ser puramente anímica: será autor el que haya puesto una condición con la “voluntad de ser autor”, *animus auctoris*, y cómplice el que la ha puesto con “voluntad de ayudar”, *animus socii*; aquél ha querido el hecho como suyo, éste, como ajeno. Si, p. ej., A y B han contribuído conjuntamente a la muerte de X, lo que según esta doctrina importa es saber cuál de los dos tenía un interés propio en la muerte de X y él será el autor, aunque sólo haya proporcionado el arma al otro o haya sostenido a la víctima. El otro, por el contrario (el que no estaba por sí mismo interesado en la muerte de X), es cómplice, aun cuando haya ejecutado completamente solo la ac-

ción central típica (el acto de matar). (A veces la teoría subjetiva es restringida a las contribuciones contemporáneas, concediéndose así que las acciones *preparatorias* aparecen *objetivamente* como complicidad).

Esta doctrina surgió en oposición a la antigua teoría objetiva (llamada material) la cual se preocupaba por encontrar diferencias de valor causal entre las condiciones de un resultado, y *conforme a ello* determinar la diferencia entre acción principal y complicidad. De hecho, esa tarea no puede conducir al fin, ver § 20, II, 2, *in fine*. Pero la teoría subjetiva pasó por alto que el carácter objetivo de la complicidad con respecto a la autoría emana simplemente del contenido del delito-tipo, y que el jurista debe orientarse de conformidad a la "causalidad típica", tal como la ley misma la presenta, arriba, § 20, II, 3 ("teoría formal-objetiva").

En su lugar la teoría subjetiva introduce en la ley un elemento de diferenciación absolutamente desconocido por ella, cual es el *motivo* del actor: que se haya obrado por propio interés en el resultado o por otro móvil.

De las consecuencias que de ello son inevitables surge que la teoría subjetiva no puede ser la que el legislador tenía en mira: conforme a ella debería dejarse impune a aquel que ha realizado plenamente el delito, él solo, si es que no tenía interés propio en el resultado (p. ej., al bandido alquilado para la muerte de X, la vida o la muerte de éste le son indiferentes, pues sólo obra por un comitente y por precio); en tal caso, faltando al *animus auctoris*, sólo podría ser cómplice, pero como tal tampoco sería punible porque no existiría hecho principal.

La teoría subjetiva trata de escapar de estas consecuencias imposibles, introduciendo el concepto de "*instrumento doloso (de mala fe)*". El *Primus* que se sirve

de *Secundus* para la comisión del hecho, aun cuando *Secundus* cometa el hecho responsablemente, es siempre el verdadero autor; *Secundus* obra para él, como instrumento. Con tal construcción se hace posible que en el ejemplo dado se castigue al comitente del bandido como "autor" y al bandido como a su cómplice.

Pero esta construcción no salva del todo de las consecuencias enfadosas de la teoría subjetiva (si p. ej., el bandido hubiera cometido el asesinato sin ser contratado y por amor a N. N., debería ser considerado impune). En consecuencia, la figura del "simple instrumento" se muestra contraria a la ley, pues destruye el § 48 relativo a la instigación: todo instigador está evidentemente interesado en la realización del delito; si ese elemento fuese el que caracteriza al "autor" no habría sujeto alguno encuadrable en el § 48. Por lo demás, la figura del "instrumento doloso" se muestra ininteligible porque ambiguamente afirma ("dolo") y niega ("instrumento") la personalidad del autor.

2. Bajo el concepto legal de complicidad del § 49 no se comprende la complicidad por actitudes pasivas. La doctrina dominante no lo estima así. Pero si ésta fuese exacta, el § 139 del C. P. sería ininteligible (los casos *especialmente agravados* de complicidad pasiva en él establecidos importarán una pena *mayor* que la que les correspondería conforme al § 49; y si fuera aplicable a los casos más leves conforme al § 49, tendríamos que, por ej., no denunciar la producción de un asesinato sería castigado sólo con prisión y los demás casos de complicidad pasiva en un asesinato o en una violación serían castigados con reclusión). Ver también "consejo o *hecho*" en el § 49.

II. La punibilidad de la complicidad está restringida en el C. P., § 49, a la complicidad *dolosa*. Para el dolo en la complicidad es aplicable lo dicho para el de la instigación. (Nada tiene que hacer con el “*animus socii*” de la teoría subjetiva).

Segunda parte: CAUSAS PERSONALES DE EXCLUSIÓN DE PENA

§ 33

I. Ordinariamente, aquel que ha cometido una “*acción punible*”, es punible por ello. Sin embargo, la ley reconoce el *privilegio de la impunidad* para determinadas personas. Esto no significa impartir licencia para una conducta delictiva, pero significa que aún en caso de la comisión de una “*acción punible*” no existe pretensión punitiva contra los privilegiados. Tal clase de impunidad es personalísima (“*causas personales, individuales, subjetivas de exclusión de pena*”). En consecuencia, la circunstancia de que el autor principal tenga a cubierto su persona por una causa de esas no obsta a la punibilidad de un instigador o de un cómplice.

II. Tienen privilegio de impunidad en tal sentido:

1. *los miembros del Reichstag* (Congreso) y los de las *legislaturas locales* con respecto a sus *votos* y a las *manifestaciones hechas en el desempeño de su función*. Constitución, art. 36 (C. P., 11), ver Constitución de Baviera, 37, I.
2. Los *extranjeros* por sus acciones cometidas en el *extranjero*, mientras no esté especialmente previsto (como en C. P., 4¹, 298), ver C. P. 4² a.

3. los que en estado de legítima defensa excedan los límites de ésta por perturbación, temor o miedo ("*exceso en la legítima defensa*"), C. P., 53, III.
4. hay aún disposiciones *especiales* para *determinadas clases de delitos*, C. P., 173, IV, 209, 247, II, 248 a, II, 264 a, IV, 370^o II.

No gozan de impunidad los extraterritoriales extranjeros (éstos sólo están exentos de la *competencia de tribunales*, ver Ley Orgánica de los tribunales 18-21, tal es hoy la opinión general). El privilegio previsto en la Constitución, 43, III, para el presidente no se refiere tampoco a la punibilidad, sino a la persecución.

Tercera parte: CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENA

§ 34

I. Ciertas circunstancias, cuando concurren después de la comisión del hecho, terminan con la acción penal existente, son las llamadas *causas de suspensión o de cancelación* (extinción) *de la pena*. Debe distinguírse las nítidamente de las causas *de exclusión* de pena (hasta concurrir una causa de extinción de la pena el autor es punible, mientras que causas de *exclusión* de la pena son aquellas que fundan la impunidad *en un principio*); igualmente deben distinguirse de la extinción del derecho de acusar (que corresponde al derecho *procesal*) (ya sea por cosa juzgada, etc.).

II. Son causas *generales* de extinción de pena:

1. el *cumplimiento de la pena en el país* (el cumplimiento en el extranjero sólo en los casos del § 4^o, según § 5^o, C. P., ver, sin embargo, 37);

2. Desistimiento de la pretensión punitiva del Estado, ello es:

a) *Perdón* (en sentido estricto) ¹, ello es, abandono (total o parcial) de las penas jurídicamente impuestas; pudiéndoselo dividir en indulto (perdón aislado) y amnistía (perdón colectivo). El perdón es esencialmente desistimiento de la pretensión punitiva del Estado (con respecto a la reincidencia, se equipara, sin embargo, a la punición, 245, 246, III). Su fin: "compensación de equidad" con respecto al *jus strictum*. El autorizado para perdonar es el Estado, al que corresponde la respectiva pretensión punitiva. El *ejercicio* del poder de perdonar reside por tanto en el Estado cuyos tribunales de primera instancia se han pronunciado, y por medio del órgano que la Constitución correspondiente designe (ver Constitución, art. 49, Const. de Baviera, art. 51).

Caso especial: el perdón *condicional*: perdón bajo la condición de buen comportamiento durante un tiempo de custodia, procedente del principio jurídico extranjero de la "condena condicional" pero transformada en suspensión condicional de la ejecución de la pena. Con respecto a los menores, los tribunales pueden legalmente aplicarla, Ley de Menores, 10 y sigs., conforme a lo regulado por las instrucciones para la administración de justicia.

(1) Aparte del perdón en sentido estricto se suele incluir en el perdón (en sentido amplio) la "abolición" propia del derecho procesal, ello es, el sobreseimiento del proceso.

El perdón concedido en el extranjero extingue la acción penal alemana en los casos del § 4^º, C. P., cf. § 5^º.

- b) “*No pronunciamiento de pena*” por el tribunal, Ley de M., 6, 9, IV.
- c) “*Absolución*” por el tribunal por retorsión de injurias y lesiones leves (es corriente, pero incorrecta, la designación “*compensación*” de los hechos o de las penas), 199; 233.

3. *Prescripción*, que descansa en la consideración de que el ordenamiento jurídico no puede menos que reconocer como jurídicos a ciertos estados mucho tiempo subsistentes y a causa de su propia firmeza, 66.

- a) El C. P. distingue la “*prescripción de la acción*”, ello es, prescripción de la pretensión punitiva *antes* de un pronunciamiento firme y “*prescripción de la pena*”, ello es, prescripción *después* de un pronunciamiento ejecutoriado.

Los *plazos* de la prescripción encuéntrase en los §§ 67, 70, 71. (Plazo especial para la prescripción de los delitos de imprenta, Ley de I., § 22, y para las infracciones financieras, Ley de impuestos, 384, I).

La prescripción de la acción *comienza* en el día en que se cometió la acción, 67, IV; ver, sin embargo, 171, III.

La prescripción de la pena comienza con la ejecutoria de la sentencia, 70, IV.

La prescripción de la acción *se interrumpe* por todo acto *judicial* contra el autor por causa del hecho, 68, comp., sin embargo, C. de Proc., 413, IV, 419, IV, y Ord. de Imp. 384, II; la prescripción de la pena se interrumpe

por todo acto tendiente a la ejecución proveniente de la *autoridad ejecutiva de la pena*, 72. Después de la interrupción comienza una prescripción *nueva*.

La *suspensión* de la prescripción es distinta de la interrupción de la misma. Después del plazo de suspensión continúa la prescripción ya *comenzada*. La prescripción de la acción se suspende (C. P., 69, conforme a la ley de 26 de marzo de 1893, llamada *lex Rintelen*), mientras la prosecución de la acción se encuentra jurídicamente excluida, ver, p. ej., Constitución, art. 37; C. P., 191. Téngase presente, sin embargo, el § 69, II, C. P.

El efecto de la prescripción de la acción consiste en la extinción de la pretensión punitiva (según otro punto de vista, sólo implica extinción del derecho de acusar). Por el contrario, la prescripción *de la pena* debe remitirse al derecho *procesal* como una causa que excluye el derecho a la ejecución de la pena y no la pretensión punitiva.

La prescripción legal extranjera extingue la pretensión punitiva alemana en los casos de los §§ 4^o y 5^o del C. P.

- b) Por la ley de 9 de abril de 1920 sobre los informes sumarios del Registro Penal y cancelación de las anotaciones penales, se ha agregado una *prescripción de los efectos de la pena* (rehabilitación, ello es, *rehabilitation de droit*).

III. El *desistimiento espontáneo* libera de la pena :

1. en general, cuando el hecho no ha sobrepasado el estado de *tentativa*.

De ahí la diferencia entre tentativa *incompleta* y *completa* (arriba, § 29, III); en la primera, basta no continuar la *acción ejecutiva en sí misma* (“*desistimiento en sentido estricto*”), C. P., 46¹; en la otra, el autor, para quedar impune, debe impedir el evento típico (“*arrepentimiento activo*”), C. P., 46².

El § 46 del C. P. conforme a su *ratio* no se aplica solamente a los casos en los cuales la tentativa aparece como una forma subordinada, de acuerdo al § 43 del C. P., sino también a aquellos casos en los cuales una tentativa constituye un “*delictum sui generis*” y desde luego para acciones preparatorias constituídas en una figura delictiva autónoma (p. ej., C. P. 86) (discutido).

La expresión “el autor” en el § 46 comprende no sólo al autor principal, sino también al instigador y al cómplice.

Por otra parte, la impunidad comprende sólo a la tentativa “*como tal*”, ello es, que si la misma acción representa a un tiempo, en otro sentido, un delito consumado (concurso ideal, abajo, § 77) —llamada tentativa calificada—, este hecho sigue siendo punible sin consideración al desistimiento.

2. Con respecto al delito *consumado* no existe, en principio, ningún desistimiento que libere de la pena correspondiente. Excepciones (bajo forma de “*arrepentimiento activo*”): C. P., 163, II, 204, 209, 310. Ver también Ley de Impuestos, 374, y Ley de Def. de la Rep., § 1, III.

IV. Las causas de extinción de pena son “*personales*”, ello es, que en una pluralidad de copartícipes

importan liberación sólo para aquellos para cuya persona se dan las condiciones (también —lo que es discutido— para el § 46 del C. P.: si, p. ej., A ha cometido una tentativa perfecta por instigación de B y luego impide el resultado, B es punible por instigación a la tentativa ejecutada por A). Excepción: C. P., 204 (en cuanto al desistimiento de los duelistas favorece también al padrino).

Cuarta parte: SÍNTESIS DE LOS PRESUPUESTOS DE LA PUNIBILIDAD

§ 35. A. *En general*

I. Según se deduce de lo expuesto hasta aquí, los presupuestos de la punibilidad se presentan jurídicamente como un sistema ramificado de circunstancias. La fundamental es la “*acción punible*”; pero ésta importa la punibilidad sólo de aquellos que no participan de una *causa personal de exclusión de pena* y aquellos que no se liberan de la pena a consecuencia de una *causa de extinción*. La “*acción punible*” misma muestra además el ingenioso enlazamiento de la “*tipicidad*” —la inscripción puramente externa de la conducta en el catálogo de las figuras delictivas— con la *ilicitud culpable*, y finalmente aun la limitación legal de la punibilidad de acuerdo con las *causas materiales de exclusión de pena*.

El concepto general de “*acción punible*” puede, pues, determinarse de este modo: “*acción punible*” (“*delito en sentido amplio*”) es aquella *acción típicamente antijurídica y correspondientemente culpable, que no se halla cubierta por una causa material de exclusión de pena*.

Dentro de ese conjunto, distingúense las *acciones punibles primarias* (conformes a una figura autónoma) y aquellas *secundarias* (conformes a una “figura accesoria”) de modo que, en las primeras, el concepto depende de la “*adecuación de la acción al delito-tipo*”, mientras que en las otras concurre una *vinculación de otra clase* con el delito-tipo (como la de los conceptos “tentativa”, “instigación”, “complicidad”).

II. Así, para la *impunidad*, se presentan jurídicamente muy distintos títulos con muy distintas significaciones. Prescindiendo de que, en principio, no puede plantearse la cuestión de la punibilidad sin referirse a una *determinada acción humana*, se presentan como circunstancias que por sí solas implican impunidad:

la carencia de “tipicidad”;

la carencia de antijuridicidad (causas de justificación);

la carencia de culpabilidad (causas de exclusión de la culpabilidad);

además, las causas materiales de exclusión de pena;

las personales,

y las causas de extinción de la pena.

Es poco recomendable designar todas esas circunstancias como “causas de exclusión de pena” (“en sentido amplio”), (como lo hace el título del Cap. 4º de la parte general del C. P.). Es mejor decir eximientes, causas de no aplicación de la pena.

III. Entre las acciones que, por carecer de un tipo regulado por el legislador, son impunes, se encontrarán aún casos que serán calificados, ya por los juristas, ya por el pueblo, como malos hechos. Se entiende que dada la construcción firme de los tipos, impuesta por la Constitución, Art. 116 y el C. P., 2, al Derecho penal, sólo

el legislador está llamado a llenar esas lagunas, y la jurisprudencia y la ciencia deben cuidarse de complementarlas a su arbitrio, teniendo presente que el legislador ya ha contrabalanceado los intereses y que ha preferido “lagunas” en la punibilidad a la inseguridad.

Hay una exigente especialmente notable en los casos en que la figura delictiva contiene un elemento personalísimo, cuando *Secundus* que ejecuta el hecho no satisfaga ese requisito, mientras que *Primus*, en quien tal elemento concurre, haya actuado sólo como instigador de *Secundus* (p. ej., B sin tener el “fin de apropiación” del § 242 subtrae la cosa, instigado por A, que tiene el propósito de apropiación). Aquí no hay hecho principal punible de *Secundus* y, en consecuencia, no hay instigación punible. La construcción —ya en sí misma vacilante— de una “autoría por medio de un instrumento de mala fe” (ver arriba, § 32, I, 1) se trocaría aquí por una franca teoría *in fraudem legis*. Debe reconocerse más bien que en tales casos, *de lege lata*, no hay pena.

§ 36. B. Apéndice: del valor de las relaciones internacionales en particular (el llamado Derecho Penal Internacional)

I. De la doctrina de los presupuestos de la punibilidad puede destacarse como cuestión especial la siguiente: ¿qué influencia tiene sobre la punibilidad, conforme al actual Derecho penal alemán, la circunstancia de que exista una pluralidad de estados y que, con ello, exista “interior” y “exterior”, como también “ciudadanos y bienes jurídicos nacionales y extranjeros”? Se ha hecho corriente designar las consideraciones sobre este tema bajo el nombre de “Derecho penal internacional”, aunque, en realidad, no se trata de verdadero Derecho “Internacional”, sino de Derecho “nacional”

alemán. Además, por otra parte, los correspondientes preceptos jurídicos no representan un "Derecho penal" especial, sino que sólo enseñan, por medio de una especie de corte transversal, ciertas particularidades del sistema de Derecho penal.

La política legislativa presenta al legislador las siguientes posibilidades: trazar el límite entre lo punible y lo impune.

- a) conforme al lugar del hecho, interior o extranjero: *principio de territorialidad*;
- b) conforme a la nacionalidad del autor: nacionales y extranjeros, *principio de la personalidad* (principio de sujeción o de subditanía, principio de la nacionalidad activa);
- c) conforme a la pertenencia del bien jurídico agredido —bienes jurídicos nacionales o extranjeros: *principio real*, principio de la nacionalidad pasiva;
- d) negación general de limitaciones de esa clase: *principio mundial o universal*.

II. El actual Derecho penal alemán se ha decidido por el principio de la *territorialidad*, C. P., 3, 4, I, 6, de modo, sin embargo, que la impunidad que de ello emana para los hechos cometidos en el extranjero, está restringida en un ámbito no insignificante por disposiciones excepcionales, ver especialmente C. P., 4, II (ley de Def. de la Rep., § 7) y lo expuesto en §§ 18, II, 1; 33, II, 1). (Es, naturalmente, un requisito previo de la punibilidad que la acción sea *antijurídica* conforme a las normas jurídicas alemanas que rigen *la conducta*, ver arriba, § 9, a pesar del carácter extranjero de la acción).

Puesto que en los hechos cometidos en el extranjero la calidad de nacional o de extranjero es la que regula la punibilidad o la impunidad, ver C. P. 4^º, y arriba, § 33, II, 1, al cambiar la nacionalidad, importa la nacionalidad existente al tiempo del hecho (discutible); excepción (el hecho de tornarse ulteriormente punible): C. P. 4^º, II.

Sobre el cumplimiento de la pena, el perdón, la prescripción extranjeros (y los casos del C. P., 4^º), ver C. P. 5^º, 2 y arriba § 34, II. Sobre el cómputo de la pena extranjera, C. P., 7 y más abajo, § 74, IV, 2 b.