JAMES GOLDSCHMIDT
Ex profesor y decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Berlín

LA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

Traducción de
MARGARETHE DE GOLDSCHMIDT
y RICARDO C. NÚÑEZ

Prefacio y un "Bosquejo de la culpabilidad"
por Ricardo C. Núñez

"Apéndice" con la traducción de los artículos
de las leyes y proyectos citados en el texto

"Breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa"
por Edgardo A. Donna

2da edición

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

2002
Julio César Faira - Editor

La traducción de este libro ha sido hecha directamente del original alemán. "Normativer Schuldbegriff", en *Fest. für Frank* (1930).

I.S.B.N.: 9974-578-19-1

Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 7

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

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

En Montevideo, Uruguay:

© B de F Ltda.

Buenos Aires 671 (C.P. 11.000), tel.: 916-6521 y telefax: 916-5238
e-mail: bdef@netgate.com.uy

En Buenos Aires, República Argentina:

© Euros Editores S.R.L.

Av. Congreso 4744 (CPA C1431AAP) tel.: 4523-6225
Tucumán 1484, 9° "C" (CPA C1050AAD) telefax: 4371-7510
e-mail: euros@ciudad.com.ar

Hecho el depósito que establece la ley. Derechos reservados.

Impreso en la Argentina, en el mes de setiembre de 2002 por:
Mac Tomas, Murgiondo 2160 (1440), Buenos Aires
Tel.: 4686-0106

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE ABREVIATURAS 9

A MODO DE PRÓLOGO

BREVE SÍNTESIS DEL PROBLEMA DE LA CULPABILIDAD NORMATIVA

por Edgardo A. Donna (2002)

I. Introducción 11
II. Análisis de la evolución de la teoría normativa de la culpabilidad 13
III. Las tendencias actuales sobre la teoría de la culpabilidad 34
IV. Síntesis 50

PREFACIO POR RICARDO C. NÚÑEZ 51

BOSQUEJO DE LA CULPABILIDAD

por Ricardo C. Núñez (1943)

I. El problema de la culpabilidad 61
II. Breve reseña histórica del problema 61
III. El problema en el Derecho argentino 64
IV - V. Casos de responsabilidad por el solo resultado 65

VI - VII. Estructura de la culpabilidad: Carrara, Soler y Mezger 66
VIII. El psicologismo (Soler) 72
IX. El normativismo (Mezger) 73
X - XI - XII - XIII. La concepción normativa de la culpabilidad. Los aportes de Goldschmidt 74
XIV - XV - XVI. Algunos aspectos particulares de la concepción normativa de la culpabilidad 78

LA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

por James Goldschmidt (1930)

Introducción - Problemas 83
I. La característica normativa de la culpabilidad: la norma de deber –la exigibilidad–, elementos y presupuestos de la culpabilidad 87
II. Las causas de exculpación: su reconocimiento constituye el único presupuesto de la no exigibilidad. Las causas de exculpación no están legalmente tipificadas, y existen tanto con relación a la culpa como al dolo 106
III. La culpabilidad es pasible de graduación; criterio para graduarla; conclusiones finales 124

APÉNDICE

Códigos y Proyectos de Códigos citados en el texto

I. Código Penal alemán 147
II. Proyecto oficial de un Código Penal General alemán de 1930 154
III. Código Civil alemán 156
IV. Ley sobre el estado civil 157
V. Ordenanza procesal penal 157
VI. Ordenanza sobre concursos 158
VII. Ordenanza procesal civil 159

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

I. — *Abreviaturas castellanas*:

C.C.	Código Civil.
C.P.	Código Penal.
O.P.C.	Ordenanza Procesal Civil.
O.P.P.	Ordenanza Procesal Penal.
S.T.P.	Resoluciones del Supremo Tribunal del Reich en materia penal.

II. — *Abreviaturas alemanas*:

Abhdl. des Krim. Inst.	Abhandlungen des Kriminalistischen Instituts der Universität Berlin.
ArchRPhil.	Archiv für Rechtsphilosophie.
DStrfZtg.	Deutsche Strafrechtszeitung.
Frankt. Ztg.	Frankfurter Zeitung.
GA	(Goltdammer) Archiv für Strafrecth.
GS	Der Gerichtssaal.
HRW	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.
JW	Juristische Wochenschrift.
Komm.	Kommentar.
KrVSchr.	Kritische Vierteljahrsschrift.
Lehrb.	Lehrbuch.
MIKV	Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung.
MSchrKrPsych.	Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform.
Österreich. Ztschr. f. StrfR.	Österreichische Zeitschrift für Strafrecht.
RG. Praxis im dtsch. Rechsleben	Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben.

(R)StGB	(Reichs) Strafgesetzbuch.
StGEntw. R. T. Aussch. 1. Les.....	Strafgesetzbuchsentwurf nach den Beschlüssen des Reichstagsausschusses in erster Lesung.
Strafr. Abhdl.	Strafrechtliche Abhandlungen.
Verhdl. des 34. DJT.	Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentages.
ZStW.	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

A MODO DE PRÓLOGO

BREVE SÍNTESIS DEL PROBLEMA DE LA CULPABILIDAD NORMATIVA

por EDGARDO A. DONNA* (2002)

I

Tiene el lector un valioso libro que hace a la evolución de la llamada teoría normativa de culpabilidad que, debido a las obras no sólo de FRANK y de FREUDENTHAL, fue la que a la larga se impuso en su vertiente puramente normativa, cuando el BGH dictó la ya famosa sentencia sobre el error de prohibición [1], que luego fue asumida por los tribunales de Casación de otros países y en parte, como lo hemos demostrado por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, aunque limitada a ciertos temas. También es relevante el estudio de Ricardo Núñez sobre el tema, que ya se encontraba en la primera edición de este libro y que ahora el editor ha tenido el acierto de publicar.

El concepto que debe tener el lector cuando aborde esta obra es que las ideas, en derecho penal, no surgen de un golpe de suerte ni de la magia de la iner-

* Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Belgrano.

[1] BGH, 2, 192.

cia, como algunos creen, sino de una evolución, de una suerte de avance y retroceso, de una especie de círculo, en el cual las ideas vienen y van gracias a la doctrina y a la jurisprudencia, que intentan avanzar en la idea de humanizar el Derecho, porque el derecho debe ser humanizado. Por eso, en un sentido puro, se puede decir que nada es novedoso, y quien lo crea así y se encandile con alguna de las ideas que "parecen nuevas", solo demostrará una especie de soberbia fundada en su propia ignorancia, muy de estos momentos, en los cuales nadie parece tener historia y menos futuro, de manera que sólo se tiene conciencia del presente. Sería el jurista de la actualidad un sujeto que piensa como el Funes de Borges.

Por eso quisiéramos hacer una breve síntesis del problema de la culpabilidad normativa, cómo se fue gestando ya desde la propia teoría psicológica de la culpabilidad, debido a la falta de una estructura sólida de ésta y de su imposibilidad de resolver los casos dentro del propio sistema[2].

Antes de entrar al análisis más en concreto de la evolución de la teoría de la culpabilidad normativa, insisto en una idea fuerza que vengo pensando desde hace tiempo. La pena estatal sólo se impone por la culpabilidad del autor y no por razones de prevención, ni por algún fin del derecho, que denigra al fin al ser humano. Llegará el día en que esta idea, que es la más progresista que he leído, y que tiene su origen en Kant, se imponga de modo tal que nadie intente sacar provecho del derecho penal y busque las soluciones sociales allí en donde se encuentre el pro-

[2] Sobre este tema DONNA, *Teoría de la pena y del delito*, t. 1, § 15 y siguientes.

blema. La pena sólo tiene la misión de reafirmar que ciertos bienes jurídicos y las normas dictadas en su protección siguen siendo válidas para una sociedad determinada[3].

II

El adjetivo "normativo", que se le agregó a "culpabilidad", muestra una relación entre la conducta del autor y una norma de deber. GRAF ZU DOHNA fue quien, según nuestros estudios, empleó esta expresión por primera vez. La idea básica de toda culpabilidad normativa está, pues, en esta relación con otra norma, de manera que existe siempre una valoración. Pero para que esta valoración tenga sentido, debe haber una medida[4].

Como el lector ya sabe, la teoría normativa sucede a la psicológica, en una evolución que se da debido, entre otras cosas, a la pobreza de contenido y a la imposibilidad de solucionar casos dentro de este sistema basado en una idea positivista, basada en el naturalismo. La teoría psicológica de la culpabilidad, vigente en la dogmática penal en el siglo XIX, había sostenido que la esencia de la culpabilidad estaba en realidad en sus dos especies, el dolo y la culpa, que fueron vistas como una relación psicológica del autor con el hecho o, más aún, entre la voluntad del autor y el resultado. Bien se sabe que uno de los problemas de esta teoría fue la llamada imprudencia

[3] DONNA, *Es posible un derecho penal liberal*, en conferencia dictada en Universidad Austral, no editada.

[4] GRAF ZU DOHNA, *Zum neuestem Stande des Schuldlehre*. Z. 32, 1911, p. 323. Ampliamente DONNA, *Teoría del delito y de la pena*, t. 1, 2ª ed., Astrea, 1996.

inconsciente, en donde aquella relación era inexistente, tal como ha sido puesta de manifiesto, hoy en día, por KÖHLER[5].

Un significativo representante de la teoría psicológica de la culpabilidad fue Karl BINDING. Para BINDING, el dolo y la culpa tienen una pura relación psicológica, y ambos constituyen la culpabilidad. Muestra el dolo y la culpa como forma de culpabilidad, sólo que el dolo no es otra cosa que haber actuado con conciencia de la antijuridicidad del deber[6].

En similar sentido, RADBRUCH había buscado un concepto global que abarcara ambas especies. El dolo, en este caso, es visto como un momento valorativo que contendrá el conocimiento de la antijuridicidad como tal: el denominado *dolus malus*. Y la imprudencia también contendrá este elemento valorativo, consistente en la normal atención del autor en los delitos culposos y la antijuridicidad de la conducta. De aquí, entonces, sacará conclusiones que consisten en que la culpabilidad es un estado de ánimo que, para el actuante, tiene características especiales. Define la culpabilidad "como un estado de ánimo en el cual una acción aparece como la característica del actuante, y muestra a la acción basada en ese estado de ánimo"[7].

Con esta definición, afirmábamos en su momento, poco se ha ganado para la teoría de la culpabilidad, como lo reconocía el mismo RADBRUCH, ya que la culpabilidad no sólo tiene un componente psicológico, sino también uno valorativo y, por lo tanto, depende

[5] Michael KÖHLER, *Die bewusste Fahrlässigkeit*, Heidelberg, 1982.

[6] Karl BINDING, *Die Normen und Ihre Übertretung*, t. II, 1890, ps. 335 y siguientes.

[7] Gustav RADBRUCH, *Über den Schuldbegriff*, 1904, p. 333.

fundamentalmente de la exigibilidad, además de no poder deducir un concepto único de culpabilidad[8].

Se podría seguir insistiendo sobre las deficiencias de esta teoría y los problemas de su fundamentación, pero no está en la idea de un prólogo. Baste con decir que faltaba en ella, y esto era evidente, el juicio sobre el autor y con ello las bases de las causas de exclusión de la culpabilidad, que eran en este sistema casi imposibles de fundamentar, como lo haría notar FRANK con el caso del cochero, que se analizará más adelante.

Esta idea de juicio sobre la persona, autor del hecho típico, aparece en MERKEL, quien definía la culpabilidad, además del dolo y la culpa, como "un juicio de desvalor sobre una persona, sobre su actitud que se revela en la manera en que actuó", y más concretamente cuando define la culpabilidad de la siguiente forma: "Culpabilidad es el efecto antijurídico. Este efecto se imputa a la persona en la medida de los vigentes juicios de valor. Ésta es la culpabilidad jurídica por la cual la exigencia del orden es querido y en la cual la medida del valor es puesta según la naturaleza jurídica. Y es culpable quien, en la medida de esos juicios de valor vigentes, se le imputa causalmente una conducta"[9].

El problema central está ahora enunciado en los siguientes términos: como se ha reconocido la imposibilidad de que dolo y culpa sean vistos bajo un concepto general de culpabilidad, queda la cuestión de cuál es el significado que puede tener esta última, y la idea de juicio o de ligamen a otra norma o deber.

SCHÜTZE va a utilizar, para el concepto culpabilidad, el de atribución o de imputación, por lo cual

[8] DONNA ob. cit., § 16.

[9] Paul MERKEL, *Grundiss des Strafrechts*, t.1, p. 92, 1927.

está en cabeza del juez penal reconocer que el autor es culpable y, por ende, punible. La atribución es a la conducta; y ésta se asienta sobre la dirección de la voluntad del autor. Autor que debe ser culpable del hecho. SCHÜTZE utiliza la palabra culpabilidad sólo en forma ocasional, según su comprobación de que el autor es culpable por algo [10]. En similar sentido, HÄLSCHNER nombra la atribución (la *imputatio*), según el juicio que fije la relación de causalidad entre el resultado y la acción humana, entendiendo la culpabilidad como una causa. Justamente, considera la atribución como un juicio que se basa sobre una valoración ética, y se basa en los motivos, que tienen un influjo sobre la medida de la culpabilidad. Con ello asienta la culpabilidad en relación a la motivación. Es el juicio de atribución el que traerá consigo el momento de valoración [11].

Con esta acentuación del carácter valorativo de la culpabilidad, se comienza a poner esta concepción de la culpabilidad en contraposición a la que existía en ese momento. Por eso no llama la atención que BIERLING hablara de la culpabilidad como un juicio de valor, que es constitutivo de ella [12].

En GRAF ZU DOHNA el concepto normativo es ya claro y preciso, y en este sentido, cuando se hable de la evolución de esta teoría, este autor debe ocupar un lugar de importancia, al igual que FRANK, GOLDSCHMIDT y FREUNDENTHAL. El elemento de la contrariedad al deber de la conducta sería, entonces, en general, una forma de la culpabilidad, como el dolo

[10] Theodor SCHÜTZE, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, 1984, ps. 90 y 116.

[11] Hugo HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881, ps. 198 y siguientes.

[12] Ernst BIERLING, *Juristische Principienlehere*, 1905, p. 238.

y la culpa. Pero este problema, para DOHNA, es una pura cuestión terminológica. En este sentido se pregunta si se puede –bajo los conceptos de dolo y culpa– buscar una forma unitaria de la culpabilidad o si una relación de culpabilidad psicológica se puede entender en este sentido. Por eso acude al concepto de deber, que ya será casi una constante en estas teorías, discutiéndose sólo el contenido que debe tener. Contraria al deber es la acción, en este caso, es cuando ella, según un particular juicio del autor, no puede ser generalizada; por ejemplo, si el ladrón dispara contra la policía cuando ésta lo llama. El juicio de culpabilidad mismo está, según GRAF ZU DOHNA, en un factor ético o psicológico que engloba a ambos, y que muestra que el autor es responsable y que debe ser precisamente motivado. GRAF ZU DOHNA exige un elemento en la culpabilidad, que es la conciencia del injusto, o sea, tener la conciencia del injusto en la acción.

En este sentido surge, en el campo del derecho penal, la proposición de la teoría moral, que consiste en sostener que no es responsable quien lesiona el deber de cuidado, cuando no es consciente de esta violación. De ello se deduce que una culpabilidad jurídica se asemeja a una culpabilidad ética. Esto significa para GRAF ZU DOHNA una vuelta sobre la capacidad de resultado, en un tiempo anterior y un deber o un precio que debe pagar el principio de culpabilidad, cuando la conciencia de la antijuridicidad o de la contrariedad al deber no es tomada como requisito para la culpabilidad. No tener en cuenta esto es un regreso a tiempos pasados, como lo reconoce el propio DOHNA [13].

[13] GRAF ZU DOHNA, *Elemente des Schuldbegriffes*, 1905, p. 3.

Pero es FRANK el autor por antonomasia considerado como la base de la teoría de la culpabilidad normativa, al incluir en el análisis de la culpabilidad, junto con el dolo y la culpa, la idea de las circunstancias de hecho concomitantes, a principio de 1900, y con ello la posibilidad del reproche al autor de la acción antijurídica, con lo cual se deja a un lado la sola relación psíquica que se había impuesto hasta ese momento, que había llevado a sostener al Tribunal Supremo alemán que la culpabilidad tenía al dolo y la imprudencia como elementos propios. FRANK incluye en la culpabilidad las circunstancias del hecho. La culpabilidad no era sólo una relación psíquica del autor que actuaba con dolo (según una inteligencia general y normal). Esta afirmación se comprobaba cuando el autor actuaba en estado de necesidad, ya que FRANK afirmaba que el autor actuaba con dolo, que no desaparecía por aquella circunstancia. Por esta razón la problemática de la culpabilidad no podía ser una mera relación psíquica. Como un nuevo concepto, el elemento de la culpabilidad que incorpora FRANK es la reprochabilidad, cuyos requisitos son: la normal actitud espiritual del autor, la concreta relación psíquica del autor y su acto, y las normales condiciones en las cuales –según las circunstancias– se da el hecho[14].

FRANK toma estas especiales circunstancias también de la jurisprudencia del Reich, que ya habían sido aplicadas en decisiones, una de las cuales es el famoso fallo "Leinenfängerfall", donde el tribunal examinó el caso del conductor de un carro, que tenía un caballo al cual sabía que no podía dominar y que por

[14] Reinhard FRANK, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907, ps. 4 y ss. Hay traducción en esta colección, realizada por Gustavo Aboso y Tea Löw, Buenos Aires, 2000.

ello causó lesiones en el brazo a un transeúnte. El conductor estaba seguro de que el comportamiento del caballo causaría un accidente, por lo cual era previsible el resultado. Sin embargo, es difícil asegurar el reproche de culpabilidad. Y ello era así porque el patrón lo había colocado en la disyuntiva de manejar el carro en esas condiciones o perder el trabajo. Sobre la imprudencia se aseguraba que, en este caso, el tribunal debía medir las concretas circunstancias y considerar también la situación de subordinación del cochero con respecto al dueño del coche, a quien sí se le podía reprochar el daño causado por el caballo. Sin embargo, el tribunal razonó que se podía responsabilizar al conductor del deber en el campo del tránsito, pese a la presión de perder el lugar de trabajo y, como tal, el viaje no debió hacerlo, puesto que existía la posibilidad o el riesgo de herir corporalmente a terceros [15].

FRANK descubre las circunstancias concretas, en cada caso, para el delito culposo y con ello, en especial, para la culpabilidad en general. Afirma que las circunstancias normales rigen o deben ser tenidas en cuenta para la culpabilidad, que aparecen en el estado de necesidad. El autor no podía haber hecho otra cosa en esa situación, y no se le puede hacer, bajo tales circunstancias, ningún reproche. El reproche sólo es posible cuando el hecho le es desaprobado al autor, y esto será sobre la base de una valoración [16].

Se levantaron objeciones en contra de FRANK, en cuanto es posible realizar el reproche de culpabilidad cuando el autor conoció o debió conocer las circunstancias del hecho, lo que llevó al propio FRANK ha precisar, en las posteriores ediciones de su obra, la

[15] FRANK, ob. cit., ps. 4, 14 y siguientes.
[16] FRANK, ob. cit., ps. 14 y siguientes.

idea de reprochabilidad como esencia de la culpabilidad. Modificó su concepción de la culpabilidad, en posteriores ediciones de sus obras. La culpabilidad, afirma luego, no está en la previa objetividad, tampoco en la psiquis del autor, solamente se trata de un juicio que se hace a la conducta antijurídica, por hechos dados en la realidad y que le son al autor reprochables. Estos hechos serían el dolo o la culpa, así como también la libertad o la dirección de los hechos, de aquí que solamente a esa conducta se le pueda hacer un reproche cuando el autor podía haber actuado de otra forma[17].

En la última edición de la *Lehrbuch* (1931), FRANK defiende la posición de la no normatividad de las circunstancias. Considera la falta de libertad solamente como defecto de la dirección del autor para dirigir el acto. La exigencia de libertad será entonces lo más importante para esta teoría. Cuando existe un defecto en el sujeto, un defecto de la libertad, entonces habrá una exclusión de la culpabilidad y éste será fundamento de disculpa.

Esta idea de culpabilidad, como relación, como juicio de valor, se encuentra en FINGER, cuando afirmaba que la culpabilidad es un querer con relación al deber ser, al que el propio BELING se refería, cuando hablaba del reproche a la actitud interna del autor desde el punto de vista del orden jurídico y que, por ende, el delincuente es visto como alguien que ha desilusionado las expectativas. El autor pudo haberse representado el atentado al orden jurídico, y, por ese motivo, el orden jurídico, que esperaba otra cosa de él, le hace ese reproche. Culpabilidad significa entonces un juicio de valor sobre la parte inter-

[17] FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, ps. 109 y siguientes.

na de la acción. Al autor será reprochable en su interna representación de la antijuridicidad de su conducta [18]. MITTERMAIER afirmaba, en ese sentido, que la culpabilidad tenía la significación de un "deber responder", porque la entendía como una violación del deber jurídico, evitable en el hecho concreto. De ahí que el autor podría haber actuado de alguna otra forma si se hubiera podido motivar normalmente [19]. RÜMELIN defiende un concepto complejo de la culpabilidad, en cuanto es "una especie de relación de una reprochable y desaprobada voluntad de actuar, en un acto antijurídico" [20]. Sin perjuicio de otros autores como FERNECK, MAYER entre otros, en este contexto debe verse esta obra de James GOLDSCHMIDT, que junto a GRAF ZU DOHNA y MAYER colocan el concepto de contrariedad al deber, en el centro de la construcción de una teoría normativa de la culpabilidad.

La cuestión que vio GOLDSCHMIDT –en parte en el texto que el lector tiene en sus manos– es si el concepto de culpabilidad es externo a los componentes y, en caso positivo, si hay elementos normativos. Bajo el concepto de lo que se llamó teoría normativa de la culpabilidad, hay un concepto general de culpabilidad, en el cual lo normativo es sólo una parte. Ahora bien, este elemento normativo es la contrariedad al deber. GOLDSCHMIDT va a considerar el problema de la conciencia de la antijuridicidad sobre la base de la norma de deber. El problema se plantea, dentro de la teoría, al analizar la posibilidad de la existencia de esta norma de deber que tendría que ser in-

[18] August FINGER, *Bemerkung zum Schuldbegriff*, 1908, p. 258.

[19] Wolfgang MITTERMAIER, *Kritische Beiträge zur Lehre vom der Strafrechtsschuld*, 1909, p. 6.

[20] Max RÜMELIN, DAS VERSCHULDEN IN STRAF UND ZIVILRECHT, 1909, p. 10.

dependiente y autónoma. Porque cabe otra posibilidad, como vio MAYER, de que la referencia fuera a la llamada norma de cultura, que determinaría la parte material de la antijuridicidad[21].

GOLDSCHMIDT afirma la existencia de la norma de deber con los caracteres de autonomía e independiente de la norma de acción. La construcción está basada en KANT, de quien el autor citado es deudor, en cuanto a la idea del a priori jurídico. Por eso coloca, junto a la norma jurídica, otra que es la norma de deber. La primera regula la conducta exterior; en cambio, la segunda, que se refiere al deber atañe al comportamiento interno. La norma de deber obliga al individuo a motivar su conducta, conforme a la representación que el autor tenga sobre si su acción puede resultar prohibida por la norma jurídica. La teoría exige otra afirmación kantiana, de que la libertad es un a priori (de la voluntad) y, por ende, independiente de la experiencia. De estas conclusiones, se deduce que el sujeto se deja determinar categóricamente por el motivo del deber. Desde su punto de vista, los imperativos morales o jurídicos tienden a transformarse en motivos de acción, y el deber es el resultado de ese proceso causal. Sin embargo, este imperativo no procede de normas extrañas, sino de la convicción personal.

Ahora bien, la norma de deber es exigible –idea esencial de la teoría normativa–, de manera que da el límite extremo de las exigencias puestas a la motivación, o sea a la exigibilidad. La reprochabilidad, en este sentido, aparece como el no dejarse motivar

[21] James GOLDSCHMIDT, *Der Notstand ein Schuldproblem*, 1913, p. 11; "Normativer Schuldbegriff", en *Fest. für Frank*, 1930, p. 442. Como referencia para el lector: hay traducción del libro de Mayer sobre las normas de cultura, en editorial Hammurabi.

por la representación del deber. Culpabilidad, como modalidad de un hecho antijurídico, es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable. Por consiguiente, la exigibilidad presupone siempre un deber.

Como podrá observarse, toda la teoría de GOLDSCHMIDT se basa en la contraposición de dos normas: una, la norma de derecho que se refiere al injusto, y la otra, la norma de deber, relacionada a la culpabilidad. Esta norma impone al individuo el deber de conformar su conducta interna de la manera necesaria para corresponder a las exigencias que establece el ordenamiento jurídico respecto de la conducta exterior. Con lo cual, se da valor de excusa, con carácter general, a la motivación anormal, al estado de necesidad y al exceso excusable en la defensa privada.

Lo fundamental en este tipo de concepción de la culpabilidad es que se da un fundamento a las causas de inculpabilidad. Ocupa un lugar esencial, para ello, la "motivación normal". Como síntesis de la teoría de GOLDSCHMIDT, se puede decir que la doctrina normativa de la culpabilidad significa que ésta no es una mera relación psíquica del autor con la acción antijurídica, sino una valoración del supuesto de hecho psíquico. Con ello se había encontrado, en principio, una solución al problema de la imprudencia inconsciente, ya que la culpabilidad no es una mera relación psicológica, al existir un deber en la culpa, un deber especial para motivarse, en virtud de la representación del resultado, juntamente con la existencia de un elemento general normativo de la culpabilidad, que era la actitud de la voluntad en contra del deber, tema éste que no vamos a ampliar en este prólogo, ya que sólo intentamos una aproximación al tema en general.

En el *Fest. für Frank*, el concepto de culpabilidad normativo de GOLDSCHMIDT es nuevamente sacado a luz y desarrollado como una violación del deber o el reproche a la acción del autor. El autor no se ha dejado motivar. La culpabilidad es entonces la intención o la comprensión de un hecho antijurídico, que es reconocido en virtud de una dificultad en la valoración. No es el hecho antijurídico mismo, sino es la dirección de la motivación lo que sería reprochable[22].

También GRAF ZU DOHNA había receptado en su teoría sobre la culpabilidad el tema del deber, dentro del concepto de culpabilidad. Esta es un conjunto de requisitos subjetivos. Pero lo decisivo está en la capacidad de pena del autor y además, mantiene la idea del reproche ético. La culpabilidad será, en este sentido, la determinación de la voluntad contraria al deber. La conducta, como realización de la voluntad, será el objeto de la valoración. La actitud contra el orden jurídico es justamente lo que basa el reproche de culpabilidad, que se da sobre la voluntad antijurídica. Lo contrario al deber es lo que la caracteriza y sólo existe cuando la voluntad está dirigida a la realización de un resultado antijurídico.

El concepto de exigibilidad se corresponde en GRAF ZU DOHNA con el concepto de contrariedad al deber. Este punto es central en la teoría y tiene el mismo papel que juega la antijuridicidad en el sistema. Culpable es el comportamiento de quien viola la moral autónoma, que es la establecida por la propia voluntad: "actúa según la norma que pueda convertirse en ley general". El elemento básico consiste en la consecuencia de que se viola el deber.

La culpabilidad se excluye por la no inexigibilidad de una conducta adecuada a la norma. El orden

[22] GOLDSCHMIDT, *Fest. für Frank*, p. 442.

jurídico juega también como contramotivo. GRAF ZU DOHNA acentúa, en estos casos, el problema del estado de necesidad como motivo de disculpa, fundando la teoría de la disculpa.

En esta breve reseña nos interesa citar a FREUDENTHAL, quien en 1922 había desarrollado su teoría normativa de la culpabilidad[23]. Contrariamente a FRANK, en su concepción no comprendía las circunstancias concomitantes como elementos de la culpabilidad al lado del dolo y la culpa, sino como componentes de ella. El dolo penal tendrá un momento ético en la culpabilidad. Este elemento ético de la culpabilidad no está, por supuesto, en la ley y es, en esencia, una especie o parte de la culpabilidad. La culpabilidad contiene, en sí, la desaprobación de una conducta. El autor debió actuar de otra manera, cuando podía hacerlo, y esto es así porque el autor, según la fórmula de MAYER, tenía la representación del resultado, pudiendo valerse de un contramotivo para su actuar.

Por su parte, FREUDENTHAL quería precisar cuál era la falla del poder del autor, según el hecho y las circunstancias concomitantes. Pero afirmaba que no se puede normalmente exigir a nadie según las circunstancias especiales del momento, porque existe una falla en el poder individual de la persona[24] y, con ello, de la culpabilidad del autor. Se debe analizar, según las circunstancias de los casos, cómo habría actuado el autor y entonces no podía hacérsele, según FREUDENTHAL, ningún reproche a éste, si esa circunstancia no le era exigible, puesto que la exigi-

[23] Berthold FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, 1922, ps. 5 y siguientes.

[24] Observe el lector el permanente juego entre dos verbos modales: *können* (poder) y *sollen* (deber).

bilidad de otra conducta, adecuada al derecho, será el criterio del reproche. A través de los casos de estado de necesidad se debe analizar en la culpabilidad, no solamente si existe un peligro para la vida o para el cuerpo, sino también un peligro para sus bienes o su situación social. La consideración de una especie de hombre medio, normal, para descartar la culpabilidad como tal. Esta teoría quería ser para el derecho penal una introducción de la expresión latina *impossibilium nulla est obligatio*[25].

El fundamento de la exigencia que el derecho impone al individuo, para evitar el peligro para el orden jurídico, debe basarse en el deber hacia el cumplimiento de la norma penal, siempre que el autor pueda cumplirlo.

Como se sabe, la teoría de la no exigibilidad fue atacada y considerada como una especie de estrella fugaz. Pero más allá de ello, la idea esencial perduró en el tiempo. Sin embargo, la idea siguió su marcha hasta convertirse en una especie de principio regulador de la toda la teoría del delito[26].

Lo que sigue en esta dirección es ya más conocido para el lector, porque entra en consideración la controvertida figura de MEZGER, hoy puesta en crisis por autores tanto alemanes como españoles[27]. Lo im-

[25] FREUDENTHAL, ob. cit., p. 27.

[26] Ver el trabajo de HENKEL, "Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip", en *Fest. für Edmund Mezger*, 1954, p. 249.

[27] Edmund MEZGER, *Die subjektiven Unrechtselemente*, 1924, p. 250; *Strafrecht ein Lehrbuch*, 1960, ps. 248 y ss.; *Grundiss.* 1941, ps. 76 y ss. Hoy en día MUÑOZ CONDE ha criticado seriamente la conducta de MEZGER en la época del nacional socialismo, y ha afirmado que la polémica con WELZEL no fue otra cosa que tapar sus escritos de aquella época. Puede verse esta opinión en: *La otra cara de Edmundo Mezger*, en "Revista de Dere-

portante para nuestro estudio es que MEZGER defendió la teoría normativa de la culpabilidad y es esta versión la que fue tomada en España y posteriormente en América latina, con toda la carga de lucha que después se dio en contra de la teoría final de la acción[28].

MEZGER considera la culpabilidad como el reproche personal de una conducta antijurídica y una relación subjetiva y psicológica del autor con su hecho. Quiere, de alguna manera, superar la dificultad o la desventaja de esta relación psíquica o, mejor dicho, la desventaja que existe en la relación psíquica y la culpa inconsciente. El autor de un hecho culposo o imprudente debe, en principio, ser consciente de la violación de un deber de cuidado, con el cual debe cargar, y debe ser consciente de la existencia del deber y, además, de cuál deber le es exigible y evitar el resultado dañoso al bien jurídico. Este cumplimiento del deber exige, como es obvio, el conocimiento del deber como tal, que sería la conciencia de la violación o de la lesión de tal deber como elemento de la culpa. Sin embargo, esta construcción no puede com-

---

cho Penal", 2001-1, p. 665, Rubinzal-Culzoni, y *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo*, Valencia 2000.

[28] Debe verse como una cuestión que algún día deberá ser investigada por qué la teoría normativa mixta tuvo tan tardío desarrollo en nuestro país, quizás por la fuerte influencia de SOLER y NUÑEZ y la extraña idea de ambos de que el art. 34 había receptado tal teoría, afirmación que fue aceptada sin ninguna investigación crítica que hubiera demostrado lo contrario. Casi lo mismo que se dijera que adoptó la teoría normativa. En realidad, estimo que no tiene ninguna posición tomada y que Moreno solo intentó huir hacia adelante frente al positivismo de la época. Pero salvo autores como Ramos Mejía y Frías, en general se pasó de la teoría psicológica de la culpabilidad a la teoría normativa pura representada por el finalismo, especialmente en el ámbito de la jurisprudencia.

prender todos los casos de culpa. Por ello es que MEZGER exige en la culpa una relación psíquica abstracta del autor con su acto. El autor de un acto imprudente lo es de un hecho sobre el cual jurídicamente hay una desaprobación del resultado. Por supuesto esta conciencia es jurídicamente irrelevante y puede fundar el reproche, en la medida del deber jurídico.

En su libro de *Estudios* investigó MEZGER la diferencia entre culpabilidad como conducta culpable, en la cual el reproche contra el autor está ligada al tipo legal, y la culpabilidad como juicio de valor sobre el hecho en sí. Culpabilidad es, para él, una cualidad de la acción concreta y, por lo tanto, un juicio. Como elemento de la culpabilidad muestra MEZGER la capacidad de atribución, el dolo, la culpa y la no existencia previa de causas que fundamenten la exclusión de la culpabilidad. La falta de la exclusión de la culpabilidad no es ningún elemento de ésta, como tal, e introduce los elementos positivos de la exigibilidad. MEZGER reconoce la expresión "no exigibilidad", como una exclusión general de la culpabilidad; actúa sin culpabilidad quien no pudo conformarse a la norma, por tanto, no se le puede reprochar una conducta. El pensamiento penal es, en última instancia, un pensamiento de individualización y por eso MEZGER limita los fundamentos de exclusión de la culpabilidad sobre un pequeño campo de medidas de valor, en las cuales la no exigibilidad no es distinta a la positividad de valoración del bien jurídico. La individualización de valor, o el valor individualizado en esta exclusión de la culpabilidad, no debe ser distinto de la valoración de la ley positiva, sino en todo caso debe completarla.

Más tarde, MEZGER toma el pensamiento de la lesión del deber en la teoría de la atribución, conside-

rando el hecho penal como una atribución de actuar contraria al deber, por lo que rechaza el fundamento de exclusión de la culpabilidad en la no exigibilidad de otra conducta[29].

La síntesis de la teoría de MEZGER, como culpabilidad mixta, puede ser resumida de la siguiente forma. La culpabilidad es para él una suma de requisitos; éstos son los que permiten un reproche basado en la personalidad, contra el autor del hecho punible y con ello fundar la desaprobación jurídica, fundada en la personalidad del autor, de manera que el reproche se hace o se deja de hacer sobre la base de la personalidad del sujeto activo del delito. La referencia psicológica al autor es enfáticamente afirmada por MEZGER, en el dolo y la culpa además de la ausencia de causas que excluyan la culpabilidad, más un determinado estado de la personalidad del agente, que es la llamada imputabilidad, todo ello forma la culpabilidad. MEZGER realizó una diferencia entre el hecho de la culpabilidad y el juicio de culpabilidad. Culpabilidad es una situación psicológica que, por medio de una valoración, se precisa que ella es contraria al deber y, por tanto, reprochable. El objeto de esta valoración debe ser el dolo en relación al hecho, no el dolo como categoría de la culpabilidad. Con el juicio de culpabilidad se une el reproche en contra del autor, que en el caso concreto podía actuar de otra manera. Se entiende que al lado del dolo está la culpa. Como se expresó anteriormente, MEZGER incluye en la culpabilidad, como elemento de ella, la capacidad de culpabilidad y las causas de exclusión de la culpabilidad, con lo cual se juzga la personalidad del autor. MEZGER propone que la voluntad del autor sea comparada con el actuar medio y,

[29] MEZGER, *Strafrecht*, ps. 39 y siguientes.

en la discrepancia, surge la valoración y la medida del juicio. La valoración de la motivación se rige según el carácter normal: "Le es exigible al autor que reaccione de igual forma que lo que se considera el carácter normal". En el problema de la exigibilidad se investiga la medida del motivo del autor, por el cual éste realizó su acto. Decisivo será analizar las circunstancias concomitantes no tanto en su motivación con respecto al autor, sino en cuanto al efecto que tienen en la valoración del derecho, y cuál es el efecto que esas circunstancias han tenido en el derecho y cómo las evaluó el autor.

La medida del reproche estará dada no sobre la formación de la voluntad, sino según cómo se desarrolló la representación de los hechos en el autor. Esa medida será el resultado de ver cómo se ha efectuado y realizado el contenido de la voluntad y, sobre la base de esto, cómo ha podido motivarse el autor, cuáles fueron los frenos inhibitorios o las representaciones que ha desarrollado y cuáles debió haber desarrollado.

Con MAURACH, en cambio, aparece la concepción que incluye dentro de la culpabilidad la idea de política criminal, que luego será ampliada y utilizada por ROXIN y sus discípulos, en la teoría considerada, hoy en día, como mayoritaria, no sólo en Alemania, sino en España, Italia, América latina, Japón y Corea[30].

MAURACH fue quien se alzó contra la teoría de la no exigibilidad de FEUERBACH, y se puede decir que a partir de estos trabajos aquélla pierde prestigio. La idea esencial es que, al no estar legalmente regula-

[30] Nosotros hemos seguido esta teoría (de MAURACH) en *Teoría del delito y de la pena*, como una forma de superación de la oposición de ROXIN a la teoría de WELZEL de la culpabilidad, y el problema de la libertad del hombre.

da, es una especie de ámbito en donde todo es posible. La culpabilidad, para MAURACH, es la reprochabilidad a una actitud contraria al deber o desvalor del autor. La teoría normativa de la culpabilidad estaría en el Código Penal alemán (§ 52), de donde surge el fundamento de la exclusión del reproche de culpabilidad. Por eso rechaza toda causa de exclusión de la culpabilidad que esté más allá de la ley, por lo cual la ley exige fundamentalmente el resultado de su mandato y, por tanto, una causa que no incluya a la culpabilidad basada en la no exigibilidad debe ser excluida[31].

MAURACH incluye el concepto de culpabilidad, junto con la responsabilidad por el hecho, en lo que él llama la atribuibilidad. La atribuibilidad se supone cuando la acción del autor es resultado de su falta de capacidad de motivación que le es reconocida. El autor no actúa responsablemente cuando, en la medida de su acción, bajo circunstancias dadas para cada uno, no le es exigible tal acción. En este juicio general aparece el resultado de la individualización del desvalor de la culpabilidad, el cual toma la capacidad del autor como requisito para un actuar sujeto a la norma.

MAURACH rechaza un concepto complejo de culpabilidad; por ello, la entrada a la valoración comprende, desde este punto de vista, que se deja lo valorativo solamente para el campo de la culpabilidad. Al problema de la exigibilidad de una conducta adecuada a la norma no lo quiere reconocer como una parte de la culpabilidad. Lo considera un elemento

[31] MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, AT, 1935, ps. 46 y ss.; *Kritik der Notstandslehre*, 1948, ps. 131 y ss.; MAURACH-ZIPF-GÖSSEL, hay traducción en español, en Astrea, 2 ts. El tema se encuentra en el t. I.

generalizante que no conforma la culpabilidad, sino el límite de la responsabilidad.

Al primer escalón de la atribuibilidad MAURACH lo denomina "la responsabilidad por el hecho". En este caso se busca una comparación personal entre el autor y el término medio de las restantes personas, descrito por el derecho positivo. Después de esto se analiza si el autor, de modo distinto a como cualquier otro hubiera actuado en la misma situación, ha sucumbido a la tentación del hecho, aun cuando, conforme al derecho vigente, podía exigirle otra actitud sin pensar que cualquier otro, en su situación, se hubiera dejado influir por la amenaza penal. La desaprobación se basa en que el autor, en la situación concreta, se ha comportado peor que los demás. La responsabilidad surge de no haber respondido al poder del término medio presumido por el derecho. Sin embargo, esto no significa reproche, ya que no se está en presencia de la capacidad concreta del autor.

El segundo escalón de la atribuibilidad es la culpabilidad que exige un personal reproche contra el autor. Culpablemente actúa como responsable de su hecho, de su acto con capacidad de atribución y, por ende, ha actuado con la posibilidad del conocimiento del injusto. Culpabilidad sería el abuso de esta capacidad de atribución del autor. La esencia de la culpabilidad existe cuando el autor tiene la posibilidad de negar el delito y no la aprovecha, y, con ello, usa mal o no usa su inteligencia, su capacidad de rechazo de acuerdo a derecho.

En cuanto a la teoría de la no exigibilidad de otra conducta adecuada a la norma, que podría surgir de los tipos penales en los casos de los § 52, 53-III y 54 del Cód. Penal alemán, MAURACH busca una individualización, un examen individualizador de la posibilidad de motivación de los hechos, pero desde otro

punto de vista. Una exclusión de la culpabilidad sobre la base de la no exigibilidad de una ley supra penal, es rechazada en el famoso escrito "Crítica a la teoría del estado de necesidad". MAURACH ha hecho notar que en los casos de los § 52, 53-III y 54 no se encuentra una individualización del juicio de culpabilidad del autor. Ahí está la situación de necesidad, la cual gira en torno a la exigibilidad de una conducta adecuada a derecho; se da el efecto físico de una situación externa de necesidad que presupone, sobre el autor, una generalización. Igualmente válido es si el autor, según su capacidad, puede en el momento concreto, en la situación de necesidad, resistir. Se trata de un caso de tipificación de la exigibilidad, en el cual no se trabaja sobre la capacidad de motivación individual del autor. La responsabilidad por el acto, en el sentido de MAURACH, será por medio de los casos en los cuales se presume el poder del autor, fundando la responsabilidad en el hecho que se denomina el poder medio de todas las personas. Responsable, en el sentido de MAURACH, será aquel en quien se presume un poder medio para realizar un particular acto, y esto no existe, cuando en la formación de la voluntad del autor actúan factores externos que tienen un efecto poderoso, en el cual ninguna acción puede precisamente surgir. "Ella debe regir como producto de una motivación media" que comprende la decisión. Este tipo de motivación falla en los casos de no exigibilidad. MAURACH quiere entonces generalizar el presupuesto de los § 52, 53-III y 54 en su particular construcción del delito, que tenga su base en la ley.

El sistema de MAURACH, seguido ahora por ZIPF y GÖSSEL, en España por BACIGALUPO y en Argentina por nosotros, aparece, tal como se demostrara, como una buena forma de responder a las objecio-

nes de ROXIN a las ya tradicionales concepciones de la culpabilidad[32].

III

Vamos a dejar a un lado algunas importantes teorías de la culpabilidad como la de NOWAKOWSKI, Arthur KAUFMANN, Armin KAUFMANN, SCHRÖDER, BAUMANN, GALLAS, LANGE, MAIHOFER, HARDWING y autores españoles como CEREZO MIR y su escuela, MIR PUIG, MUÑOZ CONDE, y argentinos como BACIGALUPO, ZAFFARONI, entre otros, debido a la característica de esta obra, para limitarnos a los dos grandes modos que la culpabilidad tiene en el presente.

Cuando se refiere a estos problemas, SCHÜNEMANN llega a la conclusión de que en la actualidad se han dado tres líneas fundamentales de pensamiento con respecto al tema de la culpabilidad. La primera de ellas es la que conserva el principio de culpabilidad como una ficción creada en favor del autor. Una segunda posición, que ha reemplazado la categoría de la culpabilidad por la de la responsabilidad, y una tercera posición, llamada teoría del espacio de juego, que intenta orientar la medición de la pena al baremo de la culpabilidad, dejándolo, sin embargo, abierto a las consideraciones de finalidad preventivo-generales y preventivo-especiales[33].

A mi juicio, como lo he hecho notar en otras ocasiones, hay dos formas de apreciación, que sintéti-

[32] Para la crítica, debe verse la opinión de HIRSCH, en *Obras completas*, t. II, ps. 3 y ss., Rubinzal-Culzoni, en edición dirigida por Cerezo Mir y Donna.

[33] Bernd SCHÜNEMANN, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo", en *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales*, ps. 147 y siguientes.

camente se pueden conceptualizar como las que se basan en la libertad de la persona, en el sentido que KANT y HEGEL le habían dado al término y luego WELZEL, HIRSCH y KÖHLER y SCHÜNEMANN actualmente, y la culpabilidad basada en la prevención de acuerdo al pensamiento de ROXIN, ACHENBACH, WOLTER, PUPPE, FRISCH y JAKOBS, entre otros.

1) En la primera versión, el juicio de desvalor en la culpabilidad se asegura, entonces, porque el autor, dolosa o culpablemente, se ha colocado debajo de lo que el derecho exige cuando esto era evitable para él. El juicio de culpabilidad tiende entonces a la comprobación de que el autor había podido conformar su voluntad, porque era capaz de ello, y que su voluntad, desde este punto de vista, era antijurídica o contraria al deber. Dicho con las palabras del tribunal alemán (BGB, t. 2, p. 200): "Culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio desvalorativo de culpabilidad se reprochará al autor que no ha actuado conforme a derecho, que se ha decidido en favor del ilícito, aun cuando podía comportarse conforme a derecho".

WELZEL, que fue quien le había dado forma a esta idea, trataba el tema de la culpabilidad desde el punto de vista especial de la conciencia; el yo que decidía en contra de la valoración[34].

Análogamente, WELZEL sostenía en sus *Estudios* que el momento de la culpabilidad, en la acción final, se encontraba en la decisión de la voluntad por un desvalor de su acción. La culpabilidad se mostra-

[34] Hans WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 9ª ed., 1965; 11ª ed.; *El nuevo sistema de derecho penal* (hay edición en esta colección); *Die Naturrechtslehre*, 1958; *Gesetz und Gewissen*, 1961; *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1935; *Zum Notstandsproblem*, ZStW, 63, 1951, ps. 47 y siguientes.

ba como capacidad de inteligencia, como desvalor de la acción, como capacidad de voluntad, para decidir entre el valor y el poder.

En sus trabajos sobre la Personalidad y la Culpabilidad, WELZEL ya había vuelto sobre el tema. Para la posibilidad de una activa dirección del autor, se ve en la culpabilidad una capacidad defectuosa de la inteligencia que se dirige hacia el injusto, consistente en no aceptar la exigencia del deber jurídico, debido a que el yo no domina su impulso; el reproche se hace a esa falta de dominación de los impulsos, cuando se podía hacerlo y en la alteración del orden jurídico.

La culpabilidad exige la falla en la exigencia del deber, a raíz de una mala dirección de la voluntad. WELZEL une la culpabilidad con la dependencia de la presión causal de los impulsos, por los cuales el autor dirige o es dirigido, y esto lleva a que éste pueda seguir un criterio recto o no; será culpable cuando se deje llevar por estos impulsos antijurídicos.

La culpabilidad puede, según la dirección que se imprima, hacer ver la importancia del sentido que es decisivo para la antijuridicidad de su acción. Por eso la culpabilidad es un concepto de relación. La formación de la voluntad será considerada como un no "ser-deber", precisamente porque, según la medida del derecho, había podido y debido actuar. A la justificación del reproche de culpabilidad, la sitúa WELZEL sobre la base de la ética de la responsabilidad. La disculpa no existe porque el autor crea que su actuar es debido al derecho o fiel al derecho. El hombre, conforme con su capacidad de decisión, no ha examinado si un acto es o no adecuado al derecho, y de ello se sigue justamente que su decisión es responsable. Culpabilidad es, entonces, una vuelta alrededor del deber, sin duda la acción es cumplir el

deber o, mejor dicho, poder llenar el deber exigido a la conducta del sujeto.

En el campo de los delitos culposos, WELZEL tiene que hacer una nueva construcción[35]. A raíz de su teoría de la lesión al deber de cuidado, que cuenta para la culpabilidad y demuestra justamente que los requisitos objetivos pertenecen al campo del injusto, al tipo del injusto, y que los requisitos subjetivos pertenecen a la culpabilidad. O sea que, en la cuestión de la culpa, hay que examinar si el autor, en el marco de su acción, reconoció el deber y pudo evitarlo. La acción antijurídica es reprochable cuando el autor pudo actuar de acuerdo a derecho, y la problemática de la culpabilidad, en los delitos culposos, es tratada desde el punto de vista del deber objetivo de cuidado. Asegura WELZEL que el deber parte de un punto objetivo y preciso, y que la reprochabilidad de la conducta por el incumplimiento de un deber se da a través de un defecto en lo subjetivo, cuyo requisito previo debe ser exigido.

La exigencia del reconocimiento de la antijuridicidad en los delitos culposos se da cuando el agente actúa en contra del deber jurídico. La violación a la norma de cuidado debe ser reconocida por el autor, según un punto objetivo y preciso, y sólo se presenta la reprochabilidad por la lesión de un deber, por medio de un defectuoso elemento subjetivo.

WELZEL define la culpabilidad como un reproche personal en contra del autor. Él pudo omitir la acción antijurídica y, sin embargo, actuó. La esencia de la culpabilidad está en el poder del autor (DAFUR-KÖNNEN). De modo que su conducta antijurídica fue formada según el poder del autor en la voluntad an-

[35] Luego esta construcción es nuevamente cambiada. Ver la 2ª ed. del *derecho penal* de WELZEL.

tijurídica. En la culpabilidad, el defecto de capacidad en la formación de la voluntad es lo que será repudiado y esto es un requisito del reproche de culpabilidad, porque el autor pudo haber formado su voluntad conforme a la norma y al deber, siendo capaz de atribución y capaz del injusto. WELZEL muestra a la no exigibilidad de una conducta conforme a derecho, no como un elemento que excluye la culpabilidad sino –bien lo demostró luego KAUFMANN– como un fundamento fáctico de disculpa, por el cual el orden jurídico rechaza el reproche de culpabilidad.

En los delitos dolosos, WELZEL considera la no exigibilidad fuera de los casos legales, solamente como protección en los delitos de omisión, y será a través de la no exigibilidad del perjuicio en la valoración de particulares intereses que puedan ser disculpados. A raíz de que en los delitos de acción, la disculpa surge en general cuando un mal personal pueda aparecer y el caso solamente pueda ser evitado por medio del delito. En el campo de los delitos de omisión no debe esperarse que, al dejar de actuar, la acción ordenada deba ser castigada en sí. En los delitos culposos, el orden jurídico se alza en contra del autor, cuando en las circunstancias sobre las exigencias de las ventajas de la omisión de la no cuidada acción, era posible hacerle un reproche. Aquí se puede –dice WELZEL– hacer el reproche según la no exigibilidad; este reproche es por una conducta no adecuada a derecho.

Entonces, el reproche estará dado sobre la base de que el deber objetivo, la falta de cuidado, está precisamente en la relación entre el cuidado al bien jurídico y la omisión; nunca se trata de la valoración individual de los motivos por parte del autor, sino siempre de la valoración objetiva por parte del ordenamiento jurídico.

Se podría sintetizar el pensamiento de WELZEL casi con sus propias palabras: "Culpabilidad es la reprochabilidad del hecho antijurídico individual (o de la parte de conducta de vida antijurídica); lo que se reprocha es la resolución de voluntad antijurídica en relación con el hecho individual (o de la parte de conducta de vida), presupuesto existencial de la reprochabilidad es la capacidad de autodeterminación libre, es decir, conforme a lo sentido por el autor: su capacidad de culpabilidad o imputabilidad. Esta capacidad de culpabilidad existe o no de un modo general en la situación concreta, con independencia de que el autor actúe o no, de que se comporte jurídica o antijurídicamente. La reprochabilidad se refiere, en cambio, a una conducta antijurídica real. Es, como vimos, una relación específica en que se encuentra la voluntad de la acción con el ordenamiento jurídico; la voluntad no es conforme a la norma como debía y hubiera podido ser. Elementos constitutivos de la reprochabilidad son, por ello, todos aquellos que son necesarios para que el autor, capaz de culpabilidad, hubiera podido adoptar, en relación con el hecho concreto, una resolución de voluntad conforme con el derecho, en lugar de la voluntad antijurídica. Ahora bien, como la culpabilidad individual no es otra cosa que la concreción de la capacidad de la culpabilidad en relación con el hecho concreto, la reprochabilidad se basa en los mismos elementos concretos cuya concurrencia con carácter general constituye la capacidad de culpabilidad; es decir, el autor tiene que haber conocido lo injusto del hecho, o por lo menos tiene que haberlo podido conocer, y tiene que haber podido decidir según una conducta conforme con el derecho en virtud de este conocimiento (real o posible) de lo injusto. La culpabilidad concreta (la reprochabilidad) está, pues, constituida (de mo-

do paralelo a la capacidad general de culpabilidad) por elementos intelectuales y voluntarios"[36].

Esta posición, que, como bien se dijo, no es esencialmente iniciada por Welzel, pero que está bien estructurada en su concepción, se ha mantenido en autores como HIRSCH, KÜPPER, CEREZO MIR y su escuela, ZAFFARONI y RIGHI en nuestro país, entre otros.

Desde otra perspectiva y más cercano al pensamiento de KANT, se encuentran HRUSCHKA, JOERDEN y ahora KÖHLER.

Tampoco está lejos de estas posiciones la escuela de Frankfurt, con HASSEMER, entre otros autores.

2) En la segunda versión se rechaza la esencia del pensamiento basado en KANT y HEGEL, en el cual el concepto de culpabilidad se ha asentado sobre la responsabilidad, y ésta, a su vez, en el reconocimiento de la libertad y la dignidad del hombre.

Estas ideas que reconocen la libertad del hombre, aunque sea de manera condicionada, han sido cuestionadas y no sólo en la actualidad, sobre la base de dos argumentos: el primero de ellos, sostiene que la disputa científica sobre la libertad del hombre no puede ser resuelta ni a favor ni en contra del determinismo, por lo cual, no puede ser utilizado de manera científica. Esto ha motivado que las posiciones que afirman la idea de libertad hayan comenzado ha tomar una posición no sólo moderada, sino defensiva. El segundo cuestionamiento, utilizado en contra de la idea de libertad de voluntad del hombre, es que la ciencia actual no tiene un método que permita concluir, de manera científica, que un individuo pudo evitar, en un momento concreto, un acto que se considera contrario a la ley. No hay forma de

[36] Hans WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, ps. 100/101.

saber científicamente que pasó en la inteligencia y en las emociones de un hombre, en el momento que mata a otra persona[37].

Planteado el problema desde el argumento de que no hay posibilidad de probar científicamente la libertad del hombre, el pensamiento actual no tuvo otro remedio que recurrir a la idea de prevención, pero basado siempre en la idea del Estado social y democrático de derecho, en la cual existen bienes jurídicos que se reconocen en una sociedad libre (ROXIN, MUÑOZ CONDE).

Con ROXIN se sigue la línea del neokantismo, dejada a un lado debido al interregno cultural y jurídico que representó el nazismo[38]. Si bien no se puede de-

[37] DONNA, "Culpabilidad y prevención", en *Homenaje a la UBA en su 75° Aniversario*; además, "Culpabilidad y prevención", en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año III, nos 4-5, p. 205; "Culpabilidad y prevención", en el *Homenaje a Isidoro De Benedetti*, Depalma, p. 171; *Schuld und Prävention*, editado por la Universidad de Leipzig, 1999.

[38] En estas ideologías deben buscarse algunas concepciones modernas como la idea de la "tolerancia cero" o la de que el delincuente es un enemigo contra el cual se desata la guerra y, lo que es peor, todas las armas valen, como afirmaban DAMM y sus discípulos. Este autoritarismo, hoy presente en nuestro país, defendido por aquellos que participaron de una manera más que pasiva en el llamado proceso militar, es coherente en su base, con la posterior teoría de la seguridad nacional. De ahí surge la idea de que los jueces no son defensores de las garantías, sino que ayudan en la guerra al Estado, tal como ocurrió con gran número de jueces en el gobierno militar. En este punto y forzando la cuestión en algunos autores de la época, se podrá ver que para ellos existe un deber de fidelidad al Estado, de modo que con la relación a ese deber, su violación alcanza con la mera subjetividad. Ver, a ese respecto, autores como SCHAFFSTEIN, THIERFELDER, SIEGER, KLEE, DAMM. Para el primero de ellos, partiendo de la idea de deber, se afirma que la culpabilidad es la violación de un deber hacia el pueblo (*Die Nichtzumutbarkeit*,

cir que se inician con ROXIN este tipo de teorías, que ya, por ejemplo, habían sido vistas por FEUERBACH y el propio MAURACH y ENGISCH, el profesor de la Universidad de Munich, hasta hace muy poco, fue quien le dio cierta forma y además su mayor expansión, debido la sistemática y a la elaboración de sus posiciones.

El sistema de ROXIN es teleológico, en el sentido de que la idea de fin, especialmente de un fin de política criminal, alcanza a todas las categorías del delito, que son influenciadas por la teoría de la pena. De ahí que se pueda decir que ROXIN propone, tal como lo había hecho anteriormente el neokantismo, la idea de una vuelta al pensamiento político, como objeto de un interés científico, y desde aquélla influir sobre la dogmática penal[39].

El método neokantiano consistía, en materia penal, en la utilización de la política criminal, en las categorías del delito y en una metodología de relaciones de valor en esas mismas categorías. La tesis de ROXIN consiste en la introducción de este tipo de valores en el derecho penal. La meta que intenta alcanzar es orientar las categorías del delito al deber ser de la política criminal y ello con un método que toma en cuenta las relaciones de valor. No es éste ni el momento ni la ocasión para analizar toda la teoría de

---

p. 60); y SIEGER hablaba de la fuerza de los amigos del pueblo, en contraposición a los enemigos del pueblo (GRUNDZÜGE, p. 49). De manera que habrá que estar atento frente a estas ideas que llevaron, en general, a la muerte de más de 200 millones de personas y en nuestro país cerca de 30.000.

[39] Claus ROXIN, *Strafrecht*, AT, 1992 (hay traducción al español); *Die Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987; *Fest. für Bockelmann*, 1979; *Fest. Für Henkel*; *Iniciación al derecho penal de hoy*, 1981; *Política criminal y sistema del derecho penal*; 1976; *Problemas básicos del derecho penal*, 1976.

ROXIN en los ámbito de la teoría del delito, de modo que nos remitimos a lo dicho en otro lugar[40].

Importa la idea de lo que ROXIN llama la categoría de la responsabilidad. En este tercer estrato de su sistema se trata el problema de si el autor es merecedor de pena. De acuerdo a lo expuesto hasta este punto, la culpabilidad era entendida como la capacidad de actuar conforme a la norma. Pues bien, ROXIN afirma que esto no es lo decisivo, para lo cual acude al concepto de responsabilidad. La culpabilidad tiene que ver con la capacidad de poder determinarse conforme a las normas. Sin embargo, esto no es suficiente para la imposición de una pena, ya que junto con la culpabilidad debe existir la responsabilidad, esto es, que la sanción penal exige la necesidad de una reacción en términos de prevención general o especial. Y ésta está ausente cuando existen las causas de exclusión de la responsabilidad, esto es, el error de prohibición, el estado de necesidad disculpante y el exceso en la legítima defensa. La responsabilidad está en función de consideraciones de política criminal, y éstas en la necesidad o no de pena. La posición incluye, ciertamente, a las llamadas medidas de seguridad, que también deben ser abarcadas por los criterios de política criminal. La cuestión exige una puntual descripción del deber de la política criminal, que excluya la responsabilidad a través de la norma, los fines de éstas y las metas de prevención, tanto especial como general. Sobre esta base, son distintos los fines en las penas que en las medidas de seguridad. En éstas se alcanzan fines de prevención especial, no así en el caso de las penas.

Para probar su tesis, ROXIN acude a una serie de instituciones jurídicas que no podrían ser explicadas

[40] DONNA, obras citadas.

en su totalidad por la dogmática penal. En el estado de necesidad exculpante (§ 35, Cód. Penal alemán) se excluye la pena debido a que no es necesario ningún efecto, tanto de prevención especial como de prevención general, ya que el autor que se halla en la situación del § 35 está en condiciones de realizar la acción. Sin embargo, a pesar de la posibilidad de realización del ilícito, al haber sido realizado en estado de necesidad, las exigencias preventivas no hacen necesaria la pena. Lo explicitado anteriormente tiene también validez para el exceso en la legítima defensa, en el cual se exime de pena o se la disminuye, según los criterios de prevención. En el § 20 del Cód. Penal alemán –equivalente al art. 34, inc. 1°, del Código argentino–, ROXIN afirma que "en la capacidad de culpabilidad el punto de vista preventivo impone su valor de una forma más compleja que en los restantes presupuestos de la responsabilidad jurídica-penal. Pues en éstos se pueden separar claramente los elementos correspondientes a la culpabilidad y a la prevención: se determina, primeramente, el poder de actuar de otro modo, constatando una culpabilidad, aunque atenuada y, sin embargo, se exculpa, si el caso así lo requiere, en consonancia con las reflexiones basadas en los fines de la pena que sirven de fundamento a la respectiva causa de exclusión de exculpación"[41].

Por último, la culpabilidad se presenta como forma de limitar la pena. Los esfuerzos de ROXIN para limitar que el Estado aplique penas draconianas se manifiestan tanto en la idea de prevención general positiva como en la culpabilidad limitadora de las sanciones. Pero esta posición ha generado dudas, ya que se vuelve a recurrir a la culpabilidad, que había

[41] Ver ROXIN, obras citadas, en especial AT, t. I, §§ 19, 20.

sido antes rechazada. Esto llevó a que otro autor de esta escuela, ACHENBACH, hiciera una distinción que es realmente valiosa[42].

ACHENBACH diferencia las funciones de la culpabilidad, y entre ellas encuentra que existe una idea de culpabilidad, la culpabilidad como fundamento de la pena y, por último, la culpabilidad como medida de la pena.

La idea de culpabilidad tiene rango constitucional, en cuanto no puede haber pena sin culpabilidad. Se trata del fenómeno de la culpabilidad entendido como límite al poder del Estado y la justificación de la pena, de modo que en este punto es posible el análisis de la libertad y la culpabilidad por el hecho. Pero estos datos no se pueden ir a buscar en la dogmática penal, ya que se encuentran en principios metajurídicos, esto es, en la filosofía, la sociología y la antropología.

En la culpabilidad como fundamento de la pena, tiene el análisis como concepto dogmático-penal que tiene como función la de fundamentar o excluir la sanción penal. Se estudia si el dolo pertenece a la culpabilidad o al tipo, la capacidad de culpabilidad y la conciencia de la antijuridicidad.

En el tercer nivel, la culpabilidad como medida de la pena, se la estudia en su función de servir a la mensuración de la sanción penal. Por qué se castiga más el hecho doloso, el efecto del desvalor de acción y de resultado, entre otros temas, se incluyen en este punto.

Lo que une a estos tres niveles es que son presupuestos de la pena. La idea de culpabilidad tiene

[42] Hans ACHENBACH, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, 1974; *Individuelle Zurechnung. Verantwortlickeit, Schuld en Grundfragen des modernen Strafrechtssystem*, 1983.

que ver con el "porqué" de la pena. La culpabilidad atañe a la afirmación de la pena, en tanto la culpabilidad como medida se relaciona a la idea de cómo se aplica la pena.

La idea de culpabilidad, lógicamente, debe separarse de los otros dos conceptos de culpabilidad, en tanto y en cuanto no está legalizada y, por lo tanto, sólo son ideas de lo que debería ser la culpabilidad o, si se quiere decir de otra manera, sólo son proyectos de un concepto de culpabilidad. La teoría dogmática de la culpabilidad, conforme ACHENBACH, se basa en la prevención general positiva. Se trata de analizar la imputación subjetiva, que se puede deducir y limitar desde criterios sólo preventivos. Este fundamento de la imputación individual es la prevención de integración. "Recoge la necesidad colectiva o individual de retribución y venganza en un procedimiento ordenado jurídicamente y demuestra la validez de la norma de conducta lesionada mediante la sanción manifiesta, para garantizar así la orientación normativa de la comunidad jurídica y las reglas elementales. Se trata de un ejercicio de fidelidad en el derecho, es decir, de una relación entre lesión normativa y sanción, entendida de modo social-psicológico. Atañe al mantenimiento de la fuerza motivadora de las normas sociales más importantes. Se trata de la prevención de integración de la asimilación de la frustración de expectativas, pero junto a ello hay que colocar la cuestión de la legitimidad o ilegitimidad de tales expectativas de conductas sancionadas jurídica y penalmente. Sin embargo, la prevención especial no tiene relación sobre la fundamentación de la imputación individual, ya que no se relaciona con el fin de la pena.

Para ACHENBACH, no existe una culpabilidad real, fuera de la imputabilidad social de responsabilidad.

En este marco se debe colocar la idea del "poder actuar de otro modo" y, al hacerlo, se constata que no tiene un substrato real que se deba probar, sino que es una proposición normativa que establece "un poder actuar de otro modo distinto en el sentido de las expectativas normativas hechas a un hombre sano". De allí que sea la imputación social del poder. La prevención no aparece, pues, limitada por la culpabilidad sino que, en sí misma, tiene un inmanente límite en sentido normativo.

Por último, se debe analizar la posición de JAKOBS, en donde la teoría de la prevención como base de la culpabilidad se hace más evidente en cuanto se sostiene un concepto funcional de la culpabilidad, basado en parte en la teoría de la prevención general[43].

En la culpabilidad se resalta la caracterización del autor. La pena será impuesta con el fin de conservar la fidelidad general a la norma. Según el fin de la pena, aparece enderezado el concepto de culpabilidad. La pena funciona con el fin de estabilizar el orden jurídico, alterado por la acción del autor que actuó con un defecto en la motivación. Para JAKOBS, esta falta de motivación aparece en todos los estratos del delito. En la acción típica y antijurídica, por ejemplo, el centro del sistema es la acción del autor, si no aparecen dominantes motivos que permitan evitar su acción ilícita. La existencia de una acción estará atada al poder de motivación del autor, ya que la acción es sólo tomada como un sentido impreso al contenido, esto tanto en el dolo como en la culpa.

[43] Günther JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976; *Strafrecht*, AT, 1ª ed., 1983 (hay traducción de la segunda edición); "Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit", en *Aspekte der Freiheit*, 1980. Además tiene *Bases para una teoría funcional de derecho penal*, Palestra editores, en esp. los caps. I y V; y *Estudios de Derecho penal*, Civitas, en esp. los trabajos 1 y 14.

En la antijuridicidad se carece del contenido recto de la motivación, y ella se funda en una falta de fidelidad al derecho. JAKOBS distingue aquí entre el contenido de la norma y el reconocimiento de ella. Sólo se requiere la posibilidad del conocimiento de la norma. Si el injusto aparece, lo decisivo es la fidelidad al derecho, y esto es un problema de la culpabilidad.

Por medio de la capacidad de culpabilidad se va a analizar si el autor pudo distanciarse de la acción antijurídica. Para medir esto, se debe apreciar el sistema psicofísico del autor, que se debe formar como en el concepto de acción. Se debe ver si la acción es cosa del autor, como algo propio de él. Aquí se une al problema de la motivación –es decir al de la culpabilidad– y el problema de la precisión de los deberes del autor. Para determinar la culpabilidad se debe estipular cómo la presión social puede ser atribuida o cargada a la culpabilidad del autor, como molestias tanto de la sociedad como de terceros, por el hecho de vivir en sociedad. De tal manera que definir la culpabilidad depende, en gran medida, de la constitución de la sociedad o de un sistema social. Pero también hay que ver el problema desde el fin de la pena. En síntesis, el concepto de culpabilidad es funcional, formado como concepto. Es una regulación según la exigencia del fin de la pena, para una sociedad con una precisa constitución. Con esto quiere decir JAKOBS, que el concepto de culpabilidad es formal, y que sólo la finalidad da contenido a la culpabilidad. El fin es el reconocimiento de la norma. Pero la determinación de la culpabilidad implica ver a quién le corresponde cargar con el conflicto.

Las argumentaciones de JAKOBS se apoyan en la elaboración de LUHMANN[44]. Según este último autor,

[44] LUHMANN, *Rechtssoziologie*, 1972, p. 43.

las normas designan las "expectativas estabilizadas de comportamiento contrafáctico o normas cuya validez es experimentada como independiente de su cumplimiento fáctico". De todo ello deduce STRATENWERTH "que la lesión de la norma, el defraudar la expectativa de comportamiento, puede ser realizado de tal manera que no ponga en cuestión la validez de la norma y esto ocurre mediante la imputación de la discrepancia"[45]. De manera que imputación y culpabilidad son un procedimiento –según JAKOBS– por el cual "se aísla de entre las condiciones dadas correspondientes al hecho que defrauda la esperanza, una que se constituye en la única jurídica y penalmente relevante, a saber, la falta de motivación".

La imputación del hecho como culpable, como se ha visto, es sólo necesaria cuando no puede la lesión a la norma ser absorbida de otra manera. El caso de los inimputables y de los autores de delitos sexuales aparece como claro ejemplo de la función de prevención. De ahí que diga JAKOBS que la finalidad es, por lo tanto, solamente lo que califica la imputación de un comportamiento contrario a la norma a título de culpabilidad; sólo esta finalidad otorga su contenido al concepto de culpabilidad. El principio de culpabilidad aparece "como derivado de la prevención general", con lo cual se quiere significar, al mismo tiempo, que no resulta apto para establecer límites a la intervención del Estado en favor de la prevención general. El conflicto sólo puede existir con respecto a puntos de vista preventivos especiales, es decir, aquellos que no han penetrado en la culpabilidad[46].

[45] Günter STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, p. 105.

[46] La crítica la hemos hecho en los trabajos antes citados. Ahora ver lo afirmado por Bernd SCHÜNEMANN, "La culpabi-

IV

El sentido de este prólogo es sólo haber dado una visión del problema de la culpabilidad en el momento actual y cómo se llegó al concepto normativo puro de ella. No ha tenido otro objeto, y hemos voluntaria y conscientemente limitado la exposición a algunos puntos, de manera que el lector tenga una guía de dónde se encuentra en el tema.

* * *

Quiero hacer notar además el esfuerzo del editor, Julio César Faira, del director de esta colección, profesor Gonzalo Fernández, y del coordinador, abogado Gustavo Aboso, porque hoy en día publicar a los llamados clásicos exige no sólo conocimiento de la materia, sino además una valentía fuera de lo común. Y ya se verá en un futuro, cuando las olas de la tempestad hayan desaparecido, que aquellos que apostaron a la crisis permanente, a lo transitorio, a lo novedoso por lo novedoso, se habrán ido con la crisis.

Por último, debo decir que el derecho penal sólo utiliza la pena frente a la acción libre de una persona, que niega al Derecho como tal y a los bienes jurídicos que las normas protegen[47]. A partir de esta afirmación se puede elaborar cualquier teoría del derecho penal, basada en el respeto a la persona humana.

---

lidad, estado de la cuestión", en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Seminario den la Universitat Pompeu Fabra, Civitas, p. 91 y siguientes.

[47] Michael KÖLLER, *Strafrecht*, AT, ps. 350 y ss.; SCHÜNEMANN, ob. citada.

PREFACIO

La tarea del traductor de Derecho tiene en nuestro país una importancia superior a la que corrientemente se le asigna. El término medio de las personas vinculadas a los estudios jurídicos no está en condiciones de leer otros idiomas que el castellano y los latinos, y éstos no siempre con éxito. Muy excepcionalmente nuestros juristas, no digamos nuestros estudiantes universitarios, poseen el alemán y el inglés. Esta circunstancia justifica por sí sola la tarea de la traducción jurídica, pues en ella descansa en gran medida la posibilidad de la información acerca de la labor extranjera. Esto también determina las exigencias que debe satisfacer la tarea de traducción. Ella puede tener dos objetivos igualmente apreciables: dar a conocer las fuentes extranjeras del derecho nacional, y proporcionar la información necesaria para su crítica y para la elaboración del Derecho futuro. Esto debe ser tenido en cuenta constantemente por quienes quieran aprovechar debidamente los beneficios que pueden brindar las traducciones. Ellas no tienden siempre a servir a la labor dogmática de los juristas argentinos; muchas veces, las más, sólo pretenden ampliar el horizonte cultural del jurista, dotándolo de instrumentos necesarios para su formación integral, haciendo posible así el aprovechamiento, en su labor teórica, de los sistemas extranjeros que le muestran importantes experiencias sobre

puntos que deberá resolver en el sistema jurídico nacional. La propia experiencia y la práctica en el Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de Córdoba, nos ha hecho ver de cerca el vacío que en nuestro medio está destinada a llenar una actividad seriamente encaminada a traducir al castellano el pensamiento de los más eminentes penalistas germanos.

Hemos pensado que traduciendo la "Concepción normativa de la culpabilidad" de James GOLDSCHMIDT, damos satisfacción a una necesidad de la teoría jurídica-penal nacional, a la que le tiene que resultar beneficioso conocer a fondo un problema que se está pretendiendo introducir en el país sin darse antes los medios de conocerlo en sus verdaderos términos. La doctrina normativa no puede estar al alcance de todos, porque requiere la comprensión del sistema jurídico del delito, que aún no ha alcanzado suficiente difusión en la doctrina nacional como para decir que el penalista argentino puede estar siempre familiarizado con teorías que son el resultado de esfuerzos técnicos. La autoridad de James GOLDSCHMIDT habla por sí sola en favor de la elección que hemos hecho para dar a conocer a nuestros juristas los principios del normativismo en la doctrina de la culpabilidad.

James GOLDSCHMIDT, que fue alumno del notable alemán Franz VON LISZT, cursó sus estudios en las Universidades de Heidelberg y de Berlín. Desde 1901 hasta 1933 desempeñó funciones docentes en esta última universidad. De 1901 hasta 1908 fue libre docente, desde esta última fecha hasta 1919, profesor extraordinario y desde entonces hasta 1933, en que por razones políticas debió abandonar la cátedra, desempeñó la función de profesor público ordinario de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal y Civil. En la Universidad de Berlín desempeñó, también, la dirección del Instituto de Derecho Penal, junto con el profesor

KOHLRAUSCH, y, hasta que dejó la cátedra de Berlín, fue miembro de la Junta Internacional de Derecho Penal. A partir de 1933, hasta 1936, dictó cursos en las universidades españolas de Madrid, Barcelona, Valencia, Sevilla y Zaragoza. Desde 1938 residió en Inglaterra, desde donde se embarcó para Montevideo en los primeros meses del año 1940, invitado por la Facultad de Derecho de esa ciudad. Aquí, en plena labor aún, lo sorprendió la muerte, el 28 de junio de 1940.

James GOLDSCHMIDT es conocido entre nosotros, sobre todo, por su labor como procesalista y así se explica que los juristas de esta rama sean los que se han ocupado en América, casi exclusivamente, de su obra y de su personalidad. Pero buenos motivos han tenido para ello. El aporte de GOLDSCHMIDT al derecho procesal es realmente renovador. Basta mencionar dos de sus trabajos para ver cuánto de nuevo llevó él a la ciencia procesal: Materielle Justizrecht (Derecho justicial material), *escrito en 1905, y* Der Prozess als Rechtslage (El proceso como situación jurídica), *escrito en 1925.*

El Materielle Justizrecht *tiene por finalidad desembarazar al derecho procesal de un aspecto que tiene autonomía bastante para constituir una disciplina independiente, la de la teoría de la exigencia, o pretensión, de tutela jurídica, que constituye la materia del derecho justicial material.* Der Prozess als Rechtslage *tiene una misión totalmente renovadora, que está consignada en la portada del libro: "Los romanos crearon una estática jurídica, nuestra función es crear una dinámica jurídica". El libro trae nuevos instrumentos para el estudio del proceso con el objeto de darle otro fundamento distinto al de su concepción como relación jurídica. Este libro ha sido calificado como el más revolucionario que se haya compuesto desde la edad de oro del procesalismo alemán, pero también como profunda-*

mente constructivo. La labor procesal de GOLDSCHMIDT *se muestra en idioma castellano en el* Derecho procesal civil, *traducido por* PRIETO CASTRO, *los* Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, *y la* Teoría general del proceso, *estos tres últimos escritos directamente en castellano por* GOLDSCHMIDT*.

Lo que hemos consignado es una pincelada de la figura que representa GOLDSCHMIDT *en el campo procesal, pero no nos interesa completar este cuadro, sino trazar, aunque más no sea, un bosquejo de su actividad en otros campos del Derecho. Es común que los juristas de sobresaliente actuación en una rama hagan, eventualmente, incursiones por otros campos del saber jurídico. Pero es notable el caso en que estas incursiones pasen de ser tales para convertirse en verdadera labor de investigación. Este es el caso de James* GOLDSCHMIDT*, quien en el derecho penal representa una figura tan prominente como en el derecho procesal. Bien se puede decir que* GOLDSCHMIDT *no se hizo penalista ampliando su radio de acción de procesalista; sino que al revés, de consumado penalista pasó a ser un eximio procesalista, pero sin abandonar aquel campo*

* Sus principales trabajos en el derecho procesal penal, son:

1) *Rechtsgrund und Rechtsnatur der staatlichen Entschädigungspflicht gegenüber unschuldig Verhafteten und Bestraften*, Sonderabdruck aus der Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Gierke (*La causa jurídica y la naturaleza jurídica del deber de indemnización por parte del Estado frente a los arrestados y castigados inocentes*, Separado del Homenaje de la Facultad Jurídica de Berlín a Gierke), 1910.

2) *Verfassung und Verfahren der ausserordentlichen Kriegsgerichte* (*La organización y el procedimiento de los tribunales extraordinarios de guerra*), 1915.

3) *Zur Reform des Strafverfahrens* (*Sobre la reforma del proceso penal*), 1919.

4) *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, 1935.

que fue el primero, pero no el último de su inagotable inquietud científica.

GOLDSCHMIDT abre de manera definitiva las puertas de su carrera científica con un trabajo que hubiese bastado para que su nombre figurase constantemente entre las fuentes de información de los penalistas. Esta obra es su Verwaltungsstrafrecht (Derecho penal administrativo), *aparecido en 1902. No es su primer trabajo de fondo en el derecho penal; ya antes escribió* Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch (La teoría de la tentativa inacabada y acabada), *1897, y* Die Strafbarkeit der widerrechtlichen (La punibilidad de la coacción ilícita), *Nötigung, 1897.*

El "Verwaltungsstrafrecht" está destinado a demostrar la independencia del derecho penal administrativo en relación al derecho penal común sobre la base de que el delito pertenece a la justicia y la contravención a la policía punitiva. La contravención no ofende bienes de civilidad jurídicamente protegidos, sino intereses administrativos declarados administrativamente. La contravención no es un "injusto" (Unrecht) como el delito, sino una "infracción administrativa". Aunque la tesis de GOLDSCHMIDT no cerró la cuestión, que aun hoy sigue discutiéndose con ahínco, ha constituído la base de apoyo para más de un polemista sobre el punto (ver, p. ej., Erik WOLF, "Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtsystem", en Homenaje a Frank, *II, p. 516). No es aquélla la única obra destinada a esclarecer este aspecto del derecho penal que ha dejado GOLDSCHMIDT, pues en el año 1903 insistió en la cuestión tratando las relaciones del derecho penal administrativo con la teoría del Estado y del Derecho en "Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats und Rechtslehre", en la* Festgabe der Berliner Juristichen Geselleschaft für Koch, *1903. También lo hizo en artículos especiales y escritos jurídicos dados como dictámenes que le*

fueron solicitados en algunas causas de importancia. Entre los primeros se cuenta el que se encuentra en la "Rivista Penale", vol. 101: Le contravvenzioni e la teoria del diritto penale amministrativo.

Pero su labor en el campo del derecho penal tiene mucha mayor amplitud. En el año 1908 publicó "Strafen und sichernde Massnahmen", en Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischer Strafrechts, *Allgemeiner Teil, Bd. IV* (Penas y medidas de seguridad); *en 1910, "Widerstand gegen die Staatsgewalt", en* VON LISZT-ASCHROTT, Reform des Reichsstrafgesetzbuchs (Resistencia contra el poder del Estado); *en 1911, el* Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs *(mit* KAHL, VON LILIENTHAL *y* VON LISZT) (Contra-proyecto al Ante-proyecto de un Código Penal alemán) *y* Der Notstand, ein Schuldproblem (El estado de necesidad, un problema de la culpabilidad). *Aquí aparece netamente la tendencia normativista de* GOLDSCHMIDT *en la teoría de la culpabilidad, al tratar de probar que el estado de necesidad, para el que sería decisivo un motivo irresistible, es una causa de exculpación, en contraposición a los verdaderos derechos de necesidad, establecidos, en favor de intereses objetivamente preponderantes, por normas del derecho civil o público (y sólo excepcionalmente por el mismo legislador penal). En el "Normativer Schuldbegriff", inserto en el primer volumen de la* Festgabe für Reinhard Frank, *que en este libro presentamos en idioma castellano,* GOLDSCHMIDT *desarrolla a fondo su concepción normativa de la culpabilidad y la defiende de todos los ataques que le dirigieron los juristas germanos.*

Las mencionadas sólo son las producciones de mayor aliento de GOLDSCHMIDT *en el derecho penal; no hemos querido señalar otros escritos menores. Sin embargo, conviene indicar, por estar en lengua latina,* Contributo alla sistematica delle teorie generali del reato

(Estratto dalla Rivista Italiana di Diritto Penale, Anno VI-1934, XII-n. 304), que es un artículo destinado a considerar la teoría del delito de CARNELUTTI *y que le sirve para contestar a las objeciones que* MEZGER *hizo a su normativismo en materia de culpabilidad; la* Metodología jurídico-penal, *que es el cursillo hecho en la Universidad de Madrid, en febrero, marzo y abril de 1934 y que muestra, en resumen, la sistemática de* GOLDSCHMIDT *y da una serie de reglas para la solución de casos prácticos; este es un tipo de trabajo muy común entre los profesores alemanes (*GOLDSCHMIDT *ya había escrito los* Rechtsfälle ausdem Strafrecht-la, *2ª ed., en 1927);* Un juicio sobre el Código de Defensa Social de Cuba *("Revista Penal de La Habana", 1942, ps. 209 y ss.) y, por último,* El derecho penal y su ciencia en España, *que por primera vez se ha dado a conocer al público en la versión castellana de la doctora Catalina* GROSSMANN *(D.J.A., 1943, nº 1706).*

Con seguridad que dejaríamos un claro sin llenar en la recia personalidad del profesor GOLDSCHMIDT, *si no hiciéramos siquiera referencia a la inquietud filosófica que lo embargó en la última etapa de su vida. Esta nueva orientación de su pensamiento tuvo su génesis en los acontecimientos políticos que rodearon su mundo casi al término de su carrera como científico del derecho positivo.* GOLDSCHMIDT *buscó en la tarea filosófica la estabilidad y la justicia que le negaban las nuevas corrientes que influenciaban el derecho positivo dándole un sentido incapaz de conformar a su delicado espíritu liberal. Sin embargo,* GOLDSCHMIDT *no entra en contacto con la filosofía por primera vez recién en esta etapa de su vida, sino que ya en sus obras anteriores se encuentran aportaciones a la filosofía jurídica; desde 1924, en su "Gesetzesdämmerung", inserto en* Juristische Wochenschrift, *combate el positivismo jurídico y se inclina hacia el iusnaturalismo. De*

su inquietud filosófica de los últimos tiempos han quedado tres escritos: "L'a priori dan le droit et dans la morale" (Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, *1937*), Le terme d'imputation (*"Revue Internationale de la Théorie du droit", 1938*), *y* Problemas generales del derecho (*publicado, en parte, en "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", Montevideo, 1940, y que publicará íntegramente la Editorial Depalma con prólogo del profesor* COUTURE). *En "L'a priori"* GOLDSCHMIDT *no acepta el apriorismo kantiano y fenomenológico, y se pregunta, no como el kantismo, ¿cómo es posible el conocimiento?, sino, ¿cómo es posible la voluntad?, desarrollando una teoría que tiende a demostrar que el libre albedrío es el elemento apriorístico de la voluntad, careciendo de él, el Derecho y la moral.*

Ésta es, a grandes rasgos, la obra científica del ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín (1920 y 1932), pero es sólo un aspecto de su obra. También cuenta en su haber con lo más apreciado para un estudioso de cualquier rama: discípulos. Su doctrina procesal tiene en nuestro propio país expositores fieles (ver J. Ramiro PODETTI, La ciencia del proceso y las doctrinas de Goldschmidt, *Buenos Aires, 1938). Sin embargo, aquí sólo nos interesa señalar a sus discípulos alemanes, particularmente en derecho penal, cuyas principales producciones también mencionamos:*

HEINITZ, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, *1926*; I limiti oggettivi della cosa giudicata, *1937*.

WEGNER, Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht, *1925*; *"Schuld", en* Handwörterbuch der Rechtswissenschaft.

SCHÖNKE, Beiträge zur Lehre von Adhäsionsprozess, *1935*; Zivilprozessrecht, *1938*.

Erick WOLF, *"Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem", en* Homenaje a Frank, *II, p. 516.*

ANDERS, *"Verwaltungsstrafrecht", en* Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, *VI, 625.*

R. HIRSCHBERG, Schuldbegriff und adäquate Kausalität, *1928;* Der Vermögensbegriff im Strafrecht, *1934.*

Werner GOLDSCHMIDT, Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, *1931;* Die Schuld im Straf-und Zivilrecht, *1934.*

TARNOWSKI, Die systematische Bedeutung der adäquatem Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, *1927.*

MARCETUS, Der Gedanke der Zumutbarkeit, *1928.*

GALLAS, Kriminalpolitik und Strafrechtssystematik, *1931.*

Los méritos esenciales de esta traducción se deben a la digna esposa del profesor GOLDSCHMIDT, *Margarita* GOLDSCHMIDT. *Su colaboración en la versión castellana de la labor científica de su esposo encierra un profundo significado espiritual. Adelantando la aparición de esta traducción ha dicho el profesor Marcelo* FINZI, *¿cuántas mujeres existen que están en condiciones al igual que Margarita* GOLDSCHMIDT, *docta en materias jurídicas y económicas, para tributar un homenaje de tal estilo? Es, sin duda, un juicio justo. Por nuestra parte, en la persona de James* GOLDSCHMIDT *rendimos homenaje a los campeones de la ciencia jurídica que en la meta fueron coronados con espinas en premio a su continuada y profunda labor.*

La parte técnica de la traducción ha debido correr la suerte de toda versión, quedando expuesta a una extremada intervención del pensamiento del traductor, sin embargo, hemos tratado de ser objetivos en la medida de lo posible. La constante ayuda técnica del Jefe Especial de Investigaciones del Instituto de Derecho

Comparado de la Facultad de Derecho de Córdoba, Dr. Roberto GOLDSCHMIDT, nos da la suficiente tranquilidad para afrontar los riesgos de la tarea llevada a cabo.

Córdoba, julio de 1943.

RICARDO C. NÚÑEZ*

* Ex catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de Córdoba.

BOSQUEJO DE LA CULPABILIDAD

por RICARDO C. NÚÑEZ (1943)

I

El problema de la culpabilidad es el problema del destino mismo del derecho de castigar (HAFTER). Él es, a la vez, una cuestión científica y política que en la época actual fundamenta el castigo por las infracciones a la ley penal. Sin embargo, su imperio todavía no es tal como para que no se hagan excepciones. El castigo criminal no ha estado siempre ligado al principio de culpabilidad, ni éste se ha manifestado constantemente con la misma estructura. El bosquejo que a continuación haremos acerca de estos dos aspectos del problema de la culpabilidad, sólo pretende ser una introducción a *La concepción normativa de la culpabilidad* de James GOLDSCHMIDT, que constituye el contenido principal de este libro.

II

El principio "no hay pena sin culpabilidad" no ha reinado siempre. La responsabilidad por el resultado, el *versari in re illicita*, los delitos calificados por el resultado y la peligrosidad constituyen excepciones de él. Todas estas especies anómalas de responsabili-

dad han tenido su apogeo y su decadencia históricos, y no se puede decir que la conciencia jurídica actual las haya superado totalmente.

La "responsabilidad por el resultado" prescinde, a los fines de la responsabilidad, de la conciencia y voluntad del autor. La teoría no distingue entre autor y autor *culpable*; el autor se liga a las consecuencias de la infracción por su sola condición de tal y no por su *culpabilidad*. En determinadas épocas de la historia jurídica, el sistema representa la regla, a veces absoluta; con el correr del tiempo, sólo es la excepción, a veces extraordinaria. Entre los griegos, por largo lapso, el castigo criminal no tuvo más fundamento que el delito objetivamente mirado[1]. También ocurre esto en Egipto y Japón, donde, como en Grecia[2], el principio se asienta en prejuicios religiosos[3]. Sobre lo que ocurrió en el derecho romano no hay perfecto acuerdo. FERRINI no acepta que su estado originario haya sido la fase "material, objetiva", en la que se tiene en cuenta sólo el resultado dañoso. Según él, "la distinción, por ejemplo, entre homicidio voluntario y casual, remonta más allá de todo confín histórico y trasciende la estirpe aria". Tampoco admite como hecho seguro que la concepción objetiva haya regido en la esfera de los delitos privados[4]. Al contrario, MOMMSEN afirma que el derecho penal romano de los primeros tiempos desconoció el principio, introducido más tarde, de que "el concepto de delito requiere la existencia de una voluntad contraria a la

[1] Ver A. LEVI, *Delitto e pena nel pensiero dei greci*, Torino, 1903, ps. 156-7.

[2] LEVI, ob. cit., cap. III, 2.

[3] Ver J. TISSOT, *El derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo*, t. I, Madrid, 1880, cap. IV.

[4] FERRINI, *Diritto penale romano*, Man. Hoepli, Milano, 1899, ps. 77-8.

ley en la persona capaz de obrar"[5]. Sin que pueda negarse que con el tiempo el derecho germánico distinguió el hecho voluntario del involuntario y que en alguna forma desarrolló la teoría del dolo, de la culpa y del caso[6], se debe reconocer que la "responsabilidad por el resultado" domina la época germana y franca del derecho penal y la tardía Edad Media[7] y que recién cede el paso a la "responsabilidad por la culpabilidad" en la "Carolina" y en la legislación posterior[8]. El viejo derecho español, quizás influenciado por el cristianismo, admitió la inculpabilidad en el caso fortuito, o en razón de falta de edad, embriaguez o enfermedad[9]. En el siglo XIX la regla es la responsabilidad por la culpabilidad: Código francés de 1810, art. 64; Código español de 1822, art. 26; Código prusiano de 1851, § 40; Código de Bolivia de 1834, art. 13. Fue el derecho canónico el que ejerció una influencia considerable para la transición del sistema objetivo al subjetivo[10]. El derecho penal canónico, en efecto, tuvo su teoría de la culpabilidad; distinguió el dolo de la culpa y asentó la imputabilidad penal en la libre voluntad y el discernimiento, declarando inimputables a los locos, ebrios y niños[11].

[5] MOMMSEN, *El derecho penal romano*, Primera Parte, La España moderna, Madrid, p. 94; en el mismo sentido, HIPPEL, *Manuale di diritto penale*, Jovene, Nápoli, 1936, § 5, I.

[6] Ver P. DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico*, ns. 29-32, *Enciclopedia Pessina*, vol. I.

[7] HIPPEL, *Manuale*, ps. 30, 31 y 36.

[8] HIPPEL, ob. cit., ps. 43, 52; MEZGER, *Tratado de derecho penal*, t. II, ed. R. de D. P., Madrid, p. 26.

[9] Ver TEJEDOR, *Curso de derecho criminal*, Primera Parte, 1871, ns. 82, 86, 91 y 98.

[10] R. SALEILLES, *La individualización de la pena*, Madrid, Reus, 1914, cap. II-esp., 7z y siguientes.

[11] Ver D. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, ns. 50-53, *Enciclopedia Pessina*, vol. I.

III

Nuestro derecho penal común obedece al principio de la responsabilidad por la culpabilidad. En su esfera no hay excepciones, los mismos delitos calificados por el resultado que el Código penal contiene, no se explican por la teoría de la responsabilidad objetiva [12]. Según la doctrina enunciada por la Corte Suprema, no se podría decir lo mismo con relación al derecho penal especial, esto es, el contenido en leyes especiales (art. 4 del C.P.). Ha dicho la Corte, por ejemplo, que en materia aduanera "existe una responsabilidad penal sui géneris que se funda en el carácter especial de las infracciones y en el propósito fiscal que las origina" [13], y que las leyes aduaneras "prescinden como regla general de la intención dolosa y aún de la simple culpa" [14]. Pero, no puede reconocerse que semejante teoría sea la exacta, por lo menos en el derecho vigente; la Corte ha pasado por alto, evidentemente, que las disposiciones de la Parte General del Código Penal se aplican "a todos los delitos previstos por leyes especiales, en cuanto éstas no dispusieran lo contrario" (art. 4 del C.P.), y que las Ordenanzas de aduana sólo tienen disposiciones particulares sobre error (arts. 1057 y 1058), previsión ésta que ya era suficiente para limitar la amplitud del juicio de la Corte. Ciertas leyes provinciales de carácter represivo plantean un serio problema a este respecto. La ley sobre juegos de azar 3819 de la provincia de Córdoba, no contiene disposición alguna

[12] SOLER, *Derecho penal argentino*, § 42, XVI.
[13] *Jurisprudencia Argentina*, t. 68, p. 447.
[14] *J.A.*, t. 46, p. 459.

acerca de la culpabilidad. Sin embargo, en un amplio aspecto el problema está resuelto por el art. 341 del Código de P. Penal, que rige la aplicación de la ley citada. En efecto, este artículo, que se aplica en el juicio de faltas por la vía de las "ulteriores diligencias" (art. 460, párr. 2) o de las "mayores diligencias" (art. 461, párr. 1), prevé el caso de la medida de seguridad provisional aplicable a los procesados inimputables a causa de una enfermedad mental. Esta cláusula salvadora evita la condena de sujetos penalmente incapaces. Empero, queda un margen para la teoría de la "responsabilidad por el resultado": la inimputabilidad por menor edad. Aquí no rige la cláusula salvadora del art. 341, ni tiene punto de apoyo la admisión de la analogía [15]. Los proyectos de SOLER (art. I) y de BAULINA (arts. 5, 8 y 10) salvan este error.

IV

El principio de la "responsabilidad por el resultado" renació a través del principio del *versari in re illicita*, cuya fórmula era: "*versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto*". Su resultado es que quien incurre en un hecho ilícito, delictuoso o contravencional, responde del resultado delictuoso fortuito, esto es, no previsible. Pero este sentido de la fórmula ya ha sido superado. Ella debe entenderse como que sólo se responde del resultado no querido, pero previsible [16].

Actualmente la "responsabilidad por el resultado" revive en los llamados "delitos calificados por el

[15] Ver la doctrina del Tribunal Superior de Córdoba en el caso "Checa, Juan, inconstitucionalidad" - "Comercio y Justicia" de 16 de mayo de 1943.

[16] Ver CARRARA, "Sul caso fortuito", en *Opuscoli*, vol. I.

resultado", que la doctrina germana califica de "baldón ignominioso de nuestra época" (LÖFFLER). Pero también ellos han sido reducidos a los justos límites del *versari in re illicita*, por lo menos en el Código Penal argentino [17].

V

Por último, la doctrina de la peligrosidad en su riguroso significado también se aparta del principio de la "responsabilidad por la culpabilidad". Esto es la consecuencia inevitable de su fórmula: "No hay delincuentes imputables y delincuentes no imputables, todos los autores de un delito responden de él por el solo hecho de vivir en sociedad". Sin embargo, en la práctica la culpabilidad ha sido reconocida en una o en otra forma; hasta en el mismo proyecto KRYLENCO, el dolo y la negligencia penetran como índices en la peligrosidad del individuo y de esta manera tienen influencia en la responsabilidad [18].

VI

Aceptada la culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad penal, su contenido y su estructura siguen siendo objeto de las más vivas controversias. Se discute acerca de cuáles son sus elementos y cómo están ellos distribuidos.

La doctrina del siglo pasado desarrolló la teoría de la culpabilidad al desenvolver la de la imputa-

[17] Ver SOLER, *Derecho penal argentino*, § 42, XVI.

[18] Ver "Relación de Krylenco", en *Scuola Positiva*, I, 1931, p. 19. Sobre la suerte de la teoría en los proyectos FERRI y COLL-GÓMEZ, ver SOLER, *Imputabilidad - Culpabilidad*, Rosario, 1938.

bilidad moral. La culpabilidad no aparece aún con autonomía nominal, la que se logra debido a la labor incansable de los juristas alemanes de este siglo.

Pero la doctrina de la imputabilidad moral priva al derecho penal de su absoluta autonomía –que hoy se le reconoce– en lo que respecta a la determinación de los elementos de la culpabilidad. La imputabilidad moral y su presupuesto, el libre albedrío, descansan en una doctrina metafísica que *debe* encontrar reconocimiento en los principios de la legislación positiva y en la ciencia de ésta. La teoría de la imputación, dice CARRARA, contempla los delitos en sus puras relaciones con el agente, y a éste a su vez lo contempla en sus relaciones con la ley moral, según los principios del libre albedrío y de la responsabilidad humana; que son inmutables, y no se modifican por variar los tiempos, las gentes o las costumbres (*Programma*, § I). Y agrega: Yo no me ocupo de discusiones filosóficas: presupongo aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y sobre esta base edificada la ciencia criminal que mal se construiría sin aquélla (nota 2 del § I).

Hoy la doctrina de la imputabilidad moral ha cedido el paso a la teoría de la culpabilidad social, no en el sentido del positivismo, sino como una doctrina que admite que la responsabilidad jurídica tiene su raíz y su fundamento en el hecho social del reconocimiento de una determinada concepción de la responsabilidad en el derecho penal. Esta fuente de la responsabilidad jurídica-penal no tiene cánones inmutables, sino que obedece al sistema de cultura de cada época y lugar[19].

[19] Sobre la génesis del derecho y sus instituciones, ver E. MARTÍNEZ PAZ, *Filosofía del derecho*, 3ª ed., lib. I. Primera Parte.

Pero en la propia concepción carrariana de la imputabilidad moral, los elementos de la culpabilidad penal fueron reales y no metafísicos. Lo metafísico sólo representa el presupuesto filosófico del sistema positivo. En la teoría de CARRARA la culpabilidad es la fuerza moral subjetiva del delito, la fuerza moral de la acción. El contenido psicológico de la culpabilidad es la *intención* cuyos elementos son el intelecto y la voluntad, los que a su turno tienen por elementos, respectivamente, el conocimiento de la ley y la previsión de los efectos, la libertad de elegir y la voluntad de actuar (*Programma*, §§ 59-63). Distingue dos especies de intención: la directa y la indirecta. Sobre esta distinción apoya la de dolo y culpa. Lo característico de este esquema carrariano es que en él están comprendidos, por un lado, como elementos constitutivos de la culpabilidad, tanto los que para nosotros son elementos constitutivos de la imputabilidad como los que lo son de la culpabilidad propiamente dicha, y por otro lado, como circunstancias degradantes de ella, están comprendidas tanto las circunstancias que para nosotros excluyen la imputabilidad y la culpabilidad propiamente dicha como las que excluyen la ilicitud del hecho. Esto es el resultado lógico de la teoría de las fuerzas de CARRARA. La finalidad de la teoría de las fuerzas unifica el elemento moral del delito, como lo hace con el material; el criterio sobre el que se asienta la teoría de la fuerza moral subjetiva del delito no admite la distinción clasificatoria de lo que nosotros reconocemos como imputabilidad y culpabilidad, y, en consecuencia, tampoco de las causas que excluyen a la una y a la otra. CARRARA sólo tiende en este aspecto a mostrar los elementos o momentos que constituyen una de las fuerzas del delito –esto es, una de las condiciones que deben encontrarse en un hecho para que

la autoridad tenga derecho a incriminarlo– y las circunstancias que la degradan dirimiendo la imputabilidad política –esto es, la incriminación de la acción, § 5, nota 1– o aminorándola. Se comprende que a estos fines no resulte necesaria la distinción clasificatoria entre imputabilidad y culpabilidad, aunque CARRARA distinga el fundamento actual de la clasificación al reconocer diferentes efectos a las causas degradantes[20].

VII

Sin que se puedan desconocer los méritos que dentro del campo de la política legislativa tiene la teoría de las fuerzas de Carrara, se debe admitir que con razón la doctrina penal que se empeñó en conocer los elementos legales del delito tomó una nueva vía para la sistematización de los componentes de la infracción. En esta forma establecieron y estructuraron de manera diferente las características de la culpabilidad. La nueva corriente ya no se conformó con decla-

[20] Merece una explicación especial el hecho de que CARRARA comprenda entre los degradantes de la fuerza moral subjetiva –la culpabilidad para nosotros– las causas que eliminan la ilicitud del hecho como la legítima defensa y el estado de necesidad. La razón también está en la finalidad de la teoría de las fuerzas, que no exige el desarrollo del elemento normativo del delito, sino el de los elementos reales, de los cuales, al resultar el choque del hecho con la ley, surge la *infracción*. En este sentido la teoría de CARRARA es una teoría realista; ella no desarrolla la doctrina de la ley como valuación y, por lo tanto, no puede explicar la antijuridicidad objetiva en todas sus consecuencias. En la actual posición, que sostiene que el estado de necesidad es una causa de exculpación, puede verse, en algunos aspectos, aunque por otras causas, una restauración del sistema carrariano.

rar que como ente jurídico el delito es una infracción, según lo hacía CARRARA, sino que sintió la necesidad de desarrollar los elementos jurídicos de la infracción, o, lo que es lo mismo, mostrar las características jurídicas de la infracción. En esta tarea se continúa aún, y aunque nosotros podamos proclamar que ya es posible señalar la meta de ella, debemos reconocer que la polémica no ha decrecido en brios. Las definiciones de la infracción se han sucedido y se suceden, pero en esta oportunidad no podemos abordar su estudio, sino sólo en lo referente a la culpabilidad.

Dos esquemas sobre el contenido y la estructuración de la culpabilidad, tomados de expositores representativos de los pensamientos dominantes en materia de culpabilidad, servirán para mostrar los rasgos propios de cada una de esas posiciones.

Esquema de la teoría de Sebastián Soler

La culpabilidad y sus presupuestos

- De la culpabilidad en general.
- Presupuesto subjetivo de la culpabilidad: la imputabilidad.
- Inimputabilidad.
- De la culpabilidad en particular.
- Causas de exclusión de la culpabilidad
  - ignorancia y error.
  - coacción.
- Formas de la culpabilidad
  - dolo.
  - culpa.

Esquema de la teoría
de Edmundo Mezger

Culpabilidad
- La culpabilidad jurídico-penal en general.
- La imputabilidad
  - imputabilidad.
  - inimputabilidad.
- La forma de la culpabilidad
  - dolo.
  - culpa.
- Las causas de exclusión de la culpabilidad.

Basta recorrer ambos esquemas para comprobar el gran desarrollo que se ha dado al tema y las fundamentales diferencias que en relación a su metodología se hacen en la culpabilidad. Sin embargo, los aspectos que su teoría comprende hoy, no han variado totalmente en relación con lo que era común entre los autores del siglo pasado. Lo que ha variado es la terminología y la estructura de la materia. Aunque antes no se hablaba de imputabilidad en el sentido en que se habla hoy, ni de culpabilidad, ni de las causas que excluyen a la una y a la otra, las materias comprendidas con esta terminología fueron consideradas por la doctrina del siglo pasado. Lo que se ha transformado fundamentalmente es la estructura de los conceptos, esto es, la distribución y el orden de ellos. Pero hoy se lucha por introducir algo totalmente nuevo en la consideración del problema cuando se habla de que la culpabilidad no es una "situación de hecho psicológica", sino una "situación de hecho valorizada normativamente". Este último

punto de vista, que apareja una transformación radical del problema de la culpabilidad, es el que se propugna por parte del Prof. GOLDSCHMIDT.

VIII

La tradicional posición, a la que responde el esquema de SOLER, vio en la culpabilidad sólo un problema de índole psicológica. Para ella la culpabilidad tiene por contenido únicamente lo relativo a la relación del hecho ilícito con su autor[21]. De esta manera su contenido se reduce a un solo *elemento*, el hecho psicológico representativo de esa relación, y queda fuera de ella todo lo que no corresponde a tal situación de hecho. Se explica que quede fuera de la culpabilidad (como ocurre en el esquema de SOLER), lo atinente a la capacidad de las personas para ser culpables, esto es, la imputabilidad, porque el estado de salud o de desarrollo mental o el estado de conciencia que la ley exige en el autor para que su vinculación psicológica con el hecho ilícito lo haga responsable del mismo, no representa esta vinculación, sino que constituye un *presupuesto* de ella. Tampoco entran como componentes de la culpabilidad las causas que excluyen la imputabilidad y, desde luego, tampoco las que excluyen la culpabilidad, porque éstas no forman el hecho psicológico representativo de la culpabilidad, sino que lo excluyen. Según esto, la teoría de la culpabilidad propiamente dicha queda reducida al estudio de las *formas de vinculación* que admite la ley entre el autor y el hecho ilícito para que aquél sea responsable jurídicamente de éste. Esas dos formas son las tradicionales: el dolo y

[21] SOLER, § 35, I, IV.

la culpa. El dolo y la culpa representan en la concepción psicológica de la culpabilidad dos *especies* de culpabilidad; no son uno de los elementos de ella, sino las dos maneras en que, según la ley, puede vincularse psicológicamente el autor a su hecho ilícito, y que agotan la totalidad del contenido psíquico de ella.

Lo característico del "psicologismo" es, entonces, que el campo de la culpabilidad propiamente dicha se estrecha hasta el mínimo posible (sus especies), y que la imputabilidad representa un presupuesto de ellas, que se presenta como una *calidad personal* del sujeto, mientras que aquélla es una *situación* en la que el sujeto imputable puede hallarse[22].

IX

La "concepción normativa de la culpabilidad" trastorna toda esta construcción de tipo psicológico. Las conclusiones del normativismo de MEZGER, por ejemplo, son totalmente diferentes de las del psicologismo de SOLER. Para MEZGER la culpabilidad no es una situación de hecho psicológica, sino una *situación de hecho valorizada normativamente*. La culpabilidad tiene, según MEZGER, como punto de referencia una situación de hecho, de ordinario psicológica, que yace en el sujeto. Pero esta situación de hecho no se eleva a la categoría de culpabilidad, sino mediante un juicio valorativo del que juzga. La realidad de hecho se eleva al concepto de culpabilidad, sólo si el que juzga la considera como un proceso reprochable al autor. "El juicio de culpabilidad, dice MEZGER, es, ciertamente, un juicio *en referencia* a una determinada situación de hecho y, en tanto, por con-

[22] SOLER, t. II, p. 67.

siguiente, un "*juicio de referencia*", como se ha denominado en la bibliografía; pero tal referencia a una determinada situación de hecho no agota aún su naturaleza esencial propia, y sólo en virtud de una *valoración* de cierta índole se caracteriza la situación de hecho como culpabilidad. La culpabilidad no es, por tanto, sólo la situación de hecho de la culpabilidad, sino esta situación de hecho como objeto del reproche de culpabilidad. En una palabra, *culpabilidad es reprochabilidad*" [23].

X

La "concepción normativa de la culpabilidad" no se presenta a través de la labor de sus campeones en una unidad de pensamiento que autorice a decir que en todos sus aspectos constituye un solo frente contra el pensamiento de la "concepción psicológica". Basta contrastar las opiniones de sus más autorizados representantes para justificar nuestro aserto.

Se está de acuerdo en que Reinhard FRANK merece un lugar preferente, como iniciador de esta nueva corriente del pensamiento jurídico penal, por su monografía *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (1907) y las sucesivas ediciones de su *Kommentar* (ahora en la 18ª ed.). Pero también ocupan la primera línea, J. GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL. El primero con sus trabajos *Der Notstand, ein Schuldproblem* (1913) y *Normativer Schuldbegriff* (1930); el segundo con su *Schuld und Vorwurf* (1922). Una depurada construcción de la doctrina se debe a la labor de MEZGER en su *Tratado*, y a la de SCHMIDT en el *Lehrbuch* de VON LISZT, § 36.

[23] MEZGER, *Tratado*, § 33, II.

XI

La "concepción normativa de la culpabilidad" ha debido afrontar una serie de problemas referentes a su naturaleza y estructura. Ellos se encuentran enunciados en el trabajo de GOLDSCHMIDT, al que tratamos de introducir (al final antes del N° I). No seguiremos en nuestra exposición la contienda sobre cada uno de los problemas enunciados por GOLDSCHMIDT, lo cual está hecho en su escrito, sino que referiremos los necesarios para que se comprenda cuáles son las cuestiones esenciales en debate.

A través de los distintos expositores del normativismo se puede descubrir que desenvuelven sus doctrinas alrededor de dos puntos capitales: por un lado, de una norma sobre la que apoyan el juicio de culpabilidad; por otro lado, de una materia real que sirve de base al juicio. Acerca de una y otra cuestión discuten los representantes de la doctrina.

XII

Los representantes del normativismo discuten, en primer lugar, sobre cuál es el carácter de la norma que sirve de base al juicio de culpabilidad. Aquí es donde GOLDSCHMIDT ha planteado una discrepancia fundamental.

Según MEZGER, que en esto concuerda con SCHMIDT (*Lehrbuch*, de VON LISZT), el juicio se apoya en una "norma subjetiva de determinación" *derivada* de la norma de derecho. De acuerdo con esta concepción, la norma de derecho tiene una doble función. Por un lado, como norma de "valoración", se

dirige "a todos" y sirve para la determinación de lo que es injusto. Por otro lado, como "norma subjetiva de determinación" (norma de deber), se dirige sólo al personalmente obligado y sirve para determinar la culpabilidad [24].

GOLDSCHMIDT combate esta falta de independencia de la "norma de deber" respecto de la "norma de derecho". De acuerdo a su pensamiento, la "norma de deber" es una norma de motivación inmanente a todo imperativo jurídico, pero está dotada de independencia frente a la norma de derecho (el N° I de su "Concepción normativa de la culpabilidad" está, casi íntegramente, destinado a defender la independencia de la "norma de deber").

Es necesario reconocer que la posición de GOLDSCHMIDT es más lógica que la de MEZGER. Según el modo de pensar de éste, resultan posibles dos juicios contradictorios sobre la misma conducta, derivados sustancialmente de la misma norma: el juicio de licitud de la conducta y el juicio de culpabilidad de ella. GOLDSCHMIDT no puede ser objeto de un reproche de la misma especie, o, por lo menos, su construcción tiende a salvarse de él mediante la justificación de la independencia de la norma de deber en relación a la de derecho.

XIII

Pero la discrepancia, por lo menos formal, que GOLDSCHMIDT plantea al normativismo va más lejos; lo cual se puede comprobar confrontando su pensamiento con el de MEZGER, que en el punto que trataremos no discrepa en lo sustancial con FRANK.

[24] Ver MEZGER, t. I, § 19, II.

La nueva oposición versa acerca de la materia de hecho sobre la cual recae el juicio de culpabilidad. MEZGER refiere el juicio de culpabilidad al acto de voluntad del autor, a sus motivos y a su total personalidad (§ 36), comprendiendo, de esta manera, en la culpabilidad, como elementos suyos, no sólo el acto de voluntad del agente, es decir, el dolo o la culpa, como hace el psicologismo, sino también la imputabilidad y la "no existencia de causas de exclusión de la culpabilidad" (§ 35). La diferencia real de este sistema con el del psicologismo no es puramente metodológica, como podría parecer a primera vista, sino sustancial, ya que MEZGER en alguna medida alcanza a justificar que la culpabilidad no es un simple hecho psicológico, sino un juicio de reproche, esto es, reprochabilidad. Se debe considerar que MEZGER, a pesar de todas sus afirmaciones, no llega a probar que la culpabilidad es, en su integridad, reprochabilidad, y que de este modo se queda, en este punto, en el camino de la meta del normativismo. En efecto, para que la culpabilidad sea pura reprochabilidad es menester despojarla de elementos de hecho, como son la imputabilidad y el dolo o la culpa. Lo real es que la culpabilidad de MEZGER sólo es reprochabilidad en su tercer elemento, la "no existencia de causas de exclusión de ella", y especialmente en lo referente a la "exigibilidad". No podría MEZGER justificar que su culpabilidad es reprochabilidad por el hecho de que "la culpabilidad no es sólo la situación de hecho de la culpabilidad, sino esta situación de hecho como objeto del reproche de culpabilidad" (t. II, p. 10), porque esto no es claro, y por lo menos, en ningún caso autoriza la conclusión de que la culpabilidad es reprochabilidad en el sentido de que ésta represente el único componente de aquélla.

Es GOLDSCHMIDT quien da aquí también un paso hacia la meta del normativismo. GOLDSCHMIDT descarga a la culpabilidad de sus elementos de hecho, colocando a la imputabilidad, al dolo o a la culpa y a la motivación normal, como presupuestos de la culpabilidad. En su teoría, la culpabilidad es sólo un juicio de reproche que se compone de la "exigibilidad" (deber de motivarse por la representación del deber indicado en la norma de derecho) y de la "no motivación por la representación del deber jurídico a pesar de la exigibilidad". En la doctrina de GOLDSCHMIDT, los elementos de hecho de la culpabilidad de la teoría de MEZGER son sólo presupuestos de la culpabilidad, porque sobre ellos descansa el "poder" (de actuar en conformidad al deber jurídico) que presupone la exigibilidad.

Pero, en definitiva, en MEZGER y GOLDSCHMIDT no se puede ver una diferencia real en relación con los resultados, puesto que admitiendo ambos la "no exigibilidad" como causa de exclusión de la culpabilidad, sin que importe cómo y dónde, dan entrada al elemento que representa el aporte radicalmente innovador del normativismo, metódica y sustancialmente, y que, en uno y otro sistema, lleva a las extremas conclusiones que mencionamos al final de los números XV y XVI.

XIV

El examen de los elementos de la culpabilidad en la teoría de MEZGER y de los presupuestos en la teoría de GOLDSCHMIDT demuestra que, como elementos o como presupuestos, entran en la teoría de la culpabilidad capítulos que el psicologismo excluye de ella. En general, se puede decir que el normativismo

introduce, en la teoría de la culpabilidad, todos los capítulos necesarios para lograr lo que es una aspiración fundamental suya: que la culpabilidad no sólo sea el fundamento de la pena, sino también un medio para medirla. Esta nueva función de la culpabilidad se apoya perfectamente en el capítulo de la imputabilidad, del motivo del autor y de su carácter.

Pero si se han de admitir como ciertas nuestras conclusiones acerca del carácter de los elementos subjetivos del tipo, no sólo la imputabilidad y el carácter[25] estarían fuera de la teoría de la culpabilidad, sino también los motivos, los fines del autor y sus estados intelectuales y afectivos, aun cuando integren la figura delictiva[26].

XV

Para facilitar la comprensión del normativismo resulta útil verificar otro contraste con el psicologismo. La ilicitud de la acción consiste en la lesión de un interés jurídico. Cuando tal ilicitud desaparece por vía del *principio del interés preponderante*, esto es, en razón de que el bien o el deber violado es de menor valor que el puesto en peligro en el caso concreto, la actitud del psicologismo y del normativismo es distinta. Para el psicologismo hay aquí una causa de justificación, mientras que para el normativismo puede haber una causa de justificación[27], o una causa

[25] Ver art. 41, inc. 2, del C.P.

[26] Ver R. C. Núñez, *Los elementos subjetivos del tipo penal*, III, IV y V, Depalma, Buenos Aires, 1943; Sebastián SOLER, *Análisis de la figura delictiva*, en el folleto publicado por el Colegio de Abogados de Buenos Aires, que contiene el ciclo de conferencias correspondientes al año 1942.

[27] Ver MEZGER, §§ 27, 31 y 32.

de exculpación[28]. En el psicologismo la culpabilidad no exige, en ninguna forma, una *comparación estimativa de intereses* (bienes o deberes), sino sólo la comprobación de si se ha dado o no la situación de hecho de índole psicológica, representativa del dolo o de la culpa. El normativismo sí la exige: el fundamento de la "no exigibilidad" no es de otra naturaleza. Todos los casos resueltos por el Supremo Tribunal del Reich citados por MEZGER (§ 49) y por JIMÉNEZ DE ASÚA[29], se resuelven siempre por un principio de comparación estimativa de los bienes en conflicto, que entra en el concepto del estado de necesidad legislado en el inc. 3 del art. 34 del Código Penal argentino. El antecedente de que el estado de necesidad siempre haya sido considerado, entre nosotros, como una causa de justificación, obliga a ser pesimista acerca de la validez de la doctrina normativa que ahora se insinúa en el país[30]. En este aspecto no puede olvidarse que la teoría del derecho penal positivo está condicionada por las propias características de cada sistema jurídico y por las necesidades que éste satisface y deja insatisfechas[31].

Según nuestro pensamiento, la teoría normativa nació en Alemania por la necesidad práctica de resolver "con justicia" ciertas situaciones que no lo podían ser de acuerdo con las reglas formuladas por el derecho positivo. El sentido íntimo de la "no exigibilidad" es el de autorizar al agente a obrar en con-

[28] Ver MEZGER, §§ 31, I, 48, III y 49.

[29] "La no exigibilidad de otra conducta", en *El Criminalista*, t. II, p. 287, n. 2.

[30] Ver JIMÉNEZ DE ASÚA, art. citado.

[31] Ver, sobre esto, SOLER, *Causas supralegales de justificación*, apartado de la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", Montevideo, t. XXXIX, p. 161.

tra de la valoración de la norma objetiva de derecho, porque en el ámbito de ésta no se encuentra la solución justa. Este significado de la "no exigibilidad" pone de relieve el aporte de GOLDSCHMIDT, pues tal significado hacía necesario que la teoría normativa se integrase con la aceptación de una norma –la "norma del deber"– independiente de la "norma de derecho", que explicase la posibilidad de una valuación distinta a la valuación de la norma jurídica objetiva y autorizadora de una conducta contraria a la debida según ésta. En efecto, VON LISZT-SCHMIDT y MEZGER no explican satisfactoriamente este punto cuando apoyan en la norma de derecho la distinta valuación autorizadora de la conducta contraria a la debida según la propia norma de derecho[32].

XVI

GOLDSCHMIDT liga su teoría a la metafísica kantiana. Él dice que su teoría es el resultado de la aplicación del siguiente pensamiento de KANT a la esfera jurídica. En la *Metaphysik der Sitten*, erster Teil, Einleitung, II (dritte Auflage de Karl Vorländer, Leipzig, 1919) dice KANT que a toda legislación (Gesetzgebung) pertenecen dos partes: una es la que prescribe la acción que se debe ejecutar como objetivamente necesaria, es decir, que hace de la acción un deber; la otra es el resorte que enlaza subjetivamente la causa determinante del arbitrio (Willkür) con la representación de la ley, es decir, hace del deber el motivo. Aplicando este pensamiento en el derecho positivo, dice GOLDSCHMIDT que a todo imperativo jurídico le es inmanente una "norma de motivación" que

[32] Ver MEZGER, § 19, II.

exige que el individuo se motive por la representación de este imperativo[33].

Tal es el origen de la "norma de deber" o "norma de motivación" que, como independiente de la norma jurídica o "norma de acción", aporta GOLDSCHMIDT a la teoría normativa de la culpabilidad. Para GOLDSCHMIDT, una acción tiene frente a la ley penal dos aspectos: por un lado, el de su *legalidad* (la conformidad o no conformidad con la norma de acción que la manda o la prohíbe objetivamente): por otro lado, el de su *exigibilidad* (si la norma de deber obliga o no obliga al individuo a que se motive por la representación del deber jurídico).

Pero la de GOLDSCHMIDT no es una doctrina ética como la de KANT. La "norma de deber" no es un imperativo categórico, en el sentido de que exija al individuo motivarse por la representación del deber en todas las circunstancias, para que no haya culpabilidad. La "norma de deber" es una norma "hipotética", esto es, sólo exige al individuo que se motive por la representación del deber jurídico si no está ya decidido a obedecer a la ley por otros motivos. Esto resulta porque la "norma de deber" no tiene por finalidad la pureza interior de los sentimientos, sino la determinación de la conducta exterior de los individuos. En otras palabras, dicha norma no está al servicio de la ética, sino del derecho. Sin embargo, este servicio es relativo, pues en la "norma de deber" reposa el fundamento político de la teoría de GOLDSCHMIDT, y éste no es otro que la necesidad de salvar situaciones legales injustas mediante la oposición de la "exigibilidad" a la "legalidad" (ver el N° XV).

[33] Ver *L'a priori dans le droit et dans la morale*, n. 40; *Un juicio sobre el Código de Defensa Social de Cuba*, en la "Revista Penal de La Habana", año IV, vol. IV, 3.

LA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD

por JAMES GOLDSCHMIDT (1930)

Donde en la literatura se habla de la "concepción normativa de la culpabilidad", además del hombre venerable en cuyo honor dedicamos nuestros estudios, se mencionan los nombres del autor de esta contribución y de FREUDENTHAL. FREUDENTHAL fue elegido en primer lugar para tratar en esta ocasión la "concepción normativa de la culpabilidad", que es un tema que no podía faltar en los *Estudios* en honor de FRANK. Después que la antorcha se escapó de sus manos la recogí yo, aunque sólo para encender una modesta lucecita en honor del Maestro.

¿La concepción normativa de la culpabilidad constituye una llama o un fuego fatuo? Se podría suponer lo último, pues ni siquiera entre sus campeones existe un exacto acuerdo sobre el concepto, y las consecuencias prácticas que su reconocimiento determina han sido tildadas de representar un proceso de "osteomalaxia del derecho"[1].

[1] Por M. LIEPMANN, *ZStW.* 43, 713; Frankf. Ztg. N° 167 del 4 de marzo de 1925, p. 3, y por sus discípulos GROSSMANN, *Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit* (*Límite entre dolo y culpa*) (1924), 8 y SCHUMACHER, *Um das Wesen der Strafrechtsschuld* (*Sobre el carácter de la culpabilidad jurídico-penal*) (1937), 132, nota 3.

La evolución del concepto y sus consecuencias en la obra de FRANK han sido descriptas tantas veces que aquí puedo ser breve al respecto[2]. En su monografía "*Über den Aufbau des Schuldbegriffs*", 1907 (*Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*), que abre nuevas vías, FRANK califica, por primera vez, la culpabilidad como "reprochabilidad" y considera como presupuesto suyo, además de la imputabilidad del dolo o de la culpa, el estado de normalidad de las circunstancias bajo las que el autor obra. Si ello falta, como ocurre en los §§ 52-54 del C.P., existe una "causa de exclusión de la culpabilidad".

En vista de la objeción de que esas circunstancias concomitantes[3] podrían representar, a lo sumo, un "elemento de la culpabilidad" en su "reflejo subjetivo", FRANK, en la 8ª-10ª edición de su *Comentario* (1911), N° 11, antes del § 51, reemplaza la denominación de "circunstancias normales concomitantes" por la de "motivación normal". En la 11ª-14ª edición (1914), N° 11, antes del § 51, abandona la "motivación normal" como elemento positivo de la culpabilidad. Sin embargo, excepcionalmente no existirá culpabilidad, a pesar de existir imputabilidad y motivación incorrecta (dolo o culpa), si concurre una causa de exculpación o de exclusión de la culpabilidad, como sería el estado de necesidad en los §§ 54 del C.P. y 67, II, de la ley sobre el estado civil. Además, existiría también en el campo de la culpa cierto número

[2] Cfr., entre otros, SCHUMACHER, 1 y ss.: MARCETUS, *Gedanke der Zumutbarkeit* (*Concepto de la exigibilidad*) (Strafr. Abhdl. 243) (1928), 7 y siguientes.

[3] A las que, por lo demás, ya señaló BERNER, *Lehrb.* (*Manual*) (18ª ed.) (1898), § 37. En cambio, ZIMMERL, *Lehre vom Tatbestand* (*Teoría del tipo*) (Strafr. Abdl. 237) (1928), 22 y ss., comprende en las "circunstancias concomitantes" las "modalidades" de la acción (M. E. MAYER, *Lehrb.*, 89 y ss.).

de excepciones, que ya se hacen notar en su definición. En relación con la culpa, estas excepciones resultarían del grado de las exigencias puestas a la voluntad; y tal grado dependería de las "circunstancias concomitantes", y determinaría, atendiendo a éstas, el grado de la exigibilidad. Como ejemplo cita el caso del "Leinefänger" –caballo que no obedece a la rienda–* (S.T.P., *30*, *25*) (N° VIII, 2 al § 59). En cambio, en el N° II antes del § 51, no sólo el concepto, sino también el grado de la culpabilidad se reduciría a la mayor o menor proximidad de la motivación a la motivación correcta. En la 15ª-17ª edición (1924-26), N° 11 antes del § 51, vuelve a aparecer al lado del dolo y de la culpa, como elemento positivo de la culpabilidad, la "libertad" o el "dominio sobre el hecho", el que, sin embargo, *de lege lata*, faltaría en relación al dolo sólo en las hipótesis de los §§ 51, 52 y 54 del C.P. El concepto del "dominio sobre el hecho" viene de HEGLER[4], quien, no obstante, lo concibe como la totalidad de los presupuestos psicológicos de la culpabilidad. A causa de la readmisión de ese elemento positivo de la culpabilidad, FRANK declara ahora "superfluo o aun peligroso" el concepto de las "causas de exculpación o de exclusión de la culpabilidad". Esta inclusión de la libertad haría posible la graduación de la culpabilidad, en la cual, sin embargo, también influiría el fin del autor. La más reciente edición, la 18ª (1929), N° II antes del § 51, N° VIII, 5 al § 59, no sólo mantiene en pleno este punto de vista, sino que lo subraya introduciendo el fin en la definición de la culpabilidad, la que se define como "reprochabilidad de una conducta antijurídi-

* Ver un resumen del caso en MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, t. II, p. 184, nota. (Los traductores.)

[4] *ZStW.* 36, 190 y siguientes.

ca según libertad, fin y significado conocido o cognoscible". Por primera vez se habla de manera expresa de un momento "normativo" de la culpabilidad, y se lo discute. En efecto, se expone, como una cosa aceptada, que la reprochabilidad de una conducta de alguien presupone una *obligación* de omitir tal conducta. Empero, se niega que de este modo se exija una culpabilidad ética y que la culpabilidad constituya un vicio del carácter.

FREUDENTHAL y yo hemos tomado como punto de partida la obra de FRANK. Yo he intentado reducir[5] la "incorrección" de la motivación, en el caso de su "normalidad", a la infracción de una "norma de deber", y he procurado[6] atribuirle *de lege ferenda* a la motivación anormal, junto con el estado de necesidad y el exceso excusable en la legítima defensa, el valor de una causa de disculpa *general*. FREUDENTHAL ha afirmado que la exigibilidad es, ya *de lege lata*, requisito general de la culpabilidad, aun en relación al dolo[7].

La incansable tendencia de FRANK hacia la verdad ha puesto de relieve constantemente los problemas que tiene que solucionar la doctrina de la "concepción normativa de la culpabilidad".

1. — ¿Qué quiere decir "característica normativa de la culpabilidad"? ¿Es reprochabilidad, contrariedad al deber o exigibilidad, y encuentra su fundamento en la totalidad del supuesto de hecho psíquico o sólo en el "tercer" elemento de la culpabilidad descubierto por FRANK, esto es, la "motivación normal", o en el "dominio sobre el hecho", vale decir, en

[5] *Notstand als Schuldproblem* (*El estado de necesidad como problema de la culpabilidad*) (1913). Separado de la *Österreich. Ztschr. f. StrfR.* IV. 129 y ss.: también, *ibídem*, 224 y siguientes.

[6] *JW*. 1922. 253/7.

[7] *Schuld und Vorwurf* (*Culpabilidad y reproche*) (1922).

el sentido de Frank, imputabilidad más "motivación normal"?

2. — Este "tercer" elemento de la culpabilidad, ¿es característica positiva; o es la "motivación anormal" una característica negativa de la culpabilidad, vale decir, una causa de disculpa; y las causas de disculpa están tipificadas, por lo menos en relación al dolo, en determinadas disposiciones de la ley, especialmente en el § 54 del C.P.?

3. — ¿La culpabilidad es pasible de ser graduada, y es, por un lado, entonces, el fin un elemento de la culpabilidad; y por otro, aunque la culpabilidad no sea un vicio del carácter, es éste, no obstante, un factor determinante de la graduación de la culpabilidad?

A continuación intentaré otra vez tomar posición frente a estos problemas.

I

Constituye un error[8], en el que FRANK mismo nunca ha incurrido, admitir que la "motivación normal" o aun las "circunstancias concomitantes" son elementos normativos de la culpabilidad. Dejando a un lado las "circunstancias concomitantes", que ni siquiera pertenecen al "tipo subjetivo", se puede afirmar que la "motivación normal" es un elemento psíquico de la culpabilidad, lo mismo que las demás partes integrantes del "dominio sobre el hecho", en el sentido de FRANK o de HEGLER, esto es, la imputabilidad y el dolo o la culpa (la última, por supuesto, sin perjuicio de su especial contrariedad a la norma). TARNOWSKI[9] ya

[8] Por ej., de LIEPMANN, *ZStW.* 43, 710, nota 1.

[9] *System, Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie* (*Significado sistemático de la teoría de la causalidad adecuada*) (Abhdl. des Krim. Inst., IV, 1, 2, 1927), 295, nota 1.

había subrayado exactamente esto, y Erik WOLF niega, bajo este aspecto con mucha razón, que se pueda colocar a FRANK entre los representantes de la doctrina "normativa-ética de la culpabilidad", diciendo que[10] "... la influencia que su libro *Aufbau des Schuldbegriffs* ha tenido en el desarrollo de la doctrina normativa-ética de la culpabilidad, ha inducido a SCHUMACHER a presentarlo, junto con GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL, entre los representantes típicos de la "moderna" doctrina normativa de la culpabilidad". Sin embargo, es imposible, según mi modo de ver, distinguir, con Erik WOLF, un FRANK "anterior" y otro "posterior". Por lo menos hasta la 17ª edición de su comentario, que tuvo presente Erik WOLF, FRANK mantuvo siempre la misma posición. Por primera vez se habla de una característica "normativa" de la culpabilidad en la 18ª edición, que es la más reciente. Por otra parte, sin embargo, en razón de que FRANK fue el primero que caracterizó la culpabilidad como reprochabilidad, debe considerársele como el iniciador de la "moderna doctrina normativa de la culpabilidad", no obstante que la "motivación normal" siempre ha de ser sólo la base psíquica de la reprochabilidad, esto es, de la "característica normativa de la culpabilidad".

La característica "normativa" de la culpabilidad debe ser siempre una vinculación normativa del hecho psíquico. P. MERKEL[11] y SAUER[12] van demasiado lejos cuando definen la culpabilidad como el "juicio de desvalor"[13] pronunciado sobre el estado anímí-

[10] *Strafrechtl. Schuldlehre* (*Teoría de la culpabilidad jurídico-penal*), I, (1928), 54, nota 129.

[11] *ZStW.* 43, 340; *JW* 1924, 1679; *Grundriss* (*Compendio*) I (1927), 94.

[12] *Grundlagen des Strafrechts* (*Fundamentos de derecho penal*), (1921), 548.

[13] Contra ambos ya R. HIRSCHBERG, *Schuldbegriff und adäquate Kausalität* (*Concepto de culpabilidad y causalidad ade-*

co. Más bien se debe decir que la característica normativa de la culpabilidad es el sentido de este juicio de desvalor, esto es, la "relación modal" en la que el estado anímico, o sea la motivación, está frente a la escala de valores aplicada; y ella (la relación modal) llega a ser, por la admisión del carácter absoluto de esta escala, una calidad de la motivación, precisamente de su censurabilidad.

Según mi entender, la característica normativa de la culpabilidad fue concebida claramente en este sentido por primera vez por BELING [14], después de múltiples tentativas por parte de otros de realizar tanteos en el terreno, pero sin que, desgraciadamente, BELING sacase consecuencias prácticas de ello; él todavía considera hoy al estado de necesidad del § 54 como causa de exclusión de la pena [15]. BELING había comprobado también ya, que la escala que mide el valor o el desvalor de la motivación está constituida por las mismas normas del derecho [16]. Por esto es que FRANK protesta ahora, con razón, contra el pensamiento de que el reconocimiento de la característica normativa de la culpabilidad significaría la introducción de una culpabilidad ética. Este malentendido acerca de la doctrina de FRANK y de la mía, por parte de SCHUMACHER [17], puede deberse, además de a la opi-

---

cuada) (Strafr. Abhdl., 241) (1928), 65 y ss.; ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigheit* (*Investigaciones sobre dolo y culpa*) (1930), 16.

[14] BELING, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen* (*Inculpabilidad, culpabilidad y grados de culpabilidad*) (1910), 7, 8; cfr. sobre esto, GOLDSCHMIDT, *Notstand, als Schuldproblem* (1913), 14 y siguientes.

[15] *Grundzüge* (*Esquema*), II ed. (1930), 32.

[16] *Unschuld*, II y siguientes.

[17] *Wesen der Strafrechtsschuld*, 39 y ss.; cfr., sin embargo, también Erik WOLF, *Schuldlehre* (*Teoría de la culpabilidad*), 57 y ss., 173 y ss.; GRÜNHUT, *ZStW.* 50, 316 (la teoría normativa

nión tradicional pero errónea[18] de que sólo la ética tendría que ver algo con la conducta interior, exclusivamente a FREUDENTHAL, quien, verdaderamente, habla de pronto de un elemento "ético" de la culpabilidad a la par del elemento "psíquico"[19]. Pero la fundamentación teórica es, con seguridad, el lado más débil de FREUDENTHAL. En efecto, éste cree que cuando concurre una causa de exculpación, lo que falta no es el "deber" sino el "poder"[20].

Pero, ¿puede uno contentarse con la comprobación de que la escala de la característica normativa de la culpabilidad son las normas del derecho? BELING y FRANK lo han hecho y mi tentativa de ir más lejos ha sido desechada bajo la crítica de que sólo tiene una valor constructivo[21]. Sin embargo, las construcciones son para el jurista las bocaminas que lo conducen a la profundidad[22]. Más en serio deben tomarse las objeciones de fondo que se han dirigido contra mi tentativa de explicar que al lado de cada norma

---

de la culpabilidad quiere determinar la medida de la valuación de la conducta interior "de manera unilateral, subjetiva e individualísticamente").

[18] Cfr. GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage* (*El proceso como situación jurídica*) (1925), 234.

[19] *Schuld und Vorwurf*, 9, 21; cfr. también GRAF ZU DOHNA, GS 65, 314; *ZStW*. 32, 326, nota 7.

[20] *Schuld und Vorwurf*, 8. Contra FREUDENTHAL, ya GOLDSCHMIDT, *Dtsch. Strafrechts-Seitung*, IX (1922), 250. A pesar de su polémica contra FREUDENTHAL, ENGISCH está en el fondo con éste, 444, 450.

[21] Así, KRIEGSMANN, *ZStW*. 35, 318; LIEPMANN, *ZStW*. 43, 710, nota I. Cfr., en contra, SCHUMACHER, 33: "La construcción de la culpabilidad de Goldschmidt que ha forjado la espada que Freudenthal esgrime, no ha sido apreciada en su totalidad por éste".

[22] Esta es la divisa de KOHLER, en su *Prozess als Rechtsverhältnis* (*El proceso como relación jurídica*) (1888).

de derecho que determina la conducta exterior, hay una norma de deber que exige una correspondiente conducta interior.

En primer lugar, se ha objetado que al Derecho le resulta completamente indiferente por cuáles motivos el hombre cumpla con sus deberes jurídicos exteriores, si él los cumple[23]. Pero creo haber demostrado ya [24] que esta objeción reposa sobre un malentendido. La norma de deber que manda al particular que se motive por las representaciones de valor jurídicas no aspira a una "pureza interior" de los sentimientos[25], sino que se dirige a la voluntad de actuación. Por esto ella reclama que el motivo de deber resulte eficaz *a menos que el particular esté ya decidido por otras razones a una conducta conforme al derecho.* De acuerdo con esto, dice bien actualmente R. HIRSCHBERG[26]: "El Derecho pide su reconocimiento sólo en caso en que el proceso normal de motivación lleve al autor a una conducta antijurídica, y pide que se lo reconozca a cualquier precio; pide la victoria del motivo de la obediencia al derecho sobre todos los otros motivos, esto es, el principado del motivo de la obediencia al derecho". La norma de deber es una norma de lucha. Así como sólo se puede calificar de eficaz la actividad de un superintendente de

[23] KRIEGSMANN, *ZStW.* 35, 319; SAUER, *Grundlagen* (*Fundamentos*), 373, 622; SCHUMACHER, 16.

[24] *Prozess als Rechtslage*, 234, nota 1287 (SCHUMACHER, 17, parece no haberla notado). En esto está de acuerdo conmigo, Eberhard SCHMIDT en el *Lehrbuch* (*Manual*) de VON LISZT, 25 ed. (1927), § 36, nota 4.

[25] Por consiguiente, también está errado GRÜNHUT, *ZStW.* 50, 316, que dice que contra la doctrina normativa de la culpabilidad hablan "todos los argumentos contra el derecho penal de los pensamientos y contra el castigo de los motivos".

[26] *Schuldbegriff und adäquate Kausalität*, 71.

diques, si mantiene los diques a pesar de la alta marea, y de ineficaz si ellos se rompen; de la misma manera, la norma de deber sólo es observada si el motivo de deber se ha mantenido contra los motivos que se le han opuesto, y sólo se ha violado si ha sucumbido. Pero él sucumbe solamente cuando se ha realizado una actuación de voluntad contraria al deber, dirigida hacia un resultado antijurídico. Por consiguiente, puede, en efecto, existir una "legalidad inmoral", pero no puede existir una "legalidad culpable contraria al deber". Por otro lado, sólo se podrá hablar de una "legalidad conforme al deber", si se ha actuado de conformidad al derecho por la conciencia del deber, sin que por esto en todos los demás casos la legalidad deba ser una legalidad "inmoral". La burla de SCHILLER, en su conocido dístico, "De buena gana sirvo a los amigos", etc.*, sobre el rigorismo ético de KANT[27], no toca, entonces, la determinación de la "legalidad conforme al deber".

La segunda objeción formulada contra la norma de deber dice que la norma de deber es superflua si no existe una "legalidad contraria al deber"[28]. Creo haber refutado ya esta objeción. Aunque no haya una "legalidad contraria al deber", hay, sin embargo, "contrariedad al deber con ilegalidad sólo tentada", en el caso de la tentativa absolutamente inidónea y en el de

* "De buena gana sirvo a los amigos, pero lo hago, ¡qué lástima!, por afecto.
Y, así, a menudo, me pesa no ser un hombre virtuoso.
Entonces, te doy un solo consejo: ¡prueba despreciarles,
Y haz, pues, con desdén, lo que te manda el deber!"
(Los traductores.)

[27] Cfr. sobre esto HEIMS, *ZStW.* 40, 757.

[28] KRIEGSMANN, *ZStW.* 35, 318; SAUER, *Grundlagen*, 573; Eberhard SCHMIDT en el *Lehrb.* de VON LISZT, 25 ed. (1927), § 36, nota 4; SCHUMACHER, 15.

la falta de tipo, y "contrariedad al deber con ilegalidad sólo posible", en el caso de una conducta negligente inofensiva e impune[29].

Todo lo que se ha hecho valer contra esto, descuida, a mi modo de ver, el punto esencial. KRIEGSMANN ha objetado que si la tentativa fuera contraria al deber pero no antijurídica, no sería admisible contra ella la legítima defensa. Esta objeción, que SCHUMACHER considera "contundente"[30], es errónea ya desde el punto de vista metodológico[31]. La "agresión antijurídica" en los §§ 53 del C.P. y 227 del C.C. no tiene nada que ver con la tentativa punible. Puede existir aquélla y faltar ésta, por ejemplo, en el caso de una agresión contra el honor[32]. Al revés, puede faltar aquélla y existir ésta, precisamente en el caso de una tentativa absolutamente inidónea o en el de la falta de tipo. ¿O, quizás, sería permitido derribar de un tiro a una persona que intenta matar a otra mediante plegarias? ¿O a una persona loca que está por ofrecer un vaso de agua azucarada a una muchacha, porque se imagina que así puede provocar el aborto de un feto, que, en realidad, no existe? En efecto, ¿qué otra cosa objetan los que combaten la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea y la de la falta de tipo, sino que aquí falta la ilegalidad? Me limito a remitir a M. E. MAYER[33]. Yo nunca he afirmado que no *pueda hallarse* una agresión antijurídica

[29] *Notstand*, 18, 19, 22; *Prozess als Rechtslage*, nota 1287; *JW* 1928, 703.

[30] P. 15.

[31] Muy discutible también ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand* (*Acerca de la teoría del tipo*) (Strafr. Abhdl., 237) (1928), 57.

[32] En cuanto a esto, exactamente ZIMMERL, lug. cit.

[33] *Lehrb.* 364. Cfr. también ZIMMERL, lug. cit., 61 (que no toma en consideración mis exposiciones en *Notstand*, 18, y *Prozess als Rechtslage*, nota 1287).

en una tentativa punible. Y cuando KRIEGSMANN opina que yo tendría que negar la defensa legítima contra el ataque antijurídico de un loco, porque éste no actúa de manera contraria al deber[34], me hace cargo de lo que es la consecuencia de su propia equiparación metodológicamente equivocada, de tentativa contraria al deber y "agresión antijurídica". Y aun cuando se considere, con Eberhard SCHMIDT, que no son punibles la tentativa absolutamente inidónea y la falta de tipo[35], como, verdaderamente, no lo es la conducta culposa inocua, tales modos de conducta no son jurídicamente irrelevantes. El hecho de "atentar contra la vida" es causa de divorcio y es, también, causa para privar al autor de su legítima (§§ 1566, 2333, N° I, del C.C.); y una conducta culposa puede ser causa grave a los fines de la denuncia de una relación de servicio (§ 626 del C.C.)[36].

Pero aun cuando la contrariedad al deber sin antijuridicidad fuera jurídicamente irrelevante y sólo constituyera una modalidad de la antijuridicidad, ¿se podría decir que con ello estaría afectada la independencia de la norma de deber? Se puede declarar superada la opinión de los que consideraban y de los que consideran aún como contrariedad al deber, la consciencia o la posibilidad de la consciencia de la antijuridicidad o de la contrariedad ética al deber[37].

[34] *ZStW.* 35, 319.

[35] Lug. cit., § 47.

[36] Aun cuando baje el precio de la cebada, si el que ordena a nombre de la sociedad, 100 en vez de 1.000 quintales, no es uno de sus socios, sino su apoderado (esto contra HIRCHBERG, *Schuldbegriff*, 53).

[37] Así, M. E. MAYER, *Lehrb.*, 232 y ss.; KRIEGSMANN, *ZStW.* 35, 320/1; Graf GLEISPACH, *MSchrKr.* 1925, 231/2, DÖLLE, *Verhdl. des 34. DJT.* (*Deliberaciones del 34 Congreso de los Juristas Alemanes*), I, 106 y siguientes.

Pues éstos, sin reconocer ninguna característica normativa, admiten sólo una característica psíquica de la culpabilidad[38], y, de esta manera, no dejan lugar en su sistema para las causas de exculpación. Por otra parte, en la propuesta de solución de algunos escritores recientes[39], en el sentido de que junto a la antijuridicidad de la conducta exterior habría que suponer una semejante de la conducta interior, esto es, del proceso de motivación, sólo se podría ver una divergencia terminológica con respecto a mi teoría, si no fuera que la consecuencia de esta forzada tentativa de mantener dependiente la culpabilidad de la antijuridicidad es la de borrar la diferencia intrínseca que existe entre la norma de derecho y la de deber[40], rompiéndose la conexión entre la culpabilidad como fundamento de responsabilidad y la culpabilidad como medio para medir el grado de la responsabilidad (cfr., *infra*, bajo III).

[38] Cfr. ya GOLDSCHMIDT, *Notstand*, 12; *Verhdl. des 34. DJT.*, II, 432. Particularmente contra KRIEGSMANN, TARNOWSKI, *System. Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie*, 287; de acuerdo conmigo también ahora MARCETUS, *Zumutbarkeit* (*Exigibilidad*), 6; GRÜNHUT, *ZStW.* 50, 307. En otro sentido parece estar Erik WOLF, *Schuldlehre*, 60 y ss. Es penoso lo que Paul MERKEL, *JW* 1935, 895, dice sobre que en mi teoría de la culpabilidad yo exijo como elemento normativo de ella la consciencia de la contrariedad al deber.

[39] Así, en particular, R. HIRSCHBERG, *Schuldbegriff*, 71. De modo menos claro, pero, según parece, en el mismo sentido, MARCETUS, *Zumutbarkeit*, 21/22. Cfr. también MOHRMANN, *Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit* (*Las recientes opiniones sobre el carácter de la culpa*) (Strafr. Abhdl. 265) (1929), 63.

[40] Cfr., desde luego, también el mismo R. HIRSCHBERG, 79, 99, nota 252 al final. Por consiguiente, su polémica conmigo, 15, notas 52 y ss., me resulta en el fondo incomprensible.

También es cierto, en verdad, que la exigencia de la contrariedad al deber no implica la introducción de una culpabilidad ética. Pero no se puede desconocer que el señorío típico de las normas de derecho es la conducta exterior, y que el paso de la responsabilidad por el resultado a la responsabilidad por la culpabilidad, significa una etización del derecho. Por consiguiente, a la expresión "antijuridicidad interior" se opone, de antemano, el sentimiento lingüístico[41].

La independencia de la norma de deber ha sido afectada de la más grave manera por el giro que Eberhard SCHMIDT le ha dado a mi doctrina[42]. Fecundizando pensamientos ya expresados antes por otros[43], él enseña que lo que yo denomino norma de deber no es otra cosa que la norma de derecho en su función de norma de determinación, mientras que la norma de derecho, en su aplicación a la conducta exterior, se presenta como pura norma de valuación. Empero, por tentadora que sea esta formulación, no puedo darme por vencido.

En primer lugar, ya debe hacer reflexionar la consideración de que determinación y valuación son sólo dos funciones de la norma con respecto al mismo objeto. Por eso se ha objetado, con razón, a Eb. SCHMIDT, que tanto se puede valuar la conducta psí-

[41] Cfr. en *Notstand*, 24 y ss., mis exposiciones contra RADBRUCH, *ZStW.* 24, 346 y ss. Contra HIRSCHBERG, también ya GRÜNHUT, *ZStW.* 50, 309. Discutible ZIMMERL, *Lehre vom Tatbestand*, 49, 50 ("Culpabilidad como elemento de lo injusto").

[42] VON LISZT-SCHMIDT, *Lehrb.* 25 ed., § 36.

[43] SCHOETENSACK, *Festschr. f. Binding* (*Homenaje a Binding*) (1911), 6 y ss.; *GS* 83, 24 y ss.; 91 y ss.; 379 y ss.; MEZGER, *GS* 89, 245 y ss.; VON WEBER, *Notstandsproblem* (*El problema del estado de necesidad*) (1925), 8; E. HEINITZ, *Problem der materiellen Rechtswidrigkeit* (*El problema de la antijuridicidad material*) (Strafr. Abhdl. II) (1926), 16 y siguientes.

quica como el resultado exterior[44]. Pero si la norma es, con respecto a la conducta interior, no sólo norma de determinación, sino también norma de valuación, se concluye fácilmente que ella también es, en relación con la conducta exterior, no sólo norma de valuación, sino también norma de determinación. En otras palabras, lo "injusto objetivo" no sólo es una conducta sobre la que recae un juicio jurídico de desvalor, sino también una conducta exterior que contraviene un imperativo jurídico.

Es verdad que se ha pretendido muchas veces que esta suposición descansa en una imposibilidad lógica, pero esto poco significa con tal de que ella sea de derecho positivo. Y es de derecho positivo, como resulta de las obligaciones de las personas incapaces y de las personas jurídicas. Pero ella es aún lógicamente posible, así como lo son las personas jurídicas, las obligaciones del Estado, la causalidad de la omisión y la reprochabilidad de la culpa inconsciente, cuya imposibilidad se ha pretendido también. En todos estos casos, el derecho, en virtud de una regulación más o menos complicada, trata un supuesto de hecho "como si" fuera un otro. Y "*ex jure quod est regula sumatur*". En realidad, las obligaciones de los incapaces de deber son obligaciones imperfectas, como lo son las obligaciones a las que no corresponde una acción. Así como éstas carecen de la garantía del poder material del Estado, aquéllas carecen de la garantía del poder psíquico del motivo de deber. Y así como las obligaciones sin acción carecen de la garantía del derecho justicial material, que respondería de su coercibilidad, las obligaciones de los incapaces de deber carecen de la garantía de la norma de deber que respondería de su cumplimiento. Sin

[44] De parte de MARCETUS, *Zumutbarkeit*, 19.

embargo, su cumplimiento se hace posible mediante un rodeo, por estar ellas contenidas en el deber de tutela de los representantes legales de las personas incapaces de deberes[45].

Con lo dicho se descarta la posibilidad de hacer absorber la norma de deber por la función de determinación de la norma de derecho, aunque la necesidad de reconocer lo injusto objetivo como violación de un deber jurídico pueda comprobarse ante todo, en el derecho civil[46], y aun suponiendo que el derecho penal, desde la transición a la responsabilidad por la culpabilidad, se contentara con la concepción de la antijuridicidad como conducta sometida sólo a un juicio de desvalor[47].

Esto también se puede comprobar en relación a la culpa. Ella es concebida por Eb. SCHMIDT, de acuerdo conmigo[48], como una doble contrariedad al deber,

[45] Con esto yo sólo resumo lo expuesto ya en *Österr. Ztschr. f. StrafR.* IV, 224; *Prozess als Rechtslage*, 237; *JW* 1928, 702/3.

[46] Cfr. también HEINITZ, 7.

[47] En efecto, el *Proyecto*, §§ 13, 14, 20, habla ahora de "injusticia" (Unrechtmässigkeit). Con esto sólo se quiere, como se ve en los *Motivos*, § 20, evitar que la antijuridicidad (Rechtswidrigkeit) sea entendida en el sentido de una infracción a las normas de derecho público. Contra la doctrina de BINDING-NAGLER-LOBE, que se rechaza con esto, cfr. también GOLDSCHMIDT, *Verhdl. des 34. DJT.*, II, 429.

[48] *Lehrb.*, § 41. De acuerdo también MOHRMANN, *Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit* (Strafr. Abhdl. 265) (1929), 63, 85, como así también R. HIRSCHBERG, 79, pero, sin embargo, es inconciliable con esto, lo que sostiene HIRSCHBERG, 59 y ss., respecto de la contraposición del "dolo" psicológico a una "inadvertencia" puramente psicológica, y la contraposición de la culpa normativa a un dolo normativo, esto es, consciencia de la antijuridicidad. Dolo y culpa se relacionan entre sí como causación y no-impedimento antijurídico del resultado. También, en este punto, en sentido negati-

lo que, yendo con razón más lejos que yo, acepta que vale igualmente para la culpa inconsciente[49]. Para Eb. SCHMIDT, la segunda contrariedad al deber reside en la infracción de un precepto de precaución, pero, según él, aquélla contiene también una antijuridicidad porque, consecuentemente con su actitud de repudio de las normas de deber, él considera a los preceptos de precaución ni más ni menos que normas jurídicas. Pero, me pregunto, ¿se puede conciliar esto con la opinión que, al parecer, defiende Eb. SCHMIDT[50], de que la conducta culpable inocua e impune es jurídicamente irrelevante? Eb. SCHMIDT mismo declara también, expresamente en contra de EXNER[51] (habría podido citar además a RADBRUCH[52]), que no se trata de mostrar en la culpa una segunda antijuridicidad, sino una segunda contrariedad al deber. Sin embargo, cuando él extrae ésta de aquélla, haciéndola depender de un *poder* prever, y aun de un poder prever individual[53], dice, sin duda, algo exac-

---

vo. KRIEGSMANN, *ZStW.* 35, 322; además TARNOWSKI, *Adäquate Kausalitätstheorie*, 303/4 (con desconocimiento de los "preceptos de precaución"); según parece, también GRÜNHUT (si él persiste en afirmar que el carácter normativo de la culpa representa una *dificultad no solucionada en razón del carácter psicológico del* dolo). ENGISCH, 276, olvida en su polémica con Eberh. SCHMIDT, que de toda obligación a una adecuada conducta exterior, se origina un deber de un cuidado interior: sin embargo, él mismo, de antemano, se ha cerrado el camino para considerar con justicia la diferencia entre una conducta exterior incorrecta y una conducta interior incorrecta.

[49] *Lehrb.*, § 41, nota 6, contra GOLDSCHMIDT, *Notstand*, 31.

[50] § 36, nota 4, en esto, según parece, de acuerdo con KRIEGSMANN, *ZStW.* 35, 321.

[51] Fahrlässigkeit (Culpa) (1910), 193.

[52] *ZStW.* 24, 346 y siguientes.

[53] *Lehrb.*, § 41, nota II. En el § 42, II, Eberh. SCHMIDT hace, en consecuencia, depender el "deber" de la exigibilidad

to, pero queda expuesto al malentendido, en el sentido de que él, lo mismo que FREUDENTHAL, parece que viera, en un poder, no sólo el presupuesto, sino la naturaleza de la exigibilidad. Lo que es de fácil explicación, pues Eb. SCHMIDT coloca, de manera completamente involuntaria, la exigencia del deber (*sollen*) en el precepto de precaución, en tanto que éste, según él, sólo puede contener una valuación. De este modo, ¿qué queda para la contrariedad al deber fuera de un poder?[54].

Pero la norma jurídica de acción y la norma de deber[55] se diferencian no sólo porque aquélla se refiere a la conducta exterior, a la causalidad, y ésta, la de deber, a la conducta interior, a la motivación, sino que ellas se diferencian también, en relación a su contenido, bajo otros aspectos. Las normas jurídicas de acción pueden ser prohibiciones o mandatos. Las normas de deber son, por principio, mandatos[56]. Ellas rezan: ¡hazte detener por la representación de que tu actuación de voluntad causaría un resultado prohibido, y hazte determinar[57] por la representación de que tu actuación de voluntad causaría un resultado exigido –por supuesto, como he observado antes–, si no estás decidido a ella sin ésta! Cuando se responde por culpa, se agrega el precepto de precaución de representarse el resultado en el momento de la reali-

---

de las exigencias que se deben dirigir al "tipo medio del ciudadano".

[54] Así, por consiguiente, también FRANK, *StGB* (*Código Penal*) (18 ed.), VIII, 5 al § 59.

[55] Cfr. BELING, *Lehre vom Verbrechen* (*Teoría del delito*) (1906), 143; GOLDSCHMIDT, *Notstand*, 17, nota 18.

[56] Así ya GOLDSCHMIDT, *Notstand*, 21, nota 30; ahora también R. HIRSCHBERG, *Schuldbegriff*, 79.

[57] *Notstand*, 17.

zación de una acción determinada[58]. Por consiguiente, las normas de deber correspondientes a la norma de derecho "tu no debes matar", rezan: 1) ¡Hazte detener de esta actuación de voluntad por la representación de que ella causaría la muerte de otro! 2) ¡Represéntate en el momento de la actuación de voluntad de efecto mortal, este efecto![59]. De la mera consideración de la prohibición de matar como norma de determinación no resultarían, sin más, estas "normas de deber". Por de pronto, ya resultaría oscuro, respecto de la primera, establecer si sólo está prohibido el homicidio intencional.

Pero, en lo que se refiere a la independencia de las normas de deber, es siempre decisivo el hecho que ha conducido a su descubrimiento. Ellas son el complejo de normas al cual pertenecen las causas de exculpación. Precisamente, si se las concibe, con Eb. SCHMIDT[60], como limitaciones preexistentes de lo debido, yo no puedo imaginarme su reconocimiento jurídico, de otra manera que con el auxilio de normas jurídicas. Eb. SCHMIDT rechaza expresamente esto. Él encuentra el carácter de la culpabilidad en "un conflicto de las normas de derecho que se dirigen al autor desde afuera y las normas de autoconservación pertenecientes sólo al autor". Pero, ¿cómo podría constituir cualquier norma de autoconservación perteneciente sólo al autor, la fuente de causas de exculpación, si no se la eleva a la categoría de norma de derecho?

[58] *Notstand*, 23 y siguientes.

[59] En efecto de disposiciones especiales, el precepto de precaución deriva de la prohibición de la lesión de bienes jurídicos. Con esto queda descartada la objeción de ENGISCH, lug. cit., 317 y ss., 338 y ss. Yo no trato acá, para simplificar, de las complicaciones que resultan de la inclusión de la comisión por omisión.

[60] *Lehrb.*, 25 ed., p. 211, en la nota.

Las "valuaciones típicas pertenecientes" al autor son el objeto y no la medida del juicio jurídico[61], y sólo resultan causas de exculpación por la razón de que la parte de ellas que, según Eb. SCHMIDT, se puede llamar "normas de autoconservación", está *reconocida jurídicamente*. Precisamente, la acertada expresión de Eb. SCHMIDT, "normas de autoconservación", aclara la diferencia característica entre las normas jurídicas y las causas de justificación, por una parte, y las normas de deber y las causas de exculpación, por otra parte. El principio regulativo de aquéllas es el interés preponderante para la comunidad jurídica. Las "valuaciones pertenecientes" al autor *pueden* ser determinadas por un egoísmo brutal. Las normas de deber, incluso las normas que reglan las causas de exculpación, contienen el reconocimiento jurídico de las "normas de autoconservación". Su contenido no es lo más importante para la *comunidad jurídica* y, menos aun, para el autor, sino lo que *puede* ser lo más importante para *éste*, porque frente a él no tiene ninguna posibilidad de imponerse el ordenamiento jurídico[62].

Si, por consiguiente, sólo las normas jurídicas pueden constituir la fuente de causas de exculpación, únicamente objeciones terminológicas pueden ser opuestas a la introducción de las normas de deber. Como tal se podría hacer valer que las normas que reglan las causas de exculpación constituyen, precisamente, las *excepciones* de las normas de deber. Esto pertenece a la cuestión –que encontrará

[61] Así, también GRÜNHUT, *Festgabe für Aschaffenburg* (*Homenaje a Aschaffenburg*) (1926), 92.

[62] Cfr. ya GOLDSCHMIDT, *Notstand*, 34: "Las causas de exculpación encuentran su fundamento en un motivo subjetivamente preponderante y aprobado (naturalmente, desde el punto de vista objetivo)".

respuesta *infra*, sub II– de si la "motivación normal" es una característica positiva de la culpabilidad, o si la "motivación anormal" es una característica negativa de la culpabilidad. Sin embargo, independientemente de la manera como se conteste a esta cuestión, existen y deben existir *normas jurídicas que determinen*, en forma positiva o negativa, o en ambas formas, *las exigencias establecidas para la autodeterminación por la representación del deber.* La denominación "derecho de equidad"[63] que, a su tiempo, yo he dado a las normas que reglan las características negativas de la culpabilidad, o sea, a las causas de exculpación, quizás no era útil[64]. Aun a la misma expresión de "normas de deber", usada con relación a las exigencias positivas puestas a la motivación, se le pueden hacer algunas objeciones; por un lado, la de que ella hace posible que se desconozca su calidad de norma jurídica; y por otro lado, que ella da motivo[65] a una confusión con las normas jurídicas de acción, y, por consiguiente, origina una confusión de la "contrariedad al deber" con la antijuridicidad. Pero no conozco una mejor. Y nada demuestra mejor en qué grado ha comenzado ella a imponerse, que el hecho de que KLEE –a quien, por cierto, no se puede acusar de predilección por la moderna doctrina normativa de la culpabilidad– llame violación de una norma de deber especial a la "reprochabilidad" que el Supremo Tri-

[63] *Notstand*, 37.

[64] Cfr. *JW* 1928, 703. Aceptada, sin embargo, por ENGISCH, 448.

[65] Esto también señala TARNOWSKI, 299, nota I. FRANK, en la 11-14 ed. (1914), p. 107, ha declarado aún que mi conclusión de que en el estado de necesidad, la persona obra de manera antijurídica, pero no contrariamente al deber, es "paradojal". En las ediciones siguientes, él ha suprimido la frase, sin embargo, al mismo tiempo suprime toda mención a la teoría de

bunal del Reich ha exigido recientemente, no sólo al lado de la culpa sino también del dolo[66] *.

Las normas de deber en el sentido más amplio, esto es, de acuerdo con las restricciones contenidas en ellas de antemano, o con las excepciones hechas de ellas, dan el límite extremo de las exigencias puestas a la motivación, o sea la *exigibilidad*[67]. El no hacerse motivar por la representación del deber a pesar de la exigibilidad es contrariedad al deber, o –por ser evitable aquí esta expresión ambigua– según la formulación de FRANK, reprochabilidad. *Culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable*[68]

---

las normas de deber. La equiparación de antijuridicidad y contrariedad al deber se encuentra también en SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, 572.

[66] *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben* (*La jurisprudencia del Supremo Tribunal del Reich en la vida jurídica alemana*) (1929), V, 73.

* En su escrito "Contributo alla sistematica delle teorie generali del reato", separado de la *Rivista Italiana di Diritto Penale*, año VI, N° 3, GOLDSCHMIDT responde a las críticas que le dirige MEZGER, *Tratado*, t. I, p. 284, nota 6; t. II, p. 18 y ss., a su "norma de deber" y a su fundamentos y consecuencias (ver escrito cit., p. 15, nota 1, p. 26, nota 3). (Los traductores.)

[67] Cfr. ahora, en particular, MARCETUS, *Gedanke der Zumutbarkeit* (Strafr. Abhdl., 243) (1928). Que la exigibilidad es el fundamento de la atribución de culpabilidad, tanto en el derecho penal como en el civil, he sostenido en las *Verhdl. des 34. DJT.*, II, 433. Cfr. sobre el significado jurídico general de la exigibilidad, E. KAUFMANN, *Wesen des Völkerrechts* (*Carácter del derecho internacional*) (1911), 114 y ss.; *Kritik der neukant. Rechtsphilosophie* (*Crítica de la filosofía jurídica neokantiana*) (1921), 17, 69; NIPPERDEY, *Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit* (*Fidelidad contractual y no-exigibilidad*) (1921), 31, nota 3.

[68] FRANK (18 ed.), 138, y Eb. SCHMIDT, *Lehrb.* (25 ed.), 215, señalan al hecho antijurídico mismo como reprochable. Pero

(*censurable*). Por consiguiente, la exigibilidad *es* un *deber*, lo que, sin embargo, *presupone* siempre un *poder*. Existe este poder en cuanto hay "dominio sobre el hecho", en el sentido de HEGLER, o sea, imputabilidad, "significado conocido o cognocible" (esto es, dolo o culpa) y motivación normal. Por esto la exigibilidad encuentra su fundamento en el total supuesto de hecho psíquico de la culpabilidad[69]. Análogas consideraciones valen para la reprochabilidad. Ella es un "querer que no debe ser"[70]. En sentido estricto, hasta el "significado conocido o cognocible" de la conducta antijurídica es sólo presupuesto y no elemento de la motivación reprochable. *Pues ésta consiste en la reprochable no motivación de la voluntad por la representación del deber.* Pero, así como el resultado es inseparable de la actuación de voluntad que lo causa antijurídicamente, la representación del resultado es inseparable de la voluntad motivada por ella de manera reprochable.

Sin embargo, de ningún modo puedo seguir a FRANK respecto de que la imputabilidad sería no sólo presupuesto, sino también elemento de la culpabilidad[71]. Pero para mí la cuestión es puramente terminológica, precisamente, porque yo considero, estrictamente hablando, hasta el significado conocido o cognocible como un mero presupuesto de la culpabilidad. Pues, aunque de ninguna manera yo dudo de que el dolo y la culpa son grados de la culpabili-

---

reprochable es la motivación que ha conducido al hecho antijurídico. Cfr., desde luego, también, KADECKA, *ZStW.* 48, 609.

[69] Así también MARCETUS, *Zumutbarkeit*, 46 y siguientes.

[70] GOLDSCHMIDT, *Notstand*, 13.

[71] *Aufbau des Schuldbegriffs*, 9; *StGB* (18 ed.), II, antes del § 51; contra FRANK, también, Eb. SCHMIDT, *Lehrb.* (25 ed.), 215, nota 19, 225, nota 3.

dad (no como generalmente se dice en forma incorrecta: especies de culpabilidad), estoy completamente de acuerdo con FRANK en que la gravedad de la culpabilidad depende también de la medida de la "libertad" (cfr. *infra*, sub III). El total supuesto de hecho psíquico de la culpabilidad no es sólo presupuesto de la existencia de la culpabilidad, sino también factor determinante de su gravedad. Yo no veo qué se puede objetar en contra de esto.

De lo dicho resulta que la parte de la "libertad", en el sentido de FRANK, que él llamó antes "motivación normal", no constituye para la "exigibilidad", así como para la reprochabilidad, ni el único presupuesto psíquico, ni más que un presupuesto psíquico. Sin embargo, ella es la fuente real de las normas de "autoconservación", cuya consideración lleva a la limitación de la exigibilidad y, por consiguiente, de la reprochabilidad. Se examinará a continuación si esa limitación está contenida de antemano en la norma de deber o si constituye una excepción de ella, y si ella necesita de una valuación complementaria por parte del juez o si está legalmente "tipificada".

II

¿La tipicidad es mera *ratio cognoscendi* (BELING, M. E. MAYER, Eb. SCHMIDT), o es verdadera *ratio essendi* (MEZGER, FRANK) de la antijuridicidad? ¿Las causas de justificación son limitaciones inmanentes a los imperativos jurídicos, o son características negativas del tipo? ¿Ellas están legalmente tipificadas, o existen causas "supralegales"? El planteamiento de estos problemas puede dejar aclarado que las cuestiones tratadas con respecto a la reprochabilidad son las mismas que las discutidas con relación a la antiju-

ridicidad, y no se errará si no se contesta a aquéllas de manera diferente que a éstas.

Bajo este aspecto llama la atención que FRANK, que siempre ha considerado a la "tipicidad" como "antijuridicidad tipificada", y que ha declarado, a despecho de todos los ataques, que las causas de justificación son "caracteristicas negativas del tipo", parta en lo que se refiere a la reprochabilidad y a las causas de exculpación, de una concepción diametralmente opuesta. Pues él traslada la "libertad" o "dominio sobre el hecho" y, por consiguiente, también la "motivación normal", a la culpabilidad, y entonces, debe ver en su consideración, con Eb. SCHMIDT, una limitación inmanente de la norma jurídica como causa de determinación, o –según mi concepción– de la norma de deber. En efecto, declara superfluo, o hasta nocivo, el concepto de las "causas de exculpación"[72]. ¿Cómo se armoniza esto con su concepción de la antijuridicidad y de las causas de justificación? Además, ¿cómo se armoniza con el hecho de que FRANK supone, por lo menos con relación al dolo, una "tipificación" legal de las causas de exculpación?

En verdad, no se debe exagerar la importancia de la cuestión de si el criterio de la "motivación normal" constituye una limitación inmanente de la norma de deber, o si, en el caso de "motivación anormal" ocurre su suspensión, y si, por consiguiente, la "motivación normal" es una característica positiva de la culpabilidad o la "motivación anormal" es una característica negativa de la culpabilidad. Se trata sólo de la cuestión meramente técnica de regular la relación entre *regla* y *excepción*. También quien considera la

[72] Es un error de FRANK pensar que yo soy de esta opinión; contra este error ya he protestado antes (*Prozess als Rechtslage*, 235, nota 1287).

amenaza penal como una mera *ratio cognoscendi*, como sólo un indicio del imperativo jurídico, y, en consecuencia, considere a éste como algo que se encuentra detrás de aquélla de manera independiente, no podría sustraerse a trabajar con el concepto de las causas de justificación aun cuando rechace la expresión "características negativas del tipo"[73]. Pues resulta técnicamente imposible indicar de manera positiva, en un imperativo particular, todas las condiciones generales de las cuales dependerá su eficacia[74]. Puede haber diferencia, sin embargo, en relación con la norma de debe y de la reprochabilidad fundada en su violación, en cuanto a que la noción fundamental de las "causas de exculpación", que restringen a aquélla y, por esto, excluyen a ésta, puede reducirse más fácilmente a una fórmula positiva que la noción fundamental de las "causas de justificación"[75]. Pero sólo la ley es decisiva. Y desde el punto de vista de ésta, ya la inimputabilidad y, en todo caso, la "motivación anormal" constituyen siempre una *excepción* de la reprochabilidad de una conducta dolosa o culposa conminada con pena. HEGLER, de quien FRANK ha recibido la noción del "dominio sobre el hecho", considera, por esto, con razón, a la "situación extraordinaria de motivación" como un presupuesto negativo de la culpabilidad, en otras palabras, como una cau-

[73] Yo sólo remito a BELING, *Lehre vom Verbrechen* (1906), 166 y ss.; M. E. MAYER, *Lehrb.*, 269 ss.; LISZT-SCHMIDT, 177 y siguientes.

[74] Así ahora, el mismo fundador de la teoría de la "antijuridicidad material", GRAF ZU DOHNA, *Recht und Irrtum* (*Derecho y error*) (1925), 4.

[75] Cfr., sobre las tentativas tendientes a alcanzar fórmulas de carácter general, emprendidas en relación a ellas, GRAF ZU DOHNA, *Recht und Irrtum*, 9 y ss.; E. HEINITZ, *Materielle Rechtswidrigkeit*, 108 y siguientes.

sa de exculpación[76]. Sólo podrían hacerse objeciones contra esta regulación de la relación de la regla y de la excepción, si por ella se operase un cambio en el cargo de la prueba en perjuicio del acusado, lo que no ocurre[77].

Pero no sólo razones técnicas, sino también dogmáticas, hablan en favor del reconocimiento de las "causas de exculpación". FRANK, al final de su *Aufbau des Schuldbegriffs*, ha abordado la cuestión de si verdaderamente todas las circunstancias pertenecientes al tipo tienen que haber existido en la conciencia del autor en el momento del hecho. Sin embargo, difícilmente puede sostenerse la opinión "provisoria" de FRANK, de que el autor tendría que haber "pensado" sólo en el resultado, pero no en las otras circunstancias[78]. Pero ZIMMERL[79] ha señalado, con razón, que, sin duda, la opinión de FRANK es acertada en relación con las "características negativas del tipo", esto es, en relación con las circunstancias de hecho que constituyen causas de justificación. Al dolo de matar no pertenece la representación de que *ningún* "ataque antijurídico actual" ha amenazado al autor, sino que el dolo de matar sólo se excluye por la representación errónea de un "ataque antijurídico actual". No se trata de otra cosa con respecto a las causas de exculpación[80].

[76] *ZStW.* 36, 214. Tampoco Eberh. SCHMIDT, *Lehrb.*, § 42, III, IV, puede evitar servirse de la contraposición de regla y excepción ("causas de exculpación").

[77] Cfr. GOLDSCHMIDT, *DStrafZtg.* 1922, 250, contra FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, 9.

[78] Contra FRANK ya estaba HELMS, *MSchrKrPsych.* 13, 94; *ZStW.* 40, 762.

[79] *Zur Lehre vom Tatbesland* (Strafr. Abhdl. 237) (1928), 84 y siguientes.

[80] Sobre la dogmática de las causas de exculpación, cfr. en GOLDSCHMIDT, *Notstand*, 37 y siguientes.

Como ellas pertenecen al reino de la motivación, la errónea admisión de su existencia debe equipararse, desde luego, a su existencia real[81]. Esto vale para el estado de necesidad (S.T.P. *57*, 269), como para los demás casos de no exigibilidad (S.T.P. *60*, 103)[82]. Pero de ninguna manera pertenece a la culpabilidad la consciencia de que *no* se está en presencia de un caso de no exigibilidad, en otras palabras, la consciencia de la "libertad".

Quién sabe si FRANK, al final de su *Aufbau des Schuldbegriffs*, no se ha inspirado acerca de las circunstancias de hecho que el autor no debe haber pensado, sino sólo sabido, en sus "circunstancias concomitantes", que no son otra cosa que la ausencia real de causas de exculpación, ausencia que el autor, en verdad, debe sólo haber sabido, pero no debe haber pensado. El hecho de que las "circunstancias concomitantes" no tienen que haberse reflejado en la conciencia del autor es, por consiguiente, un punto justificado de la objeción que formula KÖHLER[83] contra la subjetivación de las circunstancias concomitantes de FRANK por parte de KRIEGSMANN. Se podría, con ZIMMERL[84], considerar "extraño" que a

[81] Cfr. HEGLER, *ZStW.* 36, 216 y nota 113 *ibídem*; ahora las exposiciones fundamentales son las de Eb. SCHMIDT, *Lehrb* (25 ed.), § 42, VI, VII; además, MARTENS, *Irrtum über Strafmilderungsgründe* (*Error sobre las causas de atenuación de la pena*) (Strafr. Abhdl. 246) (1928), 42 y ss.; Erik WOLF, *MSchrKrPsych.* 20, 665 y siguientes.

[82] El Supremo Tribunal (S.T.P. 60, 103 y III[er] Senado del 27 de junio de 1929, 3D 534/29) atribuye la no-punibilidad del favorecimiento cometido con el fin del propio favorecimiento, a la no-exigibilidad, mientras que, por lo contrario, la no-punibilidad del favorecimiento de parientes la atribuye a una mera causa de exclusión de la pena (S.T.P. 61, 271).

[83] *KrVSchr.* 22, 505.

[84] Lug. cit., 92.

FRANK se le haya escapado la conexión que existe entre el problema psicológico abordado al final de su *Aufbau des Schuldbegriffs* y las características negativas del tipo, si no fuera aún más "extraño" que se le haya escapado la conexión entre los problemas tratados en el mismo escrito, y aún más "extraño" todavía que a FRANK le resulte inaccesible el concepto de las causas de "exculpación", a pesar de que sus tres descubrimientos (circunstancias concomitantes, características negativas del tipo y diferente significado de las circunstancias de hecho para la representación) lo obligan, ni más ni menos, a aceptarlo.

Causa de exculpación es sólo la "motivación anormal", típicamente por la necesidad. La falta de la representación del resultado no es una causa de exculpación, así como la falta del resultado no es causa de justificación[85]. Sino que del mismo modo como aquí falta el tipo objetivo, allá falta, desde el principio, el tipo subjetivo. Pero tampoco la suposición errónea de circunstancias de hecho que justificarían el hecho, origina una causa de exculpación. La falta de la consciencia de lo que "no-debe-ser" excluye, desde antemano, un "querer que no debe ser"[86]. Finalmente, tampoco los casos de inimputabilidad contienen causas de exculpación. Pues la imputabilidad es para la reprochabilidad, lo que la voluntariedad es para la antijuridicidad. Y así como el ser empujado por fuerza irresistible (§ 52, C.P.) no constituye una causa de "justificación", la inimputabilidad no es causa de exculpación. El inimputable no es, desde un principio, el destinatario de la norma de deber, así

[85] Cfr. GOLDSCHMIDT, *Notstand*. 10/11.

[86] R. HIRSCHBERG, *Schuldbegriff*. 73, califica a esta contraposición como "delimitación horizontal de la responsabilidad" y "causa de responsabilidad".

como el animal o el cuerpo humano no es destinatario de la norma jurídica. En todos los casos mencionados pueden existir causas que objetivamente excluyan lo ilícito[87] y que subjetivamente excluyan la culpabilidad, pero no hay causas de justificación o de exculpación, respectivamente. *De esto resulta que, aunque la "motivación normal" no es el único presupuesto de la exigibilidad y de la reprochabilidad, la "motivación anormal" constituye, empero, el único presupuesto de la no exigibilidad*[88]. Bajo este punto de vista, la "no exigibilidad del cumplimiento de un precepto de precaución"[89] puede constituir, por consiguiente, una causa de exculpación que excluya la culpa, y, en cuanto que el precepto de precaución exija la obtención de conocimientos jurídicos, puede constituir una causa de exculpación que excluya el dolo[90]. Se debe destacar, sin embargo, de manera expresa, para evitar malentendidos, que todas estas exposiciones exigen, desde luego, sólo consideración terminológica.

Prácticamente mucho más importante que la cuestión de si la exigibilidad constituye una restricción inmanente de la norma de deber, o si la no

[87] No es necesario subrayar que aquí yo no comprendo la contraposición entre "causas de exclusión de lo injusto" y "causas de justificación", ni en el sentido de BELING, *Lehre vom Verbrechen*, 168; *Grundzüge* (II ed., 1930), § 9, IV, 1, ni de ZIMMERL, *Lehre vom Tatbestand*, 66/7.

[88] En este sentido concuerda lo que he dicho en *Notstand*, 10, nota 38, con lo dicho antes bajo N° 1, al fin. De acuerdo con el texto, Eb. SCHMIDT, *Lehrb.*, § 42.

[89] Cfr. las profundas exposiciones de Eb. SCHMIDT, *Lehrb.*, § 41, IV, 1, b.

[90] § 20, II, *StGEntw. RTAussch.* 1. Les. (*Proyecto de Código Penal. Primera Lectura de la Comisión del Reichstag*), el que, sin embargo, en el error de derecho excusable sobre la antijuridicidad, ve sólo una causa de liberación de pena.

exigibilidad constituye una excepción de ella, es la cuestión de si los casos de no exigibilidad han sido taxativamente tipificados, o si la no exigibilidad es un concepto que necesita ser complementado valorativamente. Con respecto a esto, hay que eliminar, de antemano, un extraño malentendido[91]. Aun cuando se admita con FRANK que las causas de exculpación están taxativamente "tipificadas" por la ley al lado del dolo, éste permanece como un "concepto normativo de la culpabilidad", siendo indiferente que se coloque a su lado la característica normativa de la culpabilidad o que se la traslade dentro de él. Él es "normativo" porque es motivación *desaprobada*. La opinión contraria podría tener su origen en el hecho de que recién ahora se habla de "elementos normativos del tipo" en el sentido de elementos que exigen un complemento valorativo[92], y se piensa, por esto, que no se puede hablar de "normativo" donde aquéllos faltan. Pero, abstracción hecha de que no sólo los elementos del tipo que pueden ser complementados valorativamente son "normativos", sino también los que ya están llenos de valor[93], y en este sentido, según la acertada observación de Erik WOLF, todos los ele-

[91] Fritz HOFMANN. *Die normativen Elemente des Besonderen und allgemeinen Tatbestandes* (*Los elementos normativos del tipo especial y general*) (Greifswald, Tesis, 1929), Cap. III B, III.

[92] Así, en particular, VON WEBER, *Notstandsproblem* (1925), 77 y ss.; GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechsanwendung im Strafrecht* (*Formación conceptual y aplicación del derecho en el derecho penal*) (1926), 5 y ss.; MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände* (*Del sentido de los tipos jurídico-penales*) (Separado del Homenaje a Traeger, 1926), 41 y ss.; Erik WOLF, *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben* (1929), V, 44 y siguientes.

[93] Sólo en este sentido ("determinantes de valor") habla de "elementos normativos del tipo", el fundador de este concepto, M. E. MAYER, *Lehrb.*, 182 y siguientes.

mentos del tipo son "normativos"[94]; la doctrina normativa de la culpabilidad sólo quiere decir que la culpabilidad no es una mera relación psíquica del autor con la acción antijurídica, sino una valoración del supuesto de hecho psíquico mismo. Así como la valoración de la acción contenida en el juicio de demérito que significa la antijuridicidad permanecería aun cuando todas sus características típicas fueran "descriptivas" o "cognitivas", así permanecería la valoración de la motivación contenida en el juicio de demérito que significa la reprochabilidad, aun cuando la culpabilidad y las causas de exculpación estuvieran tipificadas legalmente de manera inequívoca.

¿Están las causas de exculpación, los casos de no exigibilidad, taxativamente "tipificadas" por la ley? Si se contesta afirmativamente a la pregunta, se evita la objeción de que la exculpación en el caso de la no exigibilidad incluye una tautología o un "peligro para la seguridad y objetividad de nuestra jurisprudencia" [95]. En todo caso, me parece peligroso afirmar con FRANK[96] la tipificación legal taxativa para el dolo y negarla, en cambio, para la culpa. Esto se basa en la concepción, que tendría que ser finalmente superada, de que sólo la culpa, no el dolo, es un concepto normativo de la culpabilidad. Pero, por la razón de que en la culpa se encuentre una característica normativa *especial* de la culpabilidad, esto es, la violación del precepto de precaución, al que le debe el cuño normativo de su denominación, no se puede

[94] Lug. cit., 56.

[95] Así, VON WEBER, *Notstandsproblem*, 9; SCHUMACHER, *Wesen der Strafrechtsschuld*, 64/5; de acuerdo con este último, R. HIRSCHBERG, *Schuldbegriff*, 75.

[96] Al que adhiere MARCETUS, *Zumutbarkeit*, 56-9. En relación al resultado, también SCHUMACHER, *Wesen der Strafrechtsschuld*, 106 y siguientes.

tratar, con relación a ella, la violación del precepto de motivación que la culpa tiene de común con el dolo, en forma distinta que en relación a éste. Más aún, se podría dudar de que la no exigibilidad del cumplimiento del precepto de precaución, propio de la culpa, pueda ser fundada de otra manera que con causas de exculpación legalmente "tipificadas", si sólo tales causas se admiten respecto del dolo[97].

Ahora, no hay duda de que según la doctrina dominante y la jurisprudencia, la culpa no concurre en el caso de la no exigibilidad, tanto del precepto de precaución como del de motivación. El S.T.P., 58, 27 ss. (30), niega la culpa de una persona que, atacada durante la noche, golpeó, en vez de a su asaltante, a la mujer de éste, porque no se podía exigir de él que antes mirase minuciosamente a su alrededor y se cerciorase si detrás del asaltante había otra persona que, en su defensa, que no admitía ninguna tardanza, pudiera ser golpeada también. El S.T. niega, de este modo, la culpa en razón de la no exigibilidad del cumplimiento del precepto de precaución. En las resoluciones del S.T.P. *30*, 28; *36*, 81, comentadas hasta la saciedad, el S.T. niega la culpa a causa de la no exigibilidad del cumplimiento del precepto de motivación. Las objeciones que dirige SCHUMACHER contra la interpretación de estas sentencias que hemos hecho FREUDENTHAL y yo, son equivocadas[98]. Ninguno de nosotros ha negado que esas sentencias sólo quieran disculpar la culpa: no exigibilidad del cumplimiento del precepto de motivación a pesar de la violación reprochable del precepto de precaución, en

[97] FRANK (18 ed.), VIII, 5 al § 59, no distingue los casos de observancia no exigible del precepto de precaución, y de la motivación. Cfr., en cambio, las agudas distinciones de Eb. SCHMIDT, *Lehrb.* (25 ed.), § 41, IV, 1, b, 2a., c.

[98] *Wesen der Strafrechtsschuld*, 101 y siguientes.

otras palabras, a pesar de la previsibilidad, no de la previsión, del resultado. Cuando SCHUMACHER, en contra de tal interpretación, sostiene, respecto de la resolución del S.T.P., 30, 28, que aquí el S.T. exime del "reproche de la falta de la representación causante"[99], está en abierta contradicción con la sentencia, que dice: "Entonces, había que considerar si se podía exigir del acusado, como deber, el de sustraerse, más bien, a la orden de su patrón y conformarse con la pérdida de su empleo, antes que crear *conscientemente la posibilidad de la lesión corporal de otro* mediante el uso del caballo que se le había asignado para conducir, o si podía desechar esta última consideración, en razón de su gravedad, frente a lo que para él representaba el impulso de cumplir con la orden de su patrón". Desde luego, que "en razón de su gravedad"[100], pues de otro modo hubiera existido dolo eventual, aun en el caso de la mera consciencia de la "posibilidad" de la lesión. Y, ¿cómo podría la no exigibilidad del cumplimiento del precepto de motivación, ocasionar, sin más, una no exigibilidad del cumplimiento del precepto de precaución? Esto significaría erigir la máxima de que el deseo puede ser el padre del pensamiento.

Eb. SCHMIDT da ahora un ejemplo muy bueno[101]. La madre deja solo a su niño de tres años mientras ella va a trabajar. La no previsión de que el niño puede así dañarse, puede ser reprochable. Sin embargo, a pesar de esto, no hay negligencia porque no le quedaba a la madre otra posibilidad. Pero no se puede decir que la madre no debía pensar en la po-

[99] Lug. cit., 105.

[100] FRANK (18.ed.), VIII, 5, al final, lo expresa de esta manera: "a causa de esta posibilidad, de todos modos lejana".

[101] *Lehrb.*, § 41, nota 16.

sibilidad de una lesión al niño, en razón de que no tenía otra alternativa [102].

Pero si esto es así, surge la cuestión relativa a la razón por la cual no podría existir la no exigibilidad de determinarse por la representación del resultado, también en el caso de *previsión* de la posibilidad del resultado. Ya FREUDENTHAL [103] ha observado que en el caso de la resolución del S.T.P., *30*, 28, resulta dudoso si el autor no se había conformado con la realización del hecho para evitar el despido que lo amenazaba. En efecto, la resolución supone una "consciencia de la posibilidad de la lesión corporal de otro". Y FREUDENTHAL concluye, de manera general, que si la no exigibilidad de la motivación excluye la culpa, tanto más tendría que excluir el dolo. Esta conclusión contendría, según SCHUMACHER, un error lógico [104]. Quien no quiere, dice SCHUMACHER, disculpar una acción dolosa a pesar de la no exigibilidad, no pone menores exigencias a la culpabilidad más grave que a la culpabilidad más leve, sino que carga una vez más la culpabilidad grave con el signo de lo más grave.

Pero el error lógico está en SCHUMACHER, que de improviso confunde presupuestos y contenido del reproche de culpabilidad. Conociéndose esto desaparece también el error de hecho que SCHUMACHER reprocha a FREUDENTHAL, cuando dice que éste olvida que la culpabilidad más grave es más grave sólo porque

[102] SCHUMACHER ha abordado las resoluciones con una opinión ya formada. Puede ser impugnado no sólo desde el punto de vista lingüístico el principio a que él llega (106): "no es la exigibilidad del 'hecho' la que puede conducir en el caso de culpa a la negación de la culpabilidad, sino la no-exigibilidad de una acción peligrosa, que en sí es totalmente irrelevante desde el punto de vista penal".

[103] *Schuld und Vorwurf*, 16.

[104] Lug. cit., 99.

indica la violación de una "culpabilidad" más fácil, queriendo decir, probablemente, de un deber más fácil. Esto es completamente exacto, pero el cumplimiento de ese deber más fácil sólo es más fácil si él puede ser exigido. Más bien se podría objetar a FREUDENTHAL que más se puede exigir detenerse ante la representación de la realización segura del resultado, que detenerse ante la mera posibilidad del mismo. Y de esto se podría deducir, además para argumentar con SCHUMACHER, que la conclusión de FREUDENTHAL resulta fundada, a lo sumo, para el caso del dolo *eventualis* [105], que SCHUMACHER, aparentemente, no considera como dolo. En efecto, yo mismo he admitido, a su tiempo, sólo la no exigibilidad de detenerse ante la representación de una lesión *posible*, y también, que esto ocurre únicamente en el caso de un *permitido* "obrar a riesgo propio" [106].

Pero en tal restricción se encuentra un error, en cuanto que generalmente se piensa siempre sólo en el dolo del homicidio o de la lesión corporal. En estas situaciones, en el caso de dolo *directo*, la culpabilidad puede excluirse, por regla, en razón de no exigibilidad, sólo si existen las causas de exculpación de los §§ 52, 53, III, y 54 del C.P., legalmente "tipificadas". Pero hay, además, otros delitos dolosos. Y en relación a dos de ellos, el lenocinio y el favorecimiento, el S.T. ya ha admitido que el dolo desaparece en el caso de la no exigibilidad. En un caso se trata de las *Resoluciones del S.T.P. 58*, 97, 227. Aquí el S.T. absuelve al marido de la acusación de lenocinio porque no se le podía exigir que pusiera término a la impudicia de su mujer. Como causas de esta no

[105] SCHUMACHER. 109. En este punto de acuerdo con él, *GRÜNHUT*, *ZStW*. 50, 316.

[106] *Notstand*, 35 y siguientes.

exigibilidad, el S.T. admite el temor del marido de verse amenazado, a raíz de una "escena" conyugal, con un desalojamiento de la casa y un perjuicio en sus negocios, así como el de no tener bastantes fuerzas para sostener una escena, quizás violenta, con su mujer y el amante de ésta.

En las *Resoluciones del S.T.P. 60*, 103, la no punibilidad del favorecimiento, cometido a los fines del autofavorecimiento, se deduce de la no exigibilidad al autor del delito anterior, del cumplimiento de la norma en que se funda el § 257 del C.P., y de tal modo se llega al resultado de que la suposición errónea de ser punible exculpa de la misma manera que la punibilidad efectiva [107]. Después de esto, resultaba trabajo perdido la tentativa de SCHUMACHER de demostrar que el S.T. reconoce la no exigibilidad como causa de exculpación sólo frente al reproche de culpa. En efecto, sería contrario a todo el desarrollo que la jurisprudencia del S.T. ha tomado recientemente, si el S.T. quisiera reconocer causas de justificación "supralegales" [108] y al mismo tiempo sólo reconoce causas de exculpación legalmente "tipificadas".

Realmente, la libre admisión de causas de exculpación no conduce a una "tautología" o a una "osteomalaxia" del derecho penal, como no lo hace el reconocimiento de las causas supralegales de justificación. Así, como el reconocimiento de las causas de justificación "supralegales" estriba en la idea básica del interés preponderante para la comunidad jurídi-

[107] Aunque ella se fundaba, en el caso resuelto, sobre un error de derecho penal (Cfr., en contra, OLSHAUSEN, *Komm.*, II ed., N° 25 d al § 59), pero, al parecer, con lógica, porque el conocimiento de la punibilidad pertenece al dolo del favorecimiento personal (OLHAUSEN, N° 22 al § 257).

[108] S.T.P. 61; 242 y ss.; 62, 137 y siguientes.

ca[109], el reconocimiento de causas de exculpación "supralegales" estriba en el concepto básico de que hay motivos que el ordenamiento jurídico debe reconocer como superiores al motivo de deber en relación a un hombre medio. El § 54 del C.P. reconoce el instinto de conservación personal y el instinto de conservar el cuerpo y la vida de parientes próximos, como superiores a todo motivo de deber[110]. Según las *Resoluciones del S.T.P., 30*, 28, el temor de perder el empleo y el pan puede prevalecer en relación al poder detenedor de la representación de que se cometerá posiblemente una lesión corporal. Según las *Resoluciones del S.T.P., 58*, 97, 227, ya el temor de sufrir inconvenientes personales y comerciales puede refrenar la fuerza motivadora de la representación de impedir la impudicia de la mujer.

De acuerdo a las *Resoluciones del S.T.P., 60*, 103, y al fallo del Tercer Senado del 27 de junio de 1929 (3 D 354/29), el temor de exponerse personalmente al peligro de una pena puede preponderar sobre la fuerza detenedora de la representación de sustraer a otro a la pena. El reconocimiento del instinto de libertad ha llevado a la impunidad de la autoliberación. No tiene importancia que se aprueben o no en todos los casos las resoluciones del S.T. Aquí sólo se

[109] En este punto yo dejo sin resolver si este concepto fundamental puede encuadrarse en la "teoría del fin"; cfr. sobre esto, Eb. SCHMIDT, *ZStW.* 49, 370 y siguientes.

[110] El reconocimiento por parte del S.T.P. 61, 249, de que el estado de necesidad, reglado por el § 54 del Código Penal, representa una causa de exculpación, constituye ya una conquista de la teoría normativa de la culpabilidad (sobre esto, Eb. SCHMIDT, *Lehrb.*, § 34, I, 3 b). VON HIPPEL, *ZStW.* 42, 319, sostiene todavía que la concepción del estado de necesidad como una causa de exculpación constituye una "oscuridad dogmática".

trata de la comprobación[111] de que el concepto básico del motivo preponderante reconocido jurídicamente no es, de manera alguna, más impreciso y más peligroso para la seguridad jurídica que el concepto básico del interés preponderante en la comunidad jurídica[112]. Desde luego que, como jurídicamente preponderantes, hay que reconocer sólo aquellos motivos que según las circunstancias dadas hubieran superado el motivo de deber en un *hombre medio*[113]. En otras palabras, de manera distinta a lo que ocurre, según la doctrina absolutamente dominante, en relación a la culpa[114], pero del mismo modo que en relación a la imputabilidad, el *poder* fundado en la "motivación normal" no se determina subjetivamente según las cualidades y capacidades personales del autor, sino según una medida objetiva, esto es, en realidad, que el *poder* se hace depender de un *deber*. "El poder de los otros se vuelve un deber para el autor"[115]. Lo que es perfectamente explicable. En

[111] Así, acertadamente, FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, 19.

[112] A lo que SCHUMACHER no presta atención, en absoluto, 61 y siguientes.

[113] De modo acertado en este sentido, WEGNER, *JurRdsch.* 1925, 582; KOHLRAUSCH, en *Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts* (*Reforma del derecho penal*) (1926), 25 a ss.; *Rede zur Reichsgründungsfeier der Berl. Univ.* (*Discurso en el festejo de la Universidad de Berlín con motivo de la fundación del Reich*) (1927), 21; Eb. SCHMIDT, *Lehrb.*, § 42, II.

[114] Cfr. VON LISZT-SCHMIDT, *Lehrb.*, § 41, nota II.

[115] MANNHEIM, *Masstab der Fahrlässigkeit* (*Medida de la culpa*) (Strafr. Abhdl., 157) (1912), 43. La determinación generalizadora del poder, esto es, según un deber (KOHLRAUSCH, *Sollen und Können* -*Deber y poder*- Separado del Homenaje a Güterbock, 1910, 24 y ss.), es "metódicamente falsa" (así, M. E. MAYER, *Lehrb.*, 255, nota II), sólo para las capacidades de conocimiento. En relación a la capacidad para la deter-

el caso de la culpa, el poder necesario para el cumplimiento del precepto de precaución depende también de capacidades de comprensión.

Ahora bien, aplicando aquí una medida exclusivamente objetiva, se llegaría al castigo de la estupidez[116]. En verdad, *puede* conducir a esto la determinación generalizadora de la imputabilidad, en cuanto que, a su respecto, sólo se toma en consideración la incapacidad para comprender, si ésta depende de estados de ánimo patológicos. Pero el poder fundado por la "motivación normal" es siempre una capacidad de la voluntad. Aquí, sin perjuicio de la consideración de las "circunstancias dadas", no se pueden tomar en cuenta las cualidades y las capacidades personales del autor[117], si no se quiere llegar de hecho a la impunidad del delincuente por convicción[118]. Sin embargo, según SCHUMACHER, la ley tampoco deberá determinarse "según lo que puede soportar un hombre medio", si no sólo según las "finalidades de la comunidad"[119], pero, en verdad, bajo tal "bandera" libre de "individualismo y eticismo" hemos "llegado magnífi-

---

minación de voluntad, la conclusión "Tu puedes, pues tu debes", es inevitable, y esto no ocurre sólo para el determinismo.

[116] Cfr. el ejemplo en MANNHEIM, lug. cit., 49. Naturalmente que el "poder de comprensión" individual en la culpa no se debe tomar en sentido determinista; contra tal idea, M. E. MAYER, *Lehrb.*, 255, nota 9.

[117] Cfr., por consiguiente, el Proyecto de Código Penal según las Deliberaciones de la Comisión del Reichstag. Primera Lectura § 25 (estado de necesidad) en contraposición al § 19 (culpa).

[118] SCHUMACHER, 67 y ss., y aun Erik WOLF, *Schuldlehre*, 178; *Verbrechen aus Überzeugung* (*Delito por convicción*) (1927), 17, imputan esta consecuencia a la "teoría normativa de la culpabilidad", atribuyéndole injustamente criterios ético-individuales.

[119] Lug. cit., 76.

camente lejos" en los tiempos de la guerra y de la posguerra.

Hace tiempo que la no exigibilidad ha sido reconocida en el derecho civil, no sólo como causa de liberación de las obligaciones contractuales, sino que también la han declarado característica legal del tipo en los §§ 1568 del C.C., 141 y 459, II, de la O.P.C. y en el § 28 del C.P., y recientemente, en mayor medida en las leyes complementarias. No se ha vacilado, en ningún momento, al aplicar el concepto, acerca de las reglas que lo rigen, y tampoco de la aplicación ha resultado un peligro para la seguridad del derecho [120]. Después de esto, ¿cómo se puede afirmar que el empleo del concepto resulta intolerable en un derecho penal que en el caso de "culpabilidad pequeña" admite que se prescinda de toda persecución (§ 153 de la O.P.P.)? [121].

[120] Cfr. GOLDSCHMIDT, *Verhdl. des 34. DJT*, II, 454.

[121] A favor de la exclusión de la culpabilidad en el caso de "no-exigibilidad" se expresan, aun *de lege lata*, además de FREUDENTHAL, KOHLRAUSCH, *Rede zur Reichsgründungsfeier*; WEGNER, *Arg. Schuld* en *HRW* (Artículo "Culpabilidad" en el *Diccionario de las Ciencias Jurídicas*); y, sobre todo, Eb. SCHMIDT, en la 25 ed. del *Lehrb.* de VON LISZT, §§ 36, 39, 41, IV, 42, quien ha hecho, sobre la base de la teoría normativa de la culpabilidad, una construcción dogmática que se distingue por su agudeza, su solidez y por la lógica de sus consecuencias. Sobre el aprovechamiento del concepto fundamental *de lege ferenda*, cfr. mi *Contraproyecto* en *JW* 1922, 252 y ss. (en FRANK, 18 ed., p. 137, hay un error de cita), en especial, § 22b. El Proyecto de Código Penal, que aun en las Deliberaciones de la Comisión del Reichstag, Primera Lectura, declara en el § 25 que el estado de necesidad, en tanto no sea una causa de justificación, es una mera causa de exclusión de la pena, ha quedado muy por detrás de la jurisprudencia del Supremo Tribunal del Reich (cfr., en contra de esto, mis exposiciones en *JW* 1927, 2022).

III

FRANK[122] cita el § 153 de la O.P.P. como prueba para su tesis de que la culpabilidad es un concepto pasible de graduación. También habla de "culpabilidad pequeña" el § 76, II, del Proyecto de Código Penal en la redacción de la Comisión del Reichstag, primera lectura. Los comentadores de la O.P.P. discuten acerca del significado de la "culpabilidad" en el § 153 de la O.P.P. Según LÖWE-ROSENBERG (18ª ed.), N° 3, significa dolo o culpa de acuerdo al caso. Según SCHÄFER-HARTUNG, no significa culpabilidad "en el sentido técnico (esto es, dolo o culpa)", sino "más en el sentido de la medición de la pena"; según FEISENBERGER, "conducta no ética (inmoral)"; según KOHLRAUSCH (22ª ed.), "intensidad de los sentimientos hostiles al derecho".

No se necesita ninguna explicación en relación a que el dolo en sentido psicológico, esto es, como previsión del resultado, no es susceptible de graduación. Diferente es la situación respecto de la culpa, pues en ella se encuentra el elemento normativo de la violación del deber de precaución. Por esto se habla de culpa "leve" o "grave". De esto se deduce que es la característica normativa de la culpabilidad, reconocida como tal, la que hace posible y explica la posibilidad de la graduación de la culpabilidad. *Culpabilidad en el § 153 de la O.P.P. y en el § 76 del Proyecto de Código Penal no es, con seguridad, dolo; puede ser culpa; siempre es reprochabilidad.* Así queda fuera de toda duda la unidad de la culpabilidad como "causa de responsabilidad" y como "medida de res-

[122] 18 ed., N° II, 1, antes del § 51.

ponsabilidad"[123]. *Y, precisamente, la gravedad de la culpabilidad se determina según el grado en que la motivación no corresponde a la exigibilidad.* De acuerdo con esto ha dicho ya FRANK (en la 11ª y 14ª ed., N°2, antes del § 51): "La culpabilidad es tanto mayor cuanto más diste la motivación del autor de la motivación justa, y es tanto menor cuanto más intervengan en ella circunstancias que se acerquen a una causa de exculpación. De la misma manera se podría graduar la antijuridicidad según el interés que la comunidad jurídica tenga en el cumplimiento de la norma violada[124]. Pero desde que se pasó de la responsabilidad por el resultado a la responsabilidad por la culpabilidad, tal graduación carece, en lo sustancial, de importancia práctica. El interés que la comunidad jurídica tiene en que no se viole o amenace un bien jurídico, se traduce en las representaciones de valor de sus componentes y, de este modo, influye en la determinación de la gravedad de la culpabilidad[125].

[123] Esto es, en el sentido de R. HIRSCHBERG, *Schuldbegriff*, 73, "delimitación vertical de la responsabilidad". Aunque yo no quiero decir que el mismo HIRSCHBERG haya desconocido esta unidad, sin embargo, ella está conscientemente destruida por él mediante la consideración de la culpabilidad fundamentadora de la responsabilidad como "antijuridicidad interior". Su resultado de que la culpabilidad sólo puede ser reconocida como concepto mensurador de la pena es una oscilación radical del péndulo en el sentido opuesto al admitido hasta ahora (Grünhut, *ZStW.* 50, 309).

[124] De otra opinión, R. HIRSCHBERG, *Schuldbegriff*, 77; Erik WOLF, *MschrPsych.* 20, 667.

[125] Cfr. *infra*, bajo N° 1. Por consiguiente, yo no puedo considerar feliz el concepto formulado por ZIMMERL, *Lehre vom Tatbestand*, 70 y ss., de las "causas de atenuación de lo injusto". También son discutibles sus exposiciones en lo que respecta a las particularidades. Por lo menos, en relación al derecho del Reich, el daño patrimonial no es una caracteris-

Por otra parte, en el derecho civil, el alcance del deber de resarcimiento no se determina ni de acuerdo con la gravedad de la culpabilidad [126], ni según la gravedad de lo ilícito, sino únicamente según la magnitud del daño material o moral ocasionado.

En lo que se refiere al grado en que la motivación no corresponde a la exigibilidad, son decisivas, una vez, las consecuencias culpables, es decir, las consecuencias previstas o previsibles del hecho (§ 69 del Proyecto de Código Penal), después todos los presupuestos psíquicos de la culpabilidad (*supra*, bajo I, al final) [127].

1°) Cuando más graves fueron las consecuencias previstas o previsibles del hecho, tanto más poderosamente debió obrar como contramotivo [128] la previsión de la seguridad o posibilidad de su realización o el conocimiento de las circunstancias de hecho fundamentadoras de esta posibilidad [129]. De esta manera,

---

tica del tipo de la apropiación indebida, su falta, por consiguiente, no es una "poderosa causa de atenuación de lo injusto".

[126] Sobre esto, bien R. HIRSCHBERG, 5, 93 y siguientes.

[127] Cfr. M. E. MAYER, *Schuldhafte Handlung* (*Acción culpable*) (1901), 185 y ss.: *Lehrb.*, 495 y siguientes.

[128] Esto en el caso de la culpa inconsciente; cfr. GOLDSCHMIDT, *Notstand*, 28.

[129] De modo acertado, RÜMELIN, *Verschulden im Straf- und Zivilrecht* (*Culpabilidad en derecho penal y civil*) (1909). Cuando M. E. MAYER, *Lehrb.*, 230, nota 3, piensa que tal punto de vista se endereza hacia la "concepción sintomática del delito", no tiene en cuenta que a este fin sólo se llega haciendo antes un "desvío". Su propia concepción (230, 494), de que el resultado es un "componente" de la culpabilidad jurídica, que es un "elemento objetivo de la culpabilidad", es contradictorio. No es lo mismo, naturalmente, en cuanto él declara que no define la culpabilidad, sino la "*acción* culpable" y que como jurista sólo puede definir a ésta (*Schuldhafte Handlung*, 2; *Lehrb.*, 230). Por el

tanto más exigible fue esa contramotivación y tanto más reprochable fue la motivación contraria al deber.

2°) Cuanto más fácil fue prever el resultado, o cuanto más el autor debía apreciar el deber de precaución violado (§§ 222, II, 230, II, del C.P.), o cuanto más él consideraba probable la realización del resultado, tanto más exigible era que hiciera actuar como contramotivo la representación del resultado, y era tanto más reprochable si ella no llegó a ocurrir. Según esto, no sólo el dolo y la negligencia son grados de la culpabilidad[130], sino que dentro de ellos también lo son el dolo directo y eventual y la negligencia consciente e inconsciente[131].

La exigencia mínima que se debe poner a la motivación es, desde luego, que la representación del resultado no llegue a ser el motivo. De acuerdo con esto, la intención es el grado más grave de la culpabilidad[132]. Como tal, la intención adecuada al tipo no juega, en principio, ningún papel. La norma de deber es, como ya se ha dicho, *supra* bajo I, una *orden* de elevar la representación del resultado a contramotivo, y no solamente una *prohibición* de que ella

---

contrario, representa una "concepción sintomática del delito", aunque restringida, lo expresado por HEGLER, *RGPraxis im dtsch. Rechtsleben*, V, 314, nota 35, de que el "escalamiento" en el § 243, N° 2, que según S.T.P. 24, 87, debe ser efectuado personalmente por el autor, es un "elemento objetivo de la culpabilidad".

[130] *Ceteris paribus*. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Notstand*, 32; de acuerdo, R. HIRSCHBERG, 84.

[131] Aquí, naturalmente, más aún *ceteris paribus*; en otro sentido, sobre este punto, R. HIRSCHBERG, 85 y ss., y la opinión común, también GOLDSCHMIDT, *Notstand*, 31. Pero la fluidez de los límites entre dolo eventual y culpa consciente habla ya en favor de lo afirmado en el texto.

[132] Demasiado estricto, R. HIRSCHBERG, 87 y siguientes.

llegue a ser *motivo*. En cambio, la intención ha encontrado a menudo en el tipo de nuestras leyes penales una aplicación que ha llevado a la opinión de que ella no es una característica de la culpabilidad, sino de la antijuridicidad. HEGLER[133] ha sido el primero en sostener esta doctrina para los "delitos con tendencia interna trascendente" (extorsión, estafa). Él la funda en el hecho de que aquí se exige algo en el lado interior que objetivamente no tiene correspondencia –mientras que en relación a la culpabilidad siempre existe esta correspondencia–.

Independientemente de HEGLER, M. E. MAYER[134] acepta, de modo general, el concepto de los elementos subjetivos de la antijuridicidad, aludiendo especialmente a las "acciones impúdicas", que serían antijurídicas sólo a causa de la "intención lasciva". Siguiendo a ambos, MEZGER se ha cuidado de elaborar "los elementos subjetivos de lo injusto"; a los que denomina, después de haber caracterizado el tipo como "injusto tipificado", "elementos subjetivos del tipo"[135] –lo que, desde su punto de vista, es muy poco significativo–.

MEZGER distingue tres grupos en los delitos en cuyos tipos encuentra "elementos subjetivos de lo injusto", a saber: los delitos de intención, los delitos de tendencia y los delitos de expresión. Por último, ZIMMERL ha revisado la doctrina de MEZGER y ha excluido una parte de los delitos señalados por MEZGER como tipos con "elementos subjetivos de lo injusto"[136].

Según mi entender, hay que rechazar la concepción de los "elementos subjetivos de lo injusto".

[133] *ZStW*. 36, 31 y siguientes.

[134] *Lehrb*., 185 y siguientes.

[135] *GS* 89, 259 y ss.: *Sinn der strafr. Tatbestände* (Separado del *Homenaje a Traeger*). (1926), 13 y siguientes.

[136] *Lehre vom Tatbestand*, 29 y siguientes.

ZIMMERL ya excluye de su ámbito los "delitos de intención", que son los que han dado origen a toda la doctrina. Él llama la atención acerca de las consecuencias insostenibles que resultan de la aplicación de la teoría a la legítima defensa y a la participación criminal. Yo tampoco creo que la falta de intención excluya la legítima defensa, ni que su existencia funde la calidad de autor[137].

ZIMMERL quiere distinguir entre genuinos delitos de intención y no genuinos delitos de intención. Aquéllos son, según él, los delitos en que el resultado intencional no representa en absoluto un mal (por ej.: los §§ 214, 236/7, 263, 313, II y 343 del C.P.; además, los §§ 268, 272/3, y 349 del C.P., en cuanto exigen la intención de enriquecerse); éstos son los delitos cuyo resultado intencional representa en el hecho un mal que el orden jurídico debe evitar (por ej., los §§ 87, 202, 206, 229, 257, 265, 274, 288, 333 y 346 del C.P.[138]; los §§ 146, 234, 275, N^{os} 2 y 3, del C.P.[139]; los 268, 272/3 y 349 del C.P., en cuanto que ellos exigen la intención de perjudicar).

Sólo el *contenido* de la intención debe pertenecer al tipo de lo injusto –ampliado– en los verdaderos delitos de intención. La intención en sí pertenece, en todos los casos, a la culpabilidad. No es necesario resolver aquí si se debe aceptar toda esta distinción[140]

[137] MEZGER, lug. cit., 23 y ss., elude la primera consecuencia con la objeción de que con la negación de lo injusto especial tipificado no está todavía comprobada la legitimidad del hecho, y elude la segunda suponiendo junto a la intención, la co-causación. Pero, entonces, la teoría de las "características subjetivas de lo injusto", resulta infructuosa. ZIMMERL, y 34 ss., critica otras consecuencias insostenibles.

[138] Los llamados "delitos de resultado cortados".

[139] Los llamados "delitos mutilados de dos actos".

[140] ¿Verdaderamente, en el caso de los delitos llamados por ZIMMEL "delitos de intención no genuinos", la realización de la

y la primera conclusión. Por lo menos, se puede aprobar la última conclusión, y con esto se eliminan los "delitos de intención" de la esfera de dominio de los "elementos subjetivos de lo injusto".

Pero de los llamados por MEZGER "delitos de tendencia", ZIMMERL ya elimina los casos de conductas inspiradas en el interés y en lucro, así como los delitos profesionales y habituales [141]. Él considera, con razón, al egoísmo y a la codicia, a la profesionalidad y a la habitualidad en la comisión, como indicios que demuestran una mayor culpabilidad o peligrosidad. ZIMMERL elimina, también, los §§ 140 y 298 del C.P., señalados por MEZGER como casos de "delitos de tendencia", equiparándolos [142] a los que él llama genuinos delitos de intención. De este modo, según ZIMMERL, quedan como casos de supuestas "características sub-

---

intención no debe ser nunca un mal? ¿Verbigracia, en el § 343? ¿Se pueden, en realidad, separar los §§ 268, 272/3, 349? ¿Y cuál es la situación en los §§ 241/2 de la Ordenanza sobre concursos, donde el beneficio de un acreedor o del deudor representa el perjuicio de otro acreedor (§ 239 de la Ordenanza sobre concurso)? Cuando ZIMMERL, 41, intenta probar su concepción de los "delitos de intención no genuinos" mediante la formulación objetiva del contenido intencional en el § 313, II, C.P., él lo logra sólo porque el § 313, II, no contiene ningún delito de intención, sino una causa de atenuación de la pena. ¿Verdaderamente, en los "delitos de intención no genuinos" debe el instigador ser punible, si el instigado queda impune por no tener la intención (así, ZIMMERL, 139)? ¿Y, por otra parte, en los "delitos de intención genuinos", será suficiente si el partícipe conoce la tendencia objetiva" de la acción que constituye el contenido de la intención (así, ZIMMERL, 140)? Y si en los casos de los "delitos mutilados de dos actos" debiera ser siempre también autor quien realice el tipo ampliado, ¿qué finalidad tendría, entonces, el § 147 C.P.? Cfr., sobre esto, también S.T.P. 59, 79 y siguientes.

[141] ZIMMERL, 45 y siguientes.

[142] Lug. cit., 48.

jetivas de lo injusto", dentro de los "delitos de tendencia", algunos casos de conductas maliciosas y malévolas. Como tales reconoce los casos de los §§ 103 a, y 135, y, de manera condicional, también los de los §§ 223 a, II, y 360, N° 13 del C.P., así como la injuria simple. Pero la injuria es un típico "delito de expresión" al que ni siquiera MEZGER cuenta entre los casos de "elementos subjetivos de lo injusto" [143]. Y en los §§ 103 a, 135, 223 a, II, y 360, N° 13, del C.P., la malicia y la malevolencia representan la acentuación especial del sentimiento de la representación del resultado que motiva al autor, en otras palabras, un gravísimo grado de culpabilidad exigido por la ley.

Por último, tampoco las acciones impúdicas y los delitos de expresión, que ZIMMERL no ataca, pueden salvar las "características subjetivas del tipo". Según la opinión de M. E. MAYER [144]: si el joven médico, siguiendo la sugestión de Mefistófeles, toma a la muchacha con la intención que Mefistófeles aparenta tener ("para ver si se ha fajado demasiado fuerte"), entonces, él obraría conforme al derecho, pero si lo hace con la intención que verdaderamente tiene el diablo, lo haría de manera antijurídica. Pero esto no es exacto. Si un médico practica a una mujer, con su permiso, un reconocimiento médicamente indicado y apto para lograr el fin terapéutico, obra de manera conforme al derecho sin que interese lo que él sienta haciéndolo. Si, por lo contrario, alguien ejecuta sobre una mujer una acción que viola la decencia sexual, sin que se den los presupuestos objetivos mencionados, entonces, él obra antijurídicamente, aun cuando tenga sólo la intención de satisfacer de este modo su afán de instruirse en el campo de la medici-

[143] Así, expresamente, *Homenaje a Traeger*, 16/7.
[144] *Lehrb.*, 185.

na. No interesa cuál sea el "motivo" del autor, sino cuál es la "finalidad" para cuyo logro la acción aparece objetivamente apta.

M. E. MAYER enseña de qué manera se debe distinguir el "fin", en este último sentido, del "motivo" [145]. Sin embargo, él sustituye aquél por éste como "característica subjetiva de lo injusto". En efecto, las consecuencias que saca MEZGER de la comprensión de la "intención impúdica" como característica del injusto, no son exactas [146]. Sin duda, es autor mediato quien con intención lasciva hace ejecutar por otro acciones impúdicas. Pero sólo lo es, porque el otro es un "instrumento doloso", como lo es en el caso del hurto el que sustrae sin la intención de la auto-apropiación. En cambio, si el otro también obra con intención lasciva, el espectador que tiene la misma intención no se convierte por ello en coautor [147].

Pero hay que rechazar totalmente como casos de "características subjetivas de lo injusto", los "delitos de expresión" en el sentido que los concibe MEZGER. Delito "positivo" de expresión sería el perjurio de convicción (§ 153 del C.P. y § 459 de la O.P.C.); delito "negativo" de expresión sería la omisión de la denuncia en el § 139 del C.P. y en algunas leyes accesorias. La convicción que el jurante tenga o no tenga, no pertenece al tipo en el perjurio de convicción; lo

[145] *Lehrb.*, 106 y ss. Sólo en el sentido de un "fin" objetivado, la Comisión del Reichstag ha insertado en el § 263 del Proyecto de Código Penal, que elimina de la lesión punible el "tratamiento sanitario", la exigencia de que el tratamiento debe realizarse "con fines sanitarios".

[146] *Homenaje a Traeger*, 24; también ZIMMERL, 122.

[147] En otro sentido, ZIMMERL, lug. cit. Es una cuestión totalmente diferente la de si, con la opinión extremadamente subjetiva del ST, 26, 346, 353, se quiere reconocer ya como coautoría, la presencia estimulante en el lugar del hecho.

que pertenece al tipo es sólo la afirmación falsa del jurante de que él no tiene la convicción, o de que la tiene. ¿Pertenece, acaso, al tipo del perjurio de verdad, la *realidad* no conforme con la afirmación falsa, es decir, por ej., el hecho, negado, de haber recibido el préstamo? En el caso del pretendido "delito negativo de expresión" (§ 139), es el supuesto "conocimiento fidedigno" del proyecto lo que constituye la parte dolosa de la culpabilidad, que aquí se compone de dolo y culpa.

En tanto que las pretendidas "características subjetivas de lo injusto" constituyen características especiales del tipo (como la intención, aun la impúdica, el egoísmo o la codicia como móviles de la comisión, la profesionalidad o la habitualidad de la comisión, la maldad o la malicia); ellas son *características* especiales *de la culpabilidad* (como lo son el motivo de necesidad en los §§ 248 a y 264 a, como la reflexión en el § 211 del C.P., el sentimiento deshonroso en el § 20 del C.P.) [148]. Todas contienen exigencias especiales puestas a la situación de motivación, cuyo cumplimiento tiene significación, ya sea para fundamentar, ya sea para agravar, ya sea para atenuar la pena.

Se debe conceder a HEGLER que representan una anomalía los delitos con "tendencia interna trascendente", en los que a la intención no corresponde nada objetivo [149]. Sobre la justificación o explicación de esta técnica legislativa anómala se encuentran observacio-

[148] En favor de esto hablan también las consecuencias que Erik WOLF, *MSchrKrPsych.* 20, 667 y ss., pretende sacar del concepto de los "elementos subjetivos del tipo" respecto del error sobre las causas de atenuación de la pena.

[149] Lo que MEZGER, *Homenaje a Traeger*, 22, quiere sustituir a esta caracterización de los delitos de intención por parte de Hegler, que es totalmente exacta, presupone como probado lo que es necesario probar.

nes meritorias en ZIMMERL[150]. Pero –como ya lo ha señalado FRANK[151]– así como en la tentativa, el dolo de ejecución, al que no corresponde nada objetivo, no deja de ser culpabilidad[152], así tampoco deja de serlo la "intención": en los "delitos de intención". Sin embargo, también muestran anomalías las normas de deber que es necesario formular para los "delitos de intención". Mientras que –como lo he dicho reiteradamente– las normas de deber son, en general, simples mandatos de motivación; en los "delitos de intención" ellas prohíben que a la representación del tipo se le niegue la función como contramotivo, porque se erija en motivo la representación de un resulta-

[150] Lug. cit., 42 y siguientes.

[151] 18 ed., N° VI, al fin, al § 59.

[152] Que él, además, fundamenta la antijuridicidad, le concede ahora FRANK a HEGLER, y MEZGER, *Homenaje a Traeger*, 23, lo sigue. Pero, como yo lo he expuesto repetidamente (*Notstand*, 18; *Prozess als Rechtslage*, nota 1827; y ahora también *supra*, bajo I), no hay antijuridicidad en la tentativa absolutamente inidónea y en la falta de tipo, y en la tentativa en concreto peligrosa es antijurídico sólo el hecho de poner en peligro. También con relación al § 113, C.P., yo he pretendido comprobar en forma repetida (*Berl. Festschrift für Gierke –Homenaje berlinés a Gierke–*, 1910, III, 195 y ss.; ASCHROTT-VON LISZT, *Reform des RStGB*, 1910, II, 50) que resulta insostenible la jurisprudencia que hace depender la antijuridicidad del acto de oficio, de la contrariedad al deber por parte del funcionario. Recientemente, GRÜNHUT, *MSchrKrPych.*, 1930, Suplemento 3, 9, pretende hacer depender el tipo objetivo del quebrantamiento de la ley (§ 336 C.P.) –que señala como "delito de tendencia"–, de la "motivación ajena a la causa", en tanto que el quebrantamiento de la ley se comete mediante abuso de discrecionalidad (los ejemplos de GRÜNHUT, no son exactos, en parte). Pero la medida de la discrecionalidad judicial es objetiva: "la idea de la justicia condicionada por la cultura del momento" (cfr. mi *Prozess als Rechtslage*, 160 y ss.). El efecto disolvente de la teoría de las "características subjetivas de lo injusto", aparece en ENGISCH, 62, 448.

do que va más allá de la representación del tipo. En el lugar del mandato de contramotivación incondicionado, se pone la prohibición de omitir la contramotivación por causa determinada. De este modo, en la estafa, más o menos, sería así: ¡*No* te dejes *no* detener, por la representación de que tu causarás, mediante engaño artificioso, un daño patrimonial a otro, de una actuación de voluntad dirigida a ello, porque tu te dejas determinar a ello por la representación de un lucro ilegítimo! No obstante, esta estructura compleja deben tomar todas las normas de deber, si el motivo antisocial (egoísmo, codicia, maldad, malicia, etc.) se erige en característica del tipo.

En todos los casos tratados, las características especiales de la culpabilidad están "tipificadas" legalmente; ellas son, verdaderamente, "características subjetivas del tipo". Con esto queda demostrado lo equivocado que resulta rechazar, con BELING [153], el concepto del "tipo subjetivo" y limitar el tipo al lado objetivo del hecho. Se debe atribuir a la recepción de la doctrina de BELING por parte de M. E. MAYER, el hecho de que éste, en primer lugar, descubriera en el tipo –que según BELING estaría "libre de valor"– elementos normativos, esto es, determinantes de valor, a los que denominó "elementos del tipo no genuinos" y "genuinos elementos de la antijuridicidad" [154].

Cuando M. E. MAYER sostiene, además [155], el concepto de los "elementos subjetivos de la antijuridicidad" anómalos, demuestra que para él no es decisivo el pensamiento de que, según BELING, sólo pueden haber características objetivas del tipo. Pero este pen-

[153] *Lehre vom Verbrechen* (1906), 178 y ss.; cfr., sin embargo, también M. E. MAYER, *Lehrb.*, 8.

[154] *Lehrb.*, 182.

[155] *Lehrb.*, 185 y siguientes.

samiento aparece enteramente claro en MEZGER, para quien el tipo es sólo "antijuridicidad tipificada" [156]. De este modo llega MEZGER a señalar muy correctamente las características típicas de la culpabilidad como "elementos subjetivos del tipo", con lo que, sin embargo, quiere decir, como M. E. MAYER, "características subjetivas de la antijuridicidad" [157]. Pero si se reconoce que el "tipo" no es otra cosa que el conjunto de los presupuestos de la punibilidad, compuesto de características de antijuridicidad y características de culpabilidad [158], entonces desaparecen todas las anomalías. Puedo decir que mi crítica a la "teoría de los tipos" de BELING ha apreciado, en verdad, erróneamente su atracción, pero no su exactitud [159].

Si conforme con esto, las leyes penales, generalmente, no han considerado la intención correspondiente al tipo como el grado más grave de la culpabilidad, esto es, en el sentido de una motivación por la representación del tipo, sin embargo, la han erigido en una especial característica de la culpabilidad correspondiente al tipo, en el sentido de una motivación por la representación de consecuencias ulteriores o del propósito de acciones ulteriores [160]. Por lo contrario, se piensa verdaderamente en el grado más grave imaginable de la culpabilidad, cuando se exige la malevolencia, la malicia y –de una manera concluyente– la lascivia, esto es, la acentuación especial del sentimiento de la representación del tipo motivador.

[156] *Homenaje a Traeger*, II.

[157] Lug. cit., 13.

[158] De manera exacta, VON LISZT-SCHMIDT, *Lehrb.*, § 26, I, 2, § 44, II.

[159] *GA* 54, 20 y siguientes.

[160] Cfr. la clasificación de los delitos de intención en MEZGER, *Homenaje a Traeger*, 21.

En los delitos de intención la culpabilidad o su gravedad dependen de que la representación de un resultado determinado haya sido elevada a motivo. Pero siempre que se exige la maldad, o la malicia, o la lascivia en la ejecución, puede bastar el valor del sentimiento de la representación de un resultado determinado. Empero, en la mayoría de estos casos y siempre que se haya erigido en característica de la culpabilidad correspondiente al tipo, el egoísmo, la codicia, la crueldad, la brutalidad, la inclinación al crimen o el sentimiento deshonroso, la culpabilidad o su gravedad se determinan según motivos del carácter.

3°) Cuanto más libre estuvo la motivación de la "influencia de perturbaciones morbosas o semejantes" (§ 69 del Proyecto de Código Penal), y cuanto más adelantado era el desarrollo espiritual y moral de un menor, tanto más exigible era la contramotivación por la representación del resultado, y tanto más reprochable era la motivación contraria al deber. Aquí se demuestra la exactitud de la tesis de FRANK de que la gravedad de la culpabilidad depende de la medida de la libertad interior del autor. Ello explica el reconocimiento de la imputabilidad disminuida como causa de atenuación de la pena; esta causa se encuentra hasta ahora sólo en la ley respecto de los menores, aunque también lo está en el Proyecto en relación a los alienados y sordomudos. Que esta causa es absolutamente compatible con la atribución al carácter (que admitimos a continuación, bajo el N° 4), se puede justificar con la consideración de que nosotros miramos "todo lo patológico como algo ajeno a la personalidad" [161]. El hecho de que la psiquiatría no haya

[161] E. HEINITZ, *Arch. R. Phil.* 22, 279; en el mismo sentido, GRÜNHUT, *Suplemento al 17° año de la MSchrKrPsych.*, 93 y siguientes.

podido demostrar hasta ahora que en los alienados se operen transformaciones anatómicas, es irrelevante para nuestro juicio de valor ético-social.

4°) Cuanto más reprobables fueron los motivos estimuladores al crimen y tanto más insignificante fue su causa exterior, tanto más exigible era erigir la representación del resultado en contramotivo, y tanto más reprochable es, entonces, la motivación contraria al deber[162]. El grado de la reprobabilidad de los motivos se determina según puntos de vista ético-sociales. Pero, también, el grado de la insignificancia de la causa exterior del crimen se puede determinar sólo según una medida objetiva, más precisamente: si y con qué facilidad o dificultad un hombre medio, dada la causa, se hubiera resuelto al hecho. Cuanto menos pese sobre esta balanza la causa exterior del crimen, tanto más se debe explicar el crimen por el carácter del autor; en otras palabras, el carácter agrava. M. E. MAYER, como se sabe, llega a este resultado justo, aunque él declara imposible medir la debilidad o fuerza de los motivos, esto es, la insignificancia o gravedad de la causa exterior del crimen, según una medida media, y, más bien, pretende medirla de antemano según las cualidades del carácter del autor[163]. Mientras que E. HEINITZ considera posible la medición según una medida media, pero piensa que sobre la base de ésta se debe llegar al resultado inexacto del castigo igual para los criminales habituales más peligrosos y para los criminales de ocasión[164].

Nosotros pensamos que si un ladrón habitual hurta por necesidad extrema, no es justo eliminar,

[162] Fundamental es M. E. MAYER, *Schuldhafte Handlung*, 185 y siguientes.

[163] Lug. cit., 187 y siguientes.

[164] *ArchRPhil.* 22, 270.

según el método de M. E. MAYER, el motivo de necesidad extrema, ni resulta injusto no castigarlo de manera más grave que a un ladrón de ocasión. Como se sabe, el § 244 no se aplica en el caso del § 248 a del C.P. El método de M. E. MAYER pretende utilizar como fuente de conocimiento el resultado que se debe buscar; él quiere derivar de la *posibilidad* de la atribución al carácter, la insignificancia de la causa exterior, mientras que, al contrario, hay que derivar de la insignificancia de la causa exterior, que se debe determinar según una medida media, la *necesidad* de la atribución al carácter. Por otro lado, quien mide el peso de la causa externa de un crimen según una medida media, sólo llega a una eliminación del carácter como factor determinante de la culpabilidad, si aquel peso es bastante como para explicar el hecho también en un hombre medio. La atribución también en esta circunstancia al autor de que *posiblemente* se hubiera resuelto al hecho aun en el caso de una causa insignificante, no se podría justificar ni siquiera en relación a un juicio cuyo objeto no fuese el hecho, sino el carácter, siempre que se mantenga la exigencia del hecho como *síntoma*.

De lo dicho resulta:

a) Que FRANK tiene razón al reclamar el fin del autor, en el sentido de motivo, como "elemento de la culpabilidad". Siempre que el motivo del autor, en cualquiera de las formas tratadas *supra*, bajo el N° 2, se erija en característica de la culpabilidad correspondiente al tipo, es evidente su función como factor constitutivo, agravante o atenuante de la culpabilidad. Pero, también, cuando el motivo del autor no representa una característica de la culpabilidad correspondiente al tipo, permanece como un factor determinante de la gravedad de la culpabilidad. Decisivo para su fuerza como agravante o atenuante de

la culpabilidad, es el grado de su reprobabilidad, excusabilidad o respetabilidad ética-social (el último concepto se encuentra en el § 72 del Proyecto de Código Penal en la redacción alemana-austriaca, mientras que se habla de "honorabilidad" en la redacción de la Comisión del Reichstag, primera lectura).

Por el contrario, según mi entender, no se puede consentir la exigencia de FRANK de acoger al motivo en la definición de la culpabilidad en razón de su importancia para la determinación de la gravedad de la culpabilidad. Empero, mi razón para no consentir es puramente terminológica. Como ya hemos expuesto antes, bajo I al final, hasta el tipo representado, necesario para la fundamentación de la culpabilidad, es mero *presupuesto* de ésta. La culpabilidad misma es la motivación reprochable. Tanto menos oportuno parece acoger en la definición de la culpabilidad los factores determinantes de su medida.

b) Lo que se puede objetar contra la incorporación del fin, en la definición de la culpabilidad por parte de FRANK, lo opone él, con razón, a los que conciben la culpabilidad como un defecto del carácter: "Ciertamente, dice él, un vicio de carácter *puede* ser la *causa* de la culpabilidad, pero no *es* culpabilidad"[165]. No lo es, aunque también este nexo causal, como la futilidad del fin, sea un factor agravante de la culpabilidad. Sin embargo, tiene razón FRANK cuando considera sustancial el contraste entre este punto de vista y la "concepción caracterológica de la culpabilidad". Pues la concepción caracterológica sustituye a la valuación otro *objeto*, a saber: en vez de la motivación particular, pone el carácter[166]. Pero apenas es con-

[165] 18 ed., N° II, antes del § 51.

[166] GRÜNHUT, *Suplemento al 17° año de la MSchrPsych.*, 91.

cebible que, a pesar de todas las protestas [167], siempre se hable como si la "concepción caracterológica de la culpabilidad", que en verdad abandona el concepto de la culpabilidad, fuese la consecuencia necesaria de la atribución al carácter [168].

Sin duda, el Proyecto del Código Penal, como se deduce del § 69 y de sus motivos, está en el terreno de la atribución al carácter, exactamente como lo estaba el Código Penal de Baviera, redactado por FEUERBACH en 1813, cuando decía: "En razón de la ilegalidad de la voluntad, la punibilidad aumenta: (. . .) III) cuanto más insignificante hayan sido las causas accidentales exteriores que han incitado, inducido o seducido al criminal, y cuanto más aquél se haya resuelto a cometer la infracción por propio impulso interior y él mismo haya buscado la ocasión para el crimen (. . .)". Pero una ojeada a las amenazas penales de la Parte Especial de ambas obras legislativas demuestra que, a pesar de todo esto, es el hecho particular lo que queda como *objeto* de la valuación [169]. La Parte Especial es el bloque "erático" que siempre derriba a la teoría de su alto vuelo y la obliga a bajar a la tierra, y a su respecto se puede aceptar el dicho de KOHLRAUSCH: "De la prevención general no hay necesidad de cuidarse" [170]. La confusión aumenta cuando se hace referencia al contraste entre determinismo e indeterminismo y se pretende que la valuación del hecho es necesariamente indeterminista y el indeterminismo excluye la atribución al carácter [171]. Pero

[167] Cfr. mi artículo en *GA* 51, 340 y siguientes.

[168] Así, GRÜNHUT, lug. citado.

[169] De este modo, acertadamente, E. HEINITZ, *ArchRPhil.* 22, 283.

[170] *MIKV* 1927, 14.

[171] GRÜNHUT, lug. cit.; KADECKA, *ZStW.* 48, 609.

lo uno es tan falso como lo otro. Pues la fuente de la valuación del hecho no es el indeterminismo, sino la prevención general. Y el dicho de que el hombre "bueno" "puede obrar más fácilmente de otra manera" que el hombre "malo", es un sofisma, "porque siempre que un hombre ha cometido una mala acción, nosotros sólo podemos establecer su "bondad" después de habernos convencido de la gravedad de la causa exterior que lo ha impulsado a la comisión; de lo que recién se deduce que "sólo con grandes dificultades hubiera podido obrar de otra manera" [172]. Sin embargo, a veces, por una falta, se hacen al "bueno" reproches más graves que al "malo"; pero éstos suelen ser auto-reproches.

La "concepción caracterológica de la culpabilidad" no está libre de cierta auto-justicia cuando se cree portadora de la bandera del progreso científico. A raíz de esto, se recuerda que también a ella se le ha reprochado un atraso científico y social. Social, en cuanto que no tiene en cuenta que el carácter malo puede adquirirse sin culpa, por herencia, mala educación, mal ejemplo, mal ambiente o condiciones económicas miserables. Científico, en cuanto no se fija en los resultados de las investigaciones psicoanalíticas, según las cuales no se puede hacer un "reproche" al autor, precisamente a causa de lo inconsciente, instintivo, que vive en él y que no le es de ninguna manera ajeno. Por esta razón ya se ha solicitado la modificación del § 69 del Proyecto de Código Penal [173]. El método de la valuación del hecho es capaz de con-

[172] Cfr. sobre todo esto y sobre la "peligrosidad como momento de la culpabilidad", ya mi artículo en *GA* 51, 340 y ss.; ahora también HEINITZ, *ArchRPhil.* 22, 275.

[173] H. F. ABRAHAM, *Vom Rechte, das mit uns geboren* (*Del derecho que ha nacido con nosotros*) (1929), 108/9.

siderar todos estos puntos de vista porque para él vale el principio: El carácter agrava siempre sólo *ceteris paribus* y no excluye que se retroceda a la culpabilidad colectiva de la sociedad ni que se descienda a las profundidades del alma humana.

APENDICE*

Códigos y Proyectos de Códigos citados en el texto

* Las disposiciones citadas por el autor se han traducido sin tomarse en consideración eventuales modificaciones de las mismas, posteriores a la publicación alemana de la obra de James GOLDSCHMIDT en 1930.

§ 20. — Cuando la ley permita la elección entre reclusión y arresto en una fortaleza, la reclusión sólo puede ordenarse cuando se haya establecido que la acción considerada punible proviene de un sentimiento deshonroso.

§ 28. — Si al condenado no se le puede exigir, por sus condiciones económicas, que abone inmediatamente la multa, el tribunal le concederá un término o le permitirá abonarla en determinados importes parciales.

El tribunal puede conceder este beneficio aun después de la sentencia. Puede modificar posteriormente sus resoluciones. Si el condenado no efectúa oportunamente los pagos parciales o si mejoran sensiblemente sus condiciones económicas, el tribunal podrá revocar el beneficio.

A los fines de la decisión pertinente según el párrafo 2, encuentra aplicación el § 494 de la Ordenanza Procesal Penal.

§ 52. — No existe acción punible, si el autor ha sido obligado a la acción por medio de fuerza irresistible o por medio de una amenaza, la que estaba ligada con un peligro actual, no evitable de otra manera, para el cuerpo o vida de sí mismo o de un pariente.

Como parientes, en el sentido de esta ley penal, deben considerarse: consanguíneos y afines de la línea ascendente y descendente, padres e hijos adoptivos o ligados por una relación de crianza, cónyuges, hermanos y sus cónyuges y prometidos.

§ 53. — No existe acción punible si la acción ha sido impuesta por legítima defensa.

Legítima defensa es aquella defensa que es requerida para alejar de sí o de otro, un ataque actual, antijurídico.

El exceso de la legítima defensa no es punible si el autor ha traspasado los límites de la defensa, por aturdimiento, miedo o terror.

§ 54. — No existe acción punible, si la acción, además del caso de legítima defensa, ha sido cometida en un estado de necesidad no culpable, no removible de otra manera, para la salvación de un peligro actual para el cuerpo o la vida del autor o de un pariente.

§ 87. — El alemán que entre en inteligencia con un gobierno extranjero, para inducirlo a una guerra contra el Reich Alemán, será castigado por traición a la patria con reclusión de cinco años, y si ha estallado la guerra, con reclusión perpetua.

Si existen circunstancias atenuantes, se aplicará arresto en una fortaleza de seis meses a cinco años, y si ha estallado la guerra, arresto en una fortaleza no inferior a cinco años.

Conjuntamente con el arresto en una fortaleza puede imponerse la pérdida de los cargos públicos ejercidos, así como de los derechos provenientes de elecciones públicas.

§ 103 a. — Quien, con malevolencia, quita, destruye o daña un símbolo público de la autoridad de un Estado no perteneciente al Reich Alemán, o un símbolo de la soberanía de tal Estado, o comete un abuso injurioso en relación con ellos, será castigado con multa o con prisión hasta dos años.

§ 113. — Quien con violencia o con amenaza de violencia resiste a un funcionario encargado de la ejecución de leyes, mandamientos y disposiciones de las autoridades administrativas, o de sentencias y decretos de los tribunales, en el ejercicio legítimo de su cargo, o quien ataca con vías de hecho a tal funcionario durante el ejercicio legítimo de su cargo, será castigado con prisión de catorce días hasta dos años.

Si existen circunstancias atenuantes, se aplicará pena de prisión hasta un año, o multa.

Las mismas disposiciones penales se aplicarán si la acción se comete contra las personas llamadas en ayuda del funcionario, o contra miembros de la fuerza armada, o contra miembros de una guardia municipal, de seguridad o cívica, en el ejercicio de su servicio.

§ 135. — Quien, con malevolencia, quita, destruye o daña un símbolo público de la autoridad del Reich o un símbolo de la

soberanía de uno de los Estados Confederados, o comete un abuso injurioso en relación con ellos, será castigado con multa o con prisión hasta dos años.

§ 139. — Quien adquiere conocimiento fidedigno de un plan de alta traición, de traición a la patria, de crimen monetario, de asesinato, de robo de persona, o de un crimen de peligro común, en un momento en que es posible prevenirlo, y omite dar aviso de ello, en tiempo útil, a la autoridad o a la persona amenazada por él, será castigado con prisión, si se ha cometido el crimen o una tentativa punible del mismo.

§ 146. — Quien falsifica moneda metálica o moneda de papel, con el fin de emplearla como verdadera, o de ponerla de cualquier otra manera en circulación, o quien da, con la misma intención, a moneda verdadera, mediante alteración de ella, la apariencia de un valor mayor, o le da a moneda fuera de curso, mediante alteración de la misma, la apariencia de una moneda aún en curso, será castigado con reclusión no menor de dos años; también es admisible la vigilancia de la policía.

Si existen circunstancias atenuantes, se aplicará pena de prisión.

§ 147. — Las mismas disposiciones penales se aplicarán a quien ponga en circulación, como verdadera, la moneda falsificada o alterada, aún sin la intención mencionada, como también a quien se procure moneda falsificada o alterada y la ponga en circulación o la introduzca del extranjero a los fines de su difusión.

§ 153. — Aquel a quien se le ha deferido, referido o impuesto el juramento, que jure a sabiendas lo que es falso, será castigado con reclusión hasta diez años.

§ 202. — Se aplicará arresto en una fortaleza de dos meses hasta dos años, si la provocación al duelo se expresa con la intención de que una de las partes pierda la vida, o si tal intención resulta de la especie de duelo elegida.

§ 206. — Quien mata en duelo a su adversario, será castigado con arresto en una fortaleza no menor de dos años, y si el duelo era de tal carácter que de él debía derivar la muerte de uno de los dos, será castigado con arresto en una fortaleza no menor de tres años.

§ 211. — Quien mata dolosamente a un hombre será castigado, por asesinato, con la muerte, si ha ejecutado el homicidio con reflexión.

§ 214. — Quien, al emprender una acción punible, mata dolosamente a un hombre para remover un obstáculo que se oponía a la ejecución de ella, o para evitar ser detenido in fraganti, será castigado con reclusión no inferior a diez años o con reclusión perpetua.

§ 222. — Quien causa culposamente la muerte de un hombre será castigado con prisión hasta dos años.

Si el autor, en razón de su cargo, profesión o industria, estaba obligado de manera especial a la atención que ha olvidado, la pena podrá aumentarse hasta cinco años de prisión.

§ 223 a. — Si la lesión ha sido cometida con una arma y, en particular, por medio de un cuchillo, o de otro instrumento peligroso, o mediante una agresión traicionera, o por varias personas de común acuerdo, o mediante un tratamiento que pone en peligro la vida, se aplicará pena de prisión no inferior a dos meses.

La misma pena se aplicará si se comete una lesión, mediante un tratamiento cruel o malvado, contra una persona menor de dieciocho años o indefensa en razón de debilidad o enfermedad, que está sujeta al cuidado o a la protección del autor, o pertenece a su casa, o que quien está obligado a su cuidado ha dejado en poder del mismo.

§ 229. — Quien dolosamente suministra a otro, para dañar su salud, veneno u otras materias adecuadas para destruir la salud, será castigado con reclusión hasta diez años.

Cuando con la acción se ha provocado una lesión grave, se aplicará reclusión no inferior a cinco años, y si mediante la misma se ha ocasionado la muerte, reclusión no inferior a diez años o reclusión perpetua.

§ 230. — Quien cause la lesión de otro por culpa, será castigado con multa o con prisión hasta dos años.

Si el autor, en razón de su cargo, profesión o industria, estaba obligado de manera especial a la atención que ha olvidado, la pena podrá aumentarse hasta tres años de prisión.

§ 234. — Quien se apodera de una persona mediante astucia, amenaza o violencia para abandonarla en una situación

desamparada, o para someterla a esclavitud, servidumbre o al servicio extranjero de guerra o naval, será castigado con reclusión por robo de persona.

§ 236. — Quien rapta a una mujer, contra su voluntad, mediante astucia, amenaza o violencia, para inducirla a la prostitución, será castigado con reclusión hasta diez años, y si el rapto ha sido cometido para inducirla al matrimonio, con prisión.

La persecución se realizará sólo por instancia.

§ 237. — Quien rapta a una mujer menor soltera con su voluntad, pero sin el consentimiento de sus padres, tutor o curador, para inducirla a la prostitución o al matrimonio, será castigado con prisión.

La persecución se realizará sólo por instancia.

§ 244. — Quien, habiendo sido castigado en el país como ladrón, autor de robo o como autor de un crimen equivalente al robo, o como receptador, ha cometido de nuevo una de estas acciones y ha sido castigado por ella, si comete un hurto simple (§ 242), será castigado con reclusión hasta diez años, si comete un hurto grave (§ 243), con reclusión no inferior a dos años.

Si existen circunstancias atenuantes, se aplicará, en el caso del hurto simple, pena de prisión no inferior a tres meses, y en el caso de hurto grave, pena de prisión no inferior a un año.

§ 248 a. — Quien, por necesidad, sustrae o defrauda objetos de poco valor, será castigado con multa o con prisión hasta tres meses.

La persecución se realizará sólo por instancia. Es admisible el retiro de la instancia.

Quien cometa el hecho contra un pariente en línea descendente o contra su cónyuge, queda impune.

§ 257. — Quien, después de la comisión de un crimen o delito, preste ayuda a sabiendas al autor o partícipe, para sustraerlo al castigo o para asegurarle las ventajas del crimen o delito, será castigado por favorecimiento con multa o con prisión hasta un año, y si presta esta ayuda en su ventaja, con prisión. Sin embargo, la pena no puede superar, en especie y medida, la conminada para la acción misma.

El favorecimiento queda impune si ha sido prestado, al autor o partícipe, por un pariente para sustraerlo al castigo.

El favorecimiento debe ser castigado como participación si ha sido prometido antes de la comisión del hecho. Esta disposición se aplica también a los parientes.

§ 263. — Quien, con la intención de procurarse o de procurar a un tercero una ventaja patrimonial antijurídica, perjudica o daña el patrimonio de otro, provocando o manteniendo un error mediante la apariencia de hechos falsos o mediante la alteración o supresión de hechos verdaderos, será castigado, por estafa, con prisión, junto con la que se puede imponer multa, así como la pérdida de los derechos cívicos honoríficos.

Si existen circunstancias atenuantes, se podrá imponer exclusivamente multa.

La tentativa es punible.

Quien comete una estafa contra parientes, tutores o educadores, podrá ser perseguido sólo por instancia. Es admisible el retiro de la instancia.

§ 264 a. — Quien, por necesidad, se procura o procura a un tercero, en perjuicio de otro, objetos de poco valor, mediante estafa (§ 263, I), será castigado con multa o con prisión hasta tres meses.

La tentativa es punible.

La persecución se realizará sólo por instancia. Es admisible el retiro de la instancia.

Quien cometa el hecho contra una pariente de la línea descendente o contra su cónyuge, queda impune.

§ 265. — Quien, con la intención de cometer una estafa, pone fuego a una cosa que está asegurada contra incendios, o hace hundir o encallar una nave que está asegurada, ella, su carga o su flete, será castigado con reclusión hasta diez años y simultáneamente con multa.

Si existen circunstancias atenuantes se aplicará pena de prisión no inferior a seis meses, junto a la cual se podrá imponer multa.

§ 268. — Una falsificación de documentos cometida con la intención de procurarse o de procurar a otro una ventaja patrimonial o de infligir perjuicio a otro, será castigada:

1°) Si el documento es un documento privado, con reclusión hasta cinco años, junto con la que se podrá imponer multa.

2°) Si el documento es público, con reclusión hasta diez años, junto con la que se podrá imponer multa.

Si existen circunstancias atenuantes, se aplicará pena de prisión, que en el caso de la falsificación de un documento privado no deberá ser inferior a una semana, y en el caso de la falsificación de un documento público, no deberá ser inferior a tres meses. Junto con la pena de prisión podrá imponerse simultáneamente multa.

§ 274. — Será castigado con prisión, junto con la que podrá imponerse multa, quien:

1°) Destruye, daña o suprime un documento, que no le pertenece o que no le pertenece en forma exclusiva, con la intención de causar daño a otro.

2°) Quita, destruye, vuelve irreconocible, remueve o coloca falsamente un término u otro signo destinado a la determinación de un límite o de un nivel de agua.

§ 275. — Será castigado con prisión no menor de tres meses, quien:

1°) (. . .).

2°) Fabrica papel sellado falso, estampillas, sellos en blanco o improntas de sellos para naipes, pasaportes u otros impresos y escritos falsos, así como falsas estampillas de correo o de telégrafo o sobres de cartas sellados, con la intención de emplearlos como verdaderos, o

3°) falsifica papel sellado verdadero, estampillas verdaderas, sellos en blanco, improntas selladas, estampillas de correo o telégrafo o sobres de carta sellados, con la intención de emplearlos por un valor superior.

§ 288. — Quien, estando amenazado por una ejecución forzosa, enajena o distrae partes de su patrimonio con la intención de frustrar la satisfacción de su acreedor, será castigado con prisión hasta dos años o con multa.

La persecución sólo se realizará a instancia del acreedor.

§ 313. — Quien, con peligro común para la propiedad, produce dolosamente una inundación, será castigado con reclusión.

Sin embargo, si la intención del autor sólo ha sido la de proteger su propiedad, se impondrá prisión no inferior a un año.

§ 333. — Quien ofrece, promete o da a un funcionario o a un miembro de la fuerza armada, regalos u otras ventajas para determinarlo a una acción que implique una violación de un deber del cargo o del servicio, será castigado por cohecho con prisión; además, podrá imponerse la pérdida de los derechos cívicos honoríficos.

Si existen circunstancias atenuantes, podrá imponerse multa.

§ 343. — Todo funcionario que en una institución emplee medidas de coacción o haga que se las emplee para forzar confesiones o declaraciones, será castigado con reclusión hasta cinco años.

§ 336. — Un funcionario o un árbitro que en la dirección o decisión de una causa se vuelve, dolosamente, culpable de un quebrantamiento de la ley en favor o en daño de una parte, será castigado con reclusión hasta cinco años.

§ 346. — Un funcionario que, en virtud de su cargo, tiene que cooperar en el ejercicio del poder punitivo o en la ejecución de la pena, será castigado con reclusión hasta cinco años, si con la intención de sustraer de manera antijurídica a alguien a la pena legal, omite la persecución de una acción punible, o comete una acción que es adecuada para producir una absolución o un castigo que no corresponde a la ley, o no procede a la ejecución de la pena impuesta, o hace ejecutar una pena más benigna que la impuesta.

Si existen circunstancias atenuantes, se aplicará la pena de prisión no inferior a un mes.

§ 360. — Será castigado con multas hasta ciento cincuenta RM. o con arresto: (. . .).

13) Quien, públicamente o de una manera que provoca escándalo, atormenta animales malvadamente o los maltrata cruelmente.

II. PROYECTO OFICIAL DE UN CÓDIGO PENAL GENERAL ALEMÁN DE 1930

§ 13. — No es imputable quien, en el momento del hecho, por turbación de la conciencia, enfermedad o debilidad mental,

es incapaz de conocer la injusticia del hecho o de actuar en conformidad a tal conocimiento.

Si en el momento del hecho, la capacidad de conocer la injusticia del hecho o de actuar en conformidad, estaba, por uno de tales motivos, grandemente disminuida, la pena debe mitigarse (§ 73). Cuando la turbación de la conciencia sea causada por un estado de ebriedad procurado culpablemente, la pena puede mitigarse (§ 73).

§ 14. — El sordomudo no es imputable si por su retraso en el desarrollo mental es incapaz de conocer la injusticia del hecho o de actuar en conformidad a tal conocimiento.

Si, por tal motivo, la capacidad de conocer la injusticia del hecho o de actuar en conformidad está grandemente disminuida, la pena debe mitigarse (§ 73).

§ 19. — Obra con culpa quien actúa sin la atención a la que está obligado o de la que es capaz según las circunstancias y sus condiciones personales, y, por esto, no prevé que el hecho punible puede ocurrir o, considerándolo posible, confía en que no se realizará.

§ 20. — Quien, por error, tiene por verdadero un estado de hecho, que justificaría el hecho o volvería impune al autor, no puede ser castigado por acción dolosa; puede ser castigado por acción culposa sólo si el error es culposo.

Quien actúa dolosamente, pero en excusable error de derecho que le impide conocer la injusticia del hecho, queda impune; si el error no es excusable, el autor es punible, pero la pena debe mitigarse.

§ 25. — Actúa en estado de necesidad quien comete una acción punible para alejar de sí o de otro un peligro actual, de otro modo no evitable, de un daño relevante, si dadas las circunstancias, no se podía exigir de él o del amenazado que soportase el daño inminente.

Si el daño inminente es desproporcionadamente grande en relación con el daño que puede provocar la reacción, el autor no actúa antijurídicamente; de otro modo él actúa antijurídicamente, pero está exento de pena.

Actos dirigidos contra el cuerpo o la vida son admisibles sólo en defensa del cuerpo o de la vida.

Es aplicable, en la forma correspondiente, el § 24, III.

§ 24, III. — Si el autor ha traspasado los límites de la legítima defensa, es punible, pero la pena puede mitigarse (§ 73); si él los ha traspasado por aturdimiento, miedo o terror, queda impune.

§ 69. — En la medición de la pena el tribunal debe apreciar principalmente en qué medida la acción se funda sobre sentimiento o inclinaciones reprobables del autor y sobre circunstancias que no redundan en su desaprobación. Deben tenerse en consideración:

Los motivos y los estímulos para la acción, el fin propuesto por el autor, la tenacidad de la voluntad usada en el hecho, y los medios adoptados.

El grado de discernimiento del autor y el influjo de perturbaciones morbosas o semejantes sobre su voluntad.

Los precedentes del autor, sus condiciones personales y económicas en el momento del hecho y de la condena.

Las consecuencias del hecho que le sean imputables.

La conducta del autor después del hecho y especialmente si se ha dispuesto a reparar el daño causado por su acción.

§ 72. — En vez de reclusión o prisión se pondrá detención de igual duración, si el autor ha actuado exclusivamente por motivos respetables y la acción no sea en sí misma muy reprobable por el modo de su ejecución o las consecuencias causadas por el autor.

§ 76. — Cuándo el tribunal, en casos especialmente leves, puede prescindir de la pena, está establecido expresamente por la ley.

Subsiste un caso especialmente leve cuando la culpabilidad del autor sea tan pequeña y las consecuencias del hecho tan insignificantes, que no parezca necesario un castigo.

III. CÓDIGO CIVIL ALEMÁN

§ 227. — Una acción impuesta por defensa legítima no es antijurídica. Defensa legítima es aquella defensa que es requerida para alejar de sí o de otro, un ataque actual, antijurídico.

§ 626. — La relación de servicio puede ser denunciada, si existe una causa grave, por cada parte sin observancia de un plazo para la denuncia.

§ 1566. — Un cónyuge puede demandar el divorcio si el otro cónyuge atenta contra su vida.

§ 1568. — Un cónyuge puede demandar el divorcio si el otro cónyuge, mediante una grave violación de los deberes nacidos del matrimonio o por una conducta deshonrosa o inmoral, ha causado tal trastorno de la relación conyugal que no se le puede exigir al otro cónyuge la continuación del matrimonio. Las sevicias se consideran como violación grave de los deberes.

§ 2333. — El testador puede privar a un descendiente de su porción legítima:

I) Si el descendiente atenta contra la vida del testador, del cónyuge o de otro descendiente del testador.

IV. LEY SOBRE EL ESTADO CIVIL

§ 67. — Será punible el sacerdote que proceda a las funciones religiosas de un casamiento antes de que se le haya probado que el matrimonio ha sido celebrado ante el funcionario del estado civil.

Sin embargo, no será punible el sacerdote si procede a las funciones religiosas del casamiento en caso de una enfermedad de uno de los novios que no permita demora por ser peligrosa para su vida.

V. ORDENANZA PROCESAL PENAL

§ 153. — Las contravenciones no serán perseguidas si la culpabilidad del autor es pequeña y las consecuencias del hecho carecen de importancia, salvo que exista un interés público en que se produzca una decisión judicial.

Si en un delito la culpabilidad del autor es pequeña y las consecuencias del hecho carecen de importancia, el ministerio público, con el consentimiento de juez de juzgado de primera instancia, podrá desistir de interponer la acción pública.

VI. ORDENANZA SOBRE CONCURSOS

§ 239. — Los deudores que hayan cesado en sus pagos o sobre cuyos patrimonios se haya abierto el procedimiento de concurso, serán castigados por bancarrota fraudulenta con reclusión, si ellos, con la intención de perjudicar a sus acreedores:

1°) Han ocultado o distraído partes de su patrimonio;

2°) han reconocido o alegado deudas o negocios jurídicos que son total o parcialmente fingidos;

3°) han omitido llevar libros de comercio que debían llevar de acuerdo a la ley; o

4°) han destruido u ocultado sus libros de comercio o los han llevado o alterado de tal modo que éstos no permitan que se obtenga una noción de su estado patrimonial.

Si existen circunstancias atenuantes, se aplicará pena de prisión no inferior a tres meses.

§ 241. — Los deudores que hayan cesado en sus pagos o sobre cuyos patrimonios se haya abierto el procedimiento de concurso, serán castigados con prisión hasta dos años, si ellos, conociendo su incapacidad para pagar, con la intención de favorecer a un acreedor frente a los demás acreedores, le han dado una garantía o satisfacción que éste no podía exigir o no podía exigir en la especie o en el tiempo en que lo hicieron.

Si existen circunstancias atenuantes, podrá imponerse multa.

§ 242. — Será castigado con reclusión hasta diez años, quien:

1°) En el interés de un deudor que haya cesado en sus pagos o sobre cuyo patrimonio se haya abierto el procedimiento de concurso, ha ocultado partes del patrimonio de éste; o

2°) en el interés de tal deudor, o para procurarse o para procurar a otro ventajas patrimoniales, ha hecho valer en el procedimiento créditos fingidos en nombre propio o por interpósitas personas.

Si existen circunstancias atenuantes, se aplicará la pena de prisión o de multa.

VII. ORDENANZA PROCESAL CIVIL

§ 141. — El tribunal podrá ordenar la comparecencia personal de las partes para el esclarecimiento de los hechos; pero deberá prescindir de esta medida si la comparecencia personal no pudiera ser exigida a la parte, por razón de la distancia del lugar donde se encuentra, o por otros motivos importantes.

Una vez declarada la comparecencia personal de la parte, el tribunal la citará de oficio y en su persona, aunque tenga representante nombrado. La citación se llevará a efecto sin formalidades.

Si la parte así citada no comparece, se le podrán imponer las mismas penas que a los testigos inobedientes, excepto la pena de arresto. No habrá lugar a esto cuando la parte envía a un representante capacitado para hacer las aclaraciones de los hechos, y autorizado para las declaraciones necesarias y, especialmente, con poder para transigir. En la citación que se haga a la parte, se le harán saber las consecuencias en que incurrirá por su incomparecencia.

§ 449. — I. Cuando se trate de un hecho consistente en un acto o en un objeto de percepción de la parte que ha de jurar, se jurará "que el hecho es o no verdad".

II. Cuando por la naturaleza del hecho alegado por la parte que solicite el juramento no se pueda, por las circunstancias del caso, exigir al obligado a jurar que lo haga sobre la verdad o no verdad del hecho, el tribunal, a petición de parte, podrá ordenar que se jure "que después de un detenido examen y de haberse informado detalladamente el que jura, ha llegado a la convicción de que el hecho es verdad o no es verdad".

III. Si se tratare de hechos distintos de éstos, se jurará "que después de un detenido examen y de haberse informado detalladamente el que jura, ha llegado a la convicción o no ha llegado a la convicción de que el hecho es verdad".