

**TRADUCCIÓN DE *IL «FATTO» NELLA TEORIA GENERALE DEL
REATO* DE GIACOMO DELITALA Y ESTUDIO PRELIMINAR**

Pietro Sferrazza

ÍNDICE

ESTUDIO PRELIMINAR.....	I
-------------------------	---

TRADUCCIÓN

EL «HECHO» EN LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO

PREFACIO.....	6
---------------	---

PRIMERA PARTE

LA NOCIÓN DE «HECHO»

Capítulo Primero

«HECHO» Y ANTIJURIDICIDAD

§ I.- *Antijuridicidad penal y antijuridicidad objetiva.*

1. Posición del problema.....	32
2. El concepto de antijuridicidad: valoración objetiva del hecho (antijuridicidad objetiva o genérica) y existencia del delito (antijuridicidad penal).....	34
3. Breve Explicación de la distinción en la doctrina de Manzini y de Massari.....	36
4. Antijuridicidad objetiva y culpabilidad.....	41
5. La antijuridicidad «objetiva» como elemento y como característica del hecho.....	43
6. La definición del hecho en función de la antijuridicidad «objetiva» y las teorías de Frank, Vannini, Baumgarten, etc. Crítica.....	44

§ II.- *Los casos de especial relevancia de la antijuridicidad.*

1. Enunciación de la doctrina que considera la antijuridicidad «especial» como un elemento del hecho.	48
2. La teoría de la denominada antijuridicidad especial y la distinción de Bartolo y Claro entre delitos nominados y delitos innominados. Crítica.....	49
3. La teoría que considera los casos de enunciación de la antijuridicidad como «hechos» normalmente lícitos. Crítica.....	51
4. La enunciación de la antijuridicidad y la dificultad de distinguir los confines de lo lícito de lo ilícito.....	54
5. Ulteriores consideraciones aducidas para justificar la enunciación especial de la antijuridicidad. Crítica.....	55

6. Conclusión: la unicidad del concepto de antijuridicidad y la unicidad del concepto de dolo.....	59
--	----

Capítulo Segundo
«HECHO» Y CULPABILIDAD

1. La distinción entre «hecho» y culpabilidad.....	60
2. Utilidad de la distinción para la resolución de algunos problemas prácticos: la naturaleza accesoria de la participación delictiva; la receptación de cosas sustraídas por un incapaz, etc.....	62
3. La definición del hecho en función de la culpabilidad: crítica. Culpabilidad y circunstancias de licitud del hecho.....	64
4. La definición del hecho en función de la voluntad: crítica. Las circunstancias del hecho no modificables por el agente y las dos teorías del dolo: como voluntad y como representación.....	66

Capítulo Tercero
«HECHO» Y PUNIBILIDAD

§ I.- «Hecho» y condiciones de punibilidad.

1. Las relaciones entre el agente y el hecho (voluntad y causalidad) y las condiciones objetivas de punibilidad.....	69
2. Estado de la doctrina sobre el tema: aparente identidad de pensamiento.....	70
3. Diversidad substancial de posición y de resultados: el resultado culposo como elemento del hecho o como condición de punibilidad.....	72
4. La concepciones psicológica y normativa de la culpabilidad.....	73
5. La doctrina de Vannini. Crítica. El resultado culposo como elemento del hecho.....	77
6. La doctrina de Blume. Crítica.....	82

§ II.- Condiciones de punibilidad y condiciones de procesabilidad.

1. Planteamiento del problema.....	84
2. La naturaleza de la querrela.....	85
3. El criterio discrecional entre condiciones de punibilidad y condiciones de procesabilidad.....	87

Capítulo Cuarto
LA NOCIÓN DE «HECHO»

1. Nuestra concepción y la doctrina alemana del *Tatbestand*. La vieja concepción del *Tatbestand* como el complejo de todos los extremos necesarios para constituir el delito.....90
2. La sucesiva distinción entre *Tatbestand* objetivo y *Tatbestand* subjetivo.....91
3. El *Tatbestand* en sentido restringido o propio. La distinción entre tipo concreto y tipo legal.....92
4. Las objeciones de Binding contra nuestra concepción. Crítica.....93
5. Los elementos normativos del hecho en la doctrina de M. A. Mayer. Crítica.....95
6. Las más recientes objeciones de Mezger. Crítica.....96
7. Los denominados elementos subjetivos del hecho. Crítica.....98

SEGUNDA PARTE
LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL HECHO

Capítulo Primero
EL CONCEPTO DE ACCIÓN

1. Acción y omisión. Los delitos omisivos. La teoría que considera la omisión como una irrealidad. Insuficiencia de la construcción de Beling. La tesis de Mayer. La omisión como acción etiológicamente opuesta a la debida (Massari).....101
2. Los delitos de sospecha (Manzini). Nuestra opinión sobre el controvertido problema. Acción y voluntad. La objeción de Antolisei contra la concepción tradicional. Crítica.....105
3. La responsabilidad penal de las personas jurídicas.....108
4. Los delitos de prensa.....114
5. Otros casos de responsabilidad sin culpa.....115
6. La descripción de la acción en el proyecto de ley.....116
7. El delito complejo, el delito continuado y el delito habitual.....117
8. El delito complejo, el delito continuado y el delito habitual.....118

Capítulo Segundo
EL CONCEPTO DE RESULTADO

1. Acción y resultado.....120

2. El concepto de daño: ¿lesión de un bien o lesión de un interés?.....	121
3. El concepto de peligro.....	121
4. La tesis de Antolisei: el resultado como efecto <<natural>> de la acción delictuosa. Crítica.....	123
5. Delitos formales y delitos materiales. El resultado en los delitos omisivos propios.....	124
6. Los delitos calificados por el resultado.....	126
7. Los delitos de peligro con dolo de daño.....	128

Capítulo Tercero

LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO

1. La doctrina de Massari. Crítica.....	132
2. La doctrina de Manzini. La distinción entre presupuestos del hecho y presupuestos del delito.....	133
3. Los presupuestos materiales del hecho.....	134
4. Los presupuestos jurídicos del hecho.....	136
5. Los presupuestos del delito: identidad sustancial entre presupuestos del hecho y presupuestos del delito.....	142
6. La concepción de Marsich. Crítica.....	147
7. Nuestra opinión. Los antecedentes de la acción que atañen al sujeto activo.....	149
8. Los antecedentes que atañen al objeto del delito.....	152
9. Los así denominados presupuestos del delito, las circunstancias de licitud y las condiciones de punibilidad.....	154

ESTUDIO PRELIMINAR

“IL FATTO” DE GIACOMO DELITALA: PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DOGMÁTICA PENAL ITALIANA*

I. INTRODUCCIÓN.

La razón principal que nos instó a traducir la obra más significativa del penalista italiano GIACOMO DELITALA, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*¹, que no conocía versión castellana hasta la fecha, se anticipa implícitamente en el título de este Estudio preliminar. Efectivamente, en el espectro de la dogmática penal italiana, el texto aludido es una verdadera obra cardinal, tanto en lo que se refiere al estudio de la teoría del delito en general, cuanto al de la tipicidad en particular. Así, su consulta parece ser obligada para todo el que quiera adentrarse en el análisis de la evolución histórica de la doctrina punitiva peninsular, como, asimismo, en el tratamiento de la tipicidad cual elemento del delito. Esta afirmación, por cierto, carece de toda originalidad, habiendo sido reiterada, directa o indirectamente, por un sinnúmero de especialistas, no sólo italianos. Y es que la obra en cuestión marca un antes y un después en la historia del Derecho penal italiano, cierra una época y abre otra, constituye un verdadero punto de inflexión y de tensión, y contribuyó a encauzar la suerte del penalismo italiano hacia caminos más fructuosos.

Si bien las teorías y postulados más importantes que emergen de la obra, en su gran mayoría, pueden considerarse hoy por hoy superados o, a lo menos, han experimentado una evolución considerable, al contrario de lo que podría pensarse, a nuestro juicio, “*Il fatto*” conserva vigencia como planteamiento integral, en relación a su enfoque de teoría general del delito, particularmente en lo que se refiere al establecimiento de un sistema tripartito (hecho típico, antijuridicidad y culpabilidad). Es esta, quizá, la manera más sintética de contestar a la pregunta planteada por VASSALLI, acerca lo que queda de dicha obra en nuestro tiempo². Pues bien, queda lo que acabamos de señalar, o sea, una obra coincidente con un punto de partida: la consagración de un sistema tríplice de teoría general del delito, con las garantías que ello implica, las que se irán explicando en las páginas que siguen.

La finalidad que nos hemos fijado con la elaboración de este Estudio preliminar, es la de servir de guía al lector de “*Il fatto*”, imaginando que él no es necesariamente un especialista, sino un estudiante con ganas de especializarse. En ese orden de ideas, hemos tratado de elaborar un estudio de corte descriptivo, en el que se hace referencia a los aspectos más dignos de atención y se busca dilucidar qué había antes y qué hubo después de la obra. En palabras más simples, hemos intentado dar una opinión acerca de cuáles fueron los aportes de este libro en la evolución de la dogmática penal italiana.

* Este trabajo está dedicado a uno de los exponentes más importantes del penalismo hispanoamericano del siglo pasado, cuya luz orientadora se ha apagado durante las fases conclusivas de la redacción. Nos referimos a JUAN BUSTOS RAMÍREZ, ejemplo de lucha incansable y de rigor intelectual, con el que tuvimos la fortuna de compartir sus últimos días de trabajo y al que tuvimos que despedir, sumidos en el más profundo de los dolores.

Por otra parte quiero agradecer la colaboración del profesor JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA, quien me incentivó a traducir esta clásica obra del penalismo italiano y se mostró siempre paciente ante mis demoras y esclarecedor ante mis dudas. También agradezco, desde la distancia, al profesor GABRIELE FORNASARI de Trento, quien me proporcionó material bibliográfico valiosísimo sin el cual muchos matices de este estudio sencillamente no existirían.

¹ DELITALA, “Il fatto nella teoria generale del reato”, en *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, 3 vols., Giuffré, Milano, t. I, 1976, págs. 3-162. La primera edición estuvo a cargo de la editorial Cedam, de Padova, y data de 1930.

² VASSALLI, “Il fatto negli elementi del reato” en *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, Giuffré, Milano, 1984, págs. (529-565) 529. La respuesta del autor a su misma pregunta, se halla en las p. 540 ss., en las que se reseña escuetamente la evolución de la teoría del delito y donde se concluye que las obras clásicas, como la de nuestro autor, aún en nuestro tiempo, mantienen fuerza de convicción.

Así, comenzaremos con una escueta reseña biográfica y bibliográfica de GIACOMO DELITALA, con el objeto de brindar una idea sobre los contornos de su perfil académico.

Luego, abocetaremos la línea de desarrollo histórico de la dogmática peninsular, buscando un punto fijo de ubicación de la obra en cuestión, objetivo que probablemente no lograremos debido a la polivalencia de aspectos y matices que la rodean.

Entrando de lleno en el análisis del texto, continuaremos con la explicación del sistema delitaliano de la teoría del delito. Así, siendo casi obvio, el punto de inicio será el concepto que da el título a la obra: el hecho típico. En seguida, nos referiremos a las relaciones entre este concepto y los otros elementos del delito (antijuridicidad y culpabilidad), reflexionando acerca de las líneas argumentativas que podrían justificar eventuales fusiones o separaciones conceptuales entre ellos. Una vez delineados los confines entre los diversos elementos enunciados, incursionaremos hacia un tratamiento algo más pormenorizado de los que nuestro autor consideraba elementos esenciales del hecho típico, la acción y el resultado, sin olvidar remitirnos a los denominados presupuestos del delito, atendida la relación de éstos con aquéllos.

Finalmente, y como es propio de toda obra que busca generar algún aporte científico, concluiremos este estudio con algunas consideraciones de carácter personal.

II. RESEÑA BIOGRÁFICA Y BIBLIOGRÁFICA DEL AUTOR.

1. *Noticia de su vida y trayectoria académica*³.

GIACOMO DELITALA nació en Sassari, ciudad de la isla de Cerdeña, el 3 de abril de 1902.

Se graduó muy joven en la pequeña Universidad de su ciudad de origen y una vez obtenida una beca para profundizar el estudio del Derecho penal, arribó a la Universidad Católica de Milán a la edad de veinticinco años. Enseñó Derecho y procedimiento penal en la Universidad de Camerino, adjudicándose el concurso para la titularidad de la cátedra en 1930, concurso en el que presentó, precisamente, la obra *El «hecho» en la teoría general del delito*, y en el que ganó a su amigo FRANCESCO ANTOLISEI.

En 1931 retorna a la Universidad Católica de Milán, donde ejerció la actividad académica hasta el año 1947, para luego enseñar Derecho penal material en la Universidad estatal de la misma ciudad, presidiendo la Facultad de Derecho desde 1966 hasta 1969. También enseñó en la Universidad de Roma durante un año, de 1958 a 1959.

Fue director, desde 1933, de la *Rivista Italiana di Diritto penale* y, junto a ANTOLISEI, fundó en 1958 la *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, publicada hasta la fecha por la editorial Giuffré, una de las revistas especializadas más importantes en lo que al estudio del Derecho penal se refiere.

Presidió la Comisión de Derecho y procedimiento penal del *Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale*.

Fue nombrado doctor *honoris causa* en la Universidad de São Paulo, gracias al profesor Paolo Da Costa.

Falleció en la ciudad de Milán, el 7 de noviembre de 1972, habiendo dedicado su vida al estudio del Derecho y al ejercicio libre de la profesión de abogado. Dejó más de sesenta publicaciones especializadas⁴.

2. *Panorama de su obra*.

³ Esta reseña de los datos biográficos del autor tiene su principal fuente en el artículo de CAPPITELLI, “Giacomo Delitala (1902/1972) e l’evoluzione della scienza del Diritto penale in Italia” [En línea], en *Bimestrale di Diritto e procedura penale militare*, Vol. 4-5-6 luglio, dicembre 2002, [Consulta: 20 julio 2008].

⁴ Para la enumeración de las publicaciones del Maestro sardo nos remitimos al listado contenido en *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, 3 vols., Giuffré, Milán, vol. I, p. IX.

No existe duda respecto al hecho de que GIACOMO DELITALA será recordado como uno de los grandes maestros del Derecho penal por los aportes y consecuencias de *El «hecho» en la teoría general del delito*, editado cuando el autor sólo tenía veintiocho años de edad.

Escribió la obra en una maltrecha e incómoda habitación de Milán. Una vez terminada, y agotado por el esfuerzo reflexivo que le significó su redacción, viaja a la Riviera, para un largo descanso, mientras el texto era revisado y corregido por su fraternal amigo ALBINO UGGÉ, “*primer hombre de ciencia que comprendió su valor científico pese a ser profesor de estadística*”⁵.

“*Il fatto*”, como usualmente lo denominan los autores en las referencias y citas, fue elaborado durante los últimos años de vigencia del Código penal italiano de 1889, también denominado *Codice Zanardelli*, cuerpo normativo de influjo liberal y corte clásico, considerado por muchos como “*uno de los mejores [...] de Europa*”⁶ en ese tiempo y como “*obra casi perfecta*”⁷ en lo técnico, sin perjuicio de haberse obstaculizado seriamente su entrada en vigencia y cuestionado duramente sus orientaciones⁸.

No hay duda de que “*Il fatto*” es la obra por la que DELITALA pasó a la historia de penalismo; sin embargo sentimos el deber de recordarlo no sólo por ella, sino también por otros numerosos estudios de Derecho penal, algunos de los cuales innovaron la manera de pensar acerca de las materias tratadas en ellos. Sólo a modo de ejemplo, mencionaremos a continuación los que se consideran más importantes.

De notoria trascendencia son sus estudios sobre el Proyecto del Código penal de 1931, fiel reflejo de un espíritu visionario y vanguardista. Eran tiempos en los que “*con facilidad se habría podido caer en la política, que en ese momento imponía preclusiones también a la ciencia o la constreñía al consentimiento y a la obsecuencia*”⁹, pero el Maestro supo estar a la altura de las circunstancias posicionándose en contraste con las opiniones vigentes.

En su artículo “*Analogia in bonam partem*”¹⁰ combatió la tesis que defendía la imposibilidad de la extensión analógica de las eximentes de responsabilidad, basando su argumentación en la negación de que las normas que las regulen y contemplen, sean de carácter excepcional y, por ende, no susceptibles de aplicación analógica. A pesar de su talante positivista, nuestro autor demuestra ser capaz de dejar a un lado una postura formalista a favor de la defensa de la libertad.

El profesor sardo nunca perdió de vista el estudio del Derecho procesal penal. En este ámbito de producción científica fue uno de los primeros autores italianos que criticó la tendencia unitaria del Derecho adjetivo, propugnando la existencia de Derechos procesales específicos en relación a la rama de Derecho material a que acceden. Por su contrariedad a la *reformatio in peius* en materia penal, polemizó con CARNELUTTI, quien reconoció en nuestro autor el talante de un Maestro a pesar de su temprana edad. También en la crítica del proceso penal inquisitivo demostró, una vez más, su espíritu garantista, oponiéndose a la preeminencia de la escrituración sobre la oralidad, a las investigaciones secretas, a la blanda regulación de los derechos del imputado y a la lentitud de la substanciación de los

⁵ BETTIOL, “Ricordo di Giacomo Delitala” en *Scritti Giuridici 1966-1980, collana di studi penalistici* dirigida por G. Bettiol y P. Nuvolone, Nueva Serie Vol. XXV, Cedam, Padova, 1980, p. 165.

⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*. Publicados, 7 vols., Losada, Buenos Aires, t. I, 1950, p. 352.

⁷ JIMENEZ DE ASUA, op. et loc. cit.

⁸ LOMBROSO, por ejemplo, dedicó un opúsculo a la crítica del referido cuerpo normativo e hizo todo lo que pudo para impedir su entrada en vigencia, incluso visitando a los parlamentarios de la época, para disuadirlos. *Vid. Troppo Presto*. Appunti al nuovo progetto di Codice penale, Fratelli Bocca, Torino, 1888; cfr., para la historia fidedigna del establecimiento del Código, JIMÉNEZ DE ASÚA, op. et vol. cit., p. 350 ss.; FLORIAN, *Trattato di Diritto penale*. Publicados, 12 vols., seconda edizione, Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, Milano, vol. I, parte I, 1910, p. 134 ss.; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*. Introduzione e parte prima. Le norme sinteticamente considerate, 2 vols., Giuffrè, Milano, t. I, 1952, p. 78.

⁹ BETTIOL, “Ricordo di Giacomo Delitala”, cit., p. 171.

¹⁰ DELITALA, “L’analogía «in bonam partem»”, en *Diritto penale*, cit., t. I, p. 397 ss.

juicios¹¹. Tampoco podemos dejar de mencionar sus estudios sobre Derecho penal societario y concursal, hoy considerados verdaderas obras clásicas sobre el asunto. En ellos el autor demuestra tener conocimientos acabados de Derecho civil y comercial. Por lo demás, ese aspecto del Derecho penal había sido del todo desatendido por la doctrina de la época, de manera que los aportes de DELITALA fueron esenciales para la revitalización de su tratamiento dogmático¹².

Otro aspecto específico tratado por DELITALA, fue la relación entre Derecho penal y libertad de prensa. A este respecto, manifestó su oposición a interpretar los delitos especiales vigentes en la época, como tipos de responsabilidad objetiva.

Su postura en relación a la pena estuvo influida por el verdadero motor del pensamiento jurídico del gran jurista sardo: “*el respeto de la libertad de la persona humana, entendida, a su vez, como fin último del ordenamiento penal*”¹³. Si bien, en uno de sus escritos, no rechaza la posibilidad de la pena indeterminada, la sujeta a la exigencia de una regulación adecuada de la libertad condicional¹⁴. Rechaza una teoría retribucionista pura, sosteniendo que la pena no puede tener justificación *per se*, ya que su fin último es la corrección o enmienda del reo¹⁵. Respecto de los menores de edad y de los semienfermos mentales, critica el hecho de que en el ordenamiento italiano pueda aplicarse una medida de seguridad junto con la imposición de una pena, porque en esos casos la pena cumple dos papeles a la vez: preventivo y retributivo. A juicio del Maestro, en tales situaciones sería plausible la sustitución de la pena por una medida de seguridad.

Como se puede inferir, el abanico de temas tratados por el autor fue bastante amplio, y valiosos sus aportes científicos, pese a la heterogeneidad de aquéllos.

III. LUGAR DE LA OBRA EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA DOGMÁTICA PENAL ITALIANA. LA CONCEPCIONES BIPARTITA Y TRIPARTITA DEL DELITO.

La manera más adecuada de enfocar el estudio del delito es a través de una metodología analítica, en cuya virtud aquél es desmenuzado en sus diversos elementos constitutivos, los que a su vez se subdividen en subelementos. La conjugación de todos los anteriores erige el armazón de la teoría general del delito.

El concepto analítico de delito surge “*en la etapa de los avances científicos del final del siglo XIX y comienzos del siglo XX con la finalidad principal de que, aislando las partes componentes del delito, se profundice el estudio del desenvolvimiento interno de las normas penales, facilitando así la aplicación del Derecho, con el consecuente encuadramiento lógico de los hechos en las respectivas fases de valoración: la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*”¹⁶.

Sin perjuicio de lo dicho, es obvio que el delito es un todo, un acontecimiento unitario objeto de valoración jurídica. Por lo demás, así lo percibe el hombre común en la sociedad. Entonces, el análisis de los diversos elementos que concurren para su configuración, no es sino la metodología científica adoptada para su estudio, considerándolo como categoría conceptual sistemática. En el análisis analítico del delito es inevitable la presencia de una cierta relatividad, que permite el surgir de ciertos espacios grises, presentes entre los límites de sus diversos elementos, siendo imposible una diferenciación absoluta entre ellos.

¹¹ Para una recolección completa de la producción científica de DELITALA sobre Derecho procesal penal, *Vid. Diritto Processuale penale*. Raccolta degli scritti, vol. III (único publicado), Giuffré, Milano, 1976.

¹² *Vid.*, sobre la materia, los once artículos recolectados en *Diritto penale*. Raccolta degli scritti, cit., t. II, p. 701 y ss.

¹³ CAPPITELLI, op. cit.

¹⁴ DELITALA, “Pena relativamente indeterminata e liberazione condizionale”, en *Diritto penale*, cit., t. II, p. 555 ss.

¹⁵ DELITALA, “Prevenzione e repressione nella riforma penale”, en *Diritto penale*, cit., t. II, p. 595 ss.

¹⁶ TAVARES, *Teorías del delito*. Variaciones – Tendencias, traducción de Nelson R. Pessoa, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 1 y 2.

Ahora bien, no debe creerse que la teoría del delito haya sido creada sólo para satisfacer los caprichos del académico o por un mero afán pedagógico-sistematizador, ya que, en efecto, no sólo cumple esta última función, sino también otorga garantías de certeza jurídica, orientando al juez en la pesquisa y comprobación de la existencia de cada uno de sus elementos¹⁷, siendo, en ese sentido, una manifestación auténtica de un Derecho penal liberal y garantista, por cuanto “*tiende principalmente a garantizar la homogeneidad e igualdad en la aplicación de las normas penales*” y orienta al legislador en el proceso de producción legislativa¹⁸.

En el curso de la evolución histórico-dogmática de la teoría general del delito italiana existen dos grandes concepciones, que corresponden a dos diversas maneras de enfocar la descomposición analítica de los elementos del delito: una bipartita y otra tripartita.

La primera distingue entre hecho y culpabilidad. El hecho configura el elemento físico, naturalístico u objetivo, mientras que la culpabilidad, el elemento psíquico, moral o subjetivo. Esta tendencia, en el fondo, retoma la vieja y tradicional distinción de los clásicos italianos¹⁹.

La segunda, importada en Italia por nuestro autor desde Alemania, distingue entre hecho típico, antijuridicidad y culpabilidad.

“*La diferencia substancial entre bipartición y tripartición consiste en el modo de considerar – y de colocar – la antijuridicidad y, por tanto, de colocar al interior del delito las causas de justificación*”²⁰. A continuación, examinaremos cada una de las teorías mencionadas.

La concepción bipartita es insustentable sin la teoría de los elementos negativos del tipo. Ésta tuvo su origen en Alemania, donde se elaboró con el objeto de simplificar el tratamiento del error sobre las causas de justificación respecto de ordenamientos jurídicos que no contemplasen una norma *ad hoc*. Por cierto, este no era el caso de Italia, cuyo Código penal sí contenía una norma para la regulación de la materia, regla que privaba de relevancia penal a esa clase de error. La teoría de los elementos negativos del tipo cuenta hoy en día con una gama muy respetable de adeptos.

Según ella, las causas de justificación integrarían el tipo como elementos de carácter *negativo*, a los que se contraponen los denominados elementos *positivos*, que se traducirían en la correspondencia formal entre el hecho concreto y el tipo, desde un punto de vista descriptivo u objetivo. Por lo tanto, la configuración del hecho típico requiere, no sólo la concurrencia de los elementos positivos, sino también la falta o no concurrencia de causas de justificación. Dicho con las palabras de MIR PUIG, “*sólo son típicos los hechos: 1º) adecuados a un precepto de la Parte Especial (o excepcionalmente a los que definen las formas imperfectas de ejecución, de participación o los actos preparatorios punibles) y 2º)*”

¹⁷ DONINI, voz “Teoría del reato”, en *Digesto delle discipline penalistiche*, Associazione italiana di Diritto comparato, UTET, Torino, vol. XIV, 1999, págs (221-297) 239.

¹⁸ ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, 3 vols., seconda edizione rinnovata e ampliata, Giuffré, Milano, 1995, t. I, Art. 1-84, p. 285.

¹⁹ Cfr. CARRARA, *Programa de Derecho criminal*. Parte general, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, 10 vols., Temis, Bogotá, t. I, 1956, § 53 ss., distingue entre fuerza moral subjetiva y fuerza física del delito; PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, traducción del italiano por Hilarión González del Castillo, prologado y adicionado con arreglo al Derecho español de entonces por Feliz de Aramburu y Zuloaga, cuarta edición anotada conforme a la legislación vigente y adicionada con las doctrinas científicas modernas por Eugenio Cuello Calón, Reus, Madrid, 1936, p. 280, con respecto a la acción, considerada como de violación del Derecho, traza límites entre un lado interno del propósito y un lado externo de la ejecución; CARMIGNANI, *Elementos de Derecho criminal*, traducción de Antonio Forero Otero, revisión técnica y traducción de las notas al pie de página de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1979, p. 41, diferencia el acto de la voluntad, del acto físico.

²⁰ ROMANO, *op. et vol. cit.*, p. 289. De manera que en la concepción bipartita, la antijuridicidad es un subelemento del elemento objetivo, sin perjuicio de ciertas variantes de esta concepción, que la consideran desde un punto de vista global, como una calificación que reviste la integridad del delito con todos sus elementos, sean éstos objetivos o subjetivos. En la concepción tripartita, en cambio, la antijuridicidad goza de autonomía.

*no amparados por ninguna causa de justificación*²¹. Así las cosas, la tipicidad se concibe como *ratio essendi* de la antijuridicidad, con la consiguiente fusión entre ambas nociones.

Muchas páginas han sido escritas para tratar de defender o bien denostar esta teoría. No es nuestra intención abordar un tratamiento sistemático del asunto, sino sólo pasar revista a las críticas que se le ha formulado y tratar de establecer una vinculación entre éstas y la pugna entre las concepciones bipartita y tripartita del delito.

Una de las consecuencias lógicas de la teoría de los elementos negativos del tipo, consiste en concebir a las figuras de la Parte especial como descripciones incompletas. La construcción conceptual del tipo completo requiere, inevitablemente, un juego lógico de conexión entre las normas de la Parte especial y las que consagran las justificantes. Así, la primera crítica surge, espontáneamente, de la visión reducida de esta conexión. En efecto, no se entiende por qué, para lograr la completitud de la norma penal que enmarca el tipo, habría que conectar la norma de la Parte especial sólo con las normas que definen las justificantes y no también con las que establecen las causas de exculpación y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. Insistir en la afirmación según la cual sólo son elementos negativos del tipo la falta de causas de justificación, equivale a reconocer, implícita o explícitamente, que el hecho típico es una entidad distinta de las justificantes²².

Otra consecuencia inmanente a dicha teoría dice relación con el contenido del dolo, o sea, los elementos de éste. En términos generales, se enseña que el dolo está constituido por elementos intelectuales o representativos y elementos volitivos o afectivos. Pertenecen a la primera categoría el conocimiento de los hechos y el conocimiento del significado de los hechos. Este último se refiere a la conciencia de la antijuridicidad o ilicitud de la conducta realizada. Ahora bien, según la teoría de los elementos negativos, si las justificantes pertenecen al tipo, aunque con ese matiz de negatividad, el contenido del dolo abarcaría el conocimiento de la falta de las causas de justificación y, por ende, de la antijuridicidad de la conducta.

La teoría alemana del dolo (*Vorsatztheorie*) de los años sesenta, consideraba necesario el conocimiento de la “*ilicitud jurídica*”, es decir, exigía al agente una representación de la antijuridicidad parangonada a la del jurista, en un sentido de perfecta subsunción del hecho concreto al hecho abstracto descrito en la norma. Una variante moderada de la teoría referida, también alemana y cuya versión italiana corresponde a la llamada teoría de la ofensa, tal como permite deducirlo la misma denominación, demandaba el conocimiento de la “*lesividad jurídica*”, es decir, del interés protegido²³. Por lo tanto, para ambas corrientes de la teoría del dolo, la conciencia de antijuridicidad forma parte de éste, de manera que el error sobre las causas de justificación lo excluiría.

Sin embargo, lo anterior ha sido contestado, señalándose que no se puede confundir la noción de hecho típico, en su acepción de categoría sistemática como elemento de la teoría general del delito, con la noción de hecho típico como objeto del dolo. Según la primera de dichas acepciones, la tipicidad actúa como una noción sistemática encargada de individualizar y enmarcar, en las normas, los comportamientos calificables de ilícitos desde una perspectiva penal. En cambio, para la segunda de las significaciones aludidas, el objeto del dolo sólo abarcaría una parte o un componente de la tipicidad, que se refleja en el aspecto subjetivo del hecho. Confundir los dos aspectos, configuraría un “*vicio metodológico*” que conduce a resultados inexactos. Por lo demás, DONINI sostiene que la respuesta al problema de la conciencia de ilicitud como contenido del dolo, no depende

²¹ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª edición, Editorial B. de F., Montevideo – Buenos Aires, 2003, p. 32. Cfr. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*. Parte generale, quarta edizione riveduta e aggiornata, 2 vols., Giuffrè, Milano, 1960, t. I, p. 138.

²² Cfr. MIR PUIG, op. cit., p. 32 y 33; MARINUCCI, “Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politiche criminali”, en *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, anno XXVI, 1983, págs. (1191 a 1248) 1195 ss.

²³ Cfr. DONINI, *Teoría del reato*. Una introduzione, Cedam, Padova, 1996, p. 204 y 205, especialmente nota 15.

necesariamente de una toma de posición por una u otra concepción de la teoría general del delito, ya que se trata de un problema que debe tratarse normativa y teleológicamente²⁴.

En consecuencia, desde una perspectiva metodológica orientada teleológicamente, se entiende que cada categoría dogmática cumple ciertas funciones propias y específicas. De esa manera, es del todo preferible la tripartición, por cuanto hecho típico, antijuridicidad y culpabilidad, son categorías con funciones exclusivas. “*La función de la categoría de hecho es la de seleccionar las formas de ofensa merecedoras de sanción penal, razón por la que la categoría misma asume una connotación precipuamente penalista. Mientras que la categoría de las causas de justificación, justamente por cuanto se reconstruyen de la misma manera en todo el ordenamiento jurídico, no tiene una función exclusivamente jurídico-penal: por el contrario, las justificantes sirven para integrar el Derecho penal al ordenamiento jurídico en general*”²⁵. Además, es sabido que la aplicación de las reglas dimanantes de la teoría general del delito, debe realizarse gradualmente en el proceso penal por el juez. En efecto, él debe certificar la existencia del hecho típico, luego comprobar que es calificable de antijurídico en cuanto no exista justificante que legitime la conducta típica y, finalmente, corroborar la culpabilidad del imputado. La acreditación de todos estos elementos es unidireccional y está ordenada gradualmente, por cuanto el juez no puede saltarse ninguno de estos pasos en su proceso mental de evaluación.²⁶ Uno de los grandes méritos de “*Il fatto*”, fue el de “*ordenar conceptualmente el fenómeno de la «justificación» respecto a la irrelevancia de comportamientos que no tienen necesidad de ser justificados y, entonces, dar un orden mental procesalmente útil a las causas de «exclusión de la pena» (así denominadas técnicamente por el Código penal)*”²⁷.

Otro aspecto de la teoría que ha sido objeto de crítica, se refiere a la intercambiabilidad entre elementos del tipo y de la antijuridicidad. Para ser coherentes con los postulados de la teoría, si las justificantes son elementos negativos del tipo y si admitimos que la falta de un elemento positivo implica la falta del hecho típico, entonces la presencia de un presupuesto de un elemento negativo generaría la misma consecuencia. Sin embargo, dicha conclusión es equívoca, ya que las justificantes son estructuras que, para generar su efecto propio, actúan, como tales, con la presencia de todos sus elementos constitutivos, siendo imposible que la presencia de uno solo de ellos genere el efecto que les es propio²⁸.

La teoría en cuestión también ha sido atacada en base a una actitud pragmática y realista. Hay que recordar que las justificantes implican un conflicto entre dos normas jurídicas, una de índole penal, la norma típica, la que contempla la descripción del delito, y otra, de cualquiera otra rama del Derecho, que consagra la causa de justificación, facultando o imponiendo la realización de la misma conducta ya contemplada en el tipo. Es esta última norma la que prima en el conflicto. Por ende, en virtud del principio de no contradicción, un acto justificado lo es respecto del ordenamiento jurídico en su totalidad, porque la presencia de una causa de justificación despliega sus efectos hacia todo el ordenamiento, imposibilitando la configuración de todo tipo de responsabilidad jurídica. Si las causas de justificación son elementos negativos del tipo y si se debe tener conciencia de su falta para configurar el dolo, tal como lo sostiene la teoría analizada, ¿es realmente exigible al agente tener conocimiento de todas las causas de justificación existentes en el ordenamiento jurídico? Parece ser que una respuesta afirmativa a esta pregunta es absurda,

²⁴ DONINI, op. cit., p. 96 y ss.

²⁵ FIANDACA y MUSCO, *Diritto penale*. Parte generale, Zanichelli Editore, Bologna, 5ª edición, 2007, p. 184 ss.

²⁶ Cfr. FIANDACA y MUSCO, op. et ed. cit., p. 175 ss.; ROMANO, op. et vol. cit., p. 289.

²⁷ DONINI, op. cit., p. 201 y 202. Para evitar confusiones al lector, es bueno aclarar que el *Codice penale*, habla, en general, de “*circunstancias que excluyen la pena*”, refiriéndose a una gama de situaciones, bien diversas entre sí, en mérito a las que el sujeto no puede ser penado. Desde una perspectiva dogmática, es posible distinguir a lo menos tres criterios de valoración distintos, para una clasificación más adecuada de tales circunstancias, coincidentes con las siguientes instituciones: las causas de justificación, las causas de exculpación y las causas de no punibilidad en sentido estricto. Así lo aclaran FIANDACA y MUSCO, op. et ed. cit., p. 250 y 251, explicando, además, las consecuencias teóricas y prácticas que surgen de la distinción.

²⁸ Cfr. MARINUCCI, op. cit., p. 1197 y ss.; ROMANO, op. et vol. cit., p. 288 y 289.

a pesar de las defensas que se han esgrimido sobre la base de argumentaciones de tipo psicológico y en relación a la construcción de tipos de autor.²⁹ En definitiva, “*la teoría de los elementos negativos del tipo no encuentra un lugar, porque altera la visión correcta de la relación entre la norma que prevé la figura abstracta de un delito determinado (Verbotznorm) y el conflicto concreto regulado por la norma que prevé la causa de justificación (Erlaubnissatz, Erlaubissnorm)*”³⁰

DELITALA, con argumentos bastante contundentes, rechaza de plano la teoría de los elementos negativos del tipo, lo que se condice con su concepto formal de hecho típico, disociado de la antijuricidad y, por ende, de las causas de justificación. Afirma el Maestro que “*es «hecho» solamente el hecho en general o, en otras palabras, el hecho descrito por las normas incriminadoras especiales, aun si es cometido en condiciones de licitud*”³¹.

Por lo demás, apegándose a lo dispuesto en el Código punitivo italiano vigente en su época y su espíritu positivista, sostiene la tesis de la irrelevancia del error directo de prohibición y considera inexistente una base positivo-normativa para la sustentabilidad de una teoría de los elementos negativos del tipo.

Ahora bien, a nuestro juicio, el autor logra objetivar su concepto de hecho disociándolo de la antijuricidad, pero pagando el precio de sostener la irrelevancia penal de dicho error, justificado, por cierto, por las normas positivas vigentes en la época. Compartimos el rechazo a la teoría de los elementos negativos, pero no estamos dispuestos a pagar el mismo precio, a la luz de la evolución dogmática que ha experimentado el error de prohibición desde la publicación de “*Il fatto*” hasta la fecha, cuya relevancia ha sido incluso reconocida positivamente en algunas legislaciones³².

Antes de continuar con el punto siguiente, sentimos el deber de hacer una breve referencia ejemplificadora de las consecuencias que puede generar una prescindencia absoluta de un análisis sistemático-analítico de la noción de delito. En efecto, una consideración exacerbadamente unitaria de éste puede conducir a una “*comprensión intuitivo-emocional*”³³, con las consiguientes vulneraciones de los pilares primordiales de un garantismo penal mínimo. Fiel reflejo de lo dicho, fue la Escuela de Kiel, surgida en la Alemania de los años treinta del siglo pasado, fuertemente influida por corrientes filosóficas irracionales.

La finalidad de esta escuela fue conferir al Derecho positivo del nacionalsocialismo, una base dogmática científica. Sus principales exponentes fueron juristas de perversas intenciones, pero de una inteligencia nada despreciable, como DAHM y SCHAFFSTEIN. En lo estrictamente penal, sólo para dar algunos ejemplos ilustrativos y escalofriantes, se trató de implementar un Derecho penal de la voluntad (*Willensstrafrecht*), que significó la subrogación de un Derecho penal de acto por un Derecho penal de autor que castigaba modos de ser del sujeto; se derogó el principio de legalidad admitiéndose la analogía *contra reo*; se reemplazó manifiesta y expresamente un Derecho penal liberal por un Derecho penal autoritario; se prescindió del todo de un análisis analítico del delito, para “sentirlo” como una individualidad a través de un procedimiento intuitivo³⁴.

²⁹ Vid. MARINUCCI, op. cit., p. 1245 ss. Llama la atención la utilización de fervorosos epítetos con los que este autor crítica la teoría de los elementos negativos del tipo, llegando a calificar sus planteamientos de absurdos y monstruosos. Vid. nota 181; ROMANO, op. et vol. cits., p. 288 y 289.

³⁰ VASSALLI, op. cit., p. 557.

³¹ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 25.

³² Recordemos que artículo 5 del *Codice penale*, que consagra el principio *ignorantia legis non scusat*, fue declarado parcialmente inconstitucional por la famosa sentencia n° 364/1988 de la *Corte Costituzionale*, de manera tal que la ignorancia excusable de la antijuricidad excluye la culpabilidad y, por tanto, exime de responsabilidad penal.

³³ ROMANO, op. et vol. cits., p. 286.

³⁴ Cfr. MARINUCCI, op. cit., p. 1198 y ss.; MIR PUIG, op. cit., p. 235 y ss.; VASSALLI, op. cit., p. 535 y ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*. Parte generale, Cedam, Padova, 4ª ed., 2001, p. 105 ss.; BETTIOL y PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 78 ss., especialmente nota 26 para la abundante e interesante bibliografía.

Para concluir, podemos afirmar, sin asomo de duda, que DELITALA es uno de los pioneros del análisis analítico del delito en la historia de la dogmática penal italiana³⁵, ya que, ciertamente, fue el primer autor que logró sistematizar una concepción tripartita del delito en Italia, concepción cuya aceptación general ha sido muy resistida tanto por los juristas penales de la península como por la jurisprudencia de sus tribunales³⁶.

Por lo general, y tras el trascendente influjo del finalismo, las teorías analíticas han sido blanco de duras descalificaciones, principalmente por el hecho de que el procedimiento de abstracción que entraña la separación entre los diversos elementos del delito, no sería capaz de reflejar la realidad de las cosas. Así, entonces, se han elaborado nuevas posturas en que los elementos del delito son analizados desde distintas perspectivas, asumiendo roles polifuncionales o son remezclados entre sí, en el intento de crear figuras dogmáticas innovadoras, para satisfacer, de esa manera, supuestas exigencias de mayor coordinación al interior del sistema penal y elaboración de instituciones perfectibles capaces de abarcar un mayor espectro de situaciones y de limitar al máximo situaciones de excepción. Respecto de lo primero, se trata de ligar la teoría del delito con los fines de la pena; pero una teoría analítica opera en un plano cognoscitivo y explicativo, siendo ajena a sus papeles una armonización con los fines del *ius puniendi*. Por otra parte, en lo que atañe al grado de certeza de un sistema de teoría delito, las tendencias “modernas” están bien lejos de resolver toda la casuística de problemas existentes, quizás porque, como se dice, la teoría del delito es un proyecto sujeto a constante evolución. Basta una rápida visión aérea de la doctrina penal alemana de la última mitad del siglo pasado para percatarnos de la verdad de nuestros dichos. Analizar los pormenores de estas líneas nuevas, excede de sobra los objetivos planteados en este estudio, tomando en cuenta, además, que cada autor presenta su propio sistema con la consiguiente originalidad de matices³⁷. Lo que sí podemos afirmar, es que el aporte de DELITALA no está del todo superado, por cuanto su teoría conserva coherencia lógica y fuerza de convicción.

IV. COMENTARIO CRÍTICO DE LA OBRA

1. La construcción del concepto de hecho.

A. El enfoque del autor.

DELITALA trata de elaborar un concepto de hecho típico lo más objetivo, neutro, formal y descriptivo posible. La finalidad primera de su postura era construir un concepto de tipo dotándolo de existencia autónoma respecto de los otros elementos del delito (antijuridicidad y culpabilidad) y de la punibilidad. La principal inspiración de nuestro autor fue la doctrina alemana de la época y, específicamente, sobre todas las demás, la concepción de BELING³⁸.

³⁵ CAPPITELLI, op. cit., nota 2.

³⁶ Para una reseña de los autores y de la correspondiente bibliografía a favor de las concepciones bipartita y tripartita, en el marco de la dogmática penal italiana posterior a la publicación del “*Il Fatto*”, vid. ídem nota 27; también RIZ, “La teoria generale del reato nella doctrina italiana. Considerazioni sulla tripartizione”, en *L'indice penale*, Cedam, Padova, 1981, págs. (607-621) 608, nota 1 y p. 609, nota 7. En cuanto a la jurisprudencia sobre la materia, vid. ídem, p. 609 ss., y las notas 8, 9 y 15.

³⁷ Para comentarios más lúcidos sobre lo que aquí se plantea, cfr. VASSALLI, op. cit., p. 540 ss.

³⁸ En particular, la obra en que se expuso una teoría del hecho como elemento autónomo de la antijuridicidad y culpabilidad en el desmembramiento analítico del delito, fue *Die Lehre von Verbrechen*, de 1906. En relación al origen histórico de esa toma de posición, varios autores han sostenido que en la elaboración de esa noción del hecho, cumplió un papel esencial la influencia de la doctrina procesal del *corpus delicti*, en cuya virtud se definía el “cuerpo del delito” como el conjunto de elementos exteriores atribuibles al autor del hecho. Gracias a la evolución de la procesalística penal, ese concepto fue trasladado a la órbita del Derecho penal sustancial, en la que además de tener una relevancia propiamente procesal, adquirió un fundamento dogmático material. Vid. FIANDACA, voz “Fatto nel Diritto penale”, en *Digesto delle discipline penalistiche*, Associazione italiana di Diritto comparato, vol. V, UTET, Torino, vol. V, 1995, págs. (152-160), p. 153 y 154.

Los contemporáneos tudescos de nuestro autor volcaron su atención a tratar de superar el concepto tradicional de *Tatbestand*, que no hacía más que reflejar en lo penal el concepto civilista de hecho jurídico. En términos generales, se entiende por hecho jurídico cualquier acontecimiento que produzca consecuencias de Derecho. Así, en el marco del *ius puniendi*, el hecho, para ser tal, necesitaba todos los requisitos necesarios para la aplicación de una pena, identificándose con el concepto de hecho punible. Aun en nuestros días, ciertos autores³⁹ califican ese concepto de hecho, de lato o amplio, contraponiéndolo a un concepto de hecho estricto o restringido (*engeres* o *besonderes Tatbestand*), que es, en definitiva, el concepto reelaborado por DELITALA en Italia, siguiendo la línea de la doctrina alemana de su época.

Un primer intento de superación del vetusto concepto de *Tatbestand* fue distinguir entre *Tatbestand* objetivo y *Tatbestand* subjetivo, siendo ésta una visión coincidente con la concepción bipartita de la teoría del delito, a cuyas características y crítica ya nos hemos referido.

Para la tripartición, conforman el hecho en sentido estricto “*todos los elementos materiales atribuibles al agente*”⁴⁰ y, agrega BETTIOL, “*que pueden ser subsumidos en un esquema de delito*”⁴¹. Tales elementos, básicamente, son la acción y el resultado ligado causalmente a ella, los que varían dependiendo del tipo legal de que se trate⁴². Por ende, se trata de una concepción clásica del hecho típico, en virtud del cual se lo concibe como la reunión del conjunto de elementos objetivos y descriptivos de un hecho delictivo específico y determinado, precisamente porque se refieren a la realización propiamente material del hecho.

En Italia, como es sabido, la evolución de la dogmática penal estuvo marcada por la famosa lucha entre la Escuela clásica y la Escuela positiva, sin perjuicio de la existencia de una Escuela ecléctica, denominada *Terza Scuola*, y de ciertos aires de renovación ofrecidos por la dirección técnico-jurídica. Las diferencias entre tales corrientes de pensamiento estriban, básicamente, en la delimitación del objeto de estudio y en la determinación del método adoptado⁴³. Querer encasillar a nuestro autor en alguna de las escuelas citadas es de suma dificultad. Parece ser que la opinión más acertada es la que lo califica como un exponente de la concepción clásica del delito, debido a su planteamiento prevalentemente naturalístico⁴⁴, aunque sus teorías contienen una serie no menor de matices que escapan de la cosmovisión estrictamente causalista del clasicismo. En lo que atañe las escuelas italianas, se podría afirmar que es un autor que, en parte, recibe el influjo del causalismo de la *Scuola positiva* y, en la parte restante, se empapa del normativismo del tecnicismo jurídico; pero no sería posible un encuadramiento certero de la figura de DELITALA en algunas de estas dos escuelas tradicionales. La dificultad de ubicar nuestro autor en alguna corriente de pensamiento, demuestra la verdad de lo sostenido por VASSALLI, cuando afirma que “*toda obra, aun legítima y altamente encomiable, dirigida a insertar en la teoría general del delito determinadas escuelas en relación a su manera de manifestarse y organización temporal, tiene, en sí misma, algo de relativo. Existen estudiosos que no se dejan encuadrar del todo en su tiempo y existen intuiciones tanto de un presupuesto ideológico cuanto de una inclinación política [...]. La obra de Delitala mantiene una posición peculiar por su sólida inserción en el corazón de la doctrina italiana entre dos Códigos de una importancia científica notable*”⁴⁵. Más adelante, en las conclusiones,

³⁹ ROMANO, op. et vol. cit., p. 289.

⁴⁰ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 86.

⁴¹ BETTIOL y PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, 12ª ed. riveduta e integrata, Cedam, Padova, 1986, p. 265.

⁴² FIANDACA, “Fatto nel Diritto penale”, cit., p. 154.

⁴³ Para el estudio de la evolución histórica de la dogmática italiana, cfr. MIR PUIG, op. cit., p. 154 ss.; COSTA, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, traducción, prólogo y notas de Mariano Ruiz-Funes, UTEHA, México, 1953, p. 151 ss.; SÁINZ CANTERO, *La ciencia del Derecho penal y su evolución*, Bosch, Barcelona, 1970, p. 45 ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., t. II, 1950, p. 29 ss.; FIANDACA y MUSCO, op. et ed. cit., p. XXI ss.

⁴⁴ JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*. Parte general, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, cuarta edición completamente corregida y ampliada, Comares, Granada, 1993, p. 183, nota 27.

⁴⁵ VASSALLI, op. cit., p. 532.

aventuraremos un juicio personal sobre el peliagudo dilema de dar a “*Il fatto*” una ubicación histórico-dogmática. Antes de ello, es necesaria una exposición de los diversos aspectos del sistema del italiano de teoría del delito.

Ahora bien, una vez esbozadas las peculiaridades del concepto del italiano de hecho, nos referiremos a algunos de sus defectos. La gran falencia de tal concepto es la de ser incapaz de englobar algunas categorías de elementos típicos. En efecto, los tipos penales no sólo están integrados por elementos de tipo objetivo-material, sino que existen además otros elementos, de una naturaleza bien diferente, cuya apreciación requiere, inevitablemente, una valoración. Se trata de los elementos subjetivos y los elementos normativos del tipo. Ambas categorías fueron objeto de identificación dogmática durante los años treinta del siglo pasado, los primeros a cargo de autores como HEGLER, FRANK y MEZGER, y los segundos, de MAYER. Nuestro autor, quien siempre elaboró sus teorías tomando en consideración el Derecho vigente, no desconoce la existencia de estas tipologías de elementos por su innegable presencia en ciertas normas penales positivas. Sin embargo, en el afán mantener intacta la materialidad, neutralidad y objetividad de su concepto, no les otorga una connotación y denominación propias y rechazó la posibilidad de sistematizarlos de una manera especial. DELITALA trata de rescatar el aspecto material u objetivo de tales elementos para mantenerlo encerrados en el marco conceptual del tipo, dejando así para el estudio de la antijuridicidad o de la culpabilidad los perfiles normativo y subjetivo, respectivamente. En el fondo, trata de desmembrar conceptos dotados de unidad y autonomía.

Cabe hacer presente que, de una manera directa o indirecta, la configuración de tales elementos, de apreciación insoslayablemente valorativa⁴⁶, no deriva sino del proceso de teleologización del Derecho penal⁴⁷.

Independientemente de las críticas que se pueda formular al concepto analizado, más bien fruto de la evolución natural de todo saber que consecuencia de un planteamiento erróneo del autor, no se puede negar sus aportes al estudio conceptual del tipo como elemento del delito. Por lo demás, no debemos olvidar, recordando el decir de JUAREZ E. X. TAVARES, que “*la noción de tipo vino a revolucionar íntegramente el Derecho penal de tal modo, que después de eso todas las construcciones sistemáticas del delito parten incuestionablemente de su presupuesto. En efecto, fue con el concepto de tipo que se tornó posible la formulación del concepto analítico del delito*”⁴⁸. Por lo mismo, se asigna al concepto de hecho típico el papel de “piedra angular” de la teoría del delito⁴⁹.

B. El hecho típico y su relación con los otros elementos del delito: antijuridicidad y culpabilidad.

i. Hecho y antijuridicidad.

Al abordar el análisis de la antijuridicidad, DELITALA enfoca el problema desde distintas perspectivas. Por una parte, trata de distinguir la antijuridicidad de la culpabilidad y, por otra, se encarga de delinear, con extrema claridad, los confines existentes entre la primera y el hecho típico. Lo hace orientado por la gradualidad ingénita a la teoría del delito, de manera que el primer lugar en la comprobación de la concurrencia de sus

⁴⁶ Al respecto, interesante es la opinión de WOLF en *Von Wesen des Täters*. Mohr, Tübingen, 1932, quien arguye que todo elemento de tipo, hasta aquellos que parecen ser más objetivos, al fin y al cabo, requiere de una valoración para su correcta apreciación.

⁴⁷ El mejor exponente de una concepción teleológica del Derecho punitivo es BETTIOL y PETTOELLO MANTOVANI, para quien la vinculación de la misma con la Jurisprudencia de valores, permite fundamentar un sistema de Derecho penal protector de bienes jurídicos, tanto en lo que se refiere a la construcción de conceptos individuales, como generales. Cfr. BETTIOL y PETTOELLO MANTOVANI, op. et ed. cit., p. 83 ss.; BETTIOL, *El problema penal*, traducción de José Luis Guzmán Dalbora, prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 125 ss.

⁴⁸ TAVARES, op. cit., p. 21.

⁴⁹ MARINUCCI, op. cit., p. 1206. En sentido crítico, RIZ, op. cit., p. 613.

elementos corresponde al hecho típico, el segundo, a la antijuridicidad, y el tercero y último, a la culpabilidad. En las explicaciones sucesivas, sin embargo, nos referiremos, primeramente, a los argumentos con que DELITALA excluye de la culpabilidad la antijuridicidad, para luego tratar la separación entre ésta y el hecho típico. Consideramos que dicho orden explicativo puede contribuir a comprender de mejor manera los aportes de nuestro autor.

Para diluir confusiones conceptuales en el estudio de la teoría del delito, el profesor sardo, como ya lo hemos mencionado, separa la antijuridicidad de la culpabilidad, otorgando a la primera un lugar antecedente respecto de la segunda y concluyendo que aquélla es un presupuesto de ésta, ya que “*el ordenamiento jurídico valora antes las acciones humanas según su dirección objetiva y considera si contrastan o no con los propios fines; después, sobre la base de aquella valoración, impone a los súbditos comportarse de un modo en vez de otro o, en otras palabras, no ejecutar culpablemente las acciones que repunte contrastantes con sus propios fines o, más brevemente, acciones antijurídicas [...]. Se puede indagar si una acción es culpable o no, en la medida en que se haya afirmado precedentemente su carácter de acción antijurídica*”⁵⁰. Mediante esta distinción, se consolida una función valorativa de la norma jurídica, antecedente a su función de determinación (también denominada imperativa o de orden).

Sin embargo, aún más relevante es la diferenciación entre hecho típico y antijuridicidad. No se debe olvidar que es la teoría de los elementos negativos del tipo la que lleva implícita la fusión entre ambas instituciones. El mayor problema por resolver, para el logro de una separación conceptual entre ellas, lo constituye la presencia de un denominador común, cual era la naturaleza objetivo-formal de dichos conceptos. Así, no es casualidad que en la concepción bipartita, hecho y antijuridicidad integren la dimensión objetiva del delito⁵¹.

DELITALA, frente a la pregunta de si es hecho, sólo el hecho típico antijurídico, responde negativamente: “*es «hecho» solamente el hecho en general o, en otras palabras, el hecho descrito por las normas incriminadoras especiales, aun si es cometido en condiciones de licitud*”. En efecto, conceptualmente se debe “*separar los elementos o las condiciones constitutivas del hecho, o sea, los elementos propios y característicos de los tipos delictivos individuales, del requisito de la antijuridicidad, que es una condición común e indefectible de cualquier delito*”⁵².

Tras haber perfilado las distinciones anteriores, la antijuridicidad se presenta como contrariedad al Derecho, es decir, como una relación de contradicción entre el hecho típico y la norma jurídica⁵³. Se trata de una noción netamente formal y objetiva que va de la mano con el principio de legalidad. En ese orden de ideas, es una manifestación de un Derecho penal liberal, ya que uno de sus principios es el de “*la completitud del ordenamiento jurídico, que no sufre de lagunas, de fracturas o contradicciones, las que determinan al juez a asumir el papel de legislador. La neta demarcación entre lo lícito y lo ilícito postula necesariamente una limitación de los poderes del magistrado [...]. Todo lo que está más allá del concepto o de la regla jurídica depurada, justamente, es metafísica jurídica, es política, es sociología, es moral, pero no es Derecho*”⁵⁴. Sin embargo, y a pesar de todo lo

⁵⁰ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 13.

⁵¹ A propósito de la naturaleza objetiva como común denominador de hecho y antijuridicidad, un autor crítico de muchos aspectos del sistema tripartito delitaliano, a pesar de rechazar la concepción de la antijuridicidad del Maestro, acepta, “*para la construcción sistemática de la teoría del delito y, especialmente, para la solución correcta de muchas cuestiones controvertidas*”, la existencia de un “*aspecto objetivo de la antijuridicidad*”, concepto que se asemeja al de DELITALA, a pesar del matiz terminológico y de las diferencias de posición. Vid. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., t. II, 1952, p. 12 ss.

⁵² DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 25.

⁵³ ANTOLISEI, op. et vol. cit., p. 137; MAGGIORE, *Derecho penal*. El Derecho penal ~ el delito, traducción de José J. Ortega Torres, prefacio por Sebastián Soler, 5 vols., Temis, Bogotá, t. I, 1954, p. 381.

⁵⁴ BETTIOL y PETTOELLO MANTOVANI, op. et ed. cit., p. 341, quienes en las páginas sucesivas advierten la necesidad de dotar de contenido a la antijuridicidad, evitando, por cierto, su evasión de las barreras normativas legales. Cfr. ROMANO, op. et vol. cit., p. 298, que relaciona esta materia con el carácter graduable de la antijuridicidad; DONINI, voz “Teoría del reato”, *Digesto delle discipline penali*, Associazione italiana di Diritto comparato, UTET, vol. XIV, Torino, 1999, p. 240; ROMANO, op. et vol. cit., p. 298.

dicho, no se puede sostener que el contenido de la antijuridicidad sea absolutamente formal. Una cosa es su noción como relación de contradicción entre hecho y norma de Derecho, y otra cosa es su contenido, a saber, la tutela de bienes jurídicos. Desde esa perspectiva se habla de una antijuridicidad material.

Por cierto, tanta dosis de objetividad en la definición de la antijuridicidad acarrea ciertos problemas dogmático-estructurales. Uno de ellos está dado por la imposibilidad de incluir entre sus confines, los denominados elementos subjetivos de lo injusto, portadores de la presencia de un momento subjetivo en la relación de contrariedad explicada. Entonces, la innegable existencia de tales elementos, creación dogmática de MAYER, obliga a negar la absoluta objetividad del juicio de antijuridicidad: se trata, más bien, de un juicio *predominantemente* objetivo⁵⁵.

Sin embargo, en lo que respecta el penalismo italiano, la teoría de los elementos subjetivos del tipo no tuvo mucha fortuna y, en general, no fue acogida por los juristas. En efecto, los penalistas peninsulares, en su mayoría, fueron reacios a la idea de otorgar autonomía a tales elementos y de concebirlos con independencia de la culpabilidad. Frente a la problemática de crear una teoría que permitiese explicar lógicamente la presencia de tales elementos en los tipos sin desvincularlos de la culpabilidad, los italianos elaboraron una distinción en materia de dolo, entre dolo genérico y dolo especial o específico: el primero, presente en todo delito doloso, se configura con la conciencia y voluntad de ejecutar el hecho; el segundo, sólo presente en delitos que exigen la concurrencia de elementos subjetivos de lo injusto, estaría constituido por este *plus* psicológico, atendida la exigencia de un propósito especial en ciertos tipos legales.

Las críticas formuladas contra la noción de dolo específico son numerosas y contundentes. Abarcarlas todas en este Estudio preliminar sería un exceso. Quizás la más certera, sólo a modo de ejemplo, es aquella que refuta la naturaleza misma del concepto de dolo específico, ya que todo dolo es específico *per se*, siendo imposible distinguir con claridad una dupla conceptual de generalidad y especificidad. Otra crítica importante, señala que el dolo podría faltar por un error de tipo o de prohibición, pero el elemento subjetivo de lo injusto, subsiste sin problema alguno, de manera que no sería posible explicar la vinculación entre ambos. Paradigmático es el caso del mandatario al que se encarga la custodia de una cosa y que, confundiéndola como suya o creyendo contar con el consentimiento de dueño, dispone de ella. El error de tipo de la primera hipótesis o el error de prohibición de la segunda, excluyen en entrambos casos el dolo y en nada afectan el *animus rem sibi habendi* del hechor⁵⁶.

Pasando a otro aspecto, en el tratamiento que “*Il fatto*” dedica a la antijuridicidad llama poderosamente la atención el hecho de que la mitad del capítulo pertinente⁵⁷, se aboque a la exposición de las diversas teorías existentes a la sazón para la explicación de las referencias explícitas de ilicitud en la redacción de los algunos tipos penales, mediante expresiones como “abusivamente”, “arbitrariamente”, “ilegítimamente”, “indebidamente” y

⁵⁵ No podemos dejar de mencionar que un concepto de esa índole también es inconciliable con ciertas tendencias doctrinales más subjetivistas del Derecho penal, por ejemplo, el finalismo, ya que éstas conciben la antijuridicidad a la manera de un injusto personal. En efecto, el juicio de antijuridicidad se impregna de la mixtura de objetividad y subjetividad propia del tipo, ya que en éste, según dicha postura, está inserto el dolo. Sobre la base de lo dicho, la antijuridicidad exhibe dos aspectos: el aspecto objetivo, que se identifica con un desvalor de resultado, referido a la lesión de bienes jurídicos, y el subjetivo, que implica un desvalor de acción, vinculado al autor.

⁵⁶ Tales ejemplos los tomamos de una monografía de POLITOFF sobre la materia, a la que nos remitimos para una exposición de las reacciones del penalismo italiano frente a la teoría de los elementos subjetivos del tipo y para las críticas al concepto de dolo específico. Cfr. *Los elementos subjetivos del tipo legal*, revisión general por el profesor José Luis Guzmán Dalbora, 2ª ed., editorial B. de F., Buenos Aires-Montevideo, 2008, p. 39 ss. y 66 ss., respectivamente; véase, además, FIANDACA, “Fatto nel Diritto penale”, cit., p. 155 y 156, donde este autor termina por sostener la imposibilidad de negar la presencia de elementos subjetivos del tipo y del injusto, estimando positiva la consideración de tales elementos en el terreno de la tipicidad, en la medida en que contribuyan a la determinación de la noción del hecho típico en cada caso específico.

⁵⁷ DELITALA, *Il fatto*, cit., primera parte, capítulo I, § 2.

otras de semejante jaez. La finalidad científica que motivó al Maestro al análisis exhaustivo de este problema fue demostrar si tales referencias configuraban o no elementos del hecho típico, siendo no pocos los autores que les atribuían esa naturaleza. En cuanto a la nomenclatura, se habla de antijuridicidad especial o expresa, contrapuesta a antijuridicidad genérica, referida a tipos en los que no existen referencias explícitas de ilicitud, siendo ésta, por cierto, la regla.

DELITALA, entonces, con un lenguaje pulcro, claro y elegante, pasa revista crítica a las diferentes teorías que trataban de otorgar una explicación teórica al dilema.

Manteniendo coherencia con el resto de la obra, llega a las siguientes conclusiones:

- 1) Es improcedente una diferenciación entre antijuridicidad general y antijuridicidad especial basada en el criterio de la ausencia o presencia, en la redacción típica, de referencias expresas de ilicitud, por cuanto la antijuridicidad es un concepto neutro, de tal manera que un hecho es lícito o ilícito dependiendo de las circunstancias en que se comete, con prescindencia de la distinción aludida.
- 2) La teoría que sostiene que los casos de antijuridicidad expresa son normalmente lícitos y excepcionalmente antijurídicos, mientras que los demás son normalmente ilícitos y excepcionalmente lícitos, no es soportable sociológica ni dogmáticamente. En efecto, no tiene sustento estadístico en la realidad. Más bien, se trata de un intento subrepticio de burlar la rigidez de la ley en relación al tratamiento del error de prohibición, ya que, una vez más, se trata de incluir en el contenido del dolo la posibilidad de conocimiento de la ilicitud, a fin de revestirlo de fuerza eximente.
- 3) Asimismo, contrasta otras posiciones, como la que sostiene la necesidad de tales referencias expresas de ilicitud para trazar un confín exacto entre lo lícito y lo ilícito, o la que señala que el consentimiento del ofendido sólo operaría en los tipos con antijuridicidad especial, o la que defiende la posibilidad de justificación en virtud de normas consuetudinarias. La primera, es rechazada en base a argumentos similares a los ya señalados. La segunda, por ser del todo falaz, ya que el consentimiento no exige como requisito la presencia de una referencia explícita de antijuridicidad en el tipo. Finalmente, respecto de la tercera, si bien nuestro autor admite la posibilidad de que el Derecho consuetudinario pueda justificar conductas típicas, matiza esta idea arguyendo que se trata de una interpretación “*evolutiva*”, es decir, una hermenéutica que permite adaptar las normas al curso de la historia. De todas formas, el efecto justificante opera prescindiendo de la referencia expresa de ilicitud.

El Maestro sardo concluye diciendo que la única justificación de la explicitación de la ilicitud es una razón de oportunidad técnico-legislativa, a fin de advertir al juez respecto de casos que pueden hallarse justificados por alguna norma de Derecho penal o de otra rama del ordenamiento jurídico⁵⁸.

Concluimos este acápite con un par de aclaraciones.

La primera se refiere a una distinción adicional realizada por el profesor de Milán, cual es, aquella que separa la antijuridicidad objetiva de la antijuridicidad penal. Esta última es equivalente a la punibilidad, mientras la primera es la antijuridicidad propiamente tal, considerada como elemento del delito. Es una distinción superflua, porque mezcla planos

⁵⁸ Comparte la misma opinión ROMANO, op. et vol. cit., p. 302. Cabe hacer presente que este autor, a diferencia del resto de los autores que utilizan indistintamente las denominaciones de antijuridicidad expresa o especial, reserva esta última nomenclatura a los casos de antijuridicidad extrapenal, es decir, aquellos en que la relación de contradicción se genera no sólo respecto de una norma de *ius puniendi*, sino además, con otras normas del ordenamiento que, por lo general completan el tipo. Por ende, la distingue de la antijuridicidad expresa, o sea, de la presencia de expresiones verbales en el tipo, referidas a la ilicitud. Cfr. BETTIOL y PETTOELLO MANTOVANI, op. et ed. cit., p. 344 ss., quienes descartan derechamente la utilidad dogmática de la distinción, al igual que JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., t. II, p. 877, quien llega a la conclusión de que una expresión de antijuridicidad no es “*otra cosa que un elemento normativo indebida e impacientemente incrustado en lo que debió ser una descripción típica sin más alcance que el cognoscitivo y sin más propósito que el de concretizar o señalar lo injusto*”; FIANDACA y MUSCO, op. et ed. cit., p. 186 ss., comparten la postura de DELITALA en cuanto a la finalidad de la institución, sin perjuicio de señalar que en ciertos casos sólo configuran “*redundancias retóricas o excrecencias normativas*”.

de análisis diferentes. En efecto, una cosa es la configuración del delito a través de la reunión de sus elementos constitutivos y otra, bien distinta, es la punibilidad, es decir, la consecuencia jurídica generada por el delito.

La segunda se refiere al hecho de que DELITALA no acepta expresamente que la tipicidad sea indicio de la antijuridicidad, lo que guarda consecuencia con su conceptualización de hecho típico. En efecto, el hecho es lícito o ilícito, dependiendo de las circunstancias relacionadas con su comisión. Para los partidarios del efecto indiciario de la tipicidad, el hecho típico generalmente es antijurídico a menos que se configure una causa de justificación⁵⁹.

ii. Hecho y culpabilidad.

A continuación nos referiremos al tratamiento que “*Il fatto*” destinó a la culpabilidad, “*problema central del Derecho penal*”, por ser “*el que, más que otros, atrae la atención de los profanos y de los estudiosos, porque en él se refleja inmediatamente la orientación mental del investigador*”⁶⁰.

También la culpabilidad es depurada de manera tal que no pueda ser confundida con otros elementos del delito y, especialmente, con el hecho típico.

En una primera aproximación, DELITALA niega tajantemente que el elemento psíquico del delito pueda formar parte del concepto de hecho típico. En términos elementales, escribe, el dolo es voluntad del hecho. Por ende, éste último es objeto de esa voluntad, de ese querer, de manera que ni lógica ni conceptualmente puede haber identidad o yuxtaposición entre ambas nociones. En efecto, “*si el hecho debe ser, regularmente, querido por el agente, ¿cómo se puede sostener que la misma voluntad constituya un elemento del hecho?*”

También quien comprende en el término hecho tanto el elemento material como el psíquico, posteriormente es constreñido a distinguir, en el seno de este más amplio concepto, los dos momentos que lo constituyen, a menos que no quiera considerar de la misma manera el objeto del querer y el acto del querer: el hecho y la culpabilidad. Es mejor, entonces, designar los dos conceptos con dos nombres diferentes, y llamar hecho al hecho y culpabilidad a la culpabilidad. Se gana en simpleza y se evita una vez más el peligro de posibles confusiones”⁶¹.

Además, como matiz adicional, agrega que el hecho típico no puede ser definido en función de la culpabilidad. Aquél, para ser tal, no necesita estar revestido de ésta, ya que de lo contrario se producirían ciertas incoherencias. Por ejemplo, la dogmática sería incapaz de aportar una explicación adecuada respecto de los casos de responsabilidad objetiva. Si éstos están contemplados en el ordenamiento, no se les puede negar el carácter de hechos típicos argumentando que carecen de culpabilidad.

Por otra parte, el hecho tampoco puede conceptualizarse en función de la voluntad. En efecto, para nuestro autor no es posible equiparar hecho con hecho voluntario, ya que, por ejemplo, los hechos culposos no son voluntarios en un sentido puro, en relación al resultado⁶² y, sin embargo, no por ello dejan de ser típicos.

La postura delitaliana sobre la relación hecho-culpabilidad no parece falta de asidero. Sin perder el norte fijado por el gradualismo de una teoría analítica del delito, la culpabilidad se ubica detrás de la última puerta cuya apertura es necesaria para la configuración del maleficio o, utilizando otra metáfora figurativa, constituye el último “*peldaño que es necesario subir inevitablemente, para juzgar sobre la punibilidad de una acción individual*”⁶³. Así, siguiendo la descripción de ROMANO, “*culpable, entonces, es el*

⁵⁹ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 92.

⁶⁰ BETTIOL, *El problema penal*, cit., p. 153.

⁶¹ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 43.

⁶² DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 50 ss.

⁶³ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 88.

*hecho y sólo el hecho típico ilícito, porque al Derecho penal no interesan otros hechos. Por ende, un hecho típico ilícito puede no ser culpable, pero culpable no puede ser sino un hecho típico ilícito. La culpabilidad presupone la antijuridicidad, pero no al revés*⁶⁴.

En relación a la estructura de la culpabilidad, el profesor de Milán, influido por la doctrina alemana⁶⁵, se muestra adherente a la concepción normativa. “*La culpabilidad es algo personal y exquisitamente subjetivo, que consiste, en su momento normativo, en la desaprobación jurídica del agente y, en su momento psíquico, en una relación psicológica entre el hecho y su autor*”⁶⁶. Por ende, para la configuración de la culpabilidad, la mera vinculación causal psíquica entre sujeto y objeto es insuficiente. Al dolo o a la culpa debe adherir un juicio de reprobación de la voluntad del agente respecto del ordenamiento jurídico: la reprochabilidad. Así, utilizando una célebre expresión de nuestro autor, culpable es un hecho doloso que “*no se debía querer*” o un hecho culposo como hecho involuntario que “*no se debía producir*”⁶⁷. En entrambos casos, el común denominador, justamente, es una actitud contraria al ordenamiento jurídico, por lo que debe rechazarse la crítica según la que el juicio de valoración propio de esta concepción (la reprochabilidad), se coloca en un plano moral; todo lo contrario, se trata de una valoración jurídica ingénita al mundo del Derecho⁶⁸.

La concepción psicológica de la culpabilidad es insostenible a la luz de las críticas que se le formularon en su momento, de las que rescatamos las siguientes:

1. No es una verdadera teoría de la culpabilidad, porque implica subdividir el concepto de culpabilidad en dos: por una parte, el dolo, que contiene una relación psíquica de conocimiento y voluntad y, por otra, la culpa, portadora de una relación de previsibilidad⁶⁹. Sin embargo, la culpa requiere insoslayablemente una valoración, por su condición de contrariedad a un deber⁷⁰.
2. Es incapaz de explicar ciertas situaciones de culpabilidad, como es el caso de la culpa inconsciente o sin representación.
3. También es incapaz de explicar situaciones de inculpabilidad, por ejemplo, casos de exculpación no previstos en la ley o ciertos casos de inimputabilidad en los que, estrictamente hablando, puede existir un nexo psicológico entre agente y resultado. En el fondo, para esta teoría una causa de exculpación debía quebrar el nexo psicológico en cuestión, y la única capacitada para ello es el error.
4. Imposibilita una graduación de la culpabilidad sobre la base de criterios adecuados, que no se basen en lo meramente psicológico del agente.

En cambio, la adhesión a la teoría normativa supone algunos avances en la sistemática de la teoría del delito. El más importante de todos, es la construcción de un concepto genérico de culpabilidad, basado en un juicio de reprochabilidad y con una base material, dada por la exigibilidad de la conducta conforme a Derecho. Así las cosas, el dolo y de la culpa se consideran elementos de la culpabilidad, y no modos de ser de ella.

Además, permite la posibilidad de graduar el juicio de reproche, de manera que la culpabilidad también puede ser objeto de graduación.

⁶⁴ ROMANO, op. et vol. cit., p. 303.

⁶⁵ Vid. la numerosa bibliografía tedesca citada por el autor en *Il fatto*, cit., nota 119, p. 63.

⁶⁶ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 46 y 47.

⁶⁷ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 63.

⁶⁸ FIANDACA y MUSCO, op. et ed. cit., p. 315.

⁶⁹ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 62 ss.

⁷⁰ Así las cosas, tiene razón BETTIOL cuando señala que “*el concepto de orden, cuando se lo quiere encontrar a toda costa, violenta las individualidades singulares y las priva de su contenido más característico; y esto es precisamente lo que ha sucedido con el dolo y la culpa [...] ¿Cómo se puede sistematizar dolo y culpa bajo un concepto superior de orden que no reproduce las características más vistosas de uno de los conceptos que hay que subsumir? ¿Esto es violencia, esto es extender sobre un lecho de Procusto una noción, en obsequio a un criterio que no tiene pleno derecho de ciudadanía en el campo de las ciencias jurídicas!*”. *El problema penal*, cit., p. 155 y 156.

Finalmente, permite identificar la imputabilidad como un presupuesto de la culpabilidad, porque el juicio de reproche sólo es dirigible en contra de un sujeto imputable. Por ende, el inimputable sólo puede ejecutar un acto típico antijurídico, pero no un delito.

Sin lugar a dudas, la concepción normativa de la culpabilidad demuestra mayor apego a un Derecho penal garantista y liberal, porque el objeto de la reprochabilidad no puede ser sino el hecho, jamás el autor. A este último sólo se puede reprochar por lo que ha hecho y no por lo que él es. Por lo mismo, la referencia a la subjetividad del agente debe permanecer siempre anclada en una dimensión objetivo-material.⁷¹ Además, la concepción normativa utiliza un parámetro adicional para la formulación del juicio de culpabilidad, referido a la exteriorización de la voluntad en una situación contextual determinada, ya que si la anormalidad de las circunstancias es tal que no puede exigirse al sujeto una voluntad distinta de la efectivamente concretada, es imposible la configuración de su culpabilidad. Estamos hablando de la no exigibilidad de otra conducta como fundamento de la exculpación, que permite expandir el número de causas de inculpabilidad y otorgar eficacia exculpante incluso a casos de inculpabilidad supralegal. En definitiva, la concepción normativa de la culpabilidad es un aporte de la irrupción de la Filosofía de los valores en el campo del Derecho penal. Siendo éste una ciencia valorativa, debe entenderse que “*no es el nexa psicológico como tal, sino la valoración de dicho nexa en relación con las exigencias de una norma, lo que da significado a la doctrina de la culpabilidad*”⁷².

C. Vinculación del concepto con la punibilidad.

Uno de los problemas con que DELITALA tuvo que enfrentarse al escribir esta obra, fue definir su postura sobre la relación hecho-punibilidad. Dicho problema consiste en determinar si el concepto de hecho comprende el conjunto de elementos necesarios para la aplicabilidad de la pena (concepción extensiva del hecho) o si engloba sólo las circunstancias objetivas atribuibles al autor del delito (concepción restrictiva del hecho).

De acuerdo al sistema delitaliano, la punibilidad no puede ser considerada un elemento necesario para la configuración del delito, sino, más bien, consiste en la consecuencia jurídica que éste genera, es decir, la aplicación de la pena⁷³. Por lo demás, la punibilidad es ajena al desvalor de que es portador todo delito, ya que, en efecto, a pesar de la configuración de un tipo penal y de la concurrencia de todos sus elementos, el legislador, por razones de diversa índole, puede subordinarla a la existencia de circunstancias extrínsecas al hecho o puede excluirla sin que el delito deje de tener carácter de tal, con las reprobaciones normativas o ético-morales implícitas en él⁷⁴.

En el texto se trata la primera de las dos hipótesis, coincidente con el estudio de las condiciones objetivas de punibilidad. El profesor sardo aclara que éstas son absolutamente extrañas tanto al hecho típico, como al sujeto que lo ejecuta y al delito en general. Más bien, se trata de circunstancias cuya concurrencia se requiere para la configuración de la punibilidad respecto de tipos legales determinados. Son condiciones no directamente vinculadas a la vulneración del bien jurídico, sino, más bien, al interés del legislador de no aplicar la pena si el acontecimiento de tales condiciones no se acredita en un proceso penal⁷⁵.

La mayoría de los juristas alemanes e italianos que en la época inmediatamente anterior a la publicación de “*Il fatto*” se adentraron en el estudio de tales condiciones, admitía que eran elementos extrínsecos al hecho típico. Sin embargo, como bien advierte

⁷¹ Para una mayor profundización de lo que aquí se expone sintéticamente, cfr. ROMANO, op. et vol. cits., p. 307 ss.

⁷² BETTIOL y PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 430.

⁷³ Cfr. GRISPIGNI, op. cit., t. II, p. 16; ANTOLISEI, op. et vol. cits., p. 532.

⁷⁴ Cfr. VASSALLI, op. cit., p. 554, cita la distinción de la doctrina alemana, entre merecimiento de pena (*Strafwürdigkeit*) y necesidad de pena (*Strafbedürftigkeit*), distinción que refleja las diferencias entre las circunstancias atribuibles al agente necesarias para la existencia del delito y otras condiciones, independientes del autor, más bien relacionadas con el interés del Estado de que la pena no se aplique.

⁷⁵ GRISPIGNI, op. cit., t. II, p. 17.

nuestro autor, el problema estriba en la determinación del concepto de hecho. Relacionado con lo dicho, señala DELITALA que “*las relaciones que pueden interceder entre el agente y el hecho son dos, una objetiva y otra subjetiva: la culpabilidad y la causalidad. En consecuencia, para que una determinada circunstancia pueda considerarse como una condición extrínseca de punibilidad, es preciso, en nuestro concepto, que entre ella y la acción delictuosa no exista ninguna de estas dos relaciones. Más brevemente, son extrínsecas al hecho las circunstancias que quedan fuera de la causalidad y la culpabilidad*”⁷⁶.

Por ende, para ser consideradas como tales, las condiciones objetivas de punibilidad deben ser circunstancias que no tengan relación causal alguna con la conducta del autor y, además, que no hayan sido objeto de su voluntad. La diferenciación entre elementos constitutivos del hecho y condiciones objetivas de punibilidad, en el fondo, pasa por la identificación de las respectivas funciones que les confiere la ley penal. Así, desde un punto de vista formal, el criterio más acertado es el que permite afirmar la configuración de una condición y no de un elemento constitutivo, en todos los casos en que no esté abarcado por la voluntad del agente, mientras que desde un punto de vista sustancial, la regla consiste en el que la materia de prohibición legal encierra el hecho típico, dejando fuera de su recinto a las condiciones objetivas de punibilidad, generalmente ajenas al desvalor del injusto⁷⁷.

Por otro lado, no se debe pasar por alto el aporte de “*Il fatto*” en la determinación del criterio de diferenciación entre las condiciones objetivas de punibilidad y las denominadas condiciones de procesabilidad. Así, “*no se debe afirmar que las condiciones de punibilidad constituyen unas puras y simples condiciones de procesabilidad por ser extrínsecas al hecho del agente; tampoco se puede afirmar, al contrario, que las condiciones de procesabilidad constituyen otras tantas condiciones de punibilidad, de manera que si no se verifican, el hecho queda impune*”⁷⁸. Para el Maestro, poseedor de afinados conocimientos de Derecho procesal penal, “*las condiciones de procesabilidad están constituidas por verdaderos actos jurídicos, destinados al y coordinados exclusivamente con el procedimiento penal. Son excepciones al principio de legalidad, en cuyo mérito y por consideraciones de oportunidad, la promoción de la acción está subordinada a la declaración de voluntad de un tercero interesado. En cambio, las condiciones de punibilidad no conciernen a la promoción de la acción, que es de exclusiva competencia del órgano de la acusación: no son actos, sino hechos jurídicos*”⁷⁹.

En el fondo, las condiciones objetivas de punibilidad se refieren a la facultad de aplicar la pena, mientras que las condiciones de procesabilidad, a la iniciación de un proceso⁸⁰.

2.- Los elementos esenciales del hecho típico: la acción y el resultado. Referencia a los denominados presupuestos del delito.

i. La acción

DELITALA comienza el análisis de la acción afirmando, sin sombra de duda, que ella constituye el elemento fundamental del hecho típico: “*il nocciolo del fatto*”⁸¹.

En relación al debate sobre la posibilidad de elaboración de un concepto unitario que congloba el *facere* y el *omittere*, el profesor de Milán opta por una noción general, prefiriendo, indistintamente, la terminología *comportamento* o *condotta*⁸². Siendo

⁷⁶ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 73.

⁷⁷ ROMANO, op. et vol. cit., p. 444.

⁷⁸ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 75.

⁷⁹ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 79.

⁸⁰ ROMANO, op. et vol. cit., p. 448.

⁸¹ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 97 y 116.

⁸² *Comportamento* (traducción italiana del término alemán *Verhalten*) en castellano significa “comportamiento”, mientras que *condotta* significa “conducta”.

rigurosos, ninguno de los dos términos es adecuado, porque implican una cierta continuidad en el tiempo de las actuaciones del agente, permitiendo el asomo de un Derecho penal de autor, más vinculado al castigo del modo de ser de la persona que de ciertos actos acotados. Es por eso que, para la identificación de un concepto unitario, preferimos el término “acto”⁸³.

Según las enseñanzas de ROMANO, un concepto unitario de acción y de omisión, cumple tres funciones esenciales que le confieren un sustrato irrenunciable, inclusive en nuestros tiempos:

1. Una función negativa, en cuya virtud se excluye *a priori* todo tipo de conducta que no puede adentrarse en el recinto de lo penalmente relevante.
2. Una función teórica, sobre cuya base es posible identificar un común denominador a todos los ilícitos penales.
3. Una función pedagógico-cultural, que subraya la posición central del hombre en toda su dimensión, en relación a los fines de las ciencias penales⁸⁴.

En lo que respecta las diferencias entre acción y omisión, podemos afirmar que el tipo activo se describe mediante un enunciado prohibitivo, a diferencia del tipo omisivo, que se elabora a través de un enunciado imperativo. Así, el primero permite la realización de toda de conducta a diferencia de la precisamente prohibida, mientras que el segundo impide toda acción diferente a la ordenada en la norma.

Muchas son las teorías que han tratado de hallar una explicación dogmática a la omisión. En “*Il fatto*” DELITALA critica, no sin un dejo ironía, algunas de las vigentes en su tiempo, como la que consideraba la omisión como una ilusión, una creación mental abstracta, o la que la concibe como una suerte de inercia físico-motriz, es decir, como una retención de los nervios corporales motores⁸⁵.

Sin embargo, ambas corrientes teóricas están demasiado influidas por el pensamiento naturalista, en cuya virtud puede resultar medianamente coherente la explicación de la acción, pero no la omisión. Esta última no consiste en un *quid vacui*, en una nada, en una simple no acción, sino consiste en un *no hacer algo determinado* y, por tanto, implica la necesidad de una valoración. Es por eso que se dice que la acción es un *quid* naturalístico, mientras que la omisión es un *quid* normativo, ya que ésta “*no tiene razón de ser, sino en relación a una norma*”⁸⁶. Iluminadoras son las elegantes palabras de BETTIOL al respecto: “*Un comportamiento, entonces, asume la naturaleza de una acción, sólo en referencia a una exigencia, o sea, a una norma que impone al sujeto el deber de activarse. Fuera de una norma (ética, jurídica) que permite juzgar un comportamiento y, por ende, calificarlo, la realidad naturalística es ciega. La omisión, aun suponiendo un comportamiento en el espacio y en el tiempo, sólo se entiende plenamente en conexión con una valoración*”⁸⁷. Por lo demás, al Derecho sólo interesan las omisiones a un deber jurídico, siendo irrelevantes otras categorías de omisiones de deberes de otra índole, pese a ser, a veces, abominables⁸⁸.

El Maestro, por su parte, muy influido por MASSARI, adhirió a la teoría del *aliud agere* o “hacer otra cosa”, en virtud de la cual definía la omisión como toda “*acción*

⁸³ JIMÉNEZ DE ASÚA, op. cit., t. III, 1950, p. 291 ss.

⁸⁴ ROMANO, op. et vol. cits., p. 290. La idea de las funciones del acto es, sin embargo, de WERNER MAIHOFER, quien las creó en el seno de las teorías sociales sobre este elemento del delito. Vid. SQUELLA Y GUZMÁN DALBORA, *Estudio preliminar* a la obra de MAIHOFER, *Estudio de Derecho y dignidad humana*, traducción de José Luis Guzmán Dalbora, B. de F., Montevideo – Buenos Aires, 2008, págs (IX-XXXII) XXIV.

⁸⁵ CARNELUTTI, *Teoría general del Derecho*, traducción de Carlos G. Posada, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1941, p. 275. (Posteriormente cambió su posición, dando a la omisión un papel de condición para la configuración del resultado, *Lecciones de Derecho penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p. 173); MAGGIORE, op. et vol. cits., p. 351 ss.

⁸⁶ GRISPIGNI, op. cit., vol. II, p. 30.

⁸⁷ BETTIOL Y PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 294.

⁸⁸ MANTOVANI, op. et ed. cits., p. 138. Figurativo es el ejemplo de este autor, relativo a la omisión de asistencia de los pueblos hambreados por parte de las sociedades de consumo.

*contraria a la que se podía y debía desplegar*⁸⁹. Sin embargo, citando a MASSARI, agrega que “*para que haya omisión, no basta el aliud agere, sino es necesario que la acción particular en que se resuelve la omisión, tenga una diversidad específica, una característica propia, que valga verdaderamente para contraponer la omisión a todas las infinitas posibilidades prácticas que puede revestir el actuar. Y esta característica específica de la acción omisiva puede ser establecida de una sola manera, cual es considerar la operación omisiva desde el punto de vista efectivo y atribuir carácter omisivo a la sola operación que, por el resultado que produce, en vez de distinta, es opuesta a la acción que se asume como término de referencia*”⁹⁰. En el fondo, y dicho en palabras más sencillas, se quiere indicar que la subsunción del hecho concreto al tipo omisivo, sólo puede ser realizada en base al contexto en que la omisión fue llevada a cabo, en que confluyen elementos descriptivos y/o normativos.

La crítica de más difícil superación dirigida contra la teoría del *aliud agere*, es de corte causalista y esgrime que la acción realizada en lugar de la que se debía y podía desplegar, no causa el resultado.

Otra crítica, señala que la conducta realizada en lugar de la debida, es una conducta ajustada a Derecho, inofensiva y, por tanto, ajena al tipo. Sin embargo, se trata de una contestación más rebatible, de la que el mismo DELITALA se hizo cargo, argumentando, según una distinción “*común entre los moralistas*”, que la valoración de los actos no puede ser realizada *in genere*, o sea, en abstracto, sino debe formularse *in individuo*, es decir, a la luz del contexto fáctico en que se ejecuta⁹¹.

El Maestro no se olvidó del coeficiente psíquico de la acción: la voluntad. Más específicamente, la considera como voluntad del acto externo, no del resultado, de manera que basta, para su existencia, que el agente actúe con voluntad, no siendo necesario que también quiera el resultado. Así, nuestro autor, a diferencia de otros, se cuida de llegar al extremo de ubicar la voluntad exclusivamente en la culpabilidad, ya que tiene plena conciencia de que un análisis analítico del delito está sujeto a ciertos criterios de relatividad que evitan exageraciones de esa índole⁹².

A propósito de la voluntad, DELITALA crítica duramente ciertas teorías estructuradas para la justificación dogmática de los denominados delitos sin acción, cuya principal característica es la falta del referido elemento subjetivo. Tales delitos coinciden con los delitos omisivos por culpa inconsciente, en los que, en apariencia no existiría un acto ejecutado voluntariamente. Sin embargo, su validez dogmática puede ser desestimada mediante argumentos derivados de la teoría del *aliud agere*, ya que el acto que se ejecuta en lugar de la acción que se debía y podía desplegar, es siempre voluntario, concluyendo que no pueden existir delitos sin acción⁹³.

Cabe llamar la atención del lector respecto de las referencias hechas por el autor a ciertos casos que denomina de responsabilidad anómala, en los que la acción se manifiesta de una manera poco convencional. Así, analiza los casos de los delitos de sospecha, considerados por el Maestro como “*sospechas de delitos*”, por ejemplo, los delitos de posesión⁹⁴. Además, aborda el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en lo que se refiere exclusivamente a la acción y concluye que sólo se trata de acciones ejecutadas por los representantes u órganos de los entes y, por ende, del todo voluntarias⁹⁵.

⁸⁹ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 99 y 100.

⁹⁰ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 100 y 101.

⁹¹ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 101 ss. Es lo que ZAFFARONI, *Derecho penal*. Parte general, EDIAR, Buenos Aires, 2ª edición, 2002, p. 573, denomina la “constelación situacional”, captada y determinada por el tipo.

⁹² VASSALLI, op. cit., p. 564 y 565.

⁹³ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 106 ss.

⁹⁴ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 102 ss.

⁹⁵ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 113 ss.

ii. *El resultado*

El resultado también es un elemento esencial del hecho típico en el sistema del delito de DELITALA. Él lo define, en general, como “*la consecuencia lesiva de la acción: la ofensa al interés protegido por la norma penal. Y tal ofensa ora consiste en la efectiva lesión, ora en la simple puesta en peligro del bien o del interés protegido*”⁹⁶. De esa manera, lo separa tajantemente de la acción, contrastando la tesis de algunos autores de su época que consideraban el resultado como un elemento inherente a aquélla⁹⁷, postura que adolece de un defecto lógico elemental, ya que la acción cumple un papel de causa y el evento, uno de consecuencia, siendo un *quid* diferente del comportamiento del hombre y, por ende, exterior a él⁹⁸.

Los penalistas italianos han debatido arduamente acerca de la exacta determinación del concepto de resultado. En general, han manejado dos acepciones, una de corte naturalístico y otra de corte más normativo. Según la primera de ellas, la configuración del resultado exige una modificación del mundo exterior relacionada causalmente con la conducta del agente. En cambio, conforme la acepción más jurídica, el resultado debe ser asimilado al concepto de *ofensa*, definible como lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. La adopción de una u otra teoría incide en la dilucidación de una cuestión capital: la posible existencia de delitos sin resultado. Así, si se asume un concepto naturalístico, los delitos de mera actividad no producen una modificación del mundo exterior y, por ende, serían delitos sin resultado. Al contrario, un concepto normativo o jurídico, implica forzosamente la imposibilidad de delitos sin resultado, ya que todo ilícito penal, necesariamente, debe lesionar o poner en peligro un bien jurídico. DELITALA, sin perder de vista la importancia del principio de ofensividad, opta por un enfoque jurídico.

Ahora bien, nos parece digna de atención la opinión de ROMANO, para quien una “*radicalización entre las dos concepciones no tiene sentido alguno*”⁹⁹, ya que ambas pueden ser de suma utilidad, dependiendo del contexto argumental en que se utilizan. Por ejemplo, para la acreditación del nexo de causalidad, parece ser más apta la acepción naturalística, mientras que para la comprobación de una ofensa del bien jurídico, es más adecuada la acepción normativa.

Finalmente, en base al criterio de distinción entre lesión efectiva y puesta en peligro del bien jurídico, es que se distingue entre delitos de daño y delitos de peligro, respectivamente. El profesor sardo reflexionó acuciosamente sobre el concepto de peligro y sobre las características del juicio para su calificación. Con el fin de dotar a tal juicio de cierto grado de objetividad, sostuvo que debía tener base en la experiencia y situarse *ex ante*, con el fin de averiguar si existía o no, la posibilidad de peligro. Respecto de los elementos que deben tomarse en cuenta para la emisión de este juicio, en “*Il fatto*” se sostiene que se trata de todas las circunstancias conocidas por el agente, como, asimismo, las que debía y podía conocer. Si, teniéndolas todas presentes, la causación del resultado, *ex ante*, era posible, entonces se debe entender configurado el peligro. Esta es la tesis tradicional de la doctrina penal italiana, que mantiene alguna vigencia, sin perjuicio de otras teorías¹⁰⁰.

iii. *Los presupuestos del delito*

El último capítulo de la obra que estamos analizando se dedica íntegramente a la explicación de las peculiaridades de los denominados presupuestos del delito. Para una comprensión cabal de la significación del aporte del Maestro sobre la materia, debemos remitirnos a las clasificaciones que de dichos presupuestos, elaboraron previamente MASSARI y MANZINI.

⁹⁶ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 121.

⁹⁷ Para los autores de esa tesis, *vid.* la bibliografía citada por DELITALA, *ídem*, p. 121, nota 53.

⁹⁸ ANTOLISEI, *op. et vol. cit.*, p. 161.

⁹⁹ ROMANO, *op. et vol. cit.*, p. 296.

¹⁰⁰ Cfr. ROMANO, *op. et vol. cit.*, p. 317 ss; ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 166 y 167.

Así, el primero de estos autores distingue entre presupuestos generales y especiales, según si deben concurrir o no para la existencia de todo delito.

Son presupuestos generales la norma y la sanción penal.

Son presupuestos especiales aquellos cuya ausencia impide la configuración de un tipo delictivo determinado.

Para DELITALA, la categoría de los presupuestos generales carece de fundamento lógico, ya que es obvio que todo delito debe estar contemplado en una norma penal que, a la vez, imponga una sanción para el agente que lo ejecute. Por ende, la norma y la sanción, según esa línea argumental, conforman un *prius* del delito. Éste necesariamente debe estar consagrado en una norma, es el producto forzoso de su creación y, en definitiva, existe en la vida del Derecho gracias a ella¹⁰¹. Pensar de manera distinta, implica confundir los presupuestos *per se*, con su valoración.

Además, cabe agregar que el criterio de distinción entre estas dos tipologías de presupuestos no es homogéneo, ya que los primeros se refieren a al espectro normativo general del delito, a diferencia de los segundos, que aluden al hecho típico considerado en sí mismo.

Explicada y criticada la primera clasificación, continuamos con la de MANZINI, que separa los presupuestos del delito, de los presupuestos del hecho.

Los presupuestos del delito son “*aquellos elementos jurídicos, positivos o negativos, anteriores a la ejecución del hecho, a cuya existencia o inexistencia está condicionada la del título delictuoso de que se trata*”¹⁰².

Por su parte, los presupuestos del hecho son “*aquellos elementos, jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es requerida para que el hecho previsto en la norma constituya delito*”¹⁰³.

La ausencia de los presupuestos del delito, implica la imputación del hecho a un tipo diferente, mientras que la falta de los presupuestos del hecho, imposibilita la aplicabilidad de la sanción por la inexistencia de un injusto.

A su vez, los presupuestos del hecho se subdividen en presupuestos jurídicos y materiales. Los jurídicos son normas o actos jurídicos mientras que los materiales son circunstancias concretas; entrambos son preexistentes al delito y necesarios para su configuración.

Los presupuestos materiales pueden provenir de actos jurídicos o bien pueden consistir en circunstancias de hecho propiamente tales.

Para MANZINI, los presupuestos del hecho, al ser portadores de irresponsabilidad penal, consisten en condiciones para la ilegitimidad del hecho. DELITALA, en cambio, criticando esta conclusión, afirma que se trata de condiciones necesarias para la existencia misma del hecho. Así, no hay responsabilidad penal por inexistencia de hecho típico, y no por la ausencia de una condición necesaria para su ilicitud. Así, el Maestro adelanta un peldaño el análisis de estas categorías dogmáticas, en su sistema gradual de teoría del delito.

El profesor sardo desestima también la validez dogmática de la categoría de los presupuestos del delito, por carecer de sustento argumental sólido, ya que, para nuestro autor, son asimilables a los presupuestos del hecho, porque los supuestos criterios diferenciadores son equívocos. Según uno de ellos, en efecto, los presupuestos del delito sólo pueden derivar de elementos jurídicos, a diferencia de los presupuestos del hecho, que además pueden resultar de elementos materiales. Conforme al otro criterio, la ausencia de los presupuestos del delito sólo implica la traslación de un tipo penal a otro, mientras que la falta de los presupuestos del hecho, implica la absoluta inexistencia de un delito. En las últimas páginas de la obra, nuestro autor, con una lucidez y una elegancia de lenguaje que impresionan al lector, acudiendo a una argumentación casuística, demuestra que ninguno de los dos criterios opera con fluidez y, más bien, deben ser desestimados¹⁰⁴.

¹⁰¹ GRISPIGNI, op. cit., t. II, p. 18.

¹⁰² MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, 10 vols., nuova edizione completamente aggiornata, Unione tipografico-editrice torinese, t. I, 1950, p. 558.

¹⁰³ MANZINI, op. cit., t. I, p. 559.

¹⁰⁴ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 147 ss; cfr. ANTOLISEI, op. cit., p. 153.

Según la postura de DELITALA, son presupuestos del delito todas aquellas circunstancias fácticas antecedentes o concomitantes a la acción, cuya preexistencia es necesaria para el nacimiento del ilícito penal. A su entender, todo presupuesto termina por coincidir con el agente o el objeto del hecho, entendiendo el primero como el ser humano que ejecuta el delito, y el segundo, como el interés ofendido por el delito, lo que actualmente se conoce con el nombre de bien jurídico¹⁰⁵.

Sin embargo, nos parece acertada la crítica de MAGGIORE, cuando señala que esta definición es portadora de una contradicción, porque, por una parte, exige que el presupuesto sea una circunstancia antecedente o concomitante a la acción, por ende, extraña o separada del hecho, y, por otra parte, demanda su presencia para la configuración del delito. Este mismo autor opta por la intrascendencia de esta categoría en materia penal, otorgándole sentido sólo en los casos en que un delito antecedente esté relacionado con otro posterior (v. gr., el hurto respecto de la receptación)¹⁰⁶. Por su parte, MANTOVANI rescata la importancia de los presupuestos, pero relacionándolos con la conducta y no con el delito en general, y los define como situaciones de hecho o de Derecho preexistentes a la acción y necesarias para la existencia del delito. Agrega que son diferentes de la calidad del agente, siendo éste un tema relativo al sujeto activo del delito, como también de las circunstancias relativas al tiempo o lugar de ejecución o vinculadas con el objeto material¹⁰⁷.

V. CONCLUSIONES.

1. La finalidad principal que DELITALA se propuso en “*Il fatto*”, fue construir, en el estudio analítico de la teoría del delito, un concepto de hecho típico de índole objetivo-descriptiva y dotado de autonomía respecto de los otros elementos que conforman aquél: la antijuridicidad y culpabilidad. En tema de estilo y de estética hay dos aspectos que marcan la obra del autor de la primera a la última página: el rigor lógico y el apego al positivismo legalista. En efecto, el concepto de hecho típico y el entramado de sus relaciones con los demás elementos del delito se construyen a la manera de una figura geométrica de difícil deformación, al alero de una lógica de corte casi matemática y embellecida con argumentaciones impecablemente estructuradas desde el punto de vista formal, pero no por ello carentes de pasión. Y es que las efervescencias de la época histórica en que se escribe este libro requerían una elaboración perfecta o, a lo menos, perfectible, de un concepto de hecho considerado como piedra angular del sistema analítico. Además, en muchos de los pasajes del libro se puede observar que en sus explicaciones el Maestro nunca se desliga del marco ya previamente fijado por las normas positivas del Código vigente. Por lo mismo, creemos que se trata de un formalismo algo engañoso, en el sentido de que su justificación última es la protección de las garantías del hombre y de su libertad. “*Quizás el formalismo legal representa una ventaja cuando sirve para garantizar la libertad de los individuos, pero, por cierto, constituye un daño cuando, sin necesidad alguna, conduce a sacrificarla por una malentendida idolatría de la ley*”¹⁰⁸.

2. En la estructura tridimensional delitaliana, cada uno de los elementos tiene autonomía e independencia respecto de los demás. La antijuridicidad también es concebida formalmente, como un elemento adicional en la teoría del delito y no como un elemento negativo del tipo, es decir, como ausencia de las causas de justificación. Respecto de la culpabilidad, DELITALA adhiere a la concepción normativa y se cuida de confundirla con los elementos que le anteceden. La punibilidad no se considera elemento del delito, sino consecuencia jurídica de su configuración.

¹⁰⁵ DELITALA, *Il fatto*, cit., p. 156 ss. Cfr., en sentido crítico, BETTIOL y PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, ed. cit., p. 248, para quien el sujeto activo está más bien relacionado con la conducta, sin perjuicio de que pueda tener cierta autonomía sistemática, mientras que el objeto del delito pertenece al plano analítico de la antijuridicidad; también ANTOLISEI, op. et vol. cit., p. 153, estima que estas nociones gozan de independencia conceptual; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., t. II, p. 19, los identifica con lo que él denomina “circunstancias constitutivas”, las que para él son elementos objetivos del tipo.

¹⁰⁶ MAGGIORE, op. et vol. cit., p. 277 y 278.

¹⁰⁷ MANTOVANI, op. et vol. cit., p. 140, 141 y nota 9.

¹⁰⁸ DELITALA, “L’ analogía «in bonam partem»”, cit., p. 406.

A su vez, la acción y el resultado conforman los elementos esenciales del hecho, consecuencia lógica de su estructura objetiva¹⁰⁹.

Ahora bien, terminamos este punto afirmando que una concepción restrictiva permite al hecho tomar las debidas distancias de una serie de elementos heterogéneos que deben permanecer al margen de sus contornos conceptuales, *v. gr.* las condiciones objetivas de punibilidad o los presupuestos del delito.

3. Cumpliendo con nuestro compromiso de esbozar un juicio sobre la posición ocupada por “*Il fatto*” en la evolución de la historia de la doctrina penal italiana, creemos que constituye un punto de fricción entre clasicismo y neoclasicismo, sin poder ser encuadrada en ninguna de estas dos corrientes de pensamiento, ni mucho menos en alguna de las escuelas penales italianas a que nos referimos anteriormente. Tras un primer vistazo, la obra parece tener un claro influjo causalista clásico, por la marca de objetividad con que se van construyendo sus diversos conceptos fundantes. Sin embargo, una glosa más acuciosa y detenida de sus pasajes, nos han llevado a la convicción de que no se trata de una obra íntegramente clásica, sino más bien de un texto de transición hacia el neoclasicismo. Por ejemplo, el concepto de omisión no es exclusivamente causal, sino posee un matiz de normativismo implícitamente admitido por el autor. Los elementos subjetivos del tipo y de lo injusto son desestimados por el Maestro, pero termina por serle difícil negar la presencia de este momento de subjetividad en el tipo y la antijuridicidad, siéndole aún más dificultoso el esbozo de una batería de argumentos válidos para tratar de reconducirlos hacia la culpabilidad. Finalmente, como último ejemplo, respecto de esta última, nuestro autor expone claramente su simpatía por una concepción normativa, siendo ésta una manifestación característica del neoclasicismo, bastante alejada de la estructura psicológica clásica. Parece ser que ese impulso hacia nuevos horizontes, debido a razones que creemos ajenas al azar, logró apoderarse, ya de manera definitiva, de su discípulo más destacado, GIUSEPPE BETTIOL, el más importante exponente de la vertiente teleológica del Derecho penal, símil italiano del neoclasicismo alemán, sin perjuicio de las peculiaridades propias del sistema de este autor.

4. A nuestro entender, existe una relación nada casual entre esta obra y el contexto histórico en que se escribió. En efecto, “*Il fatto*” se publica en la plenitud de la era fascista y, a pesar de ello, es una obra con claros tintes liberales. En la península italiana, en efecto, los juristas tuvieron la cordura necesaria como para no llegar a los terroríficos extremos de la Alemania nazi, ya que, en efecto, si bien no faltaron atisbos de una consideración unitaria del delito, se terminó siempre por analizarlo desde un enfoque lógico-analítico¹¹⁰. Explicar los motivos de esta diferencia es una tarea compleja, dependiente de múltiples factores. Pero, uno de ellos, quizás, es la influencia ejercida por esta obra maestra en las investigaciones que le siguieron. Certeras son las palabras del principal discípulo del Maestro, cuando afirma que “*Delitala [...] bloquea la obra de derrumbe justamente cuando se presentaba en el escenario político una fuerza ya no ligada a la primacía de la libertad individual, sino a la razón de Estado*”¹¹¹, y continúa diciendo que “*el Maestro había ganado su gran batalla haciendo regresar la dogmática penalística a una función precisa: defender, mediante el concepto, la libertad de la persona humana de toda prevaricación del poder, sea ejecutivo como judicial*”¹¹². Así las cosas, la tripartición, además de una teoría dogmática, configura una toma de posición ideológica que refleja el espíritu propio de un Estado laico y secularizado, al promover un juzgamiento penal basado sólo en actos externamente ejecutados por el ser humano y al evitar inmiscuirse en su fuero interno.

5. En consonancia con lo anterior, y en un plano político-criminal, la tripartición ha servido como barrera de contención frente a psicologizaciones innecesarias en el Derecho penal. Efectivamente, se teme que una introducción de lo subjetivo en la tipicidad, influya nocivamente en la elaboración de los tipos a nivel legislativo y a la interpretación de los

¹⁰⁹ TAVARES, op. cit., p. 21.

¹¹⁰ MANTOVANI, op. et ed. cits., p. 106

¹¹¹ BETTIOL, “Ricordo di Giacomo Delitala”, cit., p. 168.

¹¹² BETTIOL, op. et loc. cits.

mismos en plano judicial, con valoraciones teñidas de subjetividad respecto de un objeto de estudio esencialmente objetivo, cual es el hecho típico¹¹³. Sin perjuicio de lo anterior, y volviendo a un análisis más dogmático, para combatir el fenómeno enunciado sería exagerado negar cabida a elementos subjetivos, sea en el tipo, sea en el injusto. Lo importante es que la introducción de tales elementos en ambas categorías, se haga respetando un sentido de demarcación del hecho que se quiere configurar como delito, el que opere, por ende, como un límite.

6. El concepto de hecho típico posee un ligamen muy íntimo con una serie de principios político criminales de una valía inestimable para las garantías de las personas y a los que no se puede renunciar en todo Estado de Derecho que se pretende tal. Así, en una dimensión formal y según el principio de legalidad, ningún acto humano puede constituir delito si una ley previa no lo contempla como tal, mientras que, a su vez, según el principio de tipicidad o determinación, la descripción del hecho típico debe hacerse de la manera más agotadora posible, reduciéndose al máximo la posibilidad de duda. Por otra parte, en una dimensión material, el principio de ofensividad supone la imposibilidad de que existan tipos penales que no impliquen una puesta en peligro o lesión de un bien jurídico, y, en relación con esto, el hecho cumple la función de especificar formas de ofensa determinadas¹¹⁴. Si bien en “*Il fatto*” no existen referencias explícitas a tales principios, las líneas del texto están impregnadas de su substancia.

A modo de conclusión, citamos una vez más a BETTIOL, porque consideramos que las palabras que siguen resumen el perfil de nuestro autor: “*Delitala no era un tipo de investigador meticuloso, sino un maestro, un creador que en todo momento se superaba a sí mismo y que, por tanto, no se volvía hacia el pasado porque siempre lo superaba con su doctrina lúcida, audaz y profunda. Era un hombre que no miraba atrás para contemplar una obra cumplida. Ésta ha sido la razón por la que, aun a petición del que escribe, rechazó siempre reeditar «El hecho en la teoría general del delito», irremplazable y no superado, a pesar de la opinión al respecto del autor, que le había dedicado los mejores años de su juventud*”¹¹⁵.

¹¹³ DONINI, *Teoria*, cit., p. 99 y 102 ss; FIANDACA, voz “Fatto nel Diritto penale”, cit., p. 155 ss. y 158.

¹¹⁴ MARINUCCI, op. cit., p. 1206 y ss; FIANDACA, voz “Fatto nel Diritto penale”, cit., p. 159 ss.

¹¹⁵ BETTIOL, “Ricordo di Giacomo Delitala”, cit., p. 164.

EL «HECHO» EN LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO.

PREFACIO

El término «hecho» es usado con mucha frecuencia por nuestra ley y nuestra doctrina. Así, se acostumbra afirmar que el dolo consiste en la voluntad del «hecho», que las condiciones de punibilidad son elementos extrínsecos al «hecho», etc. Sin embargo, hoy en día reina sobre este concepto la más grande disparidad de opiniones, y el término es asumido, según los diversos autores, en las acepciones más diversas: para algunos indicaría solo el elemento material del injusto; para otros, el elemento material más el requisito de la antijuridicidad; finalmente, para otros, tanto el elemento material, como el subjetivo o psíquico. Y ni siquiera faltarían algunos autores que identificarían el concepto de hecho con el de delito.

Por eso, la primera y más difícil tarea de este estudio, consiste en la definición de «hecho» y en la definición de la línea de demarcación entre esta noción y otras nociones generales de nuestra ciencia: antijuridicidad, culpabilidad, punibilidad. A esa tarea está dedicada la primera parte del libro, que de esa manera sobrevuela todo el campo de las doctrinas generales del delito. El estudio de los elementos o notas individuales que constituyen o caracterizan el delito no puede ser fructífero sin una clara visión de los nexos que interceden entre el elemento que se estudia y todos los otros, ya que las partes de un todo son distintas entre sí, pero no están separadas.

La amplitud del tema y la necesidad de no perturbar con digresiones demasiado largas la economía del trabajo me han obligado, alguna vez, a enfrentar arduos problemas en el arco de pocas páginas; pero he tratado que la información fuese siempre cuidadosa y, en los límites de lo posible, completa. Sobre la mayor parte de estos problemas y, especialmente, sobre aquellos en que he llegado a resultados divergentes de la opinión dominante, me propongo insistir en un futuro próximo, para aportar a mi pensamiento esas evoluciones y esas precisiones que la crítica tornará aconsejables.

Determinado el concepto de «hecho», en la segunda parte del libro procedo al análisis de los elementos que lo constituyen: la acción, el resultado y los denominados presupuestos. Breves son los capítulos dedicados a la acción y el resultado, que se encuentran entre los temas más y mejor estudiados en nuestra bibliografía jurídica: basta recordar, por todos, el volumen de Massari sobre «El momento ejecutivo». Más amplio, en cambio, el capítulo dedicado a los denominados presupuestos, capítulo ignorado por la literatura extranjera y sobre el cual Manzini ha sido el primero que recientemente ha llamado la atención de nuestros estudiosos. Sin embargo, la bibliografía sobre el tema, aun hoy, es escasísima; si se prescinde del *Tratado* de Manzini y de las breves explicaciones contenidas en algún otro manual, no se encuentra más que el estudio de un joven y valioso jurista hoy desaparecido: Marsich. Por lo tanto, me ha parecido inútil dedicar a este interesante tema una investigación difusa.

Este es, brevemente, el plan del libro, al que le he dedicado algunos años de paciente trabajo. Al entregarlo, ahora, a las prensas, espero que el amor con el que he atendido mi obra, valga para excusar las inevitables insuficiencias.

PRIMERA PARTE
LA NOCIÓN DE «HECHO»

Capítulo I
«HECHO» Y ANTIJURIDICIDAD

§ 1. *El concepto de antijuridicidad objetiva.*

1. Planteamiento del problema. – 2. El concepto de antijuridicidad: valoración objetiva del hecho (antijuridicidad objetiva o genérica) y existencia del delito (antijuridicidad penal). – 3. Breve explicación de la distinción en el pensamiento de Manzini y Massari. – 4. Antijuridicidad objetiva y culpabilidad. – 5. La antijuridicidad «objetiva» como elemento o como característica del hecho. – 6. La definición del «hecho» en función de la antijuridicidad «objetiva» y las teorías de Frank, Vannini, Baumgarten, etc. Crítica.

1. El delito es un hecho (humano), antijurídico y culpable. Deriva de ello, si la premisa es exacta, que el estudio del delito puede repartirse en tres investigaciones distintas: una dedicada al delito como ente de hecho, la segunda a la antijuridicidad, la tercera a la culpabilidad.

En consecuencia, el estudio del «hecho» debe limitarse, a mi juicio, a la investigación de los elementos objetivos necesarios para dar vida al delito; necesarios – adviértase – mas no suficientes, ya que, no obstante su presencia, el delito podría faltar si falta la antijuridicidad del hecho o si falta la culpabilidad.

Contra esta distinción, sin embargo, se ha afirmado por muchos autores que el extremo de la antijuridicidad, muy lejos de ser un elemento extrínseco al hecho, representa, al contrario, un momento constitutivo esencial. Entonces, la tripartición hecho, antijuridicidad, culpabilidad, sería defectuosa, y el estudio del delito debería repartirse en dos capítulos solamente: hecho, es decir, hecho antijurídico, y culpabilidad, que constituirían, ellos y sólo ellos, los dos indefectibles presupuestos para la aplicación de la pena.

El problema tiene una notable importancia conceptual y merece, por tanto, algunas aclaraciones.

Todo hecho punible es, al mismo tiempo, un hecho antijurídico. La afirmación es de intuitiva evidencia y no precisa, como tal, demostración alguna: poco importa que nuestras leyes, en la determinación de los tipos delictuosos individuales, no den, en general, particular relevancia al requisito de la antijuridicidad, limitándose, en la mayor parte de los casos, a la descripción, cuanto más precisa y posible, de los caracteres, objetivos y

subjetivos, de la acción y del resultado. El requisito de la antijuridicidad está, en cada caso, sobreentendido.

Así, si bien el artículo 364 del Código penal se limita a disponer, en los términos aparentemente más generales, que quien, con el fin de matar, causa la muerte de una persona, es sometido a la pena allí establecida, nadie duda que sea punible sólo el homicidio cometido antijurídicamente, y que el homicidio cumplido en estado de legítima defensa, por orden de la autoridad, etc., al contrario, es impune. Ello deriva, no sólo y no tanto de lo dispuesto en el artículo 49 del Código penal, sino, más bien, de una exigencia lógica del sistema y de la noción misma de injusto, que presupone, siempre y necesariamente, un acto *contra ius*. Tanto es así, que la mayor parte de la doctrina alemana, a pesar del silencio de aquel Código, no hesita en reconocer que la antijuridicidad de la acción puede ser excluida por la orden vinculante de la autoridad competente¹¹⁶, y nuestra doctrina admite concordantemente la existencia de otras causas de licitud, además de las previstas en el artículo 49 del Código penal (consentimiento del ofendido, actividad médico quirúrgica, etc.).

Por lo tanto, cada injusto es un hecho antijurídico. ¿Mas se debe concluir, sólo por eso, que la antijuridicidad es un elemento constitutivo del hecho delictuoso?

¹¹⁶ Así, WACHENFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1914, p. 135; LOBE, *Leipziger Kommentar*, Einl. 13, 8; FINGER, *Das Strafrecht*, 3 Aufl. 1917, p. 403; GERLAND, *Deutsches Strafrecht*, 1922, p. 120; KÖLHER (A.), *Deutsches Strafrecht*, 1917, p. 382; MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 8 Aufl., 1922, p.138; BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 8-9 Aufl., 1925, p.37; SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, 1921, p.322; MERKEL-LIEPMANN, *Die Lehre vom Verbrechen und Strafe*, 1912, p.180; AMMON, *Der bindende rechtswidrige Befehl*, 1926, *passim*. La doctrina que considera la orden de la autoridad como una causal de justificación del hecho, puede, entonces, considerarse verdaderamente dominante.

No faltan, sin embargo, voces discordes. Así, MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2 Aufl., p. 334 y ss.; MEZGER, *Die subjektive Unrechtselemente*, en *Gerichtssaal*, Bd. 89, p. 215, nota 10; HAFTER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, 1926, p. 175 y ss.; BATTEMBERG, *Das auf Befehl begangene Verbrechen*, 1916, p. 8 y ss., y en la última edición también LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25 Aufl., 1927, p.197 y ss., consideran la orden de la autoridad como una simple causal de exclusión de la culpa, tanto si la orden es obligatoria, cuanto si no lo fue. Incluso MAYER, *Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten*, en *Festschrift* en honor a LABAND, 1907, *passim*. y GRAF ZU DOHNA, *Recht und Irrtum*, 1925, p. 9-10, niegan resueltamente la posibilidad de una orden antijurídica vinculante. Tal opinión, por lo demás, había sido afirmada por TEMME, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, 1876, p. 95: «no existen órdenes obligatorias de cometer delitos. Aquí se presta atención sólo al dolo que puede faltar a raíz de la orden». *Vid.*, sin embargo, en contra, AMMON, *op. cit.*, p. 43 y ss.

Un camino intermedio entre la doctrina que considera la orden como una causal de licitud del hecho y la que la considera, al contrario, como una causal de exclusión de la culpa, es recorrido por FRANK, *Das Strafgesetzbuch für Das Deutsche Reich*, 17 Aufl., 1926, p. 138; CALKER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen*, 1891, y KLEINFELLER, *Amtsrechte, Amts- und Dienstpflichten*, en *Vergl. Darstellung*, Allg. Teil, Bd. 1, que hablan de una causal de justificación subjetiva.

Mas, como notan exactamente MAYER y LISZT, *op. et loco cit.*, la categoría de las causales de justificación subjetivas no es en absoluto admisible. O se trata de una circunstancia que torna lícita la acción, o de una circunstancia hace faltar la culpa: *tertium non datur*.

Una teoría aún menos sostenible es, finalmente, aquella propuesta por MERKEL (P.), *Grundriss des Strafrechts*, 1927, p. 86 y ss., que considera la orden, algunas veces como un motivo de exclusión de la culpa, y otras veces como una simple causal de exclusión de la responsabilidad, que no hace faltar, como tal, ni la antijuridicidad, ni la culpabilidad. Tesis, en nuestra opinión, indudablemente insostenible. Finalmente, otros autores, cfr. LAMMASCH-RITTLER, *Grundriss des österreichischen Strafrechts*, 1926, p. 171, se limitan a observar que la orden del superior no vale para justificar sin más ni más la acción cumplida por el inferior, pero sin decir por qué el subordinado queda, en tal caso, impune.

Nosotros consideramos que la respuesta debe ser negativa. Pero al mismo tiempo, debemos reconocer que las razones aducidas para refutar la opinión opuesta, a menudo no han dado en el blanco.

2. Para una exacta comprensión del problema conviene permitir alguna breve explicación sobre el concepto de antijuridicidad. La noción de antijuridicidad es la negación de la de Derecho: actúa antijurídicamente quien actúa *contra ius*. La definición, indudablemente exacta en su aparente tautología, es ya admitida por casi toda la doctrina.

Pero quien, moviéndose de este puerto tranquilo, esperase poder proceder fácilmente más adelante, se percataría sobre la marcha de haberse engañado: ningún otro territorio de nuestra disciplina está, a la par de éste, lleno de tantas asperezas.

Para comenzar: cuando se dice que la antijuridicidad es lesión del Derecho, ¿se debe entender del Derecho objetivo o del subjetivo? La disputa, en nuestro concepto, es resuelta en el primer sentido, porque no es concebible una lesión del derecho subjetivo que no sea al mismo tiempo, también una lesión del Derecho objetivo, mientras que no nos parece inconcebible una lesión del Derecho objetivo sin lesión de un derecho subjetivo¹¹⁷.

Sin embargo, aun cuando esta opinión fuese inexacta y la noción de derecho subjetivo debiese extenderse hasta comprender en sí todo reflejo subjetivo del Derecho, es decir, no sólo los derechos subjetivos en sentido estricto, sino también todas las diversas formas de «*intereses protegidos*», como quisieran Loening¹¹⁸ y Eltzbacher¹¹⁹, deberíamos observar que el derecho subjetivo no se puede definir si no se repara en el Derecho objetivo, ya que, en su más lata acepción, aquél no es sino, en la exacta definición de Somló, «*una relación entre un sujeto y un objeto puesta por el Derecho objetivo*»¹²⁰. Pues bien, se considera, en todo caso, la antijuridicidad como lesión del Derecho objetivo.

Sin embargo, para los fines de nuestra investigación la solución de este problema puede, dentro de ciertos límites, considerarse superflua.

Es útil, en cambio, detenerse a indagar si la antijuridicidad tiene carácter subjetivo u objetivo también en otro sentido; más precisamente, es necesario establecer si la existencia de la antijuridicidad está necesariamente condicionada por el momento de la culpabilidad o si, en cambio, puede hablarse de acciones y hechos antijurídicos aun prescindiendo de la culpabilidad, sobre la simple constatación de la conformidad objetiva entre el hecho concreto y el modelo de injusto hipotético de la ley.

¹¹⁷ Vid., sobre este tema: NAGLER, *Der heutige Stand der Rechtswidrigkeit*, en: *Festschrift für Karl Binding*, 1911, Bd. 2, p. 292-306; HEINITZ, *Das problem der materiellen Rechtswidrigkeit*, 1926, p. 4 y ss., y los autores por ellos citados. Cfr., también, nuestro *Contributo alla nozione del reato*, en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1926, p. 19 y ss. del extracto, y los autores allí citados.

¹¹⁸ LOENING, *Ueber Wurzel und Wesen des Rechts*, 1907, p. 22.

¹¹⁹ ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, 1, p. 102, 303 y ss.

¹²⁰ SOMLÖ, *Juristische Grundlehre*, 1917, p. 468.

En el primer caso, la opinión que considera la antijuridicidad como un elemento del hecho delictuoso sería indudablemente errada: la antijuridicidad no podría considerarse ni como un elemento ni como un predicado del hecho, pero constituiría, en cambio, «*mucho más, la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el en sí del delito*»¹²¹. Pero inexacta sería al mismo tiempo nuestra definición del delito como hecho humano antijurídico y culpable: el orden de la tripartición sería alterado y al requisito de la antijuridicidad, en el estudio analítico del delito, no correspondería el segundo lugar, sino el tercero. O quizás, y en términos más radicales, no le correspondería lugar alguno, ya que la antijuridicidad sería conceptualmente absorbida por la culpabilidad y, desde este punto de vista, la distinción entre circunstancias eximentes y dirimentes, entre causales de licitud de la acción y causales de exclusión de la culpa, parecería superflua y sin base¹²².

A pesar de que la primera concepción es sostenida por la autoridad Rocco¹²³, nosotros creemos que debemos alinearlos a favor de la segunda.

Para que haya un injusto – se dice – es necesaria una acción contraria a Derecho, y ya que el Derecho no es más que un complejo de imperativos, es necesaria, más precisamente, una acción en contraste con una orden (o prohibición) puesta como ley por la suprema voluntad del Estado. Más brevemente, es necesaria una acción culpable.

Mas la observación – prescindiendo del dato de que en otras ramas del Derecho existen algunos casos de responsabilidad sin culpa¹²⁴ – no nos parece, ni siquiera

¹²¹ ROCCO, *L' oggetto del reato*, p. 475.

¹²² Cfr. FERNECK, *Rechtswidrigkeit*, Bd. I, 1903, p. 205 y ss.; las causales de licitud del hecho y las causales de exclusión de la culpa tendrían, para este autor, idéntica naturaleza; se referirían ambas a casos no contemplados por la norma. Como confirmación de la necesidad de distinguir entre las dos categorías, sin embargo, se puede recordar cómo dicha distinción ha sido insinuada hasta en las obras de los positivistas, que, desde su punto de vista exclusivamente subjetivo, deberían negarla resueltamente. Así, FERRI, *Principi di diritto criminale*, 1928, p. 453, aun comprendiendo bajo el mismo nombre de causas de justificación, tanto las circunstancias eximentes como las dirimentes, distingue después entre causales de justificación negativas (actos no *contra ius*) y causales de justificación positivas (actos *secundum ius*), que es, también, nuestra distinción entre causales de licitud del hecho y causales de justificación de la culpa.

¹²³ *Vid.*, por todos, ROCCO, op. cit., p. 499 y ss.

¹²⁴ La existencia del injusto objetivo civil ha sido admitida incluso por el fundador de la teoría normativa: THON, *Rechtssnorm und subjektives Rechts*, 1878, p. 76 y ss., que, por ello, ha sido acusado de incoherencia. Cfr. von FERNECK, op. cit., Bd. 2, 1905, p. 59; NAGLER, op. cit., p. 336; WEGNER, *Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht*, 1925, p. 41.

Para la admisibilidad del injusto objetivo, cfr., en general, DERNBURG, *Pandekten*, I, 1884, p. 193 y ss.; WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 1906, p. 520; ELTZBACHER, *Die Handlungsfähigkeit*, I, 1903, p. 98 y ss.; ZITELMANN, *Ausschluss der Wiederrechtlichkeit*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 99, p. 6 y ss.; FISCHER, *Die Rechtswidrigkeit, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess*, Bd. 21, H. 2, 1911, p. 120 y ss.; COVIELLO, *La responsabilità senza colpa*, en *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. 23, p. 197 y ss.; VENEZIAN, *Danno e risarcimento*, cap. I, n. 23 y 24; SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, 1897, cap. VII; y substancialmente, también ORLANDO, *Saggio di una nuova teorica sul fondamento giuridico della responsabilità civile, a proposito della responsabilità diretta dello Stato*, en *Archivio di Diritto Pubblico*, vol. 3, p. 242 y ss. (si bien el autor afirma dejar íntegro el concepto de responsabilidad por culpa); y, entre los penalistas, LÖFFLER, *Unrecht und Notwehr*, en *Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft*, Bd. 21, p. 54 y ss.; BELING, *Die Lehre von Verbrechen*, p. 139 y ss.; NAGLER, *Der heutige Stand*, cit., p. 339 y ss.; MEZGER, *Die Subjektiven Unrechtselemente*, en *Gerichtssaal*, Bd. 39, p. 339 y ss.; HEINITZ, *Das Problem*, cit., p. 219; WEGNER, op. cit., p. 38 y ss.; ZIMMERL, *Zur Lehre vom Tatbestand*, 1928, p. 1 y ss., y en Italia, MANZINI, *Trattato*, 2ª ed., Vol I, p. 139 y ss. (mas con limitaciones).

Contra, CHIRONI, *Colpa extra contrattuale*, I, n. 9; CESAREO-CONSOLO, *Del risarcimento del danno*, cap. 3; RICCA BARBERIS, *La responsabilità senza colpa*, 1900, *passim.*; MICELI, *Principi di filosofia del diritto*, 1928, p. 536 y ss., BRINZ, *Lehrbuch des Pandekten*, 1879, Bd. 2, p. 175; von FERNECK, *Die*

limitadamente al Derecho penal, decisiva e insuperable. Ciertamente es que para que exista un delito es necesaria una acción culpable. Y, por tanto, si se repara en la existencia del delito, o dicho de otra manera, en la antijuridicidad penal, tiene razón Rocco¹²⁵: la antijuridicidad penal no es un elemento constitutivo del delito, sino, más bien, su misma esencia, ya que el delito es por su naturaleza un injusto jurídico penal, o sea, un *quid* contrario al Derecho penal o penalmente antijurídico, para cuya constitución concurren varios elementos, como la acción, la culpa, el daño o el peligro de daño, y así sucesivamente.

Sin embargo, como en el seno del concepto de delito se suele distinguir los dos momentos que lo componen, objetivo y subjetivo, así, en el seno de este concepto de «antijuridicidad penal», se puede distinguir y contraponer entre sí, la valoración objetiva del hecho y la valoración subjetiva del agente.

En efecto, también desde el punto de vista de la doctrina normativa¹²⁶ se debe lógicamente convenir en que cuando el ordenamiento jurídico impone a los individuos un deber de conducta, ha valorado precedentemente la conformidad a sus propios fines del comportamiento requerido y en que este juicio prescinde, por ende, del requisito de la culpabilidad¹²⁷. En otras palabras, el ordenamiento jurídico valora antes las acciones humanas según su dirección objetiva y considera si contrastan o no con los propios fines; después, sobre la base de aquella valoración, impone a los súbditos comportarse de un modo en vez de otro o, en otras palabras, no ejecutar culpablemente las acciones que reputa contrastantes con sus propios fines o, más brevemente, acciones antijurídicas. Muy lejos de resultar de la culpabilidad, la antijuridicidad objetiva de la acción es un presupuesto de la culpabilidad. Se puede indagar si una acción es culpable o no, en la medida en que se haya afirmado precedentemente su carácter de acción antijurídica.

3. Por otra parte, nuestra concepción no constituye, en el estado actual de la doctrina penalista italiana, una verdadera novedad.

Rechtswidrigkeit, cit., p. 278 y ss.; MERKEL, *Die Lehre von der Grundeintheilung des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, en *Kriminalistischen Abhandlungen*, I, 1887, *passim.*, y, especialmente, p. 46 y ss; etc.

¹²⁵ ROCCO, op. cit., p. 475.

¹²⁶ La doctrina normativa es aun hoy en día dominante. *Vid.*, sin embargo, contra esta concepción, los recientes trabajos de BINDER, *Rechtsnorm und Rechtsflicht*, 1912, *passim.*, y, especialmente, p. 37-38; RADBRUCH, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1914, *passim.*, y, especialmente, p. 71 y ss.; SANDER, *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtsserfahrung*, en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1921, p. 518 y ss., JUNG, *Das problem des natürlichen Rechts*, 1912, p. 17 y ss.; y, sobre todo, ESPOSITO, *Fondamenti di una dottrina del diritto*, en *Annali dell' Università di Camerino*, Vol. 4º, p. 8 y ss., y la amplia bibliografía por él citada.

¹²⁷ Así, substancialmente, también LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 25 Aufl., p. 172, nota 2; MEZGER, op. cit., p. 249 y ss.; SCHOETENSACK, *Die Arten der Rechtssätze*, en *Gerichtssaal*, Bd. 89, p. 1 y ss.; GOLDSCHMIDT, *Der Notstand. Ein Schuldproblem*, 1913, en *Oesterreichischen Zeitschrift*, Bd. 4, p. 145, y, más reciente, *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, nota 1287; ELSTER, *Rechtswidrigkeit*, en *Handwörterbuch der Rechtswissenschaft* von STIER-SOMLÖ-ELSTER, 1925; HEINITZ, *Das Problem*, cit., p. 12; LAMMASCH-RITTLER, *Grundriss*, cit., p. 31 y ss., etc.

Manzini, por ejemplo, al ofrecernos un esquema completo del contenido conceptual del delito¹²⁸ no dejó de destacar eficazmente, por primera vez, cómo la antijuridicidad objetiva del hecho encuentra lugar en el tratamiento del elemento material del delito, aun antes del tratamiento del momento subjetivo.

Y en todas sus obras insiste enérgicamente en afirmar que, a diferencia de lo que acontece en la legítima defensa, el estado de necesidad no quita al hecho el carácter genérico de ilegitimidad¹²⁹. Es decir, no le resta la antijuridicidad objetiva, sino únicamente la punibilidad del hecho y, con ella, la existencia del delito o, si así se quiere, la antijuridicidad penal, ya que «*todas las veces en que la pena no es aplicable, el hecho deja de constituir un delito*»¹³⁰.

Luego, si en el estado de necesidad haya que reconocer una simple condición de no punibilidad del hecho o, como nos parece mejor, una circunstancia de exclusión de la culpabilidad (en sentido lato), es una cuestión que depende de las diversas concepciones acerca de la naturaleza de la culpabilidad: si se considera que para constituir el dolo basta la simple voluntariedad del hecho, el hecho cometido en estado de necesidad es un hecho objetivamente antijurídico y doloso, pero que queda impune por la presencia de una condición extrínseca de no punibilidad (Beling)¹³¹, o de una causal de renuncia del Estado a la potestad de castigar (Manzini)¹³²; mientras que si se considera que el concepto de culpabilidad requiere, junto al momento psicológico, también un momento normativo, es decir, si se considera que el concepto de culpabilidad implica, siempre y necesariamente, un juicio de reproche jurídico del agente y, con ello, la obligación de que el agente actúe de un modo distinto de como ha actuado, se puede concluir, con Goldschmidt¹³³, que en el estado de necesidad falta, no sólo la punibilidad, sino también la culpabilidad, ya que el legislador, no obstante la antijuridicidad objetiva del hecho, valorando humanamente todas las circunstancias del caso, ha renunciado a pretender que el agente se abstenga de la acción. De todos modos, para los fines de la presente investigación, es imposible que la resolución de este problema no parezca superflua, ya que ambas teorías son concordantes en

¹²⁸ MANZINI, *Istituzioni di diritto penale*, 1913, p. 39, nota.

¹²⁹ MANZINI, *Trattato*, Vol. 2, p. 202.

¹³⁰ MASSARI, *Le dottrine generali del diritto penale*, 1928, p. 66.

¹³¹ BELING, *Grundzüge*, p. 57, *Die Lehre*, p. 56. Cfr. también: HEIMBERGER, *Der Ausschluss des Rechtswidrigkeit und Verwandtes*, en ASCHROTT-KOHLRAUSCH, *Reform des Strafrechts*, 1926, p. 82; OLSHAUSEN, *Kommentar*, cit. § 54,3.

¹³² MANZINI, op. et loco citis.

¹³³ GOLDSCHMIDT, *Der Notstand*, cit., *passim*. La tesis de GOLDSCHMIDT ya es dominante en la bibliografía penalista alemana por lo que concierne los casos de necesidad regulados por los §§ 52 y 54 del Código penal. Cfr. LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 190 y ss.; SAUER, op. cit., p. 324 y ss.; FRANK, *Aufbau des Schuldbegriff*, 1907, p. 12 y ss.; LOBE, *Leipziger Kommentar*, § 54, 1. En los casos regulados por los §§ 228 y 904 BGB. se admite, por el contrario, generalmente, que se trata de una circunstancia de licitud. *Contra*, en el sentido de que en estos casos venga a faltar la culpa: MAYER, *Allg. Teil.*, cit., p. 304 y ss. No faltan, sin embargo, los escritores que sostienen que el estado de necesidad debe considerarse, en todo caso, como una circunstancia de licitud del hecho. Cfr. MEYER-ALLFELD, op. cit., p. 131; CALKER, op. cit., p. 27; GERLAND, op. cit., p. 115 y ss.

En Italia esta opinión es sostenida enérgicamente por MASSARI, op. cit., p. 88 y ss.

reconocer que la antijuridicidad de un hecho tampoco puede faltar, a pesar que el hecho deba considerarse genérica u objetivamente antijurídico.

Un ulterior alivio para nuestra concepción nos es ofrecido, a continuación, por la doctrina de Massari, quien admite explícitamente la existencia de causas «objetivas» de exclusión del delito¹³⁴. Tales serían, según el ilustre jurista, la ejecución de la ley, la obediencia a una orden de la autoridad, la legítima defensa, el estado de necesidad.

El hecho cometido en estas circunstancias no es un hecho penalmente antijurídico, por más que, dada la concepción psicológica de la culpa, profesada también por Massari, sea indiscutiblemente un hecho doloso.

Es consecuencia de ello, en nuestro concepto, que la influencia de estas circunstancias se ejerce únicamente sobre la valoración jurídica del hecho, prescindiendo por completo de la culpabilidad. Por el contrario, en otros casos la antijuridicidad penal vendría a faltar por la presencia de causas subjetivas o, en otras palabras, causas que inciden únicamente sobre el momento de la culpabilidad. Piénsese, por ejemplo, en el error: quien destruye una cosa ajena creyéndola propia o, mejor aún, quien mata en estado de legítima defensa putativa al presunto agresor, no comete, indudablemente, un hecho antijurídico desde el punto de vista de la ley penal o, más brevemente, no comete un delito; mas la inexistencia del delito depende en estos casos, únicamente, de la falta de culpabilidad.

En nuestra opinión, sin embargo, el hecho, en sí y por sí, objetivamente considerado, debe estimarse antijurídico, por cuanto constituye la lesión de un interés ajeno, jurídicamente protegido. La diferencia entre legítima defensa verdadera y legítima defensa putativa o, más en general, entre causas objetivas de exclusión de la antijuridicidad y causas subjetivas de exclusión de la culpabilidad, está justo aquí: falta, en ambos casos, la existencia del delito o, dicho de otra manera, la antijuridicidad penal, y existen, en ambos casos, todos los elementos objetivos (acción, causalidad, resultado) del delito; pero mientras el hecho cometido en estado de legítima defensa no es un homicidio que estábamos obligados a no cumplir, sí lo es, en nuestro concepto, aquel cumplido en estado

¹³⁴ MASSARI, op. cit., p. 71 y ss. Que las circunstancias de justificación tengan naturaleza objetiva ya es reconocido concordantemente. Así, hecha excepción de poquísimos autores (MERKEL, en *Holtzendorff Handbuch*, cit. por GRISPIGNI, y, en forma dubitativa, también HONIG, *Die Einwilligung des Verletzten*, 1919, p. 153), la opinión de que la validez del consentimiento es independiente del conocimiento tenido por el autor del hecho, es ya netamente dominante. Cfr. MEZGER, op. cit., p. 273; LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 204; MEYER-ALLFELD, op. cit., p. 142, GERLAND, *Selbstverletzung des Einwilligenden*, en *Vergl. Darstellung, Allg. Teil.*, Bd. 2, p. 506, y en Italia, por todos, GRISPIGNI, *Il consenso dell' offeso*, 1924, p. 214: «el consentimiento tiene valor aun si no es conocido por el destinatario y produce sus efectos aun si el agente cumple la lesión creyendo que exista un disenso mientras existe, en cambio, un consentimiento». Y GRISPIGNI, exactamente, destaca cómo «esta última característica no será acogida sin reservas por aquellos que quieren construir el Derecho en general, y especialmente el Derecho penal, sobre elementos exclusiva o casi exclusivamente subjetivos».

En cuanto a la legítima defensa, la naturaleza objetiva de la justificación es afirmada por KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Bd. I, p. 208 y ss.; BELING, *Die Lehre*, cit., p. 141; MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch*, cit., p. 128; SAUER, *Grundlagen*, cit., p. 345; GOLDSCHMIDT, *Notstand*, cit., p. 170, etc. En cambio, requieren un elemento subjetivo y, precisamente, el conocimiento de actuar en condiciones de licitud, BINDING, *Normen*, cit., Bd. 2, p. 112; KÖLHER, *Strafrecht*, p. 287 y ss.; FISCHER, op. cit., p. 214 y ss, FLORIAN, *Parte Generale*, 2ª ed., Vol. 1, p. 485 y ss.

de legítima defensa putativa, por más que quede impune por el error de hecho en que incurrió el agente. Allá falta la antijuridicidad objetiva del hecho o, en otras palabras, la lesión de un interés ajeno jurídica y *actualmente*¹³⁵ protegido; aquí, dicha lesión existe, pero el agente ha creído actuar en circunstancias de licitud y, por tanto – a menos que no se trate de un error culposo –, su acción no puede ser desaprobada por el ordenamiento jurídico. Más brevemente: allá falta la antijuridicidad objetiva del hecho; aquí, simplemente la culpabilidad.

Creemos con esto haber demostrado cómo, aun desde el punto de vista de la doctrina normativa, es posible distinguir entre antijuridicidad penal o existencia del delito, y antijuridicidad objetiva de la acción. Y, en verdad, si el delito puede llegar a faltar por la presencia de una circunstancia objetiva de exclusión del injusto, si, en otras palabras, el juicio sobre la licitud jurídica de un determinado comportamiento prescinde, en estos casos, de la investigación sobre la culpabilidad, es consecuencia de ello que también el juicio sobre la antijuridicidad de la acción debe prescindir lógicamente de la culpabilidad, ya que en definitiva, licitud y antijuridicidad no son más que dos aspectos de un mismo concepto, el anverso y el reverso de una misma moneda.

4. Por lo tanto, el concepto de antijuridicidad en general, en nuestra opinión, debe ser determinado objetivamente, sin relación a la culpa o la imputabilidad del agente.

Es antijurídico todo comportamiento que, objetivamente considerado, contrasta con los fines del ordenamiento jurídico o, en pocas palabras, con el Derecho objetivo, en su función de valoración de los hechos.

En consecuencia, también las acciones de un menor o de un enfermo mental pueden ser consideradas acciones antijurídicas, aunque no sean acciones culpables, porque faltando la imputabilidad, falta también, necesariamente, la culpabilidad. La imputabilidad es, entonces, un presupuesto de la culpabilidad, y no ya, como equivocadamente pretende Kohlrausch¹³⁶, un presupuesto de la antijuridicidad. Si así fuese, el homicidio cometido por un enfermo mental tendría siempre el mismo valor jurídico, es decir, sería en todo caso un hecho lícito, aun cuando no existiese una circunstancia objetiva de licitud de la acción (legítima defensa, etc.). Pero si se puede decir que el homicidio cometido por un sujeto no imputable es un hecho no antijurídico desde el punto de vista penal o, más correctamente, un hecho no punible, es seguro que no se puede decir que es un hecho lícito o, en otras palabras, un hecho que no contraste con los fines del Estado, porque el Estado reacciona

¹³⁵ BONUCCI, *Il reato come fatto illecito e come fatto punibile*, en *Rivista di diritto e procedura penale*, 1919, p. 21 del extracto.

¹³⁶ KOHLRAUSCH, *Die Straftat in deut. St.GE. 1919*, en *Schweizerischen Zeit. für Strafrecht*, Bd. 34, p. 157.

también contra los actos del loco, si no con la pena, con las medidas de seguridad, y podría todavía reaccionar con la indemnización del daño, que es, indiscutiblemente, una verdadera forma de sanción jurídica, o sea, la consecuencia de un injusto.

Luego, si se nos objetase que para nuestro ordenamiento jurídico esta última conclusión no es del todo pacífica¹³⁷, responderemos, sin pretender resolver incidentalmente un problema de tanto interés, que la objeción no tiene importancia alguna, ya que para justificar nuestra distinción basta la constatación de que el Estado, si lo quisiera, podría asociar al acto del loco la obligación de la indemnización, o sea, una sanción jurídica, mientras que no podría asociar sanción alguna a un acto cumplido en legítima defensa.

Los criterios para la calificación las acciones como jurídicas o antijurídicas son, por ello, puramente objetivos o, en otras palabras, independientes del modo en que la acción ha sido cometida (culpablemente o no).

Sin embargo, se ha objetado que al encaminarse por esta vía se llega a resultados absurdos¹³⁸.

Abandonado todo criterio subjetivo, también los hechos de las bestias y las fuerzas naturales podrían ser objeto de una valoración jurídica, y el rayo que mata a una persona o la crecida que inunda un campo, cometerían hechos antijurídicos, es decir, hechos objetivamente lesivos de un bien jurídico.

Mas la objeción no es del todo decisiva. A lo sumo, es decisiva solamente contra aquellas concepciones que reconocen la esencia de la antijuridicidad en la lesión del bien jurídico, pero no es del todo decisiva para quien defiende la antijuridicidad como lesión del Derecho. El Derecho objetivo, en efecto, es indiscutiblemente una regla social y, en consecuencia, una regla (ora de simple valoración, ora un conjunto de valoración y de determinación) para las acciones de los hombres, ya que sólo entre los hombres existe sociedad verdadera, y no también entre los hombres y las bestias, o entre los hombres y los fenómenos naturales¹³⁹.

Desde este punto de vista, es necesario, pues, afirmar, al revés de lo que sostienen algunos escritores¹⁴⁰, que solo el comportamiento humano puede, propiamente hablando, ser calificado como jurídico o antijurídico».

La frase corriente «hecho antijurídico» debe entenderse como un modo abreviado para decir hecho causado por una acción antijurídica.

¹³⁷ Por lo demás, la responsabilidad civil del enfermo mental es admitida por buena parte de los escritores. En general, por todos aquellos, ya citados, que admiten la existencia de un injusto objetivo, pero también, en base a consideraciones de equidad, por algunos de aquellos que rechazan este concepto. Cfr., por ejemplo, CESAREO-CONSOLO, op. et loco cits. *Vid.*, sin embargo, contra: BATTAGLINI, *Sull' azione civile per risarcimento di danni contro l' imputato assolto per totale infermità di mente*, en *Studi dedicati alla memoria di P. P. Zanzucchi*, Milano, 1927, p. 381 y ss.

¹³⁸ MERKEL, *Zur Lehre*, cit., p. 47.

¹³⁹ Cfr. LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 173, nota; MEZGER, op. et loco cits.; NAGLER, *Der heutige Stand*, cit., p. 326 y ss.; CALKER, *Das Strafrecht*, 1927, p. 29, etc.

¹⁴⁰ WOLFF, *Verbotenes Verhalten*, 1924, p. 186 y ss.

5. A los escritores que consideran la antijuridicidad como un elemento constitutivo del hecho, pues, no se puede, en nuestra opinión, objetar que la antijuridicidad consiste en la violación de una orden de ley o, en otras palabras, una acción culpable.

La observación es indudablemente exacta si se hace referencia a la antijuridicidad penal o, con más correcta formulación, a la punibilidad del hecho; pero no es exacta si se considera la antijuridicidad en general, ya que este concepto prescinde, como confiamos haber demostrado, del requisito de la culpabilidad.

Ahora bien, quien afirma que la antijuridicidad es un elemento del hecho, no entiende referirse para nada a la antijuridicidad penal, sino más bien a la antijuridicidad en general o, en otras palabras, la antijuridicidad objetiva. Para convencerse de ello, basta recordar cómo entre los autores que afirman que la antijuridicidad es un elemento constitutivo del hecho se ha alineado también Binding, por cuanto nadie ha sostenido más enérgicamente que él, que la íntima esencia del delito consista en ser la acción delictuosa una acción punible. Y, sin embargo, Binding no es incoherente, como injustamente ha sido sostenido por Mayer¹⁴¹, ya que en su concepción la ley penal tiene una naturaleza sancionatoria o secundaria, y presupone, por eso, siempre y necesariamente, otra norma sobre la cual se injerta e inserta; en otras palabras, presupone una precedente determinación del injusto¹⁴².

Ahora bien, en la concepción de Binding hay indiscutiblemente una luz de verdad que las críticas sucesivas no han podido obscurecer y que es reconocida implícitamente incluso hoy en día, cuando se afirma que la antijuridicidad penal del hecho, aunque sea distinta de toda otra especie de antijuridicidad, viene empero a faltar siempre que en cualquier rama del ordenamiento jurídico se encuentre una regla, escrita o no escrita, expresa o no expresa, que considere lícito el hecho, de otro modo punible.

La concepción del Derecho penal como Derecho meramente sancionatorio, en nuestra opinión, no puede ser completamente superada sino desde nuestro punto de vista, ya que, para nosotros, la antijuridicidad objetiva, lejos de resultar de una norma extrínseca y precedente a la imposición de la obligación penal, deriva de la ley penal misma, considerada, antes que en la función normativa, en la valorativa, que es un presupuesto indispensable de la primera.

La única objeción con que se puede combatir la tesis de que la antijuridicidad es un elemento constitutivo del hecho, en definitiva, es aquella ya formulada por Rocco a propósito de la antijuridicidad penal, y que podemos repetir igualmente para la

¹⁴¹ MAYER, *Allg. Teil*, cit., p. 9, nota.

¹⁴² Cfr. KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff*, 1903, p. 53. Se observe, por lo demás, que si en la primera edición de las *Normen*, BINDING afirma resueltamente que no existe injusto inculpable (I, p. 135 y ss.), en la tercera comienza con admitir la existencia del injusto objetivo civil (I, p. 301) para llegar después a afirmar que el *Tatbestand* del delito, en el que se comprende para BINDING también el requisito de la antijuridicidad, está constituido por la realización de todos sus extremos objetivos, mediante un comportamiento humano, incluso no culpable. Cfr. *Die normen*, 3 Aufl., Bd. 2, p. 228 y ss.; y *Die objektive Verbrechenstatbestand in seiner rechtlichen Bedeutung*, en *Gerichtssaal*, Bd. 76, p. 1 y ss.

antijuridicidad objetiva. Cuando se dice que el hecho delictuoso es un hecho antijurídico o, más exactamente, un hecho que se origina de una acción objetivamente antijurídica, no se hace más que expresar una relación entre la acción humana y una regla de Derecho y, más precisamente, una relación de contradicción. A la par de la licitud, también la antijuridicidad es, por lo tanto, un atributo, un predicado de la acción y, más precisamente, un predicado de relación¹⁴³. Como tal, no puede ser considerada un elemento constitutivo del hecho.

6. Quién mire más allá, sin embargo, se percatará fácilmente de que la disputa no versa tanto sobre la noción de antijuridicidad, sino, más bien, sobre la de «hecho»¹⁴⁴. Ni siquiera estos escritores, o a lo menos la mayor parte de ellos, niegan, en verdad, que el concepto de antijuridicidad tenga naturaleza formal u objetiva, y si lo consideran como un elemento constitutivo del hecho, es porque asumen este término en un sentido más vasto del nuestro, para indicar el complejo de todos los extremos objetivos (elementos o condiciones constitutivas) necesarios para que un delito exista¹⁴⁵. Y ya que, para constituir el delito, es necesario un acontecimiento exterior causado por una acción humana antijurídica y culpable, serían elementos constitutivos del hecho, así la acción y el resultado, como la antijuridicidad, en contraposición a la culpabilidad, que constituiría, en cambio, el elemento subjetivo.

Ahora bien, desde este punto de vista, la concepción que combatimos es sin duda coherente. Nadie, en efecto, querrá desconocer que la palabra hecho puede también ser usada únicamente para indicar el solo hecho antijurídico, ni que éste, como ha sido demostrado por Binding, sea su significado históricamente predominante.

No vale, entonces, objetar que la antijuridicidad no es una entidad que se sume a la acción o al resultado, sino, más propiamente, una relación entre el hecho y la norma; que no es un elemento constitutivo del hecho, sino su condición más característica o, en otras palabras, su modo de ser. No se trata, en verdad, de saber si la antijuridicidad es un elemento o predicado del hecho, sino, más bien, de decidir si conviene determinar el concepto de hecho en función de la antijuridicidad; en otras palabras, si deba llamarse hecho el solo hecho antijurídico.

Sin excluir que la noción de hecho puede ser asumida por otros, también para indicar el solo hecho antijurídico, nos parece más conveniente adoptarla en un significado diferente, es decir, para denotar el complejo de los elementos objetivos que deben concurrir

¹⁴³ ROCCO, op. cit., p. 473. Cfr. también FISCHER, op. cit., p. 96.

¹⁴⁴ Cfr. NAGLER, op. cit., p. 285 y ss.

¹⁴⁵ Así, substancialmente, BINDING, *Die Normen*, 3 Aufl., 2, p. 607; BIERLING, op. cit., Bd. 3, p. 17; STOOS, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Bd. 10, p. 358 y ss. (citado por NAGLER), etc.

para constituir un delito, así como están descritos en los tipos delictuosos individuales y prescindiendo completamente del extremo de la antijuridicidad. Más brevemente, es «hecho» solamente el hecho en general o, en otras palabras, el hecho descrito por las normas incriminadoras especiales, aun si es cometido en condiciones de licitud.

Una vez admitido que desde un punto de vista meramente lógico el término hecho puede ser usado también en el sentido de hecho antijurídico, la distinción podría tener el aire de una inútil pedantería si no fuese sugerida por el deseo de separar los elementos o las condiciones constitutivas del hecho, o sea, los elementos propios y característicos de los tipos delictuosos individuales, del requisito de la antijuridicidad, que es una condición común e indefectible de cualquier delito.

A la diversidad de tales elementos es bueno que correspondan también nombres diferentes, si se quiere evitar todo peligro de confusión. Peligro, por añadidura, para nada hipotético, si se recuerda que la mayor parte de los escritores que consideran la antijuridicidad como un elemento o como una característica del hecho, han terminado después por sostener que el conocimiento de la antijuridicidad de la acción es un elemento constitutivo del concepto de dolo.

Ahora bien, sin detenernos a refutar el error de esta tesis¹⁴⁶, nos limitamos a observar que, precisamente para remediar este error, es necesario distinguir netamente entre «hecho» y hecho antijurídico, o bien, si se quiere tener por establecida esta segunda dicción, es necesario, a continuación, encontrar otra vía para evitar la equiparación entre los que llamamos elementos del hecho y el atributo de la antijuridicidad.

Tal exigencia fue percibida por Frank¹⁴⁷, para quien la antijuridicidad de la acción no podría ser considerada un elemento o una condición positiva del hecho, mientras que la falta de antijuridicidad sería un elemento negativo del hecho. La misma concepción es sostenida en Italia por Vannini: «*las circunstancias de excepcional licitud penal no constituyen unos meros presupuestos legales negativos del delito, sino unos verdaderos elementos negativos, tanto es así, que debiendo a ellos, como a los elementos positivos esenciales referirse el dolo, éste, conjuntamente con el relativo delito, queda excluido por el error que recae sobre tales elementos*»¹⁴⁸.

Así queda expuesta a plena luz la razón que ha dado origen a la teoría: dado que en nuestro ordenamiento jurídico la errónea opinión sobre la licitud de la acción no tiene valor de excusa, no se considera la antijuridicidad como elemento del hecho, al paso que se considera elemento del hecho la falta de la antijuridicidad, en la falsa opinión que tal error

¹⁴⁶ Vid. sobre la materia, LEVI (N.), *Dolo e coscienza dell' illiceità nel diritto vigente e nel progetto*, en *Studi economico giuridici della R. Università di Cagliari*, año XVI.

¹⁴⁷ FRANK, *Aufbau des Schuldbegriff*, 1907, p. 8 y ss. (en la 17ª edición del *Comentario*, sin embargo, FRANK ha cambiado parecer). Cfr., también, MERKEL (A.), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, p. 82; MIRICKA, *Die Formen der Strafschuld und ihre gesetzlichen Regelung*, 1903, p. 125; LÖFFLER, en *Grünhuts Zeits.*, Bd. 20, p. 774, citado por KOHLRAUSCH. *Contra*, la opinión dominante, *vid.*, por todos, KOHLRAUSCH, *Irrtum*, cit., p. 59.

¹⁴⁸ VANNINI, *Lineamenti di diritto penale*, p. 34.

tiene siempre el efecto de excluir el dolo. Pero si quien comete un hecho delictuoso creyendo, por un error de hecho, versar en condiciones de legítima defensa, no es punible, por el contrario, es punible el que comete el mismo hecho en la errónea creencia de poderse defender aun contra una violencia futura y no inminente. Por lo tanto, no se puede afirmar pura y simplemente que el error que recae sobre estos elementos vale en todo caso para excluir el dolo, ya que el dolo queda excluido solamente por el error de hecho. Ahora bien, para explicar la eficacia del error de hecho, no es para nada necesario considerar las circunstancias de licitud de la acción como elementos constitutivos negativos del hecho delictuoso, ya que si fuesen verdaderamente tales, aun el error de Derecho debería valer para excluir el dolo. Así, quien se apropia de una cosa ajena creyéndola propia, aun si tal errada creencia deriva de un error de Derecho, no es nunca punible por hurto, precisamente porque la ajenidad es un elemento o una característica constitutiva del hecho. Por lo tanto, la teoría de Frank también conduce a consecuencias insostenibles y debe ser rechazada.

Ella es, por otro lado, lógicamente incoherente. Y en efecto, si cada negación presupone una afirmación, de ello se sigue que las circunstancias de licitud de la acción, podrían considerarse como elementos constitutivos negativos del hecho, en cuanto su presencia hiciere faltar un elemento positivo del hecho mismo. ¿Pero cuál? Evidentemente, ni la acción, ni el resultado o, en síntesis, ninguno de los elementos constitutivos de los tipos delictuosos individuales, sino, más bien, otro elemento: la antijuridicidad, cuya presencia no constituye, sin embargo, para esta teoría, un elemento positivo del hecho¹⁴⁹.

El error de la doctrina, por lo tanto, queda de manifiesto; si se consideran las causales de exclusión de la antijuridicidad como elementos constitutivos negativos del hecho, la lógica exige que se considere como un elemento positivo del mismo concepto también la antijuridicidad de la acción, ya que aquello que éstos niegan es precisamente esa condición de desvalor o de desaprobación jurídica en que consiste propiamente la antijuridicidad.

Por tanto, las circunstancias de licitud de la acción no pueden ser consideradas como elementos negativos del hecho. Por ejemplo, lo que se imputa al agente no es el homicidio más la falta del estado de legítima defensa, más la falta de una orden obligatoria por parte de la autoridad competente, etc., sino es, más brevemente, sólo el homicidio. Ciertamente, para que el agente sea llamado a responder por el homicidio que ha cometido, se requiere que no exista la legítima defensa, la falta de una orden vinculante, etc., pero no se puede afirmar, sólo por ello, que tales circunstancias constituyan otros tantos elementos negativos del hecho que se le imputa.

No se trata de elementos del hecho, sino – perdónesenos el retruécano – de elementos de hecho, de cuya falta o presencia depende la valoración jurídica del hecho que se imputa al agente.

¹⁴⁹ Cfr., también, KOHLRAUSCH, op. et loco citis.

Entre todas las teorías que usan el término hecho en el sentido de hecho antijurídico, la única indiscutible, en nuestra opinión, es la de Baumgarten¹⁵⁰. Teoría que a primera vista podría parecer muy similar a la de Frank, pero que, no obstante, es substancialmente diferente¹⁵¹. Y, en efecto, las circunstancias de exclusión del injusto, que para Frank constituyen otros tantos elementos negativos del hecho, son consideradas, más exactamente, por Baumgarten, como límites o presupuestos de la norma. Por hecho se entiende, de nuevo, el solo hecho antijurídico, pero ello no tanto por el motivo de que la antijuridicidad sea un elemento o un presupuesto del hecho, sino, más bien, porque la norma prevé solamente hechos antijurídicos. En efecto, toda norma resulta determinada y definida por el complejo de todas las otras con las que coexiste y que tienen conjuntamente con ella actual validez; por tanto, la norma penal no es esa disposición que determina abstractamente el modelo de un delito, sino esa norma más limitada que resulta de la combinación de la primera con todas las otras disposiciones que, en ciertos casos y en ciertas circunstancias, consienten o imponen el hecho de otro modo ilícito.

Entonces, las circunstancias de licitud de la acción, que según la teoría de Binding representarían otras tantas excepciones a la norma, para Baumgarten no constituyen sino unos casos en los que no se ha verificado el hecho delictuoso, así como está previsto en la norma penal¹⁵², ya que la norma que reprueba el homicidio no tiene un alcance absoluto sino condicionado, y no se refiere a los casos en que el homicidio ha sido cometido en legítima defensa, en ejecución de una sentencia capital, etc.

En consecuencia, es impropio hablar tanto de causas de justificación del hecho, cuanto de elementos negativos del delito, etc., ya que no se trata de excepciones a la norma, sino de casos no contemplados por la norma. Y, en verdad, si el concepto de hecho se extiende hasta comprender en sí el requisito de la antijuridicidad, ya no hay lugar, al lado de la doctrina del hecho, para una particular consideración de las causales de licitud.

De manera análoga a esto, muchos civilistas llaman daño sólo al daño antijurídico y, por ende, llegan a afirmar que el daño moral no es daño. La impropiedad o, más precisamente, la extemporaneidad de esta construcción, ha sido eficazmente puesta a la luz por Carnelutti, que ha insistido enérgicamente sobre la necesidad de distinguir entre daño en general y daño antijurídico¹⁵³. Y con mayor razón tal distinción debe hacerse en el Derecho penal, no sólo para evitar toda posibilidad de error en lo que concierne a la noción de dolo, sino también porque la distinción entre «hecho» y hecho antijurídico encuentra el más indiscutible fundamento en la misma letra de la ley.

La legítima defensa, la orden de la autoridad, etc., no son para nuestro legislador causales de exclusión del hecho, sino, más precisamente, causales de licitud de la acción.

¹⁵⁰ BAUMGARTEN, *Aufbau der Verbrechenslehre*, p. 210 y ss.

¹⁵¹ Para la diferencia de las dos concepciones, cfr. el mismo BAUMGARTEN, op. cit., p. 227, n. 25.

¹⁵² BAUMGARTEN, op. cit., p. 210 y ss.

¹⁵³ CARNELUTTI, *Danno e reato*, 1926, p. 27

Para convencerse de ello basta releer el artículo 49 del Código penal: «no es punible el que ha cometido el hecho por disposición de ley, etc.». Por lo tanto, el hecho existe a pesar de la licitud de la acción. Se consulte, por lo demás, el artículo 421 del Código de procedimiento penal: la fórmula de absolución «porque el hecho no constituye delito» no tendría sentido alguno para la doctrina de Baumgarten, ya que licitud del hecho y falta del hecho aparecen, desde su punto de vista, *unum et idem*.

Concluyendo: si bien la noción de antijuridicidad objetiva prescinde, como tal, del requisito de la culpabilidad, no puede considerársela como un elemento del hecho, y tampoco como una condición de éste. El término hecho no puede ser usado en el sentido de hecho antijurídico.

§ 2. Los casos de especial enunciación de la antijuridicidad.

1. Enunciación de la doctrina que considera la antijuridicidad «especial» como un elemento del hecho. – 2. La teoría de la denominada antijuridicidad especial y la distinción de Bartolo y Claro entre delitos nominados y delitos innominados. Crítica. – 3. La teoría que considera los casos de enunciación de la antijuridicidad como «hechos» normalmente lícitos. Crítica. – 4. La enunciación de la antijuridicidad y la dificultad de distinguir los confines de lo lícito de lo ilícito. – 5. Ulteriores consideraciones aducidas para justificar la enunciación especial de la antijuridicidad. Crítica. – 6. Conclusión: la unicidad del concepto de antijuridicidad y la unicidad del concepto de dolo.

1. Sin embargo, la tesis en cuya virtud la antijuridicidad no representa un elemento ni una condición del hecho, debería sufrir una excepción, según autorizada doctrina, en todos los casos en que la ley misma ha dado expresa relevancia al requisito de la antijuridicidad, al requerir, *apertis verbis*, para que el delito exista, la ilegitimidad, la injusticia o la arbitrariedad de la acción.

La teoría, enunciada por Beseler¹⁵⁴, ha contado y cuenta aún hoy con numerosos sostenedores. Recordemos entre los extranjeros: Liszt¹⁵⁵, Oppenhoff¹⁵⁶, Mayer¹⁵⁷, Lielienthal¹⁵⁸, y entre los italianos Florian¹⁵⁹ y Levi¹⁶⁰. Sostiene Florian que «*la falta del*

¹⁵⁴ BESELER, *Kommentar zum preussischen Strafgesetzbuch*, 1851, p. 46. La afirmación de que la paternidad de esta doctrina pertenezca a BESELER la hemos encontrado en KOHLRAUSCH, op. cit., p. 72.

¹⁵⁵ LISZT, *Lehrbuch*, 23 Aufl., p. 183. *Vid.*, sin embargo, ahora, la 25ª edición, p. 185 en sentido netamente diferente: «*Die Rechtswidrigkeit des Verbrechens bedarf als selbstverständlich keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze. Dennoch hat der Gesetzgeber das Merkmal des Rechtswidrigkeit in den besondern Tatbestand einzelner Verbrechen aufgenommen. Eine sachliche Bedeutung kann nicht beigelegt werden*».

¹⁵⁶ OPPENHOFF, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 14 Aufl., I, Teil, 4 Abs. 7.

¹⁵⁷ MAYER, *Lehrbuch*, 6 Aufl., 1882, p. 152.

¹⁵⁸ LIELIENTHAL, *Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht*, 1916, p. 46.

derecho a hacer u omitir una determinada cosa, cuando es expresamente enunciada, se convierte en un elemento constitutivo del delito y debe existir como tal en la representación subjetiva que del delito se hace el que emprende su realización»; y Levi, aun sin ocuparse ex professo del tema, nota que «nuestro Derecho positivo indica como requisito del elemento material, que se convierte por reflejo también en el requisito del elemento psíquico del delito, la conciencia de la ilegitimidad o de la injusticia en algunos específicos delitos».

Sin embargo, en nuestra opinión, la teoría es infundada.

2. Y, en verdad, cuando se afirma que es necesario distinguir entre los casos en que la ley da especial relevancia al requisito de la antijuridicidad y aquellos en que tal relevancia falta, es preciso admitir lógicamente que entre estos dos grupos de casos hay una diferencia substancial en lo que concierne el momento de la antijuridicidad.

¿Pero cuál? Lógicamente, una diferencia substancial podría existir sólo si los casos en que falta la enunciación de la antijuridicidad se refiriesen a hechos por sí mismos antijurídicos o, en otras palabras, a hechos que el ordenamiento jurídico desapruueba en todo caso, prescindiendo de las circunstancias concretas en que han sido cometidos; y, por el contrario, si los casos en que la ley da explícita relevancia al momento de la antijuridicidad se refiriesen siempre a hechos neutros o, en otras palabras, a hechos que pueden ser lícitos o ilícitos según las circunstancias del caso.

Bajo la aparente novedad de la formulación, la teoría que combatimos, pues, hunde sus raíces en épocas remotas, ya que se identifica con la distinción de delitos nominados y delitos innominados, formulada por Bartolo y desarrollada por Claro. «*Delicta vero innominata sunt... quae fieri quandoque possunt sine maleficio, quandoque vero fiunt cum crimine et ideo dicuntur delicta innominata. Sed ea, quae sunt nominata non possunt fieri sine maleficio, semper enim furtu, adulterium, raptum sunt maleficio*»¹⁶¹.

Sobre esta base, y sólo sobre ella, la distinción podría tener una válida razón de ser, y a partir de ésta podría sostenerse razonablemente, sin romper la unidad del concepto de dolo, que en los casos en que la ley ha dado expresa relevancia al requisito de la antijuridicidad de la acción, la conciencia de tal antijuridicidad entra a formar parte del concepto de dolo. Más exactamente, la conciencia de la antijuridicidad sería siempre un

¹⁵⁹ FLORIAN, *Parte generale*, 3ª edición, 1926, vol. I, pp. 369 y 418. *Vid.*, también del mismo, *La condizione di anti giuridicità speciale nei delitti*, en *Studi in onore di C. Fadda*, I, p. 281 y ss.

¹⁶⁰ LEVI (N.), *op. cit.*, p. 76.

¹⁶¹ JULIUS CLARUS, *Liber Quintus*, Venetiis, 1587. *Vid.*, también, M. A. BLANCUS, *Practica criminalis*, Venetiis, 1555, n. 119, p. 54: «*delicta vero innominata sunt quae de necessitate delictum non includunt, ut si dixerit et pronuntiaverit te percussisse Titium, vel te incidisse arbores, vel te comburisse domum, ita sunt magis nomina facti quam delicti, cum ista de necessitate non includunt delictum, unde magis es absolutus quam condemnatus, nisi iudex addiceret poenam et diceret dolose vel culpabiliter te percussisse*».

elemento del dolo, pero en los casos en los que la ley no le ha dado explícita relevancia se podría pasar por alto su prueba, ya que, tratándose de hechos absolutamente antijurídicos, tal prueba está implícitamente contenida en la de la voluntad del hecho.

Pero si esta fuese, verdaderamente, la base de la doctrina de la así denominada antijuridicidad, podríamos limitarnos a repetir la crítica hecha por Anton Mattheus¹⁶²: «*Dividunt crimen in nominatum et innominatum. Nominatum veluti furtum, adulterium, homicidium, etc. Innominatum veluti verberare, domum alienam ingredi et similia. Ratione distinctionem fulciunt ista: quoniam verberare, ingredi alienas aedes possumus etiam sine crimine: enim vero furtum, adulterium, caedes non possunt admitti sine crimine. Egregia sane ratio, atque ista divisione prorsus digna! Quis nescit genus de specie debere praedicari, in quaestione, quid est? Verberare ergo, domum ingredi, qui possunt nuncupari delicti species, cum de his, antequam vox distincta fuerit, non possit praedicari genus? Verberat magister, vapulat discipulus, sine crimine. Verberat non magister, vapulat, cuius aetas excessite magisterio contumeliae causa: haec iniuria est et crimen nominatum.*

Introit domum alienam sine tumultu creditor: nullum introeundo contrahit crimen. Irruit solida vi vecticularius sive effractor: hic crimen, et gravem quidem contrahit. Adhaec venenum dare, secundum hos auctores, crimen innominatum erit, quia possumus sine scelere dare bonum: si malum dederimus, veneficium erit, quia veneni vox genere mediorum est, tam quod ad sanandum, quam quod ad accidentum datur. Concumbere similiter crimen innominatum; quia concubuit maritus sine flagitio; stuprator cum flagitio. Haec omnia quam sint absurda, nemo non videt: planeque ausim statuere vix allum reperiri crimen innominatum... Jam quam illud ineptum cum dicunt caedi hominem non posse sine crimine, cum pueris notum sit, caedere carnefices cotidie reos sine crimine?».

Más brevemente, no hay hechos absolutamente antijurídicos, ya que cualquier hecho, en determinadas circunstancias, puede ser cometido *sine iniuria*. Desde este punto de vista, pues, no existe diferencia substancial alguna entre los casos en que la ley da relevancia al requisito de la antijuridicidad y aquellos en que tal relevancia falta. El hecho, en su materialidad, es siempre neutro y deberá considerarse como jurídico o antijurídico según las circunstancias en que ha sido cometido. No hay dos especies de antijuridicidad, una general y una especial, sino una especie solamente, ya que la antijuridicidad resulta, en todo caso, de la relación de contradicción entre el hecho y la ley. Por lo tanto, si desde un punto de vista lógico pudiera sostenerse que la antijuridicidad es una condición constitutiva de todos los hechos delictuosos, no es absolutamente admisible que se la considere tal sólo en los casos en que la ley le ha dado explícita relevancia.

La doctrina que combatimos quiebra en dos partes el concepto de antijuridicidad y, por ende, quiebra en dos partes el concepto de dolo, que quedaría constituido, ora por la

¹⁶² ANTONIUS MATTHEUS, *De Criminibus*, Colonia, 1727, p. 55

simple voluntariedad del hecho, ora por la voluntariedad del hecho más la conciencia de la antijuridicidad.

Ni se diga que la excepción confirmaría la regla. La verdad es que, en vez de confirmarla, la destruye. O mejor, la confirma en sentido puramente estadístico, como si se dijere: en la mayor parte de los casos basta la simple voluntariedad del hecho para constituir el dolo, pero hay otros, menos numerosos, en los que, además de la voluntariedad del hecho, se requiere, por añadidura, la conciencia de su ilicitud. Pero que este segundo grupo de casos sea numéricamente inferior al primero, desde el punto de vista teórico, tiene poca importancia: la unidad del concepto es irremediamente quebrada. Ya no se tiene uno, sino dos conceptos de dolo, dos principios diversos para dos diferentes territorios jurídicos.

3. Pero si la distinción entre delitos nominados e innominados carece de razón de ser, si ningún hecho puede considerarse absolutamente antijurídico, ya que si se prescinde de la relación de contradicción entre el hecho y la ley, la suma de los elementos materiales del delito no puede calificarse en sí misma ni como jurídica ni como antijurídica, evidentemente, ya no hay modo de distinguir entre antijuridicidad general y antijuridicidad especial del hecho.

La mejor confirmación de nuestra afirmación resulta, por lo demás, de esto: los sostenedores de la teoría que combatimos, generalmente, olvidan indicar los motivos de la distinción que proponen, o se limitan a justificarla con motivos de orden práctico.

Así, se ha dicho que los hechos en que la ley no da relevancia alguna al momento de la antijuridicidad atañen a hechos normalmente antijurídicos y que se convierten en lícitos solo excepcionalmente; por el contrario, aquellos en que se da explícita relevancia al momento de la antijuridicidad, se refieren a hechos normalmente lícitos y que se convierten en antijurídicos sólo por excepción.

Más brevemente: en el primer grupo de casos la antijuridicidad sería la regla y la licitud la excepción, mientras que en el segundo la regla sería la licitud y la antijuridicidad, la excepción¹⁶³.

Pero aun cuando la afirmación podría considerarse exacta, no se ve por qué motivo la antijuridicidad debería considerarse en un caso como una condición extrínseca al hecho y en el otro como un elemento constitutivo de éste.

En efecto, estos autores, en substancia, terminan por reconocer que la esencia de la antijuridicidad es idéntica en ambos casos y que, si una diferencia existe, ésta es de naturaleza meramente cuantitativa. Mas de la simple constatación de que un hecho es con

¹⁶³ Así, substancialmente, LISZT, *Lehrbuch*, 10, Aufl., p. 119; BIERLING, op. cit., Bd. 3, p. 323, n. 13; SCHÄFFER, *Gehört nach dem StGB. zum Vorsatz das Bewusstseins der Rechtswidrigkeits?*, 1897, p. 22 y ss.

mayor o con menor frecuencia antijurídico, no se puede llegar a sostener lógicamente que la antijuridicidad represente en un caso, a diferencia que en el otro, un verdadero elemento constitutivo del hecho. La única consecuencia admisible sería quizás ésta: que cuando se trata de hechos normalmente antijurídicos, la ley hace bien en no requerir, para la punibilidad del delito, la conciencia de la antijuridicidad de la acción, ya que tal conciencia puede, razonablemente, ser presumida; mientras que, cuando se trata de hechos normalmente lícitos, tal conciencia debería exigirse, ya que falta esa relación de normalidad estadística sobre la que descansan todas las presunciones. Más brevemente, de la constatación de que algunos hechos son normalmente lícitos y excepcionalmente antijurídicos, y otros normalmente antijurídicos y excepcionalmente lícitos, sólo se podría deducir, *de iure condendo*, que para la punibilidad de los primeros es oportuno requerir, no sólo la voluntad del hecho, sino también la conciencia de su antijuridicidad.

La teoría de la antijuridicidad especial, en el fondo, no es más que un disfraz de esta conclusión. Por lo dispuesto en el artículo 44 del Código penal, la ignorancia de la ley penal jamás tiene valor de excusa, sin que sea posible distinguir entre hechos normalmente antijurídicos y hechos que son tales sólo por excepción. Por tanto, para superar la rigidez de la ley, los sostenedores de la teoría que combatimos, han debido disfrazar la tesis que ellos propugnan. Y para hacer eso, no tenían otra vía que afirmar que la antijuridicidad de la acción se convierte, en estos últimos casos, en un verdadero elemento constitutivo del hecho. Así, el obstáculo del artículo 44 quedaría superado; si la antijuridicidad fuese verdaderamente un elemento del hecho, para que el delito exista el agente debería estar consciente de la antijuridicidad que comete, en virtud de lo dispuesto en el artículo 45: «nadie puede ser castigado por un delito si no quiso el hecho que lo constituye».

Pero el disfraz no puede engañar. Si los delitos en que la ley da explícita relevancia al momento de la antijuridicidad y aquellos en que tal relevancia falta no son, desde el punto de vista de la antijuridicidad, substancialmente distintos, si la única diferencia consiste en que los hechos de la primera especie son más frecuentemente lícitos y aquellos de la segunda, más frecuentemente antijurídicos, no se puede afirmar lógicamente que la antijuridicidad satisfaga una dúplice función y ha de considerarse en un caso de una manera y en el otro, de una manera distinta.

Por otra parte, también la afirmación de que los casos en que la enunciación de la antijuridicidad falta son más frecuentemente antijurídicos y los otros, más frecuentemente lícitos, no puede ser acogida sin las debidas reservas, si se piensa que, estadísticamente, el número de los homicidios cometidos *sine iniuria* es, con mucho, superior al de los homicidios delictuosos¹⁶⁴. Para convencerse de ello, bastaría recordar que el número de

¹⁶⁴ Cfr. DOHNA, *Recht und Irrtum*, cit., p. 2: «Man ist geneigt, sich über diese Beobachtung mit der Versicherung hinweg zu trösten, das seien Ausnahmen, und übersieht dabei, dass in den vier Jahren des Weltkrieges mehr Menschen legal getötet wurden, wie in Jahrhunderten im Wege des Verbrechens und dass im Vergleich zu der Zahl rechtmässiger Einsperrungen die unerlaubten sich ausnehmen, wie ein paar Tropfen

nuestros caídos en la última guerra supera largamente el número de los delitos de homicidio cometidos en el Reino de Italia desde su constitución hasta hoy. Si luego se nos objetase que el ejemplo no es decisivo, porque las matanzas cometidas en guerra no pueden ser consideradas una por una, ya que se originan de un mismo hecho y están todas justificadas por la misma causa, sin detenernos a discutir la validez de la objeción, podríamos aducir un segundo ejemplo, observando que en la hipótesis del daño, nuestro Código no da explícita relevancia a la exigencia de la antijuridicidad, mientras que se la da, por ejemplo, el Código alemán, por lo que sería necesario admitir, si la distinción fuese exacta, que el mismo hecho es en Italia normalmente antijurídico y excepcionalmente lícito, y en Alemania, normalmente lícito y excepcionalmente antijurídico: conclusión evidentemente absurda, que demuestra, sin posibilidad de objeción, toda la arbitrariedad de la tesis contrastada.

Pero, sobre todo, se debe observar que en los casos de explícita enunciación, si la antijuridicidad fuese verdaderamente un elemento del hecho, para constituir el dolo debería requerirse, por lo dispuesto en el artículo 45 del Código penal, no solo el conocimiento de la ilicitud de la acción, sino, además, la voluntad de la antijuridicidad. Conclusión indudablemente insostenible: la antijuridicidad queda fuera de la posibilidad de querer del agente, ya que no está en el hecho, sino en la norma. Se la puede conocer, mas no se la puede querer, ya que no se puede querer, propiamente hablando, la voluntad de otro: en el caso particular, aquella del legislador que, mediante la posición de una norma, califica un hecho como jurídico o antijurídico.

Si, a continuación, se nos objetase que la dicción «elemento constitutivo» es impropia, ya que se trata de un simple atributo del hecho que, al igual que otros (por ejemplo la ajenidad de la cosa en el delito de hurto, etc.), pese a no poder ser querido, podría ser conocido, nos limitaremos a recordar cómo aun los autores que se mueven sobre esta directiva, muy lejos de requerir el efectivo conocimiento de la antijuridicidad, se contentan hoy con la simple posibilidad de tal conocimiento. Concuera, en este sentido, la más reciente doctrina alemana, sea que se hable, con Beling¹⁶⁵, de posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad, con Mayer¹⁶⁶, de posibilidad del conocimiento de

in einem Meer». Vid., sin embargo, la objeción de ZIMMERL, op. cit., p. 11: «Das ist zweifellos richtig. Und trotzdem glaube ich dass man die Kategorie von Regel und Ausnahme anwenden kann. In der Regel soll hier nämlich nur bedeuten: dann, wenn sich unter denjenigen Tatumständen, welche nicht einem gesetzlichen Tatbestandmerkmal entsprechen, nicht solche von ganz besonderer Art finden. Bleiben wir bei der Freiheitsberaubung: weder die Person des Täters noch die des Opfers ist im Tatbestand näher qualifiziert. Würden wir nun einen Katalog aller erdenklichen Eigenschaften des Opfers aufstellen so kämen viele Hunderte zusammen; nur eiene aber davon wäre zu einer Freiheitsstrafe rechtskräftig verurteilt; dasselbe gilt von der Eigenschaft des Täters als eienes Strafvollzugsorganes in Ausübung seines Dienstes. In diesem Sinne kann man wohl von Regel und Ausnahme sprechen».

¹⁶⁵ BELING, *Grundzüge*, cit., p. 46. Erróneamente, sin embargo, BELING considera que la simple posibilidad del conocimiento es suficiente aun para los elementos del hecho, remitiéndose al concepto de dolo eventual. Vid., para este propósito, ZIMMERL, op. cit., p. 84 y ss.

¹⁶⁶ MAYER, *Allg. Teil*, cit., p. 235 y ss.

contrariar un deber o, finalmente, con Kohlrausch y Frank¹⁶⁷, de posibilidad de conocer la antisocialidad de la acción. Mas para que exista el dolo, la posibilidad del conocimiento de una condición del hecho no es de ningún modo suficiente: en efecto, la voluntad de realizar el resultado requiere, necesariamente, la previsión real y efectiva de las condiciones individuales que lo constituyen. Por tanto, si la antijuridicidad debería considerarse verdaderamente como una condición del hecho, la simple posibilidad de su conocimiento no debería dar lugar a una imputación a título de dolo, sino sólo, cuando la ley lo consiente expresamente, a una imputación a título de culpa. En efecto, la previsibilidad o, en otras palabras, la posibilidad del conocimiento es, y lo reconoces todos, el elemento psicológico de la culpa en sentido estricto.

4. Una teoría en muchos aspectos análoga a la que examinamos ahora, pero que revela aún más abiertamente su tendencia a corregir, no ya a interpretar, la ley positiva, es aquella según la cual la enunciación especial de la antijuridicidad indicaría que la delimitación entre los confines de lo lícito y de lo ilícito ofrece, en estos casos, particular dificultad¹⁶⁸.

Pero incluso si la observación fuese exacta, no se comprende cómo se pueda sostener, sobre esta base, que para la existencia del dolo es necesaria, además de la voluntad del hecho, también la conciencia de su antijuridicidad.

Se podrá decir, si así se quiere, que tal conciencia debería exigirse y se podrá criticar al legislador por haber dispuesto de otra manera. Mas el artículo 44 del Código penal no deja dudas de ninguna especie. *De iure condito*, la conciencia de la antijuridicidad no es, en caso alguno, un requisito del dolo.

Por otra parte, la tesis de que en los casos de explícita enunciación del momento de la antijuridicidad, la delimitación entre licitud y antijuridicidad ofrece una dificultad mayor que en los otros, ni por asomo es exacta, y para demostrarlo basta recordar cómo el delito más discutido, en relación a esto, es el de lesiones personales (piénsese, por ejemplo, en las lesiones cometidas en un juego deportivo, la actividad médico quirúrgica, etc.), por más que, en este caso, no se ha dado relevancia alguna al momento de la antijuridicidad¹⁶⁹.

Recuérdese, además, que los Códigos modernos dan explícita enunciación a la antijuridicidad en casos en que esa enunciación antes no existía, mientras que la han suprimido en otros casos, sin que se pueda sostener seriamente que la dificultad de

¹⁶⁷ FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, cit., p. 178 y ss.; KOHLRAUSCH, en: ASCHROTT-KOHLRAUSCH, *Reform des Strafrechts*, 1926, p. 24. Cfr., también, SAUER, *Grundlagen*, cit., p. 588. LISTZ-SCHMIDT, *Lehbuch*, 25, Aufl., requieren, en cambio, el efectivo conocimiento de la antisocialidad de la acción.

¹⁶⁸ Así, substancialmente, LUCAS, *Subjectiven Verschulden*, p. 60 y ss.; BAR, *Gesetz und Schuld*, Bd. 3, p. 13; ORTLOFF, en *Gerichtssaal*, Bd. 34, p. 430 y ss., etc.

¹⁶⁹ Cfr. KOHLRAUSCH, *Irrtum und Schuldbegriff*, cit., p. 76.

determinar los límites entre lo justo y lo injusto hayan cambiado substancialmente en el ínterin.

5. Por lo tanto, que la exigencia de la antijuridicidad sea implícita o explícita, no tiene importancia alguna. Todo delito es un hecho antijurídico y la esencia de la antijuridicidad no cambia de naturaleza sólo porque el legislador le ha dado expresamente relevancia. En consecuencia, entre los casos en que el momento de la antijuridicidad ha tenido explícita enunciación y aquellos, mucho más numerosos, en que esa relevancia falta, no puede existir, en nuestra opinión, una diferencia substancial.

Tampoco se puede sostener, pues, como ha hecho Liszt, que la relevancia formal de la antijuridicidad significa que la antijuridicidad de la acción podría ser excluida del Derecho particular de los *Länder*¹⁷⁰. Para convencerse de ello bastaría considerar que la relevancia especial de la antijuridicidad se encuentra algunas veces también en nuestro Código, aunque la razón aducida por Liszt, dada la estructura unitaria de nuestro Estado, no tendría posibilidad alguna de ser válida.

Agréguese, por lo demás, que el Derecho de los Estados individuales que componen una federación, vale como causal de justificación no sólo en aquellos casos en que el momento de la antijuridicidad ha tenido particular enunciación, sino también en todos los demás¹⁷¹. En efecto, para juzgar si una orden tiene eficacia vinculante, para saber en qué casos y en cuáles condiciones es lícito a los agentes de la fuerza pública hacer uso de las armas, etc., necesariamente se debe hacer remisión al derecho de los Estados individuales. Y ya que en estos casos nos encontramos frente a una causal de justificación general, ésta podrá aplicarse igualmente a todos los delitos, sin que sea lícito distinguir entre antijuridicidad general y antijuridicidad especial.

Igualmente inexacta es, a continuación, la opinión de que los casos en que la ley ha dado relevancia a la antijuridicidad son aquellos en que el delito podría ser excluido por el consentimiento del sujeto pasivo¹⁷².

Para nuestro Código bastaría observar que el mismo adverbio «indebidamente» es usado, además que en los artículos 148, 159, 160, 161, etc., a propósito de los cuales la eficacia del consentimiento no puede ser puesta en discusión, también en el artículo 170, donde no puede en modo alguno referirse al consentimiento¹⁷³. Mas se debe observar, sobre todo, que el consentimiento del sujeto pasivo del delito vale como causal de justificación

¹⁷⁰ LISZT, op. cit., 10 Aufl., p. 120.

¹⁷¹ Cfr. KOHLRAUSCH, op. cit., p. 75; GOLDSCHMIDT, en *Juristische Wochen*, Bd. 41, p. 462, etc.

¹⁷² HONIG, *Die Einwilligung*, cit., p. 137 y ss. Cfr., también, SAUER, op. cit., p. 340. Exactamente, en cambio, GRISPIGNI, *Il consenso dell' offeso*, cit., ha puesto a la luz cómo el significado de las dicciones «abusivamente», «arbitrariamente», «indebidamente», etc., no se refiere únicamente al consentimiento, sino también «a una actividad más amplia y diversamente calificada».

¹⁷³ Vid. GRISPIGNI, op. cit., p. 264 y los autores allí citados.

también en muchos casos en que la relevancia particular de la antijuridicidad falta absolutamente. Así, en el daño, la usurpación, las lesiones levísimas, etc.

La opinión de que el consentimiento del ofendido no puede tener eficacia sino en los casos expresamente previstos por la ley es considerada hoy, en general, como inexacta¹⁷⁴. Pero entonces, si es verdad que del «*hecho de que la ley guarde silencio sobre la eficacia del consentimiento no puede deducirse la ineficacia del consentimiento*»¹⁷⁵, es consecuencia de ello que tampoco se puede sostener que los casos en que la ley da explícita relevancia a la existencia de la antijuridicidad se refieran a los delitos en que el sujeto pasivo puede consentir válidamente la lesión.

Finalmente, según otra teoría, la enunciación de la antijuridicidad significaría que, en este género de delitos, el hecho puede estar justificado también por una norma de Derecho consuetudinario.

*«Sin embargo, debe reflexionarse que los ordenamientos jurídicos de los diversos Estados y, por lo que concierne al Derecho penal italiano, el artículo 1 de nuestro Código, se limitan a establecer que por efecto de la costumbre no pueden ser creadas nuevas figuras de delitos y nuevas penas; mas no excluyen que la costumbre pueda tener otra relevancia en el Derecho penal vigente»*¹⁷⁶.

Y, en efecto, si la costumbre constituye una de las fuentes así del Derecho privado como del público, y si la punibilidad del agente queda excluida todas las veces que ha ejecutado una acción que debía considerarse lícita en virtud de una disposición jurídica contenida en una cualquier rama de nuestro ordenamiento, es consecuencia de ello que la costumbre puede valer como causal de justificación del hecho, no solo en los casos en que la ley ha dado relevancia a la antijuridicidad, sino también en otros. Así, la crónica periodística es considerada lícita, precisamente en virtud de una costumbre ya profundamente consolidada y, sobre la misma base, se consideran lícitas las informaciones comerciales¹⁷⁷.

La teoría, aun hoy, es vivamente discutida¹⁷⁸, pero, quizás, más que de un verdadero Derecho consuetudinario, en estos casos se trata de interpretación evolutiva. La ley queda establecida y la costumbre no tiene eficacia abrogatoria, mas con la transformación de las condiciones ambientales y con la modificación de las opiniones de los asociados, muta el

¹⁷⁴ Cfr. GRISPIGNI, op. cit., p. 51, nota 1.

¹⁷⁵ GRISPIGNI, op. cit., p. 294.

¹⁷⁶ MASSARI, *Le dottrine generali del reato*, cit., p. 9.

¹⁷⁷ MASSARI, op. cit., pp. 74 y 77.

¹⁷⁸ Reconocen la eficacia abrogatoria del Derecho consuetudinario: FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, cit., p. 22; BINDING, *Handbuch*, p. 16, y *Die Normen*, I, p. 210; MEYER-ALLFELD, op. cit., p. 71; BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., I, p. 13; LOBE, *Leipziger Kommentar*, cit., Ann., 6, 2; HALSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bd. I, 1887, p. 85; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, 25 Auff. P. 112 (*contra* en las precedentes ediciones); BELING, *Grundzüge*, cit., p. 8, y *Die Lehre*, cit., p. 23; KÖHLER, *Lehrbuch*, p. 77 y ss; GERLAND, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 56; HAFTER, *Lehrbuch*, cit., p. 16 y ss. *Contra*, en general, la doctrina italiana, hecha la excepción de MASSARI, ya citado. *Vid.*, por todos, MANZINI, *Trattato*, vol. 2, p. 210; FLORIAN, *Parte generale*, cit., p. 181. Para la doctrina alemana, *vid.*, en este sentido, WACHENFELD, *Lehrbuch*, cit., p. 39; SCHWARTZ, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 1914, p. 2, 43.

sentido de la ley, que no está incondicionalmente ligado a la voluntad del legislador. Por lo tanto, es impropio hablar de costumbre, ya que esta pretendida costumbre no opera desde fuera, sino dentro de la ley misma, adaptándola a tiempos y circunstancias diferentes¹⁷⁹. Las reglas jurídicas no viven una vida autónoma separada de la realidad política y económica del ordenamiento social, sino son condicionadas a su vez, por esta realidad.

Concluimos. La relevancia formal de la antijuridicidad no puede ser justificada sino por consideraciones de oportunidad técnica.

Substancialmente, todos los delitos son hechos antijurídicos y, entonces, no es posible distinguirlos en dos categorías diversas. Por otra parte, cualquier delito puede ser justificado por un principio de Derecho contenido en otra rama del ordenamiento jurídico y, por tanto, también desde este punto de vista la enunciación de la antijuridicidad no puede considerarse del todo necesaria¹⁸⁰.

Tanto es así, que el Proyecto alemán de 1925, en la descripción de los tipos delictuosos individuales, ha suprimido, intencionalmente, toda referencia a la antijuridicidad del hecho. Léanse por ejemplo, los párrafos 249, 251, 253, 294, etc., del Proyecto¹⁸¹. Por el solo hecho de esta supresión, no puede considerarse que tales delitos hayan sufrido una modificación substancial.

Pero, por más que no aparezca necesaria, la enunciación de la antijuridicidad puede considerarse oportuna en algunos casos. En definitiva, no se trata sino de una advertencia dirigida al juez, para llamar su atención sobre el momento de la antijuridicidad. Como tal, puede ser aconsejable, sobre todo, en todos aquellos casos en que, a pesar de la abstracta correspondencia entre el hecho concreto y el modelo de injusto, el delito podría faltar frecuentemente en virtud de circunstancias particulares de licitud contempladas por una diversa rama del ordenamiento jurídico.

Mas si ésta y no otra es la razón que induce al legislador a dar explícita relevancia a la exigencia de la antijuridicidad, no se puede sostener en modo alguno, ni que la antijuridicidad se convierte en un elemento del hecho, ni que para la existencia del dolo se

¹⁷⁹ En este sentido, substancialmente, MAYER, *Allg. Teil*, cit., p. 35, que distingue entre *echtes und unechtes Gewöhnheitsrecht*. Vid., también, HEINITZ, op. cit., p. 98 y ss., y BELING, *Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 1923, p. 38 y ss.

¹⁸⁰ Concuerdan con esta afirmación la mayoría de los escritores que se han ocupado del tema. Cfr. STOOS, *Rechtswidrigkeit und Verbrechen*, en *Schweizerischen Zeitschrift*, Bd. 10, p. 36; MEYER-ALLFELD, op. cit., p. 123; LISZT-SCHMIDT, op. cit., 25, Aufl., p. 181; MAYER, *Allg. Teil*, cit., p. 12; KOHLRAUSCH, *Irrtum*, cit., p. 72 y ss.; NAGLER, op. cit., p. 287 y ss; BELING, *Die Lehre*, cit., p. 149, y *Grundzüge*, p. 45; MERKEL (P.), *Grundriss*, cit., p. 75; LAMMASCH-RITTLER, *Grundriss*, cit., p.33; HAFTER, *Lehrbuch*, cit., p. 87; GERLAND, op. cit., p. 101; SAUER, *Grundlagen*, cit., p. 340; BINDING, *Die Normen*, 1,2, p. 214 y ss.

Sin embargo, conviene resaltar que buena parte de estos autores considera que la conciencia de la antijuridicidad es siempre un elemento del dolo y, por ende, debe ser requerida también en los casos de explícita enunciación. Además, mientras para algunos la enunciación de la antijuridicidad podría, en algún caso, considerarse oportuna, para otros sería en todos los casos, superflua y embarazosa.

¹⁸¹ Cfr. HEIMBERGER, *Der Ausschluss der Rechtswidrigkeit*, en ASCHROTT-KOHLRAUSCH. *Reform des Strafrechts*, cit.

requiere, además de la voluntariedad del resultado, también el conocimiento de su ilicitud¹⁸².

Claro, el delito quedará excluido todas las veces en que el agente, por un error de hecho, ha creído actuar en una particular circunstancia de legitimidad de la acción. Así, tratándose de un bien condicionado, si el agente considera que el sujeto pasivo ha prestado su consentimiento a la lesión, el delito no existe por defecto de dolo. Pero de ahí a afirmar que la conciencia de la ilegitimidad de la acción es un elemento constitutivo del dolo, la diferencia es notable. Con el mismo buen derecho se podría afirmar que la conciencia de la ilegitimidad de la acción es, en todo caso, un elemento del dolo, ya que el error de hecho sobre una circunstancia de licitud de la acción vale, en todo caso, como excusa, sin que sea posible distinguir entre causales de justificación generales y causales de justificación particulares, es decir, tanto si se trata de consentimiento erróneamente presumido, como si se trata de legítima defensa erróneamente supuesta.

En síntesis: para constituir el dolo no se requiere, en caso alguno, la conciencia de la ilegitimidad de la acción, pero sí, en todo caso, la posibilidad de tal conocimiento, en el sentido que el dolo queda excluido si el agente, por un error de hecho, cree actuar en circunstancias de licitud.

El error de Derecho no tiene, en cambio, alguna eficacia excusante, sin que sea posible distinguir, tampoco esta vez, entre causales de justificaciones generales y causales de justificación particulares. Por ende, la antijuridicidad nunca puede ser considerada como un elemento o como una nota del hecho, ya que, si fuese verdaderamente tal, el dolo quedaría excluido no sólo por el error de hecho, sino también por el de Derecho. Aun los sostenedores de la denominada antijuridicidad especial hesitarían, sin embargo, en sostener que el dolo venga a faltar, por el simple motivo de que el agente ha ignorado la incriminación del hecho; que, para dar un ejemplo, el hecho queda impune, no sólo si el agente, por error, presumió el consentimiento válido del sujeto pasivo de la lesión, sino también si, aun estando consciente de la voluntad contraria del ofendido, consideró, sin embargo, que no cometía un hecho antijurídico.

En otras palabras: la errónea suposición de una circunstancia que, de existir, justificaría la acción, vale en todo caso como excusa, mientras que no vale en caso alguno como excusa la errónea suposición de una circunstancia de licitud no contemplada por la ley. Por tanto, quien afirma que en los casos de explícita relevancia de la antijuridicidad, se requiere, para constituir el dolo, además de la voluntad del hecho, también la conciencia de su ilegitimidad, o dice cosa superflua, o dice cosa inexacta. Superflua, si quiere sostener

¹⁸² Una ulterior confirmación de este aserto se tiene en esto: el legislador, por particulares razones de oportunidad, puede dar explícita relevancia, no solo al momento de la antijuridicidad, sino también al de la culpabilidad. Así, el Código penal alemán requiere algunas veces, explícitamente, que el hecho sea cometido «conscientemente o con conciencia» (*Wissensdelikte*). Cfr., por ejemplo, los párrafos 127, 131, 144, 153, 164, 187, etc. Nadie, sin embargo, ha sostenido jamás que entre estos y los otros casos haya alguna diferencia en lo que se refiere al dolo.

solamente que el dolo queda excluido por la errónea suposición de un estado de hecho que, de existir, justificaría el delito; inexacta, si, por el contrario, quiere afirmar que el dolo queda excluido también por el error de Derecho sobre la licitud de la acción.

A la unidad de la noción de antijuridicidad, corresponde, en nuestro ordenamiento jurídico, la unidad de la noción de dolo.

Capítulo II

HECHO Y CULPABILIDAD

1. La distinción entre «hecho» y culpabilidad. – 2. Utilidad de la distinción para la resolución de algunos problemas prácticos: la naturaleza accesoria de la participación delictiva; la receptación de cosas sustraídas por un incapaz, etc. – 3. La definición del hecho en función de la culpabilidad: crítica. Culpabilidad y circunstancias de licitud del hecho. – 4. La definición del hecho en función de la voluntad: crítica. Las circunstancias del hecho no modificables por el agente y las dos teorías del dolo: como voluntad y como representación.

1. Como la antijuridicidad, así también la culpabilidad no puede ser considerada un elemento del hecho. Cuando se afirma que el «hecho que constituye delito comprende todo aquello que por hecho entiende la ley penal, es decir, no solo el lado material, sino también la voluntad concerniente al acto en sí»¹⁸³, se usa el término hecho en un sentido distinto y más amplio que el nuestro.

Mas sin negar absolutamente la admisibilidad de este modo de ver, nos parece oportuno distinguir el hecho de la culpabilidad, así como hemos distinguido entre hecho y antijuridicidad.

Por lo demás, la necesidad de la distinción parece evidente, si se considera que, por lo dispuesto en el artículo 45 del Código penal, el elemento psíquico del delito está regularmente constituido por la voluntad del hecho o, en otras palabras, el dolo. Pero entonces, si el hecho debe ser, regularmente, querido por el agente, ¿cómo se puede sostener que la misma voluntad constituya un elemento del hecho?

También quien comprende en el término hecho tanto el elemento material como el psíquico, posteriormente es constreñido a distinguir, en el seno de este más amplio concepto, los dos momentos que lo constituyen, a menos que no quiera considerar de la misma manera el objeto del querer y el acto del querer: el hecho y la culpabilidad. Es mejor, entonces, designar los dos conceptos con dos nombres diferentes, y llamar hecho al hecho y culpabilidad a la culpabilidad. Se gana en simpleza y se evita una vez más el peligro de posibles confusiones.

Por otra parte, la distinción ya está en la ley. El artículo 53 del Código penal contempla el hecho cometido por el menor; el artículo 46, el hecho cometido por el enfermo mental, etc. Además: el artículo 421 del Código de procedimiento penal distingue entre inexistencia del hecho e inexistencia de la culpabilidad, entre insuficiencias de pruebas sobre la existencia del hecho e insuficiencias de pruebas sobre la existencia de la culpabilidad.

¹⁸³ MANZINI, *Trattato*, 2ª ed., vol I, p. 478.

Sin embargo, se ha objetado que en otros casos el significado de la dicción es más comprensivo, hasta el punto de poder abrazar no sólo el elemento material, sino también el psíquico¹⁸⁴. La objeción, pese a su exactitud, no sería decisiva: se trataría simplemente de un defecto en la redacción técnica de algún texto de ley, y a nuestra vez podríamos observar que en otros casos se verifica el defecto opuesto, a saber, que el término delito, algunas veces, indica el simple elemento objetivo del injusto.

Pero, además, la objeción es infundada. En verdad, no se puede sostener que el artículo 5 del Código de procedimiento penal use el término hecho en el sentido de delito, sobre la simple consideración de que, si falta el elemento subjetivo, no se puede encontrar en un hecho los extremos de un delito¹⁸⁵. La afirmación, en sí y por sí, es exacta, mas deja de considerar que la suspensión del juicio civil no significa en modo alguno que el hecho que da origen a tal pronunciamiento constituya necesariamente un delito. El juez civil no puede conocer de un hecho criminoso y, por ende, debe suspender el juicio siempre que, en el curso de un proceso civil, emerja la posibilidad de la existencia de un delito. Más brevemente: debe suspender el juicio todas las veces que emerja un hecho cuya materialidad corresponda a un tipo delictuoso. La investigación sobre la existencia concreta del delito excede su tarea, y violaría un preciso deber suyo si dejase de remitir el expediente al ministerio público, sólo porque cree poder excluir que el hecho haya sido cometido con culpabilidad. Por tanto, el término hecho es usado, aun en ese caso, para denotar el elemento material del injusto.

Luego, en cuanto al artículo 78 del Código penal, si es indiscutible que con el mismo hecho no se pueden violar diversas disposiciones de ley, si «en el hecho mismo no se suponen antes reunidos tanto el momento físico como el psíquico»¹⁸⁶, es igualmente indiscutible que si dicha reunión falta, no son posibles ni la violación de más normas diversas, ni la violación de una sola. En otras palabras, la necesidad del elemento psíquico para que exista un delito, deriva siempre y necesariamente de lo dispuesto en el artículo 45 del Código penal, y el legislador no tenía necesidad de hacer explícita remisión de él. Por ende, también en el artículo 78 del Código penal el término hecho denota el simple acontecimiento material. Si, luego, la redacción técnica del artículo debe considerarse defectuosa o, peor aún, si la disposición misma debe considerarse irracional¹⁸⁷, es cuestión que excede los límites de la presente investigación.

¹⁸⁴ ANGIÓN, *La volontarietà del fatto nel reato*, 1927, p. 73.

¹⁸⁵ ANGIÓN, *op. et loco cit.*

¹⁸⁶ ANGIÓN, *op. et loco cit.*

¹⁸⁷ Los más recientes proyectos de reforma muestran una general tendencia a la equiparación del concurso ideal con el material. Sin embargo, en la práctica distinguen, en cuanto algunos de ellos (Proyectos alemán 1925; suizo de 1918 y austriaco de 1922) disponen que, en todo caso, venga impuesta una única pena (la más grave), que puede ser, al arbitrio del juez, aumentada hasta la mitad, mientras que el Proyecto italiano dispone que se imponga, en todo caso, tantas penas cuantos delitos. Para la tendencia a la equiparación de las dos formas de concursos *vid.*, en la más reciente doctrina, HONIG, *Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit*, 1925, p. 33 y ss. *Contra*: WEGNER, *Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen*, en ASCHROTT-KOHLRAUSCH, *Reform*, *cit.*, p. 180 y ss.

Aquí nos basta afirmar que el término hecho es siempre usado por la ley en el sentido de hecho material, es decir, prescindiendo del requisito de la culpa.

2. La distinción entre hecho y culpabilidad, por otra parte, sirve para la solución de muchos problemas jurídicos y es nocivo pasarla por alto.

Piénsese, por ejemplo, en el problema de la naturaleza accesoria del concurso criminoso. Es partícipe quien concurre en el delito de otro y, por tanto, la punibilidad del partícipe está indiscutiblemente condicionada por la actividad del ejecutor principal. ¿Pero en qué sentido y con qué condiciones?

Generalmente, se reconoce que la punibilidad del partícipe no depende de la punibilidad del autor principal; que, para dar un ejemplo, en el caso del artículo 433 del Código penal los eventuales cómplices deben ser castigados, incluso si no lo es el autor principal. La dicción «concurso en un delito», pues, no puede significar «concurso en un hecho punible»¹⁸⁸.

Significaría, en cambio, según la doctrina dominante, «concurso en un hecho culpable»¹⁸⁹, precisamente porque hecho y culpabilidad constituirían dos momentos inescindiblemente ligados, mientras que considerados separadamente no tendrían ninguna relevancia jurídica.

Mas la solución no me parece satisfactoria. Y, en verdad, si en la hipótesis de participación principal se puede llegar, aun por esta vía, a resultados aceptables, en cuanto el acto del correo, de por sí, es causalmente eficiente, cuando se trate, por el contrario, de participación secundaria, o se está obligados a dejar que el cómplice quede impune¹⁹⁰, o bien se está obligados a sostener que el cómplice de un sujeto no imputable debe responder del delito como si fuese el verdadero autor principal, no obstante que su acción, considerada en sí misma, no puede reputarse causa eficiente o adecuada del delito cometido.

Mas ambas soluciones son, en nuestro concepto, inaceptables. La primera, porque no hay motivo para hacer redundar en beneficio del partícipe el estado de no imputabilidad del autor principal; la segunda, porque no hay, asimismo, motivo alguno para atribuir a su acción una relevancia causal distinta de la que le es propia.

¹⁸⁸ Vid. por todos MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 349, vol. 2, n. 488, 7.

¹⁸⁹ MANZINI, *Trattato*, vol 2, p. 344; MASSARI, *Le dottrine generali*, cit., p. 181 (con limitaciones); CARRARA, *Programma*, Parte generale, vol. I, p. 390, (con limitaciones); IMPALOMENI, *Il codice penale*, cit., p. 212 y ss; LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 310; MEYER-ALLFELD, op. cit., p. 205; BELING, *Grundzüge*, cit., p. 90; MERKEL (P), *Grundriss*, cit., p. 180; MAYER, *Der Allg. Teil*, cit., p. 391; FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, cit., p. 122; WACHENFELD, *Lehrbuch*, cit., p. 188; CALKER, *Strafrecht*, cit., p. 80; BIRKMEYER, *Die Lehre von der Teilnahme*, 1890, p. 144 y ss.

¹⁹⁰ MAYER, op. et loco citis.

En efecto, la eficiencia causal de una acción no depende en absoluto de la culpabilidad y, por lo tanto, si el que se limita a excitar al delito a un sujeto imputable no da vida a una causa eficiente, tampoco es sostenible que ponga una causa eficiente aquel que se limite a excitar a un sujeto incapaz. En ambos casos la determinación delictuosa había surgido precedentemente a la actividad del cómplice y podía llegar a ejecución independientemente de dicha actividad.

Por otra parte, es preciso observar que un concurso en la culpabilidad no es conceptualmente posible. La culpabilidad es algo personal y exquisitamente subjetivo, que consiste, en su momento normativo, en la desaprobación jurídica del agente y, en su momento psíquico, en una relación psicológica entre el hecho y su autor. En lo que concierne a la culpabilidad, entre cómplice y autor no hay diferencia alguna; cada cual ejecuta una acción culpable y, por tanto, no es admisible que la responsabilidad del uno dependa de la culpabilidad del otro.

Entonces, se debe concluir que la responsabilidad del partícipe no depende del «hecho culpable», sino, más simplemente, del «hecho objetivamente antijurídico» del autor principal; en otras palabras, de la realización de los elementos materiales del delito, aun si son ejecutados por un sujeto incapaz y siempre que no exista una causal de licitud de la acción¹⁹¹. Entendida en este sentido, la naturaleza accesoria del concurso es racional y sostenible, ya que, en definitiva, la punibilidad del cómplice no depende de algo extrínseco a su hecho, sino, más bien, de la realización de un hecho efectivamente querido por él.

Por lo demás, idéntica situación se verifica, también, en la receptación. Es culpable de receptación el que, fuera del caso previsto en el artículo 225 del Código penal, adquiere, recibe o esconde dinero o cosas provenientes de un delito. ¿Pero qué se debe entender por delito? ¿Un hecho punible, un hecho culpable o, más simplemente, un hecho antijurídico? En el primer caso, no cometería receptación quien adquiere el botín de un hurto cometido entre parientes próximos¹⁹²; en el segundo, no existiría receptación si el hurto ha sido cometido por un incapaz¹⁹³; en el tercero, la receptación existiría en ambos casos¹⁹⁴. Y es ésta, en nuestro concepto, la opinión más exacta¹⁹⁵. Por tanto, la afirmación de que la pura materialidad del delito no puede tener relevancia jurídica alguna cuando no existe la

¹⁹¹ MAYER, *Versuch und Teilnahme*, en ASCHROTT-LISZT, *Die Reform*, 1910; KÖHLER, *Studien zum Vorentwurf 1910*, p. 33; LAMMASCH-RITTLER, *op. cit.*, p. 165; PESSINA, *Elementi*, vol I, p. 268; FLORIAN, *Parte General*, vol. 2, pp. 40 y 49; DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel Progetto Rocco*, en *Osservazioni dell' Università Cattolica*, 1928, p. 101 y ss; y, para mayores noticias, BETTIOL, *La natura accessoria della partecipazione nel codice penale vigente e nel progetto Rocco*, de próxima publicación en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1930. En este sentido suenan en general las disposiciones de todos los más recientes proyectos. Cfr. sobre el tema, SCHONZELER, *Das problem der Teilnahme im Strafrecht*, 1926, p. 36 y ss.

¹⁹² La opinión no ha encontrado, en nuestra ciencia, sostenedor alguno.

¹⁹³ FRANK, *op. cit.*, p. 551; MEYER-ALLFELD, *op. cit.*, p. 494; LISZT-SCHMIDT, *op. cit.*, p. 699, y, en general, dada la analogía entre los dos problemas, todos los autores que para la existencia de un acto de participación requieren un hecho culpable de parte del autor principal.

¹⁹⁴ Así en general, lo doctrina italiana. *Vid.*, por todos, MANZINI, *Trattato*, vol. 8º, p. 467.

¹⁹⁵ *Vid.*, en este sentido, la disposición del § 4 de la *Jugendgerichtsgesetz* alemana de 16 de febrero de 1923.

culpabilidad, es inatendible, ya que el hecho es calificado por la antijuridicidad antes que por la culpabilidad.

Si no se admite el concepto de antijuridicidad objetiva, no es posible una satisfactoria solución de los problemas aludidos ahora, al paso que, una vez admitido este concepto, la distinción entre hecho y culpabilidad viene a recibir la más eficaz relevancia. ¿Cómo es posible considerar el hecho y la culpabilidad como dos elementos del mismo concepto, si entre ellos se introduce un tercero, precisamente, la antijuridicidad del hecho?

3. Pero hay más. No sólo no se puede afirmar, en nuestra opinión, que la culpa constituye un elemento del hecho delictuoso, sino que no se puede sostener tampoco que la noción de hecho debe ser determinada en función de la culpa o, en otras palabras, que se comprenden en el hecho sólo aquellos elementos que el imputado ha realizado culpablemente. Y ello, por un dúplice orden de motivos.

En primer lugar, porque en nuestra ley existe aún algún caso anómalo de responsabilidad objetiva¹⁹⁶. Piénsese, por ejemplo, en la responsabilidad del gerente por los delitos de prensa cometidos en su periódico. El gerente responde por todos los artículos publicados en el periódico, aun si la publicación se ha verificado sin su conocimiento. El hecho delictuoso, entonces, al menos en este caso, no puede ser definido en función de la culpabilidad, a menos que no se quiera sostener que la publicación del artículo, realizada sin participación y sin conocimiento del gerente, opere como una simple condición de punibilidad y que el hecho por el cual el gerente es llamado a responder es ya perfecto con la simple asunción de la gerencia. Conclusión evidentemente absurda, porque la asunción de la gerencia, que es un hecho lícito y autorizado, no puede considerarse razonablemente como el hecho por el cual el agente es llamado a responder.

Por tanto, o se llega a sostener que en los casos anómalos de responsabilidad sin culpabilidad no existe absolutamente un hecho, o es preciso reconocer necesariamente que la equiparación entre «hecho» y «hecho culpable» no es lógicamente sostenible.

En otras palabras, los elementos constitutivos del hecho, como regla general, deben ser realizados voluntariamente, precisamente porque, como dispone el artículo 45 del Código penal, nadie puede ser castigado por un delito si no ha querido el hecho que lo constituye. Pero la regla no es absoluta y el intérprete tampoco puede, so pena de construir en el vacío, descuidar la consideración de los casos de excepción, que son aquellos que prueban, a diferencia de todos los otros, la bondad de las diversas construcciones propuestas.

¹⁹⁶ Vid., por todos, MASSARI, *Le dottrine generali*, cit., p. 100 y ss.

Por otra parte, la equiparación entre hecho y hecho culpable, también es defectuosa por otra consideración. Para convencerse de ello, basta pensar que la culpabilidad queda excluida no solo por el error sobre los elementos constitutivos del hecho, sino también por la falsa suposición de una circunstancia de hecho que, de existir, tornaría lícita la acción.

La exactitud de esta observación, como ya hemos recordado a menudo, es generalmente reconocida, por más que se desatienda darle la debida relevancia. Así, el dolo, por lo común, es definido como la voluntad del hecho, mas la definición debe, probablemente, considerarse imperfecta, ya que en la hipótesis de un homicidio cometido en estado de legítima defensa putativa, el dolo falta, no obstante la voluntad del hecho. La noción de dolo no resulta únicamente de lo dispuesto en el artículo 45 del Código penal, sino, más bien, de la combinación de lo dispuesto por los artículos 44 y 45. Y para el artículo 44, el error de hecho vale siempre como excusa, aun si recae sobre un elemento extrínseco al hecho, pero del cual depende su valoración jurídica. Es este, en definitiva, el núcleo de verdad que se esconde en la teoría de la antijuridicidad negativa formulada por Frank, y que no puede ser desconocido razonablemente. Ahora bien, si estas consideraciones son exactas, no se puede ciertamente afirmar que la culpabilidad se refiera únicamente a los elementos del hecho, prescindiendo de toda consideración del requisito de la antijuridicidad.

Evidentemente, la simple ignorancia de ejecutar un hecho antijurídico no basta para excluir el dolo, mas no se puede, sólo por ello, afirmar que el dolo queda excluido solamente por el error sobre los elementos constitutivos del hecho. Si se afirma esto, tendría razón Zimmerl, cuando, después de haber admitido que la teoría de Frank es errónea, observa que, no obstante ello, desde un punto de vista práctico, parece indudablemente preferible a todas las argumentaciones, lógicamente indiscutibles, explicadas por sus adversarios¹⁹⁷. Afirmación evidentemente paradójica y que puede fácilmente ser superada cuando se reconozca que, para que exista el dolo, no es suficiente la simple voluntad de los elementos constitutivos del hecho, mas se requiere, por añadidura, que la posibilidad de que el agente conozca la antijuridicidad de la acción no quede excluida por la falsa suposición de una circunstancia de licitud del hecho.

Precisamente por esta consideración, algún escritor distingue todavía por entre error e ignorancia¹⁹⁸. La ignorancia sobre la licitud de la acción no tendría en caso alguno valor de excusa, mientras que el error podría tenerla. Sin embargo, tal distinción es impropia, ya que, como dice exactamente Manzini, «ignorancia y error expresan, en sustancia, un único concepto, la primera se reduce siempre en sus efectos al error, y todo error deriva necesariamente en ignorancia»¹⁹⁹.

¹⁹⁷ ZIMMERL, op. cit., p. 92.

¹⁹⁸ Cfr. sobre la materia ZIMMERL, op. cit., p. 86 y ss.

¹⁹⁹ MANZINI, *Trattato*, vol. II, p. 13; MASSARI, *Le dottrine generali*, cit., p. 141.

Sin resucitar una distinción lógicamente insostenible, es mejor, por tanto, decir que el error de Derecho sobre la antijuridicidad de la acción no vale, en caso alguno, para excluir el dolo, mientras puede valer para excluirlo el error de hecho, es decir, aquel error que se concrete en la falsa suposición de una circunstancia de hecho que, de existir, tornaría lícita la acción.

Dicho esto, si la equiparación entre «hecho» y «hecho culpable» fuese exacta, el hecho resultaría no solo de los elementos materiales que propiamente lo constituyen, sino también, como precisamente sostuvo Frank, por la falta de todas las posibles circunstancias de licitud de la acción.

La crítica de esta doctrina ya ha sido hecha en su lugar y, por ello, sin detenernos a repetirla, podemos concluir, sin más, que la definición del hecho en función de la culpabilidad, en nuestro concepto, debe considerarse defectuosa.

4. En consecuencia, y con mayor razón, tampoco es posible definir el hecho en función de la voluntad y considerar extrínsecos al hecho todos los elementos a los que no se refiere la manifestación de voluntad del agente. Y, en verdad, contra esta definición del concepto de hecho, no sólo valen, en general, todas las razones que hemos aducido para rechazar la equiparación entre hecho y hecho culpable, sino se puede agregar otras más.

La equiparación entre «hecho» y «hecho voluntario», en efecto, no es admisible, por la reserva del artículo 45 del Código penal, que considera el resultado delictuoso como un elemento constitutivo del hecho también en la hipótesis de los delitos culposos. El fundamento de tal principio será demostrado más ampliamente en seguida²⁰⁰. Por el momento, podemos limitarnos a constatar, pura y simplemente, que si la ley contempla dos especie de hechos, aquellos dolosos voluntarios y aquellos culposos involuntarios (o, si se quiere, en parte voluntarios – acción –, y en parte involuntarios – resultado), no se comprende cómo se pueda sostener que la noción de hecho debe ser determinada en función de la voluntad. Los elementos materiales del delito culposo constituyen un hecho, así como constituyen un hecho los elementos materiales de un delito doloso.

No se debe olvidar, por otra parte, que la absoluta equiparación de dolo y voluntad, es, en parte, defectuosa. De verdaderamente voluntario, en todo caso, no hay más que la acción, mientras el resultado, más que voluntario, debería denominarse intencional, para significar que la acción ha sido ejecutada con el propósito (directo o eventual) de producirlo²⁰¹. Mas el propósito no es voluntad; es el fin hacia el cual la voluntad se dirige y, en consecuencia, el motivo de la acción, pero no es el acto del querer.

²⁰⁰ *Vid.*, más allá en el texto, parte I, capítulo III, § 1, n. 4 - 5.

²⁰¹ ZITELMAN, *Irrtum und Rechtsgeschäfte*, 1897, p. 136; MAYER, *Die Schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, 1901, p. 29 y ss.; FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, en

Pero, aun cuando esta observación debiese considerarse inexacta, es decir, aun cuando se pudiese hablar de resultados voluntarios e involuntarios, y no ya, como nos parece mejor, de resultados intencionales y no intencionales, quedaría por observar que buena parte de las circunstancias que acompañan la acción quedan fuera de la cadena causal y no pueden, pues, considerarse voluntarias, tampoco por quien atribuya a la noción de voluntad este significado más amplio.

La verdad de esta observación ha sido ampliamente demostrada por Liszt²⁰² y Rosenfeld²⁰³, y constituye, en nuestro concepto, el único resultado apreciable de la disputa entre los sostenedores de las dos teorías sobre el dolo: la de la representación y la de la voluntad²⁰⁴.

Dicho más brevemente, si se puede admitir que la voluntad se dirige al resultado en cuanto el resultado está en relación causal con la acción ejecutada por el agente, no se puede sostener de la misma manera que la voluntad se dirige también a aquellos elementos del hecho que deben existir aun antes de que el agente inicie la ejecución de su propósito delictuoso. Tales son, por ejemplo, la ajenidad de la cosa en el delito de hurto, la preexistencia de una orden o providencia de la autoridad competente en el delito previsto en el artículo 434 del Código penal, etc. Circunstancias que el agente no puede modificar, y a cuyo respecto, pues, el dolo no puede expresarse como voluntad, sino simplemente como conocimiento. Y, en verdad, para que el delito del artículo 434 pueda darse, se requiere, indiscutiblemente, que el agente conozca la existencia de la orden transgredida, pero no se puede requerir razonablemente que dicha orden haya sido querida por él.

Ni se objete que por esta vía se termina por quebrar en dos partes el concepto de dolo²⁰⁵. La objeción no sería decisiva. La distinción, aun antes que en el dolo, existe en el hecho²⁰⁶ y corresponde a la distinción entre elementos constitutivos en sentido estricto (acción y resultado) y condiciones características o presupuestos del delito. Éstos preexisten al cumplimiento de la acción y no pueden ser objeto de una determinación volitiva; aquéllos, al contrario, son producidos, voluntariamente (acción) o intencionalmente (resultado), por agente, pero pueden serle imputados, en tanto en cuanto él haya actuado conociendo la preexistencia de los denominados presupuestos del delito, ya que si faltan los presupuestos, también la acción y el resultado faltarán necesariamente.

Zeitschrift für die ges. StRW, Bd. 10, p. 194 y ss.; TRÄGER, *Wille, Determinismus, Strafe*, p. 16 y ss.; BEKKER, *Theorie des heutigen deutschen Strafrechts*, I, p. 244 y ss.; BUNGER, en *Zeitschrift für die ges. StRW*. Bd. 6, p. 321 y ss. (citado por LISZT); LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 152. Cfr., además, la amplia bibliografía de juristas y filósofos recogida por FRANK y TRÄGER. Para nuestros filósofos, *vid.*, también, CROCE, *Filosofia della pratica*, 1909, cap. 5, p. 54 y ss.

Contra, en general, la opinión dominante. *Vid.*, por todos, LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, 1895, p. 233 y ss.

²⁰² LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 233 y ss.

²⁰³ ROSENFELD, en *Zeitschrift für die ges. StRW*, Bd. 32, p. 486 y ss.

²⁰⁴ Así, substancialmente, ZIMMERL, op. cit., p. 76.

²⁰⁵ Así, substancialmente, HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1903, p. 143 y s.

²⁰⁶ DOHNA, *Der Mangel am Tatbestand*, en *Festschrift für Karl Güterbock*, 1910, p. 37 y ss., y, sobre todo, p. 49; ZIMMERL, op. et loco citis.

Sin detenernos en la investigación sobre los presupuestos del delito, que será tratada en su debido lugar, podemos concluir, por lo tanto, que para constituir el dolo se requiere, en todo caso, que el agente haya tenido conocimiento de todas las circunstancias de hecho dentro de las que su acción se desarrolló, y que constituyen, también ellas, otros tantos elementos del hecho delictuoso, mientras que no se podría requerir que tales circunstancias hayan sido queridas por él.

Mas si estas observaciones son exactas, la equiparación entre hecho y hecho voluntario debe considerarse insostenible, no solo en los delitos culposos, sino también en los dolosos.

Capítulo III

«HECHO» Y PUNIBILIDAD

§ 1. «Hecho» y condiciones de punibilidad.

1. Las relaciones entre el agente y el hecho (voluntad y causalidad) y las condiciones objetivas de punibilidad. – 2. Estado de la doctrina sobre el tema: aparente identidad de pensamiento. – 3. Diversidad substancial de posición y de resultados: el resultado culposo como elemento del hecho o como condición de punibilidad. – 4. Las concepciones psicológica y normativa de la culpabilidad. – 5. La doctrina de Vannini. Crítica. El resultado culposo como elemento del hecho. – 6. La doctrina de Blume. Crítica.

1. La noción de hecho – hemos dicho – resulta de la suma de los elementos objetivos descritos en el tipo legal. Ahora bien, es necesario precisar: de la suma de los elementos objetivos que se imputan al agente o, en otras palabras, de la suma de los elementos objetivos que se refieren a su acción.

Sin embargo, una circunstancia cualquiera puede considerarse un elemento del hecho del agente, en tanto en cuanto ha sido conocida y querida por el agente, o también, más simplemente, causada por él. Las relaciones entre el agente no pueden ser otras que estas dos, siendo una subjetiva y la otra objetiva: la voluntad y la causalidad. Por tanto, si estas dos relaciones faltan, no nos encontramos en presencia de un elemento del hecho, sino, más bien, frente a una simple condición de punibilidad.

Piénsese, por ejemplo, al delito previsto en el artículo 488 del Código penal: «*El que en lugar público es sorprendido en estado de manifiesta ebriedad, molesta y repugnante, es castigado etc.*». ¿En este caso, se podrá sostener que la sorpresa en flagrancia constituye un elemento del hecho?

Algunos escritores lo han sostenido, advirtiendo que si falta la flagrancia, falta, al mismo tiempo, también el elemento objetivo formal que constituye el delito²⁰⁷. Sin embargo, la verdad es que la noción de hecho es utilizada, por estos escritores, en sentido diferente del nuestro, para indicar la suma de todos los elementos del hecho que deben existir para que pueda aplicarse una pena. Así, en el concepto de hecho se comprende, también, la flagrancia, ya que la ebriedad no es punible sin este elemento²⁰⁸.

²⁰⁷ SABATINI, *Principi di scienza del diritto penale*, 1921, parte 2ª, p. 43; «*el hecho de la ebriedad, en el concurso de los otros requisitos, es delito en cuanto alguien ha sido sorprendido ebrio; y el del juego de azar es delito en cuanto alguien ha sido sorprendido jugando. La flagrancia... frente a las normas sustantivas es modalidad esencial que se comprende en la formación del elemento objetivo material y, por tanto, sirve para integrar los elementos constitutivos del delito. En su defecto, no es lícito afirmar que el delito exista, ya que no hay delito sin que se realicen las condiciones de incriminación y con éstas el elemento objetivo formal.*».

²⁰⁸ Exactamente por ello, ha observado VANNINI, *Le condizioni estrinseche di punibilità nella struttura del reato*, en *Studi Senesi*, vol. 43, p. 41, que «*la teoría de las condiciones de punibilidad no es la teoría de la esencialidad de ciertas condiciones para constituir el delito; es la teoría del modo en que ciertas*

Sin embargo, es fácil observar que la flagrancia no constituye un elemento del hecho del agente, ni un hecho que se impute a él, sino representa, más simplemente, una condición para que se le pueda imputar el hecho de la ebriedad. En efecto, independientemente de que la sorpresa en flagrancia ocurra o no, el comportamiento del agente será el mismo en todo caso y será idéntica, al mismo tiempo, también la antijuridicidad del hecho, a menos que no se quiera sostener que el hecho de la ebriedad, en sí y por sí, es un hecho lícito y se convierte en antijurídico sólo por la sorpresa en flagrancia. Sin embargo, en ese caso no debería responder el agente sino, más bien, los agentes de la fuerza pública que, sorprendiendo al ebrio, ¡dan vida al hecho antijurídico!

2. Hoy, en general, la existencia de las condiciones extrínsecas de punibilidad es admitida. Mas su noción es entendida, ora en un sentido demasiado amplio, ora en un sentido demasiado restringido.

Conforme a las diversas concepciones de los autores, en esta categoría se comprenden los elementos más diferentes y heterogéneos: lo que para unos es un elemento constitutivo del hecho, para otros es condición de punibilidad, o bien, lo que para unos es condición de punibilidad, para otros es condición de procesabilidad. Probablemente, sobre ninguna materia de nuestra disciplina reina tanta confusión.

Con todo, el punto de partida de las diversas teorías es, o a lo menos parece ser, el mismo.

Así, para Liszt²⁰⁹ son condiciones de punibilidad «*las circunstancias exteriores que no tienen nada que ver con la acción delictuosa²¹⁰, pero a cuya presencia está condicionada la aplicabilidad de la sanción*»; para Mayer²¹¹, Frank²¹² y Merkel²¹³, aquellas «*circunstancias extrañas al hecho que condicionan su punibilidad*»; para Beling²¹⁴, aquellas «*circunstancias que están fuera del hecho y no tienen relevancia ni para la antijuridicidad ni para la culpabilidad*»; para Rittler²¹⁵, aquellas «*circunstancias que no se pueden atribuir a la acción delictuosa y que no conciernen a su valoración, pero fungen, exclusivamente, de presupuestos de la punibilidad*»; para Gerland²¹⁶, aquellos «*momentos positivos que están fuera de la acción²¹⁷, condicionando su punibilidad*», etc.

condiciones concurren a formar el delito; ...es la teoría que usa necesariamente fórmulas diversas para indicar circunstancias distintas, aunque todas igualmente esenciales para el delito».

²⁰⁹ LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, cit., p. 280.

²¹⁰ Para LISZT, el concepto de acción comprende en sí, también el de resultado. Op. cit., p. 152 y ss.

²¹¹ MAYER, *Allg. Teil*, cit., p. 100.

²¹² FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, cit., p. 140.

²¹³ MERKEL-LIEPMANN, *Die Lehre*, cit., p. 292.

²¹⁴ BELING, *Grundzüge*, cit., p. 55 y ss.

²¹⁵ LAMMASCH-RITTLER, *Grundriss*, cit., p. 34 y ss.

²¹⁶ GERLAND, *Deutsches Strafrecht*, cit., p. 123.

²¹⁷ También para GERLAND, acción y resultado constituyen un solo concepto. Op. cit., p. 88.

El mismo punto de partida es compartido en Italia por Manzini²¹⁸: «*condiciones de punibilidad del hecho son aquellos elementos extrínsecos a la acción o a la omisión, concomitantes o sucesivos a la ejecución del hecho mismo, sin cuyo concurso éste no es punible*»; por Vannini²¹⁹ «*las condiciones de punibilidad – concomitantes o sucesivas – son elementos extrínsecos al hecho y como tales determinan la punibilidad del hecho mismo independientemente del ser conocidas (o queridas) por el culpable*»; y, para las condiciones de los delitos, también por Massari²²⁰, que las define como aquellos datos «*extrínsecos, concomitantes o sucesivos a la actividad criminosa y que, en cuanto tales, actúan objetivamente*».

Sin embargo, una más atenta consideración demuestra que esta concordia es solamente aparente, formal y no substancial.

Y, en verdad, ¿qué importancia puede tener que se definan concordemente las condiciones de punibilidad como elementos extrínsecos al hecho, cuando no se está de acuerdo preventivamente sobre la definición o la extensión del concepto de hecho? Aquí reside, en último análisis, el origen del disenso, ya que cada divergencia sobre el concepto de hecho implica necesariamente una correspondiente divergencia sobre el de condiciones de punibilidad.

Esta observación, que podría fácilmente ser confirmada por un rápido examen de las doctrinas contrastantes, ofrece, si no erramos, un seguro punto de orientación en el tratamiento de la controvertida materia.

²¹⁸ MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 429.

²¹⁹ VANNINI, *op. et loco cit.*, p. 58.

²²⁰ MASSARI, *Le dottrine generali*, cit., p. 67 y ss. Como es sabido, él distingue entre condiciones del delito y condiciones de punibilidad. Massari dice que las condiciones del delito, pese a ser extrínsecas a la actividad criminosa, cumplen una función de esencia: si la condición no se verifica, el delito no existe. Las condiciones de punibilidad, por el contrario, «*presuponen que el delito es perfecto, pero, a pesar de ello, la aplicación de la pena depende, o bien es impedida, por una causa superveniens de la que termina por depender la punibilidad del hecho*». Por tanto, se distinguen en condiciones positivas y negativas o resolutivas.

Sin embargo, en nuestro modesto concepto, la distinción del ilustre criminalista no puede ser acogida. Y, en verdad, si el delito es perfecto, lo que depende de la presencia de las denominadas condiciones positivas de punibilidad, no puede ser sino la aplicación de la sanción. Y por eso, la querrela, la autorización, etc., en nuestra opinión, no son condiciones de punibilidad, sino verdaderas condiciones de procesabilidad. Por otro lado, ya que las condiciones del delito son, para Massari, elementos extrínsecos a la actividad criminosa y, por eso, extraños tanto a la antijuridicidad como a la culpabilidad, es necesario convenir que lo que depende de su presencia es la punibilidad del hecho. En nuestra opinión, para Massari, las condiciones del delito representan, por eso, otras tantas condiciones de punibilidad. En sentido substancialmente análogo, cfr. VANNINI, *op. cit.*, p. 50 y ss.

A continuación, no creemos oportuno ocuparnos de las condiciones negativas o resolutivas de la punibilidad en el presente trabajo. Sin embargo, quizás conviene notar cómo también esta categoría debe ser sometida a una rigurosa revisión, para evitar que se comprenda bajo un idéntico nombre las circunstancias más diferentes y heterogéneas, cuales son la novación legislativa, la remisión de la querrela y, pongamos por caso, el desistimiento voluntario. En una palabra, también el tratamiento de las condiciones resolutivas de la punibilidad, en nuestro concepto, debe hacerse entre circunstancias que hacen faltar la punibilidad del hecho, circunstancias que extinguen la acción y circunstancias que hacen faltar la norma.

3. Tradicionalmente, el concepto de hecho viene determinado en función de la voluntad. El «hecho» – se dice – es un comportamiento humano voluntario y culpable. Por ende, todas las circunstancias que condicionan la punibilidad de tal comportamiento, independientemente de ser conocidas o queridas por el culpable, estarían fuera del hecho, porque están fuera de la voluntad²²¹. Constituyen las condiciones objetivas o extrínsecas de punibilidad.

A primera vista, la definición parece absolutamente indiscutible, pero no lo es. Desde el punto de vista jurídico el concepto de voluntad no es, respecto al del hecho, un *prius*, sino un *posterius*. Quien pensase diversamente se embrollaría en un círculo vicioso sin vía alguna de salida, ya que el artículo 45 del Código penal declara expresamente que el dolo no consiste en otra cosa que en la voluntariedad del hecho.

Por tanto, la definición debería ser invertida: no se puede decir que las condiciones de punibilidad son elementos exclusivamente objetivos, extrínsecos a la voluntad y, por ende, al hecho; por el contrario, se debe afirmar que son elementos extrínsecos al hecho, y en consecuencia, también a la voluntad. Entonces, aun queda por saber cuál es la noción de hecho²²².

Pero hay más. Como ya hemos observado, la correspondencia entre hecho y voluntad no es siempre perfecta; los dos conceptos pueden no coincidir. Para demostrarlo basta recordar la reserva del artículo 45 del Código penal: «*nadie puede ser castigado por un delito si no quiso el hecho que lo constituye, salvo que la ley lo ponga de otro modo a su cargo, como consecuencia de una acción u omisión suya*». Justamente por esta razón, la doctrina y la jurisprudencia germánicas han ampliado notablemente la definición indicada precedentemente, hasta afirmar que para establecer si un determinado elemento constituye verdaderamente una condición de punibilidad del hecho, no basta examinar si es imputado a pesar de que el agente no lo ha conocido, sino que además es necesario examinar si debía o no debía ser conocido²²³. De condiciones de punibilidad se puede hablar sólo en este último caso y, por ende, el resultado culposo no puede ser considerado como una simple condición de punibilidad del hecho.

Explícito es Liszt²²⁴: «*el resultado lesivo del delito culposo, según el hodierno concepto de la culpa, no debe ser considerado como condición objetiva de punibilidad, sino como un elemento constitutivo de la acción culpable*», y más explícito aún es Binding²²⁵, que llega a negar que en los casos contemplados en los parágrafos 87 párrafo 2,

²²¹ BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 3, p. 17 y ss.; BAUMGARTEN, *Aufbau*, cit., p. 231.

²²² Así, substancialmente, también MEYER-ALLFELD, *Lehrbuch*, cit., p. 183, nota: «*Die Willensschuld umfasst eben alle objektiven Merkmale des Tatbestands und weil nun die Bedingungen der Strafbarkeit ausserhalb des Tatbestands liegen, sind sie nicht Gegenstand der Schuld. Es kann ihm nicht umgekehrt der Begriff der Strafbarkeitsbedingung dadurch festgestellt werden, dass man ihm die ausserhalb des Bereiches der Schuld liegenden Umstände und die Frage lasst sich a priori nicht beantworten*».

²²³ Vid., por todos, LAND, *System der ausseren Strafbarkeitsbedingungen*, 1927, p. 20 y ss.

²²⁴ LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 257.

²²⁵ BINDING, *Handbuch*, p. 590 y ss., *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, Bd. I, 1915, p. 101.

139, 154 párrafo 28, 210 y 227 del Código penal, pueda hablarse de condiciones de punibilidad, ya que el pretendido elemento condicionante es una consecuencia posible y no completamente improbable de la acción delictuosa.

La doctrina italiana, en cambio, también suele considerar el efecto culposo como una condición de punibilidad del hecho.

Así, Massari ha observado que *«hay casos en que el ordenamiento jurídico asume como elemento condicionante uno de los elementos constitutivos generales del delito, la verificación del resultado. Ello ocurre, por ejemplo, en el delito culposo»*²²⁶. Pensamos, sin embargo, que Massari ha usado la dicción *«elemento condicionante»* en un significado genérico, para denotar que el delito culposo es un delito que no consiente la figura de la tentativa, un verdadero delito de daño²²⁷.

Explícito, en cambio, es Manzini²²⁸: *«el efecto dañoso representa una condición de punibilidad del hecho voluntario por título de delito culposo y no un elemento constitutivo del hecho punible»*.

Más explícito aun, es Vannini²²⁹: *«si hay un ejemplo típico, característico de condición de punibilidad, o sea, de condición extrínseca al hecho, es justamente la consecuencia lesiva en el delito culposo. Tal consecuencia es elemento constitutivo del hecho cuando el precepto penal se sustancia en la prohibición de producir la consecuencia misma, así como acontece en el homicidio doloso. Pero cuando el precepto no dice “no mates”, “no dañes”, sino simplemente “sé diligente, prudente en tus acciones” etc., cuando la lesión no es el efecto prohibido, sino solamente el efecto que se quiere impedir con una norma que tiene todas las características de una norma de policía, ¿qué ha de ser la lesión sino una mera condición objetiva de punibilidad? Ciertamente que no se requiere esfuerzo para reconocer que el precepto relativo al delito culposo, no contiene una prohibición de daño, sino solamente una prohibición de peligro, a menos que no se quiera admitir la posibilidad de una involuntaria violación del precepto penal, conculcando no solo los más fundamentales principios del Derecho, sino también los más elementales principios de la razón»*.

4. Podríamos limitarnos a responder a las observaciones de Vannini que quien considera el resultado culposo como un elemento constitutivo del hecho, lejos de conculcar los principios del Derecho, se mueve dentro del ámbito del artículo 45 del Código penal, en el que se declara – como ya hemos observado – que la consecuencia de la acción, incluso

²²⁶ MASSARI, *Il momento esecutivo del reato*, 1923, p. 237.

²²⁷ MASSARI, *Le dottrine generali*, cit., p. 126.

²²⁸ MANZINI, *Trattato*, Vol. 1, p. 516.

²²⁹ VANNINI, op. cit., p. 45 y 46.

pudiendo ser voluntaria o involuntaria, siempre es considerada por el legislador como un elemento constitutivo del hecho.

Ni Vannini podría objetar que el precepto del artículo 45 debe considerarse, en sí mismo, arbitrario, que, escribiéndolo, el legislador ha sido el primero en demostrar querer conculcar los más elementares principios de la razón. Extraña objeción, que al pretender poder dar una definición *a priori* del concepto jurídico de culpa, no obstante estar reñida con el sistema legislativo, marcaría un nostálgico regreso a la concepción de un Derecho racional, abstractamente entendido y que no puede, por tanto, ser atribuida a Vannini, quien es uno de los secuaces más rigurosos del método técnico jurídico. El intérprete de un sistema jurídico, en cuanto cumpla el papel de un intérprete, no tiene ante sí otro concepto de culpa que el acogido por su legislador.

Entonces, esta objeción también caería en el vacío, mas el legislador quedaría bajo la tacha de haber hecho obra arbitraria e irracional. Pues se nos conceda defenderlo, para demostrar que la reprensión que se le dirige no es en absoluto fundada.

Según Vannini²³⁰, no puede existir una violación involuntaria del precepto penal. Para que la culpa exista, es necesario que el sujeto agente tenga la conciencia «*de actuar con imprudencia o de comportarse negligentemente, de tal modo que exponga a peligro un cierto y determinado bien o más bienes protegidos por la norma penal. Así, la culpa se identifica substancialmente con el dolo de peligro*». En cambio, es culpa solamente la culpa consciente. En el caso de culpa inconsciente, se tiene una forma de responsabilidad sin culpa, un caso de responsabilidad que no se funda sobre elemento subjetivo alguno. Entre culpa consciente y culpa inconsciente no existe, pues, ninguna característica común; no son dos especies del mismo género, sino de dos géneros distintos. – Más precisamente, la culpa no existe, ya que la culpa consciente es dolo (dolo de peligro) y la culpa inconsciente no es culpa, sino, más bien, responsabilidad sin culpa, injusto objetivo.

Sobre la misma línea se mueve, pero menos decididamente, también Kohlrausch²³¹ cuando, como Vannini, también reconoce en la culpa inconsciente otras tantas hipótesis de responsabilidad sin culpa.

Pero la teoría, en nuestro concepto, es errónea. Para justificar la punibilidad del delito culposo, a pesar de que en este género de delitos falta la voluntad del resultado, es decir, para considerar incluso la culpa en sentido restringido como una verdadera forma de culpa en sentido lato, no es en modo alguno necesario quebrar la culpa en dos partes distintas y hacerlas desaparecer, una dentro del concepto de dolo, la otra en el concepto de injusto objetivo.

²³⁰ VANNINI, *Il reato*, en *Rivista Penale*, vol. 96, p. 217, y *Ricostruzione sintetica della dottrina del reato*, en *Studi senesi*, vol. 41, p. 60 y ss del extracto.

²³¹ KOHLRAUSCH, *Die Schuld*, en ASCHROTT-LISZT, *Reform*, 1910, p. 208; GALLINER, *Die Bedeutung des Erfolges bei den Schuldformen des geltenden StGB*, 1910, p. 29.

El concepto de culpabilidad (en sentido lato) no puede ser construido únicamente desde el punto de vista psicológico, ya que, desde este punto de vista, las dos especies de las que resulta la culpabilidad, el dolo y la culpa en sentido restringido, no tienen una característica común²³². Para una consideración meramente psicológica, dolo y culpa aparecen necesariamente como dos entidades, atendido la diversidad de la relación psíquica entre el agente y el hecho. En el dolo se quiere la consecuencia lesiva de la propia acción u omisión; en la culpa, no²³³.

Pero, además de la relación psicológica entre el hecho y el agente, para constituir la culpabilidad (en sentido lato), también es necesaria otra relación. Aquella entre el agente y la norma, que se verifica idéntica y constante tanto en el dolo como en la culpa en sentido estricto y que constituye, por tanto, la característica genérica común a las dos especies²³⁴. No se puede decir, pura y simplemente, que el hecho doloso es un hecho voluntario y el hecho culposo, un hecho involuntario, o bien en parte voluntario (acción) y en parte involuntario (resultado); sino que, además, se debe agregar que el hecho doloso es un hecho voluntario que no se debía querer y el hecho culposo, un hecho involuntario que no se debía producir. En ambos casos, el carácter de hecho culpable deriva, pues, de lo que el agente ha realizado conscientemente o no, en modo disconforme de aquel en que debía actuar o, en otras palabras, diversamente de como el ordenamiento jurídico quería que actuase.

En otros términos, la culpabilidad de la acción deriva, en la culpa inconsciente, de esto: de que el agente ha actuado sin tener en cuenta la posibilidad de que se verificase el

²³² La verdad de este aserto ha sido puesto en eficaz relevancia por SEUFFERT, *Ein neues Strafgesetzbuch für Deutschland*, 1912, p. 45. Vid., también, FERNECK, *Idee der Schuld*, 1911, p. 1: «Die Erfassung der Schuld als einer subjektiven Beziehung versperrt den Weg zur Erkenntnis; denn sie verleitet dazu, die Schuld im Täter zu suchen und sich geradezu ausschliesslich mit der Psyche des Täters zu beschäftigen; daher das unablässige Schwelgen in psychologischen Fragen; daher die Geneigtheit, den Vorsatz als die zentrale, primäre oder gar als die einzige Schuldform anzusehen, daher das mangelnde Verständnis für die Bedeutung des äusseren Geschehens; daher die Schwierigkeit, die Gefährungsdelikte zu erfassen; daher die Unmöglichkeit, die unbewusste Kulpa und die sogenannten Ungehorsamsdelikte als schuldhaft aufzuweisen».

²³³ Por tanto, si la culpa en sentido lato estuviese constituida sólo por la relación psíquica entre el agente y el hecho, tendría razón VANNINI, la culpa inconsciente no podría considerarse culpa, ya que en este género de culpa falta, precisamente, toda relación psíquica entre el hecho y el autor. Cfr. LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 214, nota.

²³⁴ Esta concepción de la culpa, que se suele llamar normativa, hoy es dominante en la literatura alemana. Vid. los primeros atisbos en FRANK, *Aufbau des Schuldbegriffes*, cit., y confróntese, para el desarrollo de la concepción: DOHNA, *Die elemente des Schuldbegriffs*, en *Gerichtssaal*, Bd. 65, p. 304 y ss.; ROSENFELD, op. cit., en *Zeitschrift für die ges. St.RW.*, Bd. 32, p. 466 y ss.; MAYER, op. cit., *ibid.*, p. 492 y ss.; MEZGER, op. cit., en *Gerichtssaal*, Bd. 89, p. 207; LISZT-SCHMIDT, 2ª ed., p. 207 y ss.; FREUDENTHAL, *Schuld und Vorwurf*, 1922; GOLDSCHMIDT, *Der Notstand. Ein Schuldproblem*, 1913, y *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, nota 1287; HIRSCHBERG, *Schuldbegriff und adäquate Kausalität*, 1928, *passim*, y sobre todo p. 82 y ss.; WEGNER, *Kriminelles Unrecht*, cit., p. 55, nota 1. Algunos escritores, sin embargo, separan completamente el momento normativo del psíquico, y definen la culpa solo en función del primero. Así, MERKEL (P.), *Grundriss*, cit., p. 91 y ss.; BERG, *Der gegenwärtige Stand der Schulddlehre im Strafrecht*, 1927, p. 53 y ss. Contra la concepción normativa en general, *vid.*, recientemente, GROSSMAN, *Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1924, p. 8 y ss. Pero sus críticas no me parecen decisivas: logran demostrar la inexactitud de algunas aplicaciones de la doctrina, mediante la cual algunos escritores (FREUDENTHAL y GOLDSCHMIDT) intentan desvincular al juez de la ley, mas no tocan de ningún modo la exactitud y la validez.

Para la amplia exposición del estado de la doctrina alemana, *vid.*, después, E. WOLF, *Strafrechtliche Schulddlehre*, 1928, p. 5-72.

resultado delictuoso, mientras que, dada la situación en la que él actuó, debiera haber tenido en cuenta esta posibilidad y, en consecuencia, haber actuado diversamente.

Pero, que el agente conozca o no conozca que debía actuar diversamente de como actuó, es circunstancia carente de toda relevancia. La esencia de la culpabilidad (en sentido lato) no consiste en el conocimiento de la contrariedad a deber de la conducta, sino en ser la conducta culpable una conducta antijurídica, en otras palabras, una conducta distinta de la querida por la ley²³⁵.

En lo que concierne al dolo, la verdad de este aserto ha sido demostrada recientemente por Levi²³⁶, a cuya demostración se puede añadir, con Goldschmidt²³⁷, que si para constituir el dolo se requiriere el conocimiento de la antijuridicidad del hecho que se comete, se recaería una vez más en una concepción meramente psicológica e igualmente insuficiente: por más que el agente considere actuar ilícitamente, si la ley no imponía actuar de otra manera, desde el punto de vista jurídico su acción no puede considerarse una acción culpable.

Análogamente, en el caso de un delito culposo es del todo indiferente que el autor del delito esté consciente o no de actuar con imprudencia, ya que la imprudencia no es un elemento del hecho culposo, sino su misma esencia, o sea, la característica que lo torna ilícito y califica como un hecho distinto del querido por la ley.

Mas brevemente, el homicidio involuntario es un homicidio ilícito siempre que ha sido cometido con imprudencia, negligencia, etc., pero para que la norma pueda considerarse violada no es necesario que el agente esté consciente de actuar con imprudencia, ya que el conocimiento de la ilicitud de la acción no es un elemento constitutivo de la culpabilidad.

Por lo tanto, contrariamente a lo que afirma Vannini, la violación de las normas jurídicas, en un cierto sentido, es siempre involuntaria o, más precisamente, puede ser involuntaria, es decir, en el sentido de que se responde por dolo incluso si no se sabe que se comete una acción ilícita, y se responde por culpa incluso si no se sabe que se comete una acción imprudente, es decir, una vez más, ilícita.

Así, tanto la culpa conciente cuanto la inconsciente se reconducen al mismo concepto de culpa en sentido estricto y éste, junto con el dolo, al mismo concepto genérico de culpabilidad en sentido lato. La concepción tradicional resiste triunfalmente al asalto de las críticas, ya que, muy lejos de contrastar con los más elementales principios de la razón, está basada sólidamente en éstos. La distinción entre hechos ocasionados voluntariamente o, mejor aun, intencionalmente, y hechos ocasionados por imprudencia, existe en la

²³⁵ La afirmación, varias veces repetida en estas páginas, de que para constituir el dolo es necesaria, no sólo la voluntad de realizar el hecho, sino también la posibilidad de conocer la antijuridicidad, en el sentido de que el dolo queda excluido por la falsa suposición de una causal de licitud (legítima defensa putativa, consentimiento erróneamente presumido, etc.), no está reñida en modo alguno con lo que ahora afirmamos.

²³⁶ LEVI, *Dolo e coscienza dell' illiceità*, cit.

²³⁷ GOLDSCHMIDT, *Der Notstand*, cit., p. 114.

realidad aun antes que en el Derecho y el legislador no ha hecho más que tomar nota de ello.

Pero, entonces, si la esencia de la culpa no consiste tanto en la voluntariedad cuanto en la imprudencia (o negligencia, o impericia, etc.), ya no hay razón alguna para estimar diferente la acción del resultado, considerado este último como una condición extrínseca de punibilidad. La calificación de imprudente no atañe a la conducta en sí y por sí, aisladamente considerada, sino se refiere a la conducta en cuanto productora de un determinado resultado. Se debía actuar de otro modo, precisamente porque actuando como se actuó, se podía motivar un resultado que el legislador quería impedir o, lo que es lo mismo, porque no se debía motivar el resultado que se ha producido imprudentemente.

Tanto la culpa como el dolo abrazan así los dos términos del hecho y se atribuyen, de la misma manera, tanto a la acción cuanto al resultado.

La responsabilidad por culpa, en definitiva, es responsabilidad por un hecho involuntario, ya que la voluntariedad de la acción deriva no tanto de la naturaleza de la culpa, sino más bien del concepto mismo de acción. Una acción involuntaria no es jurídicamente una acción.

5. Pero incluso en el evento de que debiese considerarse inexacta nuestra concepción de la culpa, y exacta, por el contrario, la de Vannini, el resultado involuntario que perfecciona el delito culposo tampoco puede ser considerado como una mera condición extrínseca de punibilidad, sino representa, a pesar de ello, un verdadero elemento constitutivo del hecho delictuoso.

Tratemos de demostrarlo. Obsérvese, para comenzar, que en la concepción de Vannini la culpa inconsciente no es un hecho culpable, sino un verdadero injusto objetivo, inculpable por lo que concierne a la conducta y al resultado. Es responsabilidad sin culpa. En definitiva, el agente no sólo no ha querido el hecho, sino ni siquiera ha querido la conducta, precisamente porque, ignorando actuar imprudentemente, ha ignorado ejecutar el hecho correspondiente al previsto en el modelo de la ley.

Por tanto, en lo que concierne a la culpa inconsciente, sería impropio ver en el resultado una condición de punibilidad del hecho. En este caso, la definición de hecho en función de la culpa es absolutamente imposible; si la culpa falta totalmente, no se puede definir el hecho como un hecho culpable.

Por ende, o Vannini llega a afirmar que en la culpa inconsciente no hay un hecho, o sea, que tanto la conducta como el resultado funcionan, por así decir, como simples condiciones extrínsecas de punibilidad, o bien debe lógicamente convenir en que la definición del hecho en función del elemento voluntad no es sostenible jurídicamente; en

otras palabras, que no es hecho sólo el hecho voluntario, sino, en general, el hecho que la ley imputa al agente.

Por lo demás, si así se quiere, admitamos que de «hecho» y de condiciones de punibilidad se debe hablar únicamente respecto de la culpa consciente, y que la culpa inconsciente, siendo responsabilidad sin culpa, no se presta a la distinción entre hecho y condiciones extrínsecas al hecho. También en este caso, en nuestra opinión, la teoría de Vannini debe considerarse inexacta; más bien, en este caso con mayor razón, ya que en la culpa consciente, además del nexo causal objetivo entre la conducta imprudente y el resultado producido por dicha conducta, también existe indiscutiblemente un nexo subjetivo.

«Culpabilidad – dice Vannini²³⁸ – significa voluntariedad de hacer lo que la norma nos prohíbe hacer. Las normas prevén los denominados delitos culposos, nos prohíben actuar con imprudencia o negligencia. Son normas que no prohíben, sin más, una acción, sino, fuera de los casos de culpa presunta, una acción por el peligro a ella inherente contra la integridad de un bien jurídico determinado. Por tanto, son normas de peligro. El hecho que ellas formulan en el precepto no se limita a la acción, sino comprende también la peligrosidad de la acción, mientras el efecto lesivo no es más que una condición objetiva de punibilidad. Cumplir ese hecho culpablemente, significa actuar sabiendo comportarse imprudentemente, por la advertida peligrosidad de la acción ».

Entonces, para que la culpa exista no basta una acción imprudente; es necesario algo más, es necesario que el agente tenga conocimiento de la peligrosidad de la acción. En otras palabras, es necesario que el agente conozca que, actuando como actúa, puede causar daño a un bien o a intereses jurídicamente protegidos. Ahora, si, no obstante ello, el agente delibera actuar, ¿cómo se podrá sostener que el resultado producido y previsto por él, es extrínseco a su hecho? ¿No era su acción una acción peligrosa, es decir, una acción que tenía la potencialidad de producir ese resultado dañoso? ¿No ha sido dicha potencialidad del agente querida o conocida? Y si el Proyecto legislativo señalaba: *«no seas en tus acciones imprudente, negligente, etc., de modo de exponer a peligro estos o estos otros bienes protegidos por el ordenamiento jurídico»*, ¿cómo se puede sostener que el resultado consumativo del delito no es el resultado dañoso producido imprudentemente? ¿Acaso no es para proteger los intereses dañados por culpa, que la ley impone a los súbditos actuar con diligencia y prudencia?

Considerar el delito culposo como un delito de peligro y el daño como una condición de punibilidad del peligro²³⁹, tal como hace Vannini, en definitiva, sea dicho sin sombra de irreverencia, es un juego de palabras. En efecto, se termina substancialmente por reconocer que no se castiga el peligro, sino el daño; que la ofensa del interés protegido por

²³⁸ VANNINI, *Ricostruzione sintetica*, cit., p. 62 y 63.

²³⁹ VANNINI, op. et loco cit., *Le condizioni estrinseche di punibilità*, cit., p. 46.

la norma no consiste en la simple exposición a peligro, sino, más bien, en la efectiva lesión del interés mismo. La verdad es que Vannini ha entendido que si se considera el efecto dañoso como una condición de punibilidad extrínseca al hecho, es necesario admitir, lógicamente, que el delito culposo es un delito sin resultado, y se ha precavido de eso; mas en el esfuerzo de construir una teoría formalmente indiscutible, se ha extrañado de la realidad, entreviendo el resultado delictuoso en un elemento jurídicamente irrelevante, ya que el estado de peligro provocado culposamente no constituye todavía *«la mutación del mundo exterior significativa para el Derecho»*.

Lo que importa para el ordenamiento jurídico es que ni siquiera por imprudencia se ocasione la lesión del interés protegido; en otras palabras, que a la acción imprudente no se asocie el daño.

Por lo demás, peligro y daño no son dos entidades netamente distintas, ya que, en un cierto sentido, en el peligro ya está contenido el daño. Por tanto, cuando el daño se verifica, no se puede afirmar que otro elemento nuevo y extrínseco se ha añadido al peligro, pero se deberá convenir, más racionalmente, que se trata de un único elemento, allá considerado como un peligro, aquí considerado como daño. La separación entre acción y resultado impulsada hasta los límites pretendidos por Vannini, en nuestra opinión, es insostenible y peligrosa, ya que podría conducir a concepciones manifiestamente absurdas.

Y, en verdad, si el hecho, como sostiene Vannini, es lo que se cumple en oposición al precepto, éste siempre resulta constituido solamente por la acción. En efecto, el precepto es orden, guía, impulso a la acción; es deber de actuar de un modo antes que de otro, con el fin de producir o de no producir un cierto y determinado resultado; sin embargo, la producción del resultado no entra como tal en el contenido del precepto: es el motivo-fin, el objeto del precepto, pero no es el precepto.

Por ejemplo, el precepto del artículo 364 no dice no matar, sino, más precisamente, no debes actuar a fin de matar y, por tanto, si el «hecho» es lo que se cumple en oposición al precepto, también en tal caso éste es completo con la simple exposición a peligro del bien protegido; en otras palabras, es completo con la simple tentativa.

También en los delitos dolosos el resultado delictivo termina por aparecer como una condición extrínseca de punibilidad o, más precisamente, de mayor punibilidad.

Sin embargo, para escapar de esta reducción al absurdo, se nos podría objetar que el resultado doloso es un resultado querido y que está dentro del hecho precisamente porque es querido. A nuestra vez, podríamos responder que, propiamente hablando, el resultado nunca es querido, ya que la voluntad – como ya hemos observado – se refiere, en nuestro concepto, exclusivamente a la acción. *«Lo que se dirige a la consecuencia no es la voluntad, sino la intención o el propósito; entonces, cuando se habla de voluntad de la consecuencia se realiza una arbitraria extensión del concepto de voluntad»*²⁴⁰. La dicción

²⁴⁰ ZITELMAN, op. cit., p. 36.

resultado voluntario, correctamente usada, no es sino un modo abreviado para decir «resultado causado por una acción voluntaria y con la intención directa o indirecta (dolo eventual) de producirlo».

Además, podríamos observar que no todos los elementos que el agente no ha querido deben considerarse, solo por eso, como condiciones de punibilidad del hecho. Para demostrarlo, basta recordar cómo los presupuestos del delito no deben ser queridos por el agente, bastando para su imputabilidad que el agente los haya conocido. Así, en el caso del artículo 434 del Código penal, para que exista la trasgresión de la orden de la autoridad, es necesario que el agente esté consciente de la existencia de la orden, pero a nadie se le pasaría por las mientes requerir que el agente también debe haber querido la emanación de la orden trasgredida. Y los ejemplos podrían multiplicarse: así, conforme el artículo 404 número 2, para la punibilidad del hurto cometido aprovechando la facilidad proveniente de los desastres, calamidades, conmociones públicas o el particular infortunio del robado, se requiere en el agente la conciencia de esas circunstancias, pero no se requiere, para nada, que el desastre, la calamidad o el infortunio hayan sido queridos por él. En pocas palabras, hay toda una serie de elementos (las *begleitende Umstände* de la doctrina alemana) que quedan fuera de la cadena causal, porque no es posible al agente modificarlas: o están presentes, o no lo están. Por ende, no pueden remitirse a la voluntad del agente y la culpabilidad, respecto de ellos, no puede expresarse como voluntad, sino, simplemente, como conocimiento²⁴¹. Hablar, como hace Angioni, de voluntad de las condiciones no modificables por el agente²⁴², a nuestro juicio, es una *contradictio in adiectis*.

Incluso si se quiere tener establecida la definición del hecho en función del elemento subjetivo, es preciso reconocer que para la configuración de una condición extrínseca de punibilidad no basta que un cierto y determinado elemento sea puesto a cargo del agente aun si no querido. Se necesita más; precisamente, se necesita que se trate de un elemento que es puesto a su cargo aun si no es conocido. Por lo tanto, justamente en la culpa consciente, de ningún modo es posible hablar de condiciones extrínsecas de punibilidad, ya que, en este caso, el efecto dañoso que se asocia a la acción culpable ha sido previsto por el agente. Esto constituye, pues, un elemento esencial del «hecho», no sólo porque el agente lo ha producido imprudentemente, sino también porque, aun no queriéndolo, lo ha previsto como posible y, a pesar de ello, no se ha abstenido de la acción. Queriendo la acción peligrosa, el agente sabe que corre un riesgo; es un jugador de azar que sabe que puede perder, pero enfrenta el riesgo, en la esperanza de que tal eventualidad no se produzca. Pero cuando se produce, ¿se podrá, en verdad, afirmar que la pérdida es una circunstancia extrínseca al hecho del jugador sólo porque quien juega no desea perder?

²⁴¹ Cfr. ZIMMERL, *Zur Lehre*, cit., p. 22 y ss.; LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch*, cit., p. 241 nota 8; MAYER, *Allg. Teil.*, cit., p. 89 y ss.; ROSENFELD, op. cit., en *Zeitschrift Für die ges. StRW.*, Bd. 32, p. 487 y ss.; RITTLER, *Der Grundsatz der Schuldhaftung und die objektiven Bedingungen des Strafbarkeit*, en *Oest. Zeitschrift für Strafrecht*, Bd. 8, p. 330.

²⁴² ANGIONI, *La volontarietà del fatto*, cit., p. 124 y ss.

Finalmente, obsérvese que la responsabilidad a título de culpa no presupone, siempre y necesariamente, la involuntariedad del resultado lesivo, porque este puede ser voluntario y no menos culposo, si, por un error inexcusable, el agente lo ha producido intencionalmente en la falsa suposición de cometerlo en circunstancias excluyentes de la ilicitud penal²⁴³.

La doctrina concuerda contenidamente y encuentra una explícita consagración en el artículo 51 del Proyecto definitivo: *«el error sobre el hecho que constituye el delito excluye la punibilidad del agente. No obstante, si se trata de error determinado por culpa, la punibilidad no es excluida, cuando el hecho está previsto por la ley como delito culposo»*.

Sin embargo, Vannini ha previsto la objeción y ha intentado superarla observando que en el homicidio intencional del supuesto agresor en estado culposo de defensa putativa, *«el efecto voluntario (la muerte del supuesto agresor) es un elemento constitutivo (resultado) de un hecho (homicidio doloso) que no se pone a cargo del agente en gracia de la eximente que evidentemente lo acompaña; lo que se imputa al agente es otro hecho, es la conducta contraria a la policía, en resumidas cuentas, la conducta culposa; la muerte de la víctima no es elemento constitutivo esencial de este diferente hecho, sino simple condición objetiva de punibilidad; objetiva no porque es independiente de la voluntad, al contrario depende de ella, sino porque es independiente de la particular volición que asume un comportamiento ilícito, que se sustancia de un contenido culposo, adhiriendo, en cambio, a otra volición, la que desemboca en el hecho eximido por motivos de legítima defensa»*²⁴⁴.

Mas la observación, a pesar su agudeza, no puede resultar convincente. En el homicidio cometido en estado de legítima defensa putativa debida a un error inexcusable y, por tanto, culposo, no se puede divisar, como quiere Vannini, dos resultados distintos. El resultado es único (la muerte del presunto agresor), pero, pese a ser querido, no es imputado a título de dolo, ya que el agente, por un error culposo, creía actuar en condiciones de licitud. Hablar de una volición que se sustancia en un contenido culposo y otra que se sustancia en dolo, pero que es no imputable porque está eximida, significa quebrar en dos partes un proceso volitivo único, operar una arbitraria escisión de un concepto inescindible. No hay dos hechos: el error y la muerte, sino un hecho único: la muerte por error y, por ende, tampoco hay dos voliciones, la volición del error y la de la muerte, sino una única volición, la volición del homicidio o, más precisamente, de los actos dirigidos a matar. El error está en la raíz de esta volición y repercute en el hecho, imprimiéndole el carácter de hecho culposo, pero no es, él mismo, un acto de volición. Por lo demás, es una afirmación intuitiva para quien considera el error como vicio del intelecto, pero no menos evidente

²⁴³ Vid., por todos, MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 515. Cfr., también, DELITALA, *Le dottrine generali del reato nel progetto Rocco*, en *Osservazioni dell' Università Cattolica*, 1928, p. 64 del extracto.

²⁴⁴ VANNINI, *Le condizioni estrinseche*, cit., p. 46 e ss.

para quien lo considera, al contrario, como un vicio de la voluntad²⁴⁵. Tal vez, mejor, es más evidente justo en este caso, ya que si el error es un vicio de la voluntad, no puede ser, al mismo tiempo, el acto del querer.

Pero entonces, si, considerado aisladamente, el error no puede jamás constituir una volición y, por ende, un hecho delictuoso, ¿cómo puede decirse, en el homicidio cometido en circunstancias de licitud presumidas culposamente, que la muerte de la víctima es un hecho que trasciende el contenido de la voluntad culpable? En verdad, ¿se querrá sostener que la norma de la ley suene: «no errar» o, más racionalmente, no se deberá admitir que se diga «no mates ni siquiera por error»? La construcción de Vannini podría estimarse exacta sólo en el primer caso, pero sería consecuencia de ello que no solo el resultado lesivo, sino, también, la conducta voluntaria dirigida a producirla, aparecerían como condiciones extrínsecas al hecho del agente y todo error, aun si no está asociado a la acción, debería considerarse ilícito, si bien no punible por la falta de las condiciones objetivas de punibilidad.

Por tanto, es forzoso concluir que así la conducta como el resultado lesivo, incluso en los delitos culposos, están dentro la noción de hecho.

6. En el fondo, el error de la teoría de Vannini consiste en haber considerado solamente una de las dos relaciones que pueden interceder entre el hecho y el agente: la voluntad. Por lo tanto, desde este punto de vista, tal doctrina es perfectamente antitética a la de Blume²⁴⁶, que comprende en el hecho, junto a la acción, también todas las otras circunstancias jurídicamente relevantes que están conectadas causalmente con la acción (*Tatbestandskomplemente*). Criterio meramente objetivo, que deja fuera del hecho los presupuestos del delito o, en otras palabras, aquellas circunstancias concomitantes y precedentes a la acción delictuosa, de las que depende la misma posibilidad de la acción²⁴⁷.

Sin embargo, si es exacto afirmar que tales circunstancias quedan fuera de la cadena causal, precisamente porque preceden la acción delictuosa, en modo alguno se puede sostener que también quedan fuera del hecho, porque el hecho que se imputa al agente está condicionado por su existencia. Tanto es así, que la responsabilidad penal de quien lo cumple viene a caer, no sólo en el caso en que tales circunstancias falten realmente, sino también en el caso en que él ha ignorado su existencia.

²⁴⁵ CROCE, *Filosofía della pratica*, p. 44 y ss. La teoría hoy es dominante aun entre los juristas que consideran, en general, la culpa como un vicio de la voluntad. Cfr. MEYER-ALLFELD, op. cit., p. 179; OLSHAUSEN, *Kommentar*, 1919, Bd. I, p. 266; EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1909, p. 58 y ss. y los autores citados por ellos. *Contra*, en general, los escritores menos recientes. Para la bibliografía alemana, cfr. EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1909, p. 58 y ss. y los autores citados por él. *Contra*, en general, los escritores menos recientes. Para la bibliografía alemana cfr. EXNER, op. et loco citis.

²⁴⁶ BLUME, *Tatbestandskomplemente*, 1906, p. 16 y ss.

²⁴⁷ Así, substancialmente, también FRANK, op. cit., p. 140.

Así, para dar un ejemplo, la falsificación de las monedas no constituye una circunstancia extrínseca al hecho previsto por el artículo 258 del Código penal, ya que, por más que se trate de una circunstancia que precede la acción delictuosa y atribuible, por añadidura, a otro sujeto, si falta esta circunstancia, también falta, necesariamente, el expendio de monedas falsas. Precisamente por ello, para constituir el dolo, se requiere tanto la voluntad del expendio de las monedas, cuanto el conocimiento de su falsedad.

Por lo tanto, también la teoría de Blume debe considerarse defectuosa, como ha sido demostrado exhaustivamente por Rittler²⁴⁸.

Las relaciones que pueden interceder entre el agente y el hecho son dos, una objetiva y otra subjetiva: la culpabilidad y la causalidad. En consecuencia, para que una determinada circunstancia pueda considerarse como una condición extrínseca de punibilidad, es preciso, en nuestro concepto, que entre ella y la acción delictuosa no exista ninguna de estas dos relaciones²⁴⁹.

Más brevemente, son extrínsecas al hecho las circunstancias que quedan fuera de la causalidad y la culpabilidad²⁵⁰.

²⁴⁸ RITTLER, *Der Grundsatz der Schuldhaftung und die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, cit., p. 324 y ss.

²⁴⁹ Así, substancialmente, también LAND, *System der äusseren Strafbarkeitsbedingungen*, 1927, p. 9. Cfr. también GERLAND, op. cit., p. 123. A resultados idénticos llega también, pero por otra vía, ZIMMERL, *Zur Lehre*, cit., p. 24 y ss.

²⁵⁰ El número de las condiciones de punibilidad, por lo tanto, para nosotros es muy limitado. Así, contrariamente a lo que habitualmente se afirma (*Vid.*, por todos MASSARI, *Le dottrine generali*, cit., p. 68), en nuestro concepto el suicidio del instigado, en la hipótesis de la instigación a suicidio, no constituye una verdadera condición de punibilidad. Y ello, no tanto por la observación ya desarrollada por Vannini (*Le condizioni di punibilità*, cit., p. 58) que, en el caso particular, se trata de un elemento voluntario, sino, más bien, porque la verificación del suicidio no es un hecho extrínseco al obrar del agente, ya que él lo ha producido o, a lo menos, ha concurrido a producirlo. En idéntico modo, no constituyen verdaderas condiciones de punibilidad los resultados no intencionales que, en algunos casos, se asocian a la acción, agravando la pena (artículos 146 inciso segundo; 327 inciso primero; 351; 382 inciso primero; 383 inciso primero; 386 inciso primero, etc.). En estos casos, la doctrina suele hablar de condiciones de mayor punibilidad. Pero, en definitiva, no se trata sino de resultados preterintencionales, ya que la única diferencia entre estos casos y el delito preterintencional en sentido estricto consiste en esto: que en el delito preterintencional hay un único resultado, pero mayor que aquel al que estaba dirigida la acción delictuosa, mientras que en los delitos calificados por el resultado, en cambio, hay dos efectos, uno intencional y otro preterintencional. Sin embargo, nada impide usar el concepto de preterintencionalidad en un sentido más lato del usual, de modo que abrace todos los casos en que a la acción delictuosa se asocian, tanto un mayor resultado, cuanto también un segundo resultado no intencional, pero del que el agente es llamado a responder (*Vid.*, por lo demás, en este sentido FINZI, *Il delitto preterintenzionale*, y *Preterintenzionalità*, en *Rivista Penale*, vol. 106, p. 174). Dicho eso, la solución no puede ser opuesta a la seguida en el delito culposo: también el resultado preterintencional forma parte del hecho. (*Vid.*, en el mismo sentido, pero por razones en parte diferentes, MAYER, *Allg. Teil.*, cit., p. 120; SAUER, *Grundlagen*, cit., p. 357; FINGER, *Die Strafbarkeitsbedingungen*, en *Golt. Archiv*, Bd. 50, p. 32 y ss.). En efecto, en nuestro concepto el delito preterintencional no es sino un delito mixto de dolo y de culpa. Y, en verdad, si para constituir la culpa basta una conducta genéricamente contraria a la policía o a la disciplina – y ésta es hoy la doctrina dominante – no se entiende por qué no deba bastar una conducta causal específicamente contraria a una norma de derecho penal (DELITALA, *Le dottrine generali nel Progetto Rocco*, cit., p. 60 y ss.). Pues el mayor o el segundo resultado preterintencional, a semejanza del resultado culposo, no puede considerarse como condición de punibilidad o, en el caso particular, de mayor punibilidad. Por lo tanto, de condiciones de mayor punibilidad únicamente se puede hablar a propósito de las circunstancias que, sin derivar causalmente de la acción delictuosa, agravan la pena, incluso si el agente las ha ignorado. Tal es, por ejemplo, según algunos, la circunstancia prevista en el apartado del artículo 421 del Código penal; que el dinero o las cosas receptadas provengan de un delito que importe una pena restrictiva de la libertad personal por un tiempo mayor de cinco años (*Vid.*, sin embargo, para la opinión de que incluso esta circunstancia debe ser conocida por el agente MANZINI, *Trattato*, vol. 8, p. 480, y ANGIONI, op. cit., p. 111 y autores allí citados).

§ 2. Condiciones de punibilidad y condiciones de procesabilidad.

1. Planteamiento del problema. - 2. La naturaleza de la querella. - 3. El criterio discrecional entre condiciones de punibilidad y condiciones de procesabilidad.

1. Determinada la línea de confín entre hecho y condiciones de punibilidad, nuestra tarea podría considerarse agotada. Sin embargo, ya que las condiciones de punibilidad son confundidas muy a menudo con las condiciones de procesabilidad, es preciso trazar una segunda línea de confín también de este lado.

Generalmente, se afirma²⁵¹ que la constatación judicial de la falta de una condición de procesabilidad deja la acción sin juzgar, ya que las condiciones de procesabilidad, en definitiva, no son más que presupuestos del proceso, mientras la constatación de la falta de una condición de punibilidad consume la acción y es obstáculo a la repropósito de la demanda.

Sin embargo, incluso si el principio es exacto, ¿cómo se puede distinguir, sobre esta base, si una determinada circunstancia constituye una condición de punibilidad, o bien una condición de procesabilidad? La distinción sería posible solamente si el legislador, de vez en vez, hubiese establecido en qué casos se consume la acción y en cuáles no. La única disposición que estatuye al respecto, en cambio, está contenida en la última parte del artículo 435 del Código procesal penal y se refiere solamente a dos casos: la querella y el requerimiento.

Por otra parte, se ha observado exactamente²⁵² *«que el concepto y los límites de la consumación procesal están ligados indisolublemente a un presupuesto de identidad del objeto deducido en juicio; de modo que, cuando tal identidad no existe, la cosa juzgada no puede obstar a un nuevo juicio, precisamente porque es distinta la relación contendida y es distinta, por lo tanto, la acción que es fundamento del nuevo juicio»*. Sería consecuencia de ello que *«cuando el Juez ha emitido su sentencia antes de la verificación de una condición de punibilidad y ha pronunciado absolución precisamente en relación a esta situación jurídica»*, verificándose después la condición, se podrá, no obstante ello, reabrir el nuevo juicio²⁵³.

Dicho eso, además de la sorpresa en flagrancia, en los casos contemplados en los artículos 455, 485, 488 y 492 del Código penal, se pueden recordar, como ejemplos de condiciones de punibilidad: la declaración de quiebra por el delito de bancarrota, del cual hablaremos más adelante en el texto, la muerte o lesión personal de uno de los rijosos en el delito de participación en riña (conforme: LAND, op. cit., p. 53, contra ZIMMERL, op. cit., p. 27); la circunstancia de que el delito cometido en el extranjero sea considerado tal también por la legislación extranjera (cfr. LAND, op. cit., p. 47); el tratamiento de reciprocidad al que, para los §§ 102 y 103 del Código penal alemán, está subordinada la punibilidad de las ofensas a la bandera y a los representantes de un Estado extranjero, etc.

²⁵¹ Cfr., por todos, VANNINI, *Le condizioni*, cit., p. 58; LISZT-SCHMDIT, op. cit., p. 282; FRANK, op. cit., p. 141; etc.

²⁵² MASSARI, *Le condizioni di punibilità nel momento processuale*, en *Rivista italiana di diritto penale*, vol. I, p. 491.

²⁵³ MASSARI, op. et loco citis.

Por lo tanto, el criterio de distinción invocado por lo común, no es sólo insuficiente, sino, también, probablemente, inexacto.

2. Mas si este criterio de distinción no es ni suficiente, ni probablemente exacto, no se puede, sólo por ello, negar la posibilidad de una distinción²⁵⁴. En otras palabras, no se debe afirmar que las condiciones de punibilidad constituyen unas puras y simples condiciones de procesabilidad por ser extrínsecas al hecho del agente; tampoco se puede afirmar, al contrario, que las condiciones de procesabilidad constituyen otras tantas condiciones de punibilidad, de manera que si no se verifican, el hecho queda impune.

Si esta última proposición es exacta, también la promoción de la acción por parte de Ministerio Público termina por parecer una verdadera condición de punibilidad, ya que en un sistema como el nuestro, en virtud de la máxima *ne procedat iudex ex officio*, si el Ministerio Público no promueve la acción, el hecho necesariamente queda impune.

Pero la promoción de la acción por parte de Ministerio Público en el proceso penal, como la demanda judicial en el civil, no pertenecen al Derecho sustancial, sino al procesal: el delito existe y es punible incluso si en concreto no viene castigado por el hecho de que el Ministerio Público deja de promover la acción. La promoción de la acción, por esto, sin duda, es una condición de procesabilidad; más precisamente, es el acto con el que se verifica la condición para la actuación de la voluntad de la ley.

Dicho eso, es preciso observar cómo la promoción de la acusación, que compete normal e incondicionalmente al Ministerio Público, en algunos casos está condicionada por la manifestación de voluntad de otros sujetos interesados. Así, en los delitos perseguibles por querrela de parte, la acusación no puede ser promovida si falta la querrela.

Ello significa que la actuación de la ley, en este caso, depende también de la voluntad del ofendido, a lo menos en el sentido de que, en el caso concreto, la voluntad del ofendido puede impedir que el Ministerio Público promueva la acción.

En cambio, no se puede reconocer en el derecho de querrela una especie de acción penal privada²⁵⁵, ya que la relevancia de la querrela no es positiva, sino negativa: lo que depende de la voluntad del ofendido no es, como hemos escrito en otra ocasión, la actuación, sino la no actuación de la sanción²⁵⁶. Por eso, decimos con Manzini²⁵⁷ que «*el derecho de querrela es un poder de disposición reconocido a la voluntad privada en relación al procedimiento penal; es un derecho público subjetivo personalísimo, pertinente*

²⁵⁴ BAUMGARTEN, op. cit., p. 191 y ss.

²⁵⁵ Así, en cambio, LANZA, *Sistema di diritto processuale penale italiano*, 1922, p. 61 y ss., y autores allí citados.

²⁵⁶ DELITALA, *Danno e reato in un recente libro di F. Carnelutti*, en *Rivista italiana di diritto civile*, 1927, p. 9 del extracto.

²⁵⁷ MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 474.

al ofendido o perjudicado por el delito o a las otras personas a las que la ley lo atribuye expresamente y del que es correlativa la facultad de remisión. Se trata, en sustancia, de un derecho cuyo ejercicio implica una elección entre la facultad de presentar demanda para la promoción de la acción penal y para la punición del reo, y la de renunciar a esta facultad».

Sin embargo, no podemos consentir con el ilustre criminalista en la afirmación de que el instituto de la querrela atiende no solo al derecho procesal, sino, también, al sustantivo, en cuanto «*la iniciación o la remisión del ofendido quitaría al hecho el carácter de delito, tornándolo penalmente indiferente*»²⁵⁸.

Piénsese, por ejemplo, en el delito de adulterio o, peor aun, el de violación. El Ministerio Público no puede promover la acción si el ofendido no lo autoriza a hacerlo presentando la querrela. Pero, en nuestra opinión, eso no significa que la pretensión punitiva aun no ha surgido; más simplemente, significa que el ofendido puede impedir la actuación de tal pretensión, en otras palabras, que puede preferir que el delito quede impune. En el fondo, la subordinación de la acusación a la querrela deriva de esto: el interés de proceder del Estado está en conflicto con el interés del individuo de evitar que el *strepitus fori* le acarree un daño ulterior, por lo que el Estado renuncia a su derecho a proceder hasta que el ofendido no presenta la querrela. En otras palabras, reconoce al ofendido un poder de disposición sobre la acción penal.

Por tanto, en estos casos, la promoción de la acción depende tanto del requerimiento del Ministerio Público cuanto de la querrela: los efectos de los dos actos son distintos, ya que uno inicia el procedimiento y otro remueve un obstáculo, uno tiene una eficacia positiva, otro, simplemente negativa. Mas su naturaleza es idéntica y, también, la querrela, en nuestro concepto, debe considerarse de la misma manera que el requerimiento del Ministerio Público, como una verdadera condición de procesabilidad o, en otras palabras, como un presupuesto para el ejercicio válido de la acción.

Pero en otros casos – se objeta – la naturaleza de la querrela es diferente. Un acto de libidine puede ser considerado por la jovencuela que lo sufre, ora como una caricia amorosa, ora como una ofensa al pudor. En el primer caso el delito no existe, ya que ha faltado la lesión de un interés jurídicamente protegido o, mejor aun, porque la lesión ha sido consentida y, por eso, en este y en otros casos semejantes, la presentación de la querrela no funge de simple condición de procesabilidad, sino, al contrario, constituye una verdadera condición de punibilidad²⁵⁹. El delito no existe si el ofendido no lo ha considerado tal y, por ende, si no ha presentado la querrela: la falta de la proposición de la querrela significa precisamente que se trata de un hecho penalmente indiferente.

²⁵⁸ MANZINI, op. et loco citis. Una concepción substancialmente idéntica a esta de MANZINI, es sostenida en Alemania por SCHWARTZ, *Das Strafgesetzbuch*, cit., § 61, n. 2; KITZINGER, *Zur Lehre*, cit., p. 72.

²⁵⁹ Así, LISZT, *Lehrbuch*, 1903, citado por ALIMENA. Sin embargo, en la 25ª edición del libro, p. 283, esa teoría es presentada como una simple propuesta *de iure condendo*. Se reconoce abiertamente con ello, que *de iure condito* la naturaleza de la querrela es siempre la de una condición de procesabilidad.

Más la construcción es artificiosa. Tampoco en estos casos, la presentación de la querrela es una condición del delito: esto podrá decirse, si así se quiere, la sensación de la delictuosidad de la acción por parte del sujeto pasivo o, más exactamente, el disenso del ofendido. Pero disenso del ofendido y querrela, son dos cosas distintas: aquél es un hecho del que depende la antijuridicidad y, con ello, la existencia misma del delito; ésta es un acto del que depende la procesabilidad de la acción, prescindiendo de toda investigación sobre la existencia del delito.

Ni se objete que la querrela constituye la prueba de la delictuosidad del hecho²⁶⁰, ya que la objeción no es decisiva ni fundada. No sería decisiva, porque incluso si fuese exacta, sería necesario distinguir igualmente entre disenso y querrela, así como se distingue la existencia de un hecho del documento que lo prueba. Y no es fundada, porque, pese a la sucesiva presentación de la querrela, no se puede excluir que el ofendido, en el momento del hecho, ha consentido a la lesión; más bien, la experiencia de cada día enseña que buena parte de los procedimientos por delitos contra las buenas costumbres y el orden de las familias se cierran con sentencias absolutorias justamente por esta razón. Por otra parte, tampoco se puede afirmar que la falta de la proposición de la querrela signifique, siempre y necesariamente, que el hecho ha sido considerado lícito o, en otras palabras, que el ofendido ha prestado su consentimiento.

Por tanto, la naturaleza de la querrela no puede considerarse dúplice. Probablemente, las razones que han inducido al legislador a acoger la institución pueden ser diversas, pero, en todo caso, es idéntica su naturaleza, ya que la querrela consiste, siempre y necesariamente, en un poder de disposición sobre la pretensión punitiva. En estos casos, el ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público está subordinado a un acto de voluntad del ofendido y, por tanto, la querrela constituye una verdadera condición de procesabilidad de la acción²⁶¹.

3. Por idénticos motivos, deben considerarse condiciones de procesabilidad, el requerimiento del Ministro de Gracia y Justicia en los casos contemplados en los artículos

²⁶⁰ Así, substancialmente, ALIMENA, *Sulla natura del diritto di querela*, en *Studi di procedura penale*, 1906, p. 242.

²⁶¹ BATTAGLINI, *Il diritto di querela*, 1915, p. 55 y ss.; VANNINI, *La querela e la remissione della querela*, en *Studi Senesi*, vol. 42, p. 156 y ss.; BONUCCI, *Il reato come fatto illecito e come fatto punibile*, en *Rivista di Diritto e Processo Penale*, vol. X, p. 29 del extracto; SAUER, *Grundlagen des Prozessrechts*, 1929, p. 335; DOHNA, *Das Strafprozessrecht*, 1925, p. 49 y ss.; LILIENTHAL, *Stafprozessrecht*, 1923, p. 44; GOLDSCHMIDT, *Der Prozess*, cit., p. 409 y ss., MAYER, *Allg. Teil.*, cit., p. 101; FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, cit., p. 141; CALKER, *Strafrecht*, cit., p. 57; MERKEL (P.), *Grundriss*, cit., p. 45; LAND, op. cit., p. 5; HEFTI, *Das Strafantrag*, 1916, p. 13; OETKER, *Das Strafantrag und Verjharung*, en ASCHROTT-LISZT, *Reform*, cit., p. 289. *Contra* MASSARI, *Le dottrine generali*, cit., p. 69; *Le condizioni di punibilità*, cit., p. 486; DE GENNARO, *Teoria della bancarotta*, 1929, p. 53, n. 2; KÖHLER, *Deutsches Strafrechts*, cit., p. 419; MERKEL-LIEPMANN, *Die Lehre*, cit., p. 293 y ss., WACH, *Bankerutt und verwandte Delikte*, en *Vergl. Darstellung*, Bes. Teil, vol. 8, p. 69; BIRKMEYER, OLSHAUSEN, KOHLER, cit. por KÖHLER.

3, 4, 6, 122 y 127 del Código penal, etc.; el requerimiento del Gobierno extranjero en el caso de los artículos 5, 123 y 129; la autorización del Cuerpo Judicial, Político o Administrativo, o bien de su jefe jerárquico, en el caso contemplado en el artículo 400²⁶².

Precisamente, si no erramos, esta es la nota diferencial entre condiciones de procesabilidad y condiciones de punibilidad. Las condiciones de procesabilidad están constituidas por verdaderos actos jurídicos, destinados al y coordinados exclusivamente con el procedimiento penal. Son excepciones al principio de legalidad, en cuyo mérito y por consideraciones de oportunidad, la promoción de la acción está subordinada a la declaración de voluntad de un tercero interesado.

En cambio, las condiciones de punibilidad no conciernen a la promoción de la acción, que es de exclusiva competencia del órgano de la acusación: no son actos, sino hechos jurídicos. Así, la sorpresa en flagrancia, en los casos contemplados por los artículos 455, 485, 488 y 492 del Código penal; la muerte o la lesión de uno de los rijosos en el caso de delito de participación en riña; el tratamiento de reciprocidad al que, para los parágrafos 102 y 103 del Código penal alemán, está subordinada la punibilidad de las ofensas a los representantes y a las banderas de los Estados extranjeros, etc.

Sin embargo, ha sido relevado agudamente por Manzini²⁶³ que las condiciones de punibilidad pueden resultar, también, tanto de la verificación de circunstancias meramente materiales, cuanto de la emanación de un acto jurídico. Así, por ejemplo, la punibilidad de la bancarrota está condicionada a la pronunciación de la sentencia declarativa de quiebra, que es indiscutiblemente un acto jurídico.

Mas, en nuestra opinión, para superar la objeción basta observar que la sentencia declarativa de quiebra no es un acto jurídico destinada a y coordinado con el proceso penal, no representa el ejercicio de un poder jurídico sobre la pretensión punitiva, no es una declaración de voluntad dirigida a los fines del procedimiento penal.

El juez que declara una quiebra comprueba si existen las condiciones requeridas por la ley para que la quiebra pueda ser pronunciada y, si existen, debe declararla sin preocuparse en absoluto por las consecuencias de tal pronunciación. Más bien, si queremos ser precisos, no se debería hablar siquiera de consecuencias penales de la pronunciación de quiebra, sino, más exactamente, de consecuencias que se verifican después de tal pronunciación. Más brevemente: la pronunciación de la quiebra no es un acto de disposición sobre la pretensión punitiva, sino, simplemente, una condición necesaria para la punibilidad del hecho.

Es consecuencia de ello que, por lo que concierne a la acción penal, la quiebra no es un acto, sino un hecho; no es una condición del juicio, sino un dato objetivo del cual depende la aplicabilidad de la sanción. La contraposición entre actos y hechos jurídicos, en

²⁶² Cfr. los autores y las obras citadas en la nota precedente.

²⁶³ MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 430.

el fondo, no es absoluta, sino relativa, ya que incluso una declaración de voluntad, cuando se prescinda de su contenido negocial, no constituye un acto, sino un hecho jurídico.

Así, si contraigo una obligación sometiéndola a la condición de que Cayo cumpla un determinado acto, el acto del que mi obligación trae vida es únicamente mi acto de querer, mientras que el de Cayo es deducido en la obligación como un simple hecho, de la misma manera que un acontecimiento natural.

Pero entonces, si la contraposición entre actos y hechos jurídicos no es absoluta, sino relativa, nuestro criterio de distinción puede quedar establecido. En efecto, también, cuando las condiciones de punibilidad parecen resultar de la emanación de actos jurídicos, una más atenta consideración nos torna conscientes de que son actos destinados a otros fines y otros objetivos, por lo que es preciso concluir que el procedimiento penal no depende de la declaración de querer en que tales actos consisten, sino, más exactamente, del puro y simple hecho de su emanación.

Por tanto, la sentencia declarativa de quiebra no puede considerarse como una condición de procesabilidad²⁶⁴ y, por idénticas razones, tampoco puede considerarse como una condición de procesabilidad la disolución del matrimonio a que está subordinada la punibilidad del delito de adulterio²⁶⁵, según lo dispuesto en el párrafo 172 del Código penal alemán.

²⁶⁴ Así, en cambio, MASSARI, *Le condizioni di punibilità*, cit., p. 494. *Contra*, en el sentido de que se trata de una condición de punibilidad, MANZINI, op. et loco cit.; DELITALA, *Contributo alla nozione del reato di bancarotta*, en *Rivista Italiana di Diritto Commerciale*, 1926, p. 18 del extracto; LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 280; MEYER-ALLFELD, op. cit., p. 465; GERLAND, op. cit., p. 491; WACHENFELD, op. cit., p. 430; BELING, *Grundzüge*, cit., p. 56; MERKEL (P.), op. cit., p. 244; LAND, op. cit., p. 55. DE GENNARO, op. et loco cit., considera como una condición de punibilidad, no solo la declaración de quiebra, sino también el desequilibrio financiero, cuando sea posterior a los actos de bancarota. Otros, en cambio, reconocen en la quiebra un verdadero elemento del hecho. Es decir, la quiebra debería considerarse como el resultado consumativo del delito, mientras el nexo causal entre los hechos de bancarota y la quiebra sería presumido por la ley. Así, ROCCO, Alf., *Il fallimento*, p. 137; LONGHI, *Bancarotta e altri reati in materia commerciale*, 2ª ed., 1930, p. 75 y ss., y, sustancialmente también, BONELLI, si, como confiamos haber demostrado (*vid.* DELITALA, op. et loco cit.), todas estas teorías terminan por coincidir. Idéntica tesis es sostenida, en la doctrina alemana, por JAGER, *Konkursordnung*, 1913, Bd. 2, p. 568 y ss., PETERSEN-KLEINFELLER, *Konkursordnung*, 4ª edición, 1900, p. 681 y ss.; FRANK, op. cit., p. 620 y ss.; CALKER, op. cit., p. 53.

²⁶⁵ La situación es idéntica en los dos casos y, por tanto, no se logra entender cómo la mayor parte de los escritores alemanes puede reconocer una condición de punibilidad en la declaración de quiebra y una condición de procesabilidad en la disolución del matrimonio. Cfr., por todos, BELING, *Grundzüge*, loc. cit.; MAYER-ALLFELD, op. cit., 413; LAND, op. cit., p. 16. Sin embargo, en el sentido de que también la disolución del matrimonio es considerada como una condición de punibilidad, *vid.* LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 573; GERLAND, op. cit., p. 387, y los autores por ellos citados.

Capítulo IV

LA NOCIÓN DE «HECHO»

1. Nuestra concepción y la doctrina alemana del *Tatbestand*. La vieja concepción del *Tatbestand* como el complejo de todos los extremos necesarios para constituir el delito. – 2. La sucesiva distinción entre *Tatbestand* objetivo y *Tatbestand* subjetivo. – 3. El *Tatbestand* en sentido restringido o propio. La distinción entre tipo concreto y tipo legal. – 4. Las objeciones de Binding contra nuestra concepción. Crítica. – 5. Los elementos normativos del hecho en la doctrina de M. A. Mayer. Crítica. – 6. Las más recientes objeciones de Mezger. Crítica. – 7. Los denominados elementos subjetivos del hecho. Crítica.

1. Si las observaciones precedentes son exactas, la determinación del concepto de hecho prescinde tanto del momento de la antijuridicidad, cuanto del momento de la culpabilidad, y se remite únicamente a la materialidad del delito, tal como está descrita en el tipo legal. Además, prescinde también de las condiciones de punibilidad del delito, en otras palabras, aquellas circunstancias, concomitantes o sucesivas, al desarrollo de la acción, que no tienen relación alguna, subjetiva ni objetiva, con la acción misma. Más brevemente, es «hecho» el hecho del agente: el hecho que a él se imputa, porque ha sido querido o, incluso, simplemente causado por él.

Moviéndose en esta misma línea, la más reciente doctrina alemana²⁶⁶ hoy repudia, casi concordemente, el viejo concepto de *Tatbestand*, que no representaba sino una aplicación, en el campo de las disciplinas penales, de ese concepto de hecho jurídico elaborado lentamente por los civilistas²⁶⁷, pero que, por su generalidad, es susceptible de recibir aplicación en todas las ramas de las ciencias jurídicas²⁶⁸.

Todavía se mueven sobre esta línea Frank²⁶⁹ y Allfeld²⁷⁰. En efecto, para estos autores, el *Tatbestand* resulta de la suma de todos los extremos que deben existir para que pueda aplicarse una pena. Por tanto, serían elementos del hecho, no solo la acción delictuosa con todas las condiciones que la constituyen y el resultado que deriva de ella,

²⁶⁶ BELING, *Die Lehre*, cit., p. 2 y ss.; *Grundzüge*, cit., p. 18; *Methodik der Gesetzgebung*, 1922, p. 59 y ss.; MEZGER, *Von Sinn der Strafrechtlichen Tatbestände*, 1926, p. 4 y ss.; ZIMMERL, *Zur Lehre*, cit., p. 6 y ss.; HEINITZ, *Das Problem*, cit., p. 19 y ss.; MERKEL (P.), op. cit., p. 14; LAMMASCH-RITTLER, op. cit., p. 30, etc.

²⁶⁷ Vid., sobre el tema, CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell' esperienza giuridica*, en *Annali della R. Università di Macerata*, vol. 5, p. 5, y la abundante literatura citada por él.

²⁶⁸ MEZGER, *Von Sinn*, cit., p. 3; FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, cit., p. 6; MEYER-ALLFELD, op. cit., p. 99.

²⁶⁹ FRANK, op. et loco cits.: «*Tatbestand ist die Summe der Merkmale die ein Verhalten aufweisen muss um unter die Strafdrohung zu fallen*».

²⁷⁰ MEYER-ALLFELD, op. et loco cits.

sino, también, la antijuridicidad objetiva y la culpabilidad²⁷¹, ya que si estos elementos faltan, el ordenamiento jurídico no asocia a la acción del agente la aplicación de la pena.

Pues bien, desde este punto de vista, ni siquiera las condiciones objetivas de punibilidad podrían considerarse extrínsecas al hecho, ya que si faltan, también falta necesariamente la aplicabilidad de la sanción²⁷².

Ello demuestra, sin posibilidad de discusiones, cómo este concepto es poco fecundo de resultados útiles. Aun cuando no se quiera llamarlo, con Beling²⁷³, una superfetación, es cierto, de todas maneras, que su tarea no puede ser la de recordar al juez o al intérprete que la punibilidad de un hecho delictuoso cualquiera está condicionada por la existencia de todos los extremos del delito indicados en la Parte general del Código (culpabilidad y falta de circunstancias de licitud)²⁷⁴.

2. En el seno de esta noción de *Tatbestand*, por lo tanto, se ha comenzado a distinguir un *Tatbestand* objetivo y un *Tatbestand* subjetivo²⁷⁵.

En el primero se comprenden los elementos exteriores u objetivos del delito; en el segundo, sólo los interiores u subjetivos. En definitiva, es la distinción entre elemento material y elemento psíquico del delito, distinción indudablemente admisible y concordemente reconocida. Sin embargo, no hay motivo alguno para designar la culpabilidad como un hecho subjetivo y, por lo demás, tal denominación debe considerarse impropia, ya que deja de destacar que la culpabilidad no es un concepto puramente descriptivo, sino también normativo; en efecto, como ya hemos destacado, la culpabilidad no resulta de una simple relación psicológica entre el hecho y su autor, sino que implica, además, un juicio de desaprobación jurídica del agente.

Por otra parte, si se descompone el delito en un *Tatbestand* objetivo y otro subjetivo, ya no hay lugar para el elemento de la antijuridicidad objetiva, que es, también, un extremo del delito, a diferencia de la denominada antijuridicidad penal, que, en nuestro concepto, representando la punibilidad del hecho, no puede considerarse entre los elementos del

²⁷¹ Explícitos MEYER-ALLFELD, op. et loco cits. En cambio FRANK, op. et loco cits., excluye la antijuridicidad de los elementos del *Tatbestand*. Mas la divergencia es más de forma que de sustancia, si se recuerda que para este autor serían elementos negativos del *Tatbestand* las circunstancias de licitud de la acción.

²⁷² Si el hecho estuviese constituido verdaderamente por la «*Summe der Tatsachen, von deren Vorliegen das Eintritt der Strafe abhängt*» (FRANK, op. et loco cits.), incluso las condiciones de punibilidad serían necesariamente elementos del hecho. Por lo tanto, cuando FRANK las define como elementos extrínsecos al *Tatbestand* (op. cit., p. 140), ello significa que ha repudiado implícitamente la precedente definición de «hecho».

²⁷³ BELING, *Die Lehre*, loc. cit.

²⁷⁴ En definitiva, este es el valor del que habla FRANK, cuando observa que tal «*Subintelligenda enthält, d. h. auf Momente hinweist, die, wenn, sie im besonderen Tatbestand fehlen, aus dem allgemeinen zu ergänzen sind*» (op. cit., p. 7).

²⁷⁵ GERLAND, op. cit., p. 58; FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, cit., p. 7; MEYER-ALLFELD, op. cit., p. 100; KÖHLER, op. cit., p. 90.

delito, ya que constituye mucho más, la consecuencia jurídica que la ley empalma a su verificación.

En fin, ni siquiera sería admisible un desarrollo distinto de las condiciones de punibilidad del hecho, que son, asimismo, elementos materiales de cuya presencia depende la aplicabilidad de la pena o, en otras palabras, la verificación de esa particular consecuencia jurídica que es el objeto precípua de nuestra disciplina y, como tal, constituirían otros tantos elementos del *Tatbestand* objetivo. Desde este punto de vista, tendría razón Sauer²⁷⁶ cuando afirma que los extremos indefectibles de todo delito son el hecho antijurídico y la culpabilidad, comprendiendo en el primer concepto, también, las condiciones de punibilidad del hecho.

3. Así, rechazado el concepto de un *Tatbestand* subjetivo, hoy la doctrina penalística alemana²⁷⁷ comprende en el concepto de hecho sólo la suma de los elementos materiales atribuibles al agente, es decir, la acción delictuosa con todas las condiciones que la caracterizan y la constituyen como tal y que varían con la variación de los diversos delitos, y la verificación del resultado, que está conectado causalmente con la acción. Así, para dar un ejemplo, el *Tatbestand* del delito previsto en el artículo 364 del Código penal está constituido por la acción homicida (explosión de un golpe de arma de fuego, etc.) y por la muerte de la víctima. Por esta vía, el viejo concepto de *Tatbestand* ha sido subrogado por una noción de «hecho» en sentido estricto o propio: *engeres* o *besonderer Tatbestand*.

Nuestra noción coincide sustancialmente con ésta, elaborada, principalmente, por Beling y Mayer.

Sin embargo, es conveniente destacar cómo la contraposición entre *Tatbestand* legal y *Tatbestand* concreto, sobre la que insisten en general todos los tratados alemanes, en nuestra opinión, es del todo desatendible.

El hecho, se dice, es el hecho descrito por el tipo legal y, como tal, un concepto abstracto o típico, idéntico para toda hipótesis delictuosa individual, no obstante la inevitable disconformidad de las diversas acciones individuales. Así, si cada homicidio considerado concretamente en su individualidad es distinto a cualquier otro homicidio, todavía el hecho que lo constituye es siempre y necesariamente el mismo. En pocas palabras: los hechos concretos individuales constituyen el objeto del juicio, mientras que el «hecho» representa, en cierto sentido, la medida sobre cuya base el juez es llamado a juzgar si las diversas circunstancias concretas realizadas por el agente (*Tatumstände*) pueden ser

²⁷⁶ SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, cit., p. 201 y ss.

²⁷⁷ *Vid. retro*, nota 51.

subsumidas en las enunciadas por la norma legal (*Tatbestandsmerkmale*). Así, por ejemplo, Sauer²⁷⁸.

Ahora bien, la observación es exacta en sí y por sí. Mas la contraposición no es tan absoluta como podría parecer a primera vista. Y, en verdad, incluso quien se refiere al *Tatbestand* concreto, pongamos el *Tatbestand* concreto del homicidio, evidentemente no comprende en esta noción todos los elementos de hecho efectivamente realizados por el agente, sino solamente los que caracterizan ese hecho como un homicidio. Ahora bien, cada calificación de un hecho constituye una abstracción y, desde este punto de vista, tipo legal y tipo concreto terminan por coincidir. En realidad, a nadie se le vendría por las mientes considerar entre los elementos del hecho (concreto) de un homicidio, también las consecuencias de orden patrimonial que podrían derivar de la muerte de la víctima.

Por tanto, la diferencia entre *Tatbestand* legal y *Tatbestand* concreto, en definitiva, es la diferencia que intercede entre el modelo y la copia, entre el esquema y el ejemplo que a tal esquema puede ser reconducido²⁷⁹. Sea que se entienda por hecho el modelo legal, sea que se entienda, por el contrario, la situación de hecho realizada por el agente, pero abstractamente considerada como una copia del tipo legal, las conclusiones prácticas de nuestra investigación no pueden, pues, resultar diferentes.

4. Sin embargo, no han faltado las críticas contra nuestra concepción del hecho y contra la consiguiente distinción entre hecho, antijuridicidad y culpabilidad.

Por un lado, se ha objetado que, concebido de esa manera, el concepto de hecho es vacío e inútil, superfluo y embarazoso. Se ha observado, entre otras cosas, que una distinción tan neta entre hecho, antijuridicidad y culpabilidad, algunas veces, no es posible, ya que, en algún caso, la misma circunstancia cumple dos funciones distintas: es una circunstancia del hecho, pero al mismo tiempo, también tiene valor para la antijuridicidad y para la culpabilidad.

Examinemos las dos objeciones indistintamente. La primera, formulada por Binding²⁸⁰, en su enunciación axiomática, no es para nada convincente. Y, en nuestro concepto, está viciada por un error de perspectiva que se repite, sustancialmente idéntico, en todas las construcciones del ilustre jurista. Y, en verdad, Binding considera todos nuestros problemas desde un único punto de vista: la contradictoriedad de la norma. El momento de la antijuridicidad, por tanto, es inmanente en cada investigación particular que

²⁷⁸ SAUER, op. cit., p. 302 y ss.

²⁷⁹ CAMMARATA, op. cit., p. 28: «La situación de hecho no es la situación real, históricamente dada, que en cuanto tal es irreproducible y no es copia de algún modelo preestablecido; ésta no puede reproducir la situación de hecho a la que está subordinada la fuerza necesitante de la norma, si no a condición de perder la propia realidad histórica y de dejarse reducir, mediante un procedimiento abstractivo, por ejemplo, al acaso del tipo de situación fijado por la norma».

²⁸⁰ BINDING, *Normen*, Bd. 2, I, p. 92.

resulta estrictamente condicionada a ella. Así, para dar un ejemplo, bastará recordar cómo él rechaza el concepto de acción en sentido naturalístico, hoy generalmente acogido por la mejor doctrina, y considera como acción sólo las «*exteriorizaciones de voluntad jurídicamente relevantes*». Es consecuencia de ello, que la acción del que comete un delito por orden de una Autoridad a la que tiene que prestar obediencia, jurídicamente no es una acción: todo el hecho es de la Autoridad que imparte la orden, mientras el ejecutor es considerado como un simple instrumento²⁸¹.

Construcción artificiosa, rechazada en razón de toda la más reciente doctrina. El ejecutor de una orden antijurídica obligatoria cumple indudablemente una acción, pero su acción no está desaprobada por el ordenamiento jurídico, ya que entre las dos leyes, una que incrimina genéricamente el hecho cometido por él y otra que le impone la ejecución de la orden, esta última es la que tiene predominancia, con tal que la orden sea verdaderamente obligatoria. En definitiva, esta es la única norma del caso en examen. Por tanto, su acción no puede considerarse ilícita, ya que, en este caso, la regla jurídica que incrimina genéricamente el hecho cometido por él, no tiene eficacia alguna.

Sin embargo, el concepto de hecho ciertamente no está carente de valor, pese a ser distinto de los problemas de la antijuridicidad y de la culpa. Más bien, de esta separación toma un valor autónomo y relevante.

El hecho, por así decir, forma el punto de partida, el primer peldaño que es necesario subir inevitablemente, para juzgar sobre de la punibilidad de una acción individual. El legislador procede por esquemas, crea unos modelos de hechos y, si el hecho no corresponde completamente al modelo legal, el juez está obligado a absolver. Que la acción le parezca, y sea en la realidad, dañosa, antisocial o inmoral, cuenta poco; ella no encuadra en el esquema de ley, no es un hecho previsto por el derecho y el artículo 1 del Código penal establece que nadie puede ser castigado por un hecho que no esté expresamente previsto por la ley penal.

La correspondencia entre el hecho concreto y el admitido como hipótesis por la ley, la *Tatbestandsmäßigkeit* de doctrina alemana, por tanto, es una condición necesaria para la punibilidad de una acción. Más brevemente: cuando se dice que frente a una acción individual existe un hecho, o sea, cuando se afirma su correspondencia con el modelo legal, ya se cumple una calificación jurídica y ello basta para excluir que el concepto de hecho es vacío e inútil, inconcebible y embarazoso.

²⁸¹ BINDING, *Handbuch*, I, p. 565 y 743; *Normen*, 2, p. 82 y ss. Y, especialmente, p. 98. Para la crítica de esta concepción *vid.*, recientemente, AMMON, *op. cit.*, p. 113 y ss. y los autores allí citados.

5. Finalmente, nos parece igualmente infundada la segunda objeción, según la cual la distinción entre hecho, antijuridicidad y culpabilidad no sería siempre tan absoluta como hemos afirmado. La noción de hecho, se dice, en ningún caso está constituida, además que por elementos materiales o de hecho, también por elementos normativos o subjetivos.

Según Mayer²⁸², un elemento normativo del *Tatbestand*, por ejemplo, sería la ajenidad de la cosa en el delito de hurto, a diferencia de la remoción o del apoderamiento, que constituirían, en cambio, verdaderos elementos de hecho. Y, en verdad, si la remoción y el apoderamiento faltan, también falta – escribe Mayer – la existencia del hecho, mientras que si la cosa no es ajena, el hecho no falta, pero falta únicamente el momento de la antijuridicidad. Tanto es así, que si el artículo 402 del Código penal no aludiese de ningún modo al requisito de la ajenidad de la cosa, sino que dispusiere, genéricamente, que el que se apoderare de una cosa mueble para obtener provecho, es castigado etc., se llegaría a afirmar del mismo modo, como primer requisito de la antijuridicidad de la acción, que la cosa sustraída debe ser ajena.

Pero, lejos de demostrar la verdad de su tesis, justamente este ejemplo es el que demuestra su profunda falsedad. Y, en verdad, si la dicción del artículo 402 fuese la supuesta por Mayer, sería perfectamente concebible incluso el hurto de cosa propia²⁸³, y el propietario que sustrae al acreedor pignoraticio la cosa que se le dio en prenda, debería responder de su acción en el sentido del artículo 402 así modificado, ya que, actuando en ese modo, se apodera de una cosa mueble ilegítimamente.

Por tanto, la verdad es que la ajenidad de la cosa no es un elemento normativo, sino un elemento de hecho: no constituye la antijuridicidad, pero designa, más simplemente, cuáles son las cosas pasibles de hurto. No es posible el hurto de cosa propia, así como no es posible el hurto de cosa inmueble: ambos elementos cumplen la misma función, constituyendo dos presupuestos del hecho.

Por tanto, si ellos faltan, falta también el hecho constitutivo del delito de hurto y, siempre que existan otros presupuestos, solo podrá existir un hecho distinto.

En pocas palabras: la ajenidad de la cosa sustraída no constituye, como pretende Mayer, la *ratio essendi* de la antijuridicidad del hecho, sino, más simplemente, un carácter de la cosa sustraída: carácter que deriva, indudablemente, de la preexistencia de otras normas jurídicas, pero que por la norma del artículo 402 del Código penal, en este caso, son consideradas como un simple hecho. En efecto, la contraposición entre hecho y Derecho no es absoluta, sino relativa, en el sentido de que también el Derecho, cuando no está en juego su eficacia normativa, termina por aparecer un hecho entre los hechos.

En verdad, quien bien considera, verá fácilmente cómo la antijuridicidad del hecho descrito en el artículo 402 del Código penal no deriva del ser la cosa sustraída, de propiedad

²⁸² MAYER, *Allg. Teil*, cit., p. 182 y ss.

²⁸³ Así también ZIMMERL, op. cit., p. 23.

ajena, sino, más bien, del hecho de que la sustracción ocurre sin el consentimiento del habiente derecho. Tanto es así, que aun la sustracción de la cosa propia constituida en prenda, como ya hemos destacado, representa un hecho ilícito, cuando ocurre sin el consentimiento del acreedor pignoraticio, mientras que no es ilícito el apoderamiento de la cosa ajena, cuando existe el consentimiento del propietario.

Entonces, la categoría de los elementos normativos del *Tatbestand* no puede ser acogida y su misma denominación debe juzgarse contradictoria, ya que el mismo elemento no puede cumplir, contemporáneamente, dos funciones en contraste: o es un elemento normativo y no puede ser un elemento del hecho, o es un elemento del hecho y no puede ser un elemento normativo. O hecho o derecho: *tertium non datur*.

La exactitud de este dilema, por lo demás, está explícitamente reconocida también por Mayer, cuando concluye que los elementos normativos del *Tatbestand* serían, en definitiva, *unechte tatbestand-und echte Rechtswidrigkeitsmerkmale*.

6. Sin embargo, otros autores²⁸⁴ han destacado cómo el legislador, en algún caso, lejos de describir el hecho mediante la enunciación de los elementos y de las condiciones que lo componen, se vale, para determinarlo, de un concepto de valor, ético, social o cultural (*kulturelle Wertungsdelikte*).

Piénsese, por ejemplo, a los actos de libídice. Aquí, en la enunciación del hecho, ya está contenida una valoración jurídica y moral del hecho mismo: la dicción «actos de libídice», en efecto, no tiene un significado puramente descriptivo, sino también normativo.

Ahora bien, en sí y por sí, la observación es exacta, pero ni siquiera ella infirma la bondad de nuestra distinción.

La distinción que no ha sido hecha por el legislador, en realidad, puede ser hecha por el intérprete. Ciertamente, el obstetra que cumple una visita ginecológica no comete un acto de libídice, pero el hecho objetivamente considerado, en sí y por sí, es idéntico en su materialidad al hecho constitutivo del delito previsto por el artículo 333 del Código penal. La finalidad de curación, por tanto, no es una circunstancia que haga faltar la materialidad del hecho, sino que, más exactamente, es una circunstancia que lo torna lícito o, más aun, debido.

Ahora bien, también en estos casos, se habría podido distinguir entre elementos del hecho y elementos de la antijuridicidad, describiendo, antes, todas las diversas acciones que podrían constituir la materialidad del delito y, en seguida, determinando las circunstancias

²⁸⁴ MEZGER, *Von Sinn*, cit., p. 41 y ss; ZIMMERL, op. cit., p. 23; WEBER, *Tatbestandsbildung und Rechtssicherheit*, 1926; LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 168 en nota; GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, cit., por ZIMMERL.

de su legitimidad o ilegitimidad. Por lo demás, la idéntica situación se presenta en muchos otros casos. Así, a propósito del delito de lesiones personales, se discute, hace tiempo, si el ejercicio de la actividad médico quirúrgica es una circunstancia de licitud de la acción o, más radicalmente, un elemento que haga faltar el *Tatbestand* del delito. Y las opiniones son discordes.

Por un lado, se afirma que una intervención médico quirúrgica no puede constituir la materialidad del delito de lesiones, ya que no representa un daño²⁸⁵ para el paciente. Así, se comprende entre los elementos del hecho, también un elemento de valoración.

¿Mas si el resultado de la operación es letal? En estos y en otros casos semejantes, la verificación del daño es evidente y, por lo tanto, se está obligado a admitir que si el resultado no es el esperado, el hecho no falta, pero la acción debe considerarse lícita o, a lo menos, inculpable²⁸⁶.

En cambio, para una tercera opinión²⁸⁷, el ejercicio de la actividad médico-quirúrgica debería considerarse, en todo caso, como una circunstancia de licitud de la acción, ya que la materialidad del hecho no falta ni siquiera en esos casos en los que la operación tiene buen resultado. Y, en nuestro concepto, ésta es la opinión más exacta. La amputación de un miembro gangrenoso, objetivamente considerada, representa indiscutiblemente la pérdida de un miembro y, por tanto, corresponde al hecho previsto en el artículo 372, 2º cpv., incluso si el paciente termina por recibir una ventaja en vez de un daño.

En definitiva, la razón de la discordia consiste en esto: para nosotros, en lo que concierne el problema de la antijuridicidad, el concepto de hecho está carente de todo valor, ya que, a pesar de su correspondencia con el modelo legal, el hecho puede ser lícito o ilícito, dependiendo de los casos y de las modalidades de su comisión, mientras que para otros, el hecho es un tipo de acción antijurídica, que sólo excepcionalmente puede ser considerado lícito, para la existencia de una particular circunstancia de licitud de la acción.

Así, para Mayer la *Tatbestandsmäßigkeit* constituiría, de por sí, el más importante indicio de la antijuridicidad de la acción.

Por ende, según nuestra concepción, en la noción de hecho no se puede incluir ningún elemento normativo y si acaso el legislador, al determinar la noción de un delito particular, se ha servido de un concepto de valor, será necesario descomponer tal concepto

²⁸⁵ BINDING, *Lehrbuch*, I, p. 53; KITZINGER, *Zur Lehre*, cit., p. 87; LÖFFLER, *Die Körperverletzung*, en *Verg. Darstellung*, Bes. Teil, Bd. 5, p. 246. Para la doctrina italiana y para mayores noticias sobre la extranjera vid. la rica bibliografía citada por GRISPIGNI, en el trabajo indicado en la nota siguiente.

²⁸⁶ Así, substancialmente, GRISPIGNI, *La liceità giuridico-penale del trattamento medico-chirurgico*, en *Rivista di Diritto e Processo Penale*, 1914, p. 473 y ss.; FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, cit., p. 458.

²⁸⁷ Así, substancialmente SAUER, op. cit., p. 337; WACHENFELD, op. cit., p. 129, n. 1; MEYER-ALLFELD, op. cit., p. 143; DOHNA, *Recht und Irrtum*, cit., p. 13, y los autores por él citados. Hoy la opinión es netamente dominante en la literatura alemana. Se entiende fácilmente, sin embargo, que en la mayor parte de los casos, para justificar la intervención médico quirúrgica, es necesario también el consentimiento del sujeto pasivo. Vid., recientemente, NATHAN, *Ueber den Ausschluss der Rechtswidrigkeit im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des ärztlichen Wirkungskreises*, 1923, p. 54 y ss.

en las dos partes de las que conceptualmente resulta, una descriptiva y la otra normativa: la primera pertenece a la doctrina del hecho; la segunda, a la de la antijuridicidad.

Y, en realidad, si la doctrina opuesta está en lo verdadero, es decir, si se pueden considerar entre los elementos del hecho, también los elementos propiamente normativos, ya no hay una razón para detenerse a medio camino y para excluir de la noción del hecho el tratamiento de las circunstancias de licitud previstas en el artículo 49 del Código penal. En este caso, pertenecerían a la doctrina del hecho todas las circunstancias de las que depende la valoración jurídica de la acción y así, también, la legítima defensa, la ejecución de una orden, etc. Mas si se admite que el hecho es distinto a la antijuridicidad, deben quedar fuera del hecho, no solo las circunstancias previstas en el artículo 49, sino, también, las que se refieren solamente a los delitos individuales (actividad médico quirúrgica, ejercicio de un poder de corrección, etc.)

La separación entre hecho y antijuridicidad, o es posible en todos los casos, o no es posible en ninguno.

7. Las mismas observaciones valen también, más o menos, contra la admisibilidad de los elementos subjetivos del hecho.

De elementos subjetivos del hecho se habla, en la doctrina alemana²⁸⁸, a propósito de los delitos de consumación anticipada o, más en general, a propósito de todos los delitos para cuya punibilidad se requiere la existencia de un dolo específico (*Absichtsdelikte*). Esta particular intención delictuosa, se dice, no es un elemento de la culpa, sino del hecho, ya que si tal intención falta, también y necesariamente, la objetividad del delito.

Así, quien, en un ímpetu de ira, destruye un objeto asegurado, no comete el hecho previsto por el artículo 414 del Código penal, ya que, en el caso específico, no daña ni pone en peligro los intereses de la sociedad aseguradora. Por tanto, la intención delictuosa, tanto en los delitos de consumación anticipada, cuanto, en general, en todos los delitos que requieren la existencia de un dolo específico, debe ser considerada como un elemento del hecho o, por lo menos, también como un elemento del hecho.

Contra esta concepción se ha objetado por otros escritores²⁸⁹ que, en definitiva, tanto los delitos de consumación anticipada, cuanto los denominados delitos intencionales, no representan sustancialmente sino unas simples tentativas de delito. El legislador, por motivos particulares, los considera formalmente perfectos incluso antes de la realización del resultado delictuoso, hacia el que está dirigida la voluntad del agente; mas esta

²⁸⁸ MEZGER, *Von Sinn*, cit., p. 20 y ss.; *Die subjektiven Unrechtselemente*, cit., *passim*; HEGLER, *Die Merkmale des Verbrechen*, en *Zeitschrift für die ges. StRW.*, Bd 36, p. 19 y ss; MAYER, *Allg. Teil*, cit., p. 185 y ss.; ZIMMERL, op. cit., p. 29 y ss.

²⁸⁹ Cfr. ZIMMERL, op. cit., p. 31 y ss.

consideración, toda formal, no debe velar la esencia de las cosas. Sustancialmente, el hecho no es perfecto si el agente tampoco realiza su intento, así como no es perfecto el hecho previsto por el artículo 364 del Código penal, si no se ha verificado la muerte del ofendido, por más que las disposiciones de los artículos 62 y 63 del Código penal consientan castigar incluso los actos de tentativa.

Más brevemente, lo que pertenece a la doctrina del hecho, desde luego, no es el momento puramente intencional, sino, precisamente, la realización objetiva del elemento de hecho al que se dirige la voluntad del agente. Que después el hecho se castigue incluso cuando este elemento no se realiza, poco importa: se trata, en último análisis, de un hecho incompleto, así como acontece, en general, en todo caso de tentativa.

La construcción es ingeniosa, mas no logra convencer.

Y, en verdad, la remisión a la figura de la tentativa, lejos de simplificar la solución del problema, sirve únicamente para extender sus confines, sin resolver la dificultad.

El delito tentado, en efecto, no es simplemente la tentativa de un delito, sino que es mucho más, un delito él mismo. Estando así las cosas, la construcción de Zimmerl pierde inmediatamente cualquier significado. ¿Para qué puede servir la parificación entre delito de consumación anticipada y tentativa de delito, cuando también la tentativa de delito debe considerarse, en su género, como un delito perfecto o, en otras palabras, como un hecho antijurídico y culpable?

Más brevemente, tanto el delito verdadero, cuanto, en general, todos los delitos intencionales son formalmente delitos perfectos y de particular no hay más que esto: que para la existencia del hecho que los constituye, no se requiere la verificación del resultado (o del mayor resultado) al que está dirigida la voluntad delictuosa, sino que basta la verificación del peligro de tal resultado. Estando así las cosas, la voluntad del agente no puede considerarse como un elemento del hecho, aunque sirve, en algún caso, para probar su peligrosidad.

En otras palabras, tanto en la tentativa simple, cuanto en los delitos de consumación anticipada, etc., el hecho es el que resulta de los elementos materiales descritos por la ley, pero para juzgar si este hecho es idóneo para producir el resultado (o el mayor resultado) que la ley quiere evitar, es preciso remontarse en algún caso a la voluntad del agente, que es el índice más seguro de la dirección de la acción y, con ello, de su peligrosidad.

En cambio, si la peligrosidad de la acción resulta determinada unívocamente por las circunstancias materiales, la subsunción de aquella en el modelo legal tendría lugar sin más y la investigación sobre el hecho, en este caso, sería netamente distinta de la investigación sobre la culpa. Así, quien propina a un tercero una poción venenosa, comete un hecho peligroso, perfectamente correspondiente en su materialidad al hecho constitutivo de tentativa de homicidio, y la investigación sobre la voluntad del agente tiene lugar solamente

en un momento sucesivo, con el único fin de establecer si el hecho fue cometido voluntaria o involuntariamente, culpable o inculpablemente.

Por eso, la consideración de la voluntad del agente atañe únicamente a la culpa y no también al hecho delictuoso. Por tanto, la denominación de delitos de peligro con dolo de daño, en uso en nuestra doctrina²⁹⁰, termina por aparecer mucho más exacta que la denominación de delitos intencionales, en uso en la doctrina alemana.

La separación entre hecho, antijuridicidad y culpabilidad, por lo tanto, es prácticamente útil y lógicamente admisible. El delito, siempre conceptualmente, puede descomponerse en estos tres momentos y cada uno de ellos puede formar objeto de una investigación distinta.

Aclarada de este modo la noción de hecho, pasaremos a examinar en la segunda parte del trabajo los elementos que lo constituyen.

²⁹⁰ Vid., para esta denominación, GRISPIGNI, *Le dottrine del reato e della pena secondo A. Rocco*, en *Scuola Positiva*, vol. 23, p. 617 y ss. Vid., también, DELITALA, *La distinzione dei reati in formali e materiali e altre distinzioni in tema di tentativa*, en *Studi Sassaesi*, serie 2ª, vol 5º, p. 16 del extracto; y SERMONTI, *La figura giuridica del reato formale*, en *Rivista di Diritto e Processo Penale*, 1919, p. 11 y ss.

PARTE SEGUNDA
LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL HECHO

Capítulo I
EL CONCEPTO DE ACCIÓN

1. Acción y omisión. Los delitos omisivos. La teoría que considera la omisión como una irrealidad. Insuficiencia de la construcción de Beling. La tesis de Mayer. La omisión como acción etiológicamente opuesta a la debida (Massari). – 2. Los delitos de sospecha (Manzini). Nuestra opinión sobre el controvertido problema. – 3. Acción y voluntad. La objeción de Antolisei contra la concepción tradicional. Crítica. – 4. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. – 5. Los delitos de prensa. – 6. Otros casos de responsabilidad sin culpa. – 7. La descripción de la acción en el proyecto de ley. – 8. El delito complejo, el delito continuado y el delito habitual.

1. El núcleo de todo «hecho» está constituido por una acción. La palabra – es el momento de notarlo – se debe entender en sentido lato, comprensiva tanto del *facere*, cuanto del *omittere*. Sin embargo, es mejor decir «comportamiento» (*Verhalten*) o conducta, como con razón han destacado muchos autores²⁹¹. La subsunción de la omisión en este concepto parece más cómoda y se gana en simpleza, ya que toda vez que se habla de acción, se evita especificar si el término es usado en sentido lato o restringido.

Sin embargo, esta posibilidad de reunir ambos conceptos específicos – acción y omisión – en un concepto genérico común – comportamiento – es contrastada por algunos escritores.

Los delitos omisivos son delitos sin comportamiento, delitos en los que, excepcionalmente, falta la conducta exterior.

En Italia, Vannini²⁹² es defensor de esta doctrina. «*La omisión – escribe – no es una realidad. No es una realidad como fenómeno externo ni tampoco como fenómeno psicológico; real es solamente la representación que el omitente y los terceros experimentan de la omisión misma. Mas la omisión, considerada en sí, escapa del campo de lo real [...] no es una realidad temporal y espacial*».

²⁹¹ Vid. por todos, MERKEL (P.), op. cit., p. 41; FRANK, op. cit., p. 13.

²⁹² VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, p. 13; KOLLMAN, *Der Begriff der kommissiven Unterlassens*, en *Zeitschrift für die ges. StRW.*, Bd., p. 385 y ss., *Die Stellung des Handlungsbegriffes im Strafrechtssystem*, 1908, p. 87. Vid., también, RADBRUCH, *Der Handlungsbegriffe in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, p. 131 y ss.

Por lo tanto, la omisión estaría en perfecta e inconciliable antítesis con la acción, y todo esfuerzo dirigido a comprender las dos nociones en un concepto genérico común, está destinado inexorablemente a caer en el vacío.

La teoría no logra convencer y las voces que la sostienen se hacen cada vez más febles y aisladas. El buen sentido, aun antes que la lógica, se niega a admitir – como, ironizando, ya ha notado Antolisei²⁹³ – que el hecho de la madre que se rehúsa a alimentar su propia criatura y la deja morir de hambre, no es un comportamiento, sino... ¡un simple juicio de nuestra mente!

Sin embargo, no siempre las críticas contra esta doctrina han dado en el blanco. Así, sería inexacto, con Zitelman²⁹⁴ y con Beling²⁹⁵, reconocer la corporeidad de la omisión en un excitación dirigida a retener los nervios motores.

Teoría «trágicamente conmovida de exasperación fisiológica» que entiende derechamente mal el problema de la corporeidad del delito, ya que «éste es únicamente un problema de exteriorización de actividad y no de inhibiciones atinentes al mecanismo interno de los procesos nerviosos»²⁹⁶.

Por otra parte, es fácil observar que este esfuerzo dirigido a retener los nervios motores no se verifica en todas las omisiones. Puede verificarse en las omisiones conscientes, cuando la omisión es el resultado de un proceso psíquico electivo, que dirime una lucha entre motivos antagónicos²⁹⁷. Ciertamente es que no se verifica, sin embargo, en las omisiones inconscientes o culposas.

Para que la teoría de Beling se reputa exacta, es necesario, pues, distinguir, como hace Mayer (M. E.), entre la omisión en sentido propio y el inconsciente incumplimiento de una acción que se podía y debía ejecutar²⁹⁸. La primera, la omisión en sentido estricto, en todo y para todo, es equiparable a la acción, ya que su esencia consiste en esto: el culpable se opone, conscientemente, al impulso de un motivo que lo induce a actuar. La omisión, por tanto, como inactividad voluntaria, es un concepto antitético al de *facere*, pero, al igual que éste, es un modo de «actuar», ya que lo esencial en el concepto de acción está constituido, simplemente, por la exteriorización de voluntad del agente, mientras que no tiene importancia alguna el modo de exteriorización de esta voluntad. Como es indiferente la consideración del movimiento de los músculos con que el agente realiza, exteriorizándola, la propia voluntad, así es indiferente que esta voluntad encuentre su manifestación exterior en un movimiento corpóreo, o bien en la falta de tal movimiento.

²⁹³ ANTOLISEI, *L' azione e l' evento nel reato*, 1928, p. 24.

²⁹⁴ ZITELMAN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, cit., p. 62 y ss.

²⁹⁵ BELING, *Die Lehre*, cit., p. 15.

²⁹⁶ MASSARI, *Il momento esecutivo*, cit., p. 51.

²⁹⁷ ANTOLISEI, op. cit., p. 25.

²⁹⁸ MAYER, *Allg. Teil*, cit., p. 109.

En el simple incumplimiento de una acción que se debía cumplir, sin embargo, la situación es distinta. Aquí la inactividad no descansa sobre una determinación del querer: el imputado, únicamente, se ha olvidado de cumplir un deber jurídico suyo.

Entendida en este sentido, la inactividad no es acción; propiamente hablando, más bien, ni siquiera es una omisión. Considerado psicológicamente, este simple incumplimiento de una acción debida es una nada, y se convierte en algo sólo por la consideración normativa hecha por la ley, porque y en cuanto contradice un deber jurídico.

Se vislumbra que la distinción de Mayer deriva, con rigor lógico impecable, del concepto de omisión de Zitelman y de Beling, y constituye la confirmación más clara de su ineptitud para agrupar en un concepto genérico superior, los dos conceptos específicos de acción y de omisión.

Un número, siquiera restringido, de delitos y, precisamente, los que derivan de una omisión inconsciente, serían delitos sin acción.

Mas toda dificultad viene a caer, cuando se estima, con la doctrina dominante, que la esencia de la omisión consiste en un *aliud facere* (la *Andershandeln* de la doctrina alemana) o, como más exactamente especifica Massari²⁹⁹, en una acción contraria a la que se podía y debía desplegar. La profunda verdad de esta tesis resulta evidente cuando se piensa que la orden de una acción equivale, sin duda, a la prohibición de toda acción inconciliable con la actividad ordenada, ya que la omisión no es un puro *non facere*, sino un no hacer el acto ordenado.

Toda orden es, al mismo tiempo, una prohibición³⁰⁰. Correlativamente, toda omisión es una acción; a la unificación de las dos formas de exteriorización de la voluntad de la ley se asocia, necesariamente, la unificación de un concepto genérico común de las dos formas de actividad del individuo.

Por lo tanto, la distinción entre acción y omisión reposa, en último análisis, en una razón de técnica legislativa.

Ello es de suma evidencia en los delitos omisivos propios. En estos casos, el fin de la norma penal no puede ser alcanzado sino a merced de una acción positiva directa; la formulación de la norma en forma prohibitiva, por tanto, es prácticamente imposible. En efecto, la más menuda casuística no podría agotar la infinita variedad de acciones que, a diferencia de esa única, no asegurarían, en tal o tales circunstancias, la realización del fin deseado por la ley. Entonces, no queda otra vía que la de comprender esta infinita variedad de acciones en un único término, designándolas en bloque como «omisiones» del acto debido (ejemplo, omisión de auxilio: artículo 389 del Código penal).

²⁹⁹ MASSARI, *Il momento esecutivo*, cit., p. 56 y ss.; ANTOLISEI, op. cit., p. 28; BONUCCI, *Volontarietà e causalità dell' omissione colposa*, en *Rivista Penale*, vol. 90, p. 15 del extracto; LUDEN, *Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Strafrecht*, 1863, Bd. I, p. 472 y ss; REDSLOB, *Die kriminelle Unterlassung*, 1906, p. 13 y ss., y los autores citados allí.

³⁰⁰ En el sentido de que toda orden puede reducirse a un prohibición, *vid.* BONUCCI, *L' omissione nel sistema giuridico*, en *Annali della Facoltà de Giurisprudenza dell' Università di Perugia*, 1911. En el sentido de que toda prohibición es una orden, *vid.*, en cambio, ESPOSITO, op. cit.

En la mayoría de los casos, en cambio, lo que importa al legislador, simplemente, es que no se realice un determinado resultado. Pero, no le es posible determinar *a priori* todas las posibilidades de su producción y, por ello, prohíbe, genéricamente, toda acción capaz de producir el resultado.

Así, además de las acciones en sentido estricto, caen en esta prohibición genérica, también las omisiones, vale decir, todas aquellas acciones que contrastan con un deber jurídico, sito en otra parte del Código y mediante las que el agente elide la posibilidad de evitar el resultado.

«Por tanto, para que haya omisión, no basta el aliud agere, sino que es necesario que la acción particular en que se resuelve la omisión, tenga una diversidad específica, una característica propia, que valga verdaderamente para contraponer la omisión a todas las infinitas posibilidades prácticas que puede revestir el actuar. Y esta característica específica de la acción omisiva puede ser establecida de una sola manera, cual es considerar la operación omisiva desde el punto de vista efectivo y atribuir carácter omisivo a la sola operación que, por el resultado que produce, en vez de distinta, es opuesta a la acción que se asume como término de referencia»³⁰¹.

Pero, contra esta concepción se ha objetado que, incluso concediéndose que siempre se verifica otra acción en lugar de la actividad omitida, esta acción, sin embargo, no tiene relevancia jurídica alguna y, como tal, no puede considerarse un momento del hecho delictuoso³⁰². Si la madre, en el tiempo en que debería alimentar a la criatura, se queda a hacer calceta dejando que su criatura muera de inanición, no es hacer calceta – se dice – el acto que tiene relevancia jurídica, sino solamente el omitir alimentar a la criatura.

Sin embargo, en nuestro concepto, la objeción es infundada. Para combatirla, solo debemos observar, aplicando en nuestro campo una distinción común entre los moralistas³⁰³, que los actos, ora vienen considerados «*in specie*», ora «*in individuo*». La consideración *in specie* prescinde del fin y de las circunstancias individuales de la acción: al acto viene atribuido «*tantum ad objectum suum, quod neque est in se bonum, scilicet rationi consonum, neque malum, idest dissonum rationi*»³⁰⁴. Así considerado, el acto puede ser moralmente indiferente, como caminar, hacer calceta, recoger flores, «*quae ex sua specie seu objecto neque bona sunt, neque mala, sed ratione finis, aliarumque circostantiarum honestari possunt vel vitiari*»³⁰⁵.

En la consideración *in individuo*, en cambio, el acto es considerado «*a parte rei secundum suum objectum, finem et omnes circostantias individuales*»³⁰⁶. Por tanto, en la

³⁰¹ MASSARI, *Il momento esecutivo*, cit., p. 67.

³⁰² Vid. la bibliografía citada por MASSARI, op. cit., p. 79.

³⁰³ Cfr., por todos, S. ALFONSO, *Theologia moralis*, vol. 2, p. 220.

³⁰⁴ Op. et loco cits.

³⁰⁵ Op. et loco cits.

³⁰⁶ Op. et loco cits.

consideración *in individuo* no hay actos moralmente indiferentes: cada acto o es bueno o es malo, según sea o no, dirigido por la razón hacia un justo fin.

Idéntica distinción vale para la consideración jurídica.

Pueden existir algunos actos *in genere* jurídicamente indiferentes, pero no existen actos jurídicamente indiferentes *in individuo*. Por esta consideración, cada acto o es lícito o es ilícito, según si el agente, al cumplirlo, contraviene o no un deber jurídico.

Por lo tanto, en un caso particular, incluso el acto de hacer la calceta, en general indiferente, habida cuenta de todas las circunstancias concretas, puede ser un acto ilícito, o sea, un acto que no sólo tiene importancia jurídica, sino que es de tanta importancia, que el legislador no hesita infligir al que lo comete la más grave sanción jurídica.

Por lo contrario, un acto que en general puede no parecer indiferente (ejemplo, matar a un hombre), en el caso particular, habida cuenta de todas las circunstancias concretas, puede ser perfectamente lícito (homicidio por legítima defensa, en guerra, etc.).

La verdad, pues, es que la valoración de la licitud o de la ilicitud de una acción nunca debe hacerse *in genere*, sino siempre *in individuo*, ya que la consideración genérica es una consideración estadística y abstracta, en la que cada uno de los actos individuales pierde la individualidad que le es propia, hasta convertirse en la expresión de un *genus*, que, desde un cierto punto de vista, es jurídicamente indiferente en todo caso.

Por tanto, adhiriendo a la doctrina de Massari, bien se puede considerar la omisión, también, como una forma de acción. Y, precisamente, como una acción etiológicamente opuesta a la que se debía y podía desplegar.

2. Recientemente, la posibilidad de delitos sin acción también ha sido sostenida por Manzini³⁰⁷, pero por un orden de motivos absolutamente distinto.

«Hay delitos no comisivos ni omisivos – escribe Manzini – en cuanto no consisten en un hecho ni positivo ni negativo, sino simplemente en un estado individual, que, en sí mismo, no constituye infracción de orden o prohibición penal alguna, pero que es incriminado simplemente por la sospecha que suscita».

Por ejemplo, el delito previsto en la primera parte del artículo 492 del Código penal, en el que incurre el sospechoso que se deja coger en posesión de dinero o de objetos no aptos a la propia condición y de los que no justifica la legítima proveniencia, o bien en posesión de llaves alteradas o falsificadas o de instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras y de las que no justifica la legítima destinación actual. Por ejemplo, incluso, el delito resultante de la combinación dispuesta por los artículos 173 de Ley de seguridad

³⁰⁷ MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 460.

pública y 234 número 2 del Código penal, en el que incurre el sujeto sometido a vigilancia especial que «*suscita sospechas*».

Examinemos separadamente los dos casos.

Para el primero de ellos, Massari³⁰⁸ ha observado que, lejos de ser un delito sin acción, al contrario, es un delito mixto de acción y de omisión. Entonces, como en todo delito, hay una conducta en marcha. Y esta conducta es una acción, si la posesión de la cosa se debe a un acto positivo del sospechoso; y es una omisión, si él, pudiendo, omite justificar la procedencia o la destinación de la cosa.

Pero la objeción no me parece decisiva. Y, en verdad, si la posesión de la cosa no se debe a un acto positivo del imputado, también para Massari falta la acción; luego, si el imputado no puede justificar la proveniencia o la destinación de la cosa, falta la omisión; pongamos que estas dos condiciones existen conjuntamente y, entonces, faltarán, en el mismo caso, tanto la acción como la omisión.

Por otra parte, la falta de justificación de la posesión no puede considerarse – como sostiene Massari – un elemento constitutivo del delito, pero tampoco – como afirma Manzini³⁰⁹ – una condición de punibilidad del hecho. Se trata, en mi opinión, más simplemente, de una causa de licitud (el delito no existe si la posesión es justificada) cuya prueba se pone a cargo del imputado³¹⁰.

Si en proceso penal, en tema de pruebas, tendrían valor los mismos principios que rigen en el proceso civil, esta situación, muy lejos de ser particular a este delito, sería común a cualquier hipótesis delictuosa. Entonces, también el artículo 364 del Código penal podría leerse, más o menos, de este modo: «*el que, con la finalidad de matar, causa la muerte de una persona y no justifica haber cometido el hecho en las condiciones de licitud determinadas por la ley (legítima defensa, orden de la autoridad, etc.), será castigado etc.*».

Por lo tanto, el delito consiste sólo en el hecho de la posesión.

³⁰⁸ MASSARI, *Il momento esecutivo*, cit., p. 98 y ss.

³⁰⁹ MANZINI, op. et loco citis.

³¹⁰ A mi juicio, en este y en otros casos similares, en sustancia, hay una inversión de la regla contenida en el artículo 421 primer apartado del Código de procedimiento penal. Si el hecho no resulta justificado, la insuficiencia de pruebas no redundará en beneficio, sino en daño del imputado, sobre el que incumbe, así, la carga de la prueba de la legitimidad de la posesión. Se entiende, la carga de la prueba en sentido material o, en otras palabras, el riesgo de la falta de prueba, pero no también la carga de la prueba en sentido formal, ya que en un proceso dominado por el principio de oficialidad, la carga de la prueba en sentido formal no puede tener, lógicamente, aplicación alguna. Pues bien, se explica la divergencia de opiniones sobre este argumento. Quien, por carga de la prueba, entiende la carga de la prueba en sentido formal, es decir, la carga de la producción de la prueba, niega resueltamente que se pueda hablar de ella en el proceso penal. Así CHIOVENDA, *Principi*, p. 787; FLORIAN, *Le due prove*, en *Rivista di Diritto processuale civile*, 1926, I, p. 228, GERLAND, *Der Deutsche Strafprozess*, 1927, p. 188; KLEINFELLER, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, p. 126; WEISSMAN, *Lehrbuch*, I, p. 127, n. 13, etc. Por el contrario, quien considera que la carga de la prueba no es sino una regla del juicio o, mejor aun, una regla para determinar a cargo de cuál de las partes debe recaer el riesgo de la falta de prueba, puede muy bien hablar de carga de la prueba, también en un procedimiento dominado por la máxima de oficialidad. Así, CARNELUTTI, *Prove civili e prove penali*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1925, I, p. 3 y ss.; BELING, *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, 1928, p. 320 (*vid.*, también, pp. 240 y 283); DOHNA, *Das Strafprozessrecht*, 1925, p. 94; ROSENBERG, *Die Beweislast*, 2 Aufl., 1923, p. 39; LEONHARD, *Die Beweislast*, 2 Aufl., p. 221; y autores allí citados.

¿Pero se trata verdaderamente de un delito sin acción? Me parece que la respuesta debe ser negativa.

El hecho de la posesión no debe considerarse como un elemento del delito, sino como un índice de su comisión. Comprobada la posesión, el legislador, dados los precedentes poco recomendables del poseedor, presume que la adquisición es ilegítima, a menos que resulte la prueba de lo contrario.

Sin embargo, Manzini³¹¹ objeta que «*en esos delitos, no es que la sospecha es suficiente para suplir la prueba de un determinado delito, o sea, que funda la presunción de culpabilidad, sino es el suscitar sospecha lo que constituye, en sí mismo, un delito, independientemente del hecho que se sospecha cometido*». No se trataría de una sospecha de delito, sino de un delito de sospecha.

Ahora bien, la primera parte de la observación de Manzini, sin duda, es exacta, pero pese a ello, no me parece decisiva. El hecho de la posesión injustificada no es suficiente para suplir la prueba de un determinado delito, es decir, no funda la presunción de un determinado comportamiento culpable. Es indudable. Para sostener lo contrario habría sido necesario que el legislador hubiese dicho: el sujeto que se encuentre en posesión de dinero o de objetos no aptos a su condición y de los que no justifica la proveniencia o la destinación, se presume culpable – pongamos – de hurto y es castigado conforme al artículo 402 del Código penal. Pero el legislador se ha cuidado bien de proceder así. Una presunción de este género no se apoya sobre esa relación estadística sobre la que están construidas todas las presunciones: el *id quod plerumque accidit*.

La injustificada posesión de cosas o de objetos no aptos a la persona del poseedor puede ser asociada, tanto a un hurto, cuanto a cualquier otro delito contra la propiedad: por ejemplo, a la apropiación indebida de cosas extraviadas, la receptación, la contravención de que trata el artículo 493 del Código penal (recepción culposa). Incluso, podría representar un acto preparatorio de un nuevo delito: el *pretium sceleris* de su comisión, pactado y realizado con anterioridad, o el medio para conducirlo a consumación. Por la disposición contenida en el apartado (posesión de llaves alteradas o contrahechas o de instrumentos aptos para abrir o forzar cerraduras), esta última presunción, más bien, es la única que ha inducido al legislador a la incriminación del hecho: hace fe de ello, el agravamiento de pena dispuesto para el caso en que el hecho acaezca de noche.

Por tanto, nos encontramos en presencia de un hecho que el legislador presume ilegítimo, pero se trata de una ilegitimidad que no resulta unívocamente establecida. Establecer, en similares condiciones, una presunción de culpabilidad para un determinado delito, no habría sido oportuno; mejor, pues, construir una nueva hipótesis de delito que sirva para incriminar, como hecho autónomo, la adquisición de la posesión, prescindiendo de la demostración de su ilegitimidad.

³¹¹ MANZINI, op. et loco citis.

Brevemente, si falta la presunción de un comportamiento culpable determinado, existe, sin embargo, una presunción de un comportamiento culpable indeterminado, sea que tal comportamiento constituye, en sí mismo, un delito expresamente previsto por la ley, sea que constituye, en cambio, un simple hecho preparatorio de un nuevo delito que, sin esta incriminación particular, quedaría impune.

La posesión injustificada, por lo tanto, no es un delito de sospecha, sino una sospecha de delito.

Para el delito previsto en los artículos 234 del Código penal y 173 de la Ley de Seguridad pública, la situación es diferente. Aquí no nos encontramos, como en la hipótesis que acabamos de examinar, frente a un hecho, la posesión, del que la ley deriva la ilegitimidad del comportamiento que lo ha determinado; más bien, la ley se refiere, inmediatamente, «*a una actividad concreta, constituida por una manifestación positiva u omisiva, o también conjunto de acción y omisión*», con la siguiente peculiaridad: que esa actividad no está caracterizada por la ley sino con las palabras “suscitar sospecha”³¹². «*Actividad, entonces, que la ley no especifica, sino que debe ser deducida en juicio, cual contenido del cargo de imputación*», como exactamente ha destacado Massari³¹³. Y, por tanto, también en este caso, el delito consiste, sin duda, en una conducta positiva u omisiva.

3. Sin embargo, además del elemento físico o material, del que no hemos hablado hasta ahora, para constituir el concepto de acción también es necesario un coeficiente de orden psíquico que la doctrina dominante – y para nosotros, conforme a Derecho – hace consistir en la voluntad.

Por tanto, no puede llamarse acción a un movimiento de orden puramente fisiológico, ni al resultado de una violencia física ejercida sobre el sujeto (*vis absoluta*). Por el contrario, la *vis compulsiva* no elimina el concepto de acción: el legislador, considerando humanamente el hecho, podrá dejarlo impune, si reputa, razonablemente, que no podía esperarse un comportamiento distinto del agente, por las circunstancias concretas en que ha actuado; pero la acción existe, porque existe la voluntad. *Coactus sed volui*.

Por lo tanto, la diferencia entre las dos hipótesis es de intuitiva evidencia: en el primer caso falta la acción; en el segundo, la culpabilidad. La consideración de que en ambos casos la ley no castiga, no debe inducir a comprenderlos en el mismo esquema, ya que es distinta la razón de la impunidad, a menos que se quiera sostener que es acción únicamente la acción culpable. Sólo con tal premisa podría considerarse exacta la afirmación de Angioni³¹⁴, de que el caso equivale a falta de culpabilidad, y la consiguiente

³¹² MASSARI, op. et loco citis.

³¹³ MASSARI, op. et loco citis.

³¹⁴ ANGIONI, op. cit., p. 21.

reagrupación, en el mismo denominador de acciones causales, tanto de hechos debidos a un suceso natural o a una constricción física, cuanto de hechos debidos a una constricción psíquica.

Pero que no es acción solamente la acción culpable, ya es doctrina dominante; la tesis contraria, sostenida por algunos escritores alemanes³¹⁵ del siglo pasado, hoy es repudiada concordemente y no hay una razón que aconseje resucitarla.

Por tanto, el coeficiente psíquico de la acción consiste en la voluntad.

Sin embargo, es preciso especificar: voluntad del acto externo o, dicho de otra manera, de la causa, no del resultado³¹⁶. El resultado puede no ser deseado, sea porque el agente no lo ha previsto, sea porque, aun previéndolo, ha esperado que en el caso concreto no se verifique. La acción existe de todos modos. Poco importa lo que el agente quiso; para que la acción exista, basta que él haya actuado voluntariamente³¹⁷.

Entendida en este sentido, la voluntad que caracteriza como acción un comportamiento exterior, consiste simplemente en el impulso voluntario (*Willensimpuls*)³¹⁸. Luego, que este impulso voluntario esté determinado por un único motivo o, al contrario, resulte de un contraste o de una lucha de motivos antagónicos, es del todo indiferente para el problema que nos interesa³¹⁹. Donde existe motivo, sin duda, existe voluntad y, por tanto, deben considerarse acciones no sólo los actos voluntarios electivos, sino también los simples.

Pero no han faltado las críticas contra la teoría que reconoce en la voluntad el coeficiente psíquico de la acción.

Hay actos involuntarios que pueden dar vida a un delito y, por ende, o se debe admitir que el delito puede existir incluso sin una acción (acto voluntario), o debe darse un concepto de acción tan lato que comprenda, además de los actos voluntarios, también los involuntarios pero jurídicamente relevantes.

El primer camino, como ya hemos visto, es seguido por Mayer, mientras que el segundo, recientemente, ha sido recorrido por Antolisei³²⁰.

El concepto de acción, para este autor, es más amplio que el concepto de acto voluntario. *«Él abraza, mas allá de todos los actos voluntarios, gran parte, tal vez la mayor parte, de los actos involuntarios y, precisamente, todos los actos involuntarios que de todos modos revelan la constitución psíquica del sujeto. Por lo tanto, el común denominador del concepto de acción no puede consistir sino en el hecho de expresar, reflejar la íntima personalidad humana. Este hecho o, mejor, esta relación de íntima conexión entre el*

³¹⁵ TEMME, op. cit., p. 159 y ss.; ABEGG, *System des gem. Strafrechts*, 1826, p. 36.

³¹⁶ La doctrina es netamente dominante. Vid. MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 483; ROCCO, *L' oggetto del reato*, cit., p. 330, nota 14; STOPPATO, *L' evento punibile*, 1898, p. 225; ALIMENA, *Principi*, cit., vol. I, p. 324, etc.

³¹⁷ BELING, *Grundzüge*, 1928, p. 20.

³¹⁸ LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 152.

³¹⁹ Para la distinción de las diversas formas de acciones voluntarias, vid.: WUNDT, *Lehrbuch der Psychologie*, 15 Aufl., p. 223 y ss. Cfr., también, MÜLLER, *Abriss der Psychologie*, 1924, p. 86.

³²⁰ ANTOLISEI, op. cit., p. 41 y ss.

movimiento exterior y la personalidad del sujeto, es lo que basta para que haya acción. Por ello, el coeficiente psíquico de la acción no debe reconocerse en la voluntariedad del acto, sino que en la imputabilidad del acto al sujeto; en otros términos, en la suitá del acto. He aquí el minimum suficiente para la existencia de la acción. En consecuencia, no es acción solamente el acto voluntario, sino cualquier acto voluntario o involuntario, positivo o negativo, que tenga un valor sintomático de la personalidad el autor, que sea propio de él, que pueda decirse suyo»³²¹.*

Pero, no se explica en qué consiste la suitá del acto y, a falta de un criterio seguro, el mismo Antolisei debería encontrarse bien empachado al juzgar si un acto puede decirse o no, propio del sujeto.

El recurso al juicio del hombre de la calle³²², en verdad, no es satisfactorio, no tanto por el carácter acientífico de ese juicio, sino, más bien, porque un juicio formulado de esa manera no existe: en realidad, existen tantos juicios cuantos son los hombres de la calle y la media resultante no puede tener mayores pretensiones de validez que los juicios de los individuos. Más bien, ya que se trata de una media, el juicio que resulta de ella será necesariamente peor que el de quienes contribuyeron a formarla.

Por tanto, aun cuando Antolisei hubiese logrado demostrar que incluso un acto involuntario puede dar vida a un delito, aun no habría logrado hallar un criterio seguro para la determinación clara y unívoca de esos actos que, incluso siendo involuntarios, podrían imputarse al sujeto.

Transitando por este camino, existe el riesgo de concluir que todos los actos – voluntarios o involuntarios – deben considerarse jurídicamente influyentes, que todos son propios del sujeto y el peligro, probablemente, no ha escapado ni siquiera a Antolisei, cuando advierte que el Psicoanálisis reduce a muy poca cosa los actos que no tienen valor sintomático, ya que, como es sabido, éste en general, afirma que los actos involuntarios no son sino la expresión de las tendencias que se agitan en el inconsciente y el subconsciente³²³.

¿Pero es verdad que también los actos involuntarios pueden dar vida a un delito?

El punto de partida está dado, incluso para Antolisei, por las omisiones culposas, es decir, por aquellas omisiones que se verifican *«sin que exista la voluntad de omitir el acto, pero faltando tanto la voluntad de cumplirlo, como la de no cumplirlo»*.

Son los casos que Mayer comprende bajo la denominación de *«simple incumplimiento de una acción debida»*. En estos casos, la omisión sería inequívocamente

* N. del t.: el término “suitá” es de imposible traducción literal al castellano. Designa la pertenencia de algo, en este caso del acto, a un sujeto.

³²¹ ANTOLISEI, op. cit., p. 59.

³²² ANTOLISEI, op. cit., p. 60.

³²³ A propósito del Psicoanálisis y de sus posibles aplicaciones en nuestras disciplinas, *vid.*, en variado sentido, BOHNE, *Psychoanalyse*, Breslau, 1929; ALEXANDER und STAUB, *Der Verbrecher und seiner Richter, Ein psychoanalytischer Einblick in die Welt der Paragraphen*, 1929; HAFTER, *Psychoanalyse und Strafrecht*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, Bd., 44, p. 1 y ss.

involuntaria. «*La voluntad no tiene nada que ver. El agente no ha rechazado la acción que debía cumplir, porque no se la ha representado: él ni siquiera ha pensado en el acto que ha omitido. De ningún modo ha existido esa clara noción de fin que constituye la esencia del acto voluntario. Desde el punto de vista psicológico, no puede surgir la mínima duda de que se trata de omisiones inconscientes y, por este motivo, involuntarias*»³²⁴.

Pero, el razonamiento de Antolisei, a mi juicio, no puede reputarse exacto.

No tanto por la razón desarrollada por Bonucci³²⁵, que hace consistir la voluntad de la omisión inconsciente en un voluntario rechazo de atención indagadora. «*El agente sabía que en las circunstancias en que era posible menoscabar intereses ajenos [...] debía prestar mayor atención y no la prestó y no quiso prestarla; se encontraba en una posición social sabiendo que le imponía el aprendizaje de ciertas normas técnicas o legales que seguir y no quiso aprender. Hubo, por lo tanto, un acto de voluntad, precisamente en la forma de rechazo*».

La tesis es infundada: para que exista un rechazo de atención, es necesario que el agente se haya representado el acto que podía y debía cumplir, es decir, es necesario que, conscientemente, haya preferido la desatención a la atención. Pero en tal caso – es evidente – estamos en el terreno del dolo eventual o de la culpa consciente, ya que contemporáneamente con la conciencia de la obligatoriedad del acto, existe la previsión del efecto que puede asociarse a la omisión de éste.

En cambio, quedan apartados todos los casos – y son los más numerosos – de culpa inconsciente, es decir, todos los casos en que el agente no se ha representado la omisión debida y, por tanto, no ha preferido conscientemente la desatención a la atención.

Ahora bien, las teorías de Antolisei y de Mayer se fundan, precisamente, sobre estos casos. La crítica, por lo tanto, debe ser conducida de una manera distinta, por otro orden de consideraciones.

Comenzaremos, pues, con observar que el concepto de voluntad acogido por estos escritores es demasiado restringido. Sin una clara noción del fin no hay voluntad – escribe Antolisei –, pero la afirmación, a mi juicio, es excesiva. La representación de lo que se quiere, puede ser incluso incierta, indecisa, y la acción, existir de todos modos³²⁶.

Por lo demás, prescindiendo completamente de ello, me parece que la teoría de Antolisei está viciada en su base por un error de perspectiva.

La omisión inconsciente – dice él – es involuntaria; pero olvida que, para quien hace consistir la omisión en un *aliud agere*, la palabra omisión no es sino un laconismo, un modo abreviado para designar con una única palabra todas las acciones que se contraponen a esa única que la ley ordenaba.

³²⁴ ANTOLISEI, op. cit., p. 49.

³²⁵ BONUCCI, *Volontarietà e causalità*, cit., p. 9.

³²⁶ Cfr. WOLFF, *Verbotenes Verhalten*, cit., p. 50; MERKEL (P.), *Grundriss*, cit., p. 44.

Por tanto, decir que la omisión no es voluntaria, no significa sino esto: que el agente no tuvo conciencia de la antijuridicidad del acto cumplido por él, ni de la relación causal entre éste y el resultado; que no estuvo consciente del deber actuar diversamente de como actuó. Sin embargo, de ningún modo significa que el acto cumplido por él, el *aliud agere* en que consiste la omisión, es también involuntario. Al contrario, en todos los ejemplos aducidos por Antolisei, se puede demostrar fácilmente que siempre hay un acto voluntario.

Así, el guardagujas que, olvidando hacer una señal o cerrar el paso a nivel, causa un desastre ferroviario, habrá cumplido otra acción en lugar de la acción debida, si es verdad, como el mismo Antolisei reconoce, que *«la falta de una acción está siempre acompañada por otra actividad. Mientras el hombre se abstiene de una determinada acción, no se puede decir que nada hace, que queda inerte; el omitente hace alguna otra cosa. Si no cumple la acción que de él esperábamos, realiza otra»*³²⁷.

Ahora bien, esta otra acción que se cumple en lugar de la acción debida es una acción voluntaria; si no fuese así, el delito no existiría. Así, a nadie se le vendría por las mientes imputar al guardagujas el delito de desastre ferroviario si en el momento en que debía hacer la señal o cerrar el paso a nivel, estaba entregado al poder de un ataque epiléptico o se encontraba en la imposibilidad de moverse por haber sido agredido y atado por obra de malhechores.

Por tanto, también en la omisión culpable nos encontramos en presencia de un acto voluntario, y de involuntario no hay más que su calidad de acto omisivo, esto es, antijurídico y dañoso; pero la involuntariedad del resultado, o sea, la no conciencia del nexo causal, lejos de ser característica de la omisión culpable, es propia de toda forma de culpa inconsciente.

Por lo tanto, Massari tiene razón cuando afirma que *«lo que aparece como involuntario no es sino la consecuencia de una conducta típicamente voluntaria, hacia la que el omitente no ha debido hacer converger sus poderes mentales y activos. En esta inobservancia voluntaria del buen gobierno de las propias facultades intelectivas se reafirma, aun por negligencia u olvido conducente a la omisión, la noción de culpabilidad como hecho de la voluntad; y, correlativamente, la voluntad reafirma su presencia indefectible en el delito culposo, no menos que en el doloso»*³²⁸.

A la objeción de Antolisei, de que si el agente no se ha representado la inobservancia no podemos hablar de acción voluntaria, es fácil responder que si la inobservancia no se quiso, sí se quiso, sin embargo, ese otro acto que se califica como inobservancia.

³²⁷ ANTOLISEI, op. cit., p. 26.

³²⁸ MASSARI, *L' elemento soggettivo del reato nelle nuovissime proposte di riforma*, en *Rivista penale*, 95, p. 14.

Resuelto en este sentido el problema de las omisiones inconscientes, la tesis tradicional, que reconoce en la voluntad el coeficiente psíquico de la acción, se presenta fundada sólidamente incluso hoy.

La opinión de Antolisei, de que también en los delitos omisivos propios la acción que los constituye puede ser involuntaria, no me parece destinada a encontrar éxito, ni me parece que los ejemplos aducidos por él se presten para justificarla de manera alguna.

Se trata, también esta vez, de una falsa perspectiva, diferente de la examinada precedentemente, pero que produce el mismo error.

De la serie de actos que constituyen el proceso ejecutivo de un delito, Antolisei aísla uno de ellos, precisamente, el último; lo considera, en sí mismo, como acción delictuosa y, si el acto es involuntario, concluye que el delito puede estar constituido incluso por una acción involuntaria.

Sin embargo, el procedimiento es arbitrario: la acción delictuosa no consiste en ese acto, o no en ese solamente; más bien, el último anillo de la cadena causal puede estar constituido por un suceso fortuito y hasta por un acto de la víctima, sin que deba faltar el delito, siempre que la actividad desarrollada precedentemente por el autor sea voluntaria y culpable³²⁹.

Si teniendo establecido este principio, examinamos los ejemplos aducidos por Antolisei, advertiremos fácilmente su inexactitud.

La persona que, manejando un fusil cargado, hace partir un disparo que hiere a un vecino, es culpable del delito de lesiones culposas, no sólo si el movimiento que dispara el arma se debe a un descuido, tal como se señala en el ejemplo de Antolisei³³⁰, o imprudencia, lo que no implica necesariamente la involuntariedad del movimiento, sino también si el movimiento es inequívocamente involuntario, como en la hipótesis en que el disparo se deba al hecho de que la persona que maneja el arma resbale y caiga al suelo. Sin embargo, ello no significa, de ningún modo, que el delito consiste en un acto involuntario: lo que se imputa al agente no es el hecho involuntario de haber caído, sino el hecho voluntario de haber manejado imprudentemente un arma cargada.

De idéntica manera, si yo abandono sin guarda un fusil cargado, y un niño, apoderándose del arma, manejándola, hace partir un disparo que lo mata, deberé responder de homicidio culposo por el hecho – voluntario y culpable – de haber dejado imprudentemente sin guarda el fusil, y no valdrá, para eximirme de la pena, la consideración de que el acto terminal del proceso ejecutivo, o sea, el acto que hace explotar el disparo, no es mío, sino de un tercero.

³²⁹ Cfr. LAMMASCH-RITTLER, *Grundriss*, cit., p. 30: «Nur aus Willensakten kann aber Strafanspruch des Staates abgeleitet werden. Erdrückt eine Mutter im Schlaf ihr Kind, so ist gewiss nicht das Erdrücken eine Handlung vorausgegangen ist – das Insbettnehmen des Kindes – auf die dann das Delikt basiert werden kann».

³³⁰ ANTOLISEI, op. cit., p. 52.

Así, en el ejemplo citado por Tosti³³¹, de un peón de albañil que, estando sobre un andamio y todo el día ocupado en entregar los ladrillos a algunos albañiles, deja caer inadvertidamente un ladrillo que golpea un transeúnte y lo mata, el delito, incluso en el evento de que la caída del ladrillo se deba a un acto involuntario, puede existir igualmente, porque es involuntaria e imprudente la acción de pasar ladrillos desde lo alto de un andamio, bajo el que transitan personas. Tanto es así, que si se trata de un recinto cerrado a través del cual estuviese prohibido el paso, la eventual muerte fortuita de una persona que se introdujo arbitrariamente en él, en mi opinión, debería quedar impune.

Por tanto, podemos concluir legítimamente que el coeficiente psíquico de la acción consiste – como es de tradicional enseñanza – en la voluntad.

4. Sin embargo, la afirmación de que el delito está constituido por una manifestación de voluntad jurídicamente relevante, parece contradicha por la existencia, también en nuestro ordenamiento jurídico, de algunos casos de responsabilidad anómala o impropia que, en efecto, se suelen indicar comúnmente como excepciones a tal principio.

Entre ellos, el más importante está constituido, sin duda, por pocos casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La persona jurídica actúa por medios de órganos que la representan; su voluntad, en realidad, es la voluntad de estos últimos. Desde el punto de vista psicológico, hablar de la voluntad de una persona jurídica, por lo tanto, es un sinsentido. En la afirmación de que incluso las personas jurídicas, según nuestro Derecho, son capaces de querer y, por tanto, que no hay razón alguna que prohíba considerarlas capaces de delinquir³³², se esconde, por consiguiente, un equívoco, ya que esta vez la palabra voluntad es utilizada con un significado distinto del psicológico o común y, más precisamente, con el significado de atribubilidad jurídica de una acción a un sujeto³³³.

Desde este punto de vista, se entiende, incluso las personas jurídicas tienen capacidad de querer y, si el Derecho las supedita a una pena, de delinquir: cada vez que el ordenamiento jurídico torna responsable un sujeto, le atribuye una acción, imponiéndole soportar sus consecuencias.

³³¹ TOSTI, *La colpa penale*, 1907, p. 71.

³³² Así, substancialmente, FERRI, *Principi*, cit., p. 210; DE MARISCO, *La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo*, en *Rivista Penale*, 1920; LONGHI, *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale*, en *Rivista Penale*, 1906, p. 417 y ss., *Bancarotta*, cit., p. 476; CICALA, *Sulla responsabilità penale delle persone giuridiche*, en *Rassegna Penale*, 1929; HAFTER, *Delikts- und Straffähigkeit der Personenverbände*, 1903, p. 1 y ss. (cfr., sin embargo, ahora, *Lehrbuch*, cit., p. 63 y ss.); MAYER, *Allg. Teil*, p. 95 y ss.; LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 153-154 y nota. Para una amplia bibliografía sobre el tema, vid. GIERKE, *Genossenschaftstheorie*, 1887, pp. 603 y ss., 743 y ss.; BAR, *Gesetz und Schuld*, cit., 2, p. 133 y ss. *Contra*: MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 392; MASSARI, *Le dottrine generali*, p. 101; FLORIAN, op. cit., p. 329 y ss.; PESSINA, *Elementi*, p. I, p. 52; GARUAD, *Traité de droit pénal*, I, n. 191; BELING, *Grundzüge*, p. 21; MERKEL (P.), *Grundriss*, p. 43; MEYER-ALLFELD, op. cit., p. 147; BERNER, *Lehrbuch*, 9 Aufl., p. 121.

³³³ KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1922, p. 121 y ss.

Pero, un razonamiento de este género, si bien desde cierto punto de vista puede ser considerado exacto, parte de premisas distintas a las nuestras y, desde nuestro punto de vista, es absolutamente inconducente.

Regularmente, un hecho productivo de consecuencias penales, es decir, un delito, no se refiere a un sujeto que realmente no lo ha querido, entendida la voluntad en su sentido psicológico. Pues, desde este punto de vista, se explican y se entienden las teorías de esos autores alemanes que niegan a las personas jurídicas la capacidad frente al Derecho penal verdadero (*Justizstrafrecht*), pero que reconocen su capacidad frente al Derecho penal administrativo (*Verwaltungsstrafrecht*)³³⁴.

Sin detenernos en un minucioso examen de este añoso y atormentado problema, de todos modos, nos parece que podemos concluir que los casos anómalos de responsabilidad de las personas jurídicas no demuestran, de manera alguna, que un delito pueda existir sin un acto voluntario. Si la persona jurídica no quiso, sin embargo, quisieron, a su vez, sus representantes o sus empleados; y de particular, en sustancia, no hay sino esto: el ordenamiento jurídico, en vez de atribuir la manifestación de voluntad al sujeto a que le es propia, la atribuye por consideraciones de oportunidad a otro sujeto, que no la quiso, llamándolo a soportar las consecuencias.

Puede existir, por lo tanto, una responsabilidad penal de las personas jurídicas, anómala y excepcional, porque se aparta de los principios generales del Derecho punitivo, pero no existe, propiamente hablando, un delito de una persona jurídica.

5. Otros casos de responsabilidad anómala están contenidos en la legislación sobre la prensa. Ya el edicto sobre la prensa establecía la responsabilidad del gerente por todos los delitos cometidos en el periódico del que había asumido la gerencia; y la Ley de 21 diciembre 1925 no ha modificado sustancialmente esta disciplina, limitándose solamente a imponer la obligación de la gerencia al director del periódico o a uno de los principales redactores³³⁵.

Por lo tanto, el gerente responde por todos los delitos cometidos en su periódico. Responsabilidad que encuentra su fundamento en el poder-deber del director o redactor responsable, de examinar todos los artículos del diario, valorar la cabida jurídico penal e impedir, eventualmente, la publicación.

La anomalía de esta forma de responsabilidad, por tanto, consiste solamente en esto: el gerente es llamado a responder por el delito cometido en su periódico, por el simple

³³⁴ GOLDSCHMIDT, *Die Deliktobligationem des Verwaltungsrechts*, 1904, p. 5 y ss.; HOFACKER, *Verhältnis der Exekutivstrafen zu den Kriminalstrafen nach dem geltenden Rechte*, en *Verwaltungsarchiv*, Bd. 14, p. 447 y ss.; *Ueber Verwaltungsstrafrecht*, *ibid.*, H. 4-5; POLLACK, *Das Finanzdelikt als Verwaltungsdelikt*, 1911, p. 78 y ss.

³³⁵ MASSARI, *Le dottrine generali*, cit., p. 102.

hecho de no haber impedido su comisión. Mas un comportamiento suyo, a lo menos en la forma de una omisión, se verifica en todo caso; si el director o redactor responsable hubiese observado las obligaciones impuestas por la gerencia, el delito no habría sido cometido. Y tal comportamiento bien puede considerarse como la causa o, a lo menos, como una causa del delito: no impedir un resultado, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale jurídicamente a ocasionarlo.

No se presume, entonces, la acción, ya que ésta necesariamente existe; se presume, únicamente, la culpabilidad. Mejor aun, se presume el dolo, pese a que la inobservancia de las obligaciones de la gerencia podría haber sido solamente culposa.

Cuando se demuestra que tal inobservancia ha sido inculpable, la responsabilidad del gerente, en nuestra opinión, vendría a caer. Pongamos, por ejemplo, que la copia del periódico sometida al examen del gerente no corresponda a la divulgada posteriormente; pongamos, es decir, que por obra de terceros sean insertados en las copias del periódico destinadas al público, unos artículos sustraídos dolosamente al examen preventivo del gerente.

Demostrada la existencia de estos hechos, vendría a caer la responsabilidad del gerente, ya que vendría a faltar esa culposa inobservancia de las obligaciones de gerencia, que constituye su fundamento jurídico.

Por el contrario, para hacer caer la responsabilidad del gerente, no es suficiente el hecho de que se conozca el autor de la publicación delictuosa, ya que la responsabilidad del gerente descansa en el hecho de no haber impedido la publicación y, en este caso, por lo tanto, no hay razón alguna para eximirlo de la pena.

De todas maneras, también en los delitos de prensa, el delito consiste siempre en un comportamiento voluntario, comisivo o simplemente omisivo, y la única anomalía es la presunción de culpa³³⁶.

6. No vale la pena hablar de otros casos anómalos de responsabilidad. Sea porque, en algún caso, no es cierta la naturaleza de tal responsabilidad, penal o civil³³⁷, sea porque, de todos modos, deberemos concluir, como ya hemos hecho para la responsabilidad de las personas jurídicas, que una acción voluntaria, positiva o negativa, existe en todo caso, y la única anomalía es la atribuibilidad de tal acción a un sujeto inculpable.

³³⁶ A resultados idénticos llega, en general, también la doctrina alemana. Cfr., por ejemplo, MAGER, *Das Pressgesetz*, en ALTMANN-JACOB, *Kommentar zum österreichischen Strafgesetz*, Bd. 2, 1929, p. 1278 y ss.; LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 175 y ss.

³³⁷ Cfr. MASSARI, *Le dottrine generali*, cit., p. 103.

No se responde por un hecho involuntario, sino por el hecho voluntario de un tercero. La anomalía no está en la estructura del delito, sino en las consecuencias que derivan del delito, es decir, en la responsabilidad.

7. El núcleo de todo hecho, por lo tanto, está constituido por una acción, o sea, por una exteriorización de voluntad, por un comportamiento exterior. Si falta la acción, falta el delito: *cogitationis poenam nemo patitur*³³⁸.

Pero la acción puede revestir múltiples formas. Pues, toca a las normas incriminadoras determinar cuáles acciones son criminosas y cuáles no, describiendo sus caracteres, pudiendo permitir al juez su subsunción en el modelo legal. Constituyen delito solamente las acciones que corresponden al modelo fijado por la ley.

Ahora bien, este modelo es una abstracción; por lo tanto, deriva de ello, necesariamente, una relativa indeterminación de los caracteres de la acción punible. Y tal indeterminación varía con el variar de los casos. Ora es mayor, ora menor. Mínima en algún caso, máxima en algún otro. Cuanto más clara y específica es la determinación de la acción, tanto más grande es la seguridad del Derecho, pero tanto más grave, al mismo tiempo, el peligro de una casuística que pulverice el ordenamiento jurídico en una miríada de menudos preceptos sin orden ni unidad.

Correlativamente, cuanto más indeterminada es la descripción legislativa, tanto menos seguro es el Derecho, por la posibilidad de que el agente juzgue diversamente que el juez la correspondencia entre su acción concreta y el modelo legal, pero tanto más clara y evidente resulta la unidad del sistema.

En general, en los ordenamientos jurídicos modernos la descripción de la acción ocurre únicamente mediante la indicación del resultado. En efecto, en la mayoría de los casos al legislador casi no interesa el modo mediante el cual el resultado se realiza; importa simplemente que el resultado se realice o no.

En estos casos, todas las acciones son, por así decir, fungibles; por ejemplo, el comportamiento prohibido por el artículo 364 del Código penal, puede estar constituido, indiferentemente, así por la explosión de un arma de fuego, como por un golpe de puñal, como también por el estrangulamiento de la víctima, etc. La más férvida fantasía estaría empachada, si quisiese describir todas las posibles modalidades de una matanza.

Sólo excepcionalmente, el comportamiento exterior recibe ulteriores especificaciones legislativas. No obstante, ello acontece en dos hipótesis principales.

³³⁸ *Vid.*, para un desarrollo agudo del principio, MASSARI, *Il momento esecutivo*, cit., p. 9 y ss.

La primera se refiere a los casos en que una determinada modalidad de ejecución repercute sobre la pena, agravándola o atenuándola. Piénsese, para dar algunos ejemplos, en el hurto cometido con descerrajamiento o escalamiento, el envenenamiento, etc.

La segunda, en cambio, alude a los casos en que la delictuosidad de la acción depende únicamente de la modalidad de ejecución; la lesión del bien jurídico, en sí misma, no es merecedora de pena, sino que la merece solamente si deriva de una acción particularmente reprobable. Así, la fuga es punible solamente si tiene lugar con violencia sobre las personas o las cosas, etc.

En cambio, no pueden considerarse de la misma manera las hipótesis en que la descripción de la acción tiene un valor puramente ejemplificador, como acontece, por ejemplo, en el artículo 312 del Código penal: *«el que poniendo objetos sobre una vía férrea, abriendo las comunicaciones de los rieles, haciendo señales falsas o de cualquier otro modo hace surgir el peligro de un desastre, será castigado etc.»*

8. Algunas veces el legislador reúne en un único hecho criminoso, dos o más acciones distintas. Surge, pues, la figura del delito complejo.

La duplicidad de las acciones importa necesariamente una duplicidad de resultados: si la acción es dúplice, dúplice también, por lo tanto, es el resultado. Así, en el robo, a la dúplice dirección de la voluntad del agente corresponde la lesión de dos intereses protegidos: el primero concerniente a la persona; el segundo, a la propiedad.

Sin embargo, sería impropio querer designar el delito complejo como un delito con un dúplice resultado. El doble resultado, en sí mismo, no basta para constituir un delito complejo; es necesario – a diferencia de lo que ocurre en otros casos³³⁹ – que a cada resultado corresponda una manifestación de voluntad. Por tanto, la definición del delito complejo no puede prescindir de esa particularidad³⁴⁰.

Como una hipótesis especial de delito complejo debe considerarse también, a mi juicio, el delito continuado.

Desde el punto de vista jurídico, en la continuación delictuosa, el delito es único, aun si en la realidad las acciones son varias.

Tenemos, por lo tanto, también esta vez, esa reunión de dos o más acciones distintas en un único hecho delictuoso, que constituye el elemento esencial y característico del delito complejo³⁴¹.

³³⁹ Vid. más adelante en el texto, cap. 2º, n. 6.

³⁴⁰ MAYER, *Allg. Teil*, p. 122. *Contra* LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 337; ANTOLISEI, op. cit., p. 116.

³⁴¹ Cfr. DELITALA, *Reato continuato e cosa giudicata*, en *Scuola Positiva*, 1928, p. 118 y ss., *In tema di reato continuato*, en *Rivista Italiana Di Diritto Penale*, 1929, fascículo 2.

En cambio, en los delitos habituales, la pluralidad de las acciones, a mi juicio, no es un elemento esencial del hecho delictuoso.

La reiteración del delito vale simplemente como un síntoma de la tendencia delictuosa del agente, pero, una vez que esta tendencia está de todos modos aceptada, el delito puede muy bien consistir incluso en una única acción. Así, para dar un ejemplo, en el caso previsto por el artículo 415 apartado número 4 del Código penal, la habitualidad podría resultar del hecho de precedentes condenas y, si así fuere, para el castigo del culpable no habría razón alguna para esperar la reiteración de una nueva serie de actos delictuosos.

Por lo tanto, en los delitos habituales, la multiplicidad de la acción no es un elemento constitutivo del hecho³⁴².

Por lo demás, la mejor confirmación de esta tesis la dan los proyectos de reforma más modernos, que la consideran la habitualidad como una agravante común a cualquier delito.

Se trata, en efecto, de una circunstancia que no concierne al hecho, sino al sujeto, de un juicio de más grave culpabilidad o mayor peligrosidad.

³⁴² Así, substancialmente, también ZIMMERL, op. cit., p. 46; MAYER, op. cit., p. 172; GERLAND, op. cit., p. 159: «*In allgemeinen wird das Kollektivverbrechen aus einer Reihe von Einzelakten zusammengesetzt sein, die nicht durch denselben Vorsatz zusammengehalten sein müssen. Es kann aber auch vorkommen, dass nur eine einzelaktige Handlung zur Aburteilung steht, wenn z. B. ein gewohnheitsmäßig begangenen Verbrechen unmittelbar nach Verbüßung einer Strafe wieder begangen, und der Täter nach der ersten Handlung wieder ergriffen wird*».

Capítulo II

EL CONCEPTO DE RESULTADO

1. Acción y resultado. – 2. El concepto de daño: ¿lesión de un bien o lesión de un interés? – 3. El concepto de peligro. – 4. La tesis de Antolisei: el resultado como efecto «natural» de la acción delictuosa. Crítica. – 5. Delitos formales y delitos materiales. El resultado en los delitos omisivos propios. – 6. Los delitos calificados por el resultado. – 7. Los delitos de peligro con dolo de daño.

1. Además de la acción, para constituir el delito es necesario un resultado.

Según algunos escritores, no obstante, el concepto de resultado no sería distinto del concepto de acción, sino, por así decir, un elemento o una parte de éste³⁴³.

En contra de tal opinión, sin embargo, es preciso destacar que la separación de la acción del resultado es absolutamente indispensable para la construcción de muchas instituciones jurídicas³⁴⁴. Piénsese, para dar un ejemplo más demostrativo, la distinción entre las dos formas de tentativa: la tentativa simple y el delito frustrado.

Resultado del delito es la consecuencia lesiva de la acción: la ofensa del interés protegido por la norma penal. Y tal ofensa consiste, ora en la lesión efectiva, ora en la simple puesta en peligro del bien o del interés protegido.

Correlativamente, se distinguen los delitos de daño de los delitos de peligro; pero este es el momento para destacar que, por efecto de las normas de extensión contenidas en los artículos 61 y 62 del Código penal, el concepto de peligro es de la máxima importancia aun en los delitos de daño. En efecto, si en los delitos de daño la puesta en peligro del interés protegido no es suficiente para la consumación del delito, justifica, sin embargo, la punibilidad de la acción a título de tentativa.

Sólo excepcionalmente el estado de peligro no tiene relevancia. Así, en los delitos típicos de daño³⁴⁵, en los que no se verifica la efectiva lesión del interés protegido, la acción no es punible en modo alguno.

³⁴³ Cfr. ROCCO, op. cit., p. 317, nota 4; CIVOLI, *Manuale di Diritto Penale Italiano*, 1900, p. 314; BIERLING, *Prinzipienlehre*, cit., 3, p. 30; LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 24; GERLAND, op. cit., p. 88. *Contra*, MASSARI, *Il momento esecutivo*, cit., p. 172 y ss.; VANNINI, *Ricostruzione sintetica*, cit., p. 30; ANTOLISEI, op. cit., p. 99; ZIMMERL, op. cit., p. 12; MEYER-ALLFELD, op. cit., p. 99, nota 7; MAYER, op. cit., p. 110; CALKER, op. cit., p. 25; SAUER, *Grundlagen des Strafrechts*, cit., p. 421, nota 3.

³⁴⁴ Cfr. MEYER-ALLFELD, op. et loco citis.

³⁴⁵ Cfr. para esta categoría de delitos, MASSARI, *Le dottrine generali*, cit., p. 126.

2. Se discute si el concepto de daño implica la pérdida o la disminución de un bien³⁴⁶, o consiste, simplemente, en la alteración de un interés³⁴⁷.

Pero la divergencia entre las dos opiniones, a mi juicio, parece puramente verbal. Cuando, en efecto, se dice que es daño «*todo lo que produce la pérdida o disminución de un bien*», de ningún modo se quiere afirmar que para la existencia del daño es necesaria una disminución en sentido absoluto de los bienes de la vida. El juicio debe hacerse desde el punto de vista del titular del bien y, desde este punto de vista, se puede hablar, sin duda, de pérdida de un bien, no sólo si este bien ha sido destruido, sino también en el caso en que haya sido robado.

Por otra parte, cuando se afirma que el daño consiste en la lesión de un interés, es decir, la alteración de una relación de interés entre el hombre y el bien, al mismo tiempo se debe reconocer que esta alteración, para el titular del bien, implica necesariamente la pérdida o, a lo menos, la disminución del bien mismo.

También a mi juicio, no obstante, es preferible definir el daño como lesión de interés: la definición es más precisa y no se presta a equívocos de ninguna especie.

3. Más controvertido, en cambio, es el concepto de peligro.

Para algunos el peligro no sería una entidad concreta, sino una pura y simple representación; una hipótesis, no un hecho; una suposición, no una realidad.

Pero tal opinión es contrastada, como observa Merkel³⁴⁸, por los métodos y los resultados del cálculo de probabilidad. Por otra parte, si ella fuese exacta, no se entendería cómo la ley puede llegar al castigo de los delitos culposos, ya que este castigo no puede tener sentido alguno si no se admite que existen acciones que según su constitución objetiva pueden reconocerse como peligrosas y, en consideración a esta propiedad, se deben evitar.

Por lo tanto, la noción de peligro no puede reducirse a un juicio subjetivo, variable con el variar de las personas. Toda disposición jurídica, por su naturaleza, es general y abstracta y, precisamente por ello, objetiva; por ende, también el juicio sobre el peligro no puede ser un *quid* subjetivamente variable, sino debe ser algo objetivamente dado, deducible sobre la base de la experiencia, que es, en definitiva, el fundamento de toda disposición jurídica.

¿Pero cómo se debe proceder en este juicio de peligro?

Sin duda, ya que el juez está llamado a pronunciarse sobre la peligrosidad de la acción, cuando ésta ya se ha desarrollado y ya ha tenido sus efectos, él deberá cumplir una

³⁴⁶ ROCCO, op. cit., p. 278.

³⁴⁷ CARNELUTTI, *Danno e reato*, cit., p. 14; ANTOLISEI, op. cit., p. 76 y ss.

³⁴⁸ MERKEL-LIEPMANN, *Die Lehre*, cit., p. 56. Sobre la noción de peligro y sobre la contraposición entre la doctrina objetiva y la subjetiva, *vid.* la completa compilación de ROCCO, op. cit., p. 287 y ss.

prognosis póstuma considerando *ex ante* si, al momento de la acción, existía o no la posibilidad del peligro³⁴⁹.

¿Pero cuáles circunstancias se deben tener en cuenta para deducir esta prognosis?

Las opiniones son diversas. Según Merkel³⁵⁰ sería necesario distinguir los casos en los que la ley requiere expresamente la verificación de un peligro como consecuencia de la acción (como en los §§ 312-316, 321 etc. del Código penal), y aquellos en que se refiere a la simple peligrosidad de la acción (tentativa y similares). En el primer caso, se debe tener en cuenta todas las circunstancias conocidas o desconocidas por el autor al momento del hecho; en el segundo, sólo las conocidas por él.

Tal diferencia, en definitiva, dependería de esto: en el primer grupo de casos, el estado de peligro causado por el agente es puesto a su cargo incluso si no lo quiso, sobre la simple constatación de un nexo causal de dependencia entre la acción delictuosa y el resultado peligroso, mientras que en el segundo grupo de casos, el peligro puede ser imputado al agente sólo si lo provocó dolosamente.

Pero, prescindiendo de la consideración de que la mejor doctrina alemana admite que la voluntad delictuosa, en los casos previstos por los §§ 312-316, etc. del Código penal, debe referirse también al peligro³⁵¹, la distinción de Merkel, en nuestra opinión, debe ser desatendida, porque confunde el juicio de peligro o, en otras palabras, la valoración de un elemento de hecho, con el juicio sobre la culpabilidad del agente.

Más brevemente, para juzgar si el agente debe responder a título de dolo por el peligro que ha causado, evidentemente, no se pueden considerar otras circunstancias sino las conocidas efectivamente por él, mientras que para juzgar si debe responder a título de culpa, se deben tener presentes todas las otras que el agente ha podido y debido conocer.

Sin embargo, de ninguna manera ello significa que el peligro es algo distinto en los dos casos, sino, más simplemente, que son distintas las condiciones por las que el agente es llamado a responder.

Por lo que se ha dicho, resulta clara nuestra doctrina: para juzgar el peligro es preciso tener presentes no sólo todos los conocimientos del agente al momento del hecho, sino también todos los otros que el agente ha podido y debido tener. Cuando, teniendo presente todos estos elementos, *ex ante*, la verificación del resultado debía aparecer como posible, será necesario afirmar que se ha verificado el resultado de peligro, mientras que, en el caso contrario, será necesario negarlo.

Hemos dicho posible, y no probable. Por lo demás, este es el lenguaje de la ley, que en los artículos 275 y siguientes del Código penal, habla de la posibilidad que del hecho del agente pueda derivar perjuicio público o privado.

³⁴⁹ Cfr. ANTOLISEI, op. cit., p. 136 y los autores allí citados.

³⁵⁰ MERKEL-LIEPMANN, op. et loco citis.

³⁵¹ *Vid.* para todos FRANK, op. cit., p. 700 y autores allí citados.

Sin embargo, se ha objetado que la posibilidad es simple causalidad y que, juzgando el hecho *ex ante*, nunca se puede pronunciar la palabra imposible. Incluso la acción de quien se propone causar la muerte de una persona mediante exorcismos – afirma Antolisei³⁵² – sería una tentativa peligrosa, porque *a priori* no se puede afirmar la imposibilidad del resultado. En verdad, no existe una ley de la naturaleza que torne inconcebible una relación de causalidad entre el hecho del exorcismo y el resultado letal, y puede pensarse una hipótesis, aun rara o rarísima, en que ese hecho determine el resultado (por ejemplo: exorcismos respecto de una persona supersticiosa, enferma, impresionable).

Pero se puede responder que, en nuestra ciencia, no existe ninguna relación de causalidad entre el hecho de los exorcismos y el resultado letal, y eso basta para concluir que la acción es inidónea respecto al resultado. Si, luego, por circunstancias particulares, por ejemplo la morbosa impresionabilidad de la persona, el agente sabe que ese medio, generalmente inidóneo, tiene la posibilidad de producir el resultado, en nuestra opinión debe responder sin que le favorezca la observación que en la generalidad de los casos el resultado no se habría producido.

Ello demuestra, precisamente, cómo el criterio de la probabilidad no es aplicable, y lo reconoce también Antolisei³⁵³, cuando observa que el concepto de probabilidad usado por él, es distinto del concepto de probabilidad que él denomina matemático o estadístico, ya que, para él, la probabilidad queda excluida «*solamente cuando el grado de posibilidad es mínimo*».

Pero con ello, en nuestra opinión, se vuelve al concepto de posibilidad. El peligro existe, no sólo cuando las posibilidades favorables son mayores que las posibilidades contrarias, sino, en general, cuando hay un apreciable grado de posibilidad.

Ahora bien, que la posibilidad debe ser apreciable, nadie lo ha negado jamás, ya que en la hipótesis distinta, muy lejos de no haber probabilidad, ni siquiera hay posibilidad. La cuestión, en definitiva, es más de palabras que de sustancia.

4. El término resultado – se ha dicho – significa ofensa (daño o peligro) del interés protegido por la norma violada. Según otra teoría, en cambio, sería necesario distinguir el concepto de resultado del de daño. «*Resultado es el efecto natural de la acción, el resultado físico, fisiológico o psíquico del movimiento corpóreo del agente; daño, la lesión del interés jurídico producida por el delito. El primero es una modificación del mundo exterior; el segundo, una consecuencia jurídica del delito. Se trata de dos conceptos absolutamente distintos que no deben ser en modo alguno confundidos*»³⁵⁴.

³⁵² ANTOLISEI, op. cit., p. 126.

³⁵³ Op. et loco citis.

³⁵⁴ ANTOLISEI, op. cit., p. 86.

Pero esta aseverada diversidad es más aparente que real, ya que, incluso según esta teoría, el concepto de resultado no se extiende hasta abrazar todas las múltiples consecuencias de la acción delictuosa, sino sólo las que entre ellas son relevantes para el Derecho³⁵⁵.

Resultado – se dice – es el efecto natural de la acción relevante para el Derecho, y se recae, con ello, una vez más, en la valoración jurídica que se creía evitar: el efecto jurídicamente relevante no es sino el efecto dañoso. Y, en verdad, en tanto un efecto natural puede tener importancia para la ley, en cuanto representa un efecto que la ley aspiraba impedir: sobre esta premisa, y solo sobre ésta, el efecto natural puede formar parte del contenido del delito.

Sin embargo, si estas observaciones son exactas, ya no veo una razón para indicar con el término resultado, el resultado natural de la acción, en vez del resultado jurídico. Lo esencial, en definitiva, no es sino la lesión o la puesta en peligro del interés protegido y el efecto natural no es nada más que un índice o, si se quiere, el modo de ser de esa lesión.

5. Por lo tanto, la distinción entre delitos de mera actividad (*Tätigkeitsdelikte*) y delitos de resultado (*Erfolgsdelikte*) es infundada y las críticas repetidas insistentemente por la doctrina más reciente³⁵⁶ han dado en el blanco: en nuestro ordenamiento jurídico no existen delitos de mera actividad, ya que todo delito constituye, necesariamente, la ofensa o la puesta en peligro del interés protegido.

Sin embargo, es necesario destacar que la lesión del interés protegido no siempre importa la verificación de una mutación de la realidad exterior. Algunas veces, la lesión puede estar constituida por la perduración de un estado de hecho que el agente debía o podía modificar para la tutela de un interés protegido. Tal es el caso de los delitos omisivos propios.

Considérese, por ejemplo, la omisión del parte médico. El médico o el cirujano que, en los casos indicados por el artículo 439 del Código penal, omite presentar el parte médico, lesiona indudablemente un interés protegido, obstaculizando la actividad de la autoridad judicial o de la de seguridad pública. Pero no produce una modificación en la realidad exterior: la esencia de su comportamiento delictuoso, más bien, consiste precisamente en no haber producido esa modificación del mundo exterior que la ley le imponía producir.

³⁵⁵ ANTOLISEI, op. cit., p. 94.

³⁵⁶ Cfr. ROCCO, op. cit., p. 321; MASSARI, *Il momento esecutivo*, cit., p. 86, nota; VANNINI, *La dottrina del delitto mancato*, en *Rivista penale*, vol. 97, p. 510 y ss.; BATTAGLINI, *La distinzione dei reati in rapporto al momento consumativo*, 1925; MAYER, op. cit., p. 117 y ss. (con excepción de los delitos omisivos propios); LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 155; SAUER, op. cit., p. 437; MERKEL (P.), op. cit., p. 18; GERLAND, op. cit., p. 85; WACHENFELD, op. cit., p. 73.

Los delitos de mera omisión, por lo tanto, son delitos sin un resultado natural³⁵⁷, a menos que no se quiera considerar como resultado natural del delito omisivo el efecto de esa otra acción que el agente ha cumplido en lugar de la acción debida. La producción de tal efecto sería el índice de la no verificación del resultado querido por la ley o, en otras palabras, de la lesión del interés protegido.

Sin embargo, en nuestra opinión, es mejor afirmar que el resultado no implica, forzosamente, una modificación del mundo exterior o, en otras palabras, que la lesión jurídica, algunas veces, puede derivar también del simple mantenimiento de un estado de hecho preexistente.

El relieve no quiere tener mérito de originalidad: ya ha sido hecho, y en términos precisos, por Liepmann³⁵⁸ y por Freudenthal³⁵⁹.

El que se queda en la habitación ajena contra la prohibición del que tiene el derecho de no admitirlo, comete indudablemente un delito, precisamente, el delito previsto en el artículo 157 del Código penal (allanamiento de morada); sin embargo, su comportamiento no provoca una modificación del mundo exterior, sino simplemente el mantenimiento de un estado de hecho preexistente. Ello, por la razón de que la hipótesis de allanamiento de morada que acabamos de indicar es, a diferencia de la otra, un delito omisivo puro. Un vez que el derecho habiente manifiesta su voluntad de no admitirme en su habitación, yo tengo el deber de alejarme, para evitar, con una acción positiva, la lesión de su interés protegido. Si no lo hago, mi permanencia en su casa se convierte en antijurídica. El resultado del delito, en este caso, está constituido indudablemente por la perduración de un estado preexistente, que el agente debía y podía modificar.

En este caso, a mi juicio, ni siquiera se puede sostener, como hace Antolisei³⁶⁰, que el resultado se haya verificado precedentemente, con el hecho de la introducción en la casa ajena.

En efecto, si es verdad que el delito se consuma sólo cuando todos los elementos que componen su esencia se encuentran reunidos en el hecho criminoso de que se trate, según la precisa y perfecta definición del Código toscano, y si es pacífico que estos elementos puedan verificarse o, mejor, comenzar a verificarse en momentos distintos, con tal que en un momento dado, o sea, en el consumativo, existan conjuntamente³⁶¹, no por

³⁵⁷ En consecuencia, si el término «resultado» es asumido en el significado de efecto natural, los delitos omisivos propios terminan por aparecer como delitos sin resultado. Así, exactamente, MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 459: «*el delito tiene carácter omisivo en sentido propio cuando el hecho punible está constituido por el incumplimiento de un deber jurídico, sin que tal incumplimiento sirva como un medio para determinar o favorecer la acción de causas productivas de un resultado considerado en la noción de un delito comisivo*». Cfr., también, TRAEGER, *Das Problem der Unterlassungsdelikte*, en el *Festschrift* en honor a ENNECERUS, 1913, p. 12, y DELITALA, *La distinzione dei reati in formali e materiali*, cit., p. 4 y ss.

³⁵⁸ LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, 1900, p. 79.

³⁵⁹ FREUDENTHAL, *Die Begegnungsdelikte*, 1900, p. 30.

³⁶⁰ Op. cit., p. 95.

³⁶¹ ANTOLISEI, op. et loco citis.

ello se puede conceder que el resultado puede verificarse antes de la acción o de la omisión o, en otras palabras, que la causa puede seguir al efecto.

En efecto, en la hipótesis antes examinada, el hecho de haberme introducido en la habitación ajena no es jurídicamente relevante; lo que para la ley tiene importancia, simplemente, es el no haberme alejado de la habitación ajena, cuando la voluntad del derecho habiente me lo hacía obligatorio. El resultado, por lo tanto, consiste verdaderamente en la perduración de un estado de hecho preexistente.

Piénsese, por lo demás, para encontrar un ejemplo más convincente, en el delito previsto en el artículo 2 de la Ley de 7 enero 1929, sobre las transgresiones en materia de impuestos directos: la omisión de denuncia de la renta tasable.

La lesión del interés estatal en la tasación de la renta, derivada de la omisión de la denuncia, es evidente y no vale la pena discutir sobre ella. Sin embargo, por otra parte, igualmente evidente es que el resultado característico de este delito no consiste en una modificación del mundo exterior sino, más bien, en la perduración de un estado preexistente.

La obligación de denuncia tiene la finalidad de tener informado al fisco sobre la suma de mis rentas; contraviniendo esta obligación, yo no hago sino diferir este estado, ya que espero sustraerme, por esta vía, de mis obligaciones tributarias. ¿O se querrá sostener, también en este caso, que el resultado del delito es preexistente a mi comportamiento delictuoso y que consiste en el estado de ignorancia en que incurre el fisco respecto de mis rentas? El evidente absurdo de semejante construcción nos dispensa de un examen más menudo.

En los delitos omisivos propios, el resultado que consuma el delito consiste, pues, simplemente, en la prolongación de un estado de hecho preexistente y esto explica cómo, en tales delitos, el problema de la causalidad no tiene posibilidad de ser planteado, o puede ser planteado solamente en un sentido impropio o figurado.

La distinción entre delitos omisivos propios y delitos comisivos mediante omisión, debe hacerse precisamente sobre esta base, mientras que, desde el punto de vista de la culpabilidad o de la antijuridicidad, no es posible hallar una línea neta de demarcación.

Desde el punto de vista normativo, o sea, desde el punto de vista de la valoración jurídica de un determinado comportamiento humano, en efecto, es completamente indiferente que tal comportamiento haya producido un resultado que no debía producirse o, por el contrario, haya diferido un estado de hecho que debía ser modificado.

6. No todos los resultados de la acción delictuosa – se ha dicho – pueden considerarse como resultado del delito. Y, en verdad, el concepto de resultado es un

concepto relativo y lo que en un tipo legal es considerado como efecto, puede en otro ser considerado como causa o, en otras palabras, como un momento de la actividad ejecutiva³⁶². Así, la excesiva velocidad de un automóvil, respecto a una norma contravencional que la castigue, debe considerarse como un resultado derivado de la aceleración del motor por obra del automovilista, al paso que debe considerarse como una causa del homicidio que, hipotéticamente, hubiere derivado de ella.

Para determinar el resultado de un delito, por lo tanto, es necesario considerar atentamente el modelo de ley. Resultado es aquel descrito en el tipo legal, la lesión del interés que la norma en examen pretende proteger.

A todo delito corresponde generalmente un único resultado.

Sin embargo, existen algunos casos en que, para que el delito sea perfecto, es necesario un dúplice resultado. Por ejemplo, el que intenta procurar el aborto a una mujer sin su consentimiento y en virtud del hecho del aborto causa la muerte de la paciente (artículo 383 primer apartado del Código penal), ofende con una única acción dos intereses jurídicos y produce, al mismo tiempo, dos distintos resultados: la muerte del feto y la de la madre.

Ambos resultados están previstos por la misma disposición de ley y forman, de esta manera, un único hecho. El segundo resultado, no querido por el agente, califica, en un cierto sentido, la producción voluntaria del primero, del que deriva causalmente. De esto deriva la denominación teórica de delitos calificados por el resultado.

Mas la denominación es impropia; propiamente hablando, el segundo resultado no califica el delito, sino que lo constituye por lo que es, como un título delictuoso en sí mismo.

Por lo tanto, nos parece más exacto denominar este género de delitos como delitos con doble resultado³⁶³. En efecto, tal denominación, si no erramos, coge la nota característica y esencial de este género de delitos que derivan, precisamente, de una única acción y de un dúplice resultado, mientras que en los delitos complejos – como ya se ha observado – a la dúplice lesión corresponde, al mismo tiempo, una dúplice manifestación de voluntad.

Mas prescindiendo de la cuestión terminológica, lo que parece evidente, a mi juicio, es que en los delitos calificados por el resultado el hecho delictuoso deriva de dos resultados distintos.

En verdad, no hay razón alguna para excluir del hecho el segundo resultado. Para una consideración objetiva, éste no difiere en manera alguna del primero, ya que, como aquél, es un efecto de la acción delictuosa jurídicamente relevante. La única particularidad consiste en que el agente debe responder aun cuando no lo ha querido o, para ser más

³⁶² Cfr. por todos, MAYER, op. cit., p. 118.

³⁶³ Cfr. MAYER, op. cit., p. 120.

precisos, propiamente en este caso. Si el resultado hubiese sido querido, es decir, si la acción del agente hubiese estado dirigida a realizarlo, él sería llamado a responder por el delito de homicidio.

Mas la noción de resultado prescinde, como confiamos de haber demostrado, del elemento de la voluntad. Hay resultados intencionales y resultados no intencionales, resultados que el agente previó y otros que debía prever y no previó.

Sobre esta relación entre voluntad, representación y resultado, se distinguen los delitos, precisamente, en dolosos y culposos. En el delito doloso el agente se ha representado el resultado y ha actuado con la intención de producirlo; en el delito culposo no se lo ha representado ni quería producirlo (culpa inconsciente), o bien se lo ha representado mas no quería producirlo (culpa consciente).

Lo que caracteriza al resultado como tal, es el nexo causal que lo ciñe a la acción delictuosa. Con tal que este nexo causal exista, cada resultado de la acción jurídicamente relevante puede designarse, exactamente, como resultado.

No tiene razón, pues, Angioni³⁶⁴, cuando escribe que forma parte del hecho «*sólo el resultado que lo integra, es decir, sólo aquel en que se encarna la actividad del agente, que es como el punto terminal de esta actividad, no ese adicional que pueda derivar eventualmente del primero*». Ocurre que Angioni determina la noción de hecho en función del elemento de la voluntad, mientras, en nuestra opinión, según cuanto se ha dicho en la primera parte del trabajo, el concepto de hecho debe resultar de la suma de todos los elementos objetivos atribuibles al agente, así como están descritos en el tipo legal.

E igualmente infundada es la objeción de que, con nuestra concepción, hecho y delito terminarían por parecer una idéntica cosa³⁶⁵. El delito no es simplemente un hecho, sino un hecho culpable y antijurídico.

7. Por lo tanto, una cosa es la determinación del concepto de hecho y otra cosa, la determinación de la relación entre hecho y voluntad. La reserva del artículo 45 del Código penal indica claramente cómo la voluntad no abraza, siempre y necesariamente, todos los elementos del hecho. No hay, por tanto, una razón para restringir el concepto de hecho a los elementos del delito que deben ser realizados voluntariamente, designando todos los otros como condiciones de punibilidad.

La determinación del concepto de hecho en función del elemento subjetivo, por otra parte, no sólo es prácticamente inútil, sino también teóricamente impropia, ya que parte del

³⁶⁴ ANGIONI, *La volontarietà*, cit., p. 122.

³⁶⁵ ANGIONI, op. cit., p. 76.

presupuesto de que la voluntad culpable se adecue siempre y exactamente a los extremos objetivos del hecho.

Pero el presupuesto es erróneo. Y no sólo porque el hecho delictuoso, a veces, resulta constituido también por elementos involuntarios que después hay que reagrupar en la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad, reuniendo bajo esta última denominación una congerie de elementos demasiado diversos y heterogéneos; sino, además, porque, en otros casos, la voluntad del agente debe dirigirse a la realización de un elemento objetivo que, no obstante, es extraño al hecho delictuoso. Pretendemos referirnos a los delitos de peligro con dolo de daño o, como dice Sermonti, a esos delitos que tienen entre sus elementos constitutivos voluntades simples no realizadas³⁶⁶.

En estos delitos la ley requiere, para la existencia del injusto, que la voluntad del culpable esté dirigida a la consecución de un resultado que está más allá de ese particular resultado que consuma el delito mismo y, por lo tanto, mientras la voluntad debe estar dirigida a producir una efectiva lesión, el hecho está completo apenas se verifica la puesta en peligro del interés tutelado. Por esta razón se acostumbra designar este género de delitos también como delitos de consumación anticipada o delitos que se perfeccionan con los extremos de tentativa, etc.

La relación entre hecho y voluntad, en estos casos, viene quebrada en un sentido diametralmente opuesto al indicado precedentemente: allí era necesaria la realización de un resultado involuntario; aquí, la voluntariedad de un resultado no realizado. Y el paralelo es tanto más evidente, cuanto más se observe que esta particular determinación delictuosa, dirigida a la consecución de un resultado que queda extraño a la objetividad del injusto, puede cumplir, como el resultado involuntario, una dúplice función: en algunos casos, torna punible un hecho de otro modo lícito (ejemplo: artículo 414 del Código penal); en otros, en cambio, más simplemente, modifica el título delictuoso, es decir, torna punible, por un distinto título de delito, un hecho en sí mismo penalmente ilícito.

De todos modos, es cierto que el principio de que el objeto de la voluntad está constituido, en todo caso, por el hecho delictuoso y la consiguiente definición del hecho en función del elemento subjetivo del delito, choca, irremediablemente, contra la constatada existencia, en nuestro ordenamiento jurídico, de delitos de peligro con dolo de daño.

Para superar este obstáculo, ni siquiera valdría observar, con Binding³⁶⁷, que los delitos de consumación anticipada no son más que un producto de la incapacidad del legislador.

La observación ha encontrado acogida en la doctrina más reconocida y, a raíz de la autoridad de Binding, ha sido repetida por otros después.

³⁶⁶ SERMONTI, *La figura giuridica del reato formale*, cit.

³⁶⁷ BINDING, *Lehrbuch*, I, p. 12.

Así, Liszt³⁶⁸ ha afirmado categóricamente que en una redacción más esmerada de las leyes penales se podría suprimir, sin inconveniente alguno, esta categoría de delitos, absolutamente superflua. No obstante ello, en los más recientes proyectos de reforma, elaborados en Italia y el extranjero, el número de delitos de consumación anticipada no es para nada inferior a aquel contenido en los Códigos vigentes. Bastaría esta simple constatación, para dudar de la exactitud de la tesis de Binding y Liszt.

La verdad, en efecto, es distinta.

La formulación de delitos de consumación anticipada es algunas veces absolutamente necesaria, ya que deriva de la naturaleza misma del hecho delictuoso. Piénsese, por ejemplo, al delito de alta traición previsto en el artículo 104 de nuestro Código. «*El que comete un hecho dirigido a someter el Estado al dominio extranjero, será castigado etc.*»; aquí, es evidente que el delito no puede existir sino en estado de tentativa, ya que la consumación del fin hacia el que está dirigida la voluntad del agente aseguraría al culpable la completa impunidad.

Otras veces, también, la creación de delitos de consumación anticipada sirve al legislador para extender, más allá de la medida habitual, los confines de la punibilidad. Y, en verdad, si la consumación del delito se hace coincidir, en todo caso, con la realización del intento hacia el que está dirigida la voluntad del culpable, también los actos de tentativa, en virtud de las normas contenidas en los artículos 61 y 62 del Código penal, recaerían ciertamente bajo la conminatoria penal. Quedarían impunes, sin embargo, los actos preparatorios, es decir, todos esos actos que, o porque no están comprendidos en la descripción legislativa del tipo delictuoso, o porque no tienen una eficiencia causal respecto al resultado o, en fin, porque no mellan la esfera jurídica del sujeto pasivo del delito, no pueden ser calificados en modo alguno como actos de ejecución, en base a los diversos criterios formulados para este propósito por la doctrina.

Pero una consecuencia similar, en muchos casos, no puede sino aparecer intolerable y, para evitarla, no hay otra vía que la de proceder a la creación de un delito de consumación anticipada o, en otras palabras, a la incriminación de los actos preparatorios del plan delictuoso como delitos en sí mismos. Tal necesidad vendría a faltar solo en un sistema que aboliese la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos, es decir, en un sistema que considerase como tentativa delictuosa incluso el simple cumplimiento de los más lejanos actos de preparación, con tal que estén dirigidos intencionalmente a la realización del delito.

Además, es preciso considerar que el legislador, en algunos casos, puede prestar una particular consideración a la modalidad de ejecución de la acción delictuosa, porque un medio determinado se presenta, en comparación con los otros, como mayormente peligroso, o porque, en el uso de éste, se estima poder reconocer una más intensa reprochabilidad del

³⁶⁸ LISZT-SCHMIDT, 24, Aufl., p. 174.

agente. Cuando ello acontezca, es oportuna, una vez más, la creación de una hipótesis de delito de consumación anticipada, ya que la atención del legislador se ha trasladado desde el resultado a la ejecución o, en otras palabras, desde la consumación a la tentativa.

Finalmente, la creación de delitos de consumación anticipada puede incluso depender del deseo de afectar la tentativa delictuosa con la misma pena establecida para el delito consumado, o con una pena mayor que la habitual. En efecto, la proporción entre la punibilidad del delito perfecto y la de la tentativa, establecida, en general, por los artículos 61 y 62 del Código penal, en algunas hipótesis, puede no ser correspondiente a la necesidad de una eficaz obra de intimidación. Y en tal caso, la técnica legislativa no sabría aconsejar al legislador un mejor medio que la creación de un delito de consumación anticipada.

Pero incluso cuando la figura de los delitos de consumación anticipada dependiese verdaderamente de la impericia del legislador, aun cuando el momento consumativo de tipos delictuosos similares pudiese hacerse coincidir fácilmente con la realización del resultado hacia el que está dirigida la voluntad del culpable, es claro que hoy, dado que tal categoría de delitos existe en nuestro Código, no es posible hacer la vista gorda con tal de salvar el principio de la absoluta correspondencia entre hecho y voluntad.

Capítulo III

LOS PRESUPUESTOS DEL DELITO

1. La doctrina de Massari. Crítica. – 2. La doctrina de Manzini. La distinción entre presupuestos del hecho y presupuestos del delito. – 3. Los presupuestos materiales del hecho. – 4. Los presupuestos jurídicos del hecho. – 5. Los presupuestos del delito: identidad sustancial entre presupuestos del hecho y presupuestos del delito. – 6. La concepción de Marsich. Crítica. – 7. Nuestra opinión. Los antecedentes de la acción que atañen al sujeto activo. – 8. Los antecedentes que atañen al objeto del delito. – 9. Los denominados presupuestos del delito, las circunstancias de licitud y las condiciones de punibilidad.

1. Más allá de la acción y del resultado, la investigación analítica de los elementos esenciales del hecho también debe dirigirse a los presupuestos indispensables para su existencia o, en otras palabras, a los denominados presupuestos del delito.

¿Pero cuáles elementos deben comprenderse propiamente en esta categoría?

Las opiniones sobre el tema no son para nada concordes.

Así, según Massari³⁶⁹, deben distinguirse dos grupos de presupuestos: generales y especiales; los primeros relativos a todos los delitos; los segundos, solamente a figuras individuales.

Son presupuestos generales del delito: a) la existencia de un precepto sancionado penalmente; b) la existencia de una sanción penal; sin estos elementos ningún hecho delictuoso podría existir.

En cambio, son presupuestos especiales aquellos elementos sin cuya preexistencia no podría existir, no ya el delito en general, sino una figura delictuosa individual: la preexistencia de un matrimonio precedente, por ejemplo, es un presupuesto del delito de bigamia; la de un contrato de compraventa es un presupuesto del fraude en el comercio, etc.

¿Pero es exacto reconocer en la norma penal un presupuesto general del delito?

Cierto es que en un sistema como el nuestro un hecho no es punible cuando no está previsto expresamente como delito por la norma penal y, por lo tanto, la norma que lo prevé, en un cierto sentido, puede considerarse como un indefectible *præius* del ente jurídico delito. La observación es tan obvia, que detenerse en ella puede parecer superfluo. O, mejor, parecería superfluo si cada norma no estuviese constituida por dos elementos, uno preceptivo y el otro sancionador, y si éste último no pudiese faltar excepcionalmente en algún caso, por circunstancias particulares. Así, el hurto cometido por el hijo en perjuicio de los padres (artículo 433 del Código penal) está exento de pena, por más que el culpable

³⁶⁹ MASSARI, *Le dottrine generali*, cit., p. 65 y ss.

haya violado, sin duda, el precepto no robar, sancionado *erga omnes* por el artículo 402 del Código penal.

Sin embargo, para los fines de nuestro trabajo, la solución de este problema puede ser descuidada sin daño, ya que ni el sólo precepto legislativo, ni el precepto y la sanción conjuntamente pueden ser considerados con propiedad entre los presupuestos del delito.

Y, en verdad, si se piensa en el delito como un ente de hecho, entre éste y la norma no existe ninguna relación, mientras que si se piensa en el delito como ente jurídico, aquél, antes que presuponer la norma es, por decirlo así, creado por ella.

En otras palabras, *«la ilegitimidad o ilicitud del hecho constitutivo de delito es un efecto de la incriminación y no un presupuesto del delito o un elemento constitutivo de éste»*³⁷⁰.

Por otra parte, aun cuando se pudiese reconocer en la norma un presupuesto general del delito, la naturaleza de este presupuesto sería muy distinta de la de los denominados presupuestos especiales.

Lo que depende de la norma, en efecto, es la valoración jurídica del hecho, mientras que lo que depende de los presupuestos especiales es la existencia del hecho mismo. En otras palabras: el precepto y la sanción son elementos normativos, los presupuestos especiales son elementos (materiales o jurídicos) del hecho. Antes que estar el uno al otro como el género a la especie, estos elementos no tienen afinidad alguna entre sí.

Para la confirmación de este aserto, basta recordar cómo el error de Derecho sobre los denominados presupuestos generales del delito, no tiene eficacia eximente alguna, mientras que es indubitable que el error sobre un presupuesto especial del delito, incidiendo sobre un elemento del hecho, hace faltar el dolo y, si el error es inculpable, también la culpabilidad. Así, no hay bigamia si el culpable ignora estar ligado a un precedente matrimonio; no hay hurto si el culpable no sabe que se está apoderando de una cosa ajena, etc.

Por lo tanto, la doctrina de Massari, según nuestra modesta opinión, debe considerarse impropia, ya que comprende elementos de naturaleza heterogénea en una única categoría.

2. Manzini – al que toca el honor de haber sido el primero en llevar la investigación sobre este argumento – distingue entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho.

Son presupuestos del delito *«aquellos elementos jurídicos, positivos o negativos, anteriores a la ejecución del hecho, a cuya existencia o inexistencia está condicionada la del título delictuoso de que se trata»*.

³⁷⁰ MANZINI, *Trattato*, I, p. 414.

«La falta de tales presupuestos no quita la existencia del hecho tal como está previsto en la norma incriminadora y tampoco la del delito, sino sólo determina la traslación del hecho a un título delictuoso distinto».

«En otras palabras, los presupuestos del delito son los antecedentes lógicos-jurídicos requeridos para que el hecho sea imputable por el título delictuoso en consideración»³⁷¹.

En cambio, son presupuestos del hecho «aquellos elementos, jurídicos o materiales, anteriores a la ejecución del hecho, cuya existencia es requerida para que el hecho previsto en la norma constituya delito. Si faltan, el hecho no es punible por título de delito alguno, incluso siendo idéntico al previsto en la norma»³⁷².

En resumen, esta es la teoría de Manzini.

¿Pero es verdad – como estima el ilustre jurista – que la falta de los presupuestos del hecho no comporta la falta del hecho mismo, sino, únicamente, la inaplicabilidad de la sanción? ¿Y que tratándose de presupuestos del delito, a pesar de su inexistencia, el hecho queda inmutado en su esencia y sólo se determina la traslación de éste a un título delictuoso distinto? Más aún: ¿los presupuestos del delito, a semejanza de los del hecho, algunas veces no podrían resultar además que de elementos jurídicos, también de elementos materiales? Finalmente: ¿la contraposición entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho descansa verdaderamente sobre una diferencia substancial?

Respondiendo a todos estos interrogativos aclararemos nuestra doctrina sobre el controvertido problema.

3. Según Manzini los presupuestos del hecho – como ya hemos dicho – pueden estar constituidos tanto por elementos jurídicos, como por elementos materiales.

Son presupuestos jurídicos «las normas de Derecho u otros actos jurídicos cuya preexistencia supone la norma incriminadora para la existencia del delito. Así, en las normas penales en blanco, presupuesto del hecho es la preexistencia de las reglas de Derecho o de los actos administrativos particulares, a que tales normas se refieren. El artículo 343, por ejemplo, presupone la orden o la providencia legítima de la autoridad competente; el artículo 435, el deber de obedecer», etc.³⁷³

En cambio, son presupuestos materiales «las condiciones reales preexistentes, en que debe iniciarse o cumplirse la ejecución del hecho. Estos presupuestos materiales pueden derivar de actos jurídicos, o bien pueden ser concretadas por meras situaciones de hecho, subjetivas u objetivas. Así, algunos delitos contra las buenas costumbres y el orden

³⁷¹ MANZINI, *Trattato*, I, p. 427.

³⁷² MANZINI, *Trattato*, I, p. 428.

³⁷³ MANZINI, *Trattato*, I, pp. 429-430.

de la familia presuponen la existencia del matrimonio; el del artículo 418, que el hijo haya sido entregado en custodia al culpable con la obligación prevista allí, etc. En cambio, conciernen meras situaciones de hecho objetivas o subjetivas: el delito de aborto provocado, que presupone la gestación en curso; el delito del artículo 270, que presupone se trate de papel sellado falsificado y no de papel sellado genuino, luego reutilizado abusivamente; el delito del artículo 322, que presupone se trate de sustancias no genuinas pero no peligrosas», etc.

No obstante esta diferencia, la eficacia jurídica de los presupuestos del hecho – sean estos jurídicos o materiales – es idéntica: cuando falta un presupuesto, el hecho no es punible por título de delito alguno, aun correspondiendo al previsto en la norma. Es consecuencia de ello, que los presupuestos del hecho, en cuanto su falta determina la descriminalización del hecho, *«pueden considerarse como condiciones de la ilegitimidad de éste»*³⁷⁴.

Sin embargo, contrariamente a lo que sostiene el ilustre Maestro, nos parece que la falta de los denominados presupuestos del hecho implica, necesariamente, la imposibilidad de la verificación del mismo, es decir, que no se trata de simples condiciones de ilegitimidad, sino de verdaderas condiciones necesarias para su existencia.

Piénsese, para empezar, en los presupuestos materiales, sea que deriven de actos jurídicos, o bien de meras situaciones de hecho, subjetivas u objetivas.

Sin duda, en todos los ejemplos *supra* recordados, cuando faltan los denominados presupuestos del hecho no es aplicable sanción alguna, pero la razón de tal inaplicabilidad consiste, precisamente, en la inexistencia del hecho.

Así, si falta la gravidez, no puede verificarse el hecho que constituye el delito de aborto; si las sustancias son genuinas, no puede existir la venta de sustancias no genuinas, pero existe, únicamente, un acto de compraventa lícito y normal; si no se trata de papel sellado falsificado, no puede existir el hecho constitutivo del delito del artículo 270, pero podrá existir, a su vez y por la presencia de otros presupuestos, un hecho delictivo distinto, por ejemplo, aquél previsto en el artículo 274 del Código penal.

Y la ejemplificación podría continuar: si falta la preexistencia de un matrimonio precedente (presupuesto material resultante de un acto jurídico), también falta, necesariamente, el hecho constitutivo de la bigamia, que ya no consiste en contraer un matrimonio, sino en contraer un segundo en pendencia del primero; si falta la custodia previa de la cosa, también faltará, necesariamente, el hecho constitutivo del delito de apropiación indebida, etc.

En pocas palabras, los denominados presupuestos materiales del hecho, son los elementos materiales antecedentes a la acción y necesarios para su existencia. Por lo tanto, su falta torna necesariamente imposible la verificación del hecho tal como está previsto en

³⁷⁴ MANZINI, op. et loco citis.

la norma legal. Más específicamente, la falta de los denominados presupuestos materiales del hecho repercute, ora sobre la acción, ora sobre el resultado, tornando imposible, sea la comisión de una acción típica, esto es, correspondiente al tipo legal, sea la verificación del resultado, es decir, la lesión del interés protegido.

4. Seguros de este primer resultado, pasamos, en seguida, a examinar los denominados presupuestos jurídicos.

La situación no muta: también los denominados presupuestos jurídicos del hecho son, como los materiales, antecedentes necesarios para la existencia del hecho mismo. Sin ellos, el hecho no puede existir; específicamente, no puede cometerse la acción o no puede verificarse el resultado.

Tratemos de demostrarlo.

El ejemplo más típico de este género de presupuestos estaría constituido, según la doctrina dominante, por las normas penales en blanco. Se dice que la preexistencia de las reglas de Derecho o de los actos administrativos particulares a que se refieren tales normas, constituyen el más evidente presupuesto jurídico del hecho. Piénsese, por ejemplo, en la contravención prevista en el artículo 434 del Código penal: sin la preexistencia de una orden o providencia de la autoridad competente tal delito, evidentemente, no puede existir.

Hasta aquí no hay lugar para discusiones. Sin embargo, el disenso surge a continuación, cuando se investiga la razón por la que el delito no existe. Para nosotros el delito no existe porque no existe el hecho que lo concreta; para Manzini, en cambio, el hecho existe, pero no constituye delito por la falta de un presupuesto de la ilegitimidad del hecho mismo³⁷⁵.

Ahora bien, en el caso en examen, si la opinión del ilustre jurista fuese exacta, la orden o la providencia de la autoridad competente constituirían un elemento normativo verdadero, ya que de su existencia dependería la calificación jurídica del hecho, la licitud o la ilicitud de la acción.

En este caso, por lo tanto, no deberíamos sino repetir las críticas ya dirigidas a la doctrina de Massari: la ilegitimidad del hecho constitutivo de delito es un efecto de la incriminación y no un presupuesto del delito o un elemento constitutivo suyo.

Por lo demás, para demostrar que no nos encontramos frente a un elemento normativo basta recordar, una vez más, que el error sobre la existencia de la orden o providencia de la autoridad competente hace faltar la punibilidad del hecho³⁷⁶, mientras que

³⁷⁵ MANZINI, op. et loco citis.

³⁷⁶ MANZINI, *Trattato*, vol. 9, p. 31.

el error sobre la ilicitud de la conducta, por la taxatividad del artículo 44 del Código penal, no tiene eficacia eximente alguna.

Ni se objete que en la hipótesis que se discute, el error no recae sobre la norma penal sino sobre el acto administrativo a que se refiere dicha norma, porque si la ilegitimidad del hecho depende de la existencia del acto administrativo, en otras palabras, si éste representa un elemento normativo verdadero, ya no sería posible distinguir los dos elementos que, desde el punto de vista lógico y jurídico, constituirían una unidad verdadera.

En verdad, la norma penal resultaría de la fusión íntima de la regla del artículo 434 del Código penal con el acto de la autoridad competente, mientras ninguna de las dos partes, considerada separadamente, tendría eficacia normativa, salvo que no se quiera distinguir, con Binding, entre norma y ley penal.

Por lo tanto, sería vana la objeción, ya que la obligación perentoria de la conciencia del Derecho se extiende no sólo a la ley penal, sino además a todos los elementos que acceden al *praeceptum juris* y de los que, en último análisis, resulta el precepto³⁷⁷. En otras palabras, el error de Derecho puede valer como excusa «*cuando no recae sobre el Derecho objetivo, sino sobre estados o circunstancias que no son leyes, sino condiciones de hecho. No es la ignorancia de la ley no penal que favorece, sino otras circunstancias que no tienen una verdadera relación con la existencia y la obligatoriedad de una ley cualquiera*»³⁷⁸.

Es consecuencia de ello que la doctrina y la jurisprudencia no tienen razón cuando afirman que para la contravención del artículo 434 de parte del que rehúsa obedecer, se requiere el conocimiento de la existencia de la orden o providencia de la autoridad competente o, por el contrario, es necesario admitir que nos encontramos frente a un elemento normativo. Pero entonces, la orden o la providencia de que se trata, muy lejos de constituir una condición para la ilegitimidad del hecho, representan, precisamente, un presupuesto para su existencia.

Y, en efecto, considerados en sí mismos, desde el punto de vista del Derecho penal, carecen de todo valor: son actos de la Administración pública de los que no deriva obligación jurídica alguna³⁷⁹.

³⁷⁷ MASSARI, *Le dottrine generali*, cit., p. 151; MANZINI, *Trattato*, vol. 2º, p. 30 y ss. *Contra*, la equiparación entre error de Derecho extra penal y error de hecho, *vid.*, luego, en la bibliografía alemana, LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 249; GERLAND, op. cit., p. 105; FRANK, op. cit., p. 175 (pero con limitaciones); LAMMASCH-RITTLER, op. cit., p. 116 y ss.; KOEHLER, op. cit., p. 298 y ss.; CALKER, op. cit., p. 48; etc.

³⁷⁸ MANZINI, *Trattato*, vol 2º, p. 30; WACHENFELD, op. cit., pp. 157 y 159 «*Tatirrtum ist auch der Irrtum über tatsächliche Rechtsverhältnisse*»; KOEHLER, op. cit., p. 291 y ss. Cfr., luego, en un sentido substancialmente idéntico, DOHNA, *Recht und Irrtum*, cit., p. 20, que contrapone el error sobre los elementos del hecho (*Tatbestandmerkmale*) con el error sobre la existencia de la prohibición, (*Verbotensein*), y denomina error de hecho al primero y error de Derecho al segundo.

³⁷⁹ MANZINI, *Trattato*, Vol. 2º, p. 26: «*respecto de las órdenes de la autoridad no se puede polemizar sobre el error de Derecho, porque esos preceptos no son reglas jurídicas, sino actos administrativos. En estos casos, el error apreciable penalmente es el que recae sobre el deber de obediencia a la orden, pero se reduce a un error sobre circunstancias o condiciones de hecho*».

«En efecto, cuando la ley conmina una pena para el que transgrede una orden de la autoridad de policía, sólo la ley instituye la obligación de obediencia. Sin tal disposición jurídica, en un Estado constitucional no se puede hablar de un deber jurídico genérico de obediencia, ya que el mandato de la orden de policía no crea obligación alguna, pero debe considerarse, pura y simplemente, como un acto administrativo mediante el que la obligación jurídica, ya instituida legislativamente, se torna activa»³⁸⁰.

La norma jurídica está contenida, íntegramente, en la disposición del artículo 434 del Código penal. Por el contrario, en un Estado no constitucional, la regla del artículo 434 parecería superflua. Las órdenes de las autoridades administrativas, tendrían eficacia vinculante en sí mismas y, en realidad, una disposición genérica como aquella en examen no tendría eficacia normativa alguna.

Por tanto, para ser coherentes es necesario afirmar que el mismo nombre de leyes penales en blanco, a lo menos en estos casos, es manifiestamente impropio. No es posible detenerse a mitad de camino, como hace Kelsen. Establecido el principio de que sólo la norma legislativa es relevante desde el punto de vista jurídico, ya no es posible sostener, con un evidente retroceso a la doctrina dominante, que el contenido de estas normas se torna variable por la misma expresión de ley, mientras la forma queda constante e inmutada. La contraposición entre forma y contenido de la norma no tiene fundamento alguno.

En efecto, si fuese verdad que la orden o la providencia de la autoridad competente tienen el efecto de modificar el *Tatbestand* del delito, al mismo tiempo, también modificarían la norma, ya que en la doctrina de Kelsen el *Tatbestand* representa una condición de la voluntad del Estado; brevemente, representa una condición de la norma.

Por lo tanto, la verdad es distinta: la orden o la providencia de la autoridad competente no instituyen ni modifican la descripción del hecho.

Cierto es que si no existe una orden ni una providencia, la norma del artículo 434 del Código penal tampoco tiene posibilidad de aplicación; queda, por decirlo así, inoperante. Sin embargo, análogamente, queda inoperante la norma del artículo 417, si falta la custodia o la entrega de la cosa sustraída; la del artículo 428, si el propietario del fundo no ha hecho uso de la prohibición de caza, etc. No hay diferencia de especie alguna entre ambos casos, ya que si la orden o providencia carecen de eficacia normativa – como ya se ha demostrado –, es preciso admitir que su función, pura y simplemente, es la de un extremo del hecho, mediante el que la obligación jurídica, ya instituida por la ley, se torna activa. Brevemente: o son ley o son hecho, ya que, conceptualmente, un tercer género no es admisible.

Ni se objete que en los ejemplos arriba recordados, la acción delictuosa está descrita y prevista en la norma legal, mientras que en el caso del artículo 434 del Código penal,

³⁸⁰ KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., p. 288.

solamente está prevista en la norma y descrita por el acto administrativo. Si se reflexiona debidamente, la descripción del hecho delictuoso, es decir, la determinación del *Tatbestand* del delito, no falta ni siquiera en la hipótesis del artículo 434 del Código penal. Se trata, ciertamente, de una descripción genérica, ya que la acción delictuosa no viene caracterizada sino como «trasgresión» de una orden o de una providencia de la autoridad competente. ¿Pero qué importa? ¿Acaso no es igualmente genérica la descripción de la acción constitutiva del delito de apropiación indebida o la del ejercicio arbitrario de las propias razones?

El que se apropia de la cosa que se le ha entregado en custodia por un título que importa la obligación de restituirla, dice el artículo 417, es culpable de apropiación indebida. Pero poco importa que se trate de esta o de aquella cosa, de este o de aquel título.

Ahora bien, la misma conclusión vale también para el artículo 434 del Código penal. El que transgrede una orden o una providencia de la autoridad competente – como la ley – debe responder penalmente; sin embargo, poco importa que se trate de esta o aquella orden, de esta o aquella providencia. Poco importan, en otras palabras, las modalidades de la acción: basta que la acción pueda caracterizarse como trasgresión de una orden. Por lo tanto, también en el caso del artículo 434, la descripción del hecho debe considerarse completa y la orden o la providencia de la autoridad competente no modifican ni describen el *Tatbestand* del delito, sino que se limitan, simplemente, a tornar posible su comisión.

Por lo tanto, no nos encontramos frente a una condición para la ilegitimidad del hecho, sino, propiamente, frente a un elemento indispensable para su existencia.

Pues bien, adaptándolo a los casos individuales, el mismo razonamiento debe ser repetido para todos los otros presupuestos jurídicos del hecho.

No haremos repeticiones. Sin embargo, no podemos dejar de observar que si el elemento que se designa como presupuesto del hecho en algún caso particular, antes que de verdadera condición para la existencia de éste, funge, efectivamente, como una condición para su ilegitimidad, ellos lejos de tornar equívoca nuestra tesis, nos permite afirmar rotundamente que no nos encontramos frente a un elemento de hecho, sino, más bien, frente a un elemento normativo verdadero y, precisamente, frente a una condición de la antijuridicidad.

Así, desde nuestro punto de vista, sería impropio afirmar que el hecho previsto en el artículo 443 tiene como presupuesto la obligación de la licencia. Una obligación de la licencia, en sí y por sí, no existe; sin embargo, en la hipótesis en examen, existe en tanto en cuanto se quiera ejecutar el hecho previsto en el artículo 443: el despacho o la distribución, en lugar público o abierto al público, de estampados, dibujos o manuscritos.

En otras palabras, existe la obligación de no despachar o distribuir, en lugar público o abierto al público, estampados, dibujos o manuscritos, sin licencia de la autoridad, cuando tal licencia sea requerida por la ley. Por lo tanto, lejos de ser un presupuesto jurídico del

hecho, la existencia de esta obligación constituye la esencia misma de la norma; es el imperativo cuya violación da vida al delito. Por lo tanto, en este caso nos encontramos frente a una norma en blanco propiamente tal, ya que ni la regla del artículo 443, ni las disposiciones de Derecho administrativo que prescriben la obligación de la licencia, tienen eficacia normativa por sí solas. Aquélla, conmina una sanción; éstas, sancionan el precepto, y, por consiguiente, la norma resulta de su íntima fusión. Más precisamente aun, la regla del artículo 443 contiene la descripción del hecho y la conminación de una pena para el que lo concrete ilegítimamente. Pero considerada en sí y por sí, la comisión de tal hecho no es ni lícita ni delictuosa; pero será lícita o delictuosa según exista o no la obligación de no cometerlo. Ahora bien, si existe la ilegitimidad del hecho o, en otras palabras, si existe la obligación de no cometerlo, ello viene declarado por las disposiciones administrativas a que hace explícita remisión la regla del artículo 443. Por tanto, en ellas se contiene, propiamente, el elemento preceptivo de la norma.

La comprobación de nuestro aserto viene dada por el hecho de que el error o la ignorancia sobre las disposiciones jurídicas de Derecho administrativo que prescriben la obligación de la licencia en las hipótesis individuales concretas, no tienen eficacia eximente alguna, como concordemente se reconoce³⁸¹. Que el agente ignorase estas normas, poco importa; su error no lo favorece, ya que la esencia del delito cometido por él, consiste propiamente en la trasgresión de la obligación que deriva de ella. En casos de este género, si el error pudiese excusar, el Derecho objetivo sería puesto en duda en toda su fuerza, ya que aquí están en juego, precisamente, la existencia y la obligatoriedad de las normas de ley.

Por otra parte, para una mejor clarificación de la diferencia entre este caso y el indicado precedentemente, se puede observar que el hecho descrito en el artículo 443 (despacho o distribución, en lugar público o abierto al público, de dibujos, estampados o manuscritos) puede sin duda verificarse, sea que exista una disposición administrativa que prescriba, para algunos casos, la obligación de la licencia, sea que no exista. Pero, mientras en el primer caso el hecho es lícito, en el segundo es ilícito; en otras palabras, en los casos individuales concretos, la falta de semejante disposición funciona como una causal de licitud de la acción, ya que el hecho, aun quedando idéntico al previsto en el modelo legal, no está desaprobado en concreto por el ordenamiento jurídico. Más brevemente, falta esa relación de contradicción entre un hecho y una norma en que consiste esencialmente el ente jurídico delito, ya que falta la violación de un precepto de ley.

En cambio, en la hipótesis del artículo 434, si falta la orden de la autoridad competente, ni siquiera puede existir un hecho correspondiente al modelo legal, ya que en defecto de la orden, ningún hecho podría caracterizarse como trasgresión de ella. Entonces, la falta de la orden o de la providencia de la autoridad competente, antes que funcionar

³⁸¹ Cfr., por todos, MANZINI, *Trattato*, vol. 9º, p. 99.

como una causal de licitud de la acción, torna imposible la verificación del hecho mismo. En efecto, dada la imposibilidad de determinar abstractamente todos los hechos que pueden formar objeto de una orden o de una providencia de la autoridad, si se quisiese desatender nuestra opinión, sería necesario admitir que cualquiera que sea el hecho que se cumpla, responde al modelo previsto en el artículo 434 del Código penal, si bien queda impune por la falta de la orden. La evidente inadmisibilidad de esta conclusión nos provee, así, la confirmación de la exactitud de la distinción ya desarrollada.

Por lo tanto, una cosa es hablar de los denominados presupuestos – jurídicos o materiales – del hecho; otra, de las condiciones de ilegitimidad del hecho mismo. Los primeros son elementos de hecho; las segundas, elementos normativos. Aquéllos pertenecen a la doctrina del *Tatbestand*; éstas, a la doctrina de la antijuridicidad.

Sin esta distinción la teoría del error parece una cumbre inaccesible y los esfuerzos de la más hábil dialéctica no lograrían superar la dificultad de remontarla.

Tampoco debe parecer extraño que los denominados presupuestos jurídicos del hecho sean también considerados por nosotros como elementos de hecho.

La contraposición entre hecho y Derecho no es absoluta, sino relativa, en el sentido de que también el Derecho, cuando no está en juego su eficacia normativa, termina por constituir un hecho entre los hechos. La exactitud de esta aseveración ha sido puesta a la luz agudamente por Rocco³⁸², cuando ha observado que la norma penal puede tutelar un determinado interés, ora como Derecho, ora como simple interés. En efecto, en el primer caso, es evidente que las normas extra penales, que transforman mi interés de hecho en interés jurídico y, más precisamente, en un derecho subjetivo, no vienen consideradas por la norma penal como normas, sino como hechos, en cuanto constituyen el antecedente indispensable para la existencia del objeto de la tutela.

Así, para proteger un interés de hecho mío, por ejemplo el interés al goce exclusivo de una cosa, la ley civil pone a mi servicio su imperativo jurídico, su potestad de coacción. De esta manera, ella transforma mi interés de hecho en un interés jurídico y, precisamente, en un derecho subjetivo: interés protegido mediante la atribución a mi voluntad del poder de realizarlo. Luego, para proteger la situación jurídica en la que ahora me encuentro respecto al mismo interés, interviene la ley penal, conminando una pena para el que se apodere, *invito domino*, de mi cosa. En este caso, el objeto de la tutela penal ya no es el interés de hecho, sino el interés jurídico, el derecho subjetivo. La ley civil ha determinado la esfera de lo mío y me ha hecho árbitro de ella; la ley penal encuentra esta esfera determinada y la protege contra los ataques ilícitos de terceros. Por lo tanto, la atribución de las cosas individuales a este o a aquel sujeto jurídico, hecha precedentemente por las normas de Derecho civil, viene considerada por la norma penal como un simple hecho. Ello también explica por qué el error sobre la ajenidad de la cosa sustraída, como se reconoce

³⁸² ROCCO, op. cit., p. 560 y ss.

concordemente, puede valer como excusa. La ajenidad de la cosa sustraída, en efecto, sería uno de los denominados presupuestos jurídicos del delito de hurto; si falta tal carácter, viene a faltar, al mismo tiempo, el hecho delictuoso.

5. Según la teoría de Manzini, de los presupuestos del hecho se distinguen los presupuestos del delito. Y la razón de la distinción descansa, esencialmente, sobre dos órdenes de motivos: a) los denominados presupuestos del hecho podrían resultar así de elementos jurídicos como de elementos materiales, mientras los denominados presupuestos del delito siempre resultarían de elementos jurídicos; b) la falta de un presupuesto del hecho anularía radicalmente la antijuridicidad del hecho mismo, que no podría ser castigado por título de delito alguno, mientras que la falta de un presupuesto del delito no quitaría la antijuridicidad del hecho, pero determinaría, solamente, la traslación de éste en un título delictuoso distinto.

Sin embargo, si las precedentes observaciones deben considerarse exactas, la primera diferencia, en nuestro concepto, no existe. Y, en efecto, no tiene importancia alguna que el presupuesto resulte de un elemento jurídico o de un elemento material, si los denominados presupuestos jurídicos también deben ser considerados de la misma manera que los materiales, si son también ellos elementos de hecho.

Por otra parte, la traslación de un hecho de uno a otro título delictuoso, puede depender, no sólo de la preexistencia de elementos jurídicos, sino también de la preexistencia de elementos materiales. Así, es un presupuesto material del título delictuoso previsto en el artículo 270 del Código penal, que se trate de papel sellado falsificado, y no de papel sellado genuino reintroducido abusivamente a la circulación, ya que, en este último caso, el hecho sería castigado según el artículo 274 del Código penal. Por tanto, un buen motivo para comprender entre los presupuestos del delito solamente los elementos jurídicos que determinan la traslación del hecho de un título delictuoso a otro, y no también los elementos materiales que cumplen la misma función y no son menos numerosos que los primeros. Continuando con los ejemplos, es un presupuesto material del título delictuoso específico previsto en el artículo 274 del Código penal, que se trate de un pasaje ferroviario ya usado: si tal presupuesto falta, el título específico viene a caer, pero el hecho no cesa de ser punible, porque interviene el artículo 413 del Código penal; es un presupuesto del delito del artículo 429 del Código penal, que se trate de animales vivos, pero si tal presupuesto viene a faltar, no falta el delito, y solo ocurre la transferencia de éste bajo el título genérico del artículo 424 del Código penal.

Más aún: la inscripción de los registros del estado civil es considerada por Manzini³⁸³ como un presupuesto material positivo del delito de supresión de estado civil: ¿por qué motivo no se debería entonces considerar la falta de tal inscripción como un presupuesto material negativo del delito de infanticidio? Es verdad que el ilustre Maestro no reconoce en el delito de infanticidio un delito en sí mismo³⁸⁴, distinto del homicidio, pero también esta tesis puede quizás, a nuestro aviso, ser desatendida, si se considera que el título del delito resulta «*de la objetividad jurídica específica de la incriminación, de los eventuales presupuestos y condiciones de punibilidad del delito, de los elementos constitutivos del mismo y de su condición particular*»³⁸⁵. Establecido esto, otro presupuesto material del delito de infanticidio está constituido, sin duda, por el hecho de que el infante no debe tener más de cinco días de vida; si tal presupuesto falta, no falta la subsistencia del delito, sino que sólo se determina la traslación del hecho bajo un título delictuoso distinto.

Brevemente: también los presupuestos del delito, a la misma manera de los del hecho, pueden estar constituidos así por elementos jurídicos, como por elementos materiales.

Por lo tanto, en nuestro concepto, la primera razón de distinción entre presupuestos del delito y presupuestos del hecho es inexistente. Quedaría la segunda, pero nos parece que ella tampoco puede considerarse fundada.

Lo que depende de la preexistencia de los presupuestos del delito ya no es, como considera Manzini, la existencia del título delictuoso particular, sino, más propiamente, la existencia del hecho en tal título previsto. Los presupuestos del hecho no son, por lo tanto, simples elementos lógico-jurídicos del título delictuoso, sino elementos materiales o jurídicos que condicionan la subsistencia del hecho descrito por un título delictuoso particular. Por tanto, si falta el así denominado presupuesto, falta también el hecho, así como previsto en el título que se considera.

Lógicamente es en efecto inconcebible que el idéntico hecho esté previsto contemporáneamente por dos normas distintas: a normas penales distintas no pueden corresponder hechos delictuosos diferentes.

Ni se objete que nuestra afirmación está contradicha explícitamente por una disposición expresa de la ley, específicamente por el artículo 78 del Código penal, que presupone el concurso de varias leyes sobre un mismo hecho. Tal concurso es simplemente aparente: en realidad, de las dos o más normas que se dicen concurrentes, una, y una sola, corresponde exactamente al hecho delictuoso integralmente considerado.

Así, frente a un homicidio consumado es inexacto afirmar que el hecho delictuoso en que el delito consiste viola contemporáneamente la norma del artículo 364 y la del tentativo de homicidio. Si se considera el hecho en su integridad, comprendida la

³⁸³ MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 430.

³⁸⁴ MANZINI, *Trattato*, vol. 7º, p. 42.

³⁸⁵ MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 424.

producción del resultado, la norma que lo prevé es únicamente la primera. Respecto del hecho constitutivo del delito consumado, aquel previsto en la tentativa, en efecto, es un *minus*, que lógicamente queda excluido por el cumplimiento de lo más.

Además, la misma situación jurídica se produce en el delito más grave respecto al menos grave, en la tentativa de un delito-fin respecto a la consumación de un delito medio, etc. En todos estos casos, único es el hecho y única es la norma: el pretendido concurso de leyes se demuestra, a primera vista, aparente³⁸⁶.

El principio del artículo 78 del Código penal vale, sin embargo, también en otros casos. Precisamente, como escribe Alimena³⁸⁷, en todos los que, *«aún queriendo una sola lesión, no sea posible no producir más de una, y cuando para producirlas, habiendo querido solo una de ellas, sea superfluo querer también las otras»*.

Pero en estos casos, cuando el término hecho es asumido en su significado jurídico más propio, el hecho no es uno sino múltiple, ya que múltiples son los resultados que ha producido. Así, la unión carnal con la propia descendiente casada no da lugar a un hecho único, sino a dos hechos distintos: el adulterio y el incesto. La unidad de la pena no deriva de la unicidad del hecho, sino, más propiamente, de la unicidad de la acción, de la relación de necesidad que intercede entre la determinación volitiva única y la pluralidad de las violaciones.

Ni es decisiva la objeción que en otros casos se debe dar lugar al concurso material de delitos a pesar de la unicidad de la acción; por ejemplo, que no es llamado a responder sólo por homicidio el que, con un único disparo, mata una persona y hiere otra, sino por homicidio consumado y por una tentativa de homicidio. La dificultad se resuelve fácilmente, porque en estos casos la unicidad de la acción sólo es aparente. Para ser más precisos, se tiene una acción materialmente única, pero subjetivamente múltiple, porque la voluntad que la presidía está dirigida a alcanzar dos o más resultados distintos. De los dos momentos que constituyen la acción, el material sólo es único; el otro, el psíquico, es dúplice. No se puede hablar de unidad verdadera.

Por lo demás, la afirmación de que incluso los denominados presupuestos del delito constituyan otros tantos precedentes materiales o jurídicos para la existencia de un hecho particular, además que resultar, deductivamente, de las argumentaciones desarrolladas recientemente, encuentra su confirmación más explícita en las observaciones de los hechos.

Bastaría observar, para convencerse de ellos, que el mismo elemento: por ejemplo, la calidad personal del público oficial, puede constituir, como observa Manzini, *«ora un presupuesto del delito (cuando la falta de éste transfiere el hecho a otro título delictuoso; por ejemplo, del peculado a la apropiación indebida), ora un presupuesto del hecho*

³⁸⁶ Que en este caso el concurso de leyes sea solamente aparente, es ya generalmente reconocido. Vid., por todos, LISZT-SCHMIDT, op. cit., p. 343 y ss.

³⁸⁷ ALIMENA, *Del concorso di reati e di pene*, en *Enciclopedia* de PESSINA, Vol. 5, p. 468; MANZINI, *Trattato*, Vol. 2º, p. 410; vid., luego, MASSARI, *Le dottrine generali*, cit., p. 233: *«el hecho único está dado por la relación de necesidad que intercede entre la acción y la violación múltiple»*

(cuando la falta de éste discrimina el hecho de modo absoluto)»³⁸⁸. Precisamente, en nuestra opinión, constituye un presupuesto del hecho cuando su falta torna imposible la verificación de un hecho delictuoso cualquiera, y un presupuesto del delito cuando su falta torna imposible la verificación de un hecho delictuoso descrito en un título particular. En nuestro concepto, el mismo elemento no puede cumplir dos funciones diversas; no puede ser, una vez un antecedente necesario para la existencia del hecho y otra un antecedente lógico-jurídico para la existencia del título.

Por lo demás, que el hecho constitutivo del peculado y el constitutivo de la apropiación indebida no puedan considerarse idénticos, en nuestro concepto, parece demostrable de otra manera. En cierto sentido la acción es idéntica, pero, sin duda, es distinto el resultado, ya que mientras la apropiación indebida constituye, pura y simplemente la lesión de un interés patrimonial privado, en el peculado, junto a esta lesión, existe incluso una segunda, la que caracteriza al peculado como delito contra la Administración pública.

Por otra parte, incluso estos pretendidos elementos lógico-jurídicos se resuelven en elementos de hecho. Y, en verdad, un peculado puede existir en tanto en cuanto la cosa sustraída haya sido entregada por razón del cargo en administración, **esazione** o custodia al culpable, y éste no es un simple antecedente del título, sino también, sin duda, un elemento de hecho. Ahora bien, si este antecedente falta, también falta necesariamente el título delictuoso que se considera.

Cierto es que no se debe desconocer que el peculado presupone lógicamente un elemento normativo particular, en cuanto el que comete un peculado, viola no solo la obligación de no apropiarse indebidamente de las cosas ajenas, sino también la obligación que le impone la naturaleza de su oficio; sin embargo, al mismo tiempo, se debe reconocer también que el peculado presupone, necesariamente, un elemento del hecho determinado además de este elemento normativo particular.

Por tanto, en nuestra modesta opinión, en la teoría de Manzini existe un defecto de perspectivas. Se toma en cuenta el elemento preceptivo cuyo tratamiento debería encontrar lugar en la doctrina de la antijuridicidad y, en cambio, se desatiende ese elemento de hecho que constituye, solo él, el presupuesto indispensable del delito. Tanto es así que, en otros casos, la subsunción de un hecho en este u otro título delictuoso particular depende, únicamente, de un elemento de hecho, que no se acompaña con valor normativo alguno. Piénsese, por ejemplo – y continuamos sirviéndonos de los ejemplos aducidos por Manzini – en el delito previsto en el artículo 471 del Código penal: «*el que haya participado en el diseño o la construcción de un edificio, si éste se derrumba por su negligencia o impericia, sin producir peligro para la seguridad ajena, es castigado*» etc. La falta de peligro para la

³⁸⁸ MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 427.

seguridad ajena, según Manzini, sería un presupuesto del delito, ya que, si tal peligro se verifica debería recibir aplicación el artículo 311 del Código penal en vez del artículo 471.

Mas el peligro – se admitirá fácilmente – no es un elemento lógico-jurídico. Según la enseñanza de la doctrina objetiva, la aptitud de la conducta para producir el resultado lesivo, o bien, según la enseñanza de la doctrina subjetiva, un *ens imaginationis*, constituido, en último análisis, por la sensación del peligro. Sin duda, es un elemento de hecho en ambos casos, ya que ciertamente tales son, también, las representaciones de nuestra mente.

Y los ejemplos podrían multiplicarse. Así, el hecho previsto en el artículo 307 del Código penal presupone un incendio o el peligro de un incendio, una inundación o el peligro de una inundación, etc., y estos no son elementos jurídicos, sino, indudablemente, elementos de hecho.

Sin su preexistencia, el delito no podría existir, porque evidentemente no puede existir el resultado que lo concreta: el peligro contra la pública incolumidad. Únicamente podría existir el hecho constitutivo del delito de daño, pero éste, respecto al primero, un hecho delictuoso distinto, un *minus* respecto a lo más.

Por el contrario, me parece impropio reconocer un presupuesto del delito en la acción contraria a la actividad represivo-preventiva del incendio³⁸⁹, ya que la acción no es un presupuesto, sino un elemento esencial e indefectible del hecho delictuoso. Quizás Manzini simplemente quería observar que, para la existencia del delito del 307, es necesario que la acción tenga una condición característica particular, es decir, es necesario que resulte contrastada con la actividad represivo-preventiva del incendio. Pero tal carácter implica necesariamente un estado de hecho distinto del que constituye el simple daño; en otras palabras, implica la posibilidad de un peligro para la incolumidad pública.

Más aún: para Manzini, un presupuesto de un título delictuoso determinado es la falta de participación en otro delito³⁹⁰; mientras que, en nuestra opinión, la traslación del título delictuoso implica, una vez más, un hecho delictuoso distinto. Piénsese, por ejemplo, al delito de encubrimiento. Para exista, es necesario, indiscutiblemente, que el encubridor no haya tomado parte en la ejecución del delito precedente, ni como coautor, ni como cómplice. Pero, en nuestro concepto, parece indiscutible que el hecho constitutivo del delito de encubrimiento representa un hecho delictuoso distinto de los hechos de complicidad o de coautoría en el delito precedente. Por tanto, cuando se afirma que el mismo hecho puede constituir, ora un acto de complicidad, ora el delito de encubrimiento, dependiendo de si ha sido cometido con o sin concierto previo, se hace una afirmación probablemente inexacta, a pesar de la exactitud de la conclusión que, prácticamente, deriva de ella. Incluso el concierto previo es, indiscutiblemente, un hecho y, por tanto, para constituir el hecho de

³⁸⁹ MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 428.

³⁹⁰ MANZINI, *op. et loco citis*.

complicidad, no basta un simple acto de encubrimiento, sino que es necesario, además, el concierto previo o, para usar las palabras de la ley, la promesa de asistencia o de ayuda por prestarse después del delito. Más bien, en último análisis, solo este hecho es el esencial; el otro, el acto de encubrimiento, es un algo más que puede acceder eventualmente al hecho de la promesa, pero que, desde el punto de vista jurídico, está despojado de toda relevancia. Es un elemento de hecho, pero no también un extremo del hecho.

Por otra parte, siguiendo por este camino y queriendo ser rígidamente consecuentes, se corre el riesgo de llegar a sostener que un presupuesto del título delictuoso previsto en el artículo 402 del Código penal, es que el hurto no sea violento, etc. En otras palabras, se corre el riesgo de convertir la falta de los elementos constitutivos de un delito cualesquiera en presupuesto jurídico para la existencia de un título delictuoso distinto. La diferencia entre el ejemplo aducido por nosotros y el examinado precedentemente, en definitiva, no es sino una diferencia de grados.

Por lo tanto, en nuestro concepto no se puede sostener que la falta de participación en otro delito constituya un presupuesto del delito de encubrimiento o de receptación, pero es necesario afirmar, resueltamente, que no nos encontramos, en modo alguno, en presencia de un presupuesto.

Concluyendo: si los denominados presupuestos del hecho son los antecedentes materiales o jurídicos necesarios para la existencia del hecho mismo; si los denominados presupuestos del delito pueden estar constituidos, también, no sólo por elementos jurídicos, sino tanto de elementos jurídicos cuanto por elementos materiales; finalmente, si del mismo modo que los presupuestos del hecho, también los presupuestos del delito constituyen elementos antecedentes e indispensables para la existencia de un hecho delictuoso determinado, se puede afirmar, sin más, que entre presupuestos del hecho y presupuestos del delito no existe diferencia de especie alguna. La diferencia no está en los presupuestos, sino en el hecho (genérico o específico, mayor o menor etc.), y, por ende, en la norma; sin embargo, la naturaleza de los así denominados presupuestos es idéntica, e idéntica, al mismo tiempo, su función.

6. ¿Pero qué son, particularmente, estos denominados presupuestos? Son – hemos dicho – elementos de hecho, jurídicos o materiales, preexistentes a la acción delictuosa y cuya preexistencia es una condición necesaria porque el hecho delictuoso exista.

Si faltan, no es posible la comisión de una acción típica, es decir, correspondiente al modelo legal descrito en la norma, o no es posible la verificación del resultado que constituye el momento consumativo del hecho delictuoso.

Partiendo de esta definición genérica, tratemos, si es posible, de determinarlos específicamente.

El mismo intento ha sido hecho recientemente por Marsich³⁹¹ mas, en nuestra opinión, con escaso resultado, ya que incluso su construcción está viciada por la confusión habitual entre elementos normativos y elementos del hecho. Y, en verdad, si bien Marsich, en un primer momento, afirmó que en la doctrina general del delito era necesario distinguir: a) los requisitos cualitativos, b) los requisitos sustantivos (elementos constitutivos), c) los requisitos accesorios (circunstancias), d) los presupuestos; es decir, si bien en un primer momento diferenció los elementos normativos o cualitativos del delito de los elementos del hecho, observando exactamente que los elementos cualitativos dependen no tanto del contenido intrínseco del delito, cuanto del juicio de valor o de desvalor que se hace sobre este contenido intrínseco, y están constituidos, pues, por la licitud y por la punibilidad, en un segundo momento perdió de vista este seguro criterio de distinción, comprendiendo entre los presupuestos del hecho también la existencia de la norma, de la que depende la calificación de licitud y de punibilidad y que, por tanto, según su doctrina, terminaría por tener una naturaleza bifronte: la de requisito cualitativo y de presupuesto del delito³⁹². La crítica de tal concepción resulta de lo que hemos ya dicho y haremos repeticiones.

Más bien, conviene detenernos un momento a destacar como Marsich, además de no diferenciar entre elementos normativos y elementos del hecho, tampoco distingue entre elementos del hecho y elementos de la culpabilidad, o, en otras palabras, entre elementos objetivos y subjetivos del hecho delictuoso³⁹³.

Así, la capacidad del sujeto activo del delito no es, o no es propiamente, un presupuesto del hecho; es, si se quiere, un presupuesto de la culpabilidad, ya que, si esta condición subjetiva no existe, o sea, si no consiste en una actitud normal de querer y de conocer, ninguna acción, puede ser referida penalmente al sujeto. Pero, sin duda, no es un presupuesto del hecho, ya que el hecho, en su materialidad, existe también si falta la capacidad.

Objetivamente considerados, la acción y el resultado constituyen un hecho perfectamente correspondiente al previsto en el tipo legal y si quedan impunes es porque, faltando la capacidad, falta la culpabilidad: el elemento psíquico del injusto penal. Dígase, entonces, si se quiere, que la capacidad es un presupuesto de la culpabilidad, pero no se hable más de presupuestos del delito, confundiendo en una única categoría elementos heterogéneos, que conciernen, los unos a la valoración jurídica del hecho, los otros a la consideración del elemento subjetivo, los terceros, en fin, al estudio del delito como ente material de hecho. Entre elementos de este género no puede haber principio común alguno, y su reunión en esta categoría única de los presupuestos del delito es extrínseca y arbitraria.

³⁹¹ MARSICH, *Gli elementi costitutivi e i presupposti del reato*, en *Rivista penale*, 1927, p. 105 y ss.

³⁹² MARSICH, op. cit.

³⁹³ MARSICH, op. cit.

Por lo demás, sin detenernos demasiado sobre un argumento que excede los límites del presente trabajo, no se puede dejar de observar cómo la capacidad del sujeto agente, lejos de constituir un presupuesto del hecho, ni siquiera representa, en todos los casos, un presupuesto de la culpabilidad.

Para convencerse de ello, basta reflexionar que, la doctrina dominante, la capacidad de Derecho penal puede faltar, no solo por causas naturales, sino también por causas políticas. El rey o el regente, por ejemplo, no son sujetos capaces de Derecho penal, no porque les falte la aptitud genérica de entender y de querer, sin la que no puede existir la culpabilidad, sino, más bien porque no son titulares de deberes jurídicos penales.

Si la capacidad jurídico-penal presupone, como observa agudamente Manzini³⁹⁴, tanto la aptitud de actuar según la previsión de las consecuencias penales o, en otras palabras, la potencialidad de determinación normal mediante la representación de la pena conminada respecto al hecho prohibido o impuesto por la ley, cuanto la potencialidad de entrar en la relación punitiva según los presupuestos de la pena, en la hipótesis de exclusión de capacidad por causas políticas es este segundo elemento el que falta, mientras que la exclusión de capacidad por causas naturales, en cambio, concierne al primer elemento solamente, incidiendo sobre el segundo sólo de reflejo y, por ende, a la falta del primero.

Se podrá decir, por tanto, que la incapacidad de Derecho penal, ora es un presupuesto de la culpabilidad, ora un presupuesto de la responsabilidad³⁹⁵, pero, en nuestro concepto no se la puede comprender entre los así denominados presupuestos del hecho.

7. En último análisis, estos denominados presupuestos del delito se remiten únicamente al autor del hecho o al objeto del hecho.

Presupuestos generales referibles a todos los delitos, si la verificación de un hecho delictuoso cualquiera está condicionada necesariamente por la preexistencia de un sujeto o de un objeto del hecho; son presupuestos especiales referibles a los delitos particulares, si la verificación de los tipos delictuosos individuales presupone la preexistencia de un sujeto o de un objeto determinado. Entendida en este sentido, la distinción entre presupuestos generales y especiales correspondería perfectamente a la distinción entre elementos constitutivos generales y elementos constitutivos especiales. Es elemento constitutivo general del hecho, la acción o la conducta criminosa; es elemento constitutivo especial una particular acción o conducta criminosa (por ejemplo, matar, pegar fuego, etc.). Análogamente, son presupuestos generales del hecho, el sujeto agente y el interés

³⁹⁴ MANZINI, *Trattato*, vol. I, p. 383.

³⁹⁵ Para MANZINI, debería hablarse, exactamente, de un presupuesto de la imputabilidad (Op. cit., p. 401).

lesionado; son presupuestos particulares, un determinado sujeto agente y un determinado interés lesionado.

Autor del hecho no puede ser sino el hombre. Ni se objete que el mismo hecho, por ejemplo, la muerte de un hombre, puede verificarse tanto por obra de otro hombre, cuanto por obra de una bestia; en ambos casos el hecho es idéntico al descrito en el artículo 364 del Código penal. La objeción es infundada. El artículo 364 del Código penal, al describir el tipo del homicidio, presupone que la muerte de la víctima ocurra por obra de un hombre; el hecho, entonces, es distinto por la diversidad del presupuesto. Para ser más precisos, la muerte de un hombre por parte de una bestia, no sólo no corresponde al hecho descrito en el artículo 364, sino que ni siquiera puede calificarse lógicamente como «hecho», entendido este término en el significado técnico que se le atribuye en el presente trabajo.

En cambio, no es un requisito del hecho la capacidad o la imputabilidad del sujeto agente, ya que la existencia del hecho no está condicionada por la preexistencia de tal elemento. Lo que depende de la capacidad – como hemos dicho – es la culpabilidad, es decir la atribuibilidad del hecho a su autor y su desaprobación jurídica. Pero el hecho existe y corresponde, punto por punto, al tipo legal; sin embargo, faltando la culpabilidad, no es un hecho punible, así como exactamente declara la ley: *«no es punible el que, en el momento de la comisión del hecho, está privado de la conciencia o libertad de los actos propios, debido al estado de enfermedad mental de que adolece»*.

Tampoco es un presupuesto del hecho la calidad personal del agente en los delitos denominados propios, ya que en este género de delitos la preexistencia de una calidad personal determinada del agente condiciona la aplicabilidad de la sanción, y, más precisamente, ora de una sanción cualesquiera (artículo 71 del Código penal), ora de una categoría de sanción determinada (artículo 163 del Código penal: peculado en vez de apropiación indebida).

Por tanto, el tratamiento de este elemento excede la doctrina del hecho y, más bien, se refiere a la doctrina de la antijuridicidad.

En consecuencia, el error sobre la calidad personal del agente no tiene eficacia excusante alguna: el oficial público que, por un acto de su oficio recibe para sí o para otros, en dinero u otras utilidades, una retribución que no le es debida, es culpable de corrupción, y poco importa que conociese o no la calidad que revestía. Por tanto, si se considera la calidad personal en sí misma, tiene razón Manzini: nos encontramos en presencia de un antecedente lógico-jurídico del título de delito.

Mas la preexistencia de una calidad personal del sujeto agente descansa, a su vez, sobre un elemento de hecho del que ella deriva o en que se concreta. Y en tal elemento no puede sino reconocerse un extremo del hecho.

Ni se diga que esta distinción es absurda; que el hecho del que trae vida la calidad personal no es separable conceptualmente de la calidad que deriva de ella. La distinción es

idéntica a la que está en los cimientos de todo nuestro trabajo: es la distinción entre hecho y valoración del hecho.

Así, el nombramiento de un individuo en un determinado cargo es el hecho (jurídico) del cual deriva la calidad de oficial público del agente. Si él conoce ese hecho, la ignorancia sobre la calidad de oficial público no lo excusa, porque nadie puede alegar como excusa la ignorancia de los propios deberes. Por tanto, él no puede defenderse diciendo haber errado sobre la naturaleza de las funciones que se le atribuyeron, de haberlas considerado privadas en vez de públicas.

En cambio, si ignoraba el hecho de que trae origen la calidad personal, bien puede alegarse este error en su defensa, ya que la ignorancia sobre un presupuesto del hecho incide, siempre y necesariamente, sobre el elemento objetivo del injusto. Y poco importa que se trate de error de derecho o de error de hecho. Supongamos, para dar un ejemplo más académico que real, que un oficial público, habiendo presentado la renuncia, crea terminada por ello la relación de empleo público de la que emerge su calidad. Es un asunto de error de derecho: para terminar la relación de empleo no basta sólo la renuncia, sino es legalmente necesaria la consiguiente aceptación por parte de la autoridad pública.

Ahora bien, imaginemos que el oficial público, incurriendo en este error, recibe la promesa de una retribución que no se le debe. ¿Podrá ser llamado a responder según el artículo 171 del Código penal? A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa. Análogamente, se acepta algún dinero para retardar u omitir un acto de su oficio, no podrá ser castigado conforme al artículo 172, ya que por efecto del error en que incurrió, él creía que ya no tenía su oficio. Se aplicará, en cambio, lo dispuesto en el artículo 417 o 413 del Código penal, según el caso de que se trate.

En nuestro concepto, si estas observaciones son exactas, también la distinción de Beling³⁹⁶ entre calidades personales que fungen como simples condiciones de aplicabilidad de la sanción, y calidades personales que son, al mismo tiempo, calidades del hecho, debe ser desestimada. Las calidades personales del agente tienen, indiscutiblemente, un significado normativo, como tales, consideradas en sí mismas, conciernen a la doctrina de la antijuridicidad o de la punibilidad del hecho; sin embargo, los elementos de que resultan constituyen un antecedente de la acción o del resultado, y reflejan en el hecho, pintándolo con una condición particular.

Donde Binding ve dos géneros, nosotros vemos uno solo, pero distinguimos en él dos momentos: uno valorativo y otro de hecho; el primero es un elemento de la norma; el segundo, un elemento del hecho.

³⁹⁶ BELING, *Die Lehre*, cit., p. 83.

8. Junto al sujeto agente, el segundo antecedente indefectible de la acción delictuosa está constituido por el objeto del delito. Qué debe entenderse por objeto del delito es cuestión grave y controvertida, pero profundización hecha por Arturo Rocco en su obra fundamental nos permite proceder seguros y expeditos, no obstante las dificultades del camino. Nos limitaremos, por tanto, a algún rápido esbozo.

Rocco distingue entre objeto formal y objeto sustancial del delito³⁹⁷. El objeto formal estaría constituido por el derecho subjetivo público estatal a la observancia u obediencia de los preceptos penales y, correlativamente, por la obligación de obediencia de los súbditos³⁹⁸.

Contra esta concepción, sin embargo, se ha objetado repetidamente que el Estado no tiene un verdadero derecho subjetivo a la obediencia³⁹⁹; la objeción, también en nuestra opinión, parece fundada. De todos modos, prescindiendo de ello, nos parece evidente que el objeto formal del delito se resuelva, en último análisis, en los reflejos subjetivos de la norma: derecho o deber de obediencia. Lo reconoce también Rocco cuando afirma que objeto formal del delito podrá denominarse «*el mismo precepto de la ley penal del que traen origen ese derecho u obligación*⁴⁰⁰». Entendido en este sentido, el objeto del delito no puede considerarse como un elemento del hecho: se recaería, por distinta vía, en la habitual confusión entre hecho y norma o, mejor, entre hecho y valoración del hecho (juicio de licitud o de ilicitud).

Y vengamos al objeto sustancial, que se distingue en la teoría de Rocco en objeto sustancial genérico y objeto sustancial específico. «*El objeto sustancial genérico del delito está dado siempre por un bien o interés social, propio de toda la sociedad jurídicamente organizada: el interés del Estado al aseguramiento de las condiciones de vida en común, o sea, a la seguridad de la propia existencia o a la propia conservación, que es lo mismo*»⁴⁰¹.

«*El objeto sustancial específico del delito, en cambio, está dado siempre por un bien o interés propio del sujeto directamente ofendido por el delito, y como tal, es propio del delito individual, de manera que cada uno de los delitos en particular, en cuanto ofenden un determinado interés, individual o colectivo, tienen un objeto suyo específico, es decir, propio del delito mismo*»⁴⁰².

Por ello, la diferencia entre objeto sustancial genérico y objeto sustancial específico parece de naturaleza cuantitativa. Allá se trata de un interés del Estado; aquí de un interés del sujeto pasivo: dos intereses distintos que no pueden considerarse como género a especie. Mas la verdad es distinta.

³⁹⁷ ROCCO, *L' oggetto del reato*, cit., 556 y ss.

³⁹⁸ ROCCO, op. cit., p. 555.

³⁹⁹ *Vid.*, en este sentido, entre los escritores más recientes, además de Manzini, *Trattato*, vol. I, p. 64, nota; ZANOBINI, *Sanzioni amministrative*, 1924, p. 39 y ss.; CARNELUTTI, *Danno e reato*, cit., p. 104 y ss.; DELITALA, *Contributo alla nozione del reato*, en *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 1926, p. 49 y ss., del extracto y de los autores allí citados.

⁴⁰⁰ ROCCO, op. cit., p. 555.

⁴⁰¹ ROCCO, op. et loco cit.

⁴⁰² ROCCO, op. et loco cit.

«La ofensa a los intereses de los individuos coincide siempre y necesariamente con el interés del Estado en la propia conservación, de manera tal que la satisfacción de los unos constituye, al mismo tiempo, la satisfacción del otro; la restricción o el sacrificio de los primeros constituye, al mismo tiempo, la restricción o el sacrificio del otro». Así estimó el mismo Rocco⁴⁰³. Nuestra objeción, entonces, pierde gran parte de su valor y, para superarla, no queda sino dar un paso adelante. Donde Rocco ve la coincidencia de dos intereses, nosotros no vemos sino sólo un interés: el del sujeto directamente ofendido por el delito. Éste, y sólo éste, es el objeto del hecho delictuoso. Es genérico si se considera abstractamente, porque cada delito en general, consiste en la ofensa de un interés del sujeto pasivo del delito (y se puede añadir, en la ofensa de un interés del sujeto pasivo que el Estado considera nociva a la propia conservación); y específico, si se considera específicamente, porque con la variación de los delitos varía, también y necesariamente, la naturaleza del interés ofendido⁴⁰⁴.

Aclarado así nuestra doctrina, la afirmación de que el objeto del delito constituye un elemento antecedente a la acción y por el que la acción está condicionada, nos parece evidente en términos lógicos. Y, en verdad, si el delito es la lesión de un interés, para que el delito exista, es precisa, necesariamente, la preexistencia del interés que se lesiona; si el delito es la modificación de un estado de hecho, para que el delito exista, es precisa, necesariamente, la preexistencia del estado de hecho cuya modificación representa el resultado.

Hecha excepción de los presupuestos que conciernen el sujeto agente, todos los demás denominados presupuestos del delito se reúnen, así, en esta categoría única. Ellos constituyen las condiciones de existencia del objeto del delito, y, dada su naturaleza, es de intuitiva evidencia que deben preexistir al hecho delictuoso.

Así, la razón por la que algunos delitos contra la buena costumbre y el orden de las familias presuponen la subsistencia del matrimonio, es que, sin matrimonio, no existen los intereses que son ofendidos por tales delitos; la razón por la que el artículo 295 presupone una relación de compraventa, es que el interés lesionado trae origen únicamente, de tal relación, etc. Y la ejemplificación podría continuar: si no existe una gestación en curso, no subsiste el interés protegido con la incriminación del aborto; si no se trata de un convoy en marcha, no existe el delito del artículo 313 del Código penal, ya que no existe, en el caso específico, el objeto del delito; si se trata de animales muertos, no se puede tomar en consideración el artículo 429, sino, cuando sea el caso, el artículo 424, ya que distinto es el interés lesionado; si el propietario no ha respetado de la veda de caza, no se puede hablar de caza abusiva, porque no subsiste la lesión del interés tutelado por el artículo 328 del Código

⁴⁰³ ROCCO, op. et loco citis.

⁴⁰⁴ Cfr. DELITALA, *Danno e reato in una recente opera*, cit., p. 8.

penal; si falta la orden o providencia de la autoridad pública, no puede subsistir la contravención del artículo 434, ya que falta, una vez más, el objeto sustancial del injusto.

Concluyendo: en nuestro concepto todos los denominados presupuestos del hecho o del delito se remiten al sujeto o al objeto del delito. Y no sólo porque, como se ha visto, se puede reconducir a ellos la mayor parte de los presupuestos indicados por los diversos autores, sino más aun por la razón de que no es posible concebir otros. A lo menos para quien, como nosotros, considere que la noción del medio no merece una consideración distinta de la de acción, porque el medio no es «*si no la operación criminal considerada en su perfil funcional de realización del resultado*»⁴⁰⁵.

El que siga una concepción distinta, al contrario podría construir una tercera categoría de presupuestos: los que atingen al medio, y en este grupo podrían comprenderse – para servirnos, una vez más, de los ejemplos de Manzini – la no genuinidad y no peligrosidad de las sustancias puestas a la venta, respecto del delito previsto por el artículo 322; la genuinidad del papel sellado, respecto al previsto en el artículo 270, etc.

Mas – repitamos –, en nuestro concepto, la doctrina del medio se identifica con la de la acción, y más que de presupuestos del hecho, se debe hablar, en estos casos, de modalidades de la acción.

9. Dicho eso, ahora es el caso de advertir que los denominados presupuestos del delito son también presupuestos del hecho. Y en verdad si ellos faltan, falta el hecho constitutivo del delito, tal como está descrito en el modelo de la ley.

Sin embargo, se distinguen de la acción y del resultado – elementos constitutivos en sentido estricto –, porque quedan afuera de la cadena causal. Son los antecedentes de la acción o del resultado y, como tales, el agente no puede producirlos. Pero debe conocerlos, ya que la voluntad que se dirige a un efecto presupone necesariamente el conocimiento de las circunstancias de que resulta ese efecto. Si falta un nexo causal, existe, sin embargo, un nexo subjetivo.

Por tanto, la distinción entre los denominados presupuestos, las condiciones de punibilidad y las circunstancias de licitud, resulta evidente.

Los presupuestos serían elementos del hecho. Si faltan, el hecho tampoco podría existir y, por ende, cada error sobre la existencia de tales elementos repercute sobre el elemento subjetivo del delito, excluyendo el dolo.

Las circunstancias de licitud no son elementos del hecho; no tienen influencia sobre la existencia, sino, únicamente sobre la valoración (licitud o antijuridicidad objetiva). Por

⁴⁰⁵ MASSARI, *Il momento esecutivo*, cit., p. 197.

ende, el error de Derecho sobre la existencia de una circunstancia de licitud no vale como excusa, mientras que vale como excusa la falsa suposición (error de hecho) de su subsistencia, ya que la culpabilidad presupone, en nuestro concepto, la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad del hecho.

Finalmente, de las condiciones de punibilidad no depende la existencia del hecho, ni su valoración objetiva. Depende, más simplemente, la punibilidad del hecho, o, si así se quiere, su antijuridicidad penal. En consecuencia, en este caso, la doctrina del error no puede tener aplicación alguna.

Entonces, lo único común es que tanto los presupuestos, cuanto las circunstancias de licitud, cuanto, en fin, las condiciones de punibilidad, quedan fuera de la cadena causal. Pero, no obstante esta característica común, la individualidad de cada categoría es neta y precisa, y su distinción, conceptualmente evidente.