

ESTEBAN RIGHI

Copia privada para fines
exclusivamente educacionales.
Prohibida su venta



**LA CULPABILIDAD
EN MATERIA PENAL**

AD·HOC

1ed. c.01

LA CULPABILIDAD
EN MATERIA PENAL

Esteban Righi

LA CULPABILIDAD
EN
MATERIA PENAL



Buenos Aires

Primera edición: agosto 2003

Foto de Tapa: *Guillermo Iuso* (1963)

"Pintura 197" (1998)

Técnica mixta sobre tela - 180 x 160 cm.

345
RIG

Righi, Esteban

La culpabilidad en materia penal

1ª ed - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.

176 p.; 23x16 cm.

ISBN: 950-894-401-3

I. Título - 1. Derecho Penal.

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén O. Villela

Copyright by AD-HOC S.R.L.
Dirección, Administración y Correspondencia:
Viamonte 1450 - Tel./Fax: 4371-0778 / 4371-6635
C1055ABB Buenos Aires, República Argentina
E-mail: info@adhoc-villela.com
Sitio: www.adhoc-villela.com
Librería virtual: www.editorialadhoc.com

Printed in Argentina
Derechos reservados por la ley 11.723
ISBN: 950-894-401-3

INDICE

<i>Prólogo</i>	15
----------------------	----

I. INTRODUCCIÓN

1. <i>Culpabilidad formal y culpabilidad material</i> ..	19
2. <i>El punto de partida: la exposición de Aristóteles</i>	20
3. <i>La teleología empirista</i>	21
4. <i>La Ilustración</i>	23
5. <i>La visión kantiana</i>	25
6. <i>La concepción retributiva en Hegel</i>	27
7. <i>La culpabilidad en el modelo funcionalista</i> ...	30
8. <i>El mandato de neutralidad</i>	32

II. CULPABILIDAD MATERIAL

9. <i>Incidencia de las teorías de la pena</i>	35
10. <i>Teoría de la retribución</i>	36
10.1. <i>La culpabilidad como fundamento de la pena</i>	37
10.2. <i>La culpabilidad como presupuesto de la pena</i>	38
10.3. <i>La culpabilidad como pauta para individualizar la pena</i>	39
10.4. <i>Objeciones a la noción de culpabilidad</i> ...	40
10.5. <i>Incidencia de la teoría retributiva en el derecho contemporáneo</i>	40

11. <i>Prevención general</i>	41
11.1. La coacción psicológica como fundamento de la pena	42
11.2. Prevención general y eficacia disuasiva ...	43
11.3. El énfasis disuasivo como pauta para la individualización	44
11.4. Incidencia de la prevención general en el derecho contemporáneo	44
12. <i>Prevención especial</i>	45
12.1. La finalidad de evitar la reincidencia	45
12.2. La defensa social como fundamento de la pena	46
12.3. La peligrosidad como pauta para la individualización	47
12.4. Prevención especial y ejecución penal	48
12.5. Incidencia de la prevención especial en el derecho contemporáneo	49
13. <i>Teorías de la unión</i>	49
13.1. La unificación mediante una consideración escalonada	50
13.2. La prevención general como base para la articulación	51
13.3. La prevención especial como base unificadora	52
13.4. Evolución de las teorías de la unión	53
14. <i>Teoría unificadora preventiva</i>	53
14.1. Sistematización de la teoría del delito en función de fines político-criminales	54
14.2. Articulación de fines preventivos como fundamento de la pena	54
14.3. Reglas para resolver antinomias	55
14.4. La negación del fin retributivo	56
14.5. La culpabilidad como límite del <i>ius puniendi</i>	56
14.6. Incidencia en el derecho contemporáneo ..	57
15. <i>Prevención general positiva</i>	58

15.1. Función de la pena	59
15.2. Crítica de las teorías de la unión	59
15.2.1. A las de base retributiva	59
15.2.2. A la teoría preventiva de la unión ..	60
15.2.3. Conclusiones	61
15.3. Incidencia en el derecho penal contemporáneo	61
15.4. La estabilidad del sistema	62
15.5. El delito en el funcionalismo	63
16. <i>La culpabilidad en el escenario contemporáneo</i>	64
16.1. Hacia un nuevo modelo pluridimensional ..	64
16.2. Articulación de la culpabilidad con objetivos político-criminales	65
16.3. Criterios de definición	66
16.4. Objeciones a las tradicionales teorías relativas	67
16.5. Complementación externa de la prevención general positiva	68
16.6. Articulación con la culpabilidad	69
16.7. Consecuencias de política criminal	70
16.7.1. Principio de subsidiariedad	70
16.7.2. Derecho penal de autor	71
16.7.3. Sistema procesal acusatorio	72
16.7.4. Individualización de la pena	72
16.7.5. Ejecución penal	73

III. CULPABILIDAD FORMAL

17. <i>La culpabilidad en el positivismo legal</i>	75
17.1. Ideología jurídica	75
17.2. Política criminal y dogmática jurídica	76
17.3. El delito en el positivismo	77
17.4. Teoría psicológica de la culpabilidad	77
17.5. Individualización de la pena	78
17.6. Incidencia en el derecho contemporáneo ..	80

18. <i>Concepción normativa de la culpabilidad</i>	80
18.1. Los neokantianos	80
18.2. Reformulación de la teoría del delito	81
18.3. La antijuridicidad como dañosidad social	82
18.4. La culpabilidad como reproche	83
18.5. Incidencia en el derecho argentino	84
19. <i>La culpabilidad en el finalismo</i>	85
19.1. Estructuras lógico-objetivas	85
19.2. El nuevo sistema del delito	85
19.3. Culpabilidad y libre albedrío	86
19.4. Incidencia en el derecho argentino	87
19.5. Influencia en el derecho contemporáneo	88
19.6. Objeciones a la noción de culpabilidad	90
20. <i>Culpabilidad y responsabilidad en Roxin</i>	92
20.1. El racionalismo teleológico	92
20.2. Funciones de los presupuestos de punibilidad	92
20.3. Culpabilidad: ¿subnivel de la responsabilidad?	94
20.4. Dogmática del delito y teorías relativas	95
21. <i>La culpabilidad configurada funcionalmente</i>	96
21.1. Teoría de la imputación	96
21.2. El delito	96
21.3. La imprudencia	98
21.4. Imputación objetiva	99
21.5. La antijuridicidad	102
21.6. La culpabilidad como déficit de motivación jurídica dominante	103

IV. ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

22. <i>Noción de culpabilidad</i>	105
23. <i>Culpabilidad y estado de derecho</i>	106

24. <i>Elementos</i>	107
24.1. Imputabilidad	108
24.2. Conocimiento virtual de la antijuridicidad	108
24.3. Exigibilidad	108

V. CAPACIDAD DE CULPABILIDAD (IMPUTABILIDAD)

25. <i>Concepto</i>	111
25.1. Capacidad de comprensión de la desaprobación jurídico-penal de la conducta	112
25.2. Capacidad de adecuar el comportamiento de acuerdo a esa comprensión	112
26. <i>Capacidad de culpabilidad y menores de edad</i>	112
26.1. El derecho vigente	113
26.2. ¿Es inimputable el menor de edad?	114
26.3. El derecho penal de menores como especialidad	114
26.4. Cuestiones de política criminal involucradas	115
26.5. Naturaleza punitiva del régimen de la minoridad	116
27. <i>Incapacidad de culpabilidad por enfermedad mental</i>	117
27.1. Regulación legal	117
27.2. Método de constatación de la imputabilidad	117
27.3. Insuficiencia de las facultades mentales ..	119
27.4. Alteraciones morbosas	119
27.5. Estados de inconsciencia	121
27.6. <i>Actio liberae in causa</i>	121

VI. CONOCIMIENTO VIRTUAL DE LA ANTIJURIDICIDAD

28. <i>Posibilidad de conocer la desaprobación social del acto</i>	127
29. <i>Evolución histórica de la regulación del error</i> ..	128

29.1. Distinción entre error de hecho y de derecho	128
29.2. Error de derecho penal y extrapenal	130
29.3. Teoría del dolo	131
29.4. Teoría de los elementos negativos del tipo	133
29.5. Teoría estricta de la culpabilidad	134
30. <i>Teoría estricta de la culpabilidad y regulación del error de prohibición</i>	135
30.1. Clases	135
30.2. Efectos	136
31. <i>Teoría limitada de la culpabilidad</i>	138
32. <i>El error de prohibición en el derecho vigente</i>	140
33. <i>Error evitable sobre un presupuesto justificante</i>	144
33.1. La regulación del exceso	144
33.2. La regla del art. 35, C.P.	145
33.3. Teoría limitada de la culpabilidad y derecho vigente	147

VII. EXIGIBILIDAD

34. <i>Causas de exclusión de la culpabilidad</i>	149
35. <i>Estado de necesidad disculpante</i>	151
35.1. Colisión de intereses de similar jerarquía	151
35.2. Estado de necesidad justificante y disculpante	151
35.2.1. El estado de necesidad como alteración del espíritu	151
35.2.2. Teoría de la diferenciación	152
35.3. Fundamento de la inculpabilidad	153
35.4. Requisitos	154
35.4.1. Situación de peligro	154
35.4.2. Actualidad	154
35.4.3. Bienes amenazados	154
35.5. Supuestos que impiden la exculpación	155
35.5.1. Peligro causado por el propio sujeto	155

35.5.2. Especiales deberes de soportar el riesgo	155
35.6. Error sobre la concurrencia de un estado de necesidad disculpante	156
36. Coacción	156
36.1. Su consideración como causa de exculpación	157
36.2. Asimilación al estado de necesidad	158
36.3. Consecuencias	158
37. Obediencia debida	159
37.1. Cumplimiento de un deber y obediencia debida	159
37.2. Coacción y obediencia debida	160
37.3. La obediencia debida como justificación ..	160
37.3.1. ¿Mandatos antijurídicos vinculantes?	160
37.3.2. ¿Facultad de cumplir órdenes ilegítimas?	162
37.4. Su asimilación al error de prohibición ...	163
37.4.1. Requisitos	164
37.4.2. Efectos	164
<i>Bibliografía</i>	167

PRÓLOGO

La introducción de este volumen parte de la exposición de Aristóteles, para luego confrontar tanto la teleología empirista con el pensamiento de la Ilustración, como los tradicionales puntos de vista preventivos con el retribucionismo expresado en las ideas de Kant y Hegel. Con esa reconstrucción histórica, pretendemos recordar que el derecho penal registra una recurrente confrontación entre una teoría absoluta que justificó la pretensión punitiva en la realización del ideal de justicia, y diversas concepciones preventivas asociadas a la búsqueda de una eficacia vinculada a lograr fines de utilidad social.

Aunque no compartimos el optimismo de quienes sostienen que esas controversias pueden considerarse superadas por la influencia del funcionalismo, debemos admitir que es creciente la adhesión que genera una fundamentación de la pena basada en la necesidad de fortalecer la función orientadora del sistema normativo, como también que la sanción debe ser aplicada cuando se puede imputar a una persona un comportamiento que pone de manifiesto un déficit de motivación jurídica dominante, apreciado como falta de fidelidad al derecho.

Como en estas condiciones no resulta tan evidente la importancia que debe ser reconocida a los problemas tratados en este volumen, parece necesario fundamentar, siquiera brevemente, la importancia que adjudicamos a la *culpabilidad* como pauta explicativa de *por qué*, *cuándo* y en *qué medida*, es legítimo que el Estado utilice la pena pública.

Comenzamos entonces por admitir que el sistema penal requiere incorporar puntos de vista de la *prevención general, positiva*, ya que como adjudica a la pena una función reparadora del equilibrio del sistema social perturbado por el delito, representa un modelo que, aunque utilitario, no puede ser destinatario de las principales objeciones que se han formulado a

las antiguas teorías preventivas. Reconocemos a la visión que de la culpabilidad ofrece el modelo funcionalista, que como la atribuye a sujetos que manifiestan una deficiente conformidad jurídica frente a normas legítimas, no predica una autocorrupción moral, ya que considera suficiente que el autor haya asumido el rol de ciudadano libre. Exhibe así una notoria ventaja, pues tampoco necesita presuponer la existencia del libre albedrío, lo que permite sortear la principal objeción formulada a la idea que de la culpabilidad ofreció el retribucionismo de perfil clásico.

Lo que puede censurarse al concepto funcional, es decir tributario del propósito de protección penal en el sentido de la prevención general positiva, es que como postula una interpretación normativa, encierra el riesgo de la instrumentalización del autor. Es posible advertir la verdadera dimensión del problema, cuando se recuerda que la opinión aún dominante, si bien no admite un reproche de culpabilidad retributivo vinculado a la metafísica de la negación, destaca la importancia de no tratar al autor como objeto del derecho de cosas, ya que pese a la deslealtad que puso en evidencia al cometer un delito, lo que otorga sentido a la imputación es que se lo siga considerando una persona.

Pero contrariamente a lo que suele afirmarse en nuestro medio académico, es posible adoptar pautas del modelo funcionalista, manteniendo al sistema penal vinculado a la preservación de los derechos fundamentales y alejado de prácticas autoritarias. Lo único que se requiere es una complementación externa que establezca límites a la pretensión punitiva, para lo cual seguimos convencidos de la utilidad de la concepción retributiva, especialmente por el perfil antiestatal que la caracteriza.

Consideramos así posible, como también deseable, que cuando se concibe a la pena como réplica ante el delito ejecutada a costa del infractor, con la finalidad de preservar a la norma como modelo de orientación de los contactos sociales, esa idea esté condicionada por límites externos que deben surgir del retribucionismo. Descartada la versión idealista que caracterizó las formulaciones clásicas de la teoría absoluta, es posible rescatar sus virtudes para conformar un modelo global que preserve la seguridad jurídica, especialmente por las condiciones que impuso al ejercicio del *tus puniendi* estatal.

En definitiva, también la explicación del funcionalismo ha sido censurada como mera afirmación de una teoría de la pena de gran discrecionalidad, que puede ser plausible, pero ni siquiera se propone como verificable racionalmente, es decir empíricamente demostrable. La factibilidad de esa articulación también se demuestra, observando los desarrollos modernos de la teoría retributiva, donde se reconoce que la pena debe estar sometida a la reserva de su necesidad social.

El objetivo es evitar que una persecución exclusivamente orientada por fines preventivos genere el peligro de abandonar al afectado a esos objetivos estatales, alterando una relación adecuada y justa entre el motivo de la pena y las consecuencias jurídicas del hecho. Para ello, es necesario configurar un sistema que asegure además de la utilidad, la legitimidad de la reacción punitiva.

I. INTRODUCCIÓN

1. *Culpabilidad formal y culpabilidad material*

Desde que el modelo originado en la teoría de la acción finalista distinguió entre *tipo subjetivo* y *culpabilidad*,¹ en derecho penal contemporáneo se distingue entre: *i)* los problemas de subsunción que son propios del tipo subjetivo, y *ii)* la atribución de culpabilidad —que en ese modelo— fue asociada a la idea de reprochabilidad al autor por la comisión de un comportamiento ilícito.² Se trata de dos problemas centrales desde una perspectiva de respeto a la idea del estado de derecho.

La primera cuestión permite: *i)* objetar que se considere suficiente la mera causación de un resultado para la imputación penal; *ii)* *condicionar* la imputación a que el autor haya

¹ Así en RIGHI: *La imputación subjetiva*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 15 y ss.

² Ambos problemas fueron tratados conjuntamente en la sistemática neokantiana, como puede verse en FRANK: "Estructura del concepto de culpabilidad", *Seminario de Derecho Penal*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1966; GOLDSCHMIDT: *La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, 1943, pp. 3 y ss.; y MEZGER: *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1955, II-9 y ss.; *Derecho penal. Libro de estudio. Parte General*, Buenos Aires, 1958, pp. 189 y ss. Una consideración diferenciada fue la base del modelo de WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, Santiago de Chile, 1970, pp. 57 y ss. y pp. 197 y ss. respectivamente, seguido entre otros por WESSELS: *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, 1980, p. 112; JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Granada, 1993, p. 371; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1982, p. 162; MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, 1994, 1-655; HIRSCH: *Derecho penal. Obras completas*, Buenos Aires, 1999, p. 171; e inclusive en los modelos contemporáneos de fundamentación preventiva como ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1997, pp. 791 y ss. y JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1995, pp. 586 y ss.

obrado con dolo o imprudencia,³ y *iii*) requerir para toda atribución del resultado, que el comportamiento haya surgido del fuero *interno* del autor.

También la exigencia de un reproche de *culpabilidad* está asociada a la misma idea, ya que establece como *condición* de la pena la necesidad de que concurran un conjunto de exigencias, de las que algunas están relacionadas con el fuero *interno* del autor [como la inexistencia de un error], y otras tienen vinculación con circunstancias *externas*, ya que están asociadas al contexto en que el comportamiento fue realizado [como el estado de necesidad].

Consiguientemente, la pretensión de establecer determinados presupuestos y elementos para conformar la estructura de la culpabilidad, debe hacerse cargo: *i*) de ofrecer respuesta a la cuestión *formal* vinculada a la exigencia de que exista una relación interna del autor con el hecho cometido [problema de la teoría de la imputación], y *ii*) del problema *material* vinculado a la fundamentación legitimante de la reacción punitiva estatal [cuestión relativa a la teoría de la pena].

Como se ha señalado, la dificultad que presenta el segundo problema, es que mientras el reproche *formal* está expresamente formulado, no ocurre lo mismo con la culpabilidad *material*, la que por no estar contemplada en forma expresa, es considerada un presupuesto tácito.⁴

2. El punto de partida: la exposición de Aristóteles

La primera idea, es decir la que condiciona la imputación a que el comportamiento del sujeto haya surgido de su fuero interno tiene origen en Aristóteles,⁵ cuando señaló que como el ser humano por medio de su razón toma parte originariamente

³ Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 19; FERRAJOLI: *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, 3ª ed., Madrid, 1998, p. 93; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999, p. 171; RIGHI: *Teoría de la pena*, Buenos Aires, 2001, p. 84.

⁴ Conf. KINDHÄUSER: *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 18.

⁵ Sobre la importancia de la teoría de la imputación desarrollada por Aristóteles en la *Ética Nicomachea*, conf. ZAFFARONI: *Tratado de derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, 1981, II-38.

de un orden objetivo, es su obrar voluntario lo que condiciona la imposición de una pena, descartando la imputación en los casos en que el comportamiento no ha sido voluntario.⁶

Presuponía Aristóteles que los seres humanos pueden, según su razón, elegir entre lo bueno y lo malo, por lo que sólo les pueden ser imputadas las acciones ejecutadas libremente,⁷ de lo que se sigue que deba considerarse involuntario todo comportamiento llevado a cabo sin conocimiento del concreto significado normativo del actuar. Pero contrariamente a lo que podría inferirse, descartó relevancia al *error iuris* desde una perspectiva teleológico-objetiva que unía ética y derecho, afirmando que como el ser humano debía ordenarse por naturaleza a la comunidad, pues de lo contrario no es ser humano, la infracción grave de la norma ha de imputarse a su mala voluntad.⁸

3. La teleología empirista

Distinta fue la visión de la teleología empirista que permitió conformar los conceptos jurídicos del pensamiento anglosajón, pues como la idea básica era que el sujeto no estaba vinculado en la comunidad de manera originaria, el derecho penal y consiguientemente la imputación al culpable, debían ser entendidos en términos funcionales.⁹

Tuvo origen en Hobbes la formulación de una suerte de *convenio de coordinación recíproca de libertad*, cuyo punto de partida fue la idea liberal de que los hombres son inicialmente poseedores de total independencia. Pero al percibir que una libertad ilimitada causa más daño que beneficio, como cada ser humano persigue *motu proprio* sus intereses, se genera un acuerdo *egoísta* en cuya virtud, cada sujeto renuncia a una parte de su libertad ganando a cambio la posibilidad de emplear

⁶ Conf. KÖHLER: "La imputación subjetiva", en ROXIN-JAKOBS-SCHÜNEMANN-FRISCH-KÖHLER: *Sobre el estado de la teoría del delito*, Seminario en la Universidad Pompeu Fabra, Madrid, 2000, p. 72, donde recuerda la exposición de Aristóteles en el libro tercero de la *Ética a Nicómaco*.

⁷ Conf. SACHER DE KÖSTER: *La evolución del tipo subjetivo*, Buenos Aires, 1998, p. 21.

⁸ Conf. KÖHLER: "La imputación subjetiva", cit., p. 72, donde refiere que Aristóteles imputaba el error de derecho desde esa perspectiva.

⁹ *Ibidem*.

completamente la restante, pues será respetada por los demás.¹⁰ Como cada sujeto obtiene más libertad que la que pierde, la legitimidad del *negocio* se basa en que genera beneficio para el conjunto.¹¹

Desde este punto de vista el hecho es punible porque no se puede ganar por partida doble, lo que sucede cuando un sujeto no cumple el acuerdo que los demás respetan, por lo que el remedio es la pena, ya que la impunidad reconduce a un estado primitivo, el peor escenario posible en el desarrollo de la libertad. Así, la legitimidad de la norma penal es consecuencia de la culpabilidad del autor, en función del déficit de fidelidad a un acuerdo que es compatible con sus intereses.¹²

Se ha objetado a este punto de vista que el sujeto constituido eficazmente respecto de un determinado fin, no dispone de una razón independiente del propósito para respetar el contrato acordado, incluso cuando esto sea contrario a sus intereses. Es que así planteado, es tan racional tratar a los demás como partes interesadas en un contrato para alcanzar un interés *propio*, como romper el convenio cuando así se logra mejor la satisfacción de ese interés individual. Consiguientemente, si el punto de partida es la satisfacción de intereses propios no se puede fundamentar un reproche, ni ético ni jurídico, al autor que no cumplió el contrato.¹³

Como este punto de vista aprecia al derecho como un mero ordenamiento exterior de necesidad, prevalecieron criterios de oportunidad del soberano, de los que surgieron tanto la fundamentación del injusto en función de la teoría de los *imperativos*, como la idea de que la pena es coacción jurídica

¹⁰ "Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una unidad real de todo ello en una y la misma persona, instituida por pacto de cada hombre con los demás, en forma tal como si cada uno dijera a todos: *autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarne a mí mismo, con la condición de que vosotros transfertréis a él vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera*", como puede verse en HOBBS: *Leviatán* (título original: *Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, 1651), 9ª reimp., México, 1998, p. 141 (la cursiva es del original).

¹¹ Conf. KINDHÄUSER: *Derecho penal de la culpabilidad...*, cit., p. 20.

¹² Ídem, p. 21.

¹³ Ídem, p. 22.

contramotivadora.¹⁴ Este último punto de vista indica, que aunque Feuerbach no adoptó el concepto de naturaleza de Hobbes, ambos tuvieron en común la adopción de criterios de *prevención general negativa*.¹⁵

4. La Ilustración

Al instalar los derechos subjetivos en el primer plano de la consideración jurídica, la Ilustración superó la idea medieval de un derecho natural de origen divino, inaugurando una política criminal racional que sin embargo llevaba la contradicción en su seno, por la influencia paralela del racionalismo cartesiano [origen de la idea retributiva] y el empirismo inglés [que otorgó sentido a las teorías relativas]. Puede advertirse que en Montesquieu prevaleció metodológicamente el empirismo, siendo especialmente decisiva la influencia de Hobbes para su concepción de sociedad.

La ordenación de los deberes como producto de la razón humana, consecuencia lógica de la superación de la teología tomista, indica que fue la influencia de la Ilustración lo que permitió por primera vez en la historia, colocar al hombre como ser responsable y autónomo, en el centro de la antropología filosófica.¹⁶ Se restituyó al hombre la plenitud de sus derechos, declarándose la preexistencia de normas inmutables que el legislador no puede afectar, con lo que el derecho natural fue utilizado para la fundamentación de los valores.

Así, Montesquieu consideró que los hombres nacen ligados unos a otros, recurriendo al instinto de socialidad, para lo que ofreció el ejemplo del hijo que nace después que el padre y así permanece, siendo ése el origen de la sociedad, lo que determina que se lo considere *racional* mas no contractualista.

¹⁴ Conf. HOBBS: op. cit., p. 254, donde explica que "una *pena* es un daño inflingido por la autoridad pública sobre alguien que ha hecho u omitido lo que se juzga por la misma autoridad como una transgresión de la ley, con el fin de que la voluntad de los hombres pueda quedar, de este modo, mejor dispuesta para la obediencia" (la cursiva es del original).

¹⁵ Así, FEUERBACH: *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1989, pp. 58 y ss.

¹⁶ Conf. HASSEMER: "Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal Alemana", en *Persona, mundo y responsabilidad*, Valencia, 1999, p. 21.

Específicamente sostuvo que una acción sólo puede ser conminada penalmente, si lesiona los derechos de otro, postulado que corresponde al pensamiento básico de la Ilustración. Fue central en su pensamiento que la libertad del ciudadano se ve favorecida por la naturaleza de las penas y su proporción, fundamentando así que la pena es una necesidad impuesta por la razón.¹⁷

Pero la pregunta sobre el origen de la sociedad no obtuvo como única explicación que ello corresponde a la naturaleza del hombre, pues surgió como respuesta alternativa el contrato social de Rousseau, quien no lo enunció como verdad histórica sino como hipótesis explicativa. Así, el contrato social no depende de una ley natural e inmutable sino que es una creación humana, que tiene por fin la conservación de los contratantes, pues quien quiere el fin quiere los medios, y éstos son inseparables de algunos riesgos y aún de algunas pérdidas.

El estado natural se transforma en estado jurídico por la renuncia de los ciudadanos a una parte de su libertad natural, para así poder convivir en libertad con los otros, comportamiento que reproducen todos los miembros de la sociedad. Así, el contrato social es lo que legitima la pretensión punitiva estatal,¹⁸ pues para conservar la vida a expensas de los demás, se debe también exponerla por ellos cuando es necesario.

En consecuencia, el ciudadano no es juez del peligro a que la ley lo expone, y cuando el soberano le dice: "Es conveniente para el Estado que tú mueras" debe morir, puesto que bajo esa condición ha vivido en seguridad hasta entonces, y su vida no es ya solamente un beneficio de la naturaleza, sino un don condicional del Estado. Ése fue el punto de vista que hizo a Rousseau partidario de la pena de muerte: para no ser víctima de un asesinato es por lo que se consiente en morir si se degenera en tal. Así, en el contrato social, lejos de pensarse en disponer de su propia vida, sólo se piensa en garantirla, y no es de presumirse que ninguno de los contratantes premedite hacerse prender.¹⁹

¹⁷ Conf. MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes* (título original: *De l'esprit des lois*, 1748), Madrid, 1822, p. 103.

¹⁸ Conf. HASSEMER: "Derecho penal y filosofía...", cit., p. 23.

¹⁹ Conf. ROUSSEAU: *El contrato social* (título original: *Du contrat social*, 1762), París, 1909, p. 217.

5. La visión kantiana

Concibió al contrato originario o pacto social, es decir a la coalición de cada voluntad particular y privada dentro de un pueblo, como una voluntad comunitaria y pública con vistas a una mera legislación jurídica, pero sin presuponer que se trata de un *hecho*, que acaso no sea siquiera posible. Kant negó así que para considerarse vinculado a una constitución civil ya existente, fuera necesario probar primero que en la historia de un pueblo, en cuyos derechos y obligaciones hemos entrado como descendientes, *alguna vez* se puede verificar tal acto. Sostuvo que por el contrario, se trata de una *mera idea* de la razón que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica): la de obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si *pudieran* haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo, y a que considere a cada súbdito, en cuanto que quiere ser ciudadano, como si hubiera votado por su acuerdo con una voluntad tal.²⁰

Mientras la teleología empirista permaneció asociada a la idea de eficacia en la obtención de determinados fines, la racionalidad kantiana estuvo impregnada moralmente, pues no interpretaba la razón en función de puros intereses egoístas, sino de un principio de igualdad de los derechos de libertad de todos los hombres, al que se asumió reconocido y querido por cada individuo.²¹

Según la visión kantiana, el estado jurídico se funda en *principios*, como la libertad de cada miembro de la sociedad en cuanto *hombre*, su igualdad en cuanto *súbdito* y la *independencia* de cada miembro de una república en cuanto *ciudadano*, los que como existen *a priori*, no son leyes que dicta el Estado ya establecido, sino las únicas conforme a las cuales es posible el establecimiento de un Estado según los puros principios racionales del derecho humano externo.²²

²⁰ Conf. KANT: "Sobre el tópico: Esto puede ser correcto en teoría, pero no vale para la práctica" (título original: "Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig seyn, taugt aber nicht für die Praxis", 1793), en *En defensa de la Ilustración*, Barcelona, 1999, p. 268, donde dice que ésa sería la prueba de la legitimidad de toda ley pública.

²¹ Conf. KINDHÄUSER: *Derecho penal de la culpabilidad...*, cit., p. 23.

²² Sobre esta crítica a Hobbes, cfr. KANT: "Sobre el tópico: Esto puede ser correcto...", cit., p. 260.

Un derecho penal que coordina las esferas de autonomía y se basa en el reconocimiento razonable del principio de igualdad de libertad, considera que el hecho punible es autocorrupción moral de un ser humano, al que se considera igual, libre y racional. Cuando el autor niega la relación jurídica general condensada en la norma, contradice su propia condición racional, siendo por esa razón que la determinación de su comportamiento es también fundamento de validez de la norma.²³

Sobre esa base explicó Kant que la ley penal es un imperativo categórico, porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra. La pena judicial (*poena forensis*) es distinta de la natural (*poena naturalis*), en la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto. La pena pública no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponerse sólo *porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil. Pero antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos, tiene que haber sido juzgado *digno de castigo*.²⁴

Para la individualización de la pena sostuvo que sólo la *ley del talión* (*iuxta talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal y no en el juicio privado de cada hombre, pues quienes no conforman el tribunal fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones.²⁵

Defendió la pena de muerte, explicando su sustitución no como un acto de autoridad sino como gracia que por lo mismo "sólo puede ejercerse en casos aislados", con lo que tomó distancia de Beccaria a quien adjudicó un "sentimentalismo com-

²³ Conf. KINDHÄUSER: *Derecho penal de la culpabilidad...*, cit., p. 23.

²⁴ Conf. KANT: *La metafísica de las costumbres* (título original: *Metaphysik der Sitten*, 1797), 3ª ed., Madrid, 1999, p. 166.

²⁵ Ídem, p. 167.

pasivo de un humanitarismo afectado (*compassibilitas*)", por haber sostenido que toda pena de muerte es ilegal, con base en que no podría estar contenida en el contrato civil originario, ya que en ese caso cada uno en el pueblo hubiera tenido que estar de acuerdo en perder su vida si lo matara otro (del pueblo); porque nadie puede disponer de su vida.²⁶ Explicó Kant que "nadie sufre un castigo porque lo haya querido, sino porque ha querido una acción punible; en efecto, cuando a alguien le sucede lo que quiere, no hay castigo alguno, y es imposible querer ser castigado".²⁷

Siendo central para la concepción kantiana la figura del sujeto racional que se antepone a la sociedad, parece decisiva la objeción de que en todo caso la racionalidad se obtiene en el proceso de socialización a través del lenguaje, con lo que como la racionalidad remite a una sociedad concreta, la imagen o idea de sociedad es previa al contrato social.²⁸ Más específico es aún el reparo de que no ofrece solución satisfactoria a que el déficit motivacional sea relevante para la culpabilidad, pues ello contradice la neutralidad jurídica frente al motivo para respetar la norma.

En definitiva, esta variante del liberalismo racional negó el precepto de neutralidad, ya que exigió que el respeto a la norma se debía cumplir con base en una autodeterminación adecuada a la racionalidad.²⁹ Impuso así una exigencia exagerada que contradice la adopción democrática de una norma, que como es fruto de una decisión mayoritaria, deja abierta la posibilidad de que un sujeto pueda no aceptarla conforme a su razón.³⁰

6. La concepción retributiva en Hegel

Después de la revolución francesa, el pensamiento europeo adoptó la idea de libertad y el principio de autonomía,³¹

²⁶ Conf. BECCARIA: *De los delitos y de las penas* (título original: *Del delitti e delle pene*), Barcelona, 1997, pp. 74 y ss.

²⁷ Conf. KANT: *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 171, donde contrapone la opinión de Beccaria con la de Rousseau, quien partiendo del contrato social llegó a la conclusión contraria.

²⁸ Conf. KINDHAUSER: *Derecho penal de la culpabilidad...*, cit., p. 24.

²⁹ Ídem, p. 25.

³⁰ Ídem, p. 26.

³¹ Conf. HEGEL: *Principios de la filosofía del derecho* (título original: *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im*

con lo que se pudo afirmar que lo que legitima al ordenamiento jurídico es la autodeterminación racional en el seno de la comunidad, quedando la culpabilidad asociada al concepto jurídico de libertad.³² La exposición real de que la violencia se destruye en su propio concepto es que *la violencia se elimina con la violencia*, por lo que en cuanto *segunda* violencia que es eliminación de una primera, su legitimidad no es contingente sino necesaria.³³

En la medida en que tanto para el derecho como para la ética, prevaleció la idea kantiana de que la personalidad moral no es otra cosa que la libertad de un ser racional, siendo de acuerdo a este punto de vista que la imputación incluyó la valoración de si el sujeto debía ser considerado autor de un hecho regido por la ley.

Se explicó al *delito* como la primera violencia ejercida como fuerza por el individuo libre, que lesiona la existencia de la libertad en su sentido concreto, portadora de un juicio negativo en su sentido completo mediante el cual no sólo se niega lo particular —la subsunción de una cosa bajo mi voluntad— sino también lo universal.³⁴ Como para las voluntades particulares, incluyendo la del lesionado, la lesión sólo es algo negativo siendo su única *existencia positiva* la voluntad particular del delincuente, la voluntad de la ley es por lo tanto la eliminación del delito —*que de otro modo sería válido*— y la restauración del derecho.³⁵

Hegel desacreditó a las teorías relativas —refiriéndose expresamente a las ideas de prevención, intimidación, amenaza y corrección— por apreciar el carácter superficial del *perjuicio* como elemento primordial, lo que conduce a identificar de manera igualmente superficial a la pena como un *bien*, cuando de

Grundrisse), 2ª ed., Barcelona, 1999, p. 118, donde explica que en el concepto de *personalidad* se expresa que yo, en cuanto éste, soy finito y perfectamente determinado en todos los aspectos (tanto en lo que respecta al arbitrio interior, instintos y deseos, como en lo que hace a la existencia exterior inmediata), y, a pesar de ello, libre relación conmigo mismo que, de esta manera, me sé en la finitud como *infinito, universal y libre*" (la cursiva es del original).

³² Conf. KÖHLER: *La imputación subjetiva*, cit., pp. 73 y ss.

³³ Conf. HEGEL: *Principios de la filosofía del derecho*, cit., p. 180.

³⁴ Ídem, p. 181.

³⁵ Ídem, p. 185.

lo que es se trata no es del perjuicio causado a éste o aquel bien, sino de un modo determinado de lo *injusto* y lo *justo*. Consideró que aquel punto de vista superficial deja de lado la consideración objetiva de la *justicia*, que es lo primero y sustancial en el tratamiento del delito, concluyendo que un delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho.³⁶

Trató la individualización, sosteniendo que la eliminación del delito es una compensación en la medida en que, según su concepto, es lesión de una lesión y, según su existencia, el delito tiene una extensión cuantitativa y cualitativa determinada, por lo cual también la tiene que tener su negación. Aclaró que esta identidad basada en el concepto no es empero una *igualdad* en las características específicas de la lesión, sino en sus características existentes *en sí*, es decir según su *valor*.³⁷

Fundamentó que como el derecho contra el delito que adopta la forma de la *venganza* es sólo derecho *en sí*, por lo que ni tiene la forma de derecho ni tampoco es justo, en lugar de la parte lesionada aparece lesionado lo *universal*, que tiene su realidad propia en el tribunal y que se hace cargo de la persecución y castigo del delito. La consecuencia del delito deja de ser así una reparación contingente y sólo *subjetiva*, para transformarse bajo la forma de *pena*, en la verdadera reconciliación del derecho consigo mismo.³⁸

En el marco general de esa concepción, según la cual la autodeterminación general es constitutiva del derecho objetivo, el delito fue explicado como la negación fundamental del derecho, porque supone una ruptura —tanto objetiva como subjetiva— de la relación jurídica, lo que permitiría concluir que la conformidad subjetiva de la validez es reconocida como aporte de la razón. También, que la imputación subjetiva es un presupuesto independiente que puede no concurrir, por causas subjetivamente no imputables.

Presuponiendo la libertad de voluntad, la teoría de la acción de Hegel explicó que el derecho de la voluntad consiste en que el hecho sea reconocido como la propia acción del sujeto,

³⁶ Ídem, pp. 185 y 186.

³⁷ Ídem, p. 189.

³⁸ Ídem, p. 342.

afirmandose la idea de imputación subjetiva, ya que el sujeto sólo puede ser culpable de aquello que sabe,³⁹ con lo que afirmó que el delito es conducta, concepto que incluye la negación subjetivamente imputable y objetivamente grave de la relación jurídica de reconocimiento.

Previó que la obligatoriedad respecto de la ley encierra del lado del derecho de la autoconciencia, la necesidad de que las leyes sean dadas a conocer universalmente, pero concluyó que como el derecho concierne a la libertad —lo más digno y sagrado en el hombre— lo debe conocer en la medida en que es para él obligatorio.⁴⁰ Es razonable entonces que aunque se reconozca que fue Hegel el primero en aportar presupuestos firmes para la imputación subjetiva, también se señale que pueden observarse pautas de responsabilidad objetiva en algunos de los aspectos centrales de su formulación.⁴¹

7. La culpabilidad en el modelo funcionalista

Renunciando a una determinación del contenido del sujeto de la imputación Jakobs atribuyó: *i)* al autor el rol de ciudadano libre; *ii)* dejó establecida como contrapartida a esa libertad concedida, la exigencia de que actúe conforme a la norma, y *iii)* aclaró que ésta debe ser legítima, es decir parte de un ordenamiento que concede a cada uno los recursos necesarios para su desarrollo libre e igual. Bajo esos presupuestos, la culpabilidad recae en quien manifiesta una conformidad jurídica deficiente frente a las normas legítimas, pero no requiere una autocorrupción moral, ya que es suficiente que el autor haya asumido el rol de ciudadano libre.

Como no necesita presuponer la libertad de voluntad, esta concepción sortea el tradicional déficit que caracterizó a los modelos que lo precedieron, pero paga el precio de ofrecer una fundamentación puramente objetiva para el contenido material de la culpabilidad. Como prescinde de exigir una relación inter-

³⁹ Ídem, p. 76. Conf. también SACHER DE KÖSTER: *La evolución del tipo subjetivo*, cit., pp. 34 y ss.

⁴⁰ Conf. HEGEL: *Principios de la filosofía del derecho*, cit., pp. 335 y 336.

⁴¹ Así, KÖHLER: "La imputación subjetiva", cit., p. 76.

⁴² Así, KINDHÄUSER: *Derecho penal de la culpabilidad...*, cit., p. 28, donde fundamenta que esa conformidad es la contraprestación de la protección estatal.

na entre la norma y su destinatario, con lo que deja sin explicación el componente emocional de la decepción por la violación de la norma, lo que se le objeta es que prescinde de esa relación entre conformidad del sujeto y legitimidad de la norma.⁴²

El problema alcanza su real dimensión, cuando se advierte que no se puede renunciar a un reproche material de culpabilidad fundamentado subjetivamente, porque si el reproche se agota en lo meramente formal no sirve para fundamentar la pena. Pero tampoco se puede atentar contra el principio de *neutralidad* en la búsqueda del fundamento subjetivo, porque ello supondría formular al autor un reproche incompatible con una imputación subjetiva limitada por la legalidad.⁴³ En otras palabras: *i)* ni el orden jurídico puede estar conformado por órdenes externas heterónomas, por lo que es necesario unir al autor con la norma; *ii)* ni se debe limitar la libertad de motivación para respetarla, pues no se puede obligar al destinatario adoptando como presupuesto una moral autónoma prejurídica.

Lo que el funcionalismo propone es un modelo en cuya virtud: *i)* lo que liga al autor con la norma no es su racionalidad, sino la lealtad comunicativa frente a la autonomía de la otra persona; *ii)* la infracción de la norma supone que el autor niega el acuerdo que la fundamenta y por consiguiente, la autonomía comunicativa del participante; *iii)* ello es independiente de toda consideración individual sobre la racionalidad o justicia de la norma; *iv)* como consecuencia del mandato de neutralidad, nadie está jurídicamente obligado a cumplir las normas de derecho, para respetar la autonomía comunicativa de otros; *v)* pero tampoco nadie tiene derecho para lesionar deslealmente la autonomía comunicativa de otros, y *vi)* con lo que si bien no exige una fidelidad positiva a la ley, sugiere que ello no impide el reproche de culpabilidad por la violación de la norma.⁴⁴

Lo que se le critica, es que cuando expresa ese concepto funcional de culpabilidad, haciéndolo derivar del propósito de protección penal en el sentido de la prevención general positiva, ofrece una interpretación funcional o normativa, que conduce a la instrumentalización del autor.⁴⁵

⁴³ Ídem, p. 34.

⁴⁴ Ídem, pp. 48 y ss

⁴⁵ Ídem, p. 56.

8. El mandato de neutralidad

Lo expresado demuestra que existen consistentes razones en cuya virtud no es posible renunciar al principio de culpabilidad, ya que *i)* posibilita la *imputación subjetiva*, es decir la vinculación de un acontecer injusto con una persona actuante; *ii)* como consecuencia de lo anterior, excluye la *responsabilidad por el resultado*; *iii)* permite establecer *grados de participación interna* que determinan diferentes grados de responsabilidad, como sucede con el dolo y la imprudencia, y *iv)* además, proporciona pautas para la individualización de la pena.⁴⁶

El problema que subsiste, es establecer si también existen buenas razones para poder seguir afirmando que el principio de culpabilidad fundamenta la pena, en tanto reproche al autor de la formación de una voluntad que condujo a la decisión de cometer el delito, especialmente porque es dominante hoy la idea de que la dogmática de la culpabilidad debe ser desvinculada de la polémica sobre la libertad de voluntad.⁴⁷

Las circunstancias en que puede apoyarse una condena tienen que ser reunidas en el proceso penal, mediante un método de observación que permite recopilar un material básico que no permitirá acreditar si en el momento del hecho el sujeto tuvo libertad de voluntad para obrar de otro modo, sino en todo caso la concurrencia de limitaciones materiales de la libertad, y en consecuencia esclarecer en qué medida condicionaron las alternativas de que disponía el sujeto. Es por ello que si bien el legislador no exige al juez que demuestre que el imputado obró con libertad de acción, le indica circunstancias negativas que —como las anomalías, el error o la inexigibilidad de un comportamiento a derecho— permiten fundamentar la exculpación.⁴⁸

Lo que no se puede compartir, es el pensamiento kantiano que se concreta en la afirmación de que la ley debe *merecer* ser cumplida, ofreciendo buenas razones para su observancia,⁴⁹

⁴⁶ Conf. HASSEMER: "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", en *Persona, mundo y responsabilidad*, cit., pp. 99 y ss.

⁴⁷ Ídem, p. 111.

⁴⁸ Ídem, p. 116.

⁴⁹ Según Kant "toda legislación (prescriba acciones internas o externas, y éstas, bien *a priori* mediante la mera razón, bien mediante el arbitrio ajeno) comprende dos elementos; *primero*, una ley que representa *objetivamente* como necesaria la acción que debe suceder, es decir que convierte la acción

porque en una sociedad pluralista no se puede fundamentar la legitimidad de que el orden jurídico sea obligatorio en esas buenas razones, ya que es discrecional el motivo por el que cada sujeto cumple un mandato normativo.

Tienen por ello razón quienes consideran tributaria de una visión estática a la explicación liberal según la cual la sociedad civil está concebida como democrática porque cada uno respeta la libertad del otro, porque presupone que las cosas funcionan *per se*. Como el bien común es resultado de una controversia democrática de opiniones, la libertad no tiene una dimensión fija, sino que es una conquista obtenida a través de la participación en los asuntos públicos, y se garantiza con el compromiso.⁵⁰

Consiguientemente, aunque *objeto* del reproche de culpabilidad es la infracción a una norma penalmente sancionada, de allí no se deduce que lo que se reprocha al autor es no haberse formado un *motivo* de cumplimiento de ella, porque: *i*) no existe respuesta al interrogante relativo a por qué razón debe el autor formarse un motivo para cumplir la norma, y *ii*) debe objetarse cualquier pretensión de castigar a un sujeto por carecer de un motivo para cumplirla.⁵¹

El orden jurídico no puede imponer motivaciones racionales ni tampoco morales, por lo que aunque existe el deber de adecuar la conducta al precepto normativo, el mandato de *neutralidad* concreta una limitación relativa a las razones de su observancia, siendo así discrecional el motivo por el que un sujeto cumple la norma.

en deber; *segundo*, un móvil que liga *subjetivamente* con la representación de la ley el fundamento de determinación del arbitrio para la realización de esa acción; por tanto, el segundo elemento consiste en que la ley hace del deber un móvil. Por medio del primer elemento la acción se representa como deber, lo cual es un conocimiento meramente teórico de la posible determinación del arbitrio, es decir de la regla práctica; por medio del segundo, la obligación de obrar de este modo se une en el sujeto con un fundamento de determinación del arbitrio en general" (conf. *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 23).

⁵⁰ Conf. KINDHÄUSER: *Derecho penal de la culpabilidad...*, cit., p. 31, donde expresa que la idea no es nueva, pues ya en Maquiavello se lee que un pueblo que carece de virtud y en el que se propaga una completa corrupción moral, no puede vivir en libertad un solo momento.

⁵¹ Ídem, p. 18.

En estas condiciones, el reproche basado en la retribución no explica: *i)* por qué es necesaria la pena cuando hubo un quebrantamiento de la norma, ya que la lesión al derecho puede ser asociada a otra consecuencia, como por ejemplo la reparación; *ii)* cómo se elimina la voluntad criminal con la pena; y tampoco, *iii)* cómo la pena restituye la validez del derecho. Es que como el mandato de neutralidad deja el reconocimiento del derecho a cargo del autor, es el único que puede revisar la negación del derecho implicada en el delito.⁵²

Es éste un argumento adicional para despojar al principio retributivo de su naturaleza de concepción absoluta, lo que se logra cuando luego de ver la esencia de la pena en la retribución del delito y de la culpabilidad, se sostiene que el cumplimiento del principio retributivo es el método más eficaz para influir favorablemente en la vigencia social de las normas.⁵³

Es necesario entonces liberar al reproche de culpabilidad retributivo de la metafísica de la negación, rescatando en cambio su sentido profundo que impone el deber de no tratar al autor como objeto del derecho de cosas,⁵⁴ ya que pese a la deslealtad que pone de manifiesto la comisión del delito *no debe dejar de ser considerado una persona*, y consecuentemente capaz de imputación.⁵⁵

⁵² Ídem, p. 58.

⁵³ Conf. HASSEMER: "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", cit., p. 99.

⁵⁴ Conf. KANT: *La metafísica...*, § 49.

⁵⁵ Conf. KINDHÄUSER: *Derecho penal de la culpabilidad...*, cit., p. 59.

II. CULPABILIDAD MATERIAL

9. Incidencia de las teorías de la pena

Pese a que la doctrina contemporánea registra significativo consenso en admitir que la comisión de un hecho típico y antijurídico, no agota lo que debe exigirse para la imposición de una pena.⁵⁶ según el punto de vista que se adopte para fundamentar el ejercicio del *ius puniendi* estatal, serán distintos los presupuestos y elementos que condicionan la punibilidad.⁵⁷

Así, como la teoría de la retribución sostiene que lo que legitima el ejercicio del *ius puniendi* es la realización del ideal de justicia, necesita afirmar la culpabilidad del autor para poder fundamentar el derecho subjetivo del Estado a imponer una pena. Como además considera que la pena es justa cuando mantiene pautas de proporcionalidad con el delito, exige valorar la cantidad de culpabilidad que el autor puso de manifiesto con la comisión del hecho punible, pues ésta es una pauta que permite cuantificar la sanción que corresponde al autor.

Distinta es la perspectiva desde la óptica de las teorías preventivas, pues como renuncian a ofrecer fundamentos éticos para justificar el *ius puniendi*, ya que conciben a la pena como una herramienta de utilidad social, consideran legítimo ejercer la pretensión punitiva para obtener determinados fines,

⁵⁶ No necesariamente la comprobación de que el hecho es antijurídico determina que deba examinarse la culpabilidad del autor, pues puede decaer la punibilidad porque se considera irrelevante el contenido de ilicitud del comportamiento.

⁵⁷ Tampoco la afirmación de que el sujeto es culpable conduce inexorablemente a la imposición de una pena, pues ésta puede estar supeditada a otras exigencias, como el cumplimiento de determinadas condiciones objetivas o que no concurran excusas absolutorias. Pero además la pena puede depender de presupuestos de procedibilidad, que son los que condicionan el ejercicio de la pretensión punitiva en el proceso.

sea que se conciba a la pena: *i)* como un medio para prevenir la criminalidad, o *ii)* para preservar la estabilidad del sistema y la integración social, ejercitando el reconocimiento y fidelidad al derecho.

10. Teoría de la retribución

Fue la teoría retributiva de Kant y Hegel la que permitió establecer vínculos de interdependencia entre delito y pena, al ofrecer una fundamentación de la pena pública sobre la que se sistematizó una concepción del delito que, elaborada a partir de la teoría de las normas de Binding, mantiene significativa vigencia.

Las críticas que se le formularon explican su relativa decadencia, siendo innegable que su versión ortodoxa de *teoría absoluta*, ha sido abandonada por la doctrina penal contemporánea.⁵⁸ Pero es un modelo que ha mantenido gravitación decisiva durante toda la evolución del derecho penal, por lo que si bien no conserva vigencia en su perfil original, muchas de sus principales proposiciones mantienen actualidad en el derecho penal de nuestro tiempo.⁵⁹

⁵⁸ Conf. ROXIN: *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 13-14; HASSEMER: "Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social", en *Derecho penal y ciencias sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982, p. 126, donde sostiene que en realidad ni Kant ni Hegel predicaron una auténtica teoría absoluta.

⁵⁹ Conf. BELING: *Esquema del derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires, 1944, pp. 3 y ss.; SAUER: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1956, pp. 18 y ss.; MEZGER: *Tratado de derecho penal*, cit., II-397 y ss.; ídem, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte General*, cit. pp. 370 y ss.; MAURACH: *Tratado de derecho penal*, Barcelona, 1962, I-58 y ss.; WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., pp. 328 y ss.; KAUFMANN: *Teoría de las normas*, Buenos Aires, 1977, pp. 15 y ss.; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 10 y ss.; HASSEMER: *Fundamentos del derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1984, p. 347; JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit. p. 3; MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-86; ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-81; JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 20; ZAFFARONI: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., II-13 y ss.; ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 68 y ss.; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 31; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, Buenos Aires, 1996, p. 43; RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., pp. 18 y ss.

10.1. La culpabilidad como fundamento de la pena

El punto de partida es que toda concepción preventiva es incompatible con la dignidad humana, pues para los seres humanos la única motivación admisible es la que surge de la norma, concebida como una orden que conceptualmente precede a la descripción legal, por lo que su existencia es independiente de la sanción.

Como la pena no puede ser instrumento de motivación, los seres humanos no son destinatarios de la norma, la que está dirigida al propio Estado, para que a través de sus órganos jurisdiccionales imponga un castigo al *culpable* de haber cometido un delito, al que se lo caracteriza como la violación de una norma realizada por un autor responsable.

En su formulación original como *teoría absoluta*, agotó el fin de la pena en la retribución, la que fue explicada por Kant como un imperativo categórico emergente de la idea de justicia,⁶⁰ y fundamentada dialécticamente por Hegel como la negación de la negación del derecho, ya que la pena niega [aniquila] el delito, restableciendo así el derecho lesionado.⁶¹

⁶⁰ Conf. KANT: *La metafísica de las costumbres*, cit., p. 166, donde distingue a la pena judicial (*poena forensis*) de la natural (*poena naturalis*) en la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, aclarando que la primera no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponérsele *porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto le protege su personalidad innata, aunque pueda ser condenado a perder la personalidad civil. Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para él mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado *digno de castigo*. Véase KLUG: "Para una crítica a la filosofía penal de Kant y Hegel", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, pp. 35 y ss.; ROXIN: *Iniciación al derecho penal de hoy*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981, p. 34; LESCH: *La función de la pena*, Madrid, 1999, p. 9.

⁶¹ Conf. HEGEL: *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1987, § 93 donde dice que "en el hecho de que la violencia se destruye en su concepto, reside la verdadera explicación del porqué la *violencia es anulada* con la *violencia*; por consiguiente, ella no sólo es condicionalmente jurídica, sino necesaria, es decir como *segunda violencia*, que es anulación de una primera violencia", p. 103; como también § 95, en el que explica que "la primera violencia como poder ejercitado por el ser libre y que viola la existencia de la liber-

Condujo por ello a la imposición de penas totalmente inútiles, pues ante la conocida hipótesis de un Estado en vísperas de disolución, sus partidarios sostuvieron la necesidad de castigar antes al último asesino, para que su *culpabilidad* no se traslade al pueblo, por no haber insistido en la sanción de esa lesión del ideal de justicia.⁶²

La pena no es destinada a evitar hechos futuros, con lo que: *i)* agota su sentido en constituir una reacción por lo sucedido; *ii)* establece por ello una consistente vinculación con el delito cometido; *iii)* acotado el sentido del castigo a realizar el ideal de justicia, esta teoría necesita distinguir entre sujetos culpables y no culpables [por lo sucedido] pues sólo aquéllos deben ser punibles; *iv)* así, en este modelo, la culpabilidad es *fundamento* de la pena.

10.2. La culpabilidad como presupuesto de la pena

La decadencia de la idea de retribución basada en el libre albedrío fue el motivo de que la teoría del delito del positivismo legal permaneciera al margen de la teoría de la pena entonces dominante,⁶³ generándose un esquema bipolar recién revertido

tad en su significado concreto, el derecho en cuanto derecho, constituye delito; el juicio negativamente infinito en su pleno significado, por el cual se niega no sólo lo particular, la asunción de una cosa bajo mi voluntad, sino, a la vez, lo universal, lo infinito en el predicado de mío, la *capacidad jurídica*, es decir, sin la intervención de mi opinión y justamente contra ella; todo esto constituye la esfera del derecho penal", p. 104. Véase KLUG: "Para una crítica a la filosofía penal de Kant y Hegel", cit., pp. 35 y ss.; ROXIN: *Intitcción al derecho penal de hoy*, cit., p. 34; LESCH: *La función de la pena*, cit., p. 11.

⁶² Conf. la carta de Kant a Erhardt (1792) que reproduce WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 329, nota 2. Asimismo HASSEMER: *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 349; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 31; ROXIN: "La parte general del derecho penal sustantivo", en ROXIN-ARZT-TIEDEMANN: *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, 1989, p. 53.

⁶³ El derecho penal mantuvo una peculiar estructura "bipolar" mientras la concepción clásica del delito elaborada por Beling fue dominante, desde que no tenía unidad de sentido con una teoría de la pena que, siguiendo a Liszt, se apoyaba en puntos de vista preventivo especiales. Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 182; ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-198; SCHÜNEMANN: "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, p. 43.

en la etapa neokantiana, cuando se desarrolló un sistema de imputación que tuvo puntos de contacto con la teoría de la retribución.⁶⁴

Con posterioridad, mientras el finalismo fue concepción dominante, se alcanzó una relación interdependiente entre delito y pena,⁶⁵ ya que: *i)* consolidó la idea de que el fin de la pena es restablecer el orden alterado por el delito; *ii)* apreció que el delito, condición de la pena, no sólo exigía la realización de un comportamiento contrario a la norma, sino además la comprobación de la culpabilidad del autor; *iii)* consideró que culpable es el sujeto que pudiendo haberse motivado por respetar la norma, optó por su violación; *iv)* basó el sistema en la existencia del libre albedrío; *v)* permitió así reconocer a la culpabilidad como un *presupuesto* de la pena.⁶⁶

10.3. La culpabilidad como pauta para individualizar la pena

La teoría de la retribución apreció a la pena con criterio talionario, ya que la concibió como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento. Consecuentemente, la *individualización* de la pena no sólo quedó asociada a la gravedad del hecho realizado, sino también *al grado de culpabilidad* del autor, enunciándose así un criterio de proporcionalidad entre delito y pena.

Pueden ofrecerse como ejemplos del criterio retributivo: *i)* que matar con el concurso premeditado de dos o más perso-

⁶⁴ Ello es así, especialmente como consecuencia del desarrollo de una concepción material del injusto y la adopción de la concepción normativa de la culpabilidad. Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 183; ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-198; SCHÜNEMANN: "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *El sistema moderno...*, cit., p. 47.

⁶⁵ Esa relación se manifiesta en la admisión de las estructuras lógico-objetivas, un concepto de injusto que incorporó el disvalor de acción y la reformulación de la teoría normativa de la culpabilidad, en un marco global de etización del derecho penal. Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 188; ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-199; SCHÜNEMANN: "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *El sistema moderno...*, cit., p. 53.

⁶⁶ Conf. RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., p. 20.

nas (art. 80, inc. 6º, C.P.) sea más punible que un homicidio simple (art. 79, C.P.), porque concurren circunstancias que otorgan más oportunidades de motivarse por cumplir la norma, y *ii*) como tuvo menos posibilidades de motivación quien mató en un estado de emoción violenta que las circunstancias hicieren excusable (art. 81, inc. 1º, a, C.P.), debe ser menos punible que el autor de un homicidio simple (art. 79, C.P.).

10.4. Objeciones a la noción de culpabilidad

Como el criterio retributivo no puede ser absoluto, pues no toda culpabilidad debe ser castigada, ya que la pena puede causar efectos contraproducentes, este punto de vista permite explicar *para qué* se castiga pero no necesariamente sirve para fundamentar la pena, ya que no permite contestar *cuándo* el Estado debe utilizarla.

La más importante objeción que se formuló a este punto de vista, apuntó a que es irracional fundamentar el *ius puniendi* estatal en la existencia de una culpabilidad basada en el libre albedrío, pues ese dato no es empíricamente demostrable.

Las críticas también apuntaron a las pautas para individualizar la pena, por lo vulnerable que es la idea de retribución compensadora, pues la pena no borra el mal causado por el delito, sino que en realidad añade un segundo mal. En realidad, el criterio talionario no permite recuperar el ojo de la víctima quitando un ojo al autor.

Pero tampoco en un sistema penal contemporáneo es posible entender cuál puede ser el criterio comparativo que permita sostener que la retribución justa de un homicidio, equivale a una cantidad de años de privación de libertad impuestos al responsable.

10.5. Incidencia de la teoría retributiva en el derecho contemporáneo

Si el derecho penal nunca abandonó totalmente los puntos de vista retributivos, fue consecuencia de la fragilidad de las tradicionales teorías preventivas que fueron ofrecidas como

alternativas, en la confrontación teórica que en las primeras décadas del siglo xx fue conocida como *lucha de escuelas*.⁶⁷

La sistematización de los presupuestos de punibilidad [teoría del delito] formulada desde perspectivas retributivas por la llamada *escuela clásica*, pudo ser apreciada como un conjunto de garantías del gobernado frente al Estado, que parecen correr riesgo en los modelos propuestos en su reemplazo.

Aunque sea dudoso que la teoría retributiva proteja al individuo, impidiendo que quede a merced de la intervención estatal, no lo es que algunas consecuencias de los sistemas penales basados en las tradicionales teorías preventivas, concretan serios riesgos para los derechos fundamentales.

Pero además, como las antiguas teorías preventivas nunca pudieron formular ningún sistema de imputación [teoría del delito]⁶⁸ diferente a los enunciados en función de la concepción retributiva, se fortaleció desde siempre la sensación de que su abandono generaría inseguridad jurídica.

Finalmente, a pesar de las críticas, no se puede negar que la teoría retributiva: *i)* como puso de manifiesto que el autor de un delito no debe dejar de ser considerado una persona, impuso el deber de no tratarlo como objeto del derecho de cosas,⁶⁹ y *ii)* como concebió a la pena como una reacción proporcional al delito cometido, estableció un límite a la pretensión punitiva estatal.

11. *Prevención general*

Renunciando a toda fundamentación de contenido ético, las teorías relativas adoptaron una perspectiva utilitaria, explican-

⁶⁷ La *lucha de escuelas* tuvo como protagonistas a los partidarios de la teoría de la retribución por una parte, y a los defensores de puntos de vista preventivo-especiales por otra. Estas corrientes fueron denominadas en derecho argentino tradicional, como la *escuela clásica* y el *positivismo*, denominación esta última que expresa la influencia que tuvo en nuestro medio el positivismo criminológico italiano representado por Lombroso, Ferri y Garófalo.

⁶⁸ Los modelos contemporáneos de imputación enunciados desde puntos de vista preventivos corresponden a ROXIN: *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, 1972; *Política criminal y estructura del delito*, Barcelona, 1992; *Derecho penal. Parte general*, cit., I-192 y ss.; y JAKOBS: *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 153 y ss.; ídem, *Fundamentos del derecho penal*, Buenos Aires, 1996, pp. 71 y ss.; ídem, *La imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, 1996.

⁶⁹ Conf. KANT: *La metafísica de las costumbres*, cit., § 49.

do que la pena es un instrumento de motivación,⁷⁰ y como tal una herramienta estatal de prevención del delito.⁷¹ Descartando toda formulación idealista, procuraron apoyo científico para explicar la utilidad de la pena para prevenir la criminalidad.

11.1. La coacción psicológica como fundamento de la pena

La versión clásica de la teoría de la prevención general tiene origen científico en Feuerbach,⁷² quien apreció a la pena como una amenaza formulada en la ley que es dirigida al conjunto de la comunidad, con el fin de conjurar el peligro de la delincuencia latente en su seno.⁷³

La coacción que la ley formula en abstracto se torna concreta en la sentencia, pues con la condena el juez refuerza la amenaza, anunciando a los demás que les ocurrirá lo mismo que al autor si realizan comportamientos similares.

Este punto de vista, actualmente conocido como *prevención general negativa*, se proyecta así del plano legislativo al

⁷⁰ Durante la Ilustración postularon el fin preventivo de la pena tanto Montesquieu como Voltaire, pero corresponde al siglo XVIII (1764) el primer programa de reforma basado en la prevención. Conf. BECCARIA: *De los delitos y de las penas*, cit., pp. 68 y ss.

⁷¹ Conf. LESCH: *La función de la pena*, cit., pp. 21 y ss, donde puede verse el programa de las teorías relativas en Platón, cuando en el diálogo con Protágoras sostuvo que quien quiera castigar de manera racional, no debe hacerlo por el delito ya cometido... sino pensando en el futuro, para que en adelante ni el delincuente mismo vuelva a delinquir [prevención especial], ni tampoco lo hagan los otros que ven cómo el delincuente es castigado [prevención general].

⁷² Conf. FEUERBACH: *Tratado de derecho penal*, cit., pp. 58 y ss.

⁷³ Conf. SAUER: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 19; MEZGER: *Tratado de derecho penal*, cit. I-34 y ss.; ídem, *Derecho penal. Libro de estudio. Parte General*, cit., pp. 27 y ss.; MAURACH: *Tratado de derecho penal*, cit. I-62 y ss.; WEIZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., pp. 331 y ss.; KAUFMANN: *Teoría de las normas*, cit., pp. 9 y ss.; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 16 y ss.; HASSEMER: *Fundamentos del derecho penal*, cit., pp. 380 y ss.; JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., pp. 4 y ss.; MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-87 y ss.; ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-89 y ss.; JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 26 y ss.; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 33; ZAFFARONI: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit. II-150 y ss.; *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 54 y ss.; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., pp. 48 y ss.; RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., p. 23.

judicial, y luego al de la ejecución penal, pues conlleva una lógica que exige que las penas se cumplan, ya que de lo contrario queda afectado el fin intimidatorio.

El fundamento es endeble, ya que no permite determinar el límite hasta el que resulta tolerable que el Estado intimide, lo que favorece estrategias que se traducen en la adopción de fuertes incriminaciones penales por hechos no muy graves, característica que puede observarse en el Código bávaro de 1813 que recogió estas ideas.⁷⁴

11.2. Prevención general y eficacia disuasiva

Es claro que cuando se fundamenta la pena pública en la prevención general se prescinde de la culpabilidad, ofreciendo como alternativa un modelo cuya eficacia es muy difícil verificar, por la imposibilidad de acreditar cuál es el efecto preventivo general de la pena. Toda comisión de un delito evidencia el fracaso de este criterio, lo que se puede replicar afirmando que todo sujeto que no realizó conductas punibles constituye una prueba a su favor, pues muchos no las cometen por motivos diversos a la amenaza penal.

Consiguientemente, la eficacia disuasiva de la amenaza no es más que una intuición plausible, de efecto relativo en muchos delitos graves, y nulo ante determinados círculos de autores, como: *i)* los delincuentes habituales, que no se intimidan, y *ii)* los pasionales, que no son intimidables.

Particularmente incorrecto es sostener que la intensidad de la amenaza es proporcional al efecto preventivo, pues como el ser humano no es exclusivamente racional, el miedo a la pena tiene menos que ver con la severidad de la conminación que con el temor a ser descubierto.⁷⁵

La experiencia contemporánea acredita que los aumentos desmesurados de las conminaciones penales sobre la base de pautas preventivo-generales, habitualmente encubren la ineficacia de los órganos estatales de control, o lo que es más grave contextos sociales injustos.

⁷⁴ Conf. FEUERBACH: *Tratado de derecho penal*, cit., pp. 389 y ss.

⁷⁵ Conf. ROXIN: *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1976, p. 18; WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 331; ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 55.

Por lo expuesto, una estrategia orientada en pautas exageradas de prevención general, no se traduce necesariamente en una disminución de los índices de criminalidad. Cuando se estimula la práctica del terror penal, la experiencia demuestra que se generan procesos de retroalimentación entre represión y delincuencia, pues la pena alta acostumbra e insensibiliza al conjunto de la sociedad.

11.3. El énfasis disuasivo como pauta para la individualización

El ámbito de la individualización judicial de la pena es donde la prevención general presenta mayores dificultades, por la imposibilidad de determinar cuál es el énfasis punitivo que es necesario imponer al delincuente condenado, para lograr efecto intimidatorio sobre el resto del tejido social.

Pero el criterio es además impugnable *per se*, ya que instrumentaliza al hombre quien no es castigado por lo que hizo, sino en función de comportamientos que —se supone— otros hombres pueden realizar. Asume así sentido la objeción kantiana, a que los seres humanos sean manejados como instrumentos para prevenir las intenciones de otros.

El peligro que encierra esta formulación, consecuencia de su intrínseca debilidad para fundamentar cuándo es legítimo que el Estado use la pena, es su tendencia a favorecer el *terror penal*, como ocurrió en la baja Edad Media con la práctica de las ejecuciones ejemplares.

11.4. Incidencia de la prevención general en el derecho contemporáneo

Las impugnaciones a la teoría de la prevención general, tampoco han provocado que el derecho penal haya podido despojarse totalmente de este punto de vista.

Debe recordarse que el principio de legalidad concretado en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege* tuvo origen en Feuerbach, pues para que la amenaza pueda ser eficaz, tanto el hecho punible como la pena deben estar previamente descriptos por la ley. Así, un principio concebido en función de pautas de eficacia disuasiva, evolucionó hacia la consagración de un derecho fundamental, que se considera que caracteriza a los sistemas penales de base democrática.

Por otra parte, muchas exigencias de la política criminal contemporánea asumen sentido desde perspectivas preventivo-generales, como cuando con razón se señala la necesidad de dirigir la reacción penal hacia la incriminación de nuevas formas de criminalidad frecuentemente impunes, porque los involucrados pertenecen a los estratos sociales más favorecidos, como sucede con el terrorismo de Estado, la corrupción administrativa, y en general los llamados delitos de *cuello blanco*. Es evidente que el efecto preventivo que se persigue en estos casos no se orienta hacia la remoción de factores de desadaptación social que no gravitan sobre estos círculos de autores, sino hacia el ejercicio de formas coactivas que procuran disuadir por miedo a la pena.

12. *Prevención especial*

Incluye diversas corrientes de pensamiento penal, como la escuela alemana de Liszt, el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social, cada una de ellas con matices diferentes, pero de las que es factible enunciar algunas formulaciones principales.⁷⁶

12.1. *La finalidad de evitar la reincidencia*

De acuerdo a este punto de vista, la pena pública encuentra fundamento en la necesidad de prevenir nuevos hechos del mismo autor, es decir evitar la reincidencia.

⁷⁶ Conf. LISZT: *Tratado de derecho penal*, 4ª ed., Madrid, 1999, II-2 y ss.; *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, 1984, pp. 55 y ss.; SAUER: *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 19 y ss.; MEZGER: *Tratado de derecho penal*, cit., II-400 y ss.; *Derecho penal. Libro de estudio. Parte General*, cit., pp. 373 y ss.; MAURACH: *Tratado de derecho penal*, cit., I-80 y ss.; WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., pp. 330 y ss.; KAUFMANN: *Teoría de las normas*, cit., pp. 19 y ss.; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 14 y ss.; HASSEMER: *Fundamentos del derecho penal*, cit., pp. 352 y ss.; JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., pp. 4 y ss.; MAURACH-ZIFF: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-88 y ss.; ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-85 y ss.; JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 29 y ss.; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 34; ZAFFARONI: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., II-187 y ss.; *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 59 y ss.; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., pp. 51 y ss.; RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., p. 26.

A diferencia de las teorías retributivas que edificaron el sistema a partir de un acto de desobediencia a la norma, la prevención especial pone el acento en la *asocialidad del autor*, lo que explica que Liszt se dedicara a clasificar delincuentes, considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inoculizar, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena debe cumplir su función preventiva.⁷⁷

Su formulación originaria de prevención especial *negativa*, también entendió a la pena como instrumento de motivación de base coactiva, pero a diferencia de la prevención general, aquí la amenaza está dirigida al mismo autor, a quien se anuncia que si reincide sufrirá nuevamente la pena. Su versión moderna, conocida como prevención especial *positiva*, trata de evitar la reincidencia intentando neutralizar las causas que gravitaron sobre el autor, a quien se procura adaptar mediante tratamientos de resocialización.⁷⁸

Los beneficios políticos criminales de su versión *positiva* se vinculan con la humanización de los programas de ejecución de las penas privativas de libertad, ámbito al que la criminología clásica y el derecho penitenciario prestaron la mayor atención, para despojar a la pena de contenidos retributivos, proclamando a la prevención especial como único fin del sistema de reacciones.

12.2. La defensa social como fundamento de la pena

Influenciada por el determinismo y por ello crítica a la idea del libre albedrío, esta concepción negó que la culpabilidad pudiera ser fundamento y medida de la pena, fundamentando en cambio todo el sistema estatal de reacciones en la necesidad que tiene la sociedad de defenderse de los comportamientos antisociales, sin distinguir entre autores culpables e inculpables.

Durante una etapa de considerable duración, la prevención especial fue concepción dominante, pero ha perdido progresivamente influencia por las objeciones que se le han formulado, especialmente porque si bien el ideal de corrección explica

⁷⁷ Conf. LISZT: *Tratado de derecho penal*, cit., II-10.

⁷⁸ Conf. ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 59 y ss.

el fin que persigue la pena, tampoco contiene justificación del *tus puniendi*.

Se cuestiona el derecho del Estado a *resocializar* a una persona contra su voluntad, especialmente si es adulta, pues puede traducirse en una manipulación de la personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere. Por otra parte, la imposición coactiva de un proceso de resocialización entra en contradicción con la idea de un estado de derecho que exige pluralismo, especialmente por lo sugestivo que resulta someter a *tratamiento* al enemigo político.⁷⁹

El desplazamiento del hecho cometido como presupuesto básico de la pena y su reemplazo por la *asocialidad* del autor, conduce: *i)* a legitimar la intervención punitiva estatal cuando existe un pronóstico desfavorable, aunque el sujeto no haya cometido delito alguno; *ii)* a prever reacciones predelictuales, que son inadmisibles pues concretan privaciones de derechos a sujetos que no han hecho nada censurable, so pretexto de que es necesario prevenir hipotéticas conductas futuras, y *iii)* a adoptar la fórmula del *estado peligroso*, que además de imprecisa, no puede ser considerada presupuesto legítimo para fundamentar la intervención del Estado.

Finalmente, importantes círculos de autores demuestran que no se puede agotar el sentido de la pena en la readaptación social y el propósito de evitar la reincidencia: *i)* los delincuentes de *cuello blanco* no pueden explicarse como desadaptados que necesitan tratamiento, por lo que al menos en esos casos, la pena requiere otro fundamento; *ii)* lo mismo sucede con los graves delitos consumados en situaciones irrepetibles, cometidos por sujetos que se han adaptado al nuevo contexto social, los que no deben quedar impunes pese a que no exista riesgo de reincidencia.⁸⁰

12.3. La peligrosidad como pauta para la individualización

Despedida la culpabilidad del ámbito de la individualización de la pena, la concepción preventivo-especial postula que debe adecuarse la medida de la sanción al pronóstico de con-

⁷⁹ Conf. ROXIN: *Problemas básicos del derecho penal*, cit., p. 17.

⁸⁰ *Ibidem*.

ducta futura y no al hecho cometido, asociando así la intensidad de la reacción a la peligrosidad del autor, lo que supone la adopción de un sistema *monista*, es decir común a la pena y a la medida de seguridad.

El primer reparo que merece una individualización que adopte esas pautas, es que permite la imposición de penas severas fundadas en la existencia de pronósticos desfavorables, a sujetos que han cometido delitos de escasa significación.

Este punto de vista genera además otras objeciones, por la imposibilidad de predecir los efectos del tratamiento, dificultad que se pretende enfrentar postulando una inaceptable indeterminación del plazo de duración, pero si la pena se prolonga *sine die* hasta que el tratamiento tenga éxito, el condenado queda a merced de la intervención estatal.

Las dificultades se proyectan al ámbito del proceso penal, pues como no se trata de comprobar datos del pasado como el hecho cometido y la culpabilidad del autor, sino de algo notoriamente complejo como inferir el futuro, ello conduce a sobredimensionar la prueba de indicios, conceder facultades discrecionales al juez, y en general acentuar al máximo el perfil inquisitivo del procedimiento.⁸¹

12.4. Prevención especial y ejecución penal

Es en materia de ejecución penal donde la prevención especial logró mayor aceptación, pero la confirmación de sus consecuencias positivas exige evidencias que sean fruto de investigaciones empíricas, cuyo resultado nunca pudo comprobarse ni siquiera en los países que desarrollaron razonables programas penitenciarios.

Pero además: *i)* es evidente la dificultad para compatibilizar una curación que requiere la conformidad del asistido con la coerción que es de la esencia de la pena; *ii)* resulta contradictorio pretender entrenar a un sujeto para la vida en libertad, precisamente cuando carece de ella;⁸² *iii)* paralelamente al estí-

⁸¹ Conf. FAIRÉN GUILLÉN: "Prevención y represión desde el punto de vista procesal", *A.D.P.*, Código Penal, Madrid, 1971, I-5 y ss.; ídem, "El proceso de peligrosidad sin delito en el derecho comparado", en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, Valencia, 1974, p. 151.

⁸² Conf. MORRIS: *El futuro de las prisiones*, México D.F., 1978, p. 37.

mulo readaptador, el condenado recibe la influencia desadaptadora de la comunidad de reclusos que normalmente es más intensa que el programa oficial, y *iv*) por ello, importante literatura penitenciaria considera a la prisión como un decisivo factor criminógeno.⁸³

12.5. Incidencia de la prevención especial en el derecho contemporáneo

La prevención especial nunca superó las críticas a que fue sometida, quedando detenida en su evolución cuando abandonó los conocimientos de las ciencias sociales y de la investigación empírica para construir las categorías de autor que debían servir de base al sistema. Influyó además negativamente, su vinculación con concepciones autoritarias del Estado y del derecho penal, especialmente con la escuela de Kiel, siendo postergada por la ulterior reacción operada en la posguerra, con el resurgimiento de las teorías absolutas desde mediados del siglo pasado.⁸⁴

Ello obligó a sus partidarios de concepción democrática, a procurar soluciones de compromiso con el retribucionismo, lo que supuso una paulatina reducción de sus puntos de vista a la dogmática tradicional. En esas condiciones, más que un programa de reforma penal, la consecuencia fue una adaptación de la teoría retributiva, mediante la incorporación de puntos de vista preventivo-especiales.

13. Teorías de la unión

La polémica entre las tradicionales teorías absolutas y relativas de la pena demostró que existe más de un fin de la pena, por lo que ninguna de ellas logró imponerse, quedando así desacreditados los puntos de vista unidimensionales. Irrumpieron entonces criterios pluridimensionales que, agrupados bajo la denominación de *teorías de la unión*, concretaron esfuerzos

⁸³ Conf. HOOD-SPARKS: *Problemas clave en criminología*, Madrid, 1970, p. 215.

⁸⁴ Expresamente, BACIGALUPO: "Significación y perspectivas de la oposición derecho penal-política criminal", *Revue Internationale de Droit Pénal*, Madrid-Plasencia, 1977, p. 23.

por articular soluciones de compromiso entre las doctrinas en pugna.⁸⁵

Como surgieron ante la evidente dificultad para encontrar desarrollos ortodoxos que puedan defender criterios unidimensionales hasta sus últimas consecuencias, estas teorías unificadoras, dominantes en el derecho penal contemporáneo, suponen una suerte de combinación de fines retributivos y preventivos, intentando configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones analizadas.

Lo que en realidad estos modelos de *unidad* ponen de manifiesto es una crisis, cuya manifestación más evidente es la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para fundamentar el *ius puniendi* estatal, con todas las consecuencias de inseguridad que de allí derivan.

Por lo mismo, las teorías de la unión enfrentan serias dificultades cuando procuran articular doctrinas que ofrecen soluciones contradictorias, como ocurre: *i)* cuando sujetos cuyos comportamientos no pueden apreciarse como graves, evidencian *peligrosidad*, o *ii)* a la inversa: cuando hechos graves fueron cometidos por personas respecto de las cuales existe pronóstico favorable.

13.1. La unificación mediante una consideración escalonada

En algunos casos el criterio unificador se concretó en la afirmación de que cada concepción debe tener influencia diversa según el momento que se considere,⁸⁶ lo que permitiría:

- a) Admitir que el criterio preventivo general es el que más gravita a nivel legislativo, es decir cuando se sanciona la norma que prevé una sanción para toda persona que realice determinado comportamiento.

⁸⁵ Conf. STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit. pp. 187 y ss.; HASSEMER: *Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social*, cit., pp. 147 y ss.; ídem, *Fundamentos del derecho penal*, p. 359; JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., pp. 3 y ss.; MAURACH-ZIFF: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-89 y ss.; LESCH: *La función de la pena*, cit., p. 41; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 37; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., pp. 56 y ss. Críticamente ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-93 y ss.; JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 34 y ss.

⁸⁶ Conf. ROXIN: *Problemas básicos del derecho penal*, cit., pp. 20 y ss.

- b) Los puntos de vista retributivos pasarían a primer plano durante el proceso y especialmente para la individualización judicial de la pena, pues: *i)* la sentencia debe medirla considerando preferentemente la gravedad del hecho cometido y la culpabilidad del autor; *ii)* las consideraciones preventivo-especiales vinculadas a la personalidad del autor y al pronóstico de reincidencia, pasan aquí a segundo plano; *iii)* es residual la influencia de la prevención general, pues sólo incide para evitar la imposición de una pena tan reducida que genere efectos contraproducentes, desde la óptica del control social.
- c) Finalmente, pese a todos los reparos que merece, se admite que durante la ejecución, la de mayor incidencia debe ser la versión moderna de la teoría preventivo-especial, pues al menos en su formulación normativa, la mayoría de los sistemas penitenciarios están orientados a lograr la readaptación social del condenado.⁸⁷

13.2. La prevención general como base para la articulación

La articulación de fines suele procurarse adoptando la prevención general como punto de partida, como sucede con quienes fundamentan la pena en la necesidad de preservar imprescindibles bases de convivencia social, procurando limitar el efecto inhibitor de la incriminación con criterios de necesidad, que al tiempo que les permitirían justificar la pena les serviría para condicionarla, afirmando que no existiría legitimación para imponer penas innecesarias o innecesariamente rigurosas.⁸⁸

La definición de la pena como una *amarga necesidad* destinada a preservar el orden social, exigiría un uso recto de ella

⁸⁷ Conf. RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 57.

⁸⁸ Así GIMBERNAT ORDEIG: *Estudios de derecho penal*, 1ª ed., Madrid, 1976, pp. 57 y ss., de innegable influencia en un sector importante de la doctrina española desde los años '70, como entre otros; MIR PUIG: *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 53 y ss.; *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría del delito*, 2ª ed., Barcelona, 1985; MUÑOZ CONDE: *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975, p. 34; LUZÓN PEÑA: *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología, Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 45; QUINTERO OLIVARES: *Represión penal y estado de derecho*, Barcelona, 1976, pp. 17 y ss.

que evitaría los excesos que caracterizaron a la versión clásica de la prevención general.⁸⁹

Pero los partidarios de este punto de vista debieron hacer concesiones donde la fragilidad de la prevención general es más evidente: admitieron para la individualización judicial, límites relacionados con *i)* la importancia del bien jurídico lesionado; *ii)* su lesión o puesta en peligro, y *iii)* la clásica distinción entre comportamientos dolosos y culposos.

13.3. La prevención especial como base unificadora

Obligados a evitar sus excesos, también quienes en su momento presentaron a la prevención especial como fin principal de la pena, procuraron limitarla con criterios rectores de raíz retributiva,⁹⁰ para impedir que la respuesta estatal para procurar la readaptación del condenado, se convirtiera en una reacción penal más gravosa que el castigo.

Lo primero que debieron admitir es que el simple enunciado de que el sistema persigue la resocialización no basta, pues en muchos casos se utilizan falsas etiquetas para encubrir el castigo, en cuya virtud se hacen formulaciones retóricas de enunciado humanitario que no producen efectos prácticos, o causan resultados contraproducentes.

La reacción contra el *nominalismo* requirió algunas precisiones, como la exigencia de que ninguna sanción —cualquiera sea el rótulo que se utilice— pueda operar, sin que el destinatario haya realizado una conducta descrita en forma precisa en la ley como presupuesto.

En la misma orientación limitadora, se inscribe el rechazo a cualquier reacción penal indeterminada, como la prevista en el derecho vigente (art. 52, C.P.), pues la seguridad jurídica exige que toda restricción de derechos tenga plazo máximo de duración.

⁸⁹ Conf. GIMBERNAT ORDEIG: *Estudios de derecho penal*, cit., pp. 57 y ss., quien invoca como fundamento las previsiones del "Proyecto Alternativo" de Código Penal alemán elaborado por catorce profesores de derecho penal, como *alternativa* a la propuesta oficial de 1962.

⁹⁰ Conf. BACIGALUPO: "Significación y perspectivas de la oposición derecho penal-política criminal", cit., pp. 24 y ss.

Finalmente, la opinión dominante fue consolidando la idea de que los fundamentos preventivos especiales no pueden justificar que se sobrepasen los topes máximos fijados por el criterio de una justa retribución, por lo que:

- i) Es admisible que cese la privación de libertad si existe un pronóstico favorable antes del término mínimo, por lo que una vez individualizada la pena por el juez, los éxitos obtenidos durante la etapa de ejecución deben permitir anticipar la libertad (art. 13, C.P.).
- ii) Aunque subsista un pronóstico desfavorable, resulta en cambio ilegítimo *retener* en prisión al condenado por más tiempo del señalado en la sentencia.

13.4. Evolución de las teorías de la unión

La necesidad de restaurar el estado de derecho como reacción a los excesos de las experiencias autoritarias europeas, determinó que entre la posguerra y comienzos de los años '70, haya sido evidente la influencia de la retribución en la articulación de las teorías unificadoras, pero pudo advertirse mayor influencia de las clásicas teorías preventivas a partir de la segunda mitad de esa década.⁹¹

En una primera etapa, ello significó un breve resurgimiento de la prevención especial orientada por la idea de resocialización, pero lo que la evolución ulterior puso de manifiesto fue una mayor incidencia de la prevención general, primero en el marco de una nueva teoría unificadora, y más recientemente en la llamada *prevención general positiva*.

Pero a diferencia de las tradicionales, estas modernas teorías preventivas ofrecen modelos sistemáticos de todo el derecho penal, incluyendo formulaciones de la teoría del delito alternativas a las que tradicionalmente generó la teoría de la retribución.

14. Teoría unificadora preventiva

La primera de esas manifestaciones contemporáneas, es la denominada *teoría unificadora preventiva dialéctica*, de

⁹¹ Conf. ROXIN: *Política criminal y estructura del delito*, cit., pp. 12 y ss.

acuerdo con la cual para que una teoría de la pena pueda ser sostenida, debe basarse en el entendimiento de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo, punto de vista utilizado por Roxin para criticar las anteriores teorías de la unión, a las que denominó *aditivas*.⁹²

14.1. Sistematización de la teoría del delito en función de fines político-criminales

Desde ese punto de partida, procuró Roxin lograr la unidad sistemática del derecho penal y la política criminal también en el seno de la teoría del delito, afirmando que los presupuestos de punibilidad deben contemplarse, desarrollarse y sistematizarse a partir de las siguientes funciones político-criminales:

- i) La tipicidad, a la que asoció a la determinabilidad de la ley penal, conforme al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.
- ii) La antijuridicidad, que en esta concepción fue apreciada como el ámbito de solución de los conflictos sociales.
- iii) En ese marco global, la culpabilidad fue explicada como el estrato donde se define la necesidad de pena, de acuerdo a consideraciones preventivas.⁹³

14.2. Articulación de fines preventivos como fundamento de la pena

La necesidad de unir fines preventivos, fue fundamentada en la consideración de que las normas penales sólo están justificadas cuando están destinadas a proteger la libertad individual, o en todo caso un orden social que está a su servicio, por lo que la pena —en la mayoría de los casos— debe perseguir simultáneamente fines preventivo-generales y preventivo-especiales.⁹⁴

⁹² Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-95; *Introducción al derecho penal de hoy*, cit., pp. 137 y ss.

⁹³ Conf. ROXIN: *Política criminal y sistema del derecho penal*, cit.; SCHÜNEMANN: "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *El sistema moderno...*, cit., p. 63; AMELUNG: "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", en SCHÜNEMANN: *El sistema moderno...*, cit., pp. 94 y ss.

⁹⁴ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-95.

Sin embargo, se aclaró que la obtención simultánea de esos fines no condiciona la imposición de penas en todos los casos, ya que la sanción sigue siendo legítima aun cuando únicamente se base en uno solo de esos componentes. Así, por ejemplo, se considera legítimo que el Estado aplique una pena exclusivamente en función de razones de prevención general, en supuestos en los cuales no existe riesgo de reincidencia.⁹⁵

La misma solución se ofrece en los casos en que existe necesidad de pena para compensar defectos de socialización, pero no se puede contar con el autor para una ejecución resocializadora. Haciéndose cargo de que una socialización *forzosa* no es ni pedagógica ni terapéuticamente eficaz, Roxin sostuvo que se debe procurar mas no forzar la cooperación del condenado, pero admitió que en su defecto la pena no pierde sentido por la subsistencia de exigencias preventivo-generales.⁹⁶

14.3. Reglas para resolver antinomias

Los casos de antinomia fueron resueltos mediante pautas de *ponderación diferenciada*, según las cuales mientras el fin de la conminación penal contenida en la ley es pura prevención general, la sentencia que impone una pena debe tomar en consideración ambos fines, para que finalmente en la ejecución ocupe un primer plano la prevención especial.⁹⁷

Fueron considerados los casos conflictivos, como cuando las exigencias de prevención general conducen a una pena más alta que la necesaria para la readaptación del condenado, supuesto en el cual la pena más alta es contraproducente para socializar y la más baja afecta el efecto disuasivo.

Se propuso en esos casos privilegiar el fin preventivo-especial, pues dicha finalidad se vería frustrada por la imposición de una pena alta, mientras que una pena baja si bien debilita no elimina totalmente las exigencias de prevención general, finalidad sólo desnaturalizada por la imposición de una pena tan baja que estimule la imitación, pero haciendo la salvedad

⁹⁵ *Ibíd.*

⁹⁶ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-96; asimismo "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad", en *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, 1993, p. 33.

⁹⁷ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-97.

de que en la mayoría de los casos el tope mínimo debe considerarse suficientemente disuasivo.

14.4. La negación del fin retributivo

De acuerdo a este punto de vista, la teoría retributiva no debe entrar en consideración,⁹⁸ ni siquiera en los casos en que la pena se justifica pese a que no existe riesgo de reincidencia. Así, la imposición de penas por graves delitos cometidos en situaciones irrepetibles, como en el caso del criminal nazi ya integrado al nuevo contexto social, no deben fundamentarse en la idea de justicia, sino de la necesidad de pena que es consecuencia de exigencias de prevención general.⁹⁹

Roxin criticó la distinción entre *esencia* [¿qué es?] y *fin* [¿para qué sirve?], afirmando que la pena es la causación retributiva de un mal, mientras que su *fin* sería lograr objetivos preventivos, formulando dos observaciones:

- i) Admite que la pena es una intervención coercitiva del Estado y una carga para el condenado, por lo que —p. ej.— si la orden de disfrutar unas vacaciones en Mallorca *no* es una pena, es porque contradice el fin de prevención y no porque no implique un *mal*.
- ii) Si bien reconoce que la pena tiene un componente de reproche ético-social, argumenta que la desaprobación social de la conducta genera una influencia preventivo-especial sobre el autor.¹⁰⁰

14.5. La culpabilidad como límite del *ius puniendi*

Procurando resolver el recurrente déficit de las teorías preventivas para evitar que la intervención punitiva del Estado supere las barreras propias del estado de derecho,¹⁰¹ pese a haber descartado a las ideas retributivas como fundamento de la pena, recuperó Roxin el principio de culpabilidad como medio para limitarla.

⁹⁸ Ídem, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, cit., pp. 13 y ss.

⁹⁹ Ídem, *Problemas básicos del derecho penal*, cit., p. 17.

¹⁰⁰ Ídem, *Derecho penal. Parte general*, cit., I-98.

¹⁰¹ Ídem, en ROXIN-ARZT-TIEDEMANN: *Introducción al derecho penal y al derecho procesal penal*, cit., p. 27.

De todos modos, si bien invocó exigencias constitucionales para concluir que aunque subsistan necesidades preventivas, la duración de la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, formuló dos aclaraciones:

- i) Recordó en primer lugar, que hay ordenamientos jurídicos en los que, como en el derecho anglosajón, el principio de culpabilidad carece de base en el derecho positivo.
- ii) Argumentó además, que aun en los sistemas que ha orientado el derecho continental europeo, nadie ha objetado la constitucionalidad de las medidas de seguridad, pese a que no están limitadas por el principio de culpabilidad.

14.6. Incidencia en el derecho contemporáneo

i) Se debe conceder que la opinión dominante ha recogido muchas de las conclusiones de esta teoría unificadora, aun cuando existe consenso en que su fundamento es endeble cuando pretende defender el principio de culpabilidad exclusivamente en función de exigencias preventivas. Dado que Roxin reconoció la existencia de un *sentimiento jurídico general*¹⁰² según el cual la medida de la pena nunca debe superar la de la culpabilidad, parece difícil disociar ese *sentimiento* de la influencia de la teoría retributiva.

Lo mismo sucede cuando explicó que un fin preventivo, cual es la *estabilización de la conciencia jurídico-penal*, requiere la sensación de que la pena sea justa, agregando que ella exige que nadie sea castigado más duramente de lo que merece, para concluir luego que *merecida* es sólo una pena acorde a la culpabilidad.¹⁰³ Parece claro que tanto *merecimiento* de pena como *pena justa*, son consideraciones que provienen de puntos de vista retributivos.

Es por ello que, aunque aparezca negado en la formulación de sus exponentes, hemos advertido en esta teoría unificadora, una interesante y moderna articulación entre una exigencia de justicia [ideal retributivo], y una finalidad propia de la

¹⁰² Así, ROXIN: *Derecho penal. Parte general*, cit., I-100.

¹⁰³ *Ibidem*.

teoría de la prevención general positiva, como es *estabilizar la conciencia jurídico-penal*.¹⁰⁴

ii) No es censurable la afirmación de Roxin cuando se alejó de la teoría de la retribución, sosteniendo que no es necesario compensar *toda* la culpabilidad del autor, cuando exigencias preventivas aconsejan una pena menor.¹⁰⁵ Pero no es menos cierto que también *desde* una teoría retributiva despojada de su visión ortodoxa, se puede articular una teoría unificadora y llegar a la misma conclusión, cuando se confrontan utilidad y justicia, y así:

- 1º. Exigencias de justicia no pueden fundamentar una pena inútil o contraproducente, debiendo en esos casos prevalecer pautas utilitarias; y
- 2º. A la inversa, exigencias preventivas no pueden fundamentar la imposición de una pena injusta, situación en la cual prevalece la teoría de la retribución, aunque se predique que se prescinde de ella.

iii) Finalmente, también se puede acordar con Roxin cuando tomó distancia de la teoría retributiva, afirmando que establece el principio de culpabilidad como límite de la reacción penal, sin necesidad de afirmar la existencia de la libertad de voluntad.¹⁰⁶

Sin embargo, a la misma conclusión se puede llegar adoptando un criterio unificador que adopte como punto de partida el retribucionismo, a condición de que en vez de considerar que la culpabilidad corresponde a la naturaleza de las cosas, adopte criterios propios de un finalismo heterodoxo, que permite considerar a la culpabilidad como una opción de política criminal.¹⁰⁷

15. *Prevención general positiva*

Una nueva perspectiva preventivo-general ha desarrollado en el derecho penal contemporáneo uno de los intentos más

¹⁰⁴ Conf. RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., p. 38.

¹⁰⁵ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-100.

¹⁰⁶ Ídem, I-101.

¹⁰⁷ Conf. RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., p. 39.

modernos por fundamentar el sistema penal, ya que sobre la base de la concepción de Luhmann de que el derecho es instrumento de estabilización social, se desarrolló la que se denomina *prevención general positiva*, cuyo punto de partida fue la primera edición del *Tratado* de Jakobs de mediados de los años '80.¹⁰⁸

15.1. Función de la pena

En la medida en que el delito desestabiliza el sistema social y la confianza institucional de los miembros de la comunidad, la función de la pena sería precisamente restablecer dicha confianza, con lo que su finalidad sería preservar la estabilidad del sistema y la integración social, ejercitando así el reconocimiento y fidelidad al derecho.

Este punto de vista considera que la meta del derecho penal no es la intimidación [prevención general negativa], sino la prevención general positiva: afirmar y asegurar las normas fundamentales que en cada sociedad se consideran indispensables.¹⁰⁹

Es una concepción unidimensional porque critica a las dominantes *teorías de la unión* cuando pretenden unir diversos fundamentos de legitimación y fines de la pena pública, alcanzando la censura tanto a quienes han querido mediar entre teorías absolutas y relativas, como a los que sólo han procurado conciliar fines preventivos.

15.2. Crítica a las teorías de la unión

15.2.1. A LAS DE BASE RETRIBUTIVA

Sostiene Jakobs que no es posible combinar la retribución de culpabilidad mediante pena [teoría absoluta], con la influencia rehabilitadora, intimidatoria o de aseguramiento del

¹⁰⁸ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., ver nota 1. El texto alude a la primera edición de 1984, mientras que la que se conoce entre nosotros es la segunda, cuya versión alemana es de 1991.

¹⁰⁹ Conf. HASSEMER: *Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social*, cit., pp. 117 y ss.; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 39. Críticamente ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 57.

¹¹⁰ Así, JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., pp. 3 y ss.

autor concreto [prevención especial], y la influencia intimidatoria sobre autores potenciales [prevención general];¹¹⁰ pues la misma afirmación de sus defensores cuando aclaran que debe darse preferencia a uno u otro principio en el caso particular, pone de manifiesto que no hay tal armonización.¹¹¹

Lo mismo sucedería en el ámbito de la individualización de la pena,¹¹² ya que aun cuando se predique que la medida de la culpabilidad debe ser siempre el punto de orientación, se procura el equilibrio admitiendo que no se puede sobrepasar dicha medida, pero sí disminuirla para no dificultar el camino a la reinserción.¹¹³

En estas condiciones, atribuye a las *teorías de la unión* ser soluciones de compromiso, obtenidas a partir de que la idea de retribución configura histórica y materialmente el punto de partida para explicar la pena.¹¹⁴ lo que dejaría sin resolver que el concepto de retribución de culpabilidad está *gravado* por el problema del libre albedrío, y además *marcado* por concesiones reales o supuestas de la política criminal.¹¹⁵

15.2.2. A LA TEORÍA PREVENTIVA DE LA UNIÓN

También rechaza la teoría *unificadora*¹¹⁶ que une tan sólo fines preventivos, porque debería obligar a buscar exclusivamente en esos fines la legitimación de la pena. Consiguientemente, la critica porque pese a que la culpabilidad es despedida de la fundamentación de la pena, se la mantiene como medio de limitación de la intervención punitiva estatal, con consecuencias similares a las anteriores.

Señala que este punto de vista conduce a que la pena pueda ser considerablemente inferior a la medida de la culpabilidad con fundamento en razones preventivas, pero también a que se considere legítimo sobrepasar dicha medida,¹¹⁷ para con-

¹¹¹ Conf. JAKOBS: "Sobre la teoría de la pena", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 4, n° 8-A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 35.

¹¹² Ídem, p. 36.

¹¹³ Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 20.

¹¹⁴ Así STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 19.

¹¹⁵ Conf. JAKOBS: *Sobre la teoría de la pena*, cit., p. 36.

¹¹⁶ Así ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-95 y ss.

¹¹⁷ Conf. JAKOBS: *Sobre la teoría de la pena*, cit., p. 36.

cluir indicando que no hay pruebas de un efecto preventivo-individual de la pena, y que lo mismo sucede con la prevención general negativa.

15.2.3. CONCLUSIONES

La crítica que Jakobs formula a todas las concepciones unificadoras es que parten de un falso punto de partida según el cual las *legitimaciones* y los *fin*es de la pena pública pueden combinarse, afirmando en cambio que no existe un *principio* que sustente la armonía de lo que aparece contradictorio.

La consecuencia no sería entonces una armonización, sino una *paralización* recíproca de lo reunido, porque o se abandona la finalidad resocializadora, o se prescinde de la importancia del *hecho previo* como base de la reacción penal del Estado.

Dado que ese falso punto de partida afecta la *praxis*, agrega como segunda objeción que el único fin de la pena que se cumple es el *aseguramiento*, consecuencia de la privación de libertad. En este sentido, los datos de reincidencia que surgen de la estadística, acreditan que no se cumple el fin preventivo-especial.

Pero como los criterios no son conciliables tampoco se cumple la estrategia disuasiva: de acuerdo a la prevención especial habría que individualizar las penas según la intensidad de la motivación del autor, mientras que según la prevención general la pena debe medirse por la intensidad de la perturbación social.

15.3. Incidencia en el derecho penal contemporáneo

Esta teoría contiene un fundamento utilitario, ya que parte de que el derecho es un *instrumento* que sirve para la estabilización social y la orientación de las acciones. Al considerar las bases de un sistema social, recuerda que mientras las comunidades rudimentarias se apoyaban en la confianza personal, en las sociedades complejas la base es la confianza *institucional*, siendo la tarea fundamental del derecho penal el mantenimiento de la norma como modelo orientador del contacto social.¹¹⁸

¹¹⁸ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 40.

Pese a las críticas que se le han formulado,¹¹⁹ ha resultado atractiva para el pensamiento penal contemporáneo porque *i)* representa un intento de superación de la crisis que ponen de manifiesto las *teorías de la unión*;¹²⁰ y *ii)* supone un modelo integral, ya que desde esta concepción de la pena pública, se ha sistematizado un modelo de imputación alternativo al de la teoría del delito organizada de acuerdo a los puntos de vista retributivos.¹²¹

15.4. La estabilidad del sistema

Formula entonces Jakobs dos preguntas: *1ª)* ¿cuál es el valor que el derecho protege?, y *2ª)* ¿en qué consiste el *disvalor* que expresa el delito?, luego de lo cual contesta que lo *valioso* es la estabilidad del sistema y por consiguiente la búsqueda de consenso, para luego afirmar que el delito es *disfuncional* porque *i)* afecta la confianza institucional de los miembros de la comunidad, y *ii)* pone en tela de juicio la función orientadora de la norma.¹²²

Así, mientras aprecia a la infracción de la norma como su contradicción por medio de una conducta, concibe a la pena como la *réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor*.¹²³

Consiguientemente, la *función* del derecho es orientar las conductas de los seres humanos, surgiendo así un modelo

¹¹⁹ Así, p. ej., BARATTA: "Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de las teorías sistemáticas", *Doctrina Penal*, n° 29, enero-marzo 1985, Buenos Aires, pp. 3 y ss.; SCHÜNEMANN: "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 2, n°s. 1-2, Buenos Aires, 1996, pp. 36 y ss.; LÜDERSSEN: "El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios 'europeos tradicionales'. O: ¿adiós al Derecho penal 'europeo tradicional'?", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 5, n° 9-A, Buenos Aires, 1999, pp. 59 y ss.; LESCH: *La función de la pena*, cit., pp. 28 y ss.; ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 59.

¹²⁰ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 9 y ss.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 153 y ss. Asimismo JAKOBS: *Fundamentos del derecho penal*, cit.; *La imputación objetiva en derecho penal*, cit.

¹²² Conf. JAKOBS: "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 5, n° 9-A, Buenos Aires, 1999, pp. 25 y ss.

¹²³ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 13.

funcionalista que es criticado por afirmar que las normas orientan los comportamientos, prescindiendo de toda consideración sobre su contenido.

En el esquema funcionalista el delito es expresión simbólica de la falta de fidelidad al derecho, siendo portador de un disvalor que consiste en hacer estremecer la confianza institucional; y dado que la pena constituye la expresión simbólica opuesta, sus fines no serían otros que *i)* restablecer esa confianza,¹²⁴ y *ii)* prevenir el efecto negativo del delito, la estabilidad del sistema y la integración social.

Se concreta así una teoría preventiva,¹²⁵ según la cual la pena tiene lugar para ejercitar el reconocimiento de la norma y la fidelidad al derecho, a la que se califica de *general* por la función orientadora de la norma para el comportamiento de las personas.

15.5. El delito en el funcionalismo

Siendo el cometido de la pena evitar conductas que son *disfuncionales*, porque al erosionar esa función orientadora afectan la confianza institucional, se toma distancia de la idea tradicional según la cual lo disvalioso del delito consiste en lesionar bienes jurídicos en medida intolerable.

Es que la configuración del orden que ha de proteger el derecho penal, no viene definida por todos los bienes y no siempre sólo por bienes, como quedaría demostrado en los casos de *anticipación* en los que las normas incriminan comportamientos que —como en los delitos de peligro abstracto— constituyen una perturbación social pese a que no se ha producido completamente un daño en el bien jurídico.¹²⁶

Pero ello no supone abandonar el *principio de subsidiariedad*, al que se considera la variante penal del principio cons-

¹²⁴ Parece acertada la afirmación de que la definición de los fines de la pena en Jakobs tiene reminiscencias hegelianas. Conf. STRATENWERTH: "¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 2, n.ºs. 1-2, Buenos Aires, 1996, p. 174 y más específicamente p. 182.

¹²⁵ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 18 y ss.

¹²⁶ Ídem, pp. 58 y ss.

titucional de proporcionalidad, en virtud del cual no está permitida la intervención penal si el efecto se puede alcanzar mediante otras medidas menos drásticas.¹²⁷

16. *La culpabilidad en el escenario contemporáneo*

16.1. *Hacia un nuevo modelo pluridimensional*

La teoría de la *prevención general positiva* adjudica a la pena una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito,¹²⁸ lo que le permite tomar distancia de los serios reparos que merecían las concepciones preventivas de perfil clásico, desde una perspectiva de respeto a la idea del estado de derecho.¹²⁹

Sin embargo, su incorporación al pensamiento penal contemporáneo no puede significar la adhesión acrítica a un nuevo paradigma, aunque permita explicar que la función de la pena es estabilizar la vigencia del orden jurídico, y resulte evidente la utilidad social que supone comunicar un mensaje destinado a fortalecer la confianza en la vigencia de la norma cuestionada por la infracción.

Ello es así porque la adopción de este nuevo modelo unidimensional, no permite clausurar la discusión relativa al fin de la pena y su legitimación,¹³⁰ pues como su punto de referencia para considerar legítima la intervención punitiva del Estado son las mismas normas como bienes jurídicos,¹³¹ carece de un criterio seguro para condicionar dicha intervención.

El nuevo modelo requiere así de complementación *externa* para establecer límites, al menos para la individualización judicial de la pena,¹³² lo que ha dado lugar a una articulación de la prevención general positiva con la teoría retributiva, reproduciendo la técnica de las anteriores *teorías de la unión*.¹³³

¹²⁷ Ídem, pp. 60 y 61.

¹²⁸ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 41.

¹²⁹ Sobre esto y lo que sigue, conf. RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., pp. 44 y ss.

¹³⁰ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 41.

¹³¹ Así, JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, pp. 44 y ss.

¹³² Conf. ROXIN: "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad", cit., pp. 28 y ss.

¹³³ Así, BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 43.

Es comprensible entonces que pese a la innegable influencia de la prevención general positiva, la política criminal de nuestro tiempo exhiba todavía un claro predominio de las *teorías de la unión*, en cuya virtud resulta casi imposible encontrar sistemas jurídico penales en los que pueda reconocerse la influencia exclusiva de una concepción unidimensional. Por lo mismo, cuando se afirma que determinada legislación está orientada por alguna teoría, sea retributiva o preventiva, normalmente lo que en realidad se sostiene es que ese cuerpo normativo ha acentuado —a veces en exceso— la incidencia de algunos puntos de vista sobre otros.

Desde luego, tampoco antes de Jakobs el pensamiento penal exhibía desarrollos unidimensionales de las teorías relativas, pues quienes habían vinculado la pena a la persecución de fines preventivo-generales o especiales, aceptaban que éstos debían estar limitados por pautas de proporcionalidad, por el principio de culpabilidad, o en todo caso por el mismo principio retributivo. Esas *teorías de la unión* establecían como punto de partida alguna de las teorías relativas, o ambas,¹³⁴ y desde allí formulaban concesiones a la teoría absoluta.

16.2. Articulación de la culpabilidad con objetivos político-criminales

Hasta hace no mucho tiempo, se argumentaba que la concepción retributiva no ofrecía ninguna posibilidad de articulación, pues su presentación como *teoría absoluta* la exhibía totalmente desvinculada de la realización de fines,¹³⁵ y por consiguiente de objetivos político-criminales.¹³⁶ Para demostrarlo era frecuente ejemplificar con Maurach, para quien la característica principal de la pena retributiva era la majestad de su desvinculación de todo fin,¹³⁷ evocando así la exigencia kantiana

¹³⁴ Así ROXIN: *Derecho Penal. Parte General*, cit., I-95 y ss.

¹³⁵ Conf. HASSEMER: "Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social", cit., p. 117.

¹³⁶ *Ibidem*. Asimismo, BACIGALUPO: "Significación y perspectivas de la oposición derecho penal-política criminal", cit., p. 15.

¹³⁷ Pese a que admite que la pena desempeña fines preventivos, dice MAURACH que "la prosecución de estos fines no debe, sin embargo, conducir a sacrificar la esencia retributiva de la pena a un fin de prevención", agregando que la pena continúa siendo retribución y ha de ser de tal modo fijada en el caso concreto, que represente una justa expiación del acto culpable. Conf. *Tratado de derecho penal*, cit., I-81.

de que en caso de la disolución voluntaria de una sociedad, debería aplicarse la pena al último asesino.¹³⁸

Sin embargo, nunca fue tan evidente que Kant y Hegel desarrollaran una auténtica *teoría absoluta*,¹³⁹ pues como ubicaban al respeto a la dignidad humana en el punto central de su fundamentación de la pena, estaban señalando una finalidad.

Por añadidura, aun los críticos de las teorías absolutas debieron admitir que en su evolución ulterior, los partidarios explicaron que con la pena retributiva *se lograba* la confianza en el principio de justicia, que mediante la correspondencia entre delito y pena *se estimulaba* en el condenado la sensación de su propia responsabilidad, y que la pena tenía como *meta* someter la voluntad del infractor al ordenamiento jurídico y exigir la observancia general de la ley.¹⁴⁰

Finalmente, aun cuando Welzel dijo que la pena se justificaba como retribución según la medida de la culpabilidad, agregó que este *sentido* de la pena se dirigía al conocimiento y la voluntad de los hombres, tanto del autor como de los demás, con lo que luego pudo insertar los fines preventivo-generales y especiales dentro de su teoría de la impresión.¹⁴¹

16.3. Criterios de definición

Establecido que también *desde* la retribución es factible hacer concesiones para formular una *teoría de la unión*,¹⁴² la cuestión consiste en decidir qué teoría de la pena se tomará como base, para luego hacer concesiones a los otros puntos de vista. Aclarado que es necesario adoptar un modelo pluridimensional, parece evidente que la decisión debe encontrar fun-

¹³⁸ Conf. HASSEMER: "Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social", cit., p. 117; ROXIN: *Intitución al derecho penal de hoy*, cit., p. 147.

¹³⁹ Conf. HASSEMER: "Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social", cit., p. 126; LESCH: *La función de la pena*, cit., pp. 45 y ss.

¹⁴⁰ Conf. HASSEMER: "Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social", cit., p. 126.

¹⁴¹ Conf. WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte general*, cit., p. 327.

¹⁴² Ponen de manifiesto que ello es posible, tanto Roxin cuando críticamente alude a las "teorías unificadoras retributivas" (cfr. *Derecho penal. Parte General*, cit., I-93), como Jakobs cuando censura a Jescheck-Weigend y a Stratenwerth (conf. *Sobre la teoría de la pena*, cit., pp. 35 y ss.).

damento en un examen de la realidad social, sobre la que el remedio penal está destinado a incidir.

Desde esa perspectiva, en el contexto latinoamericano y particularmente en nuestro país, el dato esencial que ofrece la realidad contemporánea, es un pasado reciente caracterizado por la reiteración de experiencias que desarrollaron modelos autoritarios de ejercicio del poder político, utilizando el *ius puniendi* estatal como instrumento de control social que coadyuvó a su sostenimiento.¹⁴³

Por otra parte, pese a las evidentes ventajas que para el sistema penal son consecuencia de la normalidad institucional alcanzada en los años '80, a diferencia de lo que ocurrió en la Alemania de posguerra,¹⁴⁴ nuestro sistema jurídico está lejos de haber consolidado un modelo comparable al de las democracias occidentales, especialmente como consecuencia de la presión de una realidad que pone de manifiesto una situación de inequidad social con elevados índices de marginalidad y desempleo. Se ha generado así, entre otras manifestaciones, un proceso de retroalimentación entre una criminalidad creciente y generalizadas reacciones que predicen la necesidad de imponer *orden* mediante estrategias de terror penal.¹⁴⁵

16.4. Objeciones a las tradicionales teorías relativas

Es evidente que en estas condiciones, aunque se demostrara conceptualmente factible, no resulta aconsejable pretender fundamentar la legitimidad de la intervención punitiva estatal, utilizando los puntos de vista utilitarios que ofrecen las clásicas teorías relativas:

- i) La lucha contra la delincuencia mediante la utilización de métodos exagerados de prevención general *negativa*, permitieron justificar el atropello y la lesión sistemática de derechos fundamentales, argumentando la existencia de situaciones de *excepción* que, inclusive, condujeron a la justificación de la utilización por el Es-

¹⁴³ Debe relativizarse la afirmación del texto, pues el dato central de la estrategia no fue el control social formalizado, sino la adopción clandestina de un esquema de terrorismo de Estado.

¹⁴⁴ Conf. ROXIN: *Política criminal y estructura del delito*, cit., pp. 12 y ss.

¹⁴⁵ Conf. RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 50.

tado de las mismas armas que los infractores del orden jurídico.

- ti) Como consecuencia de la crisis del *estado de bienestar*, a lo que en realidad conduce la prevención especial, es a la formulación de programas de rehabilitación que —en el mejor de los casos— no trascienden el plano retórico. Como se ha señalado hace ya tiempo, la ideología de la *defensa social* ha sido eficaz en cuanto al peligro que conlleva, o sea como estrategia que disminuye la seguridad jurídica y la certeza en la aplicación del derecho, pero quedó en declaración en cuanto al tratamiento, sirviendo en cambio de pretexto para aumentar el margen de arbitrariedad política y judicial.¹⁴⁶

16.5. Complementación externa de la prevención general positiva

En un escenario que requiere la adopción de un modelo alejado de los peligros indicados, es factible incorporar puntos de vista de la *prevención general positiva*, ya que como adjudica a la pena una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito, representa un modelo que, siendo utilitario, carece de las deficiencias que afectaron a las antiguas teorías preventivas.¹⁴⁷

Pero desde nuestro punto de vista, la conformación de un sistema integral de garantías para el gobernado, exige tanto la necesidad de admitir una complementación externa para establecer límites,¹⁴⁸ como también que ellos deben surgir desde la concepción retributiva.

Ello es así porque desde su origen, la teoría retributiva fue una concepción antiestatal, base de una sistematización que condicionó el ejercicio del *tus puniendi*, preservando al individuo de las extralimitaciones del poder público. Para el liberalismo: i) el principio general es la libertad de la persona humana y por consiguiente ilimitado el ámbito de los comportamientos

¹⁴⁶ Expresamente cfr. ZAFFARONI: *Política criminal latinoamericana*, Buenos Aires, 1983, p. 106.

¹⁴⁷ Otro punto de vista en ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 59 y ss.

¹⁴⁸ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 43.

autorizados; *ii*) es por el contrario restricto el número de prohibiciones, y por ello limitado el ámbito del Estado; *iii*) consecuentemente, la regla es la libertad y la excepción la pena.¹⁴⁹

Estas bases fueron puestas en tela de juicio por los clásicos puntos de vista preventivos, sean generales o especiales, ya que las teorías *relativas* formularon sistemas alternativos que fueron concebidos *desde* el Estado, por lo que el punto nuclear de la estrategia dejó de ser limitar a quien ejerce el poder, al ser desplazado por el objetivo de extirpar la delincuencia.

16.6. Articulación con la culpabilidad

No sólo es posible sino además deseable, desarrollar una teoría unificadora que articule la utilidad social que surge de concebir a la pena como una réplica ante el delito ejecutado a costa del infractor,¹⁵⁰ para mantener a la norma como modelo de orientación de los contactos sociales,¹⁵¹ con las bases que ofrece el derecho penal de culpabilidad.¹⁵²

En definitiva, al igual que la idea de culpabilidad, también la explicación del funcionalismo ha sido censurada como mera afirmación de las teorías de la pena de gran discrecionalidad, que puede ser plausible, pero ni siquiera se propone como verificable racionalmente, es decir empíricamente demostrable.¹⁵³

Esa tarea exige descartar la versión idealista que caracterizó a algunas formulaciones clásicas de la teoría absoluta, rescatando sus virtudes para conformar un modelo global que preserve la seguridad jurídica, al condicionar el ejercicio del *tus puniendi* estatal.¹⁵⁴

La articulación es factible cuando se observan desarrollos modernos de las teorías retributivas, que se vinculan con una determinación absoluta de la infracción penal, la que es apreciada como la contradicción consigo mismo ante el foro de la razón práctica.

¹⁴⁹ Conf. SOLER: *Bases ideológicas de la reforma penal*, Buenos Aires, 1966, p. 32, quien lamentablemente no fue consecuente con este punto de vista.

¹⁵⁰ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 13.

¹⁵¹ Ídem, p. 14.

¹⁵² Conf. RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., pp. 49 y ss.

¹⁵³ Conf. STRATENWERTH: "¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?", cit., p. 170.

¹⁵⁴ Conf. LESCH: *La función de la pena*, cit., pp. 51 y ss.

La consecuencia sería que el significado concreto de injusto, delito y pena, se determina válidamente en definitiva por el silogismo autónomo de la razón, o sea, de un saber práctico válido en general de por sí, sobre las circunstancias jurídicas concretas en que se basa la relación jurídica concreta, proposición que el propio Jakobs admite razonable, aunque le objete que se ajusta únicamente a ordenamientos jurídicos a su vez razonables.¹⁵⁵

Pero más allá de la discrepancia, es preciso considerar que de lo que se trata es de: *i)* evitar que una persecución aislada de fines preventivo-generales y especiales, traiga consigo el peligro de abandonar al afectado a esos objetivos estatales, y *ii)* conjurar la falta de garantía de una relación adecuada y justa entre el motivo de la pena y las consecuencias jurídicas del hecho.¹⁵⁶ Lo que demuestra que esta articulación es posible, es que también en las teorías absolutas más recientes, la pena se halla sometida a la reserva de su necesidad social.¹⁵⁷

16.7. Consecuencias de política criminal

Un modelo basado en la articulación que se propone, debe desalentar toda proposición que sobredimensione la función preventiva del derecho penal, admitiendo que la delincuencia es un fenómeno inextirpable, que no es factible eliminarla totalmente sin soportar un elevado costo social, y que el remedio penal no es el más idóneo de los recursos a disposición del Estado.

16.7.1. PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Las normas penales pueden cumplir una función coadyuvante en el cumplimiento de objetivos político-criminales, ra-

¹⁵⁵ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 22, donde criticando a Köhler, agrega a la inteligibilidad absoluta de lo razonable por parte de todos hasta en los pormenores, que en un ordenamiento también inciden intereses y presiones objetivas, origen, hábito y otras causas, por lo que la cuestión del aseguramiento de la existencia, e incluso del aseguramiento de una posibilidad de tránsito a mayor razón, no podría ser así contestada.

¹⁵⁶ Conf. MAURACH-ZIPP: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-109.

¹⁵⁷ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 23.

zonablemente limitados a mantener los índices de criminalidad dentro de márgenes tolerables. El carácter fragmentario del derecho penal no debe ser olvidado, por lo que no es dudoso que el principio de subsidiariedad constituye la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad, en virtud del cual debe evitarse la intervención penal si el efecto se puede obtener con medidas menos drásticas que la pena.¹⁵⁸

También este principio reconoce límites, en cuya virtud la reacción menos severa debe afectar a la persona responsable del conflicto;¹⁵⁹ y debe concretarse en una consecuencia jurídica aplicable a la generalidad.¹⁶⁰

Finalmente, el principio de subsidiariedad se expresa en movimientos de reforma orientados a despenalizar comportamientos que, sin embargo, coexisten con procesos de penalización de conductas socialmente perjudiciales que han permanecido al margen del derecho penal, como se advierte en el ámbito de la delincuencia económica.

16.7.2. DERECHO PENAL DE AUTOR

Después de muchos años de la consagración legislativa del sistema de doble vía, consecuencia de la lucha de escuelas, se advierte un saludable cambio de orientación que ha puesto en tela de juicio el trato dado a las medidas de seguridad, en una dirección que admite ser calificada como moderno monismo y que con orientación exactamente opuesta al monismo tradicional, propone utilizar pautas propias de la teoría retributiva para impedir que quien padece *medidas* quede a merced de la intervención del Estado.¹⁶¹ En la misma dirección se inscribe la idea

¹⁵⁸ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 61.

¹⁵⁹ No se puede invocar el principio de subsidiariedad predicando la ilegitimidad de la pena, so pretexto de que existen consecuencias menos graves que serían soportadas por quien no es responsable. Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 61.

¹⁶⁰ *Ibidem*, donde explica que deben descartarse las reacciones menos drásticas que sólo conciernen a determinado círculo de autores, como p. ej., las medidas patrimoniales sustitutivas de penas privativas de libertad, que sólo pueden imponerse a personas acomodadas.

¹⁶¹ Conf. RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 60. Así, p. ej., establecer plazos máximos de duración para las medidas de seguridad, tomando como punto de referencia el límite máximo de punibilidad previsto para el hecho realizado.

de erradicar la punibilidad de *tipos de autor*, cualquiera sea la etiqueta que rotule la reacción penal.

16.7.3. SISTEMA PROCESAL ACUSATORIO

Los objetivos de un derecho penal vinculado por la idea del estado de derecho, sólo pueden materializarse si el procedimiento se organiza sobre las bases de un sistema acusatorio, reduciendo el arbitrio judicial a su mínima expresión, y erradicando los rasgos inquisitivos que actualmente subsisten.

Una investigación judicial orientada a demostrar la comisión de un comportamiento punible y a individualizar la pena en función de lo ocurrido, puede organizarse a través de un proceso contradictorio que preserve las garantías del acusado. Ello es así porque de lo que se trata es de probar lo sucedido, a lo que coadyuva un auténtico debate en el que las partes asumen protagonismo.

No ocurre lo mismo si en el proceso se pretende investigar la personalidad del autor, la eventual reincidencia o el efecto disuasivo que tendría la pena impuesta al acusado, pues ya no se mira lo ocurrido. Lo que en esos casos se procura es pronosticar el futuro, lo que fatalmente conduce a concentrar funciones en los órganos jurisdiccionales, aumentar su discrecionalidad y fortalecer métodos inquisitivos, con menoscabo de la contradicción y la defensa en juicio.

16.7.4. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

Es cierto que la investigación científica disponible no permite asegurar la autodeterminación de la voluntad, pero menos autoriza a tratar a los seres humanos como *aparatos descompuestos*¹⁶² por la incidencia de causas de criminalidad. Superado ya un determinismo fatalista, exagerado al máximo por la influencia del positivismo criminológico italiano en nuestro medio desde los años '20, es posible admitir la incidencia de factores que predisponen al hombre, y valorar en qué medida

¹⁶² La expresión corresponde a ZAFFARONI: *Política criminal latinoamericana*, cit., 162. Véase, asimismo, *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 62 y ss.

han reducido las opciones que cada situación le presentó como alternativas reales a la infracción de la norma.

En estas condiciones, la incidencia de los factores crimí-nógenos permite ser apreciada al considerar la culpabilidad del autor para individualizar la pena, conduciendo a veces a atenuar el reproche. Se evita así el criterio de aumentar el énfasis punitivo, por la incidencia de circunstancias totalmente ajenas al ámbito de decisión del condenado.

El juez debe medir la pena considerando la cantidad de opciones que tuvo el autor en el momento del hecho, con lo que deben considerarse satisfechas las exigencias preventivas. No resulta legítimo aumentar la restricción de derechos en medida superior a la culpabilidad del autor, ni para aumentar el efecto disuasivo sobre otros, ni para ensayar tratamientos de dudosas posibilidades de éxito para evitar la reincidencia, la que por el contrario resulta casi siempre estimulada por las modalidades de ejecución.

16.7.5. EJECUCIÓN PENAL

La crisis que afecta a la estrategia de ejecución de penas privativas de libertad orientada por la idea de *readaptación social*, pone de manifiesto hasta qué punto es necesario relativizar las virtudes de la prevención especial, aun en el ámbito penitenciario.

La posibilidad de ofrecer alternativas incorporando pautas retributivas no son desdeñables. En principio, porque la única forma de tener éxito, requiere independizar hasta donde es posible la curación de las modalidades coactivas que hoy prevalecen, lo que exige admitir que aunque pueda resultar deseable que el Estado aproveche la estancia en prisión para ensayar tratamientos de resocialización, el condenado no fue enviado allí con esa finalidad.¹⁶³

Ese punto de partida favorece la adopción de un modelo legislativo de ejecución penal que a diferencia de los actuales, no condicione la fecha de la libertad anticipada al cumplimiento de los programas de tratamiento carcelario. Así, la libertad condicional dejará de ser un premio al buen comportamiento

¹⁶³ Conf. MORRIS: *El futuro de las prisiones*, cit., p. 35.

en prisión, para ser considerada una etapa necesaria de un sistema progresivo destinado a evitar que repentinamente el condenado pase de la total restricción de derechos, a enfrentarse con las exigencias del mundo libre.

En un sistema progresivo de ejecución de penas privativas de libertad, *todo* condenado debe pasar por una etapa de libertad preparatoria durante la última parte de la duración de la pena, por lo que al dejar de ser un *beneficio* condicionado al buen comportamiento carcelario y a que exista pronóstico favorable, la fecha de su otorgamiento no debe quedar indefinida.

La consagración de un modelo así concebido conduce a reducir el arbitrio estatal, ya que supone adoptar un sistema de libertad condicional con plazos de cumplimiento obligatorio para los funcionarios a cargo de la ejecución penal. Durante ese plazo pueden ensayarse tratamientos de resocialización a voluntarios, pues los condenados sabrán de antemano que su aceptación de los programas oficiales no incidirá sobre la fecha de liberación.

III. CULPABILIDAD FORMAL

Sabido es que toda la evolución de la teoría del delito en nuestro medio, supuso en lo fundamental una adaptación y a veces reproducción, de puntos de vista que mucho antes ya habían sido formulados en Europa continental, y más específicamente en el derecho alemán.¹⁶⁴

Consiguientemente, cuando en derecho argentino se reprodujo la denominada *lucha de escuelas*, el punto central de la controversia entre los representantes de la mal llamada *escuela clásica*, y quienes defendían puntos de vista preventivo-especiales importados de la *scuola positiva*, estuvo dado por la afirmación o negación de una noción de culpabilidad basada en la libertad de voluntad.¹⁶⁵

17. La culpabilidad en el positivismo legal

17.1. Ideología jurídica

El positivismo legal, ideología jurídica que formuló el primer modelo de teoría del delito y pudo imponerse como dominante desde fines del siglo XIX, desarrolló como tesis fundamental que los problemas jurídicos debían resolverse exclusivamente con el auxilio de la ciencia del derecho,¹⁶⁶ adoptando una dis-

¹⁶⁴ Sobre esto y lo que sigue conf. BUSCH: *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, Bogotá, 1980, pp. 2 y ss.; JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte general*, cit., pp. 180 y ss.; GÖSSEL: *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Bogotá, 1984, pp. 3 y ss.; ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-196 y ss.; SCHÜNEMANN: "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", cit., pp. 43 y ss.; MARINUCCI: *El delito como acción*, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 13 y ss.

¹⁶⁵ Conf. RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., pp. 77 y ss.

¹⁶⁶ Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 183.

tinción entre la *valoración* que es una decisión política que corresponde al legislador, y el *conocimiento* de la ley que es la función adjudicada al juez.

Como la finalidad de la teoría del delito es ofrecer soluciones al juez, la tarea consiste en recolectar del derecho vigente las *normas* que conforman su objeto de conocimiento, pues ello permite deducir conceptos, con lo que queda claro que la tarea del jurista no es crear sino *interpretar*, es decir poner en claro la proposición jurídica, con lo que el cometido de la dogmática jurídica es descubrir una proposición jurídica que si bien existe, no está expresamente formulada.

Sobre esa base se elaboró el primer modelo de teoría del delito, cuyo resultado fue un orden sistemático destinado a garantizar seguridad jurídica, que en la medida en que permitía *dominar* el orden jurídico debía estar en condiciones de solucionar el problema particular, es decir resolver el caso.

17.2. Política criminal y dogmática jurídica

La opinión dominante de la época consideraba que la política criminal presupone una concepción utilitaria del derecho penal y de la pena, por lo que la etapa fue caracterizada por el predominio de un modelo bipolar, en el que coexistían dos sistemas desconectados, ya que mientras la teoría de la pena era destinada a la búsqueda de eficacia desde la perspectiva de la prevención especial, la dogmática del delito cumplía la función de establecer límites a la pretensión punitiva.¹⁶⁷ Es en ese escenario de aislamiento que debe recordarse la afirmación de Liszt, en el sentido de que el derecho penal constituye una barrera infranqueable para la política criminal.¹⁶⁸

Es probable que la carencia en Liszt de una teoría del delito que armonizara con su teoría de la pena, haya sido el motivo

¹⁶⁷ Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 183.

¹⁶⁸ Conf. LISZT: *Tratado de derecho penal*, cit., II-71, donde al referirse a los límites, aclara que la política criminal tiene que detenerse ante la fortaleza inexpugnable de las conquistas revolucionarias, agregando: "La política criminal no puede dejar de ser política... La seguridad general no puede atacar a las esencias constitucionales de la seguridad individual: la libertad. El derecho penal —hijo de la política— las consagra. Como el derecho penal, la política criminal tiene, pues, sus límites: el derecho penal es la barrera intransgredible de la política criminal".

de que no quedara asociado a la formulación de un derecho penal de autor, por lo que su calificación del derecho penal como *infranqueable barrera*, estableció que la búsqueda de una pena eficaz encontraba un límite en los derechos del acusado, y que contrariamente a lo que ocurrió con los positivistas italianos que se deslizaron hacia corrientes autoritarias, esa definición mantuviera a Liszt dentro de los confines de un derecho penal vinculado a la idea del estado de derecho.

17.3. El delito en el positivismo

Como para el positivismo sólo es científico lo que puede verificarse por medio de la experiencia, se consideró que el texto legal era *la realidad*, y se utilizó la lógica para inferir conceptos, con lo que surgió una dogmática basada en el método deductivo, estrictamente ligada a la interpretación de los textos legales, que necesariamente generó una concepción formal del delito,¹⁶⁹ pues fueron desdenadas tanto las valoraciones de la filosofía, como las de la psicología y la ética.¹⁷⁰

La preocupación fue ofrecer un modelo cuya claridad debía depender de que cada elemento cumpliera una función distinta, surgiendo así la noción cuatripartita del delito,¹⁷¹ regida por un método lógico que analizó el comportamiento de afuera hacia adentro, porque sus elementos fueron clasificados en externos e internos, con lo que la culpabilidad fue confinada al último peldaño.

17.4. Teoría psicológica de la culpabilidad

Dentro del marco global de esa concepción del delito, en un momento de auge de una ideología positivista de ostensible inclinación a lo *fáctico*, se desarrolló la teoría psicológica de la

¹⁶⁹ Conf. BELING: *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, cit., p. 19.

¹⁷⁰ Conf. HOERSTER: *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992, pp. 50 y ss.

¹⁷¹ Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 182.

¹⁷² Conf. BUSCH: *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, cit., pp. 3 y ss.; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 163; JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 568.

culpabilidad, formulada en el escenario de decadencia de la idea de libertad que puede observarse en la segunda mitad del siglo xix. Se afirmó entonces que la culpabilidad es la relación subjetiva del autor con el resultado, lo que supuso reiterar criterios formales de delimitación, con lo que el juicio de culpabilidad no se hizo depender de una valoración sino de una constatación: la existencia de un nexo psicológico entre el hecho y su autor.¹⁷²

Sabido es que se criticó a la teoría psicológica porque no permite explicar la ausencia de culpabilidad de los inimputables, como tampoco la inculpabilidad de quienes obran coaccionados o se encuentran en situaciones de necesidad por colisión de bienes de igual valor. Pero de todas las objeciones que le fueron formuladas, la que debe ser considerada decisiva es que sus partidarios nunca pudieron fundamentar la culpabilidad de quien obra en infracción a un deber de cuidado, pero sin representarse la producción del resultado.¹⁷³

Ante esa crítica, algunos replicaron proponiendo eliminar la culpa inconsciente del ámbito del derecho penal, en tanto que otros sugirieron que mientras en los delitos dolosos existe una culpabilidad *real*, lo que concurre en la modalidad culposa es una culpabilidad *presunta*. De todos modos, la reacción más destacable ante esas objeciones, fue admitir que como en los delitos culposos no hay nexo psicológico entre el hecho y la mente del autor, para afirmar la culpabilidad en esos casos basta un *estado psíquico*, que fue caracterizado por la posibilidad de prever y la falta de previsión.¹⁷⁴

17.5. Individualización de la pena

Sea como consecuencia de la bipolaridad del modelo o por el predominio de la teoría de la prevención especial, lo cierto es que la teoría del delito sistematizada por el positivismo no fue

¹⁷³ Conf. RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., p. 82.

¹⁷⁴ La propuesta de eliminar la culpa inconsciente corresponde a Kohlrausch, la idea de oponer culpabilidad real a presunta fue desarrollada en nuestro medio por Soler, en tanto que la admisión a que se refiere el texto corresponde a Radbruch, cuya sistemática de la teoría del delito puede verse en SCHMIDHÄUSER: "Sobre la sistemática de la teoría del delito", *Nuevo pensamiento penal*, Año 4, enero-marzo de 1975, n° 5, Buenos Aires, pp. 33 y ss.

funcional con las pautas que para la individualización de la pena exigía la teoría retributiva, según la cual debía medírsela en función de la magnitud del injusto y del grado de culpabilidad del autor.

Es que dichas pautas requerían conceptos de antijuridicidad y culpabilidad cuantificables, atributos de los que carecían las definiciones del positivismo. Así por ejemplo, al estar determinado por la existencia o no de una autorización normativa, el comportamiento podía ser o no antijurídico, pero ese criterio no permitía un segundo momento de valoración para medir el injusto.

Algo similar ocurría con la culpabilidad,¹⁷⁵ pues o al sujeto se le había reflejado correctamente la realidad y por ello era culpable, o no lo era en el supuesto inverso. Pero aunque la teoría psicológica permitiera distinguir entre sujetos culpables e inculpables, no establecía pautas de medición que fueran de utilidad para establecer cuándo y en qué medida, algunos sujetos resultaban más culpables que otros.¹⁷⁶

La necesaria conclusión es que en el modelo positivista la pena no podía medirse de acuerdo a las pautas de la teoría absoluta, y por ello en ese escenario bipolar la individualización fue de incumbencia exclusiva de la teoría de la pena, por lo que no debe llamar la atención de que en ese ámbito se usaran criterios de prevención especial.

En este sentido, resulta interesante constatar que en nuestro medio, el más calificado representante del positivismo legal, severo crítico del positivismo criminológico y consiguientemente de la prevención especial en su versión italiana, pese a seguir el pensamiento de Beling en la teoría del delito, utilizó pautas preventivo-especiales en el ámbito de la individualización de la pena.¹⁷⁷

¹⁷⁵ Otro punto de vista en BACIGALUPO: *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 260, nota 10, a quien la imposibilidad de establecer relaciones cuantitativas dentro del marco de la teoría psicológica no le parece de todos modos absoluta.

¹⁷⁶ Conf. SOLER: *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1976, II-418 y ss., y especialmente FONTÁN BALESTRA: *Tratado de derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, 1990, III-282.

¹⁷⁷ Conf. SOLER: *Derecho penal argentino*, cit., II-418 y ss.

17.6. Incidencia en el derecho contemporáneo

Si bien la dogmática propuesta por los positivistas debió ser sustituida, como consecuencia de la insatisfacción generada por las soluciones a las cuestiones de derecho material que su modelo propuso, ello no permite deducir que ninguna de las fórmulas de ese modelo mantenga vigencia en el derecho penal de hoy, que por ejemplo mantiene en lo sustancial el esquema cuatripartito formulado desde fines del siglo XIX.

Corresponde admitir, por otra parte, que en lo que se refiere específicamente a la definición de culpabilidad del positivismo, la fórmula de la teoría psicológica mantiene significativa y plausible vigencia desde perspectivas político-criminales. Así por ejemplo, aunque no se defina hoy la culpabilidad como el reflejo anímico de la realidad, se invoca esa idea cuando se enuncia un principio que permite impugnar los supuestos de incriminación por la simple causación de un resultado.¹⁷⁸

18. Concepción normativa de la culpabilidad

18.1. Los neokantianos

El modelo de teoría del delito formulado por los neokantianos corresponde a una etapa de transición, por lo que si bien no supuso un cambio radical, generó innovaciones al sistema del positivismo que pueden sintetizarse en: 1º) la sustitución de un método que utilizaba la observación y la descripción, por otro basado en la comprensión y la valoración, es decir más acorde con las ciencias del espíritu, y 2º) la adopción de un esquema teleológico orientado a lograr que el derecho penal logre determinados fines, con desmedro de la coherencia del sistema.

¹⁷⁸ Aunque tiene razón Zaffaroni cuando recogiendo la reformulación del finalismo, afirma que el principio de culpabilidad así enunciado induce a error, pues la exclusión de la responsabilidad objetiva es consecuencia de exigencias de la tipicidad subjetiva, lo cierto es que sigue aludiendo al principio como *nullum crimen sine culpa*, conf. *Tratado de derecho penal. Parte general*, cit., IV-33, como quienes lo consideran un principio de política criminal vinculado a la idea del estado de derecho. Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 19; FERRAJOLI: *Derecho y razón*, cit., p. 93; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 171; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, pp. 70 y ss.

Como consecuencia de que la teoría del delito fue reformulada con la finalidad de ofrecer soluciones más justas, la sistemática neokantiana estableció una mayor vinculación con las teorías absolutas de la pena, pudiendo destacarse: 1º) que se generó un significativo desorden metodológico; 2º) una mayor preocupación por la búsqueda de ideales, especialmente por lograr pautas de justicia en la solución del caso, y 3º) el abandono de la bipolaridad, por una mayor influencia de la teoría retributiva de la pena.

18.2. Reformulación de la teoría del delito

Pese a que los neokantianos no formularon cambios de significación en la teoría de la acción, renunciaron al dogma causal en los delitos de omisión, refugiándose en la noción de anti-juridicidad para formular la *teoría de la acción esperada*.¹⁷⁹ También abandonaron el clásico concepto de tipo descriptivo, como consecuencia de la admisión de elementos que no se captan mediante la percepción sensorial, sea porque exigen valoraciones como los denominados *normativos*, sea por estar referidos a una particular finalidad del autor como los *subjetivos*.

Al no respetarse, al menos parcialmente, una sistemática que había propuesto considerar primero los presupuestos objetivos [externos] y recién después los internos (subjetivos), quedó desarticulado el sistema del positivismo, según el cual la conducta debía ser analizada de afuera hacia adentro.

Considerando que era insuficiente un mero concepto *formal*, se lo sustituyó por una noción de anti-juridicidad *material* vinculada con la dañosidad social generada por el hecho punible, lo que abrió espacio para la admisión de causas supraleales de justificación, y permitió graduar el injusto en función de la gravedad de la lesión del bien jurídico, para la individualización judicial de la pena.

¹⁷⁹ Los neokantianos revalorizaron la teoría formal de las fuentes del deber de FEUERBACH: *Tratado de derecho penal*, cit., p. 66; sustituyendo en la omisión los intentos de afirmar una causalidad fáctica, para predicar la existencia de una causalidad jurídica. Conf. MERKEL: *Derecho penal*, Madrid, s.f., I-163 y ss.; GRAF ZU DOHNA: *La estructura de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1958, pp. 29 y ss.; SAUER: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 146 y ss.; MEZGER: *Tratado de derecho penal*, cit., I-294 y ss.; *Derecho penal. Libro de estudio, Parte General*, cit., p. 120.

El desarrollo en el cuarto estrato de la *concepción normativa de la culpabilidad*, tuvo por finalidad encontrar un denominador común para el dolo y la culpa, mantenidos como especies de la culpabilidad, la que fue entendida como un juicio de reproche, es decir como un juicio de valor que no se agotaba en una simple constatación, como había operado en el modelo positivista.

Como de lo que se trataba era de valorar si se podía reprochar al autor la formación de una voluntad contraria al deber, ello necesariamente generó un proceso de objetivización del juicio de culpabilidad. Así, en este ámbito, la preocupación dejó de ser la consideración de *lo interno*, para concentrarse en el análisis de las circunstancias externas que podían haber incidido en el ámbito de libertad del autor.

18.3. La antijuridicidad como dañosidad social

La sustitución de una noción *formal* por un concepto *material* de antijuridicidad, permitió a los neokantianos: 1º) sugerir que el contenido de injusto de un comportamiento no se agota en la constatación de la existencia de una excepción a la norma prohibitiva; 2º) explicar que un concepto material de antijuridicidad equivale a la causación de un perjuicio social, y 3º) concluir que una acción es socialmente disvaliosa cuando lesiona un bien jurídico, causando más daño que beneficio.¹⁸⁰

Definida la antijuridicidad como la característica de la acción de causar daño social, ello supuso la adopción de un concepto mensurable, pues dentro del conjunto de comportamientos contrarios a derecho, algunos son más antijurídicos que otros, con lo que quedó configurado un concepto de injusto más funcional con las exigencias retributivas.

Así, los neokantianos favorecieron la ecuación talionaria en el ámbito de la individualización judicial de la pena, pues como un mayor daño social determinaba más contenido de injusto, ello les permitía fundamentar un aumento de la pena que correspondía imponer al autor.¹⁸¹

¹⁸⁰ Conf. MAYER: *Normas jurídicas y normas de cultura*, Buenos Aires, 2000, pp. 101 y ss.

¹⁸¹ Conf. MEZGER: *Tratado de derecho penal*, cit., II-424.

18.4. La culpabilidad como reproche

Es verdad que como la teoría psicológica elaborada por el positivismo no había podido explicar los supuestos de culpa inconsciente, la preocupación central de Frank en 1907 fue buscar un denominador común para el dolo y la culpa, pero no es menos cierto que formuló una teoría de la culpabilidad más relacionada con la teoría retributiva, ya que: 1º) sostuvo que lo que puede ser *reprochado* al autor es su formación de voluntad contraria al deber, y 2º) agregó que lo determinante para la culpabilidad, es que hubiera habido una motivación normal.¹⁸²

La idea del juicio de reproche, permite concluir que para los neokantianos la culpabilidad es un juicio de valor y no la simple constatación de un dato fáctico, lo que también se verifica en Goldschmidt¹⁸³ ya que asoció el juicio de culpabilidad a que el sujeto hubiera o no podido motivarse por la representación del deber jurídico, y más claramente aún en Freudenthal cuando incorporó la idea de *exigibilidad* como fundamento del reproche.¹⁸⁴

Pese a que en su evolución ulterior, la concepción normativa elaborada por la sistemática neoclásica se evidenció insatisfactoria, principalmente por sus dificultades para ofrecer soluciones en el ámbito de la teoría del error,¹⁸⁵ lo cierto es que también en este estrato los neokantianos elaboraron un concepto mensurable, pues como es evidente dentro del conjunto de los comportamientos culpables, algunos merecen mayor y otros menor reproche.¹⁸⁶

El resultado fue entonces una noción que permitía medir la pena, según la mayor o menor culpabilidad puesta de manifiesto por el autor en el momento del hecho, lo que puede verificarse en algunos ejemplos: 1º) se puede postular que es más culpable quien obró con premeditación, pues teniendo más posibilidad

¹⁸² Conf. FRANK: *Estructura del concepto de culpabilidad*, cit.

¹⁸³ Conf. GOLDSCHMIDT: *La concepción normativa de la culpabilidad*, cit., pp. 3 y ss.

¹⁸⁴ Conf. MEZGER: *Tratado de derecho penal*, cit., II-9 y ss.; *Derecho penal. Libro de estudio. Parte general*, cit., pp. 189 y ss.; BAUMANN: *Derecho penal*, Buenos Aires, 1973, p. 205. Críticamente GRAF ZU DOHNA: *La estructura de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1958, pp. 59 y ss.

¹⁸⁵ Conf. MAYER: *Normas jurídicas y normas de cultura*, cit., p. 123.

¹⁸⁶ Conf. MEZGER: *Tratado de derecho penal*, cit., II-424 y ss.

des de motivarse por cumplir la norma, optó por su violación, y 2º) cuando es necesario individualizar la pena respecto de dos autores de un delito culposo, se puede formular menor reproche a quien por no haberse representado un resultado, tuvo menos posibilidades de adecuar su conducta conforme a derecho.¹⁸⁷

18.5. Incidencia en el derecho argentino

Desde que no implicó un cambio radical, la adopción del sistema neokantiano no generó traumas mayores en nuestro medio, lo que hemos adjudicado a que la personalidad más gravitante que entre nosotros tuvo esa transición haya sido Jiménez de Asúa, quien supo articular la influencia que recibió de su maestro Franz v. Liszt, el peso científico de una producción insuperable que impuso al nuevo modelo como doctrina dominante, y su capacidad de adaptación para incorporar las innovaciones dogmáticas de la época.¹⁸⁸

Pero el derecho argentino no superó el divorcio que había caracterizado la obra de Soler, quien luego de predicar una noción del delito regida por criterios propios de un derecho penal de acción, abandonó al menos parcialmente ese punto de vista en el ámbito de la teoría de la pena. Cuando sostuvo que la medición de la pena debía adecuarse a la *peligrosidad* del autor, es probable que haya pagado tributo a la bipolaridad del precedente modelo positivista, como también que se considerara vinculado por la regla que le pareció dominante en el texto del art. 41 del Código Penal argentino.

Lo que carece de buenas explicaciones es que quienes en nuestro medio adoptaron el modelo neokantiano, con la consiguiente adhesión a una concepción material del injusto y a la concepción normativa de la culpabilidad, hayan seguido afirmando que la *peligrosidad* debía ser considerada un dato central, y en el caso exclusivo de Núñez, para determinar la medida de la pena.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Conf. RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., p. 88.

¹⁸⁸ Ídem, p. 89.

¹⁸⁹ La adhesión a la sistemática neokantiana no se tradujo en la adopción de criterios uniformes en el ámbito de la individualización judicial de la pena, pues mientras Creus (*Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Buenos Aires, 1994, p. 500), siguiendo a Soler combinó criterios retributivos y preventivo especiales; NÚÑEZ: *Tratado de derecho penal. Parte general*, Córdoba, 1987, II-457, sostuvo que el fundamento de la medida de las penas divisibles estaba dado por "la mayor o menor peligrosidad del delincuente".

19. La culpabilidad en el finalismo

19.1. Estructuras lógico-objetivas

El escenario previo a la irrupción del finalismo, había puesto de manifiesto dificultades para elaborar el concepto de acción, imprecisiones en el ámbito del tipo de injusto¹⁹⁰ y serias dificultades en el plano de la culpabilidad, especialmente en lo relativo al trato dado al error de prohibición.

El cambio paradigmático que supuso el nuevo modelo registra la sustitución de una metodología regida por la lógica y la abstracción, por la adopción por Welzel del *método ontológico* que supone el reconocimiento de una realidad prejurídica, conformada por estructuras lógico-objetivas que vinculan al jurista, obligándolo a edificar sus proposiciones desde la *naturalidad de las cosas*, generándose así una sistemática que algunos califican de *realista*, por oposición al idealismo precedente.¹⁹¹

19.2. El nuevo sistema del delito

La reformulación adoptada para los delitos dolosos de comisión supuso la adopción de una tipicidad compleja, pues se consideró que la subsunción no sólo depende de la adecuación de la conducta a la descripción de sus aspectos externos, sino también de la intención del autor.¹⁹² Consiguientemente, debía en este ámbito considerarse: 1º) el tipo *objetivo*, comprensivo

¹⁹⁰ En la sistemática "neoclásica" elaborada por los neokantianos, el tipo había dejado de ser punto de referencia para la teoría del error, especialmente como consecuencia de la "teoría del dolo" y la "teoría de los elementos negativos del tipo". Esa ampliación del concepto de tipo, comprensivo de las causas de justificación, necesariamente desdibujó la distinción entre tipo y antijuricidad.

¹⁹¹ Conf. WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., pp. 44 y ss.

¹⁹² Conf. WELZEL: *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, 1964, pp. 31 y ss.; ídem, *Derecho penal alemán*, cit., pp. 66 y ss.; MAURACH: *Tratado de derecho penal*, cit., I-301 y ss.; WESSELS: *Derecho penal*, cit., pp. 51 y ss.; JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., pp. 209 y ss.; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 81; MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-331 y ss.; entre nosotros BACIGALUPO: *Lineamientos de la teoría del delito*, 2ª ed., Buenos Aires, 1986; *Derecho penal. Parte General*, pp. 220 y ss.; ZAFFARONI: *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1973, pp. 233 y ss.; *Manual de derecho penal. Parte General*, cit., pp. 397 y ss.; *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., III-269 y ss.; *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 377 y ss.

de elementos descriptivos y normativos, que pudo volver a ser punto de referencia para el dolo y el error de tipo, excluyéndose la imputación si el comportamiento no podía ser subsumido en la descripción legal, y 2º) el tipo *subjetivo*, integrado por un concepto neutro¹⁹³ de dolo y en su caso otras referencias de la misma índole, con la contrapartida de la consideración del error de tipo, con consecuencias jurídicas diversas según fuera o no inevitable.¹⁹⁴

Como la distinción entre elementos externos e internos del delito ya había sido abandonada por los neokantianos en el ámbito de la tipicidad, análogas consecuencias permitió al finalismo el desarrollo de un específico *injusto personal* en la teoría de la antijuridicidad,¹⁹⁵ caracterizado por la concurrencia de: 1º) un disvalor de resultado, representado por la dañosidad social implicada en la lesión de un bien jurídico; y 2º) un disvalor de acción, expresado en una voluntad criminal puesta en evidencia mediante una ejecución socialmente relevante, aunque fuera defectuosa.

19.3. Culpabilidad y libre albedrío

En el ámbito de la culpabilidad, el finalismo generó una reformulación de la concepción normativa que, depurada de los elementos del concepto psicológico, permitió establecer más claramente los presupuestos del juicio de reproche,¹⁹⁶ predicando consecuencias más coherentes para la consideración del error de prohibición, en el marco de la denominada teoría *estricta* de la culpabilidad.¹⁹⁷

Pero lo más importante del modelo de Welzel, es que al partir de una fundamentación ético social del derecho penal, en un marco global de redimensionamiento de los *valores*, generó un proceso de *etización* del derecho alemán en el contexto de

¹⁹³ La sistemática del finalismo supuso un acotamiento del concepto de dolo, al que como consecuencia de no comprender la conciencia de la antijuridicidad, se denominó "neutro" o "avalorado".

¹⁹⁴ Conf. WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte general*, cit., pp. 57 y ss.

¹⁹⁵ Ídem, p. 74.

¹⁹⁶ Conf. SCHÜNEMANN: "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", cit., p. 55.

¹⁹⁷ Conf. WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., pp. 194 y ss.

posguerra, cuya lógica consecuencia fue la revalorización de la teoría retributiva, por la adopción de un modelo en el que la culpabilidad no sólo fue apreciada como presupuesto, sino también como fundamento y medida de la pena.

Pero como el modelo exigía ser edificado sobre la *naturalidad de las cosas*, el finalismo consideró que era necesario demostrar la existencia del libre albedrío. Ello obligó a predicar que si bien el delito concreta para el derecho penal un abuso de la libertad [o más precisamente la falta de uso de ella], reprochable a título de culpabilidad que se retribuye mediante pena, siendo en cambio un producto causal de la disposición y el mundo circundante para la criminología, ello establece una contradicción que sólo es *aparente*.¹⁹⁸

Se consideró entonces que el análisis de la libertad señalaba que no existía tal contradicción, pues la culpabilidad no significaba una decisión *libre* a favor del delito, sino una dependencia de la coacción causal de los impulsos por parte de un sujeto capaz de autodeterminación conforme a sentido. Así, siendo el delito por entero el producto de factores causales, resulta suficiente para afirmar la culpabilidad, la suposición o la indicación de un porcentaje, en la medida en que también la *voluntad libre del autor* junto a la disposición y el medio ambiente, habían participado en la génesis del hecho punible.¹⁹⁹

Cuando el finalismo explica a la culpabilidad como un ejercicio inadecuado del libre albedrío, determina que ella no pueda afirmarse respecto de sujetos que en el momento del hecho carecían de alternativas a la infracción de la norma.

19.4. Incidencia en el derecho argentino

El finalismo, que surgió en la década del '30 y se convirtió en concepción dominante en la posguerra europea,²⁰⁰ irrumpió

¹⁹⁸ Conf. WELZEL: *El nuevo sistema del derecho penal*, cit., pp. 31 y ss.; ídem, *Derecho penal alemán*, cit., pp. 66 y ss.

¹⁹⁹ *Ibíd.*

²⁰⁰ Las principales obras del finalismo que se conocieron en nuestro medio fueron la traducción de Friker de *La teoría de la acción finalista* (1951), la de Cerezo Mir de *El nuevo sistema del derecho penal* (1964), la de Fontán Balestra del *Derecho penal, Parte General* (1956) y de la 11ª ed. alemana del *Derecho penal alemán* (1970) de Welzel; y la traducción de Córdoba Roda del *Tratado de derecho penal* (1962) de Maurach.

entre nosotros por la obra de Bacigalupo y Zaffaroni,²⁰¹ quienes superando las fuertes críticas de quienes les censuraron importar una doctrina extranjera incompatible con nuestro derecho positivo, impusieron en nuestro medio el nuevo modelo.

Se adoptó así una concepción según la cual, la misión del derecho es proteger los valores elementales de la vida en comunidad, pues apreciaba que la sociedad está integrada por personas que realizan comportamientos vinculados a la esfera de bienes de otros sujetos, a los que se debe adjudicar un determinado valor ético-social.²⁰²

En la medida en que ese modelo constituye una teoría que caracteriza el valor o disvalor del obrar humano, estableció bases para una administración de justicia justa e igualitaria, con lo que se adoptó un sistema de imputación de estrecha vinculación con la teoría absoluta de la pena, ya que la reacción penal destinada a realizar el ideal de justicia, fue asociada a una acción humana que supone una infracción a la norma.²⁰³

19.5. Influencia en el derecho contemporáneo

El sistema de teoría del delito del finalismo puede ser considerado opinión dominante en la dogmática contemporánea,²⁰⁴ pues aun quienes rechazaron la teoría final de la acción, admi-

²⁰¹ Conf. de BACIGALUPO: *La noción de autor en el Código Penal* de 1965, *Culpabilidad, dolo y participación* de 1966, *Tipo y error* de 1973 y *Delitos impropios de omisión* de 1978, así como la 1ª ed. de sus *Lineamientos*; y de ZAFFARONI: *Teoría del delito* de 1973, especialmente, obra que modificaría posteriormente tanto en el *Manual* como en el *Tratado*, que corresponden a una época posterior.

²⁰² Conf. WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., pp. 1 y ss.

²⁰³ Ídem, pp. 281 y ss.

²⁰⁴ Conf. WELZEL: *El nuevo sistema del derecho penal*, cit.; ídem, *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., pp. 39 y ss.; MAURACH: *Tratado de derecho penal*, cit. I-149 y ss.; KAUFMANN: "La función del concepto de acción en la teoría del delito", *Revista Jurídica Veracruzana*, México, enero-junio de 1974, p. 70; ídem, "Fundamentación del deber jurídico y delimitación de la tipicidad", *Ensayos de derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, México, 1985, pp. 253 y ss.; "Sobre el estado de la doctrina del injusto personal", *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 4, Buenos Aires, 1975; GÖSSEL: *Dos estudios sobre la teoría del delito*, cit., pp. 12 y ss.; BUSCH: *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, cit., p. 16; WESSELS: *Derecho penal*, cit., pp. 19 y ss.; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 50 y ss.; ESER-BURKHARDT: *Derecho penal*, Madrid, 1995, pp. 69 y ss.; SCHÜNEMANN: "Introducción al razonamiento sistemático

tieron las principales consecuencias sistemáticas del modelo de Welzel, especialmente la reformulación del concepto de dolo y su traslado al tipo subjetivo.

Sin embargo, puede advertirse entre quienes adoptaron esa sistemática, un fuerte rechazo a la concepción *ontológica*, es decir a la admisión de estructuras lógico-objetivas que desde la perspectiva de un finalismo ortodoxo, debían considerarse vinculantes para el sistema del derecho penal.²⁰⁵

Así por ejemplo, el fundamento que se ofrece para mantener el concepto de acción como base de la teoría del delito no expresa respeto al método ontológico, ya que se lo vincula con razones prácticas relacionadas con la utilidad de mantener la función delimitadora de ese concepto, porque permite eliminar ya en un primer nivel supuestos que son irrelevantes para el derecho penal.²⁰⁶

También la dogmática contemporánea pone en tela de juicio la tajante distinción entre causas de justificación e inculpa-bilidad, cuestionando que necesariamente generaran las consecuencias diversas que tradicionalmente fueron señaladas por el finalismo. Ello supuso relativizar que necesariamente las causas de justificación tengan como efecto una mayor amplitud de la exclusión de responsabilidad,²⁰⁷ la generación de un deber de tolerancia,²⁰⁸ la posibilidad de admitir el error de prohibi-

en derecho penal", cit., pp. 61 y ss.; BACIGALUPO: *Lineamientos de la teoría del delito*, cit., pp. 15 y ss.; *Derecho penal. Parte General*, pp. 197 y ss.; ZAFFARONI: *Manual de derecho penal. Parte General*, cit., pp. 327 y ss.; *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., III-11 y ss.; *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 364 y ss.; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., pp. 109 y ss.; modelo que es también seguido en lo sustancial por JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., pp. 209 y ss., luego de la formulación de su "concepto social de acción".

²⁰⁵ Otro punto de vista en HIRSCH: *Obras completas*, cit., I-13 y ss.

²⁰⁶ Conf. SCHÜNEMANN: "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", cit., p. 58, quien sugiere una reformulación del concepto, pues como puede haber imputación penal en casos de falta de acción, sugiere definir la acción como un movimiento corporal evitable.

²⁰⁷ Así WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 122; BACIGALUPO: *Lineamientos de la teoría del delito*, cit., p. 51; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 195, donde de todos modos se lo pone en tela de juicio.

²⁰⁸ Así MAURACH: *Tratado de derecho penal*, cit., I-367; WESSELS: *Derecho penal*, cit., p. 84; JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 298; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 196; pero es necesario admitir que para que un estado de necesidad genere deber de tolerancia, no es suficiente obrar en función de la preservación de un bien de mayor valor, por lo que se exige que la diferencia tiene que ser "esencial".

ción²⁰⁹ y la extensión a los partícipes;²¹⁰ consecuencias tradicionalmente negadas en los supuestos de inculpabilidad.

19.6. Objeciones a la noción de culpabilidad

El abandono de las estructuras *lógico-objetivas* necesariamente afectó la coherencia del modelo de Welzel, con lo que al proponerse luego un nuevo sistema de imputación orientado por consideraciones de política criminal, se estableció una nueva tensión entre la armonía del *sistema* y la consideración del *problema* que el jurista enfrenta cuando debe resolver un caso.

Se advierte la importancia de la cuestión, cuando se recuerda que el sistema ortodoxo del finalismo impuso la conocida *teoría estricta de la culpabilidad*, según la cual un error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación debe ser considerado error de prohibición, dejando inalterado el dolo, por lo que sólo excluye la culpabilidad cuando es invencible.

Es que un sistema edificado sobre la *naturaleza de las cosas* no podía adjudicar consecuencias iguales a situaciones diversas, por lo que siendo evidente que un error de tipo [el autor no sabe que mata] es más intenso que un error de prohibición [el autor sabe que mata, pero cree equivocadamente que tiene derecho a hacerlo], debía necesariamente generar consecuencias distintas. Dado que la distinción es esencial no cabía identificar ambos supuestos, por lo mismo que la muerte de un hombre en legítima defensa no podía ser asimilada a matar un mosquito.²¹¹

²⁰⁹ Así, el error de prohibición no necesariamente está referido a la antijuridicidad, pues según doctrina uniforme la suposición errónea de la concurrencia de un estado de necesidad disculpante, se rige por las mismas reglas.

²¹⁰ Así MAURACH: *Tratado de derecho penal*, cit., I-367; WESSELS: *Derecho penal*, cit., p. 85; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 161; BACIGALUPO: *Lineamientos de la teoría del delito*, cit., p. 51; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 196; pero si se admite la inculpabilidad de quien actúa en supuestos de colisión de bienes iguales cuyos titulares son terceros, no puede afirmarse la culpabilidad del partícipe que colabora con un autor amparado por un estado de necesidad disculpante.

²¹¹ Conf. WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., pp. 199 y ss.; BUSCH: *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, cit., pp. 43 y ss.; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 183 y ss.; ESER-BURKHARDT: *Derecho penal*, Madrid, 1995, p. 316. Si bien la teoría "estricta

Pero aun admitiendo que son esencialmente errores de prohibición, por considerar que no es plausible aplicarles la escala del delito doloso, la *teoría limitada de la culpabilidad* resolvió estos casos acudiendo a las reglas del error de tipo, sobre la base de que para el derecho penal no hay diferencia entre acciones jurídicamente irrelevantes [matar un mosquito] y acciones jurídicamente permitidas; ya que lo decisivo no es que ambos errores sean esencialmente diversos, sino buscar la mejor solución en función de consideraciones político criminales.²¹²

La principal objeción, sin embargo, tiene que ver con la generalizada convicción de que la afirmación de la culpabilidad como fundamento y presupuesto de la pena, no debe considerarse consecuencia de un libre albedrío vinculante por imperio de criterios ontológicos derivados de la *naturaleza de las cosas*.²¹³ Lo que en cambio se considera, es que sería una incorrecta opción político criminal que el derecho penal no quisiera atenerse a pautas de autodeterminación en la valoración de los comportamientos, pretendiendo apoyarse en la imagen humana de un determinismo consecuente, cuyos presupuestos no pueden acreditarse con mayor certeza empírica que los de la libertad.²¹⁴

ta" de la culpabilidad ha dejado ser dominante en Alemania, lo sigue siendo en nuestro medio: conf. ZAFFARONI: *Tratado de derecho penal*, cit., IV-228; *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 700; SANCINETTI: *Casos de derecho penal*, 2ª ed., 2ª reimpr., Buenos Aires, 1999, p. 201; todavía BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 430 y ss.; e inclusive RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 240.

²¹² Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 420; MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, cit., 1-674 y ss.; SCHÜNEMANN: "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", cit., pp. 59 y ss.; GRÜNWALD: "Acercas de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada", en FRISCH-PUPPE-GRÜNWALD-PAEFFGEN-KINDHÄUSER: *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, 1999, pp. 167 y ss. Para ver el estado actual de la discusión en nuestro medio, conf. BRUZZONE: "¿Un regreso a la distinción entre 'error de hecho' y 'error de derecho'? A propósito del estado de la discusión nacional en el ámbito del error en el derecho penal", *Doctrina Penal*, Año 15, Buenos Aires, 1992-A, p. 16.

²¹³ Conf. HIRSCH: *Derecho penal. Obras completas*, cit., p. 171, para quien la cuestión decisiva no es si existe el libre albedrío, sino que ésa es la representación que predomina en la sociedad, es decir, la visión del mundo que se vive en ella.

²¹⁴ Así, JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 371; MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, cit., 1-655.

20. *Culpabilidad y responsabilidad en Roxin*

20.1. *El racionalismo teleológico*

Si bien la propuesta de unidad sistemática de derecho penal y política criminal en el seno de la teoría del delito formulada por Roxin no alteró la topografía de los presupuestos del delito del finalismo, concretó una reformulación destinada a vincular los presupuestos de punibilidad con el cumplimiento de fines político criminales.²¹⁵

Este modelo tuvo sus primeras manifestaciones a comienzos de los años setenta, cuando Roxin recondujo algunas reglas de la teoría de la culpabilidad a puntos de vista preventivos.²¹⁶ Posteriormente, propuso un modelo preventivo integral, refiriendo los fines de la pena proclamados por las teorías relativas a los estratos de la teoría del hecho punible, con lo que concretó un sistema en el que la dogmática del derecho penal es un derivado de la política criminal.

Adoptó como punto de partida que el sistema del derecho penal debía ser estructurado teleológicamente, o sea construido atendiendo a finalidades valorativas.²¹⁷ Consiguientemente, aunque los niveles de construcción del delito estén referidos a aspectos diversos, y por lo mismo concreten valoraciones también diferentes del hecho punible, como todos están relacionados con exigencias de una política criminal vinculada a la satisfacción de fines preventivos, predicó que esa unidad del fundamento teórico penal generaba su conexión sistemática.²¹⁸

20.2. *Funciones de los presupuestos de punibilidad*

1°. En un sistema que adopta a la concepción político criminal como pauta de referencia, la primera consideración co-

²¹⁵ Conf. ROXIN, ya en *Política criminal y sistema del derecho penal*, cit., pp. 15 y ss.; SCHÜNEMANN: "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", cit., pp. 63 y ss.

²¹⁶ Así STRATENWERTH: "¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?", cit., p. 169.

²¹⁷ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-558; *Política criminal y sistema del derecho penal*, cit., pp. 33 y ss.; *Política criminal y estructura del delito*, cit., p. 35.

²¹⁸ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-558; *Política criminal y estructura del delito*, cit., pp. 35 y ss.

responde al hecho en su contenido típico de merecimiento de pena,²¹⁹ estrato que supone una valoración global,²²⁰ donde se considera el comportamiento conforme a pautas de prevención y justicia, con independencia de la persona del autor y de la situación concreta de acción.

Se trata entonces de un enjuiciamiento abstracto porque contiene una declaración general de prohibición, que además de una función preventivo general permite el cumplimiento del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, idea que permitió a Roxin además de rechazar la concepción subjetiva de la autoría y adherir a la teoría del dominio del hecho, considerar que la inclusión del dolo en el tipo, debía ser considerada una consecuencia del mandato de determinación, propio del estado de derecho.²²¹

2º. Se establece una distinción entre: i) *antijuridicidad*, expresión que designa una propiedad de la acción típica consistente en su contradicción con las prohibiciones y mandatos del derecho penal, y ii) *injusto*, que alude a la propia acción típica y antijurídica, o sea el objeto de valoración de la antijuridicidad junto con su predicado de valor.²²²

Las causas de justificación plantean el hecho en el contexto social y tratan conflictos de intereses que resultan de la interacción social, como por ejemplo sucede entre: i) el agresor y quien se defiende, en la legítima defensa; ii) uno que salva y otro que debe sacrificar su propiedad al fin de salvamento, en el estado de necesidad, o iii) entre el Estado que formula una persecución penal y un ciudadano que ha caído en sospecha. Con su consideración se procura un resultado que se ajuste lo más posible a las ideas directrices de la política criminal, que no son distintas a las del ámbito del tipo, sólo que ganan una

²¹⁹ Ídem, I-299; conf. asimismo AMELUNG: "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", cit., pp. 96 y ss.

²²⁰ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-299.

²²¹ Ídem, I-275 y ss.; *Política criminal y sistema del derecho penal*, cit., pp. 43 y ss.; *Política criminal y estructura del delito*, cit., pp. 48 y ss.

²²² Ídem, I-558; conf. asimismo AMELUNG: "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", cit., pp. 99 y ss.

dimensión adicional como consecuencia de la inclusión de la concreta situación de hecho.²²³

3º. Roxin descarta la idea de que la culpabilidad deba hacerse depender de la posibilidad de obrar de otro modo, proponiendo para ese tercer nivel sistemático la determinación de si es necesario imponer una pena al autor del comportamiento antijurídico, con arreglo a las exigencias tanto de la prevención general como especial.²²⁴

20.3. Culpabilidad: ¿subnivel de la responsabilidad?

En consecuencia, una vez afirmada la comisión del hecho típico y antijurídico, la valoración ulterior corresponde a la teoría de la responsabilidad, que ya no se ocupa del hecho ni como prohibición abstracta ni como expresión de un conflicto social concreto, ya que la concepción básica político-criminal se dirige aquí al autor, a efectos de resolver si tiene que ser castigado por el injusto realizado.²²⁵

Si bien también aquí las pautas se deducen de los mismos principios de política criminal, la perspectiva es otra, pues superada la valoración del hecho en el injusto, lo que se cuestiona es la responsabilidad del autor. En este sentido, se hace acreedor a una pena quien cumple determinados requisitos que lo hacen aparecer como *responsable* de una acción típicamente antijurídica.²²⁶

El tradicional concepto de culpabilidad es mantenido por Roxin como reprochabilidad, a la que entiende como motivabilidad normal, tratándola como subnivel específico en el tercer estrato del sistema, al que redefine como *responsabilidad*.²²⁷

²²³ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-572; conf. asimismo AMELUNG: "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", cit., pp. 99 y ss.; y SCHÜNEMANN: "La función de la delimitación de injusto y culpabilidad", en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, 1995, pp. 221 y ss.

²²⁴ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-788 y ss.

²²⁵ Ídem, I-791 y ss.

²²⁶ Íbidem.

²²⁷ Ídem, I-797.

En un esquema de esta naturaleza, el valor rector de la prevención sólo es necesario para precisar el *criterio de la normalidad*, remitiéndolo a cumplir una función de complemento en la configuración detallada de las tradicionales causas de exclusión de la culpabilidad.²²⁸

20.4. Dogmática del delito y teorías relativas

En tanto representa una moderna articulación de la dogmática del delito con las teorías relativas de la pena, este modelo de Roxin puede ser apreciado como una reacción contra una tradición caracterizada por construcciones sistemáticas²²⁹ y conceptuales dependientes de tendencias filosóficas, divorciadas de la política criminal.

Roxin defiende las ventajas de una dogmática penal sistemáticamente vinculada, a la que adjudica la virtud de concretar una fórmula superadora del conflicto entre las exigencias del modelo y la solución de la cuestión material,²³⁰ objetivo alcanzable a condición de que se admita que los núcleos problemáticos no son operaciones teoréticas, sino más bien cuestiones prácticas que se vinculan con el interrogante de si determinada persona tiene o no que ser castigada por un comportamiento concreto.

La articulación del modelo supone reconocer que el *¿sí?* de la punibilidad es el tema central de la teoría general, mientras que la teoría de las consecuencias jurídicas tiene que ver en forma preponderante con el *¿cómo?* de las sanciones penales.²³¹ Ambos problemas tienen el mismo rango, ya que no puede menos que rechazarse la adopción de las consecuencias jurídicas más diferenciadas y la ejecución penal más moderna, si ellas son aplicadas a una persona respecto de la cual, lo socialmente adecuado es no imponer pena alguna.²³²

²²⁸ Conf. SCHÜNEMANN: "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", cit., p. 66.

²²⁹ Así, el dominio de la filosofía de Hegel hasta bien entrado el siglo XIX, sustituida desde 1870 por un naturalismo científico espiritual orientado por el ideal de exactitud de las ciencias naturales, a lo que siguió ya en el siglo XX la época de los neokantianos primero, y después la referencia a estructuras ontológicas fenomenológicas por el finalismo.

²³⁰ Conf. ROXIN: *Política criminal y estructura del delito*, cit., p. 40.

²³¹ Ídem, p. 42.

²³² Íbidem.

Pero se considera que en el seno de la teoría del delito, es necesario abandonar construcciones orientadas por axiomas filosóficos y estructuras científicas, orientando el modelo por las consecuencias jurídicas, lo que supone: 1º) que los problemas dogmáticos cuya solución no tiene influencia en la punibilidad, pueden y deben ser dejados de lado; 2º) que los conceptos jurídicos de la parte general tienen que ser determinados desde sus consecuencias jurídicas, y 3º) que su conexión sistemática, tiene que originarse en los ya expresados criterios directrices de política criminal.²³³

21. La culpabilidad configurada funcionalmente

21.1. Teoría de la imputación

Se trata de la concepción global de fecha más reciente que corresponde a Jakobs, quien elaboró un edificio completo de doctrina sobre la base de la premisa de que, en definitiva, para toda regla de la imputación jurídico-penal, es posible ofrecer una explicación preventiva suficiente, surgiendo así un sistema de derecho penal *funcional*, o si se prefiere final-racional.²³⁴

La función de prevención general positiva de la pena, conforma una teoría de la imputación cuyo objeto es establecer a qué persona ha de castigarse para obtener la estabilización de la norma, para lo que es necesario considerar el comportamiento del sujeto, la infracción de la norma, y también la culpabilidad.²³⁵

21.2. El delito

Se aprecia que el concepto de acción ofrece una noción equívoca de lo que ha de analizarse para la imputación, pues ella requiere considerar en primer lugar lo que es un sujeto, enseña lo que es el mundo exterior para él, y por último cuándo

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ Conf. STRATENWERTH: "¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?", cit., p. 169.

²³⁵ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 156; *Fundamentos del derecho penal*, cit., pp. 13 y ss.

se puede vincular la conformación del mundo exterior con dicho sujeto, es decir cuándo ella debe serle imputada.²³⁶

La acción es definida como causación evitable del resultado, con la salvedad de que no se trata de causación de resultados en el sentido de los delitos de resultado, porque también en la tentativa se actúa, sino de todos los movimientos corporales cognoscibles en su conformación, y en su caso, de sus consecuencias. Desde esa perspectiva, la evitabilidad se determina con ayuda de la hipótesis de que el autor, si hubiese tenido un motivo dominante para no realizar una determinada acción, la habría evitado.²³⁷

La causación del resultado individualmente evitable, es apreciada como un supraconcepto que permite englobar tanto el actuar doloso como el imprudente. Si bien en el ámbito del dolo no existe diferencia alguna con el concepto final de acción, al desplazarse el punto de vista desde la finalidad en relación con el resultado, a las condiciones de su evitabilidad, se pretende ofrecer un concepto que también incluye los comportamientos culposos, dado que se trataría de reacciones imprudentes automatizadas, y ello a través de las respectivas condiciones de la evitabilidad.²³⁸

Definida la acción como causación de un resultado individualmente evitable, se deduce que el tipo no es sólo una actividad corporal que causa un resultado (exclusivamente objetivo), ni tampoco sólo el dolo (subjetivo), sino una estructura de elementos objetivos y subjetivos, y en este sentido: 1º) si bien nada obliga a la formación de conceptos de acción e injusto desvinculados del resultado, que por lo tanto no serían determinantes como base de la pena; 2º) tampoco son adecuados los conceptos en los que el resultado contribuye imprescindiblemente a

²³⁶ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 169 y ss., donde considera que el control de los impulsos debe excluirse del concepto de acción, pero la dirección de ella ha de determinarse siempre en función de las capacidades individuales del autor; conf. asimismo "El concepto jurídico-penal de acción", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año II, n.ºs. 1-2, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 73 y ss., donde aclara que la teoría de relación específica de imputación objetiva no es un nuevo segmento de la teoría general del injusto, sino que puntualiza el concepto de acción.

²³⁷ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 174.

²³⁸ Ídem, p. 175.

condicionar la acción y el injusto, teniendo en cuenta que la tentativa es punible.²³⁹

Consiguientemente, si bien a veces se opera con una distinción entre disvalor de acción (de intención) y de resultado (de hecho), ello es al solo efecto de separar en el injusto la parte subjetiva de la objetiva, por lo que se sugiere la idea de *disvalor del suceso*, comprensivo del disvalor de una ejecución de acción que ocasiona un resultado y del disvalor de la objetivación de la intención.²⁴⁰

Con el tipo objetivo, parte externa del delito, surge el delito como magnitud social y por tanto penalmente relevante, que por otra parte es también el objeto del tipo subjetivo, en su configuración *anticipada* en los delitos dolosos o *anticipable* en los de imprudencia.²⁴¹

21.3. La imprudencia

Llevamos dicho²⁴² que el funcionalismo completó un ciclo de revalorización de los delitos culposos, pues comparado con el modelo positivista de teoría del delito cuya sistemática fue básicamente concebida en función del delito doloso, el sistema de Jakobs expresa la culminación del proceso inverso, si se considera que en el sistema que propone se puede observar: 1º) un acotamiento del concepto de dolo, al que se concibe como *conocimiento*,²⁴³ 2º) la afirmación de pautas comunes para delitos dolosos e imprudentes en el ámbito del tipo objetivo; 3º) el reconocimiento de que existe un tipo subjetivo en los delitos culposos; 4º) un trato sistemático común en el ámbito de la imputación, que precede a la consideración del ilícito y demás presupuestos de la pena, y 5º) en lo específico, una reformulación del fundamento de punibilidad del delito culposos.²⁴⁴

Cuando se afirma que al tipo subjetivo pertenecen las circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en

²³⁹ Ídem, p. 204.

²⁴⁰ Ibídem.

²⁴¹ Ídem, pp. 223 y ss.

²⁴² Conf. RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., pp. 113 y ss.

²⁴³ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 312.

²⁴⁴ Conf. JAKOBS: "El delito imprudente", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 3, n.º 4-5, Buenos Aires, 1997, pp. 19 y ss.

acción típica, se aclara que ello es común al dolo y a la imprudencia, ya que: 1º) La tipicidad del delito doloso no sólo depende de la realización del tipo objetivo sino además del tipo subjetivo, es decir fundamentalmente del dolo del autor, y en su caso de otros elementos subjetivos,²⁴⁵ y 2º) Partiendo de que el tipo subjetivo reúne los elementos personales correspondientes al sujeto de la infracción penal,²⁴⁶ se afirma la existencia de un tipo subjetivo del delito culposo, en la medida en que la imprudencia tiene un carácter individual.

Aunque existen formulaciones heterodoxas en las que se fundamenta la punibilidad del delito imprudente en que el autor ha demostrado desprecio por los bienes jurídicos ajenos,²⁴⁷ se advierte en Jakobs un fundamento estrechamente vinculado a su teoría de la pena. Ella le permite explicar que los hechos dolosos son conminados con pena superior que los imprudentes, por su relación con la mayor o menor afectación de la validez de la norma, que lo es en menor medida en un obrar culposo, ya que sólo pone de manifiesto la incompetencia del autor para el manejo de sus propios asuntos.²⁴⁸

21.4. La imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva²⁴⁹ se ocupa de la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable, siendo necesario establecer reglas generales, especialmente en los delitos de resultado,²⁵⁰ según "criterios" que pueden ser reconducidos a dos raíces, que tienen contenidos distintos:

1º. Por una parte, se trata de la finalidad propia del derecho penal de garantizar la seguridad de las expectativas, de lo que por ejemplo se deriva que no se pueda imputar como injusto un comportamiento socialmente

²⁴⁵ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 309; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 314.

²⁴⁶ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 338.

²⁴⁷ *Ibíd.*

²⁴⁸ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 312.

²⁴⁹ Conf. JAKOBS: *La imputación objetiva en derecho penal*, cit., pp. 13 y ss.; críticamente conf. ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 444 y ss.

²⁵⁰ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 224.

adecuado, aun cuando tenga efectos dañosos por un desgraciado encadenamiento de circunstancias.²⁵¹

- 2º. Por otra, los criterios de la imputación objetiva sirven a la forma de regulación predominante en derecho penal: la de los delitos de resultado.²⁵²

Es que se considera a la causalidad, tal como fue propuesta por la teoría de la equivalencia de las condiciones, sólo como una condición mínima de la imputación objetiva del resultado, a la que debe añadirse aún la relevancia jurídica de la relación causal entre acción y resultado, para lo cual se debe verificar: 1º) si en el momento en que fue ejecutada, la acción constituía un peligro jurídicamente desaprobado, lo que la caracteriza como socialmente inadecuada, y 2º) si ese peligro, es el que se ha realizado en el resultado típico producido.²⁵³

Los principios de la imputación objetiva se deducen de la finalidad de la pena de garantizar expectativas normativas, y en consecuencia: 1º) Ella queda excluida cuando la acción conectada causalmente al resultado producido, no supera los límites del *riesgo permitido*,²⁵⁴ y 2º) Tanto en los delitos de comisión como de omisión, la imputación sólo alcanza a quien es *garante* de la evitación del resultado, lo que está estrechamente asociado con la exclusión de la imputación como consecuencia de la *prohibición de regreso*, criterio vinculado a comportamientos causales que se consideran fuera del interés del derecho penal.²⁵⁵

La exigencia de que el riesgo no permitido creado por la acción haya sido el que se realiza en el resultado, obliga a considerar los supuestos de riesgos concurrentes,²⁵⁶ determinando la

²⁵¹ Ídem, p. 225.

²⁵² Íbidem.

²⁵³ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 273.

²⁵⁴ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 241; ídem, *La imputación objetiva en derecho penal*, cit., pp. 43 y ss.

²⁵⁵ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 257, donde ofrece como ejemplos los casos en que el resultado es consecuencia de la intervención de un tercero que no obra juntamente con el autor, o de la conducta o la situación de la propia víctima; conf. asimismo *Fundamentos del derecho penal*, cit., pp. 121 y ss. Críticamente conf. ROXIN: "Observaciones sobre la prohibición de regreso", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, 1997, Año 6, nº 3, pp. 19 y ss.

²⁵⁶ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 267 y ss.; ídem, *La imputación objetiva en derecho penal*, cit. pp. 101 y ss.

necesidad de dejar fuera de consideración: 1º) la hipotética producción del resultado, como consecuencia de una amenaza de riesgo distinta a la que lo causó en forma inmediata;²⁵⁷ 2º) los resultados generados fuera del ámbito de dominio del autor, porque se producen por riesgos generales normales, es decir de una manera sorpresiva;²⁵⁸ 3º) comportamientos de la víctima contrarios al deber o a sus intereses, que contribuyen decisivamente a la producción;²⁵⁹ 4º) los casos en que el resultado se produce más tarde, sobre una víctima que en el momento de la creación del riesgo no estaba amenazada;²⁶⁰ 5º) sucesos que se desarrollaron fuera de los márgenes de riesgo que objetivamente existían en el momento de realizar la acción;²⁶¹ 6º) los casos de aceleración del nexo causal,²⁶² y 7º) las hipótesis de resultados hipercondicionados.²⁶³

En los conflictivos supuestos en que existen dudas respecto a si una conducta alternativa adecuada al deber hubiera evitado el resultado, Jakobs no utiliza el criterio de elevación del riesgo.²⁶⁴ Finalmente, con fundamento en que no crea un riesgo jurídicamente desaprobado, se excluye la imputación en los casos en que la acción ha sido cubierta por el consentimiento o la actuación a riesgo propio, del titular de un bien jurídico disponible.²⁶⁵

²⁵⁷ Conf. ya en RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 162; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 280.

²⁵⁸ Ídem, pp. 162 y 281 respectivamente, ejemplificando con la víctima de lesiones que muere como consecuencia del incendio del hospital.

²⁵⁹ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, p. 282.

²⁶⁰ Ídem, donde propone resolver los conflictivos casos de consecuencias tardías, excluyendo la imputación cuando aquéllas no fueron percibidas como parte del conflicto social generado por la primera lesión, por lo que no conmueven la confianza en la norma que prohíbe el segundo resultado.

²⁶¹ Ídem, p. 284.

²⁶² Ídem.

²⁶³ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 278; otro punto de vista en BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 285, donde argumenta que aun mediando acumulación, tiene sentido reafirmar el cumplimiento de la norma.

²⁶⁴ Conf. JAKOBS: *La imputación objetiva en el derecho penal*, cit., p. 112, lo que establece una diferencia con ROXIN: *Problemas básicos del derecho penal*, cit., p. 128; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 84, y BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 286.

²⁶⁵ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 288 y ss.; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 286 y ss.

21.5. La antijuridicidad

El injusto no es ni perturbación de la existencia ni de la seguridad del bien jurídico, sino objetivación de una actitud incorrecta ante la norma, sobre la base de que ella establece un estándar como sucede en los delitos de peligro abstracto, o bien se la puede interpretar por medio de estándares a través de la imputación objetiva.²⁶⁶

Definidas las causas de justificación como motivos jurídicos para ejecutar comportamientos prohibidos, se las explica afirmando que se trata de conductas anómalas pero socialmente soportables en consideración a su contexto, o sea que al haber sido cometidas en situación de justificación, no evidencian falta de la motivación jurídica dominante.²⁶⁷

Se descarta que las causas de justificación puedan derivarse de una o varias ideas básicas, por lo que no representarían otra cosa que motivos bien fundados, dado que el contenido de las causas de justificación concretas, debe ser extraído teniendo en cuenta el respectivo estado de la sociedad específica en que deben ser consideradas.

Rechazadas las concepciones monistas, se clasifica a las causas de justificación en tres grupos: 1º) las que son consecuencia de un comportamiento de organización de la víctima, como es el caso de la legítima defensa; 2º) las que derivan del principio de la definición de intereses por parte de la propia víctima, como sucede con el consentimiento justificante, y 3º) las que provienen del principio de solidaridad, como en el caso del estado de necesidad agresivo.²⁶⁸

Haciéndose cargo de la polémica acerca de la exigencia de elementos subjetivos de justificación, Jakobs sostiene que sólo es posible decidir con arreglo a las consecuencias,²⁶⁹ concluyendo que ha de exigirse dolo (conocimiento) pero no intención de justificación.

Pero faltando incluso el dolo de justificación de cualquier clase, afirma que la imputación del hecho en tanto que antijurídico y consumado, decae en vista de sus consecuencias no de-

²⁶⁶ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 173; *Fundamentos del derecho penal*, cit., pp. 179 y ss.

²⁶⁷ Ídem, pp. 419 y ss.

²⁶⁸ Ídem, p. 421.

²⁶⁹ Ídem, p. 432.

seadas, ya que si el resultado fuera imputable, estaría permitido impedir que el autor realice el resultado.²⁷⁰

Tampoco los presupuestos subjetivos de la justificación ofrecen dificultad en los delitos imprudentes, ya que el no requerir una tendencia especial a la justificación, para excluir la imputación del resultado ni siquiera se necesitaría conocimiento de la situación justificante.²⁷¹

21.6. La culpabilidad como déficit de motivación jurídica dominante

Se afirma la responsabilidad del autor de un hecho antijurídico, cuando le falta la disposición para motivarse conforme a la norma correspondiente, y este déficit no se puede hacer entendible sin que afecte la confianza general en la norma. Así, la culpabilidad por un comportamiento antijurídico, es definida como responsabilidad por un déficit de motivación jurídica dominante,²⁷² por lo que supone falta de fidelidad al derecho.

La función del concepto de culpabilidad consiste en caracterizar la motivación no conforme a derecho del autor como motivo de conflicto. En consecuencia, cuando hay un déficit de motivación jurídica, ha de castigarse al autor, si injusto y culpabilidad no han sido minimizados mediante una modificación del hecho, o mediante sucesos posteriores a éste (como en el desistimiento), y si la impunidad no se ve determinada por circunstancias situadas más allá del injusto material.²⁷³

Dado que el fin de la pena es mantener la confianza general en la norma, para ejercitar su reconocimiento general, el concepto de culpabilidad no se orienta hacia el futuro sino hacia el presente, en la medida en que el derecho penal funciona, es decir contribuye a estabilizar el ordenamiento.²⁷⁴

²⁷⁰ Ídem, p. 434, donde sostiene que así, al ladrón que no se da cuenta que forzando una puerta va a liberar a una persona encerrada antijurídicamente, se le podría impedir interviniendo en sus bienes, y a continuación el que lo impidió podría proceder a forzar la puerta.

²⁷¹ Ídem, p. 438.

²⁷² Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 586; *Fundamentos del derecho penal*, cit., pp. 13 y ss.

²⁷³ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 581.

²⁷⁴ Ibídem.

Para la determinación de la culpabilidad han de señalarse aquellos fundamentos motivadores de la acción antijurídica por los que se debe considerar responsable al autor, si no se quiere que por la infracción de la norma se resienta la expectativa de que la norma es vinculante en general. Así, la decisión de afirmar o negar la inculpación, se relacionan con una plausibilidad psicológico-social en el sentido de que existe una disposición general a aceptar la responsabilidad considerando la situación en que el autor se encuentra, o renunciar a ella.²⁷⁵

Esa disposición se basa en la tolerabilidad del alcance de la responsabilidad, y existe con independencia de suposiciones sobre si el autor, en el momento del hecho, estaba dotado de libre albedrío.²⁷⁶ Aunque se afirme que el ámbito en el que se puede ser culpable es también un ámbito libre, ello no implica admitir la libertad de voluntad, sino la falta de obstáculos jurídicamente relevantes para los actos de organización del autor.²⁷⁷

Sobre la base de que la pena se limita a asegurar el orden social, en la culpabilidad ya no se trata de si el autor tiene realmente una alternativa de comportamiento realizable individualmente, sino de si existe para la imputación del autor, una alternativa de organización que sea preferible en general. La inexistencia de una alternativa de organización, determina que se asigne al autor una alternativa de comportamiento, y se le reproche que no la haya utilizado.²⁷⁸

Así, este concepto de culpabilidad configurado funcionalmente, es apreciado como una noción que rinde un fruto de regulación, conforme a determinados principios derivados de la teoría de la prevención general positiva, en el marco que está determinado por la específica estructura de la sociedad.²⁷⁹

²⁷⁵ Ídem, p. 584.

²⁷⁶ Conf. JAKOBS: *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 67.

²⁷⁷ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 586.

²⁷⁸ Ídem, p. 585.

²⁷⁹ Ídem, p. 584.

IV. ESTRUCTURA DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

22. *Noción de culpabilidad*

El contenido de una norma penal puede ser: a) una *prohibición*, cuando ordena no realizar determinado comportamiento; o b) un *mandato*, cuando en una situación específica, lo que manda es realizar determinada conducta.

Como esas prohibiciones y mandatos tienen por finalidad generar en los miembros de la comunidad la *motivación* de que se cumpla el comportamiento ordenado, cuando se verifica que el sujeto obró de conformidad con lo previsto en la norma, es porque orientó su comportamiento conforme a las pautas de valoración vigentes en la sociedad. A la inversa, cuando el autor organizó su comportamiento contrariando esas pautas, sea porque realizó la conducta prohibida u omitió la ordenada, lo que surge evidente es que no se ha motivado por la norma.

Sobre esas bases, tradicionalmente se ha considerado que la culpabilidad consiste en el *reproche* que se formula al autor por haber realizado el hecho ilícito, cuando conforme a las circunstancias particulares del caso concreto estuvo en condiciones de haberse motivado por cumplir la norma. En otras palabras: un sujeto es culpable cuando en el momento del hecho, era exigible que obrara en forma distinta a la infracción de la norma.²⁸⁰

²⁸⁰ Conf. WELZEL: *El nuevo sistema del derecho penal*, cit., pp. 79 y ss.; *Derecho penal alemán*, cit., pp. 197 y ss.; MAURACH: *Tratado de derecho penal*, cit., II-24 y ss.; WESSELS: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 107 y ss.; JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., pp. 364 y ss.; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 162 y ss.; MAURACH-ZIFF: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-580 y ss.; ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 788 y ss.; JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 565 y ss.; BACIGALUPO: *Culpabilidad, dolo y participación*, Buenos Aires, 1966, pp. 13 y ss.; *Lineamientos de la teoría del delito*, cit., pp. 71 y ss.; *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 420 y ss.; ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 620 y ss.; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., pp. 223 y ss.

Desde esa perspectiva, la afirmación de que existe culpabilidad supone una valoración negativa que se formula al autor que no ha observado una conducta conforme a derecho, que en la mayoría de los casos determina responsabilidad penal.²⁸¹

23. *Culpabilidad y estado de derecho*

a) El predominio de la teoría de la retribución impuso un sistema penal en el que la culpabilidad es fundamento y presupuesto de la pena, por lo que consiguientemente se considera que el Estado está legitimado para sancionar al autor *porque* es culpable, y sólo cuando es factible reprocharle la realización del hecho antijurídico.

En su versión ortodoxa es un sistema que presupone la libertad de voluntad, es decir la posibilidad de cada sujeto de optar entre el respeto o la infracción a la norma. Así, la culpabilidad es apreciada como la consecuencia de un ejercicio inadecuado del libre albedrío, ya que el sujeto pudiendo orientarse por cumplir la norma, optó por su violación.

Este modelo adopta un sistema de *culpabilidad por el hecho*, en cuya virtud el contenido del juicio de reproche se limita a considerar la actitud del autor exclusivamente en relación al comportamiento ilícito cometido. Como la determinación de la culpabilidad está acotada al comportamiento del autor en el momento de comisión del hecho, carece de relevancia todo dato anterior a la comisión, como por ejemplo que se trate de un reincidente.

b) La *culpabilidad de autor* en cambio, toma a la acción realizada como un punto de partida a partir del cual se considera la personalidad del sujeto, valorando su conducta previa y posterior al delito, con lo que el juicio de reproche no está exclusivamente referido a lo que el sujeto hizo, pues se sostiene que el delito no es más que un síntoma de personalidad.

Un sistema de estas características es consecuencia de la adopción de puntos de vista preventivo-especiales y de admitir

²⁸¹ Sabido es que en algunos casos decae la responsabilidad penal pese a que se ha afirmado la culpabilidad, como ocurre cuando se han previsto condiciones objetivas de punibilidad, excusas absolutorias, o impedimentos de naturaleza procesal.

la determinación de la voluntad, por lo que más que una culpabilidad *de carácter*, o culpabilidad por *la decisión o la conducción de la vida* lo que aquí subyace es la negación de la culpabilidad como fundamento de la pena y su sustitución por la idea de *peligrosidad*, ya que la pena no encuentra justificación en lo que el autor *hizo* sino en lo peligroso que es.²⁸²

c) Como no existe evidencia en favor de uno u otro punto de vista, la discusión entre partidarios y críticos del libre albedrío no puede ser resuelta en el plano científico, ya que ni la libertad de voluntad ni el determinismo son empíricamente demostrables.

Por ello, la elección entre uno y otro modelo debe trasladarse al ámbito de la política criminal, en el que prevalece el criterio de que un sistema punitivo debe estar basado en la culpabilidad por el hecho, por ser el único compatible con la idea del estado de derecho.²⁸³

d) También como consecuencia de las exigencias del estado de derecho, rige el principio de culpabilidad por el hecho *propio*, lo que significa que a diferencia de otras disciplinas, en materia penal la culpabilidad es *personal*, no siendo admisible por consiguiente ninguna imputación de responsabilidad por el hecho ajeno.

24. Elementos

Según la opinión dominante, las condiciones que deben concurrir para que en el caso concreto se pueda afirmar que el autor es culpable, son la imputabilidad, el conocimiento virtual de la antijuricidad y la exigibilidad.

Cuando por el contrario alguno de esos elementos no concurre, el autor no es culpable, por lo que a las circunstancias cuyo efecto es excluir cualquiera de los requisitos expresados, se las denomina *causas de inculpabilidad*.

²⁸² Conf., p. ej., SAUER: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 226.

²⁸³ Conf. BETTIOL: "Sobre las ideas de culpabilidad en un derecho penal moderno", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, pp. 639 y ss.; BACIGALUPO: *Lineamientos de la teoría del delito*, cit., p. 72; *Derecho penal. Parte General*, p. 415; ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 518; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 225.

24.1. Imputabilidad

Significa que en el momento del hecho, el autor tiene que haber sido *capaz de ser culpable*, es decir haber podido comprender la ilicitud de su comportamiento y comportarse de acuerdo con esa comprensión.

Debe considerarse que no se cumple este presupuesto cuando concurren *causas de inimputabilidad*, es decir circunstancias que excluyen la capacidad de culpabilidad y que tradicionalmente se relacionan con la minoría de edad y las perturbaciones psíquicas.

- a) El régimen penal de la minoridad, reglado en derecho argentino por la ley 22.278 modificada por la ley 22.803, conforma un sistema penal específico, cuya existencia es explicada por la doctrina dominante predicando la inimputabilidad de las personas a las que se aplica, con base en que la ley presume sin admitir prueba en contrario, que en razón de su edad un menor no ha alcanzado un mínimo grado de madurez.
- b) La segunda causa de incapacidad de culpabilidad se relaciona con las enfermedades mentales, pues nuestro sistema jurídico prevé la inimputabilidad del autor que en el momento del hecho, por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas o por su estado de inconsciencia, no haya podido comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones (art. 34, inc. 1º, C.P.).

24.2. Conocimiento virtual de la antijuridicidad

Concorre este presupuesto, cuando en el momento del hecho el autor tuvo la posibilidad de conocer que su comportamiento era contrario a derecho. Este conocimiento *potencial*, vinculado a la posibilidad de comprender que el acto que se realiza es antijurídico, puede verse excluido cuando en el momento del hecho el autor obra afectado por un *error de prohibición*, pues cuando es invencible, es admitido como causa de inculpabilidad (art. 34, inc 1º, C.P.).

24.3. Exigibilidad

Supone que de conformidad con las circunstancias del caso concreto, en el momento del hecho se podía exigir al autor la

observación de una conducta diferente. Las *causas de inculpa-bilidad* que neutralizan este elemento, son circunstancias cuya concurrencia determina que no deba formularse reproche al autor, porque en el momento del hecho no se le podía exigir otra conducta, como sucede en los casos de *estado de necesidad disculpante*, *coacción* (art. 34, inc. 2º, *in fine*, C.P.), y *obediencia debida* (art. 34, inc. 5º, C.P.).

V. CAPACIDAD DE CULPABILIDAD (IMPUTABILIDAD)

25. Concepto

La opinión dominante considera como primer presupuesto de la culpabilidad, que en el momento del hecho el autor haya sido *capaz* de obrar responsablemente, para lo que se utiliza la expresión *imputabilidad*,²⁸⁴ con la que se alude a la capacidad para comprender la desaprobación jurídico-penal de los actos que se realizan, y además para dirigir el comportamiento de acuerdo a esa comprensión.

Así, la expresión *imputable* es utilizada con un significado distinto a la de un sujeto a quien se atribuye un determinado comportamiento, para aludir a una persona con *capacidad de motivación*, o con *capacidad de culpabilidad*.

Como la regla de aplicación alude a quien no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de ellas o por su estado de inconsciencia,²⁸⁵ *comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones* (art. 34, inc. 1º, párr. 1º, C.P.), el concepto

²⁸⁴ Conf. WELZEL: *El nuevo sistema del derecho penal*, cit., pp. 94 y ss.; *Derecho penal alemán, Parte General*, cit., p. 214; WESSELS: *Derecho penal, Parte General*, cit., p. 113; JESCHECK: *Tratado de derecho penal, Parte General*, cit., pp. 388 y ss.; STRATENWERTH: *Derecho penal, Parte General*, cit., pp. 165 y ss.; ROXIN: *Derecho penal, Parte General*, cit., pp. 819 y ss.; JAKOBS: *Derecho penal, Parte General*, cit., pp. 624 y ss.; ZAFFARONI: *Derecho penal, Parte General*, cit., pp. 657 y ss.; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., pp. 231 y ss. La innovación sistemática que supone la consideración previa de la atribubilidad de la conducta típica y antijurídica, hace que en MAURACH-ZIPP: *Derecho penal, Parte General*, 1-543, la inexibilidad sea tratada antes que la imputabilidad, como también en BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, pp. 387 y ss., texto este último donde también es previa la consideración del error de prohibición.

jurídico-penal de imputabilidad se estructura sobre dos exigencias.

25.1. Capacidad de comprensión de la desaprobación jurídico-penal de la conducta

Carece de esa capacidad quien padece algún trastorno de la actividad intelectual que menoscaba las representaciones que habitualmente capacitan para la formación de la voluntad en una persona normal y mentalmente madura, como por ejemplo sucede con quien padece una profunda debilidad mental, como consecuencia de haber sufrido meningitis durante la infancia.²⁸⁵

25.2. Capacidad de adecuar el comportamiento, de acuerdo a esa comprensión

Es el caso de quien pese a que puede comprender la desaprobación jurídico-penal del acto que realiza, no puede dirigir sus acciones, como por ejemplo sucede con la persona cuyo instinto sexual está tan acentuado, que no puede resistirse de manera suficiente, ni siquiera empleando toda la fuerza de voluntad que posee.²⁸⁷

En la práctica, la imputabilidad se establece verificando la ausencia de las llamadas causas de inimputabilidad, es decir de circunstancias que excluyen la capacidad de motivación, las que tradicionalmente se vinculan a la minoría de edad y la presencia de enfermedades mentales.

26. Capacidad de culpabilidad y menores de edad

Originariamente prevista en el Código Penal (arts. 36 a 39), las reglas de aplicación a menores infractores fueron deroga-

²⁸⁵ Como un estado de inconsciencia determina carencia de acción, mal puede discutirse en la teoría de la culpabilidad, por lo que se aprecia que lo que puede generar problemas en orden a la capacidad de culpabilidad es una *perturbación* de la conciencia. Críticamente conf. ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 666.

²⁸⁶ Conf. SANCINETTI: *Casos de derecho penal*, 2ª ed., Buenos Aires, 1999, p. 67.

²⁸⁷ El ejemplo, correspondiente al Tribunal Supremo Federal en materia penal de Alemania (BGHSt, 14, 32), puede verse en ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 824.

das por el art. 57 de la ley 14.394, la con la modificación introducida por ley 21.338 sistematizó (arts. 1º a 13) un nuevo régimen para los menores que incurrieran en la comisión de hechos calificados como delitos. Posteriormente, estas disposiciones fueron también derogadas por la ley 22.278, que con las innovaciones de la ley 22.803 constituye el cuerpo legal vigente en la materia.

26.1. El derecho vigente

a) El derecho vigente prevé medidas de seguridad, a las que se considera *educativas*, que resultan aplicables a los menores infractores, cuando se los considera responsables por la comisión de hechos previstos en las leyes como delitos, las que suponen privación de libertad pues se prevé la *internación* en establecimientos especiales, a los que tradicionalmente se adjudica orientación *correcional*, lo que establece que su finalidad es reformar a los jóvenes delincuentes.

La aplicación de esas medidas conforma un sistema normativo especial que desplaza las normas del derecho penal de adultos, concebido como un *derecho tutelar* que como fue concebido para modificar la personalidad del joven delincuente, hizo que se pusiera mayor énfasis en las características personales del menor, que en la naturaleza y gravedad del hecho cometido.

b) La regulación de este *derecho penal de autor*, que el derecho argentino denomina *régimen penal de la minoridad* en la ley 22.278, determina que los menores queden sometidos a diferentes reacciones según sus edades, habiéndose establecido tres categorías:

1ª. Los menores de dieciséis años, que no son punibles en ningún caso, cualquiera sea la gravedad o clase del delito cometido (art. 1º, párr. 1º, ley 22.278).

2ª. Los mayores de esa edad pero menores de dieciocho, que resultan punibles por la comisión de delitos que den lugar a acción privada (art. 1º, párr. 2º, 1ª hipótesis, ley 22.278), o que dando lugar a acción pública, estén reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda de dos años, multa o inhabilitación.

c) Consiguientemente: 1º) la consecuencia jurídica prevista para mayores de 18 años es siempre la pena, cualquiera sea

el delito que hayan cometido y del que resulten responsables; 2º) lo mismo sucede cuando el autor es mayor de 16 años, pero sólo respecto de los delitos enunciados en el apartado anterior (art. 2º, ley 22.278), y 3º) en todos los casos en que no se impone una pena por razones vinculadas a la edad del responsable, la consecuencia es una medida de seguridad (art. 3º, ley 22.278).

26.2. ¿Es inimputable el menor de edad?

Así lo considera la doctrina argentina clásica, afirmando que los menores de edad carecen de capacidad de culpabilidad, para lo que ofrecen la explicación de que se trata de personas de insuficiente desarrollo mental.²⁸⁸

Sin embargo, en la medida en que la noción de imputabilidad está asociada a la capacidad de comprensión de la antijuridicidad del comportamiento, surgen como conclusiones evidentes: 1ª) que no es posible afirmar que carecen de esa capacidad todas las personas que no han alcanzado una determinada edad, y 2ª) que tampoco es razonable predicar que esa aptitud es adquirida al mismo tiempo por una persona, respecto de cualquier hecho punible, pues el sentido social disvalioso de un daño o un hurto, puede ser apreciado mucho antes que el de una defraudación fiscal.

26.3. El derecho penal de menores como especialidad

De lo anterior se deduce, que una interpretación adecuada del derecho vigente, permite concluir que la existencia de un *régimen penal de la minoridad* no es consecuencia de que todos los menores son incapaces de culpabilidad, sino de la decisión político-criminal de adoptar un régimen penal de excepción construido como derecho penal de autor,²⁸⁹ por lo que su compatibilidad con la idea del estado de derecho depende de que resulte menos gravoso que el derecho penal común. Debe

²⁸⁸ Así, SOLER: *Derecho penal argentino*, cit., II-43; NÚÑEZ: *Tratado de derecho penal*, cit., II-31 y ss.; FONTÁN BALESTRA: *Tratado de derecho penal, Parte General*, cit., II-163.

²⁸⁹ Conf. ya en WELZEL: *Derecho penal alemán*, cit., p. 321.

entonces considerarse inconstitucional toda consecuencia jurídica aplicable a un menor, que suponga una restricción de derechos más intensa que la que —ante un hecho análogo— está reservada a un delincuente adulto.

En estas condiciones, como la adopción del denominado *régimen penal de la minoridad* es consecuencia de la decisión de evitar sanciones de contenido expiatorio, sustituyéndolas por normas de orientación educativa y tutelar, conviene no olvidar su naturaleza *penal*, pues en definitiva las medidas de seguridad reservadas a los menores, se traducen en restricciones de derechos que se imponen en forma coactiva. Por lo mismo, en el proceso deben preservarse todas las garantías constitucionales, lo que frecuentemente no sucede cuando se pierde de vista su índole penal, en función de una noción exclusivamente defensiva, que con retórica humanista suele adquirir contenido autoritario.

26.4. Cuestiones de política criminal involucradas

Lo cierto es que cualquiera sea la edad que prevea el derecho vigente, la determinación de la edad a partir de la cual debe aplicarse el derecho penal de adultos, estará siempre referida —aún de *lege ferenda*— a una decisión de política criminal que será objeto de fuertes polémicas, ya que recurrentemente se propone que el *régimen penal de la minoridad* comprenda a un conjunto más reducido de destinatarios, con la finalidad de endurecer el sistema.²⁹⁰

Aunque no necesariamente está adscripta a dicha orientación, merece objeciones la distinción que prevé el derecho vigente, pues vincula la edad del autor con la entidad del hecho cometido, ya que no parece racional adoptar el sistema penal de adultos cuando es mayor el contenido de injusto del hecho realizado, lo que se deduce de que se haya previsto una pena privativa de libertad que excede los dos años de duración.

²⁹⁰ La orientación a que el texto refiere responde a la convicción, ostensiblemente errónea, de que *siempre* una pena es una consecuencia jurídica más grave que una medida de seguridad. Más evidente es aún la ignorancia de quienes predicán que *reducir la edad de la imputabilidad [sic] es una decisión necesaria para evitar la impunidad*, como si el régimen penal de la minoridad no previera consecuencia jurídica alguna.

Lo cierto es que parece claro que la adscripción de los menores a un régimen penal de excepción, es consecuencia de valoraciones de política criminal y no de consideraciones relativas a la incapacidad de culpabilidad del círculo de autores involucrado.

26.5. Naturaleza punitiva del régimen de la minoridad

Aunque el Estado no utilice la pena porque el responsable es un menor, la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso, debiendo disponerlo provisionalmente durante su tramitación, a fin de posibilitar la aplicación de medidas de seguridad (art. 2º, párr. 2º, ley 22.278).

Cualquiera fuere el resultado del proceso, el derecho vigente establece que el juez *dispondrá definitivamente* de él por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador (art. 2º, párr. 3º, ley 22.278), si de los estudios realizados apareciera que el menor está *abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta*, lo que permite concluir que se ha adoptado la fórmula del *estado peligroso*.

Es verdad que en el ámbito de aplicación de la ley 22.278 no se prevé la imposición de penas, sobre la base de interpretar que dichas normas prevén presunciones *iuris et de iure* que descartan cualquier investigación destinada a determinar el discernimiento real del menor para acreditar su capacidad. Pero nada impide que se ordenen estudios psíquicos del infractor, destinados a indagar la medida de seguridad más apropiada.

Lo cierto es que con independencia de las reglas aplicables en derecho privado, el régimen penal de la minoridad es un sistema normativo que prescinde de algunas reglas esenciales de derecho penal y procesal penal que se aplican a los delinquentes adultos, pero cuya esencia es punitiva.

En el derecho contemporáneo se han expresado puntos de vista que pugnan por reinstalar al menor en el escenario del *derecho penal criminal*, no ya para represivizar el sistema, sino todo lo contrario. Lo que se procura es asegurar las garantías del menor en las instancias de control estatal, advirtiendo que el fin *tutelar* que orienta el sistema que los rige, pone de manifiesto escasa incidencia correctiva y se traduce en cambio en una flexibilización de derechos, que es consecuencia de una

consideración unidimensional y por lo mismo inaceptable, desde puntos de vista preventivo-especiales.²⁹¹

27. Incapacidad de culpabilidad por enfermedad mental

27.1. Regulación legal

La incapacidad de culpabilidad derivada de enfermedades mentales es consecuencia de la norma que establece que no es punible, *el que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia... comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones* (art. 34, inc. 1º, C.P.).

La expresión *comprensión de la criminalidad* a que refiere el derecho vigente, supone la adopción de una fórmula amplia que abarca todos los presupuestos que condicionan la naturaleza delictiva del comportamiento, que por consiguiente, es comprensiva de la comprensión de la antijuridicidad, es decir de la característica de la acción de ser contraria al orden jurídico.²⁹²

La regla no condiciona la culpabilidad del autor a que haya comprendido la criminalidad del acto, sino a que *haya podido* hacerlo, por lo que no interesa si en el caso concreto el autor comprendió o no la ilicitud de su comportamiento, pues lo decisivo es establecer si el autor tuvo o no la *posibilidad* de alcanzar dicha comprensión.

27.2. Método de constatación de la imputabilidad

a) De acuerdo a un método *biológico-psicológico*, para constatar la imputabilidad debe partirse de la verificación de deter-

²⁹¹ Llevamos dicho que la demostración más acabada de la exagerada orientación preventivo-especial del *régimen penal de la minoridad* está dada por la atribución concedida al juez de adoptar medidas de seguridad predelictuales, ya que las hipótesis previstas en el art. 2º, párr. 3º de la ley 22.278 pueden disponerse *cualquiera sea el resultado de la causa*. Conf. RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., p. 195, nota 47.

²⁹² Conf. BACIGALUPO: *Lineamientos de la teoría del delito*, 2ª ed., cit., p. 78; *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 446 y ss.; ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 666 y ss.; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., pp. 231 y ss.

minado estado orgánico [biológico], para luego examinar si como consecuencia está excluida la capacidad psicológica de comprensión o de inhibición,²⁹³ lo que supone adoptar como punto de partida el reconocimiento de la anomalía del sujeto como una enfermedad mental, de acuerdo a los puntos de vista utilizados en medicina legal, y más específicamente en psiquiatría.

Desde luego, no se considera suficiente una personalidad anormal del sujeto para excluir su capacidad, pues se requiere *además* que ese estado sea causa de la imposibilidad de comprensión o dirección indicadas.

Así, según la opinión dominante se considera que el derecho vigente adopta una *fórmula mixta*,²⁹⁴ conforme a la cual la imputabilidad está estructurada en dos peldaños o etapas,²⁹⁵ mencionando en el primero tres estados psicopatológicos, como 1) insuficiencia de facultades; 2) alteraciones morbosas de ellas, y 3) estado de inconsciencia.

Luego de la constatación de que ha concurrido alguno de esos estados o diagnósticos, corresponde decidir en un segundo peldaño de examen,²⁹⁶ si debido a ello el sujeto no pudo en el momento del hecho *comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones* (art. 34, inc. 1º, C.P.).

b) Pero apreciada desde la perspectiva de la prevención general positiva, como para la culpabilidad importa la determinación de los factores relevantes para la motivación que pertenecen al ámbito del autor, pues no resulta culpable por los que no son disponibles para él, corresponde considerar la imputabilidad en función de si la acción antijurídica constituye expresión de un déficit de fidelidad al derecho, o si al autor se lo puede distanciar de la antijuridicidad de su acción.²⁹⁷

Se reafirma entonces la idea de que la imputabilidad no depende de la constatación de una *efectiva* relación de causalidad entre determinadas anomalías o alteraciones psíquicas, y la imposibilidad del autor de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a esa comprensión, sino de establecer normativamente si en el momento del hecho el sujeto se encon-

²⁹³ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 823.

²⁹⁴ Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 395.

²⁹⁵ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 823.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 582.

traba en una situación personal que le permitiera determinarse por la norma que vulneró.²⁹⁸

Como de lo que se trata no es de explicar la situación mediante un estudio orgánico cerebral, sino de examinar si el padecimiento psíquico que afectó al autor, permite *suponer* una pérdida de la subjetividad requerida por el derecho penal, lo que se adopta es un *método jurídico*. Ello es coincidente con la idea de que se debe prescindir de la índole del padecimiento, para establecer como centro de atención el examen de los efectos que éste produjo al autor en el momento del hecho, con lo que cualquiera sea la naturaleza de la afectación, corresponde descartar la imputabilidad del sujeto si le impidió comprender la ilicitud del hecho.²⁹⁹

27.3. Insuficiencia de las facultades mentales

La norma alude a la *oligofrenia*, debilidad mental que puede ser hereditaria o haberse adquirido a temprana edad, comprendiendo los casos patológicos en los que existe falta de inteligencia, sea congénita o producida, e incluyendo los supuestos en que se estanca el desarrollo. Según el grado alcanzado corresponde distinguir entre idiocia, imbecilidad y debilidad mental.³⁰⁰

El grado más agudo de inhibición del desarrollo es la *idiotia*, pues en el mejor de los casos se logra el nivel de inteligencia de un niño de seis años, le sigue la *imbecilidad* que corresponde al estado de desarrollo logrado por un niño al comienzo de la pubertad, siendo el último la *debilidad* que refiere al desarrollo que se alcanza al cerrarse el período de la pubertad.³⁰¹

27.4. Alteraciones morbosas

Es verdad que la expresión alteración morbosa remite a la noción de *enfermedad mental*³⁰² pero no se superpone con el

²⁹⁸ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 447.

²⁹⁹ Conf. RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 234; DONNA: *Teoría del delito y de la pena*, Buenos Aires, 1995, 2-231; ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 665.

³⁰⁰ Conf. RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 235.

³⁰¹ Conf. MAURACH-ZIPP: *Derecho penal. Parte general*, 1-615 y ss.

³⁰² Conf. DONNA: *Teoría del delito y de la pena*, cit., 2-232; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 235.

concepto médico, pues es mayor la amplitud desde el punto de vista jurídico.³⁰³

a) La regla que prevé la exclusión de la capacidad de culpabilidad (art. 34, inc. 1º, C.P.) debe ser aplicada en primer lugar a las *psicosis* en sentido clínico, que pueden ser *endógenas* como la esquizofrenia y la locura maniaco depresiva, o *exógenas* cuando su origen es una causa externa.

Una *psicosis exógena* puede ser: 1º) la consecuencia de una enfermedad orgánica del cerebro, como un delirio condicionado por parálisis esclerótica, el *delirium tremens*, o inclusive la epilepsia; 2º) tener por origen otro padecimiento, como tumores o traumatismos que generan una lesión cerebral; 3º) reconocer un origen infeccioso, como algunas parálisis progresivas, o 4º) ser tóxicas como la drogadicción y la embriaguez.

b) Pero no corresponde acotar la discusión relativa a la imputabilidad a la constatación de si el sujeto era o no un enfermo mental desde el punto de vista médico, pues a los fines de la consideración jurídica del caso corresponde incluir toda perturbación o enajenación que produzca idénticas consecuencias sobre la capacidad de motivación.

Era por lo mismo equivocado el tradicional criterio que prevalecía en relación a las *psicopatías*, pues como carecen de comprobación convincente por la inexistencia de base patológica corporal, se afirmaba siempre que eran insuficientes para determinar la incapacidad de culpabilidad. Como según la opinión hoy dominante, un psicópata padece una perturbación que le produce una reacción que puede ser causa de incapacidad, la inimputabilidad de las personalidades psicopáticas depende así de que el sujeto no haya podido comprender la antijuridicidad del acto o dirigir sus acciones, es decir cuando sus efectos son asimilables a los de un psicótico.³⁰⁴

³⁰³ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 449.

³⁰⁴ Conf. BACIGALUPO: *Lineamientos de la teoría del delito*, 2ª ed., cit., p. 79; *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 450; MAURACH-ZIFF: *Derecho penal. Parte General*, 1-617; ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 666 y ss.; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 236; SPOLANSKY: "Imputabilidad y comprensión de la criminalidad", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 1, Buenos Aires, enero-marzo 1968, pp. 83 y ss.; TOZZINI: "El problema de la responsabilidad penal de las personalidades psicopáticas", *Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1973, pp. 178 y ss.; "Imputabilidad", en BAIGÚN-ZAFFARONI: *Código Penal*, Buenos Aires, 1997, 1-498; DONNA: *Teoría del delito y de la pena*, cit., 2-236 y ss.

27.5. Estados de inconsciencia

La situación de inimputabilidad presupone que hubo acción, lo que requiere que la inconsciencia no haya sido absoluta, con lo que la incapacidad de culpabilidad se presenta cuando existe consciencia, pero profundamente perturbada.

Consiguientemente, la opinión dominante asocia los estados de inconsciencia a situaciones que no necesariamente reconocen origen patológico, como los estados crepusculares, el sueño, la fiebre, los desmayos o la sugestión hipnótica, pero partiendo del supuesto de que no ha mediado una total falta de consciencia, porque esa hipótesis debe resolverse como un caso de falta de acción por inexistencia de voluntad.³⁰⁵

27.6. *Actio liberae in causa*

a) En materia de capacidad de culpabilidad lo decisivo es establecer si *en el momento del hecho* (art. 34, inc. 1º, C.P.), el sujeto podía comprender la ilicitud de su comportamiento y dirigir sus acciones, por lo que ese principio rector determina que para el derecho penal resulte irrelevante determinar si el autor ha sido incapaz antes o después del momento en que obró.

Pero algunos casos en que el sujeto es inimputable cuando realiza el resultado típico, suscitaron la cuestión de determinar si el acto era merecedor de pena, cuando en un momento anterior en que todavía era imputable, el autor estableció dolosa o imprudentemente una causa del resultado, siendo los ejemplos más frecuentes los relacionados con hechos cometidos en estado de inimputabilidad, debida al consumo de alcohol³⁰⁶ o de drogas.

Si bien nos hemos referido a estos casos como excepciones a ese principio rector,³⁰⁷ es preferible para las denominadas acciones libres en su causa [*actio liberae in causa*], adoptar lo que se conoce como *solución del tipo*,³⁰⁸ que si bien no

³⁰⁵ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 453; ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 669; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 236.

³⁰⁶ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 850 y ss.

³⁰⁷ Así, en RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 237.

³⁰⁸ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 850.

difiere en sus soluciones, ofrece una fundamentación que no es vulnerable desde el punto de vista del respeto al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Adoptando los ejemplos que se presentan cuando los hechos son cometidos en estado de inimputabilidad debido al consumo de alcohol, es factible distinguir los casos:

- 1°. En los que la ebriedad fue *involuntaria*, que refieren a los supuestos en que el autor llegó a ese estado sin intervención de su voluntad, respecto de los cuales se niega responsabilidad penal por inexistencia de fundamento alguno de reproche, como por ejemplo sucede cuando el agente ingirió alguna sustancia desconociendo que sus propiedades químicas producirían ese efecto en su organismo.
- 2°. En los que la ebriedad fue *voluntaria*, pudiendo considerarse en primer término los casos en que el agente se colocó voluntariamente en ese estado sin otra finalidad, con lo que la voluntad del sujeto estuvo sólo dirigida a embriagarse, pues no lo hizo para cometer un acto ulterior. La posterior realización de un hecho típico, sólo justifica imponer pena al autor en la medida en que esté previsto un tipo culposo en el que pueda subsumirse su obrar imprudente, no pudiendo jamás imputarse delito doloso.
- 3°. Finalmente, los que realmente ofrecen dificultades, que son los de ebriedad voluntaria *preordenada*, es decir cuando el autor se embriagó para colocarse en estado de inconsciencia con la finalidad de cometer un hecho típico, en los que la aplicación de los principios relativos a la *actio liberae in causa*, conducen a imputar al autor la comisión dolosa del hecho.³⁰⁹

b) Las objeciones que se han formulado a la teoría de la *actio liberae in causa*, refieren: 1°) a la imposibilidad para fundar el dolo, por lo que concretaría una formulación violatoria de los principios de tipicidad y culpabilidad; 2°) a que carece de utilidad para fundar la tipicidad por imprudencia, porque la misma solución surge de la aplicación de los principios genera-

³⁰⁹ Así, las soluciones no difieren de las que ofrecimos en RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 237.

les que rigen la imputación culposa; 3º) a que tampoco sería útil en el ámbito de la tipicidad omisiva, porque incapacitarse para actuar ya es un acto de tentativa, y 4º) como corresponde imputar tentativa, en los muy excepcionales casos de tipicidad dolosa comisiva en que el agente tiene el dominio del hecho desde el momento en que provoca su incapacidad, la teoría resultaría igualmente innecesaria.³¹⁰

c) Debe entenderse que la teoría de la *actio liberae in causa* no constituye una excepción a los principios generales, porque es posible extender la imputación por los hechos cometidos por un sujeto que con dolo o culpa creó su propia incapacidad, adoptando lo que se conoce como *solución del tipo*.³¹¹

Consiguientemente, debemos hacernos cargo de los reparos vinculados al respeto al principio de tipicidad, pues cabe admitir que la interposición de una causa del resultado no es aun una acción típica en el sentido que exige la ley.³¹² Así, el acto de embriagarse con la finalidad de realizar un abuso sexual (art. 119, C.P.) no constituye sin embargo a su vez un abuso sexual, lo que obliga a considerar la opinión de quienes predicen que no se le podría imponer la pena en función de ese tipo.³¹³

Sin embargo, lo que la norma exige es que el sujeto sea imputable en el momento del hecho (art. 34, inc. 1º, C.P.), pero no que lo sea durante toda la ejecución del hecho, por lo que si después de haber comenzado la ejecución el autor cae en estado de inimputabilidad, corresponde imputar consumación en tanto no se haya producido una desviación esencial de la causalidad.

Consecuentemente para la teoría de la *actio liberae in causa*, el umbral mínimo de pena sólo requiere que el autor comience la ejecución siendo capaz, pues ello supone ya una tentativa punible,³¹⁴ pudiendo imputarse la ulterior consumación

³¹⁰ Conf. ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 674.

³¹¹ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 457.

³¹² Así, ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 672, donde dice que la teoría de la *actio liberae in causa* no sólo extiende la culpabilidad a una anterior conducta típica, sino que extiende la tipicidad misma a la conducta de procurarse la inculpabilidad.

³¹³ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 852, quien de todos modos pondría reparos al ejemplo porque niega la autoría mediata en los delitos de propia mano, op. cit., p. 853.

³¹⁴ *Ibidem*.

si se produce un resultado que es concreción del peligro que el propio autor ha generado.

Lo único imprescindible es que el autor haya sido imputable al comienzo de la tentativa, pues el hecho de colocarse a sí mismo en estado de inimputabilidad, con el dolo de posteriormente cometer un homicidio (art. 79, C.P.), opera igual que en todos los casos de autoría mediata. Como en esos casos hay tentativa punible desde que el sujeto se desprende del acontecer ulterior, dicha exigencia está satisfecha desde que provocó su inimputabilidad, pues en ese momento se desprendió del hecho al convertirse en su propio instrumento.³¹⁵

d) Se objeta sin embargo, que lo expresado equivale a afirmar que el acto de incapacitarse es siempre típico, agregando: i) que no es razonable imputar tentativa de homicidio a quien bebe porque quiere embriagarse para matar a su enemigo; ii) ya que hace lo mismo que su compañero de barra que se embriaga porque le place;³¹⁶ iii) lo que a su vez tendría relación con la idea de que aplicar la *teoría de la actio liberae in causa* hace imposible el desistimiento del inimputable.

Como una vez embriagado el sujeto puede abrazar a su enemigo en lugar de matarlo, lo que se censura es que adherir a esta teoría obliga a aceptar ampliamente un desistimiento que nunca puede ser voluntario, o a sostener que la tentativa comienza con el último trago que provoca la embriaguez completa, con lo que sólo se podría desistir si el incapaz conserva las motivaciones que tenía antes de ese estado, lo que obligaría a analizar las motivaciones de un inimputable.³¹⁷

e) Pero si se admite que hay una tentativa acabada cuando el autor apreció al menos con dolo eventual, que la consumación podría producirse colocándose a sí mismo en estado de inimputabilidad, sin ninguna necesidad de actuación ulterior,³¹⁸ corresponde excluir el desistimiento porque se trata de un autor que ya no puede evitar la consumación con seguridad, sino en todo caso con mayor o menor probabilidad.³¹⁹ Consiguiente-

³¹⁵ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 853.

³¹⁶ Así, ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 672.

³¹⁷ Ídem, p. 673.

³¹⁸ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 909.

³¹⁹ Ídem, p. 910.

mente, lo adecuado es aplicar al caso el principio general según el cual la impunidad de una tentativa acabada, requiere que el autor evite la consumación mediante una actividad propia.³²⁰

Es decir: *i)* de igual modo que en la autoría mediata, la tentativa comienza con la actuación sobre el *instrumento* y concluye con la salida de éste del propio ámbito de dominio;³²¹ *ii)* en la *actio liberae in causa*, la tentativa comienza con la colocación de la propia persona en estado de inimputabilidad, o sea que el sujeto se convierte en su propio instrumento irresponsable, y *iii)* a partir de la producción de la inimputabilidad, no tiene ya en sus manos lo que ulteriormente suceda.³²²

De lo expresado se deduce: *i)* que no es necesario analizar las motivaciones de un inimputable; *ii)* que si el sujeto una vez embriagado en vez de matar a su enemigo lo abraza, decae toda imputación porque no se realizó el peligro creado mediante la tentativa; *iii)* que las exigencias para que sea eficaz el desistimiento, no difieren de los principios generales aplicables a los casos en que la tentativa está acabada,³²³ y *iv)* que no puede ser decisivo el poder de convicción del argumento vinculado a las posibilidades del desistimiento, si se recuerda que se trata de una exclusión de responsabilidad de motivación político-criminal.³²⁴

³²⁰ Ídem, p. 911, donde agrega que puede el autor servirse de auxilio ajeno, pero ha de ser él quien inicie la evitación, para que ella puede serle atribuida.

³²¹ Ídem, p. 611, aludiendo al propio autor que se convierte a sí mismo como autor mediato, en instrumento, colocándose en una situación que excluya la imputabilidad, y en la que cometerá un hecho previamente conocido o cognoscible como antijurídico.

³²² Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 853.

³²³ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 911.

³²⁴ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 854.

VI. CONOCIMIENTO VIRTUAL DE LA ANTIJURIDICIDAD

28. Posibilidad de conocer la desaprobación social del acto

Para que el autor tenga la posibilidad de "comprender la criminalidad del acto" (art. 34, inc. 1º, párr. 1º, *in fine*, C.P.) no sólo es necesario que no padezca una perturbación psíquica [primer supuesto], sino también que obre en función de una correcta información sobre la forma como el orden jurídico regula su comportamiento [segundo supuesto]. Consiguientemente, una vez establecida la *imputabilidad*, es decir la capacidad de culpabilidad, es necesario además examinar si en el momento del hecho el autor tuvo la posibilidad de saber que lo que hacía era contrario a derecho.

En función de este segundo supuesto, lo que se requiere para poder formular reproche es un conocimiento *potencial* de la ilicitud del comportamiento, por lo que éste no decae aunque en el momento del hecho, el autor no haya sabido fehacientemente que su comportamiento era antijurídico.

La culpabilidad no requiere un conocimiento *actual*, ya que según el punto de vista hoy dominante es suficiente un conocimiento potencial [*virtual*]. Así, no siendo necesaria una comprensión efectiva, lo que condiciona la punibilidad es la posibilidad de saber, con lo que no sólo es culpable quien en el momento del hecho sabía que actuaba antijurídicamente, sino también quien *podía saberlo*.³²⁵

³²⁵ Conf. WELZEL: *El nuevo sistema del derecho penal*, cit., pp. 103 y ss.; *Derecho penal alemán*, cit., pp. 186 y ss.; WESSELS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 119; JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., pp. 406 y ss.; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 177;

Como la posibilidad de *comprensión* equivale a poder conocer e internalizar las pautas valorativas que llevaron a la sociedad a prohibir una conducta, el grado de esfuerzo que el sujeto debió realizar para comprender la criminalidad de su comportamiento es inversamente proporcional a la magnitud del reproche penal que se le formula. Por consiguiente, la pauta para la individualización judicial de la pena surge de la siguiente relación: a mayor esfuerzo menor culpabilidad, siendo, a la inversa, más severo el reproche si era mínimo el esfuerzo que se requería.

29. Evolución histórica de la regulación del error

29.1. Distinción entre error de hecho y de derecho

Como el Código Penal alemán (*StGB*) de 1871 sólo tenía previsto el error de tipo en su § 59, la jurisprudencia alemana de la época se orientó por la tradicional distinción proveniente del derecho romano, entre: i) *error de hecho*,³²⁶ referido a todo error que recae sobre aquellas circunstancias del hecho contenidas en el tipo penal, incluyendo las circunstancias de carácter justificante de naturaleza *fáctica*, y ii) *de derecho*, es decir cualquier error referido a preceptos jurídicos.³²⁷

Esta distinción determinó: i) que sólo al error de hecho se reconociera el efecto de excluir el dolo;³²⁸ ii) que se adoptara la

MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte general*, cit., 1-641 y ss.; ROXIN: *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 861 y ss.; JAKOBS: *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 656 y ss.; BACIGALUPO: *Lineamientos de la teoría del delito*, cit., p. 75; *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 425 y ss.; ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 692 y ss.; *Manual de derecho penal. Parte General*, cit., p. 525; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., pp. 237 y ss.

³²⁶ La falsa representación que afecta al autor que padece un error de hecho, no permite afirmar que es un sujeto que no sabe lo que hace, lo que impide asimilarlo al error de tipo. Así, en un caso de homicidio, el error de tipo determina que el autor *ignore que está matando*, pero quien mata a otro creyendo equivocadamente que repele una agresión, padece un error de hecho [cree ser agredido] que recae sobre la significación jurídica de su obrar, ya que cree que tiene derecho a privar de la vida a quien supone su agresor, *pero no ignora que está matando*. Sobre las dificultades de la distinción entre error de tipo y de prohibición, conf. WELZEL: *Derecho penal alemán*, cit., p. 197.

³²⁷ Conf. ESER-BURKHARDT: *Derecho penal*, cit., p. 287.

³²⁸ Según el punto de vista a que se refiere el texto, la exclusión del dolo debía ser consecuencia de la concurrencia de un error de hecho *esencial*, con lo que se aludía a los que cambian el sentido del suceso, como quien mata a

distinción entre errores de derecho *penal* y *extrapenal*;³²⁹ *iii*) que los primeros fueran considerados irrelevantes, por aplicación del principio *error iuris nocet*; *iv*) aplicándose a los segundos las reglas del error de hecho, por lo que fueron tratados como excluyentes del dolo.³³⁰

Ése fue el punto de vista que orientó hasta no hace mucho tiempo a la doctrina y jurisprudencia en nuestro medio, donde se ofreció como argumento adicional que el principio *error iuris nocet* habría sido adoptado por el derecho positivo, ya que *i*) ésa es la regla contenida en el art. 20, Cód. Civil, y *ii*) el texto del art. 34, inc. 1º, C.P. sólo alude al error de hecho.³³¹

Sin embargo, decae el poder de convicción de la argumentación basada en la regla del art. 20, Cód. Civil, cuando se advierte que: *i*) el Cód. Civil contiene normas que claramente no resultan de aplicación en todo el orden jurídico,³³² y *ii*) la expresión *hecho* contenida en el art. 34, inc. 1º, C.P., no debe ser referida al aspecto meramente fáctico del delito, sino a todos los elementos que caracterizan un hecho punible, incluidos los presupuestos normativos.

Son además numerosas las reglas del Código Penal argentino, donde se utiliza la expresión *hecho*, como sinónimo de

un hombre creyendo que estaba disparando contra un animal. Se negaba en cambio el efecto de excluir el dolo a los errores de hecho *accidentales*, pues se consideraba que no alteraban el sentido del suceso, como por ejemplo en los casos de *aberratio ictus*. De todos modos, sabido es que para la doctrina hoy dominante, las desviaciones del nexo causal determinan la aplicación de las reglas del concurso ideal, como puede verse en RIGHI: *La imputación subjetiva*, cit., p. 56.

³²⁹ Así, se consideraba error de derecho extrapenal al que recaía sobre la *ajenidad* de la cosa, supuesto en el cual como recae sobre un elemento del tipo de hurto (art. 162, C.P.), es posible predicar que se trata de un sujeto que no sabe lo que hace [ignora que está cometiendo un hurto] lo que otorga sentido a la aplicación de las reglas del error de tipo. Como se explicó (véase nota 269), quien padece un error de derecho *sabe lo que hace*, pero *equivoca sobre la significación jurídica de su comportamiento*.

³³⁰ Conf. ROXIN: *Derecho penal, Parte General*, cit., p. 862.

³³¹ Así por ejemplo SOLER: *Derecho penal argentino*, cit., II-77; NÚÑEZ: *Manual de derecho penal, Parte General*, cit., p. 221; *Tratado de derecho penal*, cit., II-106 y ss.

³³² Conf. ya en JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de derecho penal. Parte General*, t. VI, Buenos Aires, 1965-70, donde explica que así como en el ámbito penal no puede resultar de aplicación la regla del art. 16, Cód. Civil que autoriza la analogía, tampoco el art. 20 que recoge el principio *error iuris nocet*, bajo la ficción de que la ley se presume conocida.

delito; palabra empleada en los arts. 62, incs. 1º y 2º, 64 y 67, C.P. que equivale a la expresión *hecho* a que aluden los arts. 55, 56 y 62, incs. 3º, 4º y 5º, C.P.³³³ Debe entonces deducirse, que la regla del art. 34, inc. 1º, C.P. refiere a una representación falsa de cualquier elemento constitutivo del delito, sea que pertenezca al tipo objetivo o a la antijuridicidad.³³⁴

29.2. Error de derecho penal y extrapenal

De acuerdo a esta distinción, un error de derecho: *i)* es un error de tipo [en su caso, un error de tipo al revés] cuando se refiere a reglas jurídicas que han sido establecidas fuera de la ley penal, y *ii)* es un error de subsunción [o inverso de subsunción] —irrelevantes ambos— cuando se refiere a reglas jurídicas contenidas en la misma ley penal.³³⁵

Cuando se adjudica relevancia a un error que recae sobre expresiones contenidas en un tipo penal que refieren a consecuencias jurídicas extrapenales, lo que se predica es que ese punto de vista encuentra fundamento en que esas expresiones pueden ser sustituidas por los presupuestos reales de esa consecuencia jurídica, sin que ello modifique el campo de aplicación del tipo. Así por ejemplo, se podría sustituir la expresión *ajena* en el tipo de hurto (art. 162, C.P.) por una enumeración de los presupuestos jurídico-reales que se entablen para la adquisición o pérdida de la propiedad, ya que el legislador se habría expresado en esa forma, sólo por razones de comodidad y simplicidad idiomática.³³⁶

Hay que tener en cuenta que cuando el legislador no enumeró los presupuestos que determinan la adquisición de la propiedad, optando por insertar la expresión cosa *ajena* en la des-

³³³ Conf. RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 183. Véase ZAFFARONI, en BAIGÚN-ZAFFARONI (dirs.): *Código Penal*, Buenos Aires, 1997, pp. 532 y 533.

³³⁴ Conf. RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 184. Véase BACIGALUPO: *Tipo y error*, 3ª ed. Buenos Aires, 2002, pp. 83 y ss., quien sin embargo fundamenta la admisibilidad del error de prohibición sobre la base de una interpretación teleológica de la regla del exceso (art. 35, C.P.).

³³⁵ Conf. PUPPE: "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", en FRISCH-PUPPE-KINDHÄUSER-GRÜNWARD-PAEFFGEN: *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 101.

³³⁶ Conf. críticamente, PUPPE: "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", cit., p. 102.

cripción del delito de hurto (art. 162, C.P.), no sólo adoptó una decisión en el ámbito del tipo objetivo, sino que además aseguró que el autor doloso debe tener una representación del derecho que conculca, de manera que el conocimiento necesario para el dolo cumpla realmente la función que se le atribuye. Por consiguiente, si el elemento del tipo penal hace referencia a derechos o relaciones jurídicas, para actuar dolosamente, el autor simplemente debe conocer esas relaciones.³³⁷

Así, la objeción principal no apunta tanto a la inutilidad de tales sustituciones, sino a su inadmisibilidad: aunque fuera posible una sustitución de los conceptos jurídicos extrapenales por conceptos descriptivos sin modificar el campo de aplicación del tipo objetivo, lo que se sostiene es que como esta sustitución cambia su sentido, ello necesariamente tiene incidencia en el contenido de la representación que fundamenta el dolo.³³⁸

Consiguientemente, el criterio que orienta este punto de vista es inaceptable: *i)* por la dificultad para delimitar entre errores de derecho penal y extrapenal; *ii)* por su incidencia en el ámbito de conocimiento exigible para el dolo, y *iii)* fundamentalmente, porque concreta un sistema de imputación basado en negar relevancia al error invencible de derecho penal, lo que resulta lesivo al principio de culpabilidad.³³⁹

29.3. Teoría del dolo

Entre las innovaciones al modelo de la teoría del delito que formularon los neokantianos, interesa recordar que tipo y antijuridicidad perdieron relativa autonomía por la conceptualización del *tipo de injusto como antijuridicidad tipificada*, en cuya virtud al tipo le fue adjudicada una significación *material*

³³⁷ Conf. PUPPE: "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", cit., p. 105, quien cree que ello ha sido oscurecido por la idea, que considera errónea, según la cual para comprender el significado de un elemento normativo del tipo se requiere realizar una valoración regida por un conocimiento paralelo en la esfera del profano, porque se da la impresión de que no se trata de conocimientos, sino de una suerte de acto de valoración del autor, similar al del legislador cuando sanciona normas extrapenales. Véase RIGHI: *La imputación subjetiva*, cit., p. 35.

³³⁸ Conf. PUPPE: "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", cit., p. 105.

³³⁹ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 862.

en la descripción del injusto, ya que fue concebido como su fundamento real [*ratio essendi*]³⁴⁰ con lo que trascendió la función de reconocimiento [*ratio cognoscendi*] que tenía en la anterior sistemática del positivismo legal.

De las numerosas razones que se han ofrecido para explicar el sentido de ese cambio, la que nos parece más consistente es la que la relaciona con la teoría del error, ya que: *i*) como en esa época el derecho positivo alemán sólo reconocía efectos exculpantes al error de tipo (§ 59, StGB de 1871); *ii*) la asimilación del tipo a la antijuridicidad no puede ser desvinculada del interés por establecer una analogía, que favoreciera la posibilidad de reconocer al error de prohibición efectos similares a los del error de tipo.

Fue ése el escenario en que recuperando la concepción de Binding, para quien la esencia del delito estaba dada por la rebelión consciente del sujeto contra la norma, se desarrolló la *teoría del dolo*, que en su versión *estricta* sostuvo: *i*) un obrar doloso requiere ser realizado con *conciencia de la antijuridicidad*; *ii*) para lo que amplió el concepto de dolo, pues fue comprensivo del conocimiento del tipo y de la antijuridicidad; *iii*) con la consecuencia de equiparar el error de prohibición al de tipo; *iv*) pues ambos excluyen siempre el dolo, subsistiendo la imputación culposa cuando son superables; *v*) así, el dolo quedó excluido si en el momento del hecho el autor obró desconociendo la prohibición; *vi*) generando impunidad aun en los casos de error de prohibición vencible, cuando no existe el correspondiente tipo culposos; *vii*) lo que obliga al tribunal a la difícil demostración de que el acusado no dice la verdad, cuando invoca un error de prohibición por absurdo que resulte.³⁴¹

Ello determinó la adopción de una *teoría limitada del dolo*, en cuya virtud: *i*) si bien falta de conciencia de la antijuridicidad excluye el dolo; *ii*) sólo al autor que observa una actitud jurídica, le será disculpable que desconozca los límites entre el derecho y lo injusto en el caso particular; *iii*) por lo que la inclusión de la conciencia de la antijuridicidad como elemento del dolo, tiene como contrapeso la exigencia de una orientación conforme a derecho en toda la conducta; *iv*) por lo que si bien la *hos-*

³⁴⁰ Conf. MEZGER: *Derecho penal. Libro de estudio. Parte General*, cit., p. 145.

³⁴¹ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 435.

tilidad al derecho no es conceptualmente asimilable al dolo, son equiparables sus consecuencias jurídicas; v) así, los casos descriptos como de *hostilidad al derecho*, fueron asimilados en sus efectos jurídicos a la acción dolosa, y sometidos a la misma pena.³⁴²

29.4. Teoría de los elementos negativos del tipo

Tampoco puede desvincularse de la teoría del error este punto de vista, en cuya virtud: *i)* debe partirse de la idea previa de que el tipo no sólo encierra la valoración abstracta de una acción que menoscaba bienes jurídicos como oposición a la norma; *ii)* sino que *ya* incluye el juicio de disvalor sobre el propio hecho. La teoría de los *elementos negativos del tipo* presupuso entonces que al establecer la orden normativa [el tipo], el legislador *ya* contempló también las excepciones, de modo que la prohibición está desde el primer momento limitada por las causas de exclusión del injusto.³⁴³

Así, la distinción entre elementos del tipo y causas de justificación no descansaría en una contradicción objetiva, ya que simplemente estaría condicionada por exigencias de estilo en la descripción, con lo que *i)* los elementos del tipo podrían ser tenidos en cualquier momento como causas de justificación; y *ii)* a la inversa, las causas de justificación como elementos del tipo.³⁴⁴

Aunque presentado desde la perspectiva de un modelo sistemático que procuró fundamentar la consideración conjunta de tipo y antijuridicidad en función de exhibir un modelo más coherente, lo cierto es que donde genera consecuencias prácticas la reunión de elementos del tipo y presupuestos de las causas de justificación en un tipo total, es en el ámbito de la teoría del error,³⁴⁵ pues al colocarse sistemáticamente en el mismo ni-

³⁴² Conf. MEZGER: *Derecho penal. Libro de estudio. Parte General*, cit., p. 251, lo que supone la adopción de una *culpabilidad por la conducta de vida* del autor.

³⁴³ Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 225.

³⁴⁴ Conf. por ejemplo SAUER: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 104, para quien "se debe caracterizar la *antijuridicidad formal* como ilegalidad, es decir como *realización del tipo a falta de causas de justificación*".

³⁴⁵ Debe recordarse que Goldschmidt criticó a Frank por no trasladar la teoría de los elementos negativos del tipo a sus consecuencias para la exculpación, señalando que "bajo este aspecto llama la atención que Frank, que

vel del tipo como elementos negativos, corresponde tratar el error sobre los presupuestos de la justificación como errores de tipo.

Es por lo anterior que este modelo llega a resultados similares a la teoría del dolo, pues si bien: *i)* refiere el dolo al conocimiento del tipo; *ii)* como considera que la tipicidad no depende sólo de la adecuación del comportamiento al tipo [elemento positivo] sino también de la ausencia de justificación [elemento negativo]; *iii)* no sólo la descripción sino también la ausencia de justificación necesitan ser captadas por el dolo; *iv)* por lo que rigen las mismas reglas tanto al error sobre la concurrencia de un elemento positivo [la adecuación] como negativo [la ausencia de justificación], y *v)* con lo que aplica las reglas del error de tipo al que recae sobre los presupuestos de las causas de justificación.³⁴⁶

29.5. Teoría estricta de la culpabilidad

La teoría *estricta* de la culpabilidad prevaleció como concepción dominante al generalizarse el nuevo sistema que para la teoría del delito supuso la adopción del finalismo, en cuya virtud: *i)* se trasladó la imputación subjetiva al ámbito de la tipicidad; *ii)* quedó acotado el concepto de dolo al conocimiento del tipo objetivo, siendo considerado en el ámbito del tipo subjetivo; *iii)* se aceptó que el efecto de todo error de tipo es la exclusión del dolo, subsistiendo la imputación culposa en los casos de error evitable; *iv)* la culpabilidad quedó así depurada de toda connotación psicológica, con lo que no se reconoció al error de prohibición incidencia alguna en relación al dolo; *v)* concebida la conciencia de la antijuridicidad como presupuesto autónomo de la culpabilidad, quedó establecido que el juicio de reproche requiere un conocimiento virtual, mas no efectivo de la antijuridicidad; *vi)* consiguientemente, sólo se admitieron

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 'características negativas del tipo', parta en lo que se refiere a la reprochabilidad y a las causas de exculpación, de una concepción diametralmente opuesta", conf. *La concepción normativa de la culpabilidad*, cit., p. 26.

³⁴⁶ Críticamente conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 225.

efectos exculpantes el error de prohibición cuando es inevitable, y *vi*) subsiste así la culpabilidad ante un error de prohibición evitable, sin perjuicio de su incidencia para la individualización de la pena.³⁴⁷

30. Teoría estricta de la culpabilidad y regulación del error de prohibición

De acuerdo a la teoría estricta de la culpabilidad, concepción dominante en derecho argentino, la culpabilidad está condicionada a la *posibilidad* de comprensión de la antijuridicidad, por lo que se admite que ese presupuesto decae cuando concurre un *error de prohibición*, al que se define como el que recae sobre el conocimiento o la comprensión de la ilicitud,³⁴⁸ y para el que se reconocen las mismas reglas, sin establecer diferencias entre sus distintas modalidades.

30.1. Clases

a) Un error de prohibición es *directo* cuando recae sobre la existencia de una norma prohibitiva, caso en el cual lo que el autor desconoce es que el hecho está jurídicamente desaprobado por una norma que lo prohíbe. Así, por ejemplo, la mujer extranjera embarazada que cree erróneamente que al igual que en su país, bajo ciertas condiciones no es punible la interrupción voluntaria de su embarazo, padece un error de prohibi-

³⁴⁷ Conf. WELZEL: *Derecho penal alemán*, cit., pp. 186 y ss.; JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., pp. 406 y ss.; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 177; MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, cit., 1-641 y ss.; ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 861 y ss.; SCHÜNEMANN: "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", cit., pp. 54 y ss.; ESER-BURKHARDT: *Derecho penal*, cit., p. 285; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 435; ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 692 y ss.; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 237.

³⁴⁸ Conf. KAUFMANN: "El Código Penal argentino: art. 35, inc. 1º y el error de prohibición", *Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1973, pp. 206 y ss.; BACIGALUPO: *Lineamientos de la teoría del delito*, cit., p. 76; *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 435; ZAFFARONI: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., IV-183 y ss.; *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 692 y ss.; SANCINETTI: "Error, dolo y culpabilidad: ¿un problema de lege lata?", *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 10, n° 11, Buenos Aires, 1976, pp. 267 y ss.; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 237.

ción pues desconoce la existencia de la norma que incrimina a la mujer que causare su propio aborto o consintiere en que otro se lo causare (art. 88, C.P.).

b) Es en cambio *indirecto* cuando recae sobre la existencia de una causa de justificación, situación que se presenta cuando el autor cree equivocadamente que existe una norma que justifica su comportamiento típico. Así, por ejemplo, quien con la finalidad de cobrar un crédito realiza una retención indebida (art. 173, inc. 2º, C.P.), porque cree erróneamente que el Código Civil le otorga derecho de retención sobre el objeto que se negó a restituir a su deudor.

c) Es también error indirecto de prohibición la denominada *eximente putativa*, que recae sobre la concurrencia de un presupuesto objetivo que condiciona una causa de justificación. La diferencia con el anterior supuesto es que en éste la justificante existe en el orden jurídico, sólo que está condicionada al cumplimiento de un requisito en cuya concurrencia el autor creyó, pero que no se daba en la realidad. Es el caso de quien mata a otro (art. 79, C.P.) creyendo que está repeliendo una agresión, cuando en realidad se trataba de una broma, pues si bien la legítima defensa es una causa de justificación prevista en el orden jurídico (art. 34, inc. 6º, C.P.), no puede ser invocada por el autor del homicidio, porque el presupuesto objetivo que condiciona su ejercicio [la agresión] no estuvo cumplido en el caso.

En ninguna de estas modalidades concurren errores de tipo, pues en los tres casos el autor sabe lo que hace [interrumpe un embarazo, retiene la cosa, mata], por lo que se trata de errores de prohibición, es decir hipótesis en las que el autor se equivoca sobre la significación jurídica de su obrar, ya que ignora que realiza acciones desaprobadas por el orden jurídico.

30.2. Efectos

Al igual que los errores de tipo, también los de prohibición pueden ser invencibles [insuperables] o vencibles [superables], siendo diversas las consecuencias que en cada caso generan.

Es difícil establecer criterios que permitan determinar cuándo un error es insuperable y cuándo no, porque se trata de una cuestión de hecho, a veces compleja, que los jueces deben re-

solver en los casos concretos sometidos a su decisión, pero de todos modos, se utiliza como criterio de determinación de la evitabilidad, el baremo relativo al deber de examen por parte del autor propio del delito culposo.

Se pueden además indicar como pautas de orientación, que:

- i) pese a que la fuerza del estímulo que para la comprobación de la antijuridicidad deriva del dolo, varía según la clase de delito; ii) el conocimiento de las circunstancias de hecho que apuntan indiciariamente hacia el injusto, debería motivar al autor para examinar su significación jurídica; iii) si además de una infracción jurídica, el hecho constituye una vulneración insoportable del orden moral, el error de prohibición normalmente será vencible; iv) se admite que deriva del dolo un deber de información, cuando se trata de un supuesto fáctico para el que —según la experiencia— existen disposiciones penales; v) especialmente, cuando corresponde al ámbito profesional del autor; vi) si el autor duda sobre la vigencia de un precepto que le es conocido, debe recabar información jurídica de fuente solvente, no pudiendo seguir sin más la opción que le parece más favorable, y vii) rigen pautas menos flexibles en relación al error directo, por lo que respecto de una norma prohibitiva, la mera duda conlleva el reproche de culpabilidad.³⁴⁹

a) De acuerdo a la teoría estricta, cuando concurre cualquier error de prohibición *invencible* [insuperable], es decir en los casos en que aun actuando con la diligencia que era dable exigir el autor no hubiera podido advertir su error, la conclusión es que se trata de un sujeto que obró sin posibilidad de motivarse por cumplir la norma, por lo que el efecto del error es excluir la culpabilidad del autor (art. 34, inc. 1º, C.P.).

El derecho vigente (art. 34, inc. 1º, C.P.) condiciona la punibilidad a que el autor haya podido *comprender* la prohibición, lo que presupone pero no se agota en la posibilidad de conocimiento de la ilicitud.

Es obvio que cuando el sujeto no conoce, mal puede comprender, pero a la inversa, no todo el que puede conocer está en aptitud de comprender. Así, por ejemplo, el indígena que masca coca desde niño, puede tener posibilidad de conocer la

³⁴⁹ Conif. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., pp. 414 y ss.; MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, cit., 1-651 y ss.

antijuridicidad, pero es factible que no pueda internalizar la prohibición de una pauta de conducta que ha desarrollado en toda su vida. Consiguientemente, se admite su imposibilidad de comprensión bajo la forma de un error de prohibición insuperable, siendo su inculpabilidad consecuencia de un error de comprensión culturalmente condicionado.³⁵⁰

b) El error es *vencible* [superable] cuando el autor, empleando la debida diligencia que las circunstancias hacían razonable y exigible, hubiera podido advertir que estaba obrando bajo los efectos de un error, es decir comprender la criminalidad de su acto, y en consecuencia haberse motivado a obrar conforme a derecho.

Consiguientemente, ante un error superable no decae la culpabilidad, aunque debe admitirse su disminución en el ámbito de la individualización y medición de la pena (arts. 40 y 41, C.P.), debiendo el juez tener en cuenta que cuanto mayor sea el grado de esfuerzo que el autor debía realizar para comprender la antijuridicidad de su conducta, menor será el grado de su culpabilidad.

31. *Teoría limitada de la culpabilidad*

Bajo distintas formas y diversa fundamentación, la doctrina alemana dominante sostiene una teoría restringida de la culpabilidad, cuyos puntos de partida son coincidentes con los de la teoría estricta, especialmente en los criterios de distinción entre error de tipo y de prohibición, estableciendo para los segundos los criterios ya expuestos, con lo que: *i)* se admite que decae la culpabilidad ante un error de prohibición inevitable, y *ii)* subsiste una culpabilidad atenuada ante un error evitable.³⁵¹

Sin embargo, la diferencia con la teoría estricta gira en torno a las consecuencias jurídicas que se adjudican a la *eximente putativa*, pues aunque se considere que padece un error de prohibición el autor que yerra sobre la concurrencia de un presupuesto objetivo que condiciona una causa de justificación,

³⁵⁰ Conf. ZAFFARONI: *Manual de derecho penal, Parte General*, cit., p. 550.

³⁵¹ Conf. MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, cit., 1-651 y ss.

los partidarios de la teoría limitada aplican a ese caso las reglas del error de tipo, con lo que a diferencia de la teoría estricta hacen decaer el dolo de quien comete un homicidio, creyendo por error que estaba repeliendo una agresión de la víctima.³⁵²

La diferencia es decisiva ante la concurrencia de un error *superable*, pues: *i)* mientras los partidarios de la teoría estricta lo resuelven como un homicidio doloso (art. 79, C.P.), acotando la incidencia del error al ámbito de la individualización de la pena (arts. 40 y 41, C.P.) en el marco de una escala de privación de libertad de ocho a veinticinco años; *ii)* toda vez que aunque superable, como desde su perspectiva la concurrencia del error excluye el dolo (art. 79, C.P.), los partidarios de una teoría limitada de la culpabilidad resuelven el mismo caso como homicidio culposo (art. 84, C.P.).

Es decir que bajo la común denominación de *teoría limitada de la culpabilidad*, agrupamos las opiniones de quienes en relación a la valoración jurídica que debe adjudicarse a la suposición errónea de circunstancias justificantes, consideran que ese error elimina la punibilidad del delito doloso, punto de vista que reconoce como variantes: *i)* la tesis según la cual, pese a que el autor obró conociendo las circunstancias que realizan el tipo respectivo, debe excluirse el dolo si supuso la concurrencia de circunstancias justificantes,³⁵³ con evidentes puntos de contacto con la teoría de los elementos negativos del tipo, y *ii)* el punto de vista de quienes consideran que si bien dicho error deja subsistente el dolo, corresponde aplicar analógicamente las reglas del error de tipo por su semejanza estructural, lo que hace decaer la punibilidad por el delito doloso.³⁵⁴

³⁵² Así por ejemplo STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 181, donde explica que en los casos de error sobre la situación que, de existir, fundamentaría o excluiría la ilicitud típica, se aplica la regulación vigente prevista para el *error de tipo*: el autor no puede ser sancionado con la pena del delito doloso, sino que, en todo caso, será responsable por la realización culposa del supuesto de hecho típico.

³⁵³ Conf. PAEFFGEN: "Observaciones acerca del error de tipo permisivo", en *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 192, donde critica la fundamentación de este punto de vista, en cuya virtud el disvalor de acción sería neutralizado por el valor de acción (erróneamente) perseguido.

³⁵⁴ Conf. GRÜNWALD: "Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada", en FRISCH-PUPPE-GRÜNWALD-PAEFFGEN-KINDHÄUSER: *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, 1999, p. 168.

32. El error de prohibición en el derecho vigente

Superada la idea regida por el principio *error turis nocet*, la opinión dominante entre nosotros se orientó por la teoría estricta de la culpabilidad, prevaleciendo la idea de que como el derecho vigente refiere al error *no imputable*: *i)* decae la culpabilidad por la concurrencia de un error de prohibición inevitable, por aplicación de la regla del art. 34, inc. 1º, C.P.; *ii)* subsiste una culpabilidad atenuada cuando el error es evitable, cuya incidencia sólo debe ser considerada en el ámbito de la individualización de la pena (arts. 41 y 42, C.P.), y *iii)* dichas reglas resultan de aplicación para cualquier error de prohibición, sea directo, indirecto, o se trate de una eximente putativa.³⁵⁵

a) Según la teoría estricta de la culpabilidad: *i)* se aplican las reglas del error de prohibición a la eximente putativa, es decir a los casos en que recae sobre un presupuesto objetivo que condiciona la justificación; *ii)* la consecuencia es que la concurrencia de un error evitable, determina la aplicación de la escala de punibilidad del delito doloso, y *iii)* así, quien mate a quien creyó su agresor en virtud de un error evitable, será condenado a una pena que nunca podrá ser inferior a ocho años de privación de libertad (art. 79, C.P.), reacción que en ocasiones puede ser desproporcionada, especialmente si se plantean exigencias desmesuradas en relación al examen de evitabilidad de cada caso particular.³⁵⁶

b) Lo anterior otorga sentido a que sea hoy dominante en Alemania la teoría limitada de la culpabilidad,³⁵⁷ especialmente

³⁵⁵ Conf. BACIGALUPO: *Lineamientos de la teoría del delito*, cit., p. 140; *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 430 y ss.; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., pp. 237 y ss.; ZAFFARONI: *Manual de derecho penal. Parte General*, cit., pp. 694 y ss.; *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 694 y ss.

³⁵⁶ Conf. MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, cit., 1-684, donde critica los excesos en que incurre la jurisprudencia, recordando que "en el examen de evitabilidad, el verdadero punto neurálgico no reside tanto en los deberes de examen que deben observarse cuando el autor ha tenido motivos para dudar de la conformidad a derecho de su actuar, sino en la propia generación de dichas dudas". La misma observación hace entre nosotros SANCINETTI: *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, 1990, pp. 7 y 19 y ss., donde desarrolla los problemas que son consecuencia de la extrema imprecisión que existe para calificar de *evitable* o *inevitable* a un error, sea de tipo o de prohibición.

³⁵⁷ Conf. STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 160.

en la versión que aun dejando subsistente el dolo ante un error evitable sobre la concurrencia de un presupuesto fáctico justificante, considerando que es asimilable a un error de tipo por su semejanza estructural, resuelve el caso aplicando por analogía el marco de punibilidad del delito imprudente.³⁵⁸ Sin embargo, existen buenas razones para poner en tela de juicio este punto de vista, ya que: *i)* como el autor de un homicidio cometido con error de tipo, *no sabe que mata*; *ii)* no surge tan evidente la predicada semejanza, cuando se observa que el sujeto que priva de la vida a quien confundió con un agresor, aunque padece una equivocada percepción de la significación jurídica de su comportamiento, lo cierto es que *sabe que mata*.³⁵⁹

c) Es oportuno recordar que el finalismo rechazó la teoría de los elementos negativos del tipo, porque le atribuyó desconocer la significación autónoma de las normas permisivas, descalificándola por adjudicar a la legítima defensa la misma significación que a la ausencia de una característica del tipo, con lo que no habría diferencia entre matar a un hombre en legítima defensa y dar muerte a un mosquito.³⁶⁰

Desarrollando la teoría estricta de la culpabilidad, se explicó que dolo y conocimiento de lo injusto exigen psicológicamente dos clases diferentes de conciencia, pues mientras aquélla exige necesariamente la representación o percepción actual al tiempo del hecho, ésta se conforma con un *saber* inactual,³⁶¹ criticando a la teoría del dolo por no advertir la diferencia profunda, de principios, entre una acción dolosa cometida con error de prohibición y una perpetración culposa por efecto de un error de tipo.³⁶²

³⁵⁸ Conf. GRÜNWALD: "Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada", cit., p. 168.

³⁵⁹ Es tan evidente que la eximente putativa es un error de prohibición, por lo que no se asemeja a un error de tipo, que aun mediando un error inevitable el autor sabe lo que hace, pues lo que no conoce es la significación jurídica [contrariedad al derecho] de su conducta. Por lo mismo, carece de sentido negar el dolo, sea el error vencible o invencible.

³⁶⁰ Expresamente WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 98.

³⁶¹ Ídem, p. 190.

³⁶² Citando a Mayer, ejemplifica WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 193, que el médico que pone fin a un embarazo por imperiosas razones médicas, debe tener presente que mata al feto, el soldado debe saber que mata y ambos deben estar siempre conscientes de que se trata de procesos graves y dolorosos que requieren una justificación especial.

Así quedó establecida la distinción entre *i)* el *error de tipo*, como el que recae sobre una circunstancia objetiva del hecho del tipo legal, que excluye el dolo de la realización típica [dolo de tipo], pudiendo el autor ser castigado por hecho culposo, cuando está sancionado con pena, y *ii)* el *error de prohibición*, que recae sobre la antijuricidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo, es decir con pleno dolo de tipo.³⁶³ En este último, el *autor sabe lo que hace*, pero supone erróneamente que estaría permitido, porque no conoce la norma jurídica, no la conoce bien [la interpreta mal] o supone erróneamente que concurre una causa de justificación.³⁶⁴

d) Como llevamos dicho,³⁶⁵ en la medida en que Welzel edificó su sistema sobre la *naturaleza de las cosas*, no podía adjudicar consecuencias iguales a situaciones diversas, por lo que siendo evidente que un error de tipo es más intenso que un error de prohibición, necesariamente debía generar consecuencias distintas. Dado que la distinción es esencial no cabía identificar ambos supuestos, por lo mismo que matar a un hombre en legítima defensa no puede ser asimilado a dar muerte a un mosquito.³⁶⁶

Aún aceptando la crítica que se le formuló, en el sentido de que para el derecho penal no hay diferencia entre acciones jurídicamente irrelevantes [matar un mosquito] y acciones jurídicamente permitidas, ya que lo decisivo no es que ambos errores sean esencialmente diversos, sino buscar la mejor solución en función de consideraciones político criminales,³⁶⁷

³⁶³ No mantuvo sin embargo el finalismo hasta sus últimas consecuencias, un criterio estricto según el cual: *i)* es error de tipo todo el que recae sobre la tipicidad, y *ii)* es de prohibición, todo error que recae sobre la antijuricidad, ya que puede leerse en WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 198, que "el error sobre el concepto y extensión de la adecuación social es un error sobre la antijuricidad".

³⁶⁴ Conf. WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 196.

³⁶⁵ Así, en RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., p. 197.

³⁶⁶ Conf. WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 97, donde censura a la doctrina de las circunstancias negativas del hecho, por desconocer la significación autónoma de las normas permisivas (de las concesiones del derecho), agregando que "la existencia de legítima defensa tiene, según esa doctrina, la misma significación que la ausencia de una característica del tipo: no habría diferencia entre dar muerte a un hombre en legítima defensa y dar muerte a un mosquito".

³⁶⁷ Así SCHÜNEMANN: "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", cit., p. 61.

desde mi perspectiva, la sustitución de la teoría del dolo por el modelo de teoría del error propuesto por Welzel, tuvo la virtud de asociar la intensidad del error con la magnitud de la consecuencia.

En otras palabras, lo que hace plausible la decisión de adjudicar trato jurídico más favorable a quien padece un error de tipo, es que se equivoca *más* que quien sufre un error de prohibición, lo que otorga sentido a que en el primer caso se excluya el tipo subjetivo y en el segundo sólo la culpabilidad.

Sin embargo, la ordenación de los errores según la intensidad de la equivocación del autor, arrojaría como resultado: *i)* el error de tipo; *ii)* el error sobre la concurrencia de un presupuesto objetivo justificante, y *iii)* los otros errores de prohibición, por lo que se debería concluir que la eximente putativa carece de semejanza estructural con los otros, pues es *menos* intenso que el error de tipo, pero *más* que los errores de prohibición del tercer grupo.³⁶⁸

Pero como el derecho vigente carece de una regla específica relativa al error evitable sobre la concurrencia de un presupuesto objetivo justificante, la única posibilidad de apartarse de la teoría estricta de la culpabilidad, descartando por desproporcionada la escala del delito doloso, consiste en aplicar por analogía la regla del exceso (art. 35, C.P.) pues tiene prevista la escala de punibilidad del delito imprudente.³⁶⁹

³⁶⁸ Conf. SANCINETTI: *Sistema de la teoría del error...*, cit. p. 13, donde luego de admitir que la objeción de Welzel tiene realmente efecto, porque "ninguno de nosotros siente lo mismo ante la persona que mata a otro sin saberlo, que ante la que lo mata conscientemente, aunque haya sido porque pensó que el otro iba a agredirlo", sugiere: "Sin embargo, de esa intuición valorativa diferenciadora no tendría por qué derivarse necesariamente una calificación del error como 'de prohibición'; podría ser también que esta modalidad de errores 'de tipo' mereciera un tratamiento más riguroso sólo para el juicio de *evitabilidad*: el saber que se mata a otro sería un motivo suficiente para extremar recaudos que no habría por qué tomar si lo único que se sabe sobre el hecho es que se mata a una mosca". Parece claro que del mismo modo que es admisible un tratamiento más riguroso para una modalidad de error de tipo, pueden concebirse consecuencias menos rigurosas para una modalidad del error de prohibición.

³⁶⁹ Ídem, p. 14, donde plantea la discusión como una supuesta "tensión de analogías".

33. Error evitable sobre un presupuesto justificante

33.1. La regulación del exceso

La adopción por el derecho vigente de una escala penal reducida para el *exceso*, está concretada en una regulación que ha dado lugar a distintas interpretaciones,³⁷⁰ permitiendo que la regla sea explicada como un supuesto de error sobre la necesidad, para desarrollar así las reglas del error de prohibición con base en el derecho positivo.³⁷¹

En la medida en que las normas relativas al error de prohibición pueden deducirse de otras normas (art. 34, inc. 1º, C.P.), hemos preferido abordar la problemática del *exceso* con independencia de las reglas relativas al error,³⁷² es decir sin distinguir según el autor haya sido o no consciente de que su comportamiento traspasaba los límites de la necesidad,³⁷³ optando *i)* por reconocer relevancia al *exceso*, aunque el autor haya obrado con conciencia de él, y *ii)* por no aplicar las reglas del error de prohibición a quien se excedió creyendo equivocadamente que su acción era necesaria, pues siguiendo la teoría estricta descartamos que errores sobre la antijuridicidad tuvieran incidencia en relación al dolo.³⁷⁴

Al haber prescindido de la aplicación de las pautas del error de prohibición al *exceso*,³⁷⁵ concretamos el siguiente punto de vista:

- 1º. Considerando al *exceso* un problema relativo a la teoría de la culpabilidad, sugerimos de *lege ferenda* la adopción de una regla cuya consecuencia jurídica sea la impunidad, en vez de la aplicación de la pena prevista para el delito culposo como prevé el derecho vigente (art. 35, C.P.).³⁷⁶

³⁷⁰ Conf. RIGHI: *Antijuricidad y justificación*, Buenos Aires, 2002, p. 119, donde se alude a quienes explican la atenuante por: *i)* la concurrencia incompleta de una causal de exención; *ii)* el menor contenido de injusto y de culpabilidad por el hecho que pone de manifiesto el *exceso*; *iii)* su estructura asimilable a un delito de imprudencia, y *iv)* la incidencia de un error de prohibición.

³⁷¹ Así BACIGALUPO: *Tipo y error*, cit., pp. 83 y ss.

³⁷² Así, en RIGHI: *Antijuricidad y justificación*, cit., pp. 119 y ss.

³⁷³ Conf. MERKEL: *Derecho penal*, Madrid, I-235; MEZGER: *Tratado de derecho penal*, cit., I-460; WELZEL: *Derecho penal alemán*, cit., p. 106.

³⁷⁴ Así, en RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., pp. 239 y ss.

³⁷⁵ *Ibidem*.

³⁷⁶ La sugerencia del texto supone adoptar el sistema de regulación del *exceso* que es dominante en derecho comparado.

- 2º. Apreciando que debe decaer la culpabilidad como consecuencia de una fundamentación bidimensional, basada en: *i)* la posibilidad de remitir la situación a la víctima del exceso en razón de su previa agresión antijurídica,³⁷⁷ y *ii)* una perturbación que haya dificultado al autor motivarse por la obediencia a la norma,³⁷⁸ lo que no está así previsto en el derecho vigente (art. 35, C.P.).
- 3º. En la medida en que no consideramos al exceso un caso especial de error de prohibición, postulamos la impunidad aún para los casos de exceso consciente en la legítima defensa, regla que sugerimos adoptar tanto en los supuestos de exceso intensivo como extensivo,³⁷⁹ a condición de que concurra una conexión temporal inmediata con una agresión inminente o ya concluida.
- 4º. Finalmente, con fundamento en la ausencia de intervención previa de la víctima, criticamos se adjudique un trato unitario a los excesos en el estado de necesidad y en la legítima defensa,³⁸⁰ pues sólo existe analogía cuando la situación de necesidad es causada culpablemente por la propia víctima.³⁸¹

33.2. La regla del art. 35, C.P.

a) Lo cierto es que según el derecho vigente, corresponde castigar con la pena fijada para el delito imprudente, al que hubiere excedido los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la

³⁷⁷ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 705.

³⁷⁸ Conf. HASSEMER: *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 289; JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 445; MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, cit., 1-577 y ss.; ESER-BURKHARDT: *Derecho penal*, cit., p. 243; PERRON: "Justificación y exculpación en el derecho penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad", en *Justificación y exculpación en derecho penal*, Madrid, 1995, p. 82; GÜNTHER: "La clasificación de las causas de justificación en derecho penal", en *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, Pamplona, 1995, p. 64; HRUSCHKA: "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", en *Causas de justificación y de atipicidad*, cit., p. 180, nota 25; HIRSCH: "La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 2, n° 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 32.

³⁷⁹ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 935.

³⁸⁰ *Idem*, p. 929.

³⁸¹ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 707.

necesidad (art. 35, C.P.), atenuante que no encuentra fundamento en la naturaleza culposa del hecho, porque es claro que se trata de una regla que contempla un supuesto doloso.³⁸²

Mientras la doctrina argentina clásica se mantuvo aferrada a predicar la vigencia de la máxima *error iuris nocet*; explicó esa regla (art. 35, C.P.) como un supuesto de delito imprudente;³⁸³ punto de vista que predominó entre nosotros hasta la década de los años '70, en que una conocida investigación de Bacigalupo fundamentó la atenuante como un supuesto de aplicación del error de prohibición que encontraba base en el derecho positivo.³⁸⁴

b) Luego de demostrar que lo previsto en la norma no es un delito culposo, sostuvo Bacigalupo que la regla sólo está referida al error de prohibición, criterio que lo llevó a excluir todo exceso consciente en la justificación, partiendo de que cuando no hay error no hay atenuante [al menos, no la del art. 35, C.P.], ocupándose además de rebatir toda opinión divergente, como la de quienes fundamentan la regla en una turbación del ánimo, a los que censuró argumentando que la norma nada dice sobre estados emocionales del autor.³⁸⁵

Su argumento no es decisivo, ya que: *i)* tampoco el error aparece mencionado en la norma, sin que ello impida que opere como fundamento de la atenuante;³⁸⁶ *ii)* por lo que resulta adecuado aplicar la regla tanto al exceso consciente como inconsciente;³⁸⁷ *iii)* siempre que se configure alguna situación que otorgue sentido a la atenuante, sea un error de prohibición o una perturbación anímica, real o imaginada.³⁸⁸

³⁸² Conf. BACIGALUPO: *Tipo y error*, cit., pp. 83 y ss.; SANCINETTI: *Sistema de la teoría del error...*, cit., pp. 243 y ss.; DOMÍNGUEZ HENAIN, en BAIGÚN-ZAFFARONI: *Código Penal*, Buenos Aires, 2002, 2-9 y ss.

³⁸³ Así, SOLER: *Derecho penal argentino*, cit., I-389; NÚÑEZ: *Tratado de derecho penal*, cit., I-428; FONTÁN BALESTRA: *Tratado de derecho penal*, cit., II-197; y también CREUS: *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, 1988, p. 276.

³⁸⁴ Conf. BACIGALUPO: *Tipo y error*, cit. p. 84, cuya 1ª ed. se publicó en 1973.

³⁸⁵ Ídem, p. 86.

³⁸⁶ Expresamente SANCINETTI: *Sistema de la teoría del error...*, cit., p. 253.

³⁸⁷ Conf. RIGHI: *Antijuricidad y justificación*, cit., p. 133.

³⁸⁸ Conf. SANCINETTI: *Sistema de la teoría del error...*, cit., pp. 243 y ss.; DOMÍNGUEZ HENAIN, en BAIGÚN-ZAFFARONI: *Código Penal*, cit., p. 33.

Las conclusiones de Bacigalupo son: 1ª) que la norma debe ser aplicada exclusivamente ante la concurrencia de errores de prohibición; 2ª) que sólo se refiere a errores evitables sobre la antijuridicidad, porque los inevitables determinan impunidad por aplicación del principio de culpabilidad; 3ª) como la eximente putativa es un error sobre los límites de la necesidad, es inequívoco que está alcanzada por la norma (art. 35, C.P.), y 4ª) en derecho argentino, la regla del exceso no sería otra cosa que un error evitable sobre la antijuridicidad.³⁸⁹

Se puede cuestionar el punto de vista expresado en dos aspectos, ya que: *i)* no se debe condicionar la aplicación de la norma (art. 35, C.P.) a que exista un error del autor, pues ya se explicó que puede concurrir otra situación que otorgue sentido a la atenuante, como una perturbación anímica, real o imaginada,³⁹⁰ y *ii)* tampoco parece adecuado proyectar la regla a cualquier clase de error evitable sobre la antijuridicidad, ya que es preferible acotarla al que recae sobre un presupuesto objetivo justificante [eximente putativa evitable].³⁹¹

33.3. Teoría limitada de la culpabilidad y derecho vigente

Aunque no se comparta una fundamentación de la atenuante basada exclusivamente en la falta de conciencia sobre los límites de la necesidad, pues por lo expresado no todo exceso en la justificación debe basarse en un error,³⁹² debe admitirse que la regla (art. 35, C.P.) *también* contiene una norma relativa al error, lo que habilita la pregunta referida a la clase de error a que se refiere.

³⁸⁹ Conf. BACIGALUPO: *Tipo y error*, cit. p. 90, investigación que estuvo fundamentalmente destinada a justificar que el error de prohibición encuentra sustento en una norma de derecho positivo (art. 35, C.P.), por lo que no surge tan evidente es si Bacigalupo refiere la norma a todos los errores superables de prohibición o sólo a la eximente putativa evitable, pero lo cierto es que ha prevalecido aquella interpretación, es decir la de mayor amplitud. Véase, p. ej., DOMÍNGUEZ HENAIN, en BAIGÚN-ZAFFARONI: *Código Penal*, cit., p. 33, donde le adjudica ese punto de vista.

³⁹⁰ Conf. SANCINETTI: *Sistema de la teoría del error...*, cit., pp. 243 y ss.; DOMÍNGUEZ HENAIN, en BAIGÚN-ZAFFARONI: *Código Penal*, cit., p. 33.

³⁹¹ Es llamativo que Bacigalupo, partidario de la teoría estricta de la culpabilidad, haya sido quien vinculó al error de prohibición con la regla del art. 35, C.P. que remite a la escala del delito culposo, como también que ello no haya sido observado por sus críticos.

³⁹² Así, BACIGALUPO: *Tipo y error*, cit., p. 84.

Si esa pregunta es contestada en forma acotada, es decir sólo comprensiva de una eximente putativa evitable, resulta factible exhibir una norma (art. 35, C.P.) que permite afirmar que la teoría limitada de la culpabilidad tiene soporte en el derecho positivo argentino, con las siguientes consecuencias:

- 1ª. La concurrencia de cualquier error de prohibición hace decaer la culpabilidad por el hecho (art. 34, inc. 1º, C.P.).
- 2ª. Rige el principio general en cuya virtud subsiste una culpabilidad atenuada en todos los supuestos de error de prohibición evitable —sea directo o indirecto— debiendo apreciarse su incidencia para la individualización de la pena (arts. 41 y 42, C.P.), en los marcos que ofrece la escala del delito doloso.
- 3ª. Constituye una excepción la concurrencia de un error evitable sobre la concurrencia de un presupuesto fáctico justificante, pues aunque deja subsistente el dolo, como constituye un error sobre los límites de la necesidad, está alcanzado por la norma del exceso (art. 35, C.P.).

Así, por ejemplo, si el autor mató a quien creyó su agresor en virtud de un error evitable, debe ser condenado a una pena que deberá ser individualizada (arts. 40 y 41, C.P.) dentro del marco que ofrece la escala del homicidio culposo (art. 84, párr. 1º, C.P.), ya que aunque se trata de un hecho doloso, la concurrencia de ese error determina que deba ser castigado “con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia” (art. 35, C.P.).

VII. EXIGIBILIDAD

34. Causas de exclusión de la culpabilidad

Hay situaciones en las que decae la culpabilidad, pese a que el comportamiento antijurídico ha sido cometido por un autor imputable que tuvo conciencia virtual de la ilicitud, como sucede, por ejemplo, cuando el autor obró violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente (art. 34, inc. 2º, 2ª hipótesis, C.P.) o en virtud de obediencia debida (art. 34, inc. 5º, C.P.), supuestos en los cuales la acción no es punible según el derecho vigente.

La idea de que todos esos supuestos de inculpabilidad reconocen a la inexigibilidad como fundamento común, necesariamente conduce a admitir que si se presenta un supuesto de hecho análogo, también debe ser considerado como una hipótesis de ausencia de culpabilidad. Consiguientemente, la afirmación de que todas las causas de inculpabilidad previstas en la ley encuentran fundamento en la no exigibilidad de otra conducta, conduce a admitir causas supraleales de inculpabilidad.³⁹³

La exculpación no [siempre] proviene de cierta fenomenología psíquica del autor ni de la concurrencia de un error de prohibición invencible, sino de factores que incidieron en el momento del hecho sobre el autor, presentándole especiales dificultades para obrar de acuerdo a derecho, siendo las causas que entran en consideración: *i)* el estado de necesidad, cuando colisionan bienes de jerarquía similar; *ii)* la coacción, y *iii)* la obediencia debida.

³⁹³ Otra opinión, MAURACH: *Tratado de derecho penal*, cit., II-51; que se mantiene en MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, cit., 1-556.

En derecho argentino se suelen explicar estos casos, como supuestos en los que decae la culpabilidad porque no es posible formular reproche al autor, ya que no era exigible que obra en forma distinta,³⁹⁴ idea que equivale a asimilar la noción de culpabilidad a la inexigibilidad de otra conducta,³⁹⁵ pero existe una constelación de opiniones sobre el fundamento de estas eximentes.

- i) La inexigibilidad puede ser consecuencia de que el autor obró bajo los efectos de una fuerte presión psíquica, en la que no es posible esperar un comportamiento adecuado a derecho, supuesto que requiere evidencias tanto del poder coactivo del estímulo exterior, como de su relación con el grado de resistencia a él por el autor.³⁹⁶ Pero sería incorrecto asociar toda inculpabilidad a un punto de vista psicologizante vinculado a la presión psíquica generada por la situación, pues aunque el miedo como estado psíquico anómalo puede excluir la capacidad de observar la norma, no es la única hipótesis que entra en consideración.³⁹⁷
- ii) La doctrina dominante se orienta por sostener que la exculpación responde a una fundamentación bidimensional integrada por un injusto reducido y un conflicto anímico, es decir que además de una situación que se encuentra próxima a una causa de justificación, concurre una comprensible motivación del autor debido a la incidencia de circunstancias extraordinarias.³⁹⁸

³⁹⁴ Es el punto de vista que puede verse en WELZEL: *El nuevo sistema del derecho penal*, cit., p. 126; *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 248; MAURACH: *Tratado de derecho penal*, cit., II-45; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 188 y ss, e inclusive en MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, cit., 1-560, donde más allá de cuestiones sistemáticas, se explica que "el elemento de la inexigibilidad permite determinar unitariamente las diversas causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho".

³⁹⁵ Así, en RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., pp. 241 y ss.

³⁹⁶ Conf. WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 256; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 189.

³⁹⁷ Es una fundamentación incompleta, pues aunque relacionada con los efectos de una coacción, no agota los presupuestos que fundamentan la exculpación por estado de necesidad. Críticamente véase JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 688.

³⁹⁸ Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 431.

- iii) De acuerdo a otro criterio se trata de supuestos en los que la gravedad de la ilicitud no es suficiente para justificar la aplicación de una pena,³⁹⁹ idea que reconoce puntos de contacto con una fundamentación de la inculpabilidad asociada a la ausencia de razones preventivas que hacen innecesaria la sanción.⁴⁰⁰
- iv) La adopción de un concepto funcional de culpabilidad, conduce a sostener que el conflicto anímico y la disminución del injusto sólo permiten fundamentar la exculpación si el autor no es responsable de la situación, con lo que se alude a la posibilidad de solucionar el conflicto como fortuito o imputarlo a terceros.⁴⁰¹

35. Estado de necesidad disculpante

35.1. Colisión de intereses de similar jerarquía

No puede considerarse justificado el comportamiento de una persona que se encuentra en estado de necesidad, cuando para preservar un bien jurídico en peligro de ser destruido o disminuido, realizó un comportamiento típico que lesionó o afectó otro bien jurídico de jerarquía similar, porque con arreglo al derecho vigente, la exclusión de la antijuridicidad requiere que el autor causare un mal por evitar otro *mayor* inminente, a que ha sido extraño (art. 34, inc. 3º, C.P.).

Consiguientemente, no excluye la antijuridicidad el estado de necesidad por colisión de intereses de igual jerarquía, debiendo ser considerado como causa de inculpabilidad por aplicación de la regla que consagra la impunidad de quien obró violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente (art. 34, inc. 2º, C.P.).⁴⁰²

35.2. Estado de necesidad justificante y disculpante

35.2.1. EL ESTADO DE NECESIDAD COMO ALTERACIÓN DEL ESPÍRITU

La teoría del estado de necesidad reconoce como antecedente el pensamiento de Aristóteles, quien sostuvo que si bien

³⁹⁹ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 387.

⁴⁰⁰ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 896.

⁴⁰¹ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 690 y ss.

⁴⁰² Sobre esto y lo que sigue, conf. RIGHI: *Antijuricidad y justificación*, cit., pp. 105 y ss.

el acto del necesitado es voluntario, no lo es menos que se trata de una acción forzada, criterio que determinó que se negara la justificación en todos los casos, pues Feuerbach siguiendo a Kant⁴⁰³ explicó que en ningún caso la necesidad podía convertir en justo aquello que no lo era por su naturaleza.⁴⁰⁴

Como los modelos clásicos de teoría del delito distinguían entre presupuestos externos e internos de punibilidad, la eximente recibió ubicación sistemática en el segundo grupo, pues se consideró que el autor no debía ser punible, cuando en el momento de ejecución del hecho había sufrido una *alteración del espíritu*. En estas condiciones, como el efecto de impunidad era consecuencia del *ánimo* con que la persona había realizado el acto, es lógico que se predicara que el estado de necesidad no operaba como causa de justificación, sino de inculpabilidad.⁴⁰⁵

35.2.2. TEORÍA DE LA DIFERENCIACIÓN

Lo que otorga sentido a la eximente no es el estado de ánimo del autor que obra en estado de necesidad sino la existencia de un conflicto, que es lo que proporciona el fundamento para la exclusión de la antijuridicidad del comportamiento, siempre que el autor haya obrado preservando el *interés preponderante* para el orden jurídico.⁴⁰⁶

En este punto de vista se apoya la *teoría de la diferenciación*, en cuya virtud no toda situación de necesidad da lugar a una causa de justificación, pues en función de la jerarquía de los intereses en conflicto, distingue entre estado de necesidad 1) *justificante* (art. 34, inc. 3º, C.P.) que determina la exclusión de la antijuridicidad por el menor valor del bien sacrificado

⁴⁰³ Conf. KANT: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit., p. 69.

⁴⁰⁴ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 494, donde explica que desde Kant no dejó de intentarse el sustraerse a las consecuencias de decidirse por la justificación o la exculpación, aceptando un actuar simplemente no prohibido en tanto que actuar en un ámbito libre o exento de derecho.

⁴⁰⁵ Conf. en detalle, JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de derecho penal*, cit., IV-316 y ss.

⁴⁰⁶ Conf. ya en ROXIN: *Política criminal y sistema del derecho penal*, cit., p. 58; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 372; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 210.

respecto del salvado, y ii) *disculpante* (art. 34, inc. 2º, *in fine*, C.P.), causa de inculpabilidad que concurre cuando no es posible establecer diferencias significativas en el valor de los bienes jurídicos en conflicto.⁴⁰⁷

35.3. Fundamento de la inculpabilidad

Llevamos dicho que, según la opinión dominante en derecho argentino, la inculpabilidad encuentra fundamento en la concurrencia de un menoscabo anormal de la libre determinación de la voluntad del autor, originado en un contexto caracterizado por circunstancias especiales. Se verificaría en el estado de necesidad disculpante, la doble *disminución del injusto y de la culpabilidad por el hecho*, ya que i) la legitimidad del fin perseguido incide sobre el disvalor de *acción*, pues el autor ha obrado para conjurar un peligro; ii) desde que se verifica un bien salvado, ello influye sobre el disvalor del *resultado*; iii) el contenido de culpabilidad por el hecho es menor, pues aunque la situación extraordinaria no excluye la autodeterminación conforme a la norma, la dificulta esencialmente, y iv) tampoco la acción refleja una censurable actitud del autor ante el orden jurídico, pues no es asimilable a la concurrencia de circunstancias normales. Consecuentemente, pese a que el injusto y la culpabilidad no resultan excluidos sino disminuidos, debe renunciarse al reproche de culpabilidad.⁴⁰⁸

Se critica que la exculpación pueda encontrar fundamento en el injusto reducido y el conflicto anímico, pues desde la perspectiva de un concepto funcional, teniendo en cuenta el fin de la pena se sostiene que para definir la motivación del autor como

⁴⁰⁷ Conf. WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 132; MAURACH: *Tratado de derecho penal*, cit., I-393; WESSELS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 88; JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 316; STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 147; MAURACH-ZIPP: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-462 y ss.; ROXIN: *Derecho penal, Parte General*, cit., p. 668; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 372; ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 602; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 210; otra opinión: GIMBERNAT ORDEIG: *Estudios de derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 1981, p. 155.

⁴⁰⁸ La expresada en el texto coincide con un punto de vista también muy extendido en derecho alemán, como puede verse en JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 433.

reacción apropiada a la situación, el autor no debe ser responsable de ella, lo que requiere que sea posible solucionar el conflicto como fortuito o achacarlo a terceros. Ello explica la afirmación de la culpabilidad en los casos de ocasionamiento y en las relaciones jurídicas especiales, supuestos que no admiten el desplazamiento del conflicto ni su solución como fruto de la casualidad.⁴⁰⁹

35.4. Requisitos

35.4.1. SITUACIÓN DE PELIGRO

La amenaza de sufrir un mal grave e inminente (art. 34, inc. 2º, 2ª hipótesis, C.P.), supone una situación de peligro que al igual que en el estado de necesidad justificante, se determina objetivamente *ex ante*,⁴¹⁰ pudiendo ser de origen natural o controlable por una persona.

35.4.2. ACTUALIDAD

También la actualidad del peligro se rige por las mismas reglas del estado de necesidad justificante, por lo que la inculpabilidad alcanza a quien obró ante una amenaza *inminente* (art. 34, inc. 2º, 2ª hipótesis, C.P.) generada por un peligro *actual*, exigencia que alude a la ausencia de otras alternativas de evitación.

35.4.3. BIENES AMENAZADOS

La regla exige la concurrencia de *amenazas de sufrir un mal*, sea que se concrete una situación de peligro para un bien jurídico del autor o de un tercero, sin que tampoco aquí exista restricción en orden a los bienes jurídicos que se pueden preservar. Como se ha excluido la justificación por estado de necesidad de toda acción que importe la muerte de otro,⁴¹¹ como

⁴⁰⁹ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 690.

⁴¹⁰ Ídem, p. 691.

⁴¹¹ Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 686; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 379.

también la justificación en función del número de vidas humanas involucradas en el conflicto,⁴¹² esos casos deben resolverse por aplicación de las reglas del estado de necesidad disculpante (art. 34, inc. 2º, 2ª hipótesis, C.P.).

35.5. Supuestos que impiden la exculpación

35.5.1. PELIGRO CAUSADO POR EL PROPIO SUJETO

La causación del peligro determina responsabilidad por el comportamiento precedente,⁴¹³ porque al igual que en el estado de necesidad justificante, se requiere que el autor haya sido *extraño* a la creación de la situación de peligro, lo que no puede ser apreciado en términos de estricta causalidad material o física, pues la mera relación del autor con la creación de la situación de peligro, no veda la posibilidad de invocar la necesidad.

En consecuencia: *i*) no puede ampararse en la situación de necesidad, quien intencionalmente causó la situación de peligro, sea que haya obrado con dolo directo o eventual; *ii*) tampoco puede invocarla, quien es autor de una causación imprudente de la situación de peligro, y *iii*) sin embargo, cuando se trata de auxilio a terceros, la inculpabilidad no encuentra impedimento en el hecho de que el beneficiario haya creado culposamente la situación de peligro.

35.5.2. ESPECIALES DEBERES DE SOPORTAR EL RIESGO

El ejercicio de derechos especiales convierte al sujeto en obligado a soportar el riesgo, por lo que: *i*) no puede invocar estado de necesidad quien por su especial situación jurídica, tiene el deber de soportar el riesgo; *ii*) la exigencia surge de aplicar por analogía la regla que excluye el estado de necesidad justificante, cuando la situación de peligro no es *extraña* al autor (art. 34, inc. 3º, *in fine*, C.P.); *iii*) la obligación de soportar el riesgo puede derivar de un deber institucional [ej.: fuerzas armadas, de seguridad, bomberos] o de responsabilidad por la organización [ej.: guías de montaña, médicos, bañeros

⁴¹² Conf. ROXIN: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 687.

⁴¹³ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 695.

o tripulantes de buques]; *iv*) sólo es exigible ese deber, en el marco de lo que se puede llevar a cabo sin sacrificar bienes existenciales.⁴¹⁴

35.6. Error sobre la concurrencia de un estado de necesidad disculpante

Las reglas relativas al error de prohibición, es decir las que derivan de equivocaciones sobre la concurrencia de situaciones o normas justificantes, resultan de aplicación a los supuestos en que el autor padece un error sobre la concurrencia de un estado de necesidad disculpante. La opinión dominante admite entonces un estado de necesidad putativo referido a circunstancias que exculparían el hecho,⁴¹⁵ al que algunos definen como la suposición equivocada de la inexigibilidad del comportamiento conforme a derecho,⁴¹⁶ otros lo presentan como un error que recae sobre los presupuestos objetivos de una causa de exculpación,⁴¹⁷ o lo fundamentan en la concurrencia de especiales errores exculpantes.⁴¹⁸

36. Coacción

Llevamos dicho que la especificidad de esta eximente y su relación con el estado de necesidad, depende de la forma como se interprete la expresión *amenazas* a que alude el derecho vigente (art. 34, inc. 2º, C.P.), pues: *i*) puede entenderse que para la aplicación de la regla, es suficiente el miedo que incide en la representación subjetiva del autor, o *ii*) por el contrario, que la norma supone la concurrencia de la efectiva existencia de una amenaza, solución que se concreta en la exigencia de que la causa del miedo sea *real*, criterio que debe considerarse preferible⁴¹⁹ y que conduce a asimilar la coacción con el estado de necesidad.

⁴¹⁴ *Ibidem*.

⁴¹⁵ Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., p. 442.

⁴¹⁶ Conf. MAURACH-ZIPP: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-680 y ss.

⁴¹⁷ Así, ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 707.

⁴¹⁸ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 356 y ss.

⁴¹⁹ Así, RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho Penal*, cit., p. 211.

36.1. Su consideración como causa de exculpación

La regla del derecho vigente que hace decaer la punibilidad, cuando el autor obrare violentado por *amenazas de sufrir un mal grave e inminente* (art. 34, inc. 2º, *in fine*, C.P.), fue entendida en derecho argentino clásico como una específica causa de inculpabilidad vinculada al miedo que la amenaza causó al autor del hecho punible,⁴²⁰ dando así preponderancia al aspecto subjetivo.⁴²¹

Esa interpretación acotó la norma a los supuestos de autores que habían obrado compelidos por la amenaza de otra persona, en función de distinguir entre *i)* amenazas de origen humano, para las que se consideraba aplicable la eximente de *coacción* (art. 34, inc. 2º, 2ª hipótesis, C.P.), y *ii)* situaciones de peligro de origen natural, para las que se utilizaba la regla referida al estado de necesidad (art. 34, inc. 3º, C.P.).⁴²²

Pero además, en la medida en que ese punto de vista acentuaba el aspecto subjetivo, dejando sin consideración tanto la existencia real del bien amenazado como su relación con el interés preservado, todo supuesto de *coacción* era considerado una causa de exculpación. Así establecida la antijuridicidad del comportamiento de la víctima de una coacción humana, con independencia de la entidad de los bienes jurídicos en conflicto, se generaban consecuencias inadmisibles en relación al deber de tolerancia y la extensión a los partícipes.⁴²³

⁴²⁰ Ídem, p. 403, donde alude a la regla relativa al miedo insuperable prevista en el art. 20.6º del C.P. español.

⁴²¹ Es tradicional distinguir entre *vis absoluta* a la que se lo califica como un supuesto de falta de acción porque determina la ausencia de voluntad del sujeto, y *vis compulsiva* a la que se define como un supuesto en que el sujeto actúa pero con la voluntad viciada, por lo cual su incidencia debía ser pospuesta hasta el momento de la culpabilidad. Ésa era la sistemática del modelo de teoría del delito del positivismo legal, en el que los presupuestos objetivos [externos] de punibilidad eran materia del injusto, y los subjetivos [internos] de la teoría de la culpabilidad, como puede verse en RIGHI: *Teoría de la pena*, cit., p. 80. La lógica de ese modelo suponía considerar que el miedo originado por una coacción, generaba una distorsión en la mente del autor, problema interno y consiguientemente propio de la teoría de la culpabilidad.

⁴²² Conf. SOLER: *Derecho penal argentino*, cit., I-367; FONTÁN BALESTRA: *Tratado de derecho penal. Parte General*, cit., II-166.

⁴²³ Conf. BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 402 y ss.; RIGHI: *Antijuricidad y justificación*, cit., p. 108.

36.2. Asimilación al estado de necesidad

Según la opinión hoy dominante, si bien la situación coactiva generada por una amenaza es una consecuencia subjetiva, ella proviene de un estado de necesidad para cuya evaluación es decisivo el aspecto objetivo que deriva de la relación entre el mal causado y el evitado,⁴²⁴ por lo que la exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad depende de la jerarquía de los bienes en colisión.

Así, la distinción no depende de la naturaleza [humana o natural] de la fuente creadora de la situación de necesidad, sino del valor de los bienes jurídicos involucrados, por lo que *i)* se aprecia la regla del art. 34, inc. 3º, C.P. como una causa de justificación, aplicable a los casos en los que el bien que se preserva es de mayor valor que el sacrificado; *ii)* se considera en cambio, que la regla del art. 34, inc. 2º, *in fine*, C.P. prevé una causa de inculpabilidad, en la que encuentran solución los casos en los que los bienes jurídicos en conflicto son de similar importancia, y *iii)* tanto en una como en otra norma, la situación de necesidad puede reconocer origen humano o natural.⁴²⁵

36.3. Consecuencias

El derecho vigente (art. 34, inc. 3º, C.P.) justifica la conducta de quien ha destruido o disminuido un bien jurídico de menor jerarquía al que se encontraba amenazado por una situación de necesidad, humana o naturalmente provocada, y así *i)* obra justificadamente quien en ocasión de un incendio [*causa natural*] rompe una puerta para salvarse, porque preservó su vida que es un bien jurídico superior al daño patrimonial que causó; *ii)* decae también la antijuridicidad cuando el autor causó un daño en propiedad ajena para conjurar una amenaza de muerte de un tercero [*causa humana*], porque la vida preservada es un bien jurídico más importante que la propiedad sacrificada; *iii)* en ambos casos, la contrapartida del derecho

⁴²⁴ Conf. ya en WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, cit., p. 252; WESSELS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 122; BACIGALUPO: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 402; ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 713; RIGHI: *Antijuridicidad y justificación*, cit., p. 108.

otorgado al autor, es el deber de tolerancia impuesto a los titulares de los bienes sacrificados.

Debe considerarse en cambio que lo que decae es la culpabilidad, cuando se aplica la norma (art. 34, inc. 2º, *in fine*, C.P.), que elimina la punibilidad de acciones realizadas en un contexto de necesidad de origen humano o natural, por las que se lesionó o menoscabó un bien jurídico de similar importancia al amenazado, como sucede: *i)* en el recurrente ejemplo de quien se encontraba aferrado a un madero que sólo soporta el peso de una persona luego de un naufragio [*causa natural*], y ahogó a su compañero para salvar su vida; *ii)* cuando alguien mata a otro para salvar su vida de la amenaza de muerte de un tercero [*causa humana*]; *iii)* como estos casos, que corresponden a supuestos de *estado de necesidad* y *coacción* respectivamente, constituyen causas de inculpabilidad y no de justificación, no existe deber de tolerancia.⁴²⁶

37. Obediencia debida

37.1. Cumplimiento de un deber y obediencia debida

Como es evidente que el cumplimiento de una orden emanada de un superior dictada conforme a derecho, origina a favor del subordinado una causa de justificación, por aplicación de la regla que excluye la antijuridicidad del comportamiento de quien obra en cumplimiento de un deber (art. 34, inc. 4º, C.P.), debe concluirse que no es ése el supuesto a que se refiere el derecho vigente, cuando hace decaer la punibilidad del que *obrar en virtud de obediencia debida* (art. 34, inc. 5º, C.P.).

Consiguientemente, siendo presupuesto de la justificación por cumplimiento de un deber (art. 34, inc. 4º, C.P.), la existencia de una orden superior dictada de conformidad con el orden jurídico, lo que otorga sentido a la impunidad del inferior que obró en obediencia debida es haber recibido una orden contraria a derecho, que sin embargo cumplió por su especial ubicación en una estructura jerárquica burocrática.

⁴²⁵ Conf. ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, cit., pp. 602 y ss.; RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., pp. 211 y ss.

⁴²⁶ Conf. RIGHI: *Antijuricidad y justificación*, cit., p. 108.

Un superior jerárquico no puede realizar de modo admisible algo que él mismo no debe hacer, ordenádoselo a un subordinado. Con fundamento en que una orden antijurídica no puede transformar el injusto en un acto conforme a derecho, la opinión dominante considera que la obediencia debida no puede ser causa de justificación del acto, sino de exculpación del inferior jerárquico.⁴²⁷

37.2. Coacción y obediencia debida

Establecido que esta eximente sólo puede entrar en consideración, cuando previamente se ha descartado el cumplimiento de un deber (art. 34, inc. 4º, C.P.), corresponde aclarar que cuando el inferior cumple la orden coaccionada por su superior jerárquico, debe procederse en función de las reglas que regulan el estado de necesidad,⁴²⁸ por lo que quedará excluida la antijuridicidad (art. 34, inc. 3º, C.P.) o la culpabilidad (art. 34, inc. 2º, *in fine*, C.P.) según la jerarquía de los intereses o deberes en conflicto, sin que pueda resultar nunca de aplicación la norma referida a la obediencia debida (art. 34, inc. 5º, C.P.).

37.3. La obediencia debida como justificación

37.3.1. ¿MANDATOS ANTIJURÍDICOS VINCULANTES?

Como se sostiene que cualquier mandato vinculante hace nacer un deber de obediencia del subordinado, lo que generaría un obrar conforme a derecho del ejecutor obligado, incluso en los casos en que el contenido de la orden se opone al orden jurídico,⁴²⁹ corresponde reflexionar acerca de la posibilidad de que existan órdenes antijurídicas, que a pesar de ello puedan ser consideradas vinculantes.⁴³⁰

⁴²⁷ Críticamente conf. ROXIN: "Otras causas de justificación y exculpación", en *Justificación y exculpación en derecho penal*, Madrid, 1995, p. 223.

⁴²⁸ Conf. SANCINETTI: "Obediencia debida y Constitución Nacional", *Doctrina Penal*, Año 10, n° 39, Buenos Aires, 1987, Cap. IV.

⁴²⁹ Conf. JESCHECK: *Tratado de derecho penal, Parte General*, cit., p. 448.

⁴³⁰ Conf. ROXIN: "Otras causas de justificación y exculpación", cit., p. 223.

En derecho alemán, la respuesta es negativa en lo fundamental, toda vez que el funcionario sólo está obligado a dar cumplimiento a una instrucción cuando el comportamiento que se le ordena no es punible, tampoco constituye una infracción administrativa y no lesiona la dignidad humana.⁴³¹

Sin embargo, como dependiendo de las circunstancias, el inferior puede estar obligado a realizar un comportamiento contrario al orden jurídico civil, exclusivamente en relación a este supuesto se atribuye a la orden carácter vinculante, sosteniendo que debe justificarse al destinatario, pues no puede ser obligado a obedecerla y al mismo tiempo considerar antijurídico ese actuar conforme a deber, exponiendo al funcionario a los efectos de la legítima defensa.⁴³²

Sobre esa base normativa, se ha predicado —exclusivamente para esos casos— que la orden vinculante antijurídica constituye para el subordinado una causa de justificación, sosteniendo que en tal situación, concurre en la persona del subordinado un estado de necesidad justificante. El argumento no supone afirmar que exista un estado de necesidad por colisión de deberes, sino un deber de obediencia que prevalece sobre la prohibición de cometer acciones antijurídicas.⁴³³

Se aclara: *i)* que el comportamiento del superior seguiría siendo antijurídico y por consiguiente también el del Estado, aunque se ejecute por medio de un instrumento que obra justificadamente; *ii)* que no debe preocupar el deber de tolerancia que se impone al tercero, porque la regla está acotada a hechos insignificantes, y *iii)* en todo caso, el tercero puede encontrar justificación en el estado de necesidad, si ha obrado con base en un juicio correcto de la situación jurídica.⁴³⁴

De todos modos, aun reconociendo el alcance limitado del criterio expresado, desde nuestro punto de vista no es posible admitir en derecho argentino, la existencia de mandatos que

⁴³¹ Conf. art. 56, inc. 3º, párr. 2º de la Ley de Funcionarios Federales; art. 38, inc. 2º, párr. 2º de la Ley Marco del Derecho de la Función Pública.

⁴³² Algo similar sucede con la Ley del Soldado, pues si bien no debe ser cumplida una orden que supone la comisión de un delito (art. 11, inc. 1º, párr. 2º), la opinión dominante es que debe cumplirse una orden si con ella tan sólo se dispone la realización de una infracción administrativa.

⁴³³ Conf. ROXIN: "Otras causas de justificación y exculpación", cit., p. 223.

⁴³⁴ *Ibidem*.

siendo antijurídicos, puedan ser considerados vinculantes para un inferior jerárquico.⁴³⁵

37.3.2. ¿FACULTAD DE CUMPLIR ÓRDENES ILEGÍTIMAS?

La prédica de que el ámbito de la justificación debe ser algo más amplio de lo que sostiene la opinión dominante, postula que se incluya si no el deber al menos la facultad de cumplir una orden antijurídica, en función del siguiente esquema: *i*) una estructura jerárquica jurídico-administrativa, como por ejemplo la militar, coloca al inferior-destinatario en continuo ejecutor de mandatos de otro; *ii*) con arreglo al derecho vigente (art. 239, C.P., art. 674, C.J.M.), no cumplir una orden constituye para él ya una infracción; *iii*) surge una colisión de deberes representada por un lado en tener que cumplir la orden, y por otro en no delinquir, y *iv*) el inferior es colocado en situación demasiado desfavorable,⁴³⁶ si debe correr siempre el riesgo de desobedecer la orden posiblemente ilegítima a costa de ser sancionado como autor de desobediencia, o bien renunciar al cargo.⁴³⁷

Es innegable que un sujeto que está ante una colisión de deberes, en la que tanto cometer cierta acción (cumplir la orden) como omitirla (desobedecerla) pueden motivar imputaciones penales, nada resuelve aplicando la regla moral que aconseja abstenerse ante la duda.⁴³⁸

Pero como la colisión de deberes se rige por las reglas del estado de necesidad: *i*) si la orden que cumplió era legítima, jamás puede ser antijurídico que cumpla el deber, pues tiene efec-

⁴³⁵ Conf. RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 244.

⁴³⁶ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 553, donde refiriéndose a órdenes cuya ejecución supone consumir una *contravención*, dice que por lo general el ejecutor no podrá darse cuenta de cuándo la comisión de la misma está justificada (p. ej., estado de necesidad) y cuándo no, agregando que por falta de formación suficiente, incluso después de que se le aclare, pocas veces podrá decidir por sí. Concluye que sólo si se le descarga del riesgo de la antijuridicidad, es decir si puede partir de la vinculatoriedad de la orden y de la importancia preponderante de la obediencia, se puede haber tolerable la exigencia de integración en una jerarquía

⁴³⁷ El argumento corresponde a SANCINETTI: "Obediencia debida y Constitución Nacional", cit., cap. II.

⁴³⁸ *Idem*, cap. II.

to justificante aunque al mismo tiempo infrinja otro;⁴³⁹ *ti*) si no lo era, no puede justificarse que la orden haya sido cumplida, sin perjuicio de que se haga decaer la culpabilidad, por aplicación de las reglas del error de prohibición, y *iii*) las mismas reglas rigen el caso, cuando el inferior obra equivocado sobre la entidad de los deberes en conflicto.

Consiguientemente, siendo inexorable que en un estado de derecho no pueden existir mandatos antijurídicos obligatorios, lo es también que la ilegitimidad del mandato impide el nacimiento del deber de obediencia, por lo que no compartimos la prédica de que existe una justificación basada en *cierta facultad* de obedecer una orden, a condición de que no sea claramente ilícita para el destinatario.⁴⁴⁰ Descartado el cumplimiento de un deber (art. 34, inc. 4º, 1ª hipótesis, C.P.), no se advierte cómo podría fundamentarse la justificación en que el autor obró en función de una *facultad* que no se le puede reconocer, desde que tampoco existe norma que permita predicar que se trata del ejercicio de un derecho (art. 34, inc. 4º, 2ª hipótesis, C.P.).

Es correcto sostener que los costes de las organizaciones jerárquicas deben ser soportados por quienes se sirven de la jerarquía, lo que permite fundamentar la autoría mediata del superior, pero de allí sólo puede derivar la inculpabilidad del inferior, pues postular la justificación del subordinado⁴⁴¹ supone hacer soportar al tercero el coste de la organización, a quien como se impone un deber de tolerancia que no le permite repeler agresiones, aunque se trate de la ejecución de mandatos antijurídicos.

37.4. Su asimilación al error de prohibición

Desde nuestro punto de vista, sólo la ejecución de una orden lícitamente dictada puede fundar una causa de justifica-

⁴³⁹ Conf. RIGHI: *Antijuricidad y justificación*, cit., p. 55.

⁴⁴⁰ Conf. SANCINETTI: "Obediencia debida y Constitución Nacional", cit., cap. II, donde sostiene que el ejecutor actúa justificadamente siempre que: *i*) la antijuridicidad de la orden no sea manifiesta, y *ii*) el acto de ejecutar no sea más grave que lo que sería una desobediencia, en las circunstancias del caso. Agrega que *naturalmente, también tiene el derecho, si lo prefiere*, de desobedecer la orden, pero en ese caso se expone a que *ex post* el juez revise su desobediencia y no coincida con el criterio del destinatario de la orden, acerca de su legitimidad.

⁴⁴¹ Así, JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 553.

ción para el subordinado que actúa, quien por lo mismo obra contra derecho cuando cumple una orden antijurídica, por lo que la cuestión relativa al acatamiento de órdenes que el inferior apreció vinculantes pero que no son lícitas,⁴⁴² debe ser resuelta en el ámbito de la teoría de la culpabilidad.

De lo anterior se deduce que si la obediencia debida (art. 34, inc. 5º, C.P.) es una eximente que beneficia al inferior jerárquico que realizó un acto ilícito cumpliendo una orden ilegal dictada por su superior, es porque *creyó* que tenía deber de obedecerla. Consiguientemente, siendo antijurídica la orden recibida lo es también su ejecución, aunque el subordinado haya creído estar obrando de acuerdo a derecho, toda vez que el error del inferior no puede convertir en legal, el acto ilícito emanado de su superior.⁴⁴³

37.4.1. REQUISITOS

Siendo la obediencia debida un caso especial de error de prohibición, y consiguientemente una causa de inculpabilidad que beneficia al subordinado que cumplió una orden ilícita, la exculpación requiere que concurren los siguientes requisitos: *i)* Debe existir una relación de dependencia jerárquica entre el superior que dictó la orden y el inferior que la ejecutó; *ii)* la actividad ordenada debe corresponder a sus respectivos ámbitos de competencia, pues de lo contrario sería notoriamente ilegal, con lo que el subordinado no podría predicar error alguno, y *iii)* por la misma razón, se exige que la orden esté revestida de todos los recaudos formales.

Cumplidas esas exigencias, surge evidente que si el inferior cumple el mandato recibido, es como consecuencia de que padecía un error sobre la antijuridicidad del hecho, que dadas las circunstancias, resulta insuperable. Precisamente, la creencia de que obra en virtud de un mandato vinculante es lo que torna invencible el error del subordinado, al impedirle inspeccionar la validez de la orden.

37.4.2. EFECTOS

Como consecuencia de la obediencia debida: *i)* en los delitos de dominio el superior es autor mediato, pues realizó un

⁴⁴² Conf. MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-505.

acto ilícito utilizando a su subordinado como instrumento, como en todos los casos en que el dominio del hecho se apoya en el error del hombre de adelante; *ii*) existe tentativa punible desde que el superior transmitió la orden, pues desde ese momento desprendió de su mano el hecho; *iii*) cumplidos los requisitos expresados, siendo insuperable el error, decae la culpabilidad del inferior; *iv*) si el inferior no utilizó un poder de inspección que estaba a su alcance, rigen las reglas de la eximente putativa evitable;⁴⁴⁴ *v*) dado que el hecho es antijurídico, la eximente no beneficia a eventuales partícipes, cuya culpabilidad debe ser analizada en forma personal e independiente, y *vi*) la orden obedecida no genera deber de tolerancia hacia terceros, quienes pueden oponer legítima defensa al acto ejecutado por el subordinado.⁴⁴⁵

Consiguientemente, desde nuestro punto de vista, la obediencia debida es un supuesto especial de error de prohibición, que determina la inculpabilidad por error, no compartiendo opiniones que sugieren la adopción de regímenes privilegiados: *i*) careciendo el inferior del poder de revisión de la legitimidad de la orden, no parece necesario establecer que también debe ser eximido quien sufre un error *evitable*,⁴⁴⁶ pues precisamente la inexistencia de poder de inspección es lo que permite apreciar que el error era inevitable, y *ii*) la adopción de una teoría del dolo limitada, en cuya virtud sólo se considere culpable a quien obró sin conocimiento *actual* de la antijuricidad, cuando evidenció indiferencia o ceguera ante el derecho penal,⁴⁴⁷ pues su incidencia será reducida en la medida en que se utilice una teoría de la culpabilidad también limitada.

⁴⁴³ Conf. ese punto de vista en MAURACH: *Tratado de derecho penal*, cit., II-73, que se mantiene en MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, cit., I-504, que hemos seguido en RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., pp. 243 y ss.

⁴⁴⁴ Con lo que la solución varía según se adopte la teoría estricta o limitada de la culpabilidad.

⁴⁴⁵ Conf. RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, cit., p. 244.

⁴⁴⁶ Conf. SANCINETTI: "Obediencia debida y Constitución Nacional", cit., cap. II.

⁴⁴⁷ Conf. JAKOBS: *Derecho penal. Parte General*, cit., p. 552.

BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG: "Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin", en SCHÜNEMANN, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991.
- BACIGALUPO: *Culpabilidad, dolo y participación*, Buenos Aires, 1966.
- *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, 1999.
- *Líneamientos de la teoría del delito*, 2ª ed., Buenos Aires, 1986.
- *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, 1999.
- "Significación y perspectivas de la oposición derecho penal-política criminal", *Revue Internationale de droit pénal*, Madrid-Plasencia, 1977.
- *Tipo y error*, 3ª ed., Buenos Aires, 2002.
- BARATTA: "Integración-prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de las teorías sistemáticas", *Doctrina Penal*, n° 29, enero-marzo, Buenos Aires, 1985.
- BAUMANN: *Derecho penal*, Buenos Aires, 1973.
- BECCARIA: *De los delitos y de las penas*, Barcelona, 1997.
- BELING: *Esquema del derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires, 1944.
- BETTIOL: "Sobre las ideas de culpabilidad en un derecho penal moderno", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970.
- BRUZZONE: "¿Un regreso a la distinción entre 'error de hecho' y 'error de derecho'? A propósito del estado de la discusión nacional en el ámbito del error en el derecho penal", *Doctrina Penal*, Año 15, Buenos Aires, 1992-A.
- BUSCH: *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, Bogotá, 1980.

- CREUS: *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., Buenos Aires, 1994.
- DOMÍNGUEZ HENAIN, en BAIGÚN-ZAFFARONI: *Código Penal*, Buenos Aires, 2002.
- DONNA: *Teoría del delito y de la pena*, Buenos Aires, 1995.
- ESER-BURKHARDT: *Derecho penal*, Madrid, 1995.
- "El proceso de peligrosidad sin delito en el derecho comparado", en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, Valencia, 1974.
- FAIRÉN GUILLÉN: "Prevención y represión desde el punto de vista procesal", *A.D.P. Código Penal*, Madrid, 1971.
- FERRAJOLI: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 3ª ed., Madrid, 1998.
- FEUERBACH: *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1989.
- FONTÁN BALESTRA: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Buenos Aires, 1990.
- FRANK: "Estructura del concepto de culpabilidad", *Seminario de Derecho Penal*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1966.
- GIMBERNAT ORDEIG: *Estudios de derecho penal*, 1ª ed., Madrid, 1976.
- GOLDSCHMIDT: *La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, 1943.
- GÖSSEL: *Dos estudios sobre la teoría del delito*, Bogotá, 1984.
- GRAF ZU DOHNA: *La estructura de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1958.
- GRÜNWARD: "Acerca de las variantes de la teoría de la culpabilidad limitada", en FRISCH-PUPPE-KINDHÄUSER-GRÜNWARD-PAEFFGEN: *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, 1999.
- GÜNTHER: "La clasificación de las causas de justificación en derecho penal", en *Justificación y de atipicidad en derecho penal*, Pamplona, 1995.
- HASSEMER: "Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social", en *Derecho penal y ciencias sociales*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982.
- *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, 1984.
- *Persona, mundo y responsabilidad*, Valencia, 1999.
- HEGEL: *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1987.
- *Principios de la filosofía del derecho*, 2ª ed., Barcelona, 1999.

HIRSCH: *Derecho penal. Obras completas*, Buenos Aires, 1999.

- "La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año II, N° 3, Buenos Aires, 1996.

HOBBS: *Leviatán*, 9ª reimp., México, 1998.

HOERSTER: *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, 1992.

HOOD-SPARKS: *Problemas clave en criminología*, Madrid, 1970.

HRUSCHKA: "Reglas de comportamiento y reglas de imputación", en *Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal*, Pamplona, 1995.

JAKOBS: *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1995.

- "El concepto jurídico-penal de acción", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año II, n°s. 1-2, Buenos Aires, 1996.

- "El delito imprudente", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año III, n°s. 4-5, Buenos Aires, 1997.

— *Fundamentos del derecho penal*, Buenos Aires, 1996.

- *La imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, 1996.

- "Sobre la teoría de la pena", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IV, n° 8-A, Buenos Aires, 1998.

- "Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año V, n° 9-A, Buenos Aires, 1999.

JESCHECK: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4ª ed., Granada, 1993.

JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. VI, Buenos Aires, 1965.

KANT: "Sobre el tópico: esto puede ser correcto en teoría, pero no vale para la práctica", en *En defensa de la Ilustración*, Barcelona, 1999.

- *La metafísica de las costumbres*, 3ª ed., Madrid, 1999.

KAUFMANN: "El Código Penal argentino: art. 35, inc. 1º y el error de prohibición", *Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1973.

- "Fundamentación del deber jurídico y delimitación de la tipicidad", en *Ensayos de derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, México, 1985.

- "La función del concepto de acción en la teoría del delito", *Revista Jurídica Veracruzana*, enero-junio, México, 1974.

- "Sobre el estado de la doctrina del injusto personal", *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 4, Buenos Aires, 1975.
- *Teoría de las normas*, Buenos Aires, 1977.
- KINDHÄUSER: *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- KLUG: "Para una crítica a la filosofía penal de Kant y Hegel", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970.
- KÖHLER: "La imputación subjetiva", en ROXIN-JAKOBS-SCHÜNEMANN-FRISCH-KÖHLER: *Sobre el estado de la teoría del delito*, Seminario en la Universidad Pompeu Fabra, Madrid, 2000.
- LESCH: *La función de la pena*, Madrid, 1999.
- LISZT: *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, 1984.
- *Tratado de derecho penal*, 4ª ed., Madrid, 1999.
- LÜDERSSEN: "El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios 'europeos tradicionales'. O: ¿adiós al derecho penal 'europeo tradicional'?", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año V, nº 9-A, Buenos Aires, 1999.
- LUZÓN PEÑA: *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Instituto de Criminología, Universidad Complutense, Madrid, 1979.
- MARINUCCI: *El delito como acción*, Madrid-Barcelona, 1998.
- MAURACH: *Tratado de derecho penal*, Barcelona, 1962.
- MAURACH-ZIPF: *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, 1994.
- MAYER: *Normas jurídicas y normas de cultura*, Buenos Aires, 2000.
- MERKEL: *Derecho penal*, Madrid, s.f.
- MEZGER: *Derecho penal. Libro de estudio. Parte General*, Buenos Aires, 1958.
- *Tratado de derecho penal*, Madrid, 1955.
- MIR PUIG: *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría del delito*, 2ª ed., Barcelona, 1985.
- *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, 1976.
- MONTESQUIEU: *Del espíritu de las leyes*, Madrid, 1822.
- MORRIS: *El futuro de las prisiones*, México D.F., 1978.
- MUÑOZ CONDE: *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975.

- NÚÑEZ: *Manual de derecho penal. Parte general*, Córdoba-Buenos Aires, 1975.
- *Tratado de derecho penal. Parte general*, Córdoba, 1987.
- PAEFFGEN: "Observaciones acerca del error de tipo permisivo, El error en el derecho penal", en FRISCH-PUPPE-KINDHÄUSER-GRÜNWALD-PAEFFGEN: *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, 1999.
- PERRON: "Justificación y exculpación en derecho penal alemán en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad", en *Justificación y exculpación en derecho penal*, Madrid, 1995.
- PUPPE: "Error de hecho, error de derecho, error de subsunción", en FRISCH-PUPPE-KINDHÄUSER-GRÜNWALD-PAEFFGEN: *El error en el derecho penal*, Buenos Aires, 1999.
- QUINTERO OLIVARES: *Represión penal y estado de derecho*, Barcelona, 1976.
- RIGHI: *Antijuricidad y justificación*, Buenos Aires, 2002.
- *La imputación subjetiva*, Buenos Aires, 2002.
- *Teoría de la pena*, Buenos Aires, 2001.
- RIGHI-FERNÁNDEZ: *Derecho penal*, Buenos Aires, 1996.
- ROUSSEAU: *El contrato social*, París, 1909.
- ROXIN: *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, 1981.
- *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1997.
- "Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad", en *Determinación judicial de la pena*, Buenos Aires, 1993.
- *Iniciación al derecho penal de hoy*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.
- "La parte general del derecho penal sustantivo", en ROXIN-ARZT-TIEDEMANN: *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, 1989.
- "Observaciones sobre la prohibición de regreso", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año VI, nº 3, Buenos Aires, 1997.
- "Otras causas de justificación y exculpación", en *Justificación y exculpación en derecho penal*, Madrid, 1995.
- *Política criminal y estructura del delito*, Barcelona, 1992.
- *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, 1972.
- *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1976.

- SACHER DE KÖSTER: *La evolución del tipo subjetivo*, Buenos Aires, 1998.
- SANCINETTI: *Casos de derecho penal*, 2ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires, 1999.
- "Error, dolo y culpabilidad: ¿un problema de lege lata?", *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 5, nº 11, Buenos Aires, 1976.
 - "Obediencia debida y Constitución Nacional", *Doctrina Penal*, Año 10, nº 39, Buenos Aires, 1987.
 - *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Buenos Aires, 1990.
- SAUER: *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1956.
- SCHMIDHÄUSER: "Sobre la sistemática de la teoría del delito", *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 4, nº 5, Buenos Aires, 1975.
- SCHÜNEMANN: "Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año II, nºs. 1-2, Buenos Aires, 1996.
- "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991.
 - "La función de la delimitación de injusto y culpabilidad", *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, 1995.
- SOLER: *Bases ideológicas de la reforma penal*, Buenos Aires, 1966.
- *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, 1966.
- SPOLANSKY: "Imputabilidad y comprensión de la criminalidad", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 1, enero-marzo, Buenos Aires, 1968.
- STRATENWERTH: "¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año II, nºs. 1-2, Buenos Aires, 1996.
- *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1982.
- TOZZINI: "El problema de la responsabilidad penal de las personalidades psicopáticas", en *Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1973.
- "Imputabilidad", en BAIGÚN-ZAFFARONI: *Código Penal*, Buenos Aires, 1997.
- WELZEL: *Derecho penal alemán. Parte General*, Santiago de Chile, 1970.

- WELZEL: *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, 1964.
- WESSELS: *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI: *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000.
- en BAIGÚN-ZAFFARONI: *Código Penal*, Buenos Aires, 1997.
- *Política criminal latinoamericana*, Buenos Aires, 1983.
- *Teoría del delito*, Buenos Aires, 1973.
- *Tratado de derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, t. II, 1981, t. IV, 1982.

Esta edición se terminó de imprimir en
Agosto de 2003, en Gráfica Laf s.r.l.,
Loyola 1654 - (C1414AVJ) Cap. Fed.