

EDGARDO ALBERTO DONNA

Teoría del delito y de la pena

2

Imputación delictiva



ASTREA

EDGARDO ALBERTO DONNA

Doctor en derecho. Profesor titular en la Facultad de Derecho, Universidad de Belgrano. Profesor ordinario y de posgrado en la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Profesor ordinario en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Mendoza. Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Ex becario de la Alexander von Humboldt-Stiftung, Instituto de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Criminología, Universidad de Erlangen-Nürnberg, y de la Deutscher Akademischer Austausch Dienst, Universidad de Köln.

Teoría del delito y de la pena

2

Imputación delictiva



EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA
BUENOS AIRES
1995

© EDITORIAL ASTREA
DE ALFREDO Y RICARDO DEPALMA S.R.L.
Lavalle 1208 - (1048) Buenos Aires

ISBN: 950-508-371-8 (obra completa)
950-508-444-7 (tomo 2)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
IMPRESO EN LA ARGENTINA

PRÓLOGO

Es nuestro convencimiento, en cuanto a la teoría del delito, que ella es un *teoría de la imputación*. Todo el problema se reduce a considerar cómo la acción que lesiona o pone en peligro el bien jurídico puede serle imputada al sujeto que actúa o que omite.

Dicha imputación debe ser hecha tanto desde el aspecto objetivo como del subjetivo, y aun desde la posición del orden jurídico. De allí que se pueda afirmar que la norma, tal como se sostiene en el texto, se dirige a todas las personas, incluyendo a los dementes y a los niños. Es decir, las normas tienen carácter preceptivo. Las reglas “no debes matar” o “debes prestar auxilio” se refieren a todos, aunque sólo el deber se concreta en los capaces de culpabilidad e indirectamente se dirige al juez.

En cambio, las reglas de imputación sólo se dirigen al juez de forma exclusiva (Hruschka*). Mo-

* Las citas de este prólogo se refieren al trabajo de Hruschka, Joachim, *Imputación*, en Eser, Albin - Fletcher, George P., “Rechtfertigung und Entschuldigung”, t. I, p. 121 a 129, 138 y 140.

tivo por el cual, esas reglas de imputación deben ser conocidas por éste, a los efectos de la aplicación de la ley. De modo que sólo el juez puede decir si un hecho encuadra en la norma, y si ese acto puede ser evaluado como meritorio o no. La importancia de la dogmática penal no sólo adquiere un interés teórico, sino que, además, atañe a un problema constitucional, esto es, el derecho de los habitantes a ser juzgados de acuerdo a esas reglas de imputación, que se relacionan esencialmente al derecho constitucional de igualdad.

Para poder alcanzar esas reglas, hemos tomado las categorías de Hruschka, además de aceptar niveles en la imputación, especialmente en la neta distinción entre antijuridicidad y culpabilidad. De allí que también se deberá distinguir entre causas que excluyen la antijuridicidad y causas que excluyen la culpabilidad, sin perjuicio de la introducción de categorías independientes, tales como la tipicidad y la responsabilidad por el hecho.

1) *El primer nivel de imputación.* En este nivel de imputación se analiza la aplicación de una ley a un hecho. De esta manera, “la imputación es el criterio por el cual un individuo es visto como el autor (causa libre) de un acontecimiento, que posteriormente es llamado un hecho, y está sujeto a ser juzgado por la ley” (Hruschka).

Este concepto parte del supuesto que el hecho ya ha sido realizado. Además, se afirma que el hecho ha sido puesto como causa libre por el hombre, esto es, que el sujeto ha actuado libremente, o sea que el criterio que se encuentra en la imputación consiste en la atribución de tal hecho al autor, quien lo realizó libremente (Hruschka). De allí que este análisis nos lleva a la aplicación de la ley y a estudiar, además, cómo evitar la impu-

tación. Una avalancha de nieve que causa la muerte de una persona no es la acción de un hombre que cause la muerte, de manera que a nadie le puede ser imputada dicha muerte (Hruschka).

En este nivel de imputación no sólo se ha de tratar la acción humana y las causas que la excluyen, sino además las causas que eliminan el injusto; deberá analizarse si el autor actuó en estado de necesidad justificante o de legítima defensa. Es decir, se analiza si el sujeto actuó de acuerdo al deber que tenía, o enmarcado en alguna excepción para violar la norma.

2) *Segundo nivel de imputación.* En este nivel se debe partir de los siguientes supuestos: una persona puede realizar más de lo que la ley le impone. Puede también realizar estrictamente lo que la ley le dicta. De acuerdo a ello, se puede decir que un acto es supererogatorio cuando un individuo hace más de lo requerido por ley; actuará de acuerdo con su deber cuando hace exactamente lo que la ley le manda, y actuará contrario a su deber cuando no cumple con el mandato de la ley. De manera que en este segundo nivel se analiza la imputación desde su mérito o demérito. Si una persona mata a otra porque es forzado a hacerlo, coacción mediante, o por el uso de un arma de fuego, no se discute la imputación de primer nivel, sino al de segundo nivel, esto es la culpabilidad.

En este supuesto no se analiza el deber, sino el poder real de la persona de actuar conforme a la norma. La expresión que dice “debes, porque puedes” es de aplicación en este punto.

Por lo demás, el sistema propuesto en este libro es el fruto de la reflexión sobre la dogmática

penal, que sin duda no está terminada. Y esto vale en el sentido que las posiciones pueden cambiar, y en algunas circunstancias ello será necesario a los efectos de poder completar un sistema dogmático que tenga una absoluta coherencia.

EDGARDO A. DONNA

AGRADECIMIENTOS

Este segundo tomo de la *Teoría del delito y de la pena*, que se circunscribe a la imputación delictiva, desde la acción hasta la culpabilidad, ha podido culminarse, además del trabajo personal, gracias a la colaboración de otras personas e instituciones a quienes debo agradecer.

Nuevamente debo resaltar la ayuda del profesor Karl Heinz Gössel, quien no sólo indicó la bibliografía usada, especialmente la de origen alemán, sino que, además, respondió a temas puntuales de la materia tratada.

También la Alexander von Humboldt-Stiftung ha colaborado con aquella bibliografía, sin la cual este libro no hubiera sido posible de realizar.

La elaboración de los índices, con las dificultades que tienen debido a la bibliografía extranjera citada, se debe a Laura Astengo Magadán y a Ana María Mañanes.

Tampoco puedo dejar de agradecer a Constanza Raquel González Goytía, por la traducción de textos de origen inglés.

Por último agradezco a mi familia, que amablemente aceptó compartir su tiempo con este libro.

EDGARDO A. DONNA

ÍNDICE GENERAL

Prólogo	VII
Agradecimientos	XI

CAPÍTULO V **LA IMPUTACIÓN PRIMARIA**

A) LA TEORÍA DE LA ACCIÓN

§ 25.	Justificación del tema	1
§ 26.	Problemas históricos del concepto de acción	6
	a) El concepto hegeliano de acción	6
	b) Concepto causal de acción	7
	c) Concepto final de acción	8
	d) La teoría social de la acción	10
	e) Síntesis	12
§ 27.	Concepto de acción y sistemática del delito	13
	a) La estructura de la acción	14
	b) El derecho argentino	15

B) ACCIÓN Y OMISIÓN. CAUSAS QUE LAS EXCLUYEN

§ 28.	La acción es sólo del hombre	18
§ 29.	El concepto jurídico de acción	19

§ 30.	Casos de exclusión de la acción	20
a)	Los movimientos reflejos	20
b)	Estados de completa inconciencia	20
c)	Fuerza física irresistible	21
§ 31.	Acción y resultado en el concepto de ilícito	22
§ 32.	El consentimiento	26

C) LA RELACIÓN CAUSAL

§ 33.	Delimitación típica del problema de la causa	31
§ 34.	Las teorías causales en derecho penal	32
a)	Teoría de las condiciones o de la equivalencia	33
b)	Teorías limitativas de la responsabilidad	34
1)	Teoría de la relevancia de Mezger	35
2)	Teorías de la causalidad adecuada	36
c)	Conclusión. Teoría de la imputación objetiva	39
d)	El riesgo permitido	48

D) EL DELITO DOLOSO COMO FORMA BÁSICA DEL HECHO PUNIBLE

§ 35.	El bien jurídico. Concepto	49
a)	Antecedentes	50
b)	El bien jurídico como concepto que surge de la Constitución nacional, creadora del Estado de derecho	52
c)	Su noción como un estado valioso de cosas	54
§ 36.	Bien jurídico, norma, tipo penal y destinatario de la norma	59
§ 37.	El bien jurídico y la teoría de las normas, desde una perspectiva lógica	60
§ 38.	Norma y protección de los bienes jurídicos .	62

E) EL TIPO PENAL

§ 39.	Concepto	66
§ 40.	Beling, creador del tipo penal	67
§ 41.	Tipo penal y mandato normativo	68
§ 42.	Funciones del tipo	69
§ 43.	La función de garantía en particular	70
§ 44.	Tipo penal y antijuridicidad	71
§ 45.	Conformación de los tipos penales	72
§ 46.	La denominada congruencia en los tipos penales dolosos	73
	a) Tipos incongruentes	74
	b) Defectos de congruencia	76
	1) La tentativa	76
	2) Error de tipo	77
§ 47.	El tipo penal doloso	77
§ 48.	Los elementos normativos y descriptivos del tipo penal	83
§ 49.	Parte objetiva del tipo	85
	a) Elementos	85
	b) Sujetos del delito	86
	1) Delitos por propia mano	86
	2) Delitos especiales en sentido estricto	87
	3) Delitos especiales en sentido amplio	88
	4) El sujeto pasivo del delito	88
§ 50.	El tipo subjetivo. Los elementos subjetivos del ilícito	89
	a) Delitos de intención	90
	b) Delitos de tendencia	90
	c) Delitos de expresión	91
§ 51.	Concepto de dolo	91
	a) El hombre como único ser que puede actuar dolosamente	96
	b) Dolo y conciencia del ilícito	96
	c) Teoría sobre el dolo	97
	d) La conformación del dolo	98
	1) Elemento intelectual	98

2) El elemento volitivo	102
3) Momento del dolo	103
e) Clases de dolo	104
1) El dolo directo	104
2) El dolo eventual	105
f) Teorías para diferenciar el dolo eventual de la culpa con representación	107
1) De la probabilidad o de la represen- tación	107
2) La teoría del sentimiento	108
3) Del consentimiento o de la volun- tad	108
a) Teoría hipotética del consentimien- to o de la voluntad	109
b) Teoría positiva del consentimien- to o de la voluntad	110
c) La posición de Kaufmann	111
d) La posición de Jescheck	113
§ 52. El error de tipo	114
a) Error de tipo y circunstancias concomi- tantes	114
b) Significación social	116
c) La llamada valoración paralela en la es- fera del profano y el error de subsunción	117
d) El error de tipo y la omisión	118
e) Leyes penales en blanco	119
f) El error en las relaciones causales	119
g) "Error in persona" y "aberratio ictus"	120
h) Error en la relación causal	120

**F) ANTIJURIDICIDAD Y JURIDICIDAD
DE LA CONDUCTA TÍPICA. LAS FUNCIONES
DEL JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD**

§ 53. Teoría del tipo y de la antijuridicidad	123
§ 54. Antijuridicidad formal y antijuridicidad material	128

§ 55.	Causales de justificación	129
a)	Las denominadas fuentes de las causas de justificación	133
b)	Reglas comunes a las causales de justificación	134
c)	Elementos subjetivos de las causas de justificación	136
d)	Creencia errónea de una causal de justificación	139
§ 56.	La legítima defensa	139
a)	Diferencia con el estado de necesidad	140
b)	Fundamento	140
c)	Naturaleza	141
d)	Bienes defendibles	142
e)	Diferencia entre la legítima defensa y la justicia por mano propia	145
f)	Estructura de la legítima defensa	145
1)	Agresión ilegítima	145
a)	La acción humana como base de la legítima defensa	145
b)	La antijuridicidad de la agresión ...	148
2)	La acción defensiva	151
a)	Falta de provocación suficiente ...	155
b)	Los casos de mecanismos automáticos	155
c)	Límites de la defensa en cuanto a bienes de terceros	156
3)	La legítima defensa de terceros	156
4)	Elemento subjetivo de la legítima defensa	157
§ 57.	El estado de necesidad justificante	157
a)	Clases	159
b)	Fundamento y naturaleza jurídica	161
c)	Procedencia	164
d)	Requisitos	165
1)	Actualidad del peligro	165
2)	La necesidad	166

	3) Ponderación de intereses	166
	4) Falta de provocación suficiente	168
	e) Adecuación	169
	f) El elemento subjetivo de la justificación	170
	g) El Estado y el estado de necesidad	171
§ 58.	La colisión de deberes	172
	a) Casos tratados por la ley	173
	1) El cumplimiento de un deber y el ejercicio legítimo de un derecho	173
	2) La obediencia debida. Ámbito	174
§ 59.	El consentimiento como causal de justificación	175
	a) El consentimiento y las intervenciones curativas	178
	b) Requisitos de la declaración del consentimiento	178
	c) El consentimiento presunto. Presupuestos	179
§ 60.	El riesgo permitido	181

CAPÍTULO VI

LA IMPUTACIÓN DE SEGUNDO GRADO

A) TEORÍA GENERAL DE LA ATRIBUIBILIDAD

§ 61.	Concepto	183
§ 62.	Concepto normativo de culpabilidad	185
§ 63.	Teoría psicológica de la culpabilidad	185
§ 64.	Concepción normativa de la culpabilidad ..	186
§ 65.	Concepción actual de la culpabilidad	187
§ 66.	La atribuibilidad como categoría de la teoría del delito y la imputación de segundo grado	189
§ 67.	Responsabilidad por el hecho	191

a)	Teoría de la no exigibilidad de otra conducta, como base de exclusión de la responsabilidad por el hecho	192
1)	Planteo del problema	193
2)	La no exigibilidad como causa suprallegal de exclusión de la responsabilidad	193
b)	Estado de necesidad que elimina la responsabilidad por el hecho	199
c)	El miedo insuperable y la coacción	200
d)	Obediencia debida	201
§ 68.	Exceso en la legítima defensa	201
a)	El exceso considerado como culposos	202
b)	El exceso considerado como acción dolosa	211
c)	El exceso como una forma de no exigibilidad	214

B) CAPACIDAD DE CULPABILIDAD O IMPUTABILIDAD

1) MÉTODOS PARA EVALUAR LA INIMPUTABILIDAD

§ 69.	Biológico	216
§ 70.	Psicológico	218
§ 71.	Biopsicológico o mixto	219

2) ANTECEDENTES LEGALES

§ 72.	Introducción	221
§ 73.	El proyecto Tejedor	221
§ 74.	Proyecto de Villegas, Lanzar y García	222
§ 75.	Código de 1886	222
§ 76.	Proyecto de 1891	223
§ 77.	La Comisión del Senado	223
§ 78.	Proyecto ruso de 1881	224
§ 79.	Críticas al proyecto	224

3) EL PROBLEMA DOGMÁTICO DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

§ 80.	Conceptualización	226
§ 81.	La capacidad de culpabilidad y el destinatario de las normas	227

4) LA FÓRMULA DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

§ 82.	El método legal de determinación de la capacidad de culpabilidad	231
§ 83.	Análisis de la fórmula del Código Penal	232
	a) Insuficiencias de las facultades	233
	b) Alteraciones morbosas	234
	1) Encuadre de las alteraciones morbosas	235
	2) Anomalías psíquicas graves	238
	c) Los denominados trastornos profundos de la conciencia	245
	d) Imposibilidad de comprender la criminalidad del acto	246
	e) Dirigir sus acciones	250

5) LA "ACTIO LIBERA IN CAUSA"

§ 84.	Concepto	252
§ 85.	Clases	253
§ 86.	Ámbito	253
§ 87.	El problema dogmático y la búsqueda de soluciones	253
	a) Los modelos de excepción. La posición de Hruschka	253
	1) Argumentos sobre el origen de la "actio libera in causa"	254

	2) Argumentos de orden normológico	256
	a) Obligación y deber	256
	b) Imputación ordinaria e imputación extraordinaria	258
	c) Niveles de imputación	259
	b) Los sistemas de imputación ordinarios	261
§ 88.	La "actio libera in causa" y la autoría mediata	263
§ 89.	Acciones culposas	264
§ 90.	Consecuencias de la inimputabilidad	265

C) EL ERROR DE PROHIBICIÓN

§ 91.	Concepto	266
§ 92.	Desarrollo histórico	266
§ 93.	El problema en la dogmática moderna	270
§ 94.	La conciencia del ilícito en la teoría del dolo y de la culpabilidad	274
	a) Teoría estricta del dolo	274
	b) Teoría restringida del dolo	275
	c) Teoría estricta de la culpabilidad	276
	d) Teoría restringida de la culpabilidad	276
§ 95.	Base normativa del error de prohibición ..	278
§ 96.	Sistemática	278
§ 97.	Objeto y contenido del conocimiento del injusto	279
§ 98.	Efectos del error de prohibición	282
§ 99.	Especies de error de prohibición	284
	a) Abstracto o directo	286
	b) Concreto o indirecto	286
	c) Suposición equivocada de la falta de exigibilidad	288
§ 100.	Casos discutidos de error de prohibición ..	288
	a) El error sobre la punibilidad	288

b) Problemas del error de prohibición en el caso de autoría	289
c) El delincuente habitual	289
d) La justificación putativa	290
1) Teoría de los elementos negativos del tipo	291
2) Teoría estricta de la culpabilidad	291
3) Teoría restringida o limitada de la culpabilidad	292
4) La teoría de Dreher	293
§ 101. Distinción entre el error de prohibición evitable y el inevitable	294
a) Requisitos de la evitabilidad	297
b) Evitabilidad del error de prohibición y comisión del acto antijurídico	297
§ 102. Derecho penal especial e infracciones administrativas	301
a) Problemas generales	301
b) Orientación jurisprudencial en materia de derecho tributario	302

APÉNDICE

JURISPRUDENCIA SISTEMÁTICA

A) CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

1. Martínez, Feliciano Corsino	313
2. Alegre, Hermenegildo	325
3. Sitaloic, Domingo	326
4. Sosa, Rufino	326
5. Segura, Néstor	330

B) ERROR DE PROHIBICIÓN

6. Morillas, Juan Simón	375
7. Krill Producciones Gráficas	386
8. Buombicci, Neli Adela	389
<i>Bibliografía</i>	397

CAPÍTULO V

LA IMPUTACIÓN PRIMARIA

A) LA TEORÍA DE LA ACCIÓN

§ 25. **JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.** – Una teoría del delito no es otra cosa que una teoría de la imputación, esto es, la posibilidad de imputar la conducta de un hombre y su resultado a ese hombre, como una obra propia, dentro de las posibilidades científicas existentes. Con otras palabras, es la posibilidad de afirmar que el delito es una obra del delincuente, que a él le pertenece, tanto objetiva como subjetivamente. Que, en última instancia, el autor del hecho típico es dueño tanto de la acción como del resultado.

Desde esta perspectiva se explica que se pueda realizar una dogmática penal basada en la acción humana, entendiendo en este momento tanto acción como omisión, que al tener una base común lleva a que las reglas, que sobre ella se estructuren, adquieran una especie de universalidad, esto es puedan ser aceptadas por cualquier ordenamiento jurídico, que respete que la sanción estatal se estructura sobre la idea de acción¹.

¹ Otro concepto puede verse Gimbernau Ordeig, especial-

El concepto de acción resulta, pues, imprescindible desde esta posición, no sólo para poder estructurar la teoría del delito, y desde luego la ubicación de sus elementos, sino para poder deducir conceptos fundamentales, como el de dolo y sus distintas clases; el de culpa, tanto en la teoría del tipo penal como en la teoría de la antijuridicidad, y las causales que excluyen el dolo, específicamente si se trabaja con los elementos subjetivos. Ni que hablar del concepto de autor, de partícipe o de instigador. Tampoco escapa al tema del problema de la tentativa.

Es decir, desde el concepto de acción se maneja, sin duda alguna, toda la teoría del delito.

Este concepto de acción tiene una estructura propia, anterior a la formación de los ordenamientos jurídicos. Lo que puede cambiar, y efectivamente cambia, es la valoración de la acción. Es factible que los derechos positivos de los distintos países valoren de diversa forma estas acciones, decidiendo, por ejemplo, que la acción de abortar sea castigada o no. Pero lo decisivo en este punto es que la acción de abortar, en su estructura, sea igual en tales derechos.

Sin embargo, no es ésta una opinión unánime, sino que existe una corriente que parte de otros supuestos. Así Radbruch afirmaba: "Aquel concepto de acción, en sustancia prejurídico y transpenal, que no podía desde un primer momento incluirse en el marco del tipo y por ello mismo sólo podía concebirse en forma totalmente naturalística, como movimiento corporal voluntario con el

mente en *El sistema del derecho penal en la actualidad*, en "Estudios de derecho penal", p. 93.

efecto de determinadas transformaciones en el mundo exterior, ese concepto naturalístico absoluto de la acción no es apropiado para servir de piedra angular del sistema penal y como portador de las ulteriores características del delito: la anti-juridicidad, la imputabilidad y la tipicidad. Si se intenta expresar el tipo de un delito, las situaciones fácticas que fundamentan la antijuridicidad y con ello el contenido de representación del dolo y la culpa, sólo como movimientos y transformaciones del mundo exterior de determinada naturaleza, por ejemplo, una injuria como una serie de movimientos de la laringe, ondas sonoras, excitación auditiva, procesos cerebrales, lo más esencial queda totalmente fuera de este concepto así construido: el sentido lingüístico y la significación social de la injuria”².

Sobre esa base, Radbruch llegó a la conclusión de que el concepto fundamental de la teoría del delito no era la acción, sino la realización del tipo penal que, en última instancia, absorbe el concepto de acción.

Con ello se estaba renunciando a buscar un concepto superior de acción, que también alcanzara a la omisión, y se aceptaba un sistema que se encontraba dividido en dos, con los conceptos superiores de acción y omisión³.

En esa línea, Schmidhäuser insistía en que no es la acción lo que fundamenta el injusto, sino la

² Ver opinión de Radbruch en Schmidhäuser, *Sobre la sistemática de la teoría del delito*, en “Nuevo Pensamiento Penal”, 1975-37.

³ Schmidhäuser, *Sobre la sistemática de la teoría del delito*, en “Nuevo Pensamiento Penal”, 1975-38.

lesión del bien jurídico, de allí que no se pueda buscar un concepto superior de acción. Acción y omisión son momentos de la lesión típica del bien jurídico. Y así afirma Schmidhäuser: "Sólo cuando el actor respete un deber existente en los marcos del ordenamiento jurídico, sólo cuando el omitente cumple el deber por lo menos igualmente existente en tales marcos, se permite la lesión típica del bien jurídico. De este modo, en el sistema teleológico, a la fundamentación del injusto (en la lesión típica del bien jurídico; antes: tipicidad) sigue el problema de la exclusión del injusto (esto es, el problema de la justificación)"⁴. Con lo cual se mantienen los conceptos de tipicidad meramente descriptiva y antijuridicidad normativa. Fundamentación y exclusión del injusto son, ambos, normativos.

§ 26. **PROBLEMAS HISTÓRICOS DEL CONCEPTO DE ACCIÓN.** – Tales problemas trasuntan distintos conceptos del instituto. Veamos.

a) *EL CONCEPTO HEGELIANO DE ACCIÓN.* Se puede afirmar que este concepto de acción, seguido entre otros por Abbegg, Berner y Köstlin, era de tal complejidad que abarcaba tanto la realización del acto como su motivación; esto es, lo que la dogmática moderna comprende como la teoría de la culpabilidad de manera estricta. La idea de acción es, sin duda, que ambos conceptos están dados en la realidad, tanto en el accionar del hombre como en la motivación del acto. Bien dice Mezger que el concepto de acción de los hegelianos

⁴ Schmidhäuser, *Sobre la sistemática de la teoría del delito*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975-38.

—que fueron quienes lo sistematizaron— era un concepto-valor que encerraba toda la imputación penal, de manera que la acción y la imputabilidad eran una misma cosa: “Sólo lo que es imputable es acción, y lo que es acción es también imputable”⁵.

b) *CONCEPTO CAUSAL DE ACCIÓN*. Normalmente se enseña que, a instancias del positivismo, el concepto de acción se transforma en el sentido de que sólo tenía importancia la causalidad, esto es, la causa que produjo el resultado, sin el elemento subjetivo. Este concepto de acción atiende sólo al resultado y a la forma en que se produjo. En este sentido es gráfica la definición de Liszt, en cuanto sostiene que “el acto de comisión consiste en causar (mejor dicho, provocar) un resultado”. Agrega luego que la manifestación de voluntad aparece aquí como movimiento corporal voluntario; es decir, motivado por representaciones. Concluye Liszt que “el resultado debe ser causado (provocado) por un movimiento corporal; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efecto”⁶. Y esto surgía de la definición de acto que había dado con anterioridad, al decir que “acto es la conducta (*Verhalten*) voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria o no impediendo de un cambio en el mundo externo. La idea de acto supone, pues, en primer término, una manifestación de voluntad. El acto es la voluntad objetivada”⁷. Sin embargo, como bien lo apunta Cerezo Mir, si bien los elementos de la acción son la manifestación de voluntad, en la deter-

⁵ Mezger, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 191.

⁶ Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 292.

⁷ Von Liszt, *Tratado*, t. II, p. 285 y siguientes.

minación del resultado y la relación de causalidad se hace abstracción del contenido de la voluntad⁸. Es que, siguiendo Cerezo Mir a Liszt, la acción se reduce, desde un punto fisiológico, a una inervación y es como un proceso de la conciencia en el que se establecen causas⁹. Mención aparte, y como se verá después, esta doctrina ha tenido importancia en el problema de la causalidad, con la aceptación de la teoría de las equivalencias de las condiciones.

Tampoco Mezger negaba que la acción fuese final, “una acción no es imaginable sino con una orientación final”¹⁰. Sin embargo, éste es un concepto ontológico, en tanto que desde el punto de vista jurídico se debe aceptar un concepto no final de la acción. Ello daba la pauta de la influencia, en este autor, de la escuela sudoccidental alemana. El resultado integra, desde luego, la acción. La acción es, según esta opinión, causación de un resultado. Con ello, el sistema cerraba desde el inicio: todo lo objetivo al injusto, todo lo subjetivo a la culpabilidad. Este esquema, aunque después fracasó, fue el que se impuso en una primera etapa de la dogmática penal.

El concepto de lo causal predominó en las doctrinas argentina y española.

c) *CONCEPTO FINAL DE ACCIÓN*. Con posterioridad y, a partir de los años treinta, Welzel elaboró su teoría de la acción final¹¹. Sobre esta propues-

⁸ Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, t. I, p. 262.

⁹ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. I, p. 262 y siguientes.

¹⁰ Mezger, *Strafgesetzbuch*, p. 7.

¹¹ Welzel, Hans, *Kausalität und Handlung*, en “ZStW”, 51-703.

ta se ha estructurado toda la dogmática penal moderna; de ahí la importancia de analizar tal teoría¹².

La idea central de Welzel consiste en que el derecho debe respetar la estructura lógico-objetiva que se va a regular, y uno de sus elementos es la acción. Ésta es algo más que una relación causal; dentro de ella existe la finalidad del autor, que dirige, guía, la relación causal. En otras palabras, la voluntad que apunta a un fin dirige la causalidad dentro de los límites posibles; motivo por el cual el contenido de la voluntad es parte del

¹² Ver el análisis de este tema en Donna, *El exceso en las causas de justificación*, p. 63 y ss.; ahí transcribimos estas palabras de Welzel, "quien quiera imponer normas a la acción, tiene que presuponer la estructura categorial del hacer humano; ningún legislador puede modificarla. Sobre esta estructura se puede, desde luego, formular declaraciones de validez universal, especialmente en lo que se refiere a su legalidad final. De aquí surgen determinadas consecuencias dogmáticas con respecto a los elementos singulares de la acción y a la recíproca posición de los mismos entre sí. Sobre todo en lo que se refiere a la función y posición de la voluntad en la estructura de la acción. Aquí se acierta o se fracasa" (*Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, p. 39). Y en el mismo libro reproducimos el siguiente pensamiento de Welzel: "La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por lo tanto, un acontecer final y no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente al suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente. Actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido en función del fin, sino que es el resultante causal de la constelación de causas existentes en cada momento. La finalidad es, por ello vidente; la causalidad ciega" (*El nuevo sistema de derecho penal*, p. 25).

concepto de acción. Finalidad y voluntad son sinónimos, por lo cual la voluntad dirige el proceso causal.

La acción se estructura de la siguiente forma: primero, se eligen los fines, luego se buscan los medios útiles para realizar esos fines (acción) en el mundo exterior. De allí que acierte Cerezo Mir al decir que “la finalidad, la voluntad de realización, comprende, según Welzel, el fin, las consecuencias que el autor consideraba necesariamente unidas a la consecución del fin y aquellas previstas por él como posibles y con cuya producción contaba”¹³.

d) *LA TEORÍA SOCIAL DE LA ACCIÓN.* La tan mentada teoría social de la acción, que comenzó desarrollando Schmidt, tanto es de aplicación a la teoría causal, como a la teoría final de la acción. En el hecho de nombrar a la acción, como una conducta arbitraria para con el mundo social externo, estaba dando la pauta de que se buscaba una corrección a la teoría seguida por Liszt. Maihofer sostuvo que acción es toda conducta objetivamente dominable, dirigida a un resultado social objetivo y previsible¹⁴. Wessels opina que el contenido de la acción tiene una significación objetiva, con las consideraciones sobre la meta del autor y las normativas de conducta de la comunidad jurídica. Para Jescheck, lo social es un atributo adicional que viene, por una parte, a corregir el subjetivismo del finalismo y, por otra, una forma de síntesis en la que se pueda reunir en “un punto de vista superior de naturaleza valorativa que auna en el

¹³ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. I, p. 266.

¹⁴ Maihofer, Werner, *Der soziale Handlungsbegriff*, en “Fest. für Eb. Schmidt”, p. 178 y siguientes.

ámbito normativo los elementos incompatibles en el ámbito del ser (esto es acción y omisión)”; y define la acción como “comportamiento humano socialmente relevante”¹⁵. Así cree Jescheck poder reunir en un concepto tanto la acción dolosa como la culposa, y también la omisión, limitando la acción a la conducta del hombre y, en consecuencia, excluyendo del derecho penal a las personas jurídicas. Lo social hace notar que sólo son relevantes las conductas individuales que afectan al mundo circundante. Según Bloy, no se puede dar un concepto unívoco de tal concepto de acción; solo importa “la relevancia social de la acción”. Tanto puede ser cercana al finalismo, como al causalismo. Para Zipf, acción en sentido jurídico penal es una conducta humana socialmente relevante, dominada o dominable por una voluntad final y dirigida hacia un resultado. Con lo que se busca una síntesis entre la teoría final y la social.

De todas formas no es el concepto social de acción, pese a su pretensión de aparecer como una nueva teoría de la acción, más allá de los múltiples desarrollos que ha tenido, pues presenta dos graves dificultades. La primera es la de dar un concepto que difiera tanto de la teoría causal como de la final. La segunda es que carece de utilidad práctica, pues sin ella igual se llega a las soluciones deseadas. Por ejemplo, la exclusión del acto reflejo, del estado de inconciencia, de la fuerza física irresistible, o la exclusión de la persona jurídica del sistema de penas, que pregona Jescheck como logros de la teoría, igual se logran sin ella y de hecho ya estaban formulados.

¹⁵ Jescheck, Hans H., *Tratado de derecho penal*, t. I, § 23.

e) *SÍNTESIS*. Comparados los dos criterios fundamentales de acción, la discusión aparecería como superflua, en tanto se limite al mero concepto de acción. Esto llevó a decir a Gimbernat Ordeig que “a pesar de mis esfuerzos, no consigo ver ninguna diferencia entre este concepto de acción (el de Welzel) y el mantenido desde siempre por la doctrina causalista, para la cual hay acción cuando se quiere algo, siendo indiferente lo que sea ese algo”¹⁶.

Con esto queda claro que la acción es un concepto ontológico para ambas teorías, y difícilmente pueda discutirse este punto que está avalado tanto por la psicología como por la filosofía, que no hacen sino reconocer algo que es obvio. El problema va por otros andariveles, tal como lo ha hecho notar Welzel. La dogmática penal se construye desde los fenómenos y las estructuras de la realidad y no, como lo pretendían la teoría causal y el neokantismo, desde el normativismo¹⁷; o, como bien dice Maurach, “el finalismo rechaza el operar con un doble concepto (ontológico y jurídico penal) de acción. La acción del derecho penal no puede ser otra que las del conocimiento filosófico”¹⁸.

De todas formas, importa acá resaltar cuál es el resultado de esta polémica y cuáles son los logros de la llamada *teoría final de la acción*.

¹⁶ Gimbernat Ordeig, *El sistema del derecho penal en la actualidad*, en “Estudios de derecho penal”, p. 92.

¹⁷ Welzel, *Naturalismus*, p. 64 y siguientes. Sobre este punto sigue teniendo relevancia el libro de Bacigalupo, *Delito y punibilidad*, p. 13 y ss., en el cual se hace la crítica a la metodología empleada por Liszt y la teoría causal.

¹⁸ Maurach, *Tratado*, t. I, § 16, II, C.

1) Se llega a la teoría del ilícito personal, mediante la cual el dolo y la culpa dejan de pertenecer a la culpabilidad y pasan a integrar el tipo. El dolo será un requisito subjetivo del ilícito del delito doloso. Por ello, la violación del deber de cuidado, en tanto el resultado sea previsible, pertenece al elemento subjetivo del tipo culposos.

2) Se separa el dolo de la conciencia del ilícito y con ello se adopta la división entre error de tipo y de prohibición.

3) Esta doctrina repercute en la teoría de la participación, especialmente en el tema de accesoriadad con respecto al dolo.

4) El delito culposos sufre una variante de importancia al estudiar el problema de la violación del deber de cuidado en el tipo.

Todo ello es posible, en tanto y en cuanto se acepte la teoría del ilícito personal, que va de la mano del concepto de acción desarrollado por Welzel, quien aceptaba la teoría de las normas de Binding, por lo que necesariamente, si una norma mandaba o prohibía algo, esa prohibición debe estar dirigida a conductas finales vistas como tales en el tipo penal. La discusión posterior estará dirigida al problema de la ubicación del resultado, si pertenece al tipo o es sólo una mera condición de punibilidad¹⁹.

§ 27. **CONCEPTO DE ACCIÓN Y SISTEMÁTICA DEL DELITO.** – Previo al análisis en el derecho argentino,

¹⁹ Ver las siguientes obras de Welzel: *Kausalität und Handlung*, en "ZStW", 51-703; *Studien*, en "ZStW", 58-491; *Und die finale Handlungslehre*, 1949, y *Das Deutsche Strafrecht*, p. 30, 33, 37, 59 y 129.

es útil referirse genéricamente a la estructura de la acción.

a) *LA ESTRUCTURA DE LA ACCIÓN.* Desde la perspectiva que seguimos, la tesis de Welzel merece nuestra adhesión, motivo por lo cual adoptamos la teoría del injusto personal, con modificaciones en cuanto al lugar del resultado en el tipo. Y esto es así porque, metodológicamente, aparece como la más lógica y, por otra parte, comprende la solución de problemas que la teoría causal no podía resolver, entre ellos el tema de la omisión, sin perjuicio de afirmar que es la que más se adecua a lo que es la esencia de la acción humana²⁰.

En este sentido se debe diferenciar la acción dirigida por la voluntad de los meros actos impulsivos.

Por voluntad se debe entender, siguiendo a Lersch, “el proceso anímico humano por el cual se determina qué impulso debe ser realizado y que, además, alcance de ese modo la meta fijada contra todas las resistencias que se oponen a su realización”²¹.

Siguiendo este esquema, se puede decir que la acción voluntaria tiene por cualidad específica que la vivencia tendencial no llega a ser directamente acto, sino que “es puesta bajo la dirección de la voluntad y llevada a cabo en contra de las resistencias”²².

Así desde la psicología se advierte que la acción consta de cuatro fases: la primera es la conciencia-

²⁰ Ver concepto de omisión en Gössel, Karl H., *Wertungsprobleme des Begriffs der finalen Handlung*, § 3 y 4.

²¹ Lersch, Philipp, *La estructura de la personalidad*, p. 435.

²² Lersch, *La estructura de la personalidad*, p. 439.

ción y fijación de metas. Esta meta se actualiza por la representación y se convierte en propósito o intención. De este modo, tal meta queda fijada como línea directriz, sin necesidad de volver permanentemente a ella.

La segunda fase existe cuando la voluntad ordena que se cumpla la meta. “El impulso de la voluntad consiste en una acumulación de toda energía psicosomática que se hace consciente como una tensión dirigida contra resistencias”²³.

La tercera fase consiste en lo que Lersch llama la “organización de la ejecución”, y que es lo que la distingue de las acciones impulsivas. Es el planeamiento, o sea la reflexión y la elección de los medios más apropiados para alcanzar la meta que se había propuesto, utilizando los medios adecuados a la acción²⁴.

Esta elección de medios hacia un fin ya había sido advertida por Kant, cuando se refería a los imperativos; especialmente al referirse al imperativo hipotético sostenía que representaba “la necesidad práctica de una acción posible, como medio para conseguir otra cosa que se quiere”²⁵, de modo que, según Kant, quien quiere el fin quiere también (en tanto que la razón tiene influjo decisivo sobre sus acciones) el medio indispensable necesario para alcanzarlo, si está en su poder²⁶.

Por si fuera poco, Aristóteles exigía esta forma de tratamiento de la acción al afirmar: “Por lo demás, no deliberamos acerca de los fines a alcanzar,

²³ Lersch, *La estructura de la personalidad*, p. 440.

²⁴ Lersch, *La estructura de la personalidad*, p. 440.

²⁵ Kant, *Fundamentación*, p. 35.

²⁶ Kant, *Fundamentación*, p. 37.

sino sobre los medios de alcanzar esos fines. El médico no se pregunta si se propone curar o no la enfermedad, el orador si se propone persuadir o no, o el político si se propone una buena legislación, y así en todo lo demás, en que el fin no es cosa cuestionable. Pero una vez que se ha determinado el fin, uno examina cómo y por qué medios se alcanzará; si este fin parece debe ser conseguido por medio de varios recursos, se busca el medio más fácil y mejor; si no hay más que uno, se busca alcanzar ese medio y aun otro por medio de éste, hasta llegar a la causa primera, que es lo que se halla en último lugar”²⁷.

Por último, la acción voluntaria exige que entre el impulso y la realización del acto se produzca lo que llama la *cesura* o la *concienciación*, “en el cual se incluye el propósito, el impulso de la voluntad y la organización de la voluntad”²⁸, de manera que no se dé una inmediatez en aquél, sino que existan vallas que lo racionalicen.

b) *EL DERECHO ARGENTINO*. La pregunta que debe hacerse es si el derecho argentino acepta la teoría final de la acción y la subjetivización del injusto. La respuesta es que, más allá de solucionar problemas de orden teórico y práctico, la ley positiva no sólo no rechaza esa posición, sino que la permite interpretar de manera más correcta. Hacemos esta afirmación conscientes de que la ley argentina, en la versión que el codificador dio en 1921, no toma ni el causalismo ni el finalismo. Intentó solucionar problemas que se le presentaban, buscando en distintas fuentes las que más se adap-

²⁷ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, lib. III, cap. III.

²⁸ Lersch, *La estructura de la personalidad*, p. 441.

taran a la realidad, escapando del positivismo que estaba de moda en ese momento. Basta señalar las distintas fuentes, que van desde el Código italiano y el español hasta el ruso en el tema de la capacidad de culpabilidad, tal como se verá en su momento.

Desde esta perspectiva, la teoría final de la acción tiene, en lo legislado sobre la tentativa (arts. 42 a 44, Cód. Penal), una muy rica fuente a su favor. No se puede explicar la palabra finalidad con que el art. 42 define a la tentativa, si no es diciendo que pertenece al tipo como tal. Lo contrario sería decir que, en este instituto, el dolo está en el tipo y que, en cambio, en el delito el dolo consumado pasa a ser una especie de la categoría culpabilidad.

Tampoco puede explicarse, desde la teoría causal, el delito imposible que depende sin duda alguna de la voluntad del sujeto (art. 44, Cód. Penal), si no es recurriendo al dudoso criterio de la peligrosidad para disminuir o no la pena, con lo que se da una pauta de la subjetivización del injusto.

Los problemas de aquella teoría aumentan a partir de Fischer que, en 1911, que había analizado, en el ámbito del derecho civil, los elementos subjetivos del injusto. Con esta teoría, Fischer intentaba demostrar que la ilicitud o no de un acto dependía de un elemento subjetivo distinto al dolo, con lo que el esquema, "todo lo objetivo al injusto, todo lo subjetivo a la culpabilidad", sufría una fuerte quiebra, ya que en el injusto aparecía un claro elemento subjetivo. En 1915, Hegler²⁹ pone

²⁹ Hegler, *Die Merkmale des Verbrechens*, en "ZStW", 36-31 a 38.

el ejemplo de la bicicleta, con el cual demuestra que el hurto de la bicicleta solo es posible con un especial *animus*, y que hasta que éste no surja es imposible llegar a conclusión alguna.

Pero aun Mezger³⁰, que sigue la teoría causal modificada, acepta la teoría de los elementos subjetivos. Mezger demuestra que en las palabras de la ley, además de las descripciones de hecho que contiene el tipo penal, hay una voluntad especial que surge de la misma descripción del tipo. Los ejemplos de estafa y de hurto que da Mezger, son de aplicación al derecho argentino. Se podrían agregar los tipos del art. 80 de nuestro Cód. Penal, en los casos del “*sabiendo que lo son*” (la alevosía, el ensañamiento, el homicidio *criminis causæ*, entre otros), en los cuales se requiere algo más que el dolo de matar. Y éste es otro caso en que se rompe la regla de la teoría causal, de que todo lo objetivo estaba en el injusto y todo lo subjetivo en la culpabilidad³¹.

B) ACCIÓN Y OMISIÓN. CAUSAS QUE LAS EXCLUYEN

§ 28. **LA ACCIÓN ES SÓLO DEL HOMBRE.** — Tal como se ha desarrollado el tema, sólo se considera ac-

³⁰ Mezger, *Tratado*, t. I, p. 287 y siguientes.

³¹ Mezger se expresa de esta forma: “Pero sería erróneo querer afirmar este principio sin excepción alguna, y referir en consecuencia todo lo objetivo al injusto y todo lo subjetivo a la culpabilidad, concibiendo el primero sólo objetivamente y solo subjetivamente la segunda. En lo que concierne a la determinación del injusto, las excepciones a la regla general nos indican que dicha determinación de lo antijurídico puede depender, en ciertos casos, de determinados elementos subjetivos” (*Tratado*, t. I, p. 290 y 291).

ción -y por ende omisión- todo actuar o no del hombre, siempre y cuando sea dirigido desde la voluntad. Es decir, cuando el sujeto actuante u omitente sea señor del acto, y se pueda tanto interior como exteriormente imputarle ese desarrollo de actividad física, incluido el resultado, a su voluntad. Todo lo demás deja de ser considerado acto del hombre, de manera que no se puede considerar ni siquiera si encuadra o no en un tipo del Código Penal.

Se excluye, en consecuencia, a los animales y a los entes colectivos, aunque como es obvio esta última proposición ha sido discutida, más por razones de política criminal, que conceptuales. De todas formas, basta por el momento afirmar que los entes colectivos carecen de capacidad de acción y capacidad de culpabilidad, sin perjuicio de la responsabilidad de las personas físicas que los integran. Es interesante hacer notar que quien se une con otras personas en un ente de esta clase puede llegar a realizar acciones que tipifiquen, entre otros, el delito de asociación ilícita (art. 210, Cód. Penal).

§ 29. *EL CONCEPTO JURÍDICO DE ACCIÓN.* - Desde lo jurídico queda claro que sólo las acciones humanas pueden constituir la base de la responsabilidad penal, tal como se ha venido sosteniendo en el texto.

La acción es una conducta humana relacionada con el medio social, dominada por una voluntad dirigente y encaminada hacia un resultado.

La acción es anterior al tipo y por ende está fuera de él. Pero aquí se plantean tres problemas:

a) Si hay un concepto de la acción previo al derecho.

- b) Si la voluntad es un factor de la acción.
- c) Si el resultado de la acción es parte de ella.

§ 30. **CASOS DE EXCLUSIÓN DE LA ACCIÓN.** – A partir del concepto dado, quedan fuera del concepto de acción y, por ende, no son relevantes para el derecho penal, toda actividad física que no tenga finalidad ni esté conducida por la voluntad.

a) **LOS MOVIMIENTOS REFLEJOS.** Entran en la clasificación estos movimientos, los corporales que hace una persona durante un ataque de epilepsia, los producidos por calambres, vómitos, etcétera. A ello se deben agregar los movimientos producidos durante el sueño, en tanto y en cuanto dicho acto no se encuadre en el tema de *actio liberæ in causa*.

b) **ESTADOS DE COMPLETA INCONCIENCIA.** Siguiendo en este punto a Cabello, se puede hacer una distinción entre inconciencia normal (el sueño) e inconciencia patológica³².

En el sueño normal, afirma Cabello, “al cerrarse los ventanales que mantienen despierta la conciencia, el organismo entra en reposo mientras se degradan los metabolitos de la fatiga. La conciencia fisiológica no descansa: el durmiente es capaz de cambiar de posición en el lecho; puede encoger automáticamente un miembro ante un estímulo físico, a pesar de no tener ningún conocimiento del fenómeno. En el sueño se suspende la conciencia perceptiva, desde luego, la discriminativa, pudiendo activarse el subconsciente que, fue-

³² Cabello, Vicente P., *Psiquiatría forense en el derecho penal*, t. II-A, p. 39 y siguientes.

ra del control cortical, aflora con su carga de sueños y pesadillas”³³.

En cambio, en el sueño patológico, el sueño profundo, los delirios febriles de alto grado, los desmayos profundos, los efectos producidos por estupefacientes, etc., son supuestos que se los debe diferenciar de los casos de incapacidad de culpabilidad. Deben distinguirse de los estados de inimputabilidad y de la *actio liberæ in causa*, en los cuales hay trastornos de conciencia, y no perdida completa de ella, pues en el segundo caso existe una intencionalidad de colocarse en ese estado para no actuar.

Volviendo al tema de la inconciencia, se debe distinguir este caso del enumerado en el art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal, que será motivo de estudio en los § 56 a 60. Cuando se trata de un estado de total inactividad de las funciones, como puede ser el desmayo o, en última instancia, el estado de coma, en los cuales no existe ni siquiera actividad motora, se aplica lo afirmado por Cabello, cuando afirma que “en la inconciencia, a pesar de no saber qué se hace o se dice, se mantiene la vida de relación aunque alterada, lo mismo que la capacidad práctica: de otra manera no podría haber acción”³⁴.

c) **FUERZA FÍSICA IRRESISTIBLE.** El art. 34, inc. 3º, del Cód. Penal habla expresamente de que no es punible quien obre violentado con fuerza física irresistible.

No hay duda que según la segunda parte del inciso, que expresamente se refiere a la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, la fuerza irre-

³³ Cabello, *Psiquiatría forense*, t. II-A, p. 40.

³⁴ Cabello, *Psiquiatría forense*, t. II-A, p. 42.

sistible se refiere a una fuerza física, material que actúa sobre la voluntad, pero de manera tal que elimina la acción. Es lo que se ha llamado la *vis absoluta*, es decir una fuerza que ha de venir del exterior y, como bien lo dice Cerezo Mir, no es necesario que provenga de una persona, bastando que anule por completo la libertad o la voluntad del sujeto³⁵. Bien dice Rodríguez Mourullo que quien obra violentado por la fuerza irresistible se convierte en un instrumento de la persona que violenta³⁶. Es, como se verá, un claro caso de autoría mediata por parte de la persona que actúa con violencia, quien será en el caso el responsable penal directo del acto.

Los casos que se pueden dar como ejemplo, son todos aquéllos en los cuales la persona es usada como instrumento de otro, sin que su voluntad tenga relevancia alguna (quien pretende romper algo, utiliza el cuerpo de otro con un empujón). Pero es en los delitos de omisión, en donde quizá se puede pensar mejor el tema. El caso de quien deba realizar una acción y es atado por otro, y a causa de ello se produce la muerte de otra persona.

Es obvio que, en estos casos, no se puede imputar ni objetiva ni subjetivamente el resultado al sujeto que, en términos de acción final, no actúa, sino a quien verdaderamente realizó la acción.

§ 31. ACCIÓN Y RESULTADO EN EL CONCEPTO DE ILÍCITO. — Cuando se trata el injusto en los delitos dolosos de acción es necesario distinguir entre el

³⁵ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. I, p. 293.

³⁶ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, p. 234.

desvalor de acción y el desvalor de resultado. Bien dice Cerezo Mir que “el desvalor de acción está fundamentado por el modo, forma o grado de realización de la misma, por el dolo, los restantes elementos subjetivos de lo injusto cuando los haya y la infracción de los deberes jurídicos específicos que obligaban al autor en los delitos especiales”³⁷. En cambio, el desvalor del resultado está representado por la lesión, o puesta en peligro concreto, al bien jurídico.

El problema se suscita en cuanto a la relación entre el desvalor de acción y el desvalor de resultado. Welzel sostenía que el desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el derecho penal, y que el desvalor del resultado es un elemento que carece de independencia en numerosos delitos. Con lo cual terminaba diciendo que el desvalor del resultado puede faltar en el caso concreto, sin que desaparezca el desvalor de la acción. Y daba como ejemplo la tentativa inidónea³⁸. Estas ideas fueron continuadas por Armin Kaufmann³⁹, quien había llegado a la conclusión de que, en los delitos dolosos, el injusto quedaba constituido por el desvalor de la acción, habida cuenta que la norma era tomada como norma de determinación, en lugar de ser norma de valor. Y, esto era así porque el derecho no puede impedir la causación de resultados, sino sólo las acciones dirigidas a causar un daño al bien jurídico o que lo pongan en peligro. De modo que las

³⁷ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. I, p. 363.

³⁸ Welzel, Hans, *El nuevo sistema de derecho penal*, p. 18 y siguientes.

³⁹ Kaufmann, Armin, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, en “Fest. für Welzel”, p. 67.

normas prohibitivas quedan infringidas en el delito frustrado y la pena debería quedar equiparada al delito consumado.

Por su parte, Zielinski, llevando a sus últimas consecuencias la teoría del injusto personal, afirmó la idea de que el injusto se agota en el desvalor de acción, sobre la base de que el desvalor del resultado ya había sido tenido en cuenta en el juicio de desaprobación que se realizó a la acción fundada en la finalidad. De modo tal que el resultado es siempre un problema del azar y, por lo tanto, sólo manifiesta externamente el desvalor del acto⁴⁰, no añade nada al desvalor del acto, si no forma parte ya del desvalor de la acción⁴¹. Con lo cual el resultado queda reducido a una condición objetiva de punibilidad y el prototipo del injusto termina siendo la tentativa inidónea⁴².

Otro discípulo de Welzel, Horn, ha delimitado el concepto de peligro concreto, que pasa a ocupar el centro de atención en virtud de la transformación de los delitos de resultado en delitos de peligro⁴³.

La posición ha sido criticada por Maurach y Zipf, aduciendo que en la actualidad se perdería seguridad jurídica, en cuanto a la propuesta de reemplazar los tipos consumados por tipos de pe-

⁴⁰ Zielinski, Diethart, *Handlung-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, p. 173 y siguientes.

⁴¹ Zielinski, *Handlung-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, p. 134.

⁴² Schünemann, Bernard, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, en "Grundfragen des modernen Strafrechtssystems", p. 43.

⁴³ Horn, Eckhard, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, p. 144.

ligro, y a la equiparación entre tentativa y delitos consumados⁴⁴.

También critica a Zielinski en cuanto si bien es cierto que el resultado puede ser una eventualidad para el autor, no puede dejarse de lado el resultado en relación a los delitos culposos, ya que la responsabilidad, en este supuesto, depende del resultado. Como Zielinski no toma el resultado para la medición de la pena, la crítica sostiene que deja de lado un elemento de importancia para ello.

La idea de Zielinski que excluye el ilícito totalmente cuando el autor, previo examen consciente, responde afirmativamente la cuestión relativa a la existencia de la situación justificante, por lo cual la legítima defensa putativa equivaldría a la legítima defensa, es criticada por Maurach y Zipf desde la postura que sostiene que el ilícito de acción y de resultado tienen igual jerarquía o, como afirman textualmente, “ambos elementos se encuentran equilibradamente y en igualdad de condiciones”⁴⁵. Aunque también es dudoso que la sola suposición del sujeto de encontrarse dentro de una causa de justificación lleve a que su conducta sea lícita, teniendo en cuenta la inferencia en los bienes jurídicos de terceros.

Además, Schünemann ha sostenido que este exceso de la teoría finalista de lo injusto personal amenaza con destruir lo aportado por la misma teoría y muestra que dicha doctrina no ofrece futuro alguno a la sistemática penal actual⁴⁶.

⁴⁴ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 17, I.

⁴⁵ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 17, I.

⁴⁶ Schünemann, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, en “Grundfragen des modernen Strafrechtssystems”, p. 45.

§ 32. **EL CONSENTIMIENTO.** – Desde el derecho romano se ha dado relevancia al consentimiento de la persona que se ve afectada en su derecho. La expresión *volenti non fiat iniuria* es sin duda representativa de ello. Pero fue en la dogmática alemana en donde el tema ha sido elaborado, llevando su influencia al campo de la medicina, al punto que se puede afirmar, con certeza, que el obrar del médico tiene en el consentimiento del paciente su más amplia justificación, empleando esta expresión en sentido amplio y no en sentido técnico.

Por influencia de Geerds, el consentimiento se dividió en dos institutos. Por una parte, el asentimiento (*Einverständnis*), que excluye el tipo penal, y por otra el consentimiento (*Einwilligung*), que excluye la antijuridicidad⁴⁷.

El llamado *asentimiento*, con el cual se elimina el tipo penal, se da cuando este último tiene como presupuesto, sea expresamente, o por su propia naturaleza, que el autor del hecho actúe contra la voluntad de la persona o sin la voluntad de la víctima. Esto implica una coerción de la víctima, o un dominio de la voluntad de aquél⁴⁸. Los tipos penales que son abarcados por este presupuesto serían, en nuestro Código Penal, el hurto (art. 162), la violación de domicilio (art. 150), y la violación (art. 119, inc. 3º).

En cambio, en el consentimiento, como causa que excluye la antijuridicidad, lo esencial es que no se oponga a las buenas costumbres. Se basa

⁴⁷ Ver Romeo Casabona, Carlos M., *El médico y el derecho penal*, p. 292 y siguientes.

⁴⁸ Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal*, p. 294.

en el consentimiento de la persona en tanto el portador del objeto de protección sea una o varias personas individuales, pero nunca el Estado o la comunidad. Claro está que la persona debe ser capaz para consentir, y ese consentimiento debe haber sido dado de manera expresa o de una forma clara, y antes del hecho⁴⁹.

La diferencia entre ambos institutos tiene relevancia en puntos concretos de la dogmática penal. Para Geerds, en los casos en que el sujeto no sepa que tenía el consentimiento, como causa de justificación, el hecho será consumado, en tanto en el caso del asentimiento se daría un caso de tentativa inidónea. En cuanto al error, se estaría frente al error de prohibición en el caso del consentimiento, y del error de tipo cuando se dé el supuesto del asentimiento.

Esta teoría de Geerds, como bien dice Romeo Casabona, es dominante en la doctrina alemana, si bien con algunos matices⁵⁰.

Ha sido Zipf, continuando la obra de Maurach, quien dio forma a la teoría del consentimiento, a partir de su postura sobre el desvalor de acto y el desvalor de resultado. Desde esta perspectiva, Zipf sostiene que la renuncia al bien jurídico individual afectado (el acuerdo) provoca que ese bien jurídico penalmente protegido, se sustraiga del campo de proyección de la norma penal por el acto de disposición del sujeto actuante, de modo

⁴⁹ Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal*, p. 294.

⁵⁰ De la bibliografía consultada, se sigue la distinción que, entre otros, hacen Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 95; Jescheck, *Tratado*, t. I, p. 299; Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 17, y Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 269, pero con reservas.

tal que, al pasar el problema a ser un tema de lesión al bien jurídico, queda fuera del ámbito de la justificación para pasar al de la tipicidad. Y esto es así porque se basa en la teoría del ilícito de resultado, que excluye la posibilidad de que éste se dé al existir una renuncia efectiva a la protección al bien jurídico⁵¹.

La capacidad del individuo de renunciar a la protección aparece como primordial en todo sistema jurídico de base liberal y en el cual el individuo es el centro del debate. En nuestro ámbito, el consentimiento está amparado por el art. 19 de la Constitución y los tratados sobre derechos humanos de jerarquía constitucional.

En un Estado liberal no hay duda que debe primar la voluntad del individuo, en lo que atañe a sus bienes jurídicos disponibles, frente a la voluntad del Estado, excepto frente a bienes jurídicos de extrema importancia para la comunidad. Es que, bien mirado el problema, el tema del consentimiento vuelve a enfrentar las posiciones del individuo y del interés social. Nosotros hemos aceptado la autonomía ética del hombre, siempre y cuando no se lesionen derechos de terceros.

De ahí que no podrá haber consentimiento frente a bienes jurídicos colectivos, como la fe pública, la Administración pública, la salud pública, etcétera.

Cuando concurren bienes colectivos y privados se debe decidir la cuestión según el principio que sostiene que podrá existir el consentimiento, y con ello la disponibilidad, según cuál sea el bien jurídico preponderante.

⁵¹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 17, III.

Problema fundamental es el de aquellos bienes jurídicos indisponibles o irrenunciables como, por ejemplo, la vida humana. Sin embargo, en estos casos se debe hacer una distinción⁵². Nada se puede hacer frente a un sujeto que intente quitarse la vida, ya que esa conducta está amparada por la Constitución nacional (art. 19). Sin embargo, la ley argentina es clara en el sentido de castigar la instigación al suicidio, en caso de que éste se hubiese tentado o consumado (art. 83, Cód. Penal). También es claro que la ley argentina castiga la eutanasia, ya que el art. 79 del Cód. Penal es amplio en el sentido de que quien mata a otro tiene una pena de ocho a veinticinco años. De tal forma, si bien la vida es disponible para su titular, no lo es para terceros.

En los casos de tratamientos médicos, el consentimiento del paciente es esencial. El problema es cuando el sujeto da su consentimiento para experimentos médicos. En principio, tal consentimiento no es válido si no tiene por fin la salud del individuo y en tanto en cuanto no exista una

⁵² Merece citarse, en este punto, la opinión de Arthur Kaufmann: "A menudo se arguye que la vida humana es también un bien jurídico de la comunidad, de modo que el individuo no podría disponer sobre ella. Pero esto no es correcto. En cualquier caso, en la Constitución alemana, la vida se concibe como un derecho altamente personal. De modo que no se comprende por qué tal derecho ha de ser jurídicamente, y subrayo lo de jurídicamente, irrenunciable. A la objeción de esta postura que lleva al individualismo extremo cabe oponer que la tesis de que el hombre está obligado frente a la comunidad a mantenerse con vida, apoya a un cuestionable colectivismo de proveniencia conocida. Ciertamente el individuo tiene obligaciones frente a la comunidad, pero solo en tanto que vive; sin embargo, no tiene frente a la comunidad la obligación de vivir" (*Relativización de protección jurídica de la vida*, en "Avances de la medicina y el derecho penal", p. 54).

forma “normal” de cura. De ahí que la intervención médica, con consentimiento válido mediante, hace que la conducta sea atípica.

El objeto del consentimiento es un resultado, que consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

El consentimiento debe ser anterior a la lesión, si no es irrelevante a los efectos de la teoría del delito.

El consentimiento debe ser válido, motivo por el cual no debe estar viciado por error, ignorancia o minoridad; debe haber sido prestado previo examen de la persona, lo que exige, por otra parte, el deber de información.

Su efecto es la exclusión de la tipicidad, en tanto la acción se mantenga dentro del marco del consentimiento.

En el texto se sigue, en lo esencial, la idea de que el consentimiento es un elemento que elimina la tipicidad; de manera que si no se tiene conocimiento de los hechos, el ilícito de acción sigue presente y se produce la situación de tentativa inidónea.

Cuando el autor cree erróneamente que existe consentimiento, si es sobre el campo de los hechos, será un error de tipo; si es sobre concepciones jurídicas, será un error de prohibición.

El consentimiento no es válido cuando se ha expresado en contra de las buenas costumbres. Y ello sucede cuando el hecho atenta contra la comunidad, según las circunstancias vigentes, mediante una interpretación constitucional; por ejemplo, los actos de un sádico o las intervenciones médicas experimentales no científicas.

En cambio, se admiten las intervenciones quirúrgicas con fines cosméticos, aunque, en estos

casos, es obvio que al ser la intervención médica no de medios sino de fines, si éstos fracasan, la responsabilidad del profesional no admite, en principio, excusas.

El trasplante de órganos se rige también por los mismos principios. Sin embargo, no puede traspasar el principio de la autonomía ética del hombre, tal como se verá en el caso del estado de necesidad. De todas formas, siempre deben ayudar al receptor en su salud, y el grado de lesión del donante debe estar en relación con los principios del estado de necesidad, de modo que no se podrá admitir la muerte de una persona para salvar a otra de mayor prestigio.

C) LA RELACIÓN CAUSAL

§ 33. *DELIMITACIÓN TÍPICA DEL PROBLEMA DE LA CAUSA.* — La cuestión de la causalidad sólo puede plantearse una vez que se haya determinado que la actuación de voluntad del autor se ha mantenido dentro del marco descripto por el tipo respectivo. Si ello no es así, la acción será penalmente irrelevante aun cuando constituya la causa del resultado. Esto implica que sólo podrá estudiarse el tema de la causalidad, en tanto en cuanto se analice el tema, cualquiera que sea la teoría que se siga, dentro de una acción típica.

Dentro del tipo penal, tal como se viene explicando, se encuentra la relación causal, como la manifestación de voluntad del autor. Este punto es de importancia, ya que no cualquier curso causal puede tener relevancia a los efectos penales, sino sólo aquel que aparece creado por la voluntad humana. Dicho en otros términos, sólo el curso

causal que se pueda imputar a título de dolo o de culpa será relevante a los efectos penales.

De todas formas, aun cuando no exista relación causal, ello no significa que la acción no tenga relevancia penal. Desde esta perspectiva, basada en el desvalor de acción, se puede entender la tentativa y la participación frustrada.

§ 34. **LAS TEORÍAS CAUSALES EN DERECHO PENAL.** — Todas las teorías de la causalidad buscan limitar la responsabilidad, aunque lo hayan hecho por distintas vías. Es interesante, como ejemplo, mencionar las formas que Maurach y Zipf traen como restrictivas de la causalidad: a) limitando el propio concepto de causalidad; b) una delimitación objetiva de la responsabilidad, y c) una corrección en el nivel de la culpabilidad. De todas formas, desde la posición asumida en el texto, esto es aceptando el desvalor de la acción, sumado a la teoría de la imputación objetiva, no hay duda que el tema de la causalidad no tiene la importancia asignada en otras épocas.

Es que el problema causal fue abordado por el pensamiento causalista, que intentó con las teorías restrictivas poner límite al propio concepto de causa, que se había elaborado desde su plano teórico.

En las llamadas *teorías individualizadoras* se realizó un gran esfuerzo intentando diferenciar entre causa y condición, sin resultado positivo, como era obvio, ya que la empresa era casi imposible al ser los autores víctimas de su propio pensamiento mecanicista en el tema.

De todas formas es necesario analizar las teorías que han quedado vigentes dentro del amplio espectro de posiciones.

a) *TEORÍA DE LAS CONDICIONES O DE LA EQUIVALENCIA.* El creador de la teoría fue el procesalista Julius Glaser, en 1958, y desarrollada posteriormente por von Buri, que, como miembro del Tribunal Superior alemán, la llevó a la práctica. Bien dice Gómez Benítez que la teoría de la condición “ha pretendido históricamente ofrecer tanto un concepto de causa como un método para la demostración de la existencia de una relación de causalidad. En este sentido se trata tanto de una teoría sobre el fundamento de la causalidad como sobre su demostración”⁵³.

Causa de un resultado es cada condición que no pueda ser suprimida mentalmente (mediante un procedimiento hipotético de eliminación), sin que con ella desaparezca simultáneamente aquel resultado. Con lo cual, y con justeza, se deduce que causa y condición son equivalentes, no importando la mediatez o inmediatez de la condición. Tampoco se diferencia entre condiciones que favorezcan el resultado y aquellas que lo determinen, ya que todas tienen la misma jerarquía desde el punto de vista físico.

Por este motivo, la circunstancia que el resultado se hubiese producido de otra manera, tampoco elimina la causalidad, ya que se debe aceptar como irreversible la forma en que sucedieron los hechos y no otros que hipotéticamente hubieran podido pasar.

La teoría es eficiente en el sentido que no deja lagunas sobre el punto, más allá de las normales dificultades de prueba. El problema, en cambio,

⁵³ Gómez Benítez, José M., *Causalidad, imputación y calificación por el resultado*, p. 15.

surge en la limitación de la cadena causal, por un lado, y en los delitos cualificados por el resultado, por otro, aunque se pueda decir que en esos casos existe una culpa sobreviniente.

Supongamos que A quiere matar a B, a quien le dispara con un arma de fuego, hiriéndolo. Sin embargo, B no muere por el disparo de arma de fuego, sino a raíz del choque de la ambulancia que lo llevaba al hospital. Con la teoría de las equivalencias de las condiciones, no hay duda de que A es causa de la muerte de B, ya que si hipotéticamente se elimina su accionar, el resultado final (la muerte) no habría acaecido, con lo cual A debe ser castigado como autor de homicidio consumado, lo que a todas luces resulta no solamente injusto, sino además irracional, salvo que se sostenga una teoría mecanicista y, por ende, se afirme que el ser humano es responsable de procesos causales, idea impregnada de un pensamiento mágico.

No hay duda de que la teoría de las equivalencia de las condiciones tiene un contenido naturalístico que se remite a la naturaleza, como tal, para medir que es causa de un resultado, traspasando las conclusiones que de allí se sacan al plano penal⁵⁴.

b) *TEORÍAS LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD.* Bien dice Jescheck que la teoría de la condición, en cuanto basada en las leyes empíricas naturales, desemboca teóricamente en el infinito; desde esta perspectiva, también los padres y abuelos del asesino han causado la muerte de la víctima. De ahí que se intente limitar la causalidad, excluyendo cursos causales anómalos o atípicos⁵⁵.

⁵⁴ Gómez Benítez, *Causalidad, imputación y calificación por el resultado*, p. 15 y siguientes.

⁵⁵ Jescheck, *Tratado*, t. I, § 28, III.

Sobre la base de esta idea se buscó limitar la cadena causal, que dio pie a una serie de teorías, de las cuales quedan vigentes algunas pocas.

1) *TEORÍA DE LA RELEVANCIA DE MEZGER*. Basado en el pensamiento filosófico neokantiano, Mezger analizó el problema de la causalidad. En la base de la teoría de Mezger se encontraba la idea de que, además del método de las ciencias naturales, existe un método para las llamadas ciencias del espíritu, que tenía por característica que se debía comprender y valorar. Bien dice Schünemann que esta elaboración teleológica de los conceptos se basaba en Rickert y Lask⁵⁶.

Decía Mezger que “con arreglo a la teoría correcta también es causa en derecho penal, por tanto, causal en orden al resultado, toda condición que no pueda ser suprimida *in mente* sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado concreto. Pero sólo una conexión causal adecuada fundamenta la responsabilidad penal. Pues aun en los casos en los que la acción es causal respecto al resultado, sólo se podrá castigar al agente por dicho resultado cuando la conexión causal es relevante, es decir, importa jurídicamente”⁵⁷.

La teoría de la relevancia tiene pues, como idea clave, la noción que la relación causal sola no puede fundamentar la responsabilidad por el resultado, sino que debe existir cuando el resultado aparezca conectado causalmente con el acto de voluntad del autor. La conexión debe estar basada en la teoría de la equivalencia de las condiciones.

⁵⁶ Schünemann, Bernard, *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal*, en “El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales”, p. 51.

⁵⁷ Mezger, *Tratado*, t. I, § 15.

Esto implica que la causalidad es un concepto lógico que pertenece a las ciencias en general, de manera que todas las condiciones son iguales, aunque desde el punto de vista jurídico no pueda afirmarse tal consecuencia. Por lo cual, la equivalencia causal no es lo mismo que la equivalencia jurídica. La relevancia entonces aparece desde el tipo penal. Al autor sólo se le puede imputar la forma típica de producción del resultado, con lo que se excluyen los cursos causales atípicos. Es decir, las condiciones inadecuadas son irrelevantes en el campo jurídico. También son irrelevantes las condiciones dentro del riesgo permitido, y aquellas conductas que no incrementan el riesgo al bien jurídico.

De ahí que Mezger sostenga que la teoría de la adecuación no sea una teoría causal, sino una teoría de la adecuación típica y, desde este punto de vista, se puede interpretar el criterio de la relevancia.

2) *TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD ADECUADA.* La teoría fue creada por el médico von Kries (1853-1928) sobre la base de estudios de von Bar, con la intención de limitar la responsabilidad en el campo de la causalidad, sin recurrir a la culpabilidad. El punto específico era la limitación de los delitos calificados por el resultado. Según Jescheck, la "justificación de la agravación penal para los delitos calificados por el resultado ha de verse exclusivamente en que el delito base suscita el peligro de la grave consecuencia, de modo que sólo pueda ser tomado en cuenta para la agravación penal un comportamiento del autor que favorezca la producción del resultado"⁵⁸.

⁵⁸ Jescheck, *Tratado*, t. I, § 28, III.

La teoría de la causalidad adecuada sigue el procedimiento hipotético de eliminación de la *conditio sine qua non*, pero no acepta como causa a todas las condiciones del resultado que no puedan eliminarse mentalmente, sino tan solo a aquellas que, según la experiencia, sean en general idóneas para producir el resultado típico. Causa es, entonces, sólo la condición adecuada al resultado. De lo que se deduce que causas son aquellas condiciones que aumentan de manera relevante la posibilidad del resultado típico. La causalidad de una condición no estará presente en los casos de cursos causales completamente irregulares que, de acuerdo a las reglas de la experiencia, son inadecuados para producir el resultado. Por ello, sólo pueden ser analizados los procesos causales individualizadores.

La teoría, en síntesis, afirma que una conducta es causa de un resultado cuando cumple el papel de condición que conlleve un peligro que previsiblemente, desde un punto de vista objetivo, lleve al resultado; teniendo en cuenta que fuesen conocidas o posiblemente conocidas por una persona prudente, además de ser conocidas por el autor. Con lo cual acierta la doctrina cuando afirma que la teoría de la equivalencia no es ninguna teoría de la causalidad sino de la imputación⁵⁹.

Por su parte, Mayer pone como criterio el pronóstico objetivo *a posteriori*, basado en que debe existir una voluntad maliciosa, por parte del autor del hecho, el observador objetivo (en este caso el

⁵⁹ El tema fue visto por Mezger (*Tratado*, t. I, § 15) y posteriormente afirmado por Gómez Benítez (*Causalidad, imputación y calificación por el resultado*, p. 22) y Roxin (*Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 230).

juez) es quien debe imaginar la situación previa al desencadenamiento de tal condición. Si de acuerdo a un razonable juicio, conforme a aquella voluntad, debía contarse con la producción del curso causal, tal como ocurrió en la realidad, la condición es adecuada o constitutiva de una causa penalmente relevante. Si, por el contrario, no era razonable prever ese desarrollo concreto, junto con la previsibilidad del hecho debe negarse la causa penalmente relevante⁶⁰.

En estas teorías, el conocimiento que se exige no se extiende sólo a los datos *ex ante*, que tenía en base a su experiencia, sino también al conocimiento que tenía el autor en el momento de ocurrir el hecho, con lo cual se agregan los conocimientos concretos del autor.

Como síntesis se puede decir, con Gómez Benítez, que “la pretensión subyacente a las teorías causales de la adecuación y de la relevancia es producto de una preocupación político criminal generalmente aceptada; se trata, en suma, de restringir la excesiva amplitud de la teoría de la equivalencia de las condiciones que, inmersa en un sistema penal que gire en torno a la causalidad como eje de la responsabilidad penal, produce efectos indeseables sobre la responsabilidad, fundamentalmente en los delitos cualificados por el resultado, en los que consolida el *versari in re illicita*, y en los cursos causales irregulares, en lo que no consigue impedir un regreso al infinito”⁶¹.

⁶⁰ Mayer, Max E., *Der Kausalszusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*.

⁶¹ Gómez Benítez, *Causalidad, imputación y calificación por el resultado*, p. 24.

c) **CONCLUSIÓN.** *TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.* El resultado, que no es parte de la acción, debe integrarse al hecho típico; para ello es necesario que exista una relación, una línea de comunicación que pruebe que el resultado típico ha sido causado por una actuación de la voluntad del autor. En realidad, jurídicamente se debe hablar de un problema de imputación, ya que la causalidad propiamente dicha es un problema óntico o prejurídico.

Desde esta perspectiva, el derecho debe intentar salir de un problema meramente causal, propio de las ciencias experimentales, y hacer hincapié en el tema de la imputación, que es un problema normativo. Tanto el positivismo criminológico como el jurídico asentaron su visión en el problema causal, de modo que dicho tema tuvo un tremendo desarrollo. Dichas concepciones no alcanzaron a ver que se estaba en el ámbito de la imputación, y que ésta pertenece al campo normativo, único punto desde donde es posible intentar la restricción a la cuestión causal.

Bien mirada las cosas, el problema de la causalidad cobró un fundamental interés en la definición naturalística de delito, especialmente en la llamada *teoría causal de la acción*. En ésta, el concepto de causalidad actúa como eje de la acción exterior. A ello se sumó el triunfo de la *teoría de las equivalencias*, en las cuales todas las condiciones eran iguales, de modo tal que no se podía hacer una valoración de ellas desde el punto de vista normativo⁶².

⁶² En este aspecto es impecable el análisis de Schünemann, cuando sostiene que "el monismo causalista del naturalismo impidió un desarrollo de la categoría de la tipicidad, que quedó de esa manera reducido a una mera causación, y no dio lugar a que

La cuestión es saber si a una determinada conducta, dirigida por la voluntad humana, se le puede imputar el resultado típico. El tema queda circunscrito, en principio, a los delitos de resultado, tanto dolosos como culposos. Claro está que se debe aceptar que el resultado no es parte de la acción, y bien se sabe que es discutido si pertenece al tipo penal.

Sin embargo, debe entenderse que la demostración de la causalidad no supone como consecuencia necesaria la presencia de un hecho punible, así como su negación la ausencia de delito.

Se puede afirmar, con Maurach y Zipf, que causa, *en sentido filosófico*, es el conjunto de todas las condiciones del resultado, de las cuales no se puede extraer en forma arbitraria la acción del autor⁶³.

En cambio, causa, *en sentido penal*, es sólo la acción del autor y, más específicamente, la acción típica del autor, eliminando otras causas previas o concomitantes.

Dice Maurach que causa, *en sentido penal*, es aquella condición del resultado puesta por el autor que, conforme a las reglas de la experiencia, no pueda ser eliminada mentalmente sin que desaparezca también el resultado⁶⁴.

se trabajaran las diferencias valorativas que las pluralidades de situaciones sociales de conflicto daban y en consecuencia asimilarlas en diferenciaciones conceptuales" (*Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, en "Grundfragen des modernen Strafrechtssystems", p. 20).

⁶³ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 18, B.

⁶⁴ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 18, B.

Para poder resolver el tema se debe acudir nuevamente a los bienes jurídicos. El derecho penal, como es sabido, protege los bienes jurídicos de aquellas conductas finales que los ponen en peligro, o directamente los destruyen, mediante la norma de conducta, tal como lo había visto Binding. Contra la norma que manda o prohíbe una acción, el delincuente, cuando se rebela contra ella, lo hace realizando la acción prohibida, o no actuando cuando aquélla lo exigía. De tal manera, el autor no hace otra cosa que realizar el tipo penal.

Está claro que la norma sólo puede prohibir o mandar acciones finales del hombre. Y dentro de estas acciones sólo aquellas que analizadas desde un punto de vista *ex ante*, según el conocimiento científico de nuestro tiempo, “lesionarían el bien jurídico protegido, de modo probable o en realidad con una probabilidad limitada en la seguridad”⁶⁵. En consecuencia, aquellas conductas que tiendan a salvaguardar al bien jurídico, obviamente quedan al margen de la imputación objetiva.

Es decir, a partir del ámbito de protección de la norma es desde donde se debe juzgar el problema de la imputación o atribución objetiva. Y este punto de unión es importante, porque no se trata de volver a las ideas neokantianas, que alientan, sin duda, algunas de las teorías de la imputación objetiva, sino darle, desde la tipicidad objetiva, relevancia o no a ciertas conductas, sin entrar en el ámbito de la antijuridicidad.

⁶⁵ Rudolphi, Hans J., *Der Zweck Staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen*, en “Grundfragen des modernen Strafrechtssystems”, p. 76.

En este aspecto, ha sido Gössel quien distingue entre el peligro primario y el secundario. La distinción sirve para sostener que no se deben imputar al autor del primer peligro aquellos hechos que aparecen producidos por otra persona que ocasiona un peligro secundario. Se da, en este caso, el supuesto de muerte, no ya por la acción del autor, al lesionar a su víctima, sino por una acción posterior de otra persona, que produce esa muerte. Si A dispara sobre B, quien fallece no por las heridas del arma de fuego, sino por una posterior falla de los médicos cuando es atendido en el hospital, se resuelve, sin duda, desde la imputación objetiva, en cuanto la muerte de B no se le puede imputar a A, no ya casualmente, sino porque es al que puso en marcha el peligro secundario a quien se le debe imputar tal resultado. En cambio, le será imputable al primer autor en los casos en que la muerte se encuentre dentro del marco del peligro causado en la lesión primaria⁶⁶.

En síntesis, se puede afirmar, con Rudolphi, que los presupuestos de este juicio de imputación son, en primer lugar –y analizado el punto desde una perspectiva *ex ante*, y desde el saber empírico de nuestra época, esto es, lo que se puede saber de las ciencias–, que la acción realizada se muestre peligrosa para el bien jurídico protegido, o bien, la omisión aparezca apropiada para la salvación de aquél; y, en segundo lugar, que esta creación de peligro esté jurídicamente prohibida⁶⁷.

⁶⁶ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 43, IV.

⁶⁷ Rudolphi, *Der Zweck Staatlichen Strafrecht und die strafrechtlichen Zurechnungsformen*, en "Grundfragen des modernen Strafrechtssystems", p. 81.

Tampoco se dará la imputación objetiva, en el caso que el sujeto rechace el antídoto del veneno, por su deseo de morir, ya que quien decide y toma su cargo el curso causal es la propia víctima.

La protección al bien jurídico debe hacerse durante el desarrollo de la conducta, es decir, en el tiempo y lugar de la conducta realizada. En el delito culposo se da, como ejemplo, el caso del conductor que en un trayecto del camino va a exceso de velocidad, pero que en el momento del impacto con un tercero, al que mata, no ha violado ningún deber de cuidado. Lo que debe juzgarse no son los momentos precedentes, sino la violación del deber y, por ende, la imputación objetiva debe ser hecha en el momento de la acción que provoca el peligro de daño al bien jurídico.

Los *criterios de la imputación objetiva*, tal como se ha venido diciendo, son de aplicación a los casos en que el hecho se hubiera producido por la actitud de la víctima. Son los supuestos de *causalidad anticipada* y *causalidad sustitutiva*.

En el primer caso se trata de problemas en los cuales la persona, con su accionar, acelera el curso de los hechos que de igual forma iban a suceder; por ejemplo, el caso del médico que con su accionar imprudente provoca la muerte de la anciana que, en ese instante o poco después, igual iba a morir. El criterio es válido para todos los bienes jurídicos protegidos. En estos casos, el autor responde especialmente por la necesidad de protección de los bienes jurídicos en cuestión. Aquí se suma el problema de determinar, con certeza, si efectivamente el daño iba a ocurrir de igual forma en el mismo momento.

Acierta en este punto Gössel cuando afirma que, en los casos del autor sustitutivo o causa sus-

titutiva, no se puede excluir la imputación objetiva, debido a que el mandato normativo no pierde su validez para el bien jurídico particular protegido por el solo hecho de encontrarse en peligro. En consecuencia, el perjuicio al bien jurídico debe ser considerado de acuerdo al juicio de un observador objetivo, quien deberá analizar si la realización del peligro fue creado por la acción dolosa o por la infracción al deber, decisión que deberá estar basada en la experiencia, en conocimientos científico-naturales o en cualquier regla vigente sobre el deber de cuidado⁶⁸.

No parece dudoso, después de lo visto, afirmar que la relación de causalidad es sólo una condición mínima en el problema de la imputación objetiva. A este elemento, sin duda importante, se le debe agregar la relevancia jurídica de la relación causal entre el sujeto actuante y el resultado.

De ahí que la investigación de la causalidad tenga lugar, tal como lo sostienen Zipf y Gössel, en dos etapas que se estructuran una sobre otra.

En primer lugar, debe examinarse la causalidad empírica que llevó al resultado y, una vez afirmada ésta, analizar la atribución normativa del resultado.

Siguiendo este esquema, existen dos elementos de la imputación objetiva, que son la *causación del resultado* y la *atribución del resultado* al sujeto o autor del hecho.

Entre la acción y el resultado, como bien dice Zipf, debe existir una conexión que, de acuerdo a nuestros conocimientos basados en la experien-

⁶⁸ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 40, 105.

cia, pueda identificar a la acción concreta como causa del resultado. Sin duda, esta primera etapa no puede escapar al campo de las ciencias naturales. Por lo que existirá esta conexión causal si, sobre la base de una prognosis objetiva *a posteriori*, mediante el juicio de un observador objetivo se establece si cabía contar con el resultado efectivamente producido.

Esta parte de la investigación tiene que ver necesariamente con el conocimiento de las relaciones causales, esto es, las leyes naturales –de ahí la importancia de la teoría de la equivalencia de las condiciones– y además el análisis de los hechos concretos, a la luz de esas relaciones causales.

En el análisis de esta cuestión es relevante la opinión del perito para asesorar al juez. Cabe recordar el caso “Contergan”, en donde se discutió el efecto de la talidomida (calmante que habían ingerido las embarazadas) en las lesiones de los recién nacidos, es un ejemplo testigo de lo hasta aquí dicho. Basado en ese caso, se puede afirmar que el derecho depende de los estados de conocimiento de las ciencias naturales. De manera tal que los conocimientos científicos con grado de certeza, son vinculatorios para el juez, ya que de lo contrario la sentencia no sería aceptada por la comunidad científica y, por ende, caería en la arbitrariedad, en este caso en meras opiniones del juez. Si no hay elementos científicos que avalen la postura causal, se debe absolver por el principio *in dubio pro reo*; o, con palabras de Kaufmann, “la certeza subjetiva del juez no puede sustituir el conocimiento general”⁶⁹. De ello deriva una nueva

⁶⁹ Kaufmann, Armin, *Tipicidad y causación en el caso Contergan*, en “Nuevo Pensamiento Penal”, 1973-24.

consecuencia, que consiste en que “las afirmaciones generales que conciernen al campo de las ciencias naturales deben adoptarse siempre y solamente si están aseguradas en el aspecto científico, o sea, si se las acepta en general”⁷⁰.

De ahí que la atribución del resultado, asentada la perspectiva naturalista, debe ser confirmada por la perspectiva normativa-jurídica del derecho penal. Se pretende averiguar, según Maurach y Zipf, si el resultado producido cae dentro de la esfera jurídica de responsabilidad del autor. En este punto se trata de analizar si el resultado puede ser atribuido a una persona, si la conducta de ésta es un presupuesto lógico necesario para que se produzca el perjuicio al bien jurídico. De ahí que acierte Gössel al sostener que el juicio acerca de la imputación objetiva se transforma en un juicio acerca de la legalidad lógica⁷¹.

La discusión, sin duda, se dará en la doctrina, en el análisis de cuáles son los principios que rigen esta segunda etapa de la imputación objetiva.

El criterio más común es el principio por el cual se sostiene que, para que se dé la imputación objetiva, es necesario que la conducta del autor haya provocado un aumento del riesgo, que necesariamente debe ser desvalioso para el bien jurídico y además que esté presente en el resultado.

De ahí que no sería posible hablar de imputación objetiva en los casos en que no exista riesgo desaprobado jurídicamente. Los dos ejemplos que se pueden dar en este supuesto son los si-

⁷⁰ Kaufmann, *Tipicidad y causación en el caso Contergan*, en “Nuevo Pensamiento Penal”, 1973-24.

⁷¹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 40.

guientes: A lanza un golpe de hacha a B, de forma tal que le podría causar la muerte. C, que está atento, logra evitar la muerte de B empujándolo, pero causándole lesiones. La imputación no es posible debido a que, objetivamente, la acción de C tiende a disminuir el riesgo de B.

En estos casos, en que la acción del sujeto sólo lleva a la disminución del riesgo de daño al bien jurídico, es claro que no habrá acción típica. Con la acción se disminuye la posibilidad de un daño, y por ende la acción no es típica, ya que lo que se ha intentado es evitar justamente la lesión al bien jurídico, que es lo que protege la norma.

Igual tratamiento debe darse al caso de la persona que es atacada por un animal, y un tercero, con la intención de salvarlo, dispara un arma de fuego, que mata a la persona. Más allá de la no existencia de dolo del autor, en este supuesto hay falta de imputación, debido a que la acción conlleva a la disminución del bien jurídico.

En síntesis, y como sostiene Gössel, la imputación objetiva requiere de un acontecimiento fáctico y de su enjuiciamiento⁷². El acontecimiento fáctico estaría dado por la provocación del peligro, para lo cual es necesario analizar en estos casos si esa situación de peligro fue obra de una violación del deber de cuidado o de un acto doloso, y cuál fue el resultado. El peligro, más el resultado, debe ser juzgado de acuerdo a las reglas que rigen, que son los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia⁷³. De acuerdo con ello se

⁷² Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 43, IV.

⁷³ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 43, IV.

podrá analizar si el resultado finalmente producido cae dentro de la esfera de responsabilidad jurídicamente relevante del autor. Dicho de otra forma, si es su obra y, en este punto, se limita la responsabilidad penal.

d) *EL RIESGO PERMITIDO*. La *teoría del riesgo permitido*, o de la llamada *adecuación social*, ha llevado a duras posiciones dentro de la doctrina. Dichas posiciones van desde aquellos que sostienen que no aporta nada que los institutos de la dogmática penal no puedan solucionar, hasta quienes la aceptan, aunque discutiendo cuál es el lugar que ocupa en la sistemática del delito.

No hay duda de que ciertos actos del hombre aumentan el riesgo de causar un daño al bien jurídico, pero dichas actividades están permitidas por el orden jurídico; por ejemplo, las actividades deportivas riesgosas (automovilismo, boxeo, rugby, etc.), o las actividades profesionales peligrosas (minería, edificación, operaciones de alto riesgo, etcétera). En estos casos, tal adecuación se transforma (se alteran los márgenes de la previsibilidad objetiva) y se habilita al hombre prudente para llevar a cabo esas conductas dentro de ciertos límites, en la medida en que al ponerlas en práctica observe las pautas (deberes objetivos de cuidado) impuestas, precisamente, para disminuir el peligro de aparición de tales resultados, de manera que, así efectuados, cuando éstos aparecen no se puede imputar objetivamente a los autores el comportamiento que los ha causado.

En este punto se debe analizar el caso de aquella persona que quiere matar a su tío y, en consecuencia, lo envía a realizar varios viajes en avión a los efectos que, en vistas de los porcentajes de ac-

cidentes, tenga aquél uno, fallezca y él pueda cobrar la herencia.

El tema se soluciona tal como lo afirma Cerezo Mir, quien opina que éste es un deseo; o como lo sostienen De Toledo y Hubieto y Huerta Tocildo⁷⁴, en el sentido en que ésta no es una obra suya, ya que no se puede manejar la causalidad, lo que implica que no es previsible al autor el resultado, o también recurriendo a la teoría del error sobre la relación causal.

D) EL DELITO DOLOSO COMO FORMA BÁSICA DEL HECHO PUNIBLE

§ 35. **EL BIEN JURÍDICO. CONCEPTO.** – Es necesario, a los fines de poder dar una explicación de todo el derecho penal, acudir a la noción de *bien jurídico*.

Todas las normas que el Estado dicta lo son en función de la protección de bienes jurídicos. De ahí que el bien jurídico aparece como indicador para entender el núcleo material de lo injusto, que es común a todo el comportamiento antijurídico⁷⁵. En cualquier ejemplo que se traiga del derecho penal liberal, y en los códigos que han seguido esa orientación, surge la noción de bien jurídico como base ineludible de explicación de ellos.

En lo que sigue se tratará de dar un concepto de bien jurídico, de su origen y de las implicancias en la teoría del tipo, la relación del bien jurídico y

⁷⁴ De Toledo y Ubieto, Emilio O. - Huerta Tocildo, Susana, *Derecho penal. Parte general*, p. 88.

⁷⁵ Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975-328.

la norma, y especialmente el problema del destinatario de la norma penal.

En otra parte de esta obra, cuando analizamos la justificación de la pena (ver t. 1, § 1 a 9), se dejó establecido que la existencia del Estado tenía su realidad de ser y su necesidad política en la idea de la paz social. Sin el Estado, la guerra se haría presente, llevando consigo la desgracia para los hombres reunidos en sociedad. El derecho penal aparece como la defensa que el Estado hace en respuesta del ataque a determinados intereses que, según lo que la sociedad acepta mayoritariamente en un tiempo determinado, son altamente valiosos.

Si la sociedad considera que esos intereses son de tal magnitud, de tal importancia, surge la necesidad de protegerlos mediante la imposición de pena a quienes lo lesionen o pongan en peligro. Desde este punto de vista se justifica la aplicación de pena, ya que son los supuestos límites, en los cuales no se puede dejar de castigar, sin el riesgo de volver al estado de guerra primitivo al que hacía alusión Hobbes, sin perjuicio de que dicha sanción debe respetar la dignidad de la persona humana, al no poder usarla nunca como medio.

a) *ANTECEDENTES.* Desde un punto de vista histórico, el concepto de bien jurídico aparece como una consecuencia del liberalismo político del siglo XIX. Bien se ha dicho que el delito en la época de la Ilustración y del racionalismo era visto como un ataque a los derechos subjetivos, siempre basados en el contrato social, de modo que la única tarea legítima del Estado era la protección de los derechos de sus ciudadanos y los suyos propios para la realización de sus fines, definidos por el contrato

social. Con lo cual el núcleo material de todo delito era la lesión de derechos subjetivos⁷⁶.

Hay coincidencia en colocar a Birnbaum como autor de este concepto, en 1834, como el punto de partida de un concepto material del delito y, por ende, de un nuevo concepto de bien jurídico.

Sin embargo, el esfuerzo por encontrar un criterio material de delito, basado en el concepto de bien jurídico no pudo ser reconocido, por lo menos de manera completa.

De ahí que Honig, en 1919, pudo decir que los conceptos de bien jurídico ofrecidos hasta ese momento, "no se corresponden con las exigencias que la dogmática de la ciencia del derecho requiere para sus conceptos fundamentales, esto es, la exigencia de que el concepto expresado en palabras determine en forma unitaria y exhaustiva la esencia de los hechos vitales que caen bajo tales expresiones"⁷⁷.

De modo que, en principio, hay dos conceptos de bien jurídico. Un concepto liberal, que es independiente del derecho positivo, que se encuentra dado previamente al legislador, que tiene como problema básico no poder dar un contenido material, pero tiene la ventaja de limitar el poder legislativo penal.

Por otro lado, se encuentra un concepto metodológico-final de bien jurídico, que tiene que ver

⁷⁶ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 19, 2, A; se encuentra igual concepto en Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975-333.

⁷⁷ Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*, p. 83 y 84, citado por Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975-330.

con aquellas conductas lesivas de un estado social valioso para la comunidad, con lo cual el bien jurídico tiene relación con exigencias de política criminal⁷⁸.

b) *EL BIEN JURÍDICO COMO CONCEPTO QUE SURGE DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL, CREADORA DEL ESTADO DE DERECHO*. Tal como se ha planteado la discusión, el tema se ha trasladado al análisis de cómo un determinado valor, importante para el individuo o la comunidad, llega a ser un bien jurídico protegido por el derecho penal y qué criterios se pueden formular para tal operación. En tal sentido, el concepto de bien jurídico entra en estrecho contacto con el concepto material de delito⁷⁹.

Estas decisiones valorativas no surgen de prescripciones previas al derecho, esto es, de un derecho suprapositivo, ni tampoco de las relaciones sociales preexistentes. La primera no podría darse, ya que se entraría en el espinoso tema del derecho natural, en tanto el segundo concepto quedaría supeditado a las valoraciones sociales, también de por sí caprichosas.

De todas formas, el legislador no es libre en la elección de cuáles bienes jurídicos proteger, ya que las decisiones valorativas deben extraerse de la Constitución nacional y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que se han incorporado a la norma fundamental, en la medida que se ha creado un Estado de derecho⁸⁰.

⁷⁸ Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975-335.

⁷⁹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 19, 6.

⁸⁰ Rudolphi, Hans J., *StGB, Systematische Kommentar*, t. I, antes del § 1.

Un Estado de derecho no sólo tiene que ver con la división de poderes, la sujeción de todo el Estado a las normas, sino que el fin de tal Estado es la justicia material⁸¹. Es que el Estado de derecho, según nuestra Constitución, no sólo exige una división de poderes formal, sino que esencialmente busca la libertad personal y política de los ciudadanos, sumada a la moderación y juridicidad de todo el poder público⁸².

El derecho penal sólo se justifica cuando es necesario para proteger las condiciones de vida de una sociedad que se estructura sobre la base de la libertad de las personas⁸³.

Se deduce, entonces, que el Estado no puede imponer conductas determinadas en lo relativo al orden religioso o moral; debe imperar la tolerancia, entendida como el respeto a la conciencia del hombre, a la autonomía del hombre, en el sentido kantiano⁸⁴. De ahí que el Estado no debe inmiscuirse en el ámbito de la conciencia de los hombres, ni puede ordenar conductas que, sin afectar derechos de terceros, sean contrarias a la moral⁸⁵.

⁸¹ Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975-338.

⁸² Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975-338 y 339.

⁸³ Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975-339. Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, t. I, antes del § 1.

⁸⁴ Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, p. 60.

⁸⁵ CSJN, 18/4/89, "Portillo, Alfredo", LL, 1989-C-45 (ver t. 1, Apéndice B); además, comentario de Donna, Edgardo A., *El delincuente por conciencia. Un problema de colisión de deberes*, en "Doctrina Penal", 1989-385.

La Constitución es la norma que contiene las decisiones valorativas fundamentales para poder elaborar un concepto de bien jurídico, previo a la ley penal, que sea obligatorio para ella, con lo cual todo lo que atañe a la conciencia del individuo, en lo referente a la moral individual, queda fuera de cualquier amenaza penal. El objeto de las amenazas penales sólo pueden ser aquellas conductas que pongan en peligro o lesionen los presupuestos básicos de la vida social, que está basada en la libertad y responsabilidad del individuo⁸⁶.

De ello se deduce que la protección penal a los bienes jurídicos, y con ello la pena, debe ser el extremo último al que debe apelar el Estado, con lo cual se advierte el carácter subsidiario del derecho penal y la necesidad de que sea la *ultima ratio* a la que se deba apelar⁸⁷.

c) *SU NOCIÓN COMO UN ESTADO VALIOSO DE COSAS.* Entendido el bien jurídico como estados valiosos, no hay duda que ellos pueden modificarse y, por ende, esa modificación puede influir también en lo jurídico. Con lo cual, la modificación del bien jurídico conlleva inmediatamente modificaciones en la protección que le otorga el derecho. La modificación, como es obvio, puede ser la inclusión de nuevos bienes jurídicos dentro de la protección del Estado o bien excluir otros. Y aun así, modificaciones en el contenido mismo del bien protegido hará que también cambie la protección penal.

⁸⁶ Donna, *El delincuente por conciencia*, en "Doctrina Penal", 1989-385; Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975-341.

⁸⁷ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, t. I, antes del § 1.

Los ejemplos que da nuestra legislación son innumerables. La ampliación de la protección de la propiedad en los casos de desbaratamiento de derechos acordados, que llega a sancionar relaciones antes impensadas, o la misma administración fraudulenta.

El tema del aborto, más que la discusión sobre si se protege o no al feto, conlleva la discusión sobre el grado de protección que se dará a la persona por nacer, como bien jurídico. Con el actual problema del medio ambiente, lo decisivo consiste en determinar cuál es el bien protegido y su alcance. Ni qué decir del tema de los estupefacientes, donde la discusión sobre el castigo a la tenencia de dosis para consumo propio, pasa esencialmente por el bien jurídico que se intenta proteger. Al decir de Maurach, el problema está en que junto con la admisión de un bien jurídico en el ámbito de protección de los bienes jurídicamente protegidos, es de importancia decisiva en qué grado y frente a qué ataque pasa el bien jurídico a gozar de protección⁸⁸.

Si bien la llamada *teoría de los estados*, según la cual los bienes jurídicos son estados de cosas por cuya conservación existe un interés individual, hizo avanzar el concepto buscado, tal como lo sostuvo Jäger, en el sentido de que los bienes jurídicos son estados tutelables y lesionables⁸⁹, es necesario una vuelta de tuerca más en la búsqueda del concepto de bien jurídico. Y ello se logra

⁸⁸ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 19, n° 7.

⁸⁹ Citado por Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975-342.

al poder encontrar una relación entre el objeto protegido y su titular. Con lo cual el bien jurídico es una unidad funcional valiosa para la sociedad, que se rige de acuerdo a la Constitución, que protege los derechos fundamentales del individuo, empezando por la libertad personal⁹⁰.

Por otra parte, Polaino Navarrete sostuvo que, en la naturaleza de los bienes jurídicos, se incluyen tanto a los bienes en sentido material, como los que pertenecen a la esfera espiritual. O, dicho en términos más sencillo, el concepto de bien jurídico se integra con dos nociones básicas: *bienes* y *valores*.

Por *bienes* “debe entenderse, en el ámbito de la caracterización técnica del bien jurídico, todos aquellos objetos que, siendo de utilidad para satisfacer necesidades personales, asumen una importancia de tal índole en el ámbito de la convivencia humana que son estimados acreedores de la máxima garantía del ordenamiento jurídico”.

Por *valores*, dice Polaino Navarrete, “se considera, en el mismo plano dogmático, aquellos atributos anímicos espirituales de especial trascendencia para la autorrealización de la persona en sociedad, que repercuten de una forma inmanente en la propia estructura de configuración del núcleo social, en cuyo círculo se provee el desenvolvimiento de las aspiraciones individuales en un orden jurídico abstracto de libertad, respeto y colaboración recíprocos”⁹¹.

⁹⁰ Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en “Nuevo Pensamiento Penal”, 1975-344.

⁹¹ Polaino Navarrete, Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, en “Anales de la Universidad Hispalense”, 1974, n° 19, p. 267 y 268.

Desde este punto de vista, Polaino Navarrete da una definición: "Es el bien o valor merecedor de la máxima protección jurídica, cuyo otorgamiento es reservado a las prescripciones del derecho penal"⁹². Sólo puede ser considerado bien jurídico un interés reconocido por la totalidad o por la mayoría de los componentes de la sociedad, de ahí lo cambiante en el tiempo.

Por otra parte, no se debe confundir el bien jurídico con el objeto corporal, sino al contrario, hay en él un concepto general de referencia, que es el interés jurídico reconocido en un bien determinado⁹³. De todas formas, puede coincidir el objeto de la acción y el bien jurídico, aunque no se debe de ninguna manera identificarlos. En el hurto, el bien jurídico es la propiedad, en tanto el objeto que se sustrae tiene relación funcional con el propietario de la cosa. De modo que la lesión al patrimonio surge en cuanto la lesión repercute en el ámbito de la vida concreta de una persona, y no sólo como una disminución de su patrimonio⁹⁴. De ahí que el engaño, por medio del cual me apodero de un pañuelo, de gran valor afectivo para una persona, y lo cambio por otro de mayor valor económico, pero sin ningún valor afectivo, es hurto, ya que se ha violado el bien jurídico propiedad, entendida de manera funcional y no, como se suele analizar en la doctrina nacional, como una simple suma de bienes.

⁹² Polaino Navarrete, *El bien jurídico en el derecho penal*, en "Anales de la Universidad Hispalense", 1974, n° 19, p. 270.

⁹³ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 19, II.

⁹⁴ Rudolphi, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975-344.

Sin embargo, este proceso no debe llegar al punto que el bien jurídico se convierta en una abstracción tal que haga perder de vista el trascendental papel de la interpretación de los tipos penales concretos y el pertinente juicio de antijuridicidad. Desde otra perspectiva se corre el riesgo de que, al proteger el orden jurídico, se lleve el proceso a un aumento de penas o, lo que es igual, a una inflación de las sanciones. Lo que se debe tener en cuenta es que, salvo los altamente valiosos, es difícil dar una total protección a todos los bienes jurídicos, de manera, pues, que la cuestión consiste en la cantidad de protección que se otorgue, sabiendo que nunca será total. Hay, pues, una graduación, que va de un mínimo a un máximo, según el alcance de la política criminal que haya fijado el Estado.

Tanto los individuos como la comunidad pueden ser titulares de los bienes jurídicos⁹⁵.

El bien jurídico, visto desde esta posición, tiene gran importancia en la parte especial del derecho penal, debido a que la distinción entre los bienes jurídicos individuales y los sociales repercute inmediatamente en la conformación de los tipos y en su clasificación, y en el monto de las penas, según el valor que tenga cada bien jurídico. No es posible imponer igual sanción al hurto que al homicidio, ya que son distintos los bienes jurídicos protegidos. La importancia valorativa tiene repercusión en los problemas de las causas de justificación, especialmente en el estado de necesidad justificante.

⁹⁵ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 19, II.

§ 36. **BIEN JURÍDICO, NORMA, TIPO PENAL Y DESTINATARIO DE LA NORMA.** – De lo expuesto, se puede afirmar que el bien jurídico es el centro de toda construcción, tanto de la norma como del tipo penal.

Con ello ya se puede adelantar que, tanto la interpretación como el conocimiento de la ley penal, remiten inmediatamente al bien jurídico.

Cuando se reconoce un interés o valor y se lo lleva a la categoría de bien jurídico, y al mismo tiempo se busca la sanción penal para su protección, aparece entre ambos la norma imperativa, que obliga respetar el bien jurídico.

Es la convicción jurídica, basada en la Constitución, la que lleva a la creación del mandato que busca la protección del bien jurídico y que, como ya lo había sostenido Binding, se dirige a la generalidad, ya sea prohibiendo conductas, ya obligando a realizar otras.

Había observado Binding que las normas son mandatos jurídicos que se encuentran en el ámbito del derecho público, que pueden ser escritos o no escritos, que es lo que realmente viola el delincuente.

Dicho en términos más sencillos, lo que el delincuente hace es cumplir con el tipo penal. Cuando el autor del homicidio mata no hace otra cosa que cumplir con la ley penal, esto es, actúa según el art. 79 del Cód. Penal. Pero en ese acto de matar, viola la norma que le indicaba cuál era el camino que debía seguir, esto es, la prohibición de dar muerte a una persona.

Como bien decía Binding, la norma crea la acción antijurídica; en cambio, la ley penal crea la conducta delictiva. “*Die Norm schafft die rechts-*

widrige, das Strafgesetz die verbrecherische Handlung"⁹⁶. De ahí que el requisito necesario de la ley penal es la prohibición de la conducta, que justifica por supuesto la amenaza de pena⁹⁷.

Esta distinción entre norma y ley penal tiene relevancia para la teoría de la antijuridicidad. La ley penal puede indicar tipicidad, pero, ante la retirada de la norma, no existe una infracción jurídica. Al respecto, Binding elabora la forma de las causas de justificación y su eliminación de la antijuridicidad como tal.

Desde otra perspectiva, la teoría de las normas funda el error de prohibición, ya que no puede haber culpabilidad cuando el sujeto no reconoce la norma, es decir, no puede motivarse en ella, con lo cual se soluciona el problema de la doctrina argentina que ha buscado, en el art. 34 del Cód. Penal, una base legal al error de prohibición.

§ 37. EL BIEN JURÍDICO Y LA TEORÍA DE LAS NORMAS, DESDE UNA PERSPECTIVA LÓGICA. – La importancia de la norma aparece cuando, desde una perspectiva lógico jurídica, se demuestra que el castigo sólo corresponde a la acción prohibida que lesiona un bien jurídico. Esta inclusión de la norma, entre el bien jurídico y el castigo, que habilita la teoría del tipo penal, conduce a una selección de las conductas prohibidas, dejando de lado otros atentados a esos bienes, que no aparecen en la norma. De esto se deduce una consecuencia de importancia: el contenido del tipo penal que cobra sentido por la existencia de la norma. La conminación

⁹⁶ Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, § 21.

⁹⁷ Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, § 21.

penal gana su contenido material sólo gracias a la existencia de una norma asentada en la convicción general y transferida a la conciencia jurídica⁹⁸. De manera que la reconocibilidad de la norma es, en principio, lógica, pero siempre basada en la convicción general.

La norma aparece en los tipos penales de diversas formas. En algunos tipos, la remisión a la norma es directa, como por ejemplo en el homicidio (art. 79, Cód. Penal), en el cual la prohibición de matar surge sin lugar a dudas. En otros tipos penales, la remisión a la norma está oculta; son los casos en que la ley se refiere indirectamente a ella, como por ejemplo en el tipo del art. 150 del Cód. Penal (violación de domicilio), cuando el artículo dice “*contra la voluntad*” de quien tenga derecho a excluirlo, o cuando el Código se refiere al delito de hurto y exige que el apoderamiento de la cosa sea ilícito (art. 162). Esto quiere decir que el tipo penal se cumple sólo cuando existe una actual contravención normativa y, por el contrario, no se dará en los casos que la norma no sufra lesión. De ahí que, a nuestro criterio, no sea necesario recurrir a la teoría de la tipicidad conglobante en estos casos, como hace Zaffaroni, para evitar una contradicción sistemática⁹⁹. Por último, hay tipos con remisiones legales abiertas, que son las leyes penales en blanco y aquellas leyes que ya formulan en sí la norma, con disposiciones penales especiales¹⁰⁰. No se debe perder de vista que

⁹⁸ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 19, B, I.

⁹⁹ Zaffaroni, *Tratado de derecho penal*, t. III, p. 229.

¹⁰⁰ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 19, B, I.

el principio de legalidad abarca tanto el tipo penal principal como a aquel que llena la ley en blanco, a la cual se debe exigir iguales requisitos de ser previa, por una parte, y, por otra, razonable¹⁰¹.

Desde otra perspectiva, la norma cumple una función de gran importancia en el ámbito jurídico, tanto en la teoría de la antijuridicidad como en la de la culpabilidad. Toda la teoría de la justificación de acciones típicas está basada en el permiso de la norma. En el problema de la culpabilidad, el tema de la conciencia del injusto y su reconocimiento también se basa en la norma penal.

§ 38. *NORMA Y PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS.* – Fue Hruschka el que dio un claro concepto de cómo juega la norma con respecto al bien jurídico. Los conceptos que utiliza son los de obligación y deber, que llevan la idea de lesión del deber y lesión de la obligación, por una parte, y la de imputación ordinaria e imputación extraordinaria, por la otra.

Para Hruschka existen dos tipos de normas: las obligaciones, que tienen relación con el imperativo hipotético de Kant, y los deberes jurídicos, que se relacionan con el imperativo categórico, también de Kant.

La obligación surge del mandato. En el supuesto del mandato “no debes matar”, que lleva a la prohibición consciente de quitar la vida a otro. Pues bien, este mandato también tiene por finali-

¹⁰¹ No sería constitucional un listado, referido a la ley de estupefacentes, que incluyera sustancias que nada tienen que ver con el tema, como por ejemplo la aspirina. En esos casos, la revisión judicial también debe ser sobre este punto.

dad impedir cualquier otro proceso homicida, con lo cual también se dirige a prohibir homicidios inconscientes, en tanto ellos puedan ser evitados. Esta ampliación de las normas prohibidas se consigue deduciendo de la llamada *norma primaria de conducta*, una *norma secundaria* que aumenta tanto el ámbito de lo prohibido como de lo mandado¹⁰². Hruschka sostiene que esta relación ya no es lógica, sino sintética. En este sentido reitera que los términos *analítico* y *sintético* provienen de la filosofía kantiana. En juicio sintético, el predicado no está contenido en el sujeto, como, por ejemplo, en la proposición “la hierba es verde”. Al contrario, los juicios analíticos son aquéllos en que en el predicado se constata lo que ya contiene el sujeto (p.ej., “el triángulo tiene tres ángulos”)¹⁰³. La dificultad, en los juicios sintéticos, surge cuando lo que se predica del sujeto no puede ser comprobado empíricamente, como en el ejemplo de la hierba. Sin embargo, esta averiguación también es posible en los casos en que no exista la prueba empírica. Si el mandato primario que se da al bañero consiste en que salve a las personas que se ahogan, ello también tiene relación con prestar atención y cuidado a los peligros que se presentan a otros bañistas. Pero este segundo mandato no está implicado en el primero, ya que del salvar vidas no se deduce que se debe cuidar a otras de ocasionales peligros, de modo tal que la deducción no es mediante un juicio analítico sino de uno sintético, como expresamente lo afirma Hruschka al sostener que, como es plausible, dicha deducción

¹⁰² Ver con amplitud el desarrollo de esta concepción en la obra de Hruschka, *Fest. für Bockelmann*.

¹⁰³ Hruschka, Joachim, *Derecho penal*, p. 398.

está fundamentada¹⁰⁴. De lo cual se deduce que la lesión de las obligaciones no significan violación del deber jurídico, y por ello no tienen como consecuencia el merecimiento de pena.

La prohibición y el mandato tienen una consecuencia directa, esto es, la expresa prohibición de realizar una determinada acción. Ésta sería la norma primaria y, por lo tanto, es un imperativo categórico del cual surge un deber.

Además, existen los siguientes mandatos: a) el de mantener las alternativas existentes a la acción prohibida, y b) el de no realizar las alternativas no existentes, pero sí posibles, que llevarían a que un acontecimiento constituya un actuar prohibido.

De cada mandato se deduce a su vez: a) la prohibición de provocar la imposibilidad de cumplir el mandato; b) el mandato de conservar, en caso de peligro, la posibilidad de cumplir con el mandato, y c) el mandato de mantener la posibilidad de realización del mandato, en tanto esa posibilidad subsista¹⁰⁵.

Las infracciones que no sean a las normas primarias son obligaciones (volveremos a utilizar esta argumentación al analizar, a partir del § 84, la *actio libera in causa*).

Con la distinción realizada anteriormente entre deber y obligación se está en condiciones de

¹⁰⁴ "Doch ist das Aufmerksamkeitsgebot nicht einfach im Rettungsgebot impliziert, so dass es durch eine blossse Analyse aus ihm herausgeholt werden könnte. Dir Verbindung is deshalb zweifelsfrei eine synthetische, aber sir erscheint als plausibel und damit begründet" (Hruschka, *Derecho penal*, p. 398 y 399).

¹⁰⁵ Hruschka, *Derecho penal*, p. 274 y ss.; además puede verse Jubert, Ujala J., *La doctrina de la "actio liberæ in causa"*, p. 141.

sostener que la violación del deber llevará a una imputación ordinaria, en tanto la violación de la obligación conducirá a una imputación extraordinaria. Sin embargo, la violación de la obligación no puede por sí misma fundamentar un reproche autónomo sobre la culpabilidad del sujeto; a lo sumo podrá impedir, por parte del sujeto, una causa de exculpación. La distinción es de real importancia porque funda, sin lugar a dudas, la responsabilidad culposa en casos que hasta el momento eran discutidos. El ejemplo traído es el del médico que ha cometido un error inconsciente, y causó la muerte del paciente. Claro está que la muerte sólo le podrá ser imputada al médico si él conocía realmente la situación de peligro que su conducta implicaba para la víctima. Si no conocía tal peligro, no se le podrá imputar aquel resultado. Sin embargo, existe la obligación de mantenerse actualizado en su ciencia, de modo que si ha violado esta obligación de manera que le sea imputable, la muerte será responsabilidad suya, pero por la imputación extraordinaria.

Para más detalle, Hruschka da el ejemplo de la persona que se pone en estado de necesidad y luego en ese estado mata a otra persona. Existen claramente dos prohibiciones: la primera consiste en que está prohibido matar, y éste es un deber jurídico; en cambio, la otra prohibición que consiste en no ponerse en estado de necesidad, es claramente una obligación.

Con ello se está dando la fundamentación del delito culposo. En el tipo culposo no se castiga la distracción, sino la violación, esto es un imperativo hipotético. Es decir, al bañero no se lo castiga por un descuido o falta de atención, sino por violar su obligación de salvar vidas.

De esta manera se ha fundado no sólo la responsabilidad dolosa, sino también la culposa, que había tenido a maltraer a la doctrina¹⁰⁶. Por eso se debe admitir que tanto el tipo doloso como el culposo se deducen de una sola norma, que es la de protección al bien jurídico vida¹⁰⁷.

E) EL TIPO PENAL

§ 39. **CONCEPTO.** – La norma surge a los efectos de proteger al bien jurídico, y es la que determina la ley penal, en este caso los tipos existentes en los códigos penales, que conforman la llamada parte especial. Dicha norma, que prohíbe realizar una acción u obliga a la comisión, debe necesariamente encontrar apoyatura en la ley que amenaza de pena la violación del mandato contenido en ella. Quizás una de las mayores conquistas del liberalismo jurídico frente al poder del Estado, fue limitar esa amenaza de pena, en sistema cerrado, descriptiva de algunas acciones que van en contra de la norma afectando el bien jurídico. Este sistema discontinuo de ilicitudes, al decir de Soler¹⁰⁸, lleva, en virtud del art. 19 de la Const. nacional, a que todo lo que no esté descripto como delito caiga en la llamada zona de libertad y, por ende,

¹⁰⁶ La construcción de tal sistema de normas no sólo la propone Hruschka, sino también Joerden, Jan, § 34 satz 2 und das Prinzip der Veral gemeinerug, en "Goltdammers Archiv für Strafrecht", 1991, n° 9, p. 387; *Zwie Formels in Kants Zurechnungslehre*, en "Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie", 1991, cuaderno 4, p. 525 y siguientes.

¹⁰⁷ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 42.

¹⁰⁸ Soler, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 320.

en lo que una persona puede hacer, sin miedo a ser castigado.

El tipo jurídico penal es, pues, “el conjunto de todos los presupuestos materiales (con exclusión de los procesales) que condicionan la aplicación de una pena”¹⁰⁹. Dicho en otras palabras, el derecho describe determinados tipos de ilícito que son infracciones a la norma como un proceso vital cerrado y lo sanciona bajo pena¹¹⁰.

§ 40. **BELING, CREADOR DEL TIPO PENAL.** – Fue Beling en 1906, con su ya tradicional obra *Lehre vom Verbrechen*, quien funda la teoría del tipo penal. Con anterioridad a él existía un cierto acuerdo en la ciencia en conformarse con la acción anti-jurídica y conminarla con pena. Ésta comprendía la acción propiamente dicha, la falta de causales de justificación y la culpabilidad.

Para Beling, en cambio, el tipo es una parte del delito. Esta parte del delito es una especie de tipificación guía, que el legislador crea libre de todo elemento de antijuridicidad. Pero además, el tipo penal, tal como lo consideró Beling, era totalmente objetivo, sin ninguna consideración a los elementos subjetivos. Bien se sabe que, en este esquema, los elementos subjetivos nada tenían que hacer en el tipo, quedando relegados a la culpabilidad, específicamente como especies de ella.

Sin embargo, Nagler (en 1911) y Hegler sostuvieron la importancia de los elementos subjetivos

¹⁰⁹ Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, p. 239.

¹¹⁰ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 19.

en el tipo. Mayer descubrió los elementos subjetivos de justificación y, más tarde, Mezger distinguió entre elementos subjetivos de la antijuridicidad y elementos del tipo, ello sumado a la concepción de los delitos de propósito, tendencia y expresión.

Así quedó allanado el camino a la teoría compleja del tipo que, en lo esencial, es la que seguimos en el texto; esto es, en el tipo penal se distingue entre el tipo objetivo y el subjetivo, y en éste se encuentra el dolo y la culpa.

En definitiva, se puede afirmar que el tipo objetivo es esencialmente idéntico al tipo legal, y la parte subjetiva del tipo está constituida por el dolo.

Sin embargo, hoy algunas opiniones, como la de Schmidhäuser, para quien el tipo también contiene elementos (tendencias y motivos) que tanto son elementos del tipo como de la culpabilidad.

Pero quizá la teoría que más fuerza ha tomado es la de los elementos negativos del tipo, en la cual se inserta la antijuridicidad en el tipo, con lo que la ausencia de ésta elimina el tipo. En su momento, Welzel y Hirsch criticaron esta teoría, con la idea de que si la causa de justificación eliminaba el tipo penal, el caso de la muerte de una persona era para el derecho de igual valor que la muerte de una mosca¹¹¹.

§ 41. **TIPO PENAL Y MANDATO NORMATIVO.** — Sólo las conductas que quedan atrapadas por el tipo penal son delictivas y, por tanto, las únicas que podrán ser sancionadas con pena. Toda otra con-

¹¹¹ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, § 10. Hirsch, en cambio, realizó la crítica en el quizá más importante estudio sobre el tema: *Die Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen*.

ducta, aunque sea perjudicial a los bienes jurídicos, si no está descripta en la forma antes vista no podrá ser sancionada penalmente. Este sencillo esquema garantiza, sin duda alguna, la libertad de la persona frente al poder del Estado, y aparece como el punto de inflexión más importante en el límite del Estado que, al ser un Estado de derecho, debe respeto a la Constitución. En principio, el tipo penal aparece como una prolongación del mandato constitucional contenido en el art. 18, que exige la ley previa al castigo, que no sólo tiene un carácter formal, sino que además establece la posibilidad del error de prohibición en nuestro ordenamiento jurídico.

De esta forma, el tipo penal aparece como la concreción de las conductas que son desvaliosas para el bien jurídico. De ahí la importancia de la parte especial, y la forma como se estructuran las conductas que lesionan un determinado bien jurídico. El legislador estructura, basándose en los bienes jurídicos, toda una serie de formas de conductas, que pueden ir desde sancionar sólo las acciones dolosas —o en algunos casos agregar elementos subjetivos especiales en el tipo penal—, hasta llegar punir acciones que se ejecuten en forma negligente o imprudente. Analícese, por ejemplo, la distinta forma de regulación de los delitos contra la vida, en donde las conductas negligentes o imprudentes son sancionadas, dado el alto valor del bien jurídico en comparación con los tipos penales que afectan a la propiedad, donde el legislador ha entendido que no era necesario el castigo de las acciones culposas.

§ 42. **FUNCIONES DEL TIPO.** — La doctrina ha utilizado la palabra tipo penal de distintas formas,

motivo por el cual conviene hacer algunas aclaraciones, todas de índole terminológica, a los efectos de evitar confusiones. En este punto ha sido Jescheck quien ha aclarado el tema. Se debe distinguir: a) tipo de injusto, que es el conjunto de las características que fundamentan la antijuridicidad de la acción; b) tipo total de injusto, que comprende las características que fundamentan y excluyen la antijuridicidad de la acción; c) tipo de culpabilidad, como el conjunto de las características que fundan la culpabilidad del autor; d) tipo de delito, que abarca las características pertenecientes al tipo de injusto y al tipo de culpabilidad; e) tipo de la teoría general del derecho, como el conjunto de presupuestos de los que depende la producción de una consecuencia jurídica, y f) tipo de garantía, que comprende la totalidad de características que intervienen en la función de garantía que está llamada a cumplir la ley¹¹².

§ 43. **LA FUNCIÓN DE GARANTÍA EN PARTICULAR.** — El tipo penal siempre es tipo legal, en el sentido de que la única forma de crear tipos penales es la ley previa creada por el Congreso de la Nación (art. 75, inc. 12, Const. nacional). Esto quiere decir que, en materia penal, la ley debe serlo tanto desde el punto de vista formal, como del material. En otros términos, debe ser una ley dictada de acuerdo a lo establecido por la Constitución nacional, que tenga como destinatarias a la generalidad de las personas (no una sola persona, lo que sería contrario a la norma fundamental). Piénsese que, en algunos casos, el Congreso puede dictar leyes

¹¹² Rodríguez Mourullo, *Derecho penal. Parte general*, p. 239, con expresa referencia a Jescheck, *Tratado*, t. I, p. 186.

que otorguen pensiones graciabiles. Además, esto significa que no sólo no puede haber pena sin ley previa, sino además que está prohibida la analogía, así como la retroactividad de la ley en perjuicio del imputado.

§ 44. **TIPO PENAL Y ANTIJURIDICIDAD.** – El tipo penal permite un juicio provisional sobre la antijuridicidad del hecho, ya que por ser acciones encajadas y seleccionadas –sistema discontinuo de ilicitudes– al par que garantizan la seguridad jurídica, dan un primer panorama sobre la antijuridicidad. Como normalmente se sostiene, la tipicidad es un indicio de antijuridicidad, que se afirma, de manera concluyente, en el caso de no existir ninguna causa de justificación.

De esta manera, se pueden dar algunos supuestos que conviene analizar en tanto se sostenga que la tipicidad es un indicio de la antijuridicidad. El primero de ellos es que la acción típica puede no ser antijurídica, y es el caso de la existencia de una causa de justificación, con lo cual se termina el estudio analítico de la conducta, puesto que el derecho penal nada puede decir sobre el punto, debido a que la conducta es lícita para todo el derecho. El otro supuesto se dará cuando la conducta típica no esté justificada por ninguna causa que elimine la antijuridicidad, con lo cual se podrá realizar el análisis de las otras etapas del delito.

Esta nueva etapa, que no es otra cosa que el juicio sobre el hecho típico y antijurídico, queda reservada a la teoría de la atribuibilidad, y específicamente a la culpabilidad propiamente dicha, entendida como reproche a la formación de la voluntad.

§ 45. **CONFORMACIÓN DE LOS TIPOS PENALES.** — El tipo es una acción legalmente tipificada. O al decir de Maurach - Zipf, es la descripción que el legislador hace de un determinado comportamiento humano antijurídico¹¹³.

En el tipo penal se comprende tanto el tipo objetivo como el subjetivo. Este último incluye el conocimiento del tipo objetivo, la voluntad dirigida a ese fin y la puesta en acción de dicha voluntad. Voluntad, actuación de esta voluntad y mantenimiento de esa voluntad es el contenido del tipo subjetivo.

En la concepción compleja que se sigue, es en el ámbito de la tipicidad donde se separan los tipos dolosos y culposos. Desde esta separación se deberán analizar las siguientes etapas de la teoría del delito, que tendrán sus particularidades, tanto en la antijuridicidad como en la culpabilidad¹¹⁴.

De lo dicho se deduce que el tipo consta de dos partes: una *objetiva*, el llamado tipo objetivo, y otra *subjetiva*, en donde se analizan los acontecimientos psíquicos relevantes para el derecho. Debe afirmarse que la conciencia del ilícito no pertenece al tipo subjetivo, como se verá más adelante, y quizás éste sea el aspecto más importante de la posición del dolo en el tipo, ya que, por definición, el dolo exige un conocimiento actual del tipo objetivo; en cambio, la conciencia del ilícito sólo requiere un conocimiento potencial.

¹¹³ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 20.

¹¹⁴ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, t. I, antes del § 1.

a) El tipo subjetivo abarca los especiales motivos, tendencias e intenciones del autor.

En los delitos de tendencia, de motivación y de propósito que coinciden con los de resultado cortado (ver § 22, b), es imposible la conformación del tipo si no aparecen los elementos subjetivos (p.ej., los homicidios calificados y también el abuso deshonesto, en contraposición a la revisión del médico ginecólogo).

b) El tipo abarca en su parte subjetiva al dolo, que está dirigido a la realización de la parte objetiva del tipo, por lo que abarca los elementos objetivos de éste; pero la antijuridicidad no constituye parte del dolo, porque ella no forma parte del tipo. Podemos decir que estamos en presencia de un concepto complejo del tipo, que es comprensivo de dolo y de la culpa en su parte subjetiva, y de la sucesión de hechos que ocurren en la realidad, en su parte objetiva.

Los ejemplos que se pueden dar son los casos de disparo de armas de fuego, que se distinguen de la tentativa de homicidio sólo por la intención de dolo del autor. En los casos de los delitos sexuales, como es lógico, también la distinción pasa por ese parámetro¹¹⁵.

§ 46. LA DENOMINADA CONGRUENCIA EN LOS TIPOS PENALES DOLOSOS. – Si el delito está basado fundamentalmente en el conocimiento del tipo objetivo por parte del autor del hecho, y sobre ese conocimiento se apoya la voluntad de actuar, tal como se sostuvo al explicar la acción, el dolo es el elemento básico del tipo subjetivo, que debe

¹¹⁵ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, § 11 y 12.

abarcarse en lo esencial al tipo objetivo. El error sobre algún elemento del tipo hace desaparecer el dolo. El caso del sujeto que confunde a una persona con un oso y le dispara, es obvio que a lo sumo podrá imputársele la muerte a título de culpa, pero nunca de dolo, excepto el caso de dolo eventual, que será tema de discusión en otra parte. Con ello se está demostrando la exigencia de una congruencia esencial entre el tipo subjetivo y el objetivo.

Es éste quizás uno de los problemas básicos de la tentativa, en donde no hay una total concordancia entre lo que el sujeto quiere y lo que hace. De ahí la necesaria distinción entre la tentativa acabada y la inacabada, y la exigencia de un tratamiento distinto en cuanto a la pena.

La congruencia se da cuando coincide plenamente el tipo subjetivo con el objetivo. Bien dice Zipf que el tipo objetivo o acontecer externo, se mantiene dentro del cuadro de representación y voluntad abarcado por el dolo o tipo subjetivo¹¹⁶.

La dificultad se da en los llamados tipos penales incongruentes y en los tipos con defecto de congruencia.

a) *TIPOS INCONGRUENTES.* Este caso se da cuando el tipo subjetivo va más allá del tipo objetivo, lo podemos considerar como primer grupo. La voluntad del autor se superpone al dolo y lo sobrepasa. Son los delitos de motivos, de propósito y de tendencia, que se verán más adelante, cuando se trate el dolo (ver § 50 y siguientes).

Los del segundo grupo, en los cuales el tipo

¹¹⁶ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 20, n° 17 a 24.

subjetivo se restringe frente al objetivo, son aquellos casos de tipos dolosos calificados por culpa o por el resultado. El dolo solamente se extiende a un resultado; en cambio, el resultado restante es abarcado por la culpa. El Código Penal argentino trae algunos de estos tipos penales, que deben ser interpretados dentro de este marco, si no se quiere castigar por el mero resultado (responsabilidad objetiva). El art. 87 del Cód. Penal castiga a quien causa un aborto sin haber tenido la intención de hacerlo –falta de dolo–, pero siempre que el estado de embarazo de la mujer le hubiere constado o fuere notorio. Es claro que el dolo del autor alcanza sólo la parte de la violencia –las lesiones–, pero el resultado último –el aborto– sólo podrá imputársele a título de culpa. De la misma forma se podrían analizar las agravantes que en algunos casos se tipifican para los delitos de violación. Tal es el caso del art. 124 del Cód. Penal, en donde se prevé una agravante con pena de hasta veinticinco años si muere la víctima. Si bien es discutible sostener que la agravante se imputa a título de culpa, que es la hipótesis de mínima, ya que no hay duda que el resultado muerte, como mero accidente que no tenga que ver con la acción de la persona, no se le podría imputar.

Párrafo aparte merece el análisis del art. 165 del Cód. Penal, en cuanto se ha interpretado que el resultado muerte, aun fuera de cualquier elemento subjetivo, se puede imputar al autor. En esa corriente se inscribe una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires¹¹⁷. En este fallo se le imputó al autor del

¹¹⁷ Ver el comentario al fallo de SCBA, del 24/2/87 en Donna, Edgardo A. - Goerner, Gustavo, *Una nueva aportación para*

robo la muerte del cómplice a manos de la policía, y de ese modo se le aplicó el art. 165 del Cód. Penal. Está claro que, ni por culpa, ni menos aún por dolo, la muerte del consorte le era imputada al delincuente, de modo tal que es un caso de *versare in re illicita*, esto es, la imputación de un resultado no querido, ni previsto.

b) *DEFECTOS DE CONGRUENCIA*. Este caso se dará cuando falte la coincidencia entre la parte subjetiva y objetiva del tipo. Esta forma de incongruencia se presenta, por ejemplo, en delitos como la estafa; en ella, el resultado que busca el autor del fraude (la ganancia) está fuera del tipo, que sólo se completa, a los efectos de la consumación, con el perjuicio a la víctima, tal como surge del art. 172 del Cód. Penal. Otro caso se da en los llamados *delitos de intención*.

Pero los grandes defectos de congruencia se analizan en dos casos de la teoría del delito; ellos son el de la tentativa, del art. 42 del Cód. Penal, y el del error de tipo, previsto, a nuestro juicio, en el art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal.

1) *LA TENTATIVA*. En el caso de la tentativa, bien se sabe que, por lo menos para la tentativa acabada, el tipo subjetivo está completo; no así el tipo objetivo. El autor conoce el tipo objetivo y tiene la voluntad de realizarlo, pero no puede llevarlo a cabo porque no se dan las circunstancias con que él contaba. El ejemplo clásico es el del sujeto que entra a un jardín a robar una pelota de fútbol y se encuentra con que ésta es de cemento. También cuando se realiza un cálculo erróneo del

medio utilizado; o cuando el sujeto cree que su arma tiene balas y, sin embargo, no es así; o cuando hay una falla relevante en el nexo causal, por ejemplo, el sujeto dispara y la bala no sale por defecto en el mecanismo del arma. En todos estos casos, como se puede ver, hay una falla en el tipo objetivo, que impiden que se cumpla la voluntad del autor.

2) *ERROR DE TIPO*. El otro supuesto de defecto de congruencia se da en el error de tipo. En este caso, el tipo objetivo se da totalmente en la realidad, pero no es alcanzado por el autor por un defecto en el conocimiento que condiciona a su voluntad, motivo por el cual no hay en el caso una dirección de la voluntad hacia la comisión del hecho. El caso del error de tipo es un claro ejemplo, como bien dice Hruschka, de que el principal elemento del dolo no es la voluntad, sino el conocimiento, de modo que el error lo que descarta es el momento intelectual que produce la inexistencia de la voluntad. Es que la inteligencia pone un objeto distinto (p.ej., el hombre en lugar del oso), o hay un curso causal diferente al imaginado por la persona.

§ 47. *EL TIPO PENAL DOLOSO*. – De acuerdo al bien jurídico y a las distintas formas de protección que intente darle a los bienes jurídicos en cuestión, el legislador puede dar una distinta conformación a los tipos penales. Para ello goza de una relativa libertad, especialmente teniendo en cuenta que su límite sigue siendo la lógica y la estructura propia de la acción.

a) En principio, y teniendo en cuenta la estructura del actuar del hombre, se pueden distinguir delitos de acción y de omisión. Sin perjuicio

de que entre los delitos omisivos, se distinguen la omisión propiamente dicha y la omisión impropia. Los delitos de acción, que responden al mandato normativo, como por ejemplo "no debes matar", son en principio la mayoría de los que existen en el Código Penal. Basta nombrar el homicidio (art. 79), las lesiones (art. 89) y la estafa (art. 172). En cambio, la omisión simple que responde al mandato normativo de realizar una acción, es un tipo penal escaso en el Código; el más peculiar es la omisión de auxilio del art. 108; también podemos citar la omisión de devolver una cosa mueble (art. 173, inc. 1º, Cód. Penal), según algunos autores como Núñez y Soler, y el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (tipificada en la ley 13.944 y en el Código Penal).

La omisión impropia, por el contrario, no está expresamente legislada —lo que motiva su crítica, llegando algunos autores a sostener que es inconstitucional, por carecer del principio de legalidad—, pero se deduce a partir de los delitos de comisión, como una forma de omisión actuante. El guía de montaña que deja librados a su suerte a quienes debe conducir, ocupa sin duda el lugar de garante; de modo que en caso de muerte de aquéllos, no hay duda de que será autor del delito de homicidio (art. 79, Cód. Penal).

b) Otra clasificación, según exista la relación o no entre la acción y el resultado, se encuentra en los llamados delitos de mera actividad y delitos de resultado. Bien dicen Maurach y Zipf, que la distinción no es afortunada, ya que siempre un delito consumado tiene un resultado. Aun los delitos de mera actividad pueden tener la etapa de tentativa, de ahí que, en principio, la distinción carece de relevancia. Sin embargo, los mismos autores

sostienen que la distinción vale, en tanto se acepte que los delitos de resultados son aquéllos en que el autor provoca una serie causal, independiente de la acción a nivel del pensamiento. En cambio, los delitos de mera actividad son aquellos en que la acción misma constituye el fin del tipo penal. La diferencia está en que en los delitos materiales se puede aplicar la teoría de la causalidad, y también en ellos se puede distinguir entre consumación y agotamiento del hecho.

Como delitos de resultado se pueden dar como ejemplo el homicidio (art. 79, Cód. Penal) y la estafa (art. 172, Cód. Penal). Como delito de mera actividad se encuentra el falso testimonio (art. 275, Cód. Penal) y la violación del domicilio (art. 150, Cód. Penal).

c) Según la intensidad del ataque al bien jurídico se puede distinguir entre delitos de lesión y de peligro.

En los delitos de lesión, el accionar típico implica, sin más, la pérdida directa del bien jurídico, en contraposición a los delitos de peligro, en los cuales sólo hay un riesgo de lesión a los bienes jurídicos. Como ejemplo de los delitos de lesión podemos mencionar el homicidio (art. 79, Cód. Penal), las lesiones (art. 89, Cód. Penal), la estafa (art. 172, Cód. Penal) y la violación (art. 119, Cód. Penal). Entre los delitos de peligro se encuentran los legislados en materia de tenencia de estupeficientes (art. 14, ley 23.737), el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (ley 13.944 y art. 73, inc. 5º, Cód. Penal), por citar los más conocidos. Otros delitos de peligro son los de incendio (art. 189, Cód. Penal) y, en general, los delitos contra la salud pública del Capítulo V del Título VII, esto es, los delitos contra la seguridad pública.

Para Maurach y Zipf, por peligro debe entenderse una situación inusual y contraria a las reglas en las que, conforme a las concretas circunstancias imperantes, “la concreción del daño puede aparecer como probable, conforme a una prognosis objetiva *a posteriori*”¹¹⁸.

Se dan tipos penales que pertenecen a ambas clases, como por ejemplo el hurto, que es un delito de resultado en cuanto a la tenencia de la cosa, pero de peligro en cuanto a la propiedad del objeto hurtado.

La clasificación quizá más importante en los delitos de peligro es la que los subdivide en delitos de peligro abstracto y de peligro concreto.

En los casos en que, según la experiencia, el peligro sea más próximo, no es necesario que ese peligro pertenezca al tipo. Su presencia se considera como dada con la comisión de la acción básica: son los llamados *delitos de peligro abstracto*, en que se castiga la conducta sin considerar si en el caso concreto se generó o no el peligro.

En cambio, en los delitos de peligro concreto se debe probar que en cada caso se ha producido el peligro, debiendo probarse el dolo del autor, puesto que el peligro, al formar parte del tipo, integra el objeto de conocimiento del dolo. Los ejemplos de delitos de peligro abstracto son los de envenenamiento en general. En cambio, como delitos de peligro concreto aparece el abandono de personas (art. 106, Cód. Penal).

En los delitos de peligro, entonces, lo decisivo es la mayor o menor probabilidad de producción

¹¹⁸ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 20, III, n° 29.

de un resultado de lesión. Hay que tener presente la afirmación de Cerezo Mir, en cuanto a que en los delitos de peligro abstracto el peligro no integra el tipo penal y, por lo tanto, no debe ser demostrado, ya que es la *ratio legis* del legislador, es decir es el motivo que lo llevó a crear la figura delictiva¹¹⁹. De modo tal que se ha considerado que, dadas las circunstancias típicas, el peligro del bien jurídico se presume *iure et de iure*. Y claro está, no es ésta una caprichosa manera de legislar, sino que, frente a problemas de protección de bienes jurídicos, no tiene el legislador otra alternativa que recurrir a este tipo de delitos. En cambio, en los delitos de peligro concreto, el peligro integra el tipo penal, por lo tanto debe ser probado en cada caso; o como dice Jakobs, cuando no se construye el tipo objetivo, ni el tipo subjetivo sobre la lesión o el peligro concreto sobre el bien jurídico. De ahí que el fundamento de la pena sea el peligro general de una conducta¹²⁰.

Bien ha dicho Bacigalupo que el problema de los delitos de peligro abstracto, reside en que son ilícitos menores y, por tanto, son meras desobediencias, sin poner en riesgo a los bienes jurídicos¹²¹; sigue en esto la opinión de Schmidhäuser¹²².

Las objeciones a los delitos de peligro abstracto provienen de diferentes direcciones. Arthur Kaufmann ha objetado que en estos delitos la culpabilidad es aparente, ya que el sujeto, aunque se

¹¹⁹ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 328.

¹²⁰ Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 6, IV; en igual sentido, Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 10, VIII.

¹²¹ Bacigalupo, Enrique, *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, p. 139 y siguientes.

¹²² Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 5, 80.

haya asegurado de que no habrá peligro, al presumirse éste, y a pesar de no ser objeto del dolo, igual se lo sancionará como autor doloso¹²³.

En cambio, Schröder¹²⁴ propuso en su momento que la solución a este tipo de delitos estaba en admitir la prueba en contrario del peligro, con lo cual la tipicidad se excluía en aquellos casos en que no hubiera ningún peligro para el bien jurídico protegido, aunque limitado este punto a los delitos de peligro abstracto determinados. La crítica que se puede hacer a este tipo de razonamientos es que directamente destruye la distinción, convirtiendo a los delitos de peligro abstracto en delitos de peligro concreto, contrariando expresamente el texto de la ley. Sin embargo, la posición ha cobrado adherentes sobre la base de que, en los casos en que no se de la posibilidad de analizar si realmente existió el peligro, se estarían penalizando conductas que no son materialmente antijurídicas, infringiéndose así el principio de legalidad y produciendo un menoscabo a la seguridad jurídica¹²⁵.

Desde otra perspectiva, Malamud Goti, al defender la tesis de la inconstitucionalidad del delito de tenencia de drogas para consumo personal, sostuvo que en los delitos de peligro abstracto, más que un peligro, lo que existía era una desaprobación de la conducta desde el punto de vista de la moral, y que, en una concepción liberal, no es misión del Estado entrar en estas cuestiones¹²⁶.

¹²³ Kaufmann, Arthur, *Schuld und Strafe*, p. 283 y siguientes.

¹²⁴ Schröder, "ZStW", 81-7 y siguientes.

¹²⁵ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 329.

¹²⁶ Malamud Goti, Jaime, *¿Que pasaría si los magistrados*

d) Según el autor del delito, éstos se clasifican en delitos generales, de propia mano y especiales (ver § 49).

e) Los delitos constructivamente incongruentes, en los cuales el tipo subjetivo o sobrepasa al tipo objetivo o no lo alcanza, se los clasifica de la manera siguiente.

1) Los delitos de tendencia y los de resultado cortado. En los primeros, el hecho es neutral desde el punto de vista jurídico, y sólo alcanza su relevancia criminal cuando se constata el motivo o el propósito del autor; por ejemplo, el abuso deshonesto de un menor al cuidado del sujeto activo.

En los de resultado cortado, el fin (la ventaja) ya no pertenece al tipo objetivo. Son los casos de estafa y de extorsión, en los cuales no es necesario que el autor obtenga el beneficio buscado, es decir, basta que sólo se dé el perjuicio de la víctima.

2) El segundo grupo son los delitos calificados por culpa, que se los califica por el resultado, en los cuales hay un plus del lado objetivo, no alcanzado por el dolo del autor, pero sí por su culpa.

§ 48. LOS ELEMENTOS NORMATIVOS Y DESCRIPTIVOS DEL TIPO PENAL. – Cuando el legislador tipifica una conducta, y se ve en la obligación de realizar una enumeración de elementos que la componen, está realizando, aunque sea de manera implícita, un juicio de valoración sobre esos elementos. De todas formas, la doctrina ha distinguido entre los elementos descriptivos y los elementos normativos del tipo penal.

no se tomasen en serio el artículo 19 de la Constitución nacional?, en “Doctrina Penal”, 1987-164.

En los elementos descriptivos, el legislador se refiere a seres, objetos o actos que en general son percibidos por los sentidos, de manera que, tal como lo sostiene Cerezo Mir, la valoración del sujeto se reduce considerablemente; por ejemplo, el concepto de árbol o de automotor, en los delitos contra la propiedad, o el de mujer en el caso del estupro¹²⁷.

En los elementos normativos, en cambio, se debe hacer un juicio de valor. El juez se debe remitir a normas y padrones valorativos extraños al tipo penal, que se encuentran en otros ordenamientos del orden jurídico, como la ética social vigente en la sociedad o en los usos y costumbres. Los ejemplos que el mismo Cerezo Mir trae en abono de su concepto son realmente claros. En los delitos contra el honor, especialmente en el caso del delito de injuria, el concepto de lo que significa el descrédito o la deshonra exige una clara referencia no sólo a las circunstancias de tipo social, sino a las costumbres del grupo de pertenencia de la persona agraviada por la injuria. De igual modo, la ajenidad de la cosa exige referirse a los preceptos del derecho civil sobre el punto. En la usurpación se deberá estar a lo que el Código Civil regula sobre la posesión y la tenencia. Lo que significa "mujer honesta", implica remitirse a los usos y costumbres sociales sobre el punto. La referencia a exhibiciones obscenas exige analizar qué es lo obsceno en un momento dado para una sociedad. La referencia a documento, tanto público como privado, requiere un estudio del tema según las normas del Código Civil. Cerezo

¹²⁷ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 332.

Mir sostiene que también el peligro es un concepto normativo, ya que exige una valoración para determinar las condiciones que debe tener en cuenta una persona de *inteligencia normal* y cuáles son, según la experiencia, los cursos causales conocidos en una época¹²⁸.

Sin embargo, también los elementos descriptivos necesitan ser interpretados; por ejemplo, los conceptos “hombre”, “sustraer”, “matar”. Por ello acierta Baumann cuando afirma que el límite entre los elementos descriptivos y los normativos es vago. De ahí que se pueda hablar de elementos más normativos que otros, conforme estén más o menos lejos de la valoración. Desde esta perspectiva, todos los elementos del tipo serían tanto descriptivos como normativos¹²⁹. En igual sentido, Jescheck sostiene que no hay elementos puramente descriptivos, debido a que en todos se exige una tarea de valoración. Ello es así porque en la interpretación de todos los elementos típicos deben verse las necesidades del derecho penal y de la protección del bien jurídico, dentro de la esfera valorativa de los legos.

§ 49. ***PORTE OBJETIVA DEL TIPO.*** – El tipo es una acción antijurídica descripta por ley y que está vinculada al resultado.

a) ***ELEMENTOS.*** La parte objetiva del tipo comprende los elementos de la acción externa del autor, la relación causal y los sujetos. Como en la sistemática que seguimos se ha analizado la ac-

¹²⁸ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 333.

¹²⁹ Baumann, Jürgen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12, II, 1.

ción y la relación causal, resta ahora enfocar el tema de los sujetos del delito.

b) *SUJETOS DEL DELITO*. En el tema de la acción, ya se ha explicado que sólo las personas físicas pueden cometer delitos, quedando fuera del marco punitivo las asociaciones o personas ideales, aunque no los individuos que la integran.

En general, se puede afirmar que cualquier persona puede ser autora de algún delito. El legislador tiene una fórmula bastante sencilla, que se refleja en los códigos penales, cuando no pone restricción a la autoría. Esta fórmula, normalmente dice “el que” o “al que”, se encuentra en la mayoría de los artículos de nuestro Código Penal. Basta poner como ejemplos el homicidio (art. 79), el robo (art. 164), la estafa (art. 172) y la extorsión (art. 168).

Sin embargo, la ley ha restringido la posibilidad de que se pueda cometer cualquier delito penal. Esta restricción opera mediante los siguientes tipos penales: 1) los delitos de propia mano; 2) los llamados delitos especiales en sentido estricto, y 3) los delitos especiales en sentido amplio.

1) *DELITOS POR PROPIA MANO*. Determinados tipos delictivos son reglados de tal modo que sólo pueden ser autores quienes estén en condiciones de llevar a cabo por sí, e inmediatamente, la acción prohibida¹³⁰. De ahí que se limite el ámbito de quienes pueden ser autores de estos delitos, en los cuales aparece como predominante el desvalor de acción, en virtud de que al sujeto le está prohibida la acción que desarrolla y no el desvalor de

¹³⁰ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 21, II.

resultado. Además aparecen como delitos predominantemente de actividad.

La consecuencia inmediata es que los terceros que no participan de ese círculo sólo pueden ser cómplices del autor principal, pero de ninguna manera coautores o autores mediatos.

Para Maurach y Zipf pertenecen a esta categoría los delitos carnales, en el caso que se tipifique el delito de incesto. Para Zipf, la violación no es un delito de propia mano, debido a que la fuerza puede ser aplicada por una persona distinta de la que realiza el coito. De ahí que la mujer pueda ser coautora de la violación de otra mujer si utiliza a un hombre inimputable para consumar el hecho; problema que en la teoría clásica no tenía solución, pues ésta sostenía que era un delito de propia mano. También el falso testimonio y el motín de presos son delitos de propia mano.

La participación en los delitos de propia mano (inducción y complicidad) es posible cada vez que se coopera en una acción de otro y, por ello, no se tiene calidad de autor.

2) *DELITOS ESPECIALES EN SENTIDO ESTRICTO*. Los delitos especiales en sentido estricto, o propios, son aquéllos en los cuales el círculo de autores está determinado por la ley, en virtud de que la conducta del autor conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico¹³¹; es el caso de los delitos de funcionarios públicos.

Autor sólo puede ser el funcionario, de modo que el *extraneus* únicamente responde dentro de los límites del autor. El prevaricato es aún más

¹³¹ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 334.

limitado, porque sólo lo puede realizar el juez, tal como lo dispone el art. 269 del Cód. Penal. El art. 271 también sanciona al abogado.

Con respecto a los no funcionarios que participan en el hecho delictivo, rigen las siguientes reglas: a) la autoría del *extraneus* es imposible en cualquier forma, ya que sólo es autor el funcionario público, y b) la participación del *extraneus* es posible en cualquier forma, en tanto y en cuanto el autor sea el sujeto calificado por la ley.

3) *DELITOS ESPECIALES EN SENTIDO AMPLIO*. Son los delitos que pueden ser cometidos por cualquier persona, pero si son cometidos por determinada categoría de autores se castigan más severamente. Es el caso del funcionario público que comete un determinado delito, que se agrava por ese solo supuesto; aquí funciona la agravante específica del art. 174 *in fine* del Cód. Penal.

La autoría y participación en estos delitos no constituye problema alguno, ya que el tipo penal básico admite a cualquier persona como autora, motivo por el cual rigen en general las reglas de la participación.

4) *EL SUJETO PASIVO DEL DELITO*. Según Cerezo Mir, es el portador del bien jurídico lesionado, puesto en peligro o agredido¹³². En este punto tanto puede ser un individuo, una persona jurídica, o el mismo Estado.

Debe distinguirse el sujeto pasivo del delito, de aquel que es perjudicado por él. El perjudicado puede ser no sólo la víctima, sino además quienes han sufrido un perjuicio material y moral por

¹³² Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 299.

el delito, aunque no sean portadores del bien jurídico lesionado¹³³. De todas formas, la distinción es valiosa en el ordenamiento procesal argentino, ya que sólo los que estén directamente afectados por el delito y sus herederos podrán constituirse como actores civiles, tal como lo dispone el art. 14 del Cód. Procesal Penal de la Nación¹³⁴.

§ 50. **EL TIPO SUBJETIVO. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL ILÍCITO.** – Cuando se trató el problema de la teoría de la acción se vio que la teoría causal había delimitado el esquema de la teoría del delito, de manera tal que todo lo objetivo quedaba como elemento del tipo de ilícito o de injusto, y todo lo subjetivo era trasladado a la culpabilidad. El esquema llevaba a que la antijuridicidad fuera entendida como mera lesión o peligro al bien jurídico, no teniendo nada que ver el problema subjetivo en este estamento de la teoría del delito.

Sin embargo, este esquema se vio totalmente desarticulado al descubrir Fischer, en 1911, los elementos subjetivos del injusto. Esta línea fue seguida por Hegler (1915), Mayer (1915) y Mezger (1923 y siguientes ediciones). El tema fue tratado en Argentina por Finzi, y posteriormente, aun dentro del esquema causal, por Soler y Núñez y más recientemente por Creus, lo que llevó al proceso que terminó colocando el dolo en el tipo de injusto.

Los elementos subjetivos del injusto determinan que se clasifiquen los tipos penales en delitos

¹³³ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 300.

¹³⁴ Donna, Edgardo A. - Maiza, María C., *Código Procesal Penal. Comentado, anotado y concordado*, p. 24 y siguientes.

de intención, delitos de tendencia (que son características subjetivas del autor del hecho) y delitos de expresión¹³⁵. Maurach agregaba, como características subjetivas, los motivos del autor, incluyendo los clásicos agravamientos del homicidio, por instinto sexual, codicia, ánimo asesino. En este aspecto es necesario diferenciar las características objetivas, en este caso la alevosía (art. 80, inc. 2º, Cód. Penal), debiendo el dolo ser congruente; de ahí que Maurach hable de un dolo calificado¹³⁶.

a) *DELITOS DE INTENCIÓN*. Son aquellos en los cuales existe un fin determinado del autor, que es distinto del dolo. Según Mezger son aquellos delitos mutilados en dos actos, en los cuales el hecho es querido por el agente como medio subjetivo de un actuar posterior del mismo sujeto. En nuestro ordenamiento legal será el tipo del art. 282 del Cód. Penal, esto es, la falsificación de dinero para introducirlo o utilizarlo posteriormente.

b) *DELITOS DE TENDENCIA*. Según Mezger son los tipos penales llamados de *resultado cortado*, en los cuales el sujeto actúa con el fin de que se produzca un resultado ulterior. En nuestro ordenamiento jurídico, el tipo penal de estafa (art. 172, Cód. Penal) cumple con tal requisito. Por otra parte, los delitos de tendencia en sentido propio son aquellos en que la conducta aparece como la realización de una preferencia subjetiva que signa el acto del autor. Es el caso, en el abuso deshonesto, de la tendencia voluptuosa que, según Ce-

¹³⁵ Mezger, *Tratado*, t. I, p. 295.

¹³⁶ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 22, V, B.

rezo Mir, distingue este tipo penal del accionar del médico en su exploración ginecológica.

c) *DELITOS DE EXPRESIÓN*. En éstos, en cambio, la acción es expresión de un proceso anímico del sujeto. Este elemento del tipo hace que se diferencie entre lo que el sujeto dice y lo que el sujeto sabe, situación que se da en el caso del tipo penal del falso testimonio (art. 275, Cód. Penal)¹³⁷.

En la parte subjetiva del tipo es fundamental el dolo, pudiendo existir los elementos subjetivos adicionales, según sean los tipos penales contruidos.

§ 51. *CONCEPTO DE DOLO*. – El dolo, según la corriente mayoritaria, es el querer dominado por la voluntad de la realización del tipo objetivo¹³⁸. En términos más sencillos, es la voluntad de actuar referida al resultado que sustenta la acción.

El dolo no está definido por la ley, de modo que toda referencia al art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal, es a este efecto irrelevante, ya que el citado artículo, como se verá, sólo se refiere a la capacidad de culpabilidad, de ahí la referencia normativa, y al tratamiento del error de tipo, cuya consecuencia, en principio, es la exclusión de la imputación subjetiva, que por supuesto si es invencible elimina el dolo. De esto se deduce la imposibilidad de aplicar pena. De todas formas, no es de buena técnica legislativa definir el dolo, debido a que el concepto surge, en principio, de datos ontológicos, más que de lo que el legislador intente decir. Dis-

¹³⁷ Mezger, *Tratado*, t. I, p. 295 y 296.

¹³⁸ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 22.

tinto es el caso del Proyecto Soler, de 1960, en donde expresamente se había optado por dar un concepto de dolo¹³⁹.

Ya se ha visto con anterioridad, al estudiar el tema de la acción, que ella se estructura sobre la idea de que debe existir una dirección de voluntad a los fines fijados previamente, y sobre ellos una elección de los medios más apropiados para llegar a esa meta. El concepto de dolo no puede escapar a esa idea rectora.

De manera más sencilla se puede afirmar que, en principio, el dolo tiene un componente intelectual, esto es, el saber, y otro volitivo, que se refiere, sin lugar a dudas, al tipo objetivo.

El autor actúa dolosamente cuando conoce el concreto tipo objetivo, y consecuentemente se dispone a realizar la acción allí descrita.

Esto exige una congruencia entre lo que se conoce y lo que se pretende llevar a cabo, de modo que en los casos de error dicha congruencia desaparecerá, ya que, con él, el componente intelectual del dolo queda excluido.

No hay duda que el concepto de dolo surge en su forma más completa al estudiar la tentativa acabada. Y esto es así, porque tanto en esta tentativa como en el delito consumado, el tipo subjetivo es idéntico.

En este punto interesa poner de relieve las conclusiones de Hruschka. En una de sus obras¹⁴⁰,

¹³⁹ En efecto, en el art.19 del Proyecto de 1960 expresamente se decía: "Obra con dolo el que quiso de modo directo el hecho ilícito y también aquel que asintió a su producción eventual por no desistir de su acción".

¹⁴⁰ Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*, p. 26 y siguientes.

había advertido sobre el papel de la voluntad en el dolo. En principio, el razonamiento es aceptar que el dolo precisa tanto del saber como de la voluntad. Por otra parte, no hay duda de que el sujeto no se debe haber querido sujetar a la utilización de la norma. Pero esta voluntad va junto con la conciencia de la norma y ambas son idénticas al sujeto actuante¹⁴¹. Si se supone que el sujeto actuante tiene una conciencia actual al realizar el acto, se parte de la suposición de que el sujeto también quiere la utilización de la norma en el sentido del autor citado. Afirmar que el sujeto actuante tenía la conciencia actual de utilizar la regla, pero no tenía la voluntad de actuar, es, al decir de Hruschka, algo “absolutamente absurdo”¹⁴²; da este ejemplo que repetirá luego en su *Derecho penal*: “Quien sopla una trompeta y sabe que la sopla, quiere sin duda tocar la trompeta. De igual forma, quien dispara a su víctima en el corazón y conoce el peligro de su acción, quiere sin duda la muerte de aquélla”¹⁴³.

Sin embargo, la suposición de la utilización de la regla puede ser descartada cuando la representación que el sujeto tiene de su acción no se corresponde con el suceso exterior. Es el caso cuando el sujeto, a pesar de un saber exterior, de una impresión externa, en cuanto a que realiza las reglas requeridas para su acción, aunque no sepa las que fundamentan su accionar. El ejemplo que trae Hruschka es el del niño que mueve una pieza de una partida de ajedrez que estaban realizando

¹⁴¹ Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*, p. 27.

¹⁴² Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*, p. 27.

¹⁴³ Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*, p. 27.

dos oponentes, y con ese movimiento da jaque mate¹⁴⁴.

Posteriormente, Hruschka explicita el tema¹⁴⁵. En el ejemplo del sujeto que sopla la trompeta, no hay duda que quiere soplar la trompeta. Pero quien es amenazado con un arma para que toque la trompeta, es muy factible que desee en ese momento tomarse una cerveza, pero no por ello deja de querer soplar la trompeta. La única forma en que la trompeta suene sin que la persona quiera hacerlo consiste en que exista un fuelle conectado al instrumento musical cuya existencia ignore esa persona y de esta forma, al hacer funcionar el fuelle, hacer sonar sin querer la trompeta. De manera que si bien en todo dolo existe la parte del saber y de la voluntad, sin embargo ambos elementos no tienen el mismo rango de importancia, debido a que en cada acción el sujeto tiene la voluntad de hacer precisamente eso que está realizando. Esto lleva a que la voluntad sea un elemento subjetivo del hecho. Pero no hay duda de que la persona que hace algo y sabe que lo hace, también lo quiere hacer. Lo que significa que el saber de la persona que está realizando la acción es una condición suficiente para la voluntad. Esto es, que el saber más el hacer da por resultado la voluntad. Por ello, si bien la voluntad es un elemento del dolo, ella surge de la realización del acto y del conocimiento del saber de ese acto. Opinar lo contrario, sería sostener que al lado de la acción hay otro elemento interno adicional que constate si el

¹⁴⁴ Hruschka, *Strukturen der Zurechnung*, p. 28.

¹⁴⁵ Hruschka, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, p. 434 y siguientes.

actuante quiso actuar, y es evidente que tal elemento no existe. Qué más se puede pedir sobre la voluntad de la persona si no es la realización del acto, la cual pasa por sostener que el sujeto no actuó bajo presión de fuerza absoluta, por una parte, y el saber de su acción del actuante, por otra.

Con lo cual, es más que claro que lo que elimina el dolo es únicamente el error, en este caso de tipo, por lo que tampoco hay duda que el elemento básico del dolo no pasa por la voluntad, sino por el conocimiento.

Cercano a este pensamiento está Struensee cuando se refiere a la tentativa y expresa que “en el comenzar directamente reside, según la concepción general, el momento objetivo de la tentativa, que contiene, con relación a la consumación, el tipo objetivo fragmentado. Pero, dado que el comenzar directamente sólo resulta a través de movimientos corporales guiados por la voluntad, y que esta voluntad de movimiento corporal funciona como elemento del tipo subjetivo, o sea, como aspecto volitivo del dolo, con el comenzar directamente recién aparecen también las circunstancias psíquicas que realizan el tipo subjetivo”¹⁴⁶. Más adelante agrega: “De aquí se deriva, que el suceso psíquico relevante para la subsunción recién empieza con el comenzar directamente y se incrementa en pasos iguales a los actos de ejecución, hasta su acabamiento en el dolo completo del hecho”¹⁴⁷. Con lo cual Struensee, exige, y con razón, un elemento más en el dolo, esto es, la voluntad de

¹⁴⁶ Struensee, Eberhard, *Dolo, tentativa y delito putativo*, p. 35.

¹⁴⁷ Struensee, *Dolo, tentativa y delito putativo*, p. 36.

mantener el proyecto que se había propuesto el actuante en el momento de la decisión, y que se manifiesta en los actos de ejecución hasta el cumplimiento del proyecto.

En este punto acierta Struensee, ya que, bien mirado el asunto, en la tentativa inacabada, aun desde el inconsciente, desde el punto de vista de psicoanálisis, hay una voluntad de no seguir con el plan inicial hasta su final. Esta situación se acerca bastante al tema del desistimiento, o por lo menos esta posición subjetiva debe ser valorada de forma tal que el desvalor, en este aspecto, sea menor. Esto es una prueba más de que, en esta cuestión, el dolo de la tentativa inacabada no es igual al dolo del delito consumado y de la tentativa acabada.

a) *EL HOMBRE COMO ÚNICO SER QUE PUEDE ACTUAR DOLOSAMENTE.* La primera conclusión de esta forma de tratamiento del dolo es que solamente el hombre puede actuar dolosamente, lo que excluye todo otro ente de la teoría del delito.

b) *DOLO Y CONCIENCIA DEL ILÍCITO.* El concepto de dolo, desde esta perspectiva, es avalorado, esto es, no contiene la conciencia del ilícito. Para la teoría que se sigue en el texto, el dolo es un dolo neutro, que sólo se refiere a los hechos contenidos en el tipo objetivo. Con ello se puede afirmar que el dolo no contiene la conciencia de la antijuridicidad.

Con ello se está en condiciones de afirmar que tanto puede actuar con dolo la persona que es capaz de culpabilidad, como el incapaz de culpabilidad, posición que viene a sustentar la teoría de la doble vía, al tener el injusto completo en el ámbito de la tipicidad.

Por lo demás, como ya lo había visto Graf zu Dohna, el dolo es objeto de la valoración, y no parte de la valoración¹⁴⁸; es decir, desde la culpabilidad se reprocha la conformación de la voluntad que conociendo el tipo penal lo realiza. En este punto comienza el reproche de culpabilidad.

El dolo se limita a comprender las circunstancias pertenecientes al tipo legal o al que se ha llamado tipo objetivo, con lo cual la conciencia del ilícito desaparece de la tipicidad.

c) *TEORÍA SOBRE EL DOLO*. Si se extrae del dolo la conciencia de la ilicitud, se toma partido a favor de las llamadas teorías de la culpabilidad, en contra de la teoría del dolo.

1) La teoría del dolo sostiene que la conciencia de la antijuridicidad es un componente del dolo, junto al conocimiento del hecho, por lo que se requiere no sólo la valoración de los hechos, sino además la valoración jurídica. De ahí que la conciencia del injusto, para las teorías del dolo, deba ser actual y no potencial. La consecuencia más importante es para la teoría del error, ya que la falta de algún elemento haría desaparecer el dolo y lo llevaría inevitablemente a un tipo culposó sólo en caso de error evitable, idea ésta que, según Schmidhäuser, se atiene más al principio de culpabilidad.

2) La teoría de la culpabilidad sostiene que el dolo es un hecho actual psicológico, que se extien-

¹⁴⁸ "Actúa dolosamente quien sabe lo que hace. Aquello que el autor sabe (o no sabe) es la concreción de un tipo objetivo. Según ello actúa dolosamente quien actúa con conciencia de concretar un tipo de delito" (Graf zu Dohna, Alexander, *La estructura de la teoría del delito*, p. 33).

de a los elementos del tipo, en especial a la concreción del resultado típico. La conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad. Pero como ésta es un juicio, la conciencia del injusto también es un juicio, lo que implica afirmar que el conocimiento en este caso es potencial.

d) *LA CONFORMACIÓN DEL DOLO*. Atenderemos su estructura según los elementos esenciales que lo conforman.

1) *ELEMENTO INTELECTUAL*. El dolo es la imagen refleja del tipo objetivo¹⁴⁹. En otros términos, el dar un concepto de dolo implica una especificación detallada de los elementos psíquicos del autor, pero siempre en relación al tipo objetivo, ya que el contenido de éste determina el del dolo. De ahí que acierte Struensee al decir “que el dolo del hecho se refiere a aquellos hechos concretos, sucesos y relaciones del mundo exterior al autor, que han de subsumirse en los elementos conceptuales del tipo objetivo”¹⁵⁰.

El dolo, tal como se ha afirmado, es el querer el resultado típico. Pero no hay duda de que, para poder querer algo, se debe conocer ese algo, motivo por el cual el dolo exige otro elemento: el saber. Bien dice Hassemer que “el elemento de cognoscibilidad es útil para deducir una conclusión fiable sobre la decisión en contra del bien jurídico: quien conoce todas las circunstancias dañosas y de todos modos actúa, no podrá afirmar que ello no entra dentro de su decisión”¹⁵¹.

¹⁴⁹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 22, II, A.

¹⁵⁰ Struensee, *Dolo, tentativa y delito putativo*, p. 36.

¹⁵¹ Hassemer, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, en “Anuario de Ciencias Penales”, p. 920.

En el clásico ejemplo del delito de falso testimonio, el autor, para decidirse a no decir la verdad de los hechos, debe saber con anterioridad cuál es la verdad de ellos. A partir del saber del tipo objetivo, surge la posibilidad del querer realizarlo. El dolo es, pues, saber y querer la realización del tipo.

En ese contexto, el dolo debe necesariamente referirse a la acción, al resultado típico y a la relación de causalidad, obviamente, es en los casos de delitos de resultado.

Pero además, en los delitos de peligro, el autor debe saber que con su acción se causa un peligro al objeto protegido. En cambio, en los delitos de peligro abstracto, como el peligro no integra el tipo penal, sino que fue decidido antes por el legislador, no debe ser aprehendido por el dolo, con lo cual esta clase de delitos ofrece una peligrosa forma de sancionar no las conductas sino las formas de ser de la persona o, en última instancia, es una forma del *versare in re illicita*.

Los elementos descriptivos del tipo no van a ofrecer dificultades, ya que son fenómenos que en general se aprehenden por los sentidos, y sólo se podrá discutir dicho conocimiento en los casos de error sobre el fenómeno que posibilita aprehender la cosa. Lo que es un hombre, una mujer, una silla, se aprehenden sin duda mediante la observación.

En cuanto a los elementos normativos del tipo, se requiere que el autor conozca la significación que ellos tienen en el tipo objetivo. Los casos tales como cosa mueble (art. 162, Cód. Penal), la calidad de funcionario público (art. 78, Cód. Penal) y normalmente los que se encuentran en el título de los delitos contra la Administración pública,

así como el concepto de documento, tanto público como privado (art. 242, Cód. Penal).

La cuestión reside en saber qué es lo que debe conocer el autor del hecho con respecto a estos elementos normativos del tipo. En este caso, la doctrina ha aceptado la teoría de Mezger, que había sido tomada de Binding, que consiste en la valoración paralela del autor en la esfera del lego¹⁵².

De manera que al sujeto que utilice un documento público, le basta con saber que dicho papel goza de confianza en el tráfico jurídico.

Para que el autor sea castigado como funcionario público debe saber que actúa como persona que depende del Estado y que presta un servicio.

El dolo del autor debe referirse, además, a las agravantes del hecho. En el caso del homicidio calificado, si bien “el sabiendo que lo son” del art. 80, aparece como un elemento subjetivo del tipo, el dolo nunca podrá ser eventual para poder aplicar la agravante.

¹⁵² Dice Mezger (*Tratado*, t. II, p. 122 y 123): “El actuar doloso exige, según el párrafo primero del § 59 del Código, el conocimiento de las diversas características del tipo, por tanto, cuando se trate de características típicas normativas y el conocimiento de su significación. Pero del profano en derecho no puede exigirse además de ello una subsunción formal de los hechos bajo la ley. Pero si, ciertamente, es necesario, en orden a tal conocimiento de la significación, una valuación paralela en la esfera del profano, dicho más claramente: una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamientos de la persona individual y en el ámbito del autor, que marche en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial”. La teoría expuesta por Mezger se encuentra delineada por Binding, cuando se refiere expresamente a la diferencia entre la subsunción del juez y la del autor. En el fondo, dice Binding, el autor terminará preguntándose ¿debo o no debo? (Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. III, p. 146 y siguientes).

Ha sido obra de Platzgummer el haber introducido en el concepto de dolo la idea de co-conciencia¹⁵³. El conocimiento debe ser actual. La idea básica consiste en afirmar que no es suficiente el conocimiento potencial del tipo penal para que se dé el dolo. Para ello divide los elementos del tipo en dos grupos: los que son elementos descriptivos del tipo, que se perciben por los sentidos, y aquellos elementos que se refieren al sujeto y a sus obligaciones. En cuanto a los elementos descriptivos, Platzgummer va a sostener que, basándose en su experiencia, la persona percibe los objetos en su significado y sentido de forma automática. Hay, pues, una especie de síntesis psíquica, que lleva a que el sujeto abarque al objeto tanto en su significación como en su sentido. De ahí que capte o entienda los objetos de forma actual.

En el caso de las condiciones o características del sujeto, existe un co-conocimiento de esas cualidades, por ser inmanentes a esa persona. El funcionario público que se apodera de bienes a su cargo, no necesita pensar que tiene tal o cual calidad. De modo que la co-conciencia es la parte de la conciencia a la cual no se recurre de modo explícito, sino que está implícita y el sujeto recurre a ella de modo automático¹⁵⁴.

Problema diverso se plantea en cuanto al tema de si el autor del hecho debe conocer la relación causal. Autores como Silva Sánchez han sostenido, desde la teoría de la imputación objetiva, que

¹⁵³ Platzgummer, Winfried, *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, p. 59 y siguientes.

¹⁵⁴ Platzgummer, *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, p. 60.

la relación causal no entraba en el conocimiento del autor y, por lo tanto, no era parte del dolo, con lo cual la corrección en cuanto a la imputación era necesario ir a buscarla en el tema de la teoría de la imputación objetiva.

Sin embargo, no parece ser ésta la opinión acertada, teniendo en cuenta que la relación causal es parte del conocimiento del autor, y que una seria desviación en el curso causal será relevante en cuanto a la existencia o no del dolo del autor o, por el contrario, será un tema relativo al error.

Otro problema se relaciona con la prueba del dolo, que, como bien anotan Maurach y Zipf, cuando ella se hace difícil —situación que no parece ser algo excepcional, debido a que se trata de procesos psíquicos—, el legislador, en virtud de principios de política criminal, acude a los llamados delitos de peligro, especialmente a los de peligro abstracto, y además aumenta el catálogo de delitos culposos, de modo de que no queden zonas, en un momento dado, sin castigar. Sin embargo, no parece aconsejable el método, ya que de esa manera se puede introducir nuevamente el principio de responsabilidad objetiva.

2) *EL ELEMENTO VOLITIVO*. Tal como se viene afirmando, el dolo es conocer, por una parte, el tipo objetivo y, en segundo lugar, la voluntad de realización de aquél.

En este sentido, acierta Cerezo Mir al decir que no debe confundirse entre deseo y voluntad. La voluntad exige que el autor quiera el resultado como consecuencia de su propia acción, y que la producción de éste tenga en el autor alguna influencia. De manera que si el sobrino le solicita al tío que viaje en avión, con la esperanza de que

se accidente, no hay duda que existe el deseo de muerte, pero no la voluntad de matar¹⁵⁵. La parte volitiva del dolo exige una voluntad incondicional de realizar el tipo objetivo, tal como lo sostiene Welzel, de manera que si el querer es condicionado no es todavía dolo¹⁵⁶. Es distinto el dolo del puro deseo o de la esperanza¹⁵⁷, de forma tal que el autor debe intentar influir en el mundo real con el saber que tiene, lo que concuerda con la idea de acción en el sentido de que primero se debe buscar el fin, y luego analizar los medios apropiados para llegar a él¹⁵⁸.

El concepto de dolo no exige que todo lo que el autor realice lo haya previamente deseado o querido. Sin embargo, es necesario que el autor, una vez puesto los fines a los cuales quiere llegar, cargue con todas las consecuencias necesarias que exige la realización del tipo objetivo.

3) *MOMENTO DEL DOLO*. Es necesario hacer una ponderación de ambos elementos que integran el dolo, que deben existir al tiempo de la comisión del hecho, con lo cual el llamado *dolus antecedens*

¹⁵⁵ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. I, p. 356; también Struensee se ha referido al problema, pero solucionándolo desde su concepto de dolo, y la necesidad que el dolo se refiera también a cursos causales reales (*Dolo, tentativa y delito putativo*, p. 72).

¹⁵⁶ Hruschka ha hecho resaltar este problema, al diferenciar dentro del idioma alemán los verbos *wollen* y *mochten*. Es muy distinto decir que “yo quiero una torta”, que decir “yo deseo una torta”. De la misma forma se podría decir que quiero la Luna, pero es imposible de realizar, de modo que la única alternativa dentro de la lógica es decir que yo deseo la Luna (*Derecho penal*, p. 436).

¹⁵⁷ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, t. I, § 16.

¹⁵⁸ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, p. 98 y siguientes.

es irrelevante, esto es, si no está presente en el momento del hecho, ya que, como se demostró, queda como un simple deseo del autor. Veamos el ejemplo de la persona que quiere matar a su tío para heredar la fortuna de éste. Para ello prepara un plan. Sin embargo, el tío muere, no por ese plan, sino por un actuar culposo del sobrino. Es evidente que la muerte no podrá imputársele a título de dolo, sino sólo de culpa, que es el único elemento subjetivo que existía al momento del hecho.

Es irrelevante, como es lógico, el llamado *dolo subsequens*, o sea cuando el sujeto tiene plena representación y voluntad de realizar el hecho, pero una vez que se ha consumado el tipo penal. En estos casos, lo más que podrá es ser autor del delito de encubrimiento en sus diversas formas (art. 277, Cód. Penal), aunque es necesario resaltar que es distinto el dolo del homicidio al dolo del sujeto que encubre un homicidio.

Desde otra perspectiva, es necesario distinguir el saber actual y el saber colateral o la co-conciencia, que en el dolo es aceptado. El funcionario público que realiza el tipo penal del art. 268 del Cód. Penal, no hay duda que tiene co-conciencia, o un saber colateral, junto con el conocimiento del tipo objetivo de que él es funcionario público.

e) *CLASES DE DOLO*. Se distingue entre dolo directo, dolo directo de segundo grado, o dolo indirecto, y el dolo eventual o condicionado.

1) *EL DOLO DIRECTO*. En el caso del sujeto que tiene relación con una menor honesta de doce a quince años, si el autor sabe que la víctima tiene esa edad, y se decide a realizar la acción, actúa con dolo directo.

En cambio, si no sabe la edad, pero calcula que pueda tener esa edad, o duda de que sea honesta y en ese caso actúa, teniendo a la realización típica como seriamente posible, entonces se estará frente al supuesto del dolo eventual.

De allí que, siguiendo a Maurach y Zipf, se puede decir que actúa intencionalmente el autor que está interesado en lograr el resultado típico y con dolo directo, quien calcula que es inevitable el resultado típico; o sea, obra con dolo directo el autor que está consciente de realizar con su acción los elementos del tipo objetivo¹⁵⁹.

Pero también actúa con dolo directo el autor que acepta las consecuencias que conlleva la realización del tipo. El sujeto que pone una bomba en un barco, a los efectos de matar a su esposa y cobrar la herencia, no hay duda que tiene dolo directo en cuanto a ese resultado, y dolo directo de segundo grado en cuanto a las demás muertes que produzca su accionar. De modo que el resultado querido va unido causal y necesariamente al otro. Nótese que esta segunda clase de dolo es casi igual al primero, y que sólo aparece en casos como el citado, al mero efecto de distinguirlo del dolo directo. Esto lleva a la idea de que, en síntesis, existen dos clases de dolo, el directo y el eventual, por lo menos con consecuencias jurídicas concretas.

2) *EL DOLO EVENTUAL*. También llamado dolo condicionado, es aquel por el cual en la parte intelectual del dolo existe la representación del resultado, de manera que el autor conoce el peligro

¹⁵⁹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 22, III, A.

concreto de la realización del tipo penal¹⁶⁰; o como dice Frisch, que la representación del autor debe ser sobre el peligro relevante y concreto de la realización del tipo¹⁶¹.

De ahí que la diferenciación con el dolo directo no ofrezca problemas: la voluntad de actuar en ambos casos es idéntica, tan solo se diferencia en la representación del resultado. Aquellas consecuencias que no se representan como necesarias, no cuentan para la fundamentación del dolo directo.

El problema se da cuando se pretende diferenciar el dolo eventual y la culpa consciente.

Bien analizado el problema, se llega a la conclusión de que el concepto de dolo eventual es equívoco, de modo que para empezar a poner orden en el asunto es necesario afirmar que, en el dolo, lo eventual es con respecto al resultado. Por ejemplo, quien dispara a una persona para dejarla inepta para la lucha, pero está de acuerdo con el efecto letal del disparo, actuará con dolo eventual, ya que la voluntad de actuar es incondicional, dado que de lo contrario no habrá ni siquiera dolo; por lo tanto, lo único eventual es el resultado.

Ahora bien, según se asiente la determinación del dolo eventual en la dirección de la voluntad o en el saber del autor, se aplicará la teoría del consentimiento o la de la probabilidad, que han dividido las opiniones hasta el presente, con distintos matices.

¹⁶⁰ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, t. I, § 16, I.

¹⁶¹ Frisch, *Voratz und Risiko*, p. 210; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 8, 44.

f) *TEORÍAS PARA DIFERENCIAR EL DOLO EVENTUAL DE LA CULPA CON REPRESENTACIÓN.* Las atenderemos en forma sistemática según el orden que sigue.

1) *DE LA PROBABILIDAD O DE LA REPRESENTACIÓN.* Habrá dolo eventual si el autor, en su representación intelectual, ha considerado como próxima o con un alto grado de probabilidad la realización del resultado típico, o de la lesión al bien jurídico, y sobre la base de ese juicio de carácter cognoscitivo, no hace nada para evitar que tal resultado se dé¹⁶². Dicho de otra forma, cuando la posibilidad del resultado en la que el sujeto ha pensado es tan alta que la tuvo como probable, habrá dolo eventual. No entra en juego la actitud emocional del individuo. Los seguidores de esta posición afirman que de no procederse de esta forma habría situaciones de extrema gravedad que escaparían al dolo. Es el famoso caso de los mendigos rusos, que para buscar la caridad de las personas mutilan a niños y les obligan a pedir limosna. Sin embargo, algunos de estos niños, debido a la mutilación, morían. No obstante, los autores repiten la conducta con iguales resultados. El argumento fuerte, en este caso, es que las personas querían a los mendigos vivos, ya que muertos no les eran útiles. Por ello, la representación de la muerte de los niños alcanzaba para decir que los autores habían actuado con dolo. De allí que los seguidores rechacen la exigencia del momento volitivo en el dolo eventual¹⁶³.

¹⁶² Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 16, F; Schröder, Horst, *Fest. für Sauer*, p. 232 y siguientes.

¹⁶³ Gimbernat Ordeig, *Acerca del dolo eventual*, en "Estudios de derecho penal", p. 191.

En cambio, si el autor pensó en el resultado como posible, deberá afirmarse la culpa consciente. Hay, pues, una diferencia entre ver el resultado como probable, con la seguridad de que acontezca, de la posibilidad de la producción del resultado, lo que lleva a que éste sea remoto.

Las palabras usadas: “contar con el resultado”, “confiar en que no se produzca el resultado”, demuestren lo hasta aquí dicho.

Dentro de este grupo de teorías se encuentra la *teoría de la posibilidad*, que es defendida por Jakobs, quien analiza no ya el resultado como probable, sino que estima que habrá dolo eventual cuando el autor haya tenido por posible, en concreto, la realización del tipo. Dentro de esta posición, se encuentra la de Frisch, para quien existe dolo eventual si el autor en plena consideración del riesgo, que debe ser superior a lo tolerable, se decide igualmente a actuar¹⁶⁴.

2) *LA TEORÍA DEL SENTIMIENTO*. Como forma de tránsito de la teoría de la representación a la del consentimiento, surgió la *teoría del sentimiento*. En ella, se puede observar que se añade algo más a la pura representación, es decir, la pasividad, la indiferencia de los sentimientos del autor frente al resultado que el autor pensó como posible¹⁶⁵. También en esta teoría se amplía el campo del dolo eventual con respecto a la culpa consciente¹⁶⁶.

3) *LA TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO O DE LA VOLUNTAD*. La teoría del consentimiento o de la voluntad jue-

¹⁶⁴ Jescheck, Hans, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, § 29, III.

¹⁶⁵ Exner, Franz, *Das Nesen der Fahrlässigkeit*, p. 31.

¹⁶⁶ Díaz Palos, Fernando, *Dolo penal*, en “Nueva enciclopedia penal”, p. 74.

ga, tal como su nombre lo dice, a dar preponderancia al elemento volitivo.

Por tanto, no será suficiente que el autor se represente la posibilidad del resultado, sino además que “consienta”, “apruebe”, “acepte”, en definitiva, “quiera” ese resultado. El problema surge debido a que, como en el dolo eventual, el autor nunca quiso el resultado; en sentido estricto, la teoría del consentimiento se ve en la necesidad de buscar formas análogas para cubrir ese vacío.

El autor debe haberse declarado conforme con el resultado, consentir el resultado. Habrá dolo eventual, cuando el sujeto lleve a cabo una conducta que él sabe que es violatoria del bien jurídico, tipo penal mediante, y aun así actúa.

Sin embargo, en la teoría del consentimiento se aprecian matices que van desde quienes admiten que se debe tolerar el resultado, hasta aquellos que sostienen que el autor debe asentir el resultado.

La doctrina se divide entre los que sostienen la teoría hipotética del consentimiento y quienes afirman la teoría positiva del consentimiento

a) *TEORÍA HIPOTÉTICA DEL CONSENTIMIENTO O DE LA VOLUNTAD.* El autor debe haberse representado hipotéticamente el resultado. Si en ese caso no se hubiera abstenido de actuar, existiría dolo eventual, de lo contrario existirá culpa consciente. Tal como lo sostuvo Frank, “la previsión del resultado como posible, integra el concepto de dolo sólo cuando la previsión de dicho resultado, como cierto, no hubiera detenido al autor, no hubiera tenido la significación de un motivo decisivo de contraste”¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Citado por Mezger, *Tratado*, t. II, p. 172.

Sin duda, se trata de un juicio hipotético, por el cual si el autor se hubiera representado el resultado como seguro y aun de esa forma hubiera actuado lo habría hecho con dolo.

La teoría ha sido rechazada teniendo en cuenta que el juicio hipotético, en este caso, tiene como objeto no ya el hecho, sino a la persona, analizando sus antecedentes penales, el ambiente en que vive, sus costumbres, lo que lleva a decir que es un derecho penal de autor¹⁶⁸.

b) *TEORÍA POSITIVA DEL CONSENTIMIENTO O DE LA VOLUNTAD.* En esta teoría aparece la idea de la indiferencia, es decir, un actuar frente al resultado de manera indiferente. Con palabras de la llamada segunda fórmula, de Frank, "sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso actúo". Entonces la culpabilidad es dolosa¹⁶⁹. Esto es, que habiéndose representado el agente el resultado como posible no retrocede en su actuación, aceptando o ratificando tal resultado. La esencia de esta teoría consiste en haberse representado el resultado como posible o como probable y en haberlo consentido. En síntesis se puede afirmar la existencia del dolo eventual, tanto con la exigencia del elemento intelectual, como el volitivo. De modo que no habrá dolo, sino existe consentimiento, y éste no se puede dar, si la representación es hipotética.

Desde esta perspectiva, no hay duda que la teoría positiva del consentimiento es más viable que la anterior, al dejar de lado el enjuiciamiento

¹⁶⁸ Gimbernat Ordeig, *Acerca del dolo eventual*, en "Estudios de derecho penal", p. 187.

¹⁶⁹ Frank, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, p. 190.

de la persona como tal, esforzándose en volver a un derecho penal de acto y no de autor.

c) *LA POSICIÓN DE KAUFMANN.* La posición original de Welzel, con respecto al dolo, era su pertenencia al tipo penal, y, en consecuencia, que dejaba de tener como elemento fundamental la conciencia del injusto, que pasa a la culpabilidad propiamente dicha.

Sin embargo, esta sistemática no siempre fue seguida por autores que se enrolaban en la llamada *teoría finalista*. Zielinski ha hecho notar dicha contradicción en Stratenwerth, cuando busca la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente, en que el autor actúe conscientemente de manera contraria a la prohibición¹⁷⁰. Con ello, afirma Zielinski, aparece como criterio de diferenciación la conciencia del ilícito y, por ende, casi una negación de los principios de los cuales había partido la teoría defendida por Welzel.

En este sentido, ha sido Armin Kaufmann quien ha realizado el intento más serio por diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente¹⁷¹. De manera que la solución del problema debe hacerse sin ninguna referencia a la conciencia de la antijuridicidad.

De ahí que, como primer elemento, afirma Kaufmann, cualquier vestigio del llamado *dolus malus* debe quedar fuera de toda consideración¹⁷². La voluntad de realización del agente se extiende o puede extenderse a todas aquellas consecuen-

¹⁷⁰ Zielinski, *Hand lung-und Erfolgsunwert*, p. 189.

¹⁷¹ Aquí se sigue, en lo fundamental, el trabajo de Kaufmann, Armin, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, en "Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert", p. 59 y siguientes.

¹⁷² Kaufmann, Armin, *Der dolus eventualis*, p. 61.

cias de la acción que lleva a cabo, y que se haya representado como probable. Si el autor no quiere que se produzca esa consecuencia accesorio, busca impedir ese resultado. De ahí que el límite se encuentra en la misma conducta del sujeto, en su accionar final, y en los medios utilizados para ello.

Con lo cual se pueden dar varias hipótesis. La primera se planteará cuando el sujeto, una vez elegido el fin, seleccione los medios de manera de evitar el resultado que aparecía como probable. El autor cuenta que, en virtud de su propia destreza, el resultado no deseado directamente, pero probable, no se cumplirá. Bien dice Kaufmann que en este caso se debe distinguir entre deseo de no realización y voluntad de ello. En el primer caso no alcanza, en cambio, en el segundo al poner la voluntad de evitar el resultado no dañoso, no podrá darse el dolo eventual. Como es obvio, el dolo no existe en los casos de error, esto es, que el sujeto crea firmemente que el medio elegido no lleve al resultado que busca.

La segunda hipótesis se dará cuando el autor, una vez elegido el fin, utilice medios que van a causar sin duda el resultado no querido, y ante esta situación no haga nada para evitar tal resultado, ni para evitar el curso causal de la acción. Esta no evitación del resultado se debe a que el autor, al valorar sus fines, encuentre que éstos son muy importantes y, por lo tanto, no quiera desistir de ellos a pesar del daño que va a causar. También puede suceder que al autor le sea sumamente costoso cambiar la dirección de la acción, y, por último, que el resultado accesorio le sea absolutamente indiferente.

Kaufmann observa que el problema ya no depende del sentimiento o de la actitud del sujeto

frente al resultado, situación que presupone que el sujeto haya conocido la antijuridicidad de su acción, sino que el límite se encuentra en la propia voluntad del autor, en tanto el contenido de la voluntad haya o no querido el resultado accesorio.

Se tiende con ello a una objetivación de la voluntad del autor. Y esta objetivación se muestra en que la evitación del resultado excluye el dolo, siempre que ella se muestre externamente a los fines de evitar el resultado, en la elección de medios y la dirección del curso de acción; de no ser así, se estará frente a un caso de dolo eventual.

d) *LA POSICIÓN DE JESCHECK.* Para Jescheck existirá dolo eventual “cuando el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella”¹⁷³. El autor se abandona al curso causal, de forma tal que existe una menor cantidad de injusto. Pertenece al dolo eventual, por una parte, la conciencia de la existencia del peligro concreto de que se realice el tipo y, de la otra, la consideración seria de este peligro por el autor, considerando como de alto riesgo que se produzca la realización del tipo.

El dolo eventual es un componente del injusto de la acción, pues se manifiesta en la estimación del peligro para el objeto protegido de la acción.

A la representación de la seriedad del peligro, debe añadirse que el autor se conforma con la realización del tipo, de manera que para el logro de su meta asuma la realización del tipo. Quien así actúa denota una postura especialmente reproachable frente al bien jurídico, con lo que se equipara

¹⁷³ Jescheck, *Lehrbuch*, § 19, III.

el dolo eventual con la intención y con el dolo directo.

Lo novedoso de la tesis de Jescheck, consiste en que al poner el dolo en una doble posición, “esa postura del autor, caracterizada como un conformarse con la probabilidad de producción del resultado, no es componente de la voluntad de acción, sino un factor de la culpabilidad: al autor se le hace un reproche mayor que en el caso de la imprudencia consciente, dada su deficiente actitud mental con relación a la pretensión de respeto del bien jurídico protegido. En síntesis, el dolo eventual se integra por la voluntad de realización concerniente a la acción típica (elemento volitivo del injusto de la acción), por la consideración seria del riesgo de producción del resultado (factor intelectual del injusto de la acción), y, en tercer lugar, por el conformarse con la producción del resultado típico como factor de la culpabilidad”¹⁷⁴.

§ 52. **EL ERROR DE TIPO.** – El error de tipo es el aspecto negativo del elemento intelectual del dolo¹⁷⁵. Es decir, el error de tipo es la falla de la conciencia de los elementos del tipo penal, ya sea por error o por ignorancia¹⁷⁶. La diferencia con el error de prohibición, está dada porque, en éste, lo que desconoce el sujeto es la antijuridicidad de su conducta. De ahí que se pueda afirmar que el error es el desconocimiento de las circunstancias objetivas del tipo¹⁷⁷. La consecuencia que se pre-

¹⁷⁴ Jescheck, *Lehrbuch*, § 29, III.

¹⁷⁵ Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte general*, p. 108.

¹⁷⁶ Rudolphi, StGB, *Systematische Kommentar*, § 16, D.

¹⁷⁷ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, § 13; Jescheck, *Lehr-*

vé para este tipo de error es —al desaparecer el dolo— la atipicidad de la conducta, si el error es invencible, y el castigo con la pena del delito culposo, cuando el desconocimiento se funde en un defecto en el cuidado (*sorgen*), siempre que esté tipificado, situación que en el Código Penal argentino no siempre es posible al existir un sistema cerrado con relación a los tipos penales culposos.

La doctrina ha hecho una distinción que analiza el desconocimiento, como una falsa representación, que sería el error, del desconocimiento liso y llano, que sería la ignorancia. Tal distinción, lógica por cierto, se encuentra en el Código Penal argentino (art. 34, inc. 1º) al decir error o ignorancia de hecho.

Al desconocer el autor las circunstancias del tipo penal, ya no es posible el castigo a título de dolo.

Tampoco podrán imputarse al autor aquellas circunstancias agravantes del tipo penal, en los supuestos en que el autor las haya desconocido. En el clásico ejemplo del padre que mata a su hijo, sin saber que lo era, no hay duda que se estará frente al delito de homicidio (art. 79, Cód. Penal), pero nunca frente al parricidio contemplado en el art. 80, inc. 1º, ya que este tipo penal exige, como base, que el autor conozca que mata a su hijo¹⁷⁸.

a) *ERROR DE TIPO Y CIRCUNSTANCIAS CONCOMITANTES.*
El problema aparecería en el conocimiento o no

buch, § 29, V; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 29, III; Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 23; Bacigalupo, *Manual*, p. 109; Zaffaroni, *Tratado*, t. III, p. 229 y siguientes.

¹⁷⁸ Núñez, *Derecho penal argentino. Parte especial*, t. III, p. 35; Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. 1, p. 12.

de las circunstancias concomitantes. Es obvio que el autor se ocupa de obtener su fin, de llegar a la meta, sin que reflexione sobre ese tipo de circunstancias. En el caso del estupro es obvio que lo que el autor tendrá en cuenta es poder llegar al acceso carnal, no apareciendo en el centro de su atención cuántos años tiene la víctima. Sin embargo, se sostiene, y con razón, que en la vida este tipo de circunstancias se conoce automáticamente, de modo que viene unido necesariamente al acto principal. Se trata, pues de un saber que acompaña el saber principal. Como bien dice Platzgummer, este saber, este conocimiento, es inmanente al dolo, aunque el autor no reflexione sobre ello¹⁷⁹, de modo que si existe error sobre este saber, será relevante a los efectos de la conformación del dolo.

b) *SIGNIFICACIÓN SOCIAL.* Como se sabe, los elementos del tipo penal se distinguen en descriptivos y normativos. Ambos términos deben ser interpretados en su significación social. Sin embargo, hay que aceptar que, en principio, debe existir una adecuada percepción de los hechos por parte del autor (una percepción automática).

En cambio en los llamados elementos normativos se va a exigir del autor un especial acto de entendimiento. De ahí que se pueda afirmar que, en estos casos, el error es sobre la significación social del acto. En este ámbito puede haber dificultades en la delimitación entre el error de prohibición y el error de tipo.

¹⁷⁹ Platzgummer, *Die Bewusstseinsforms des Vorsatzes*, p. 83 y ss. y, en especial, nota 40.

En principio, se puede afirmar que todo lo que es objeto del dolo puede entrar en la categoría del error de tipo. De ahí que puede ser objeto del error, tanto un elemento normativo como uno descriptivo del tipo.

El problema surge cuando aparecen conceptos referidos a la antijuridicidad en el tipo penal, tales como contrario a la ley, sin permiso; en el caso de la violación de domicilio del art. 150 del Cód. Penal, no contendrían, en principio, ninguna significación adicional para la teoría del error¹⁸⁰.

Sin embargo, en otros casos, como en la apropiación antijurídica, la solución no es fácil. En este aspecto, el Código Penal alemán ha diferenciado dos clases de errores. Si el autor cree que existe una norma permisiva, en el sentido que le está permitida o autorizada la apropiación, se estaría ante un error de prohibición. En cambio, si el autor cree que tiene una pretensión sobre la cosa se estará ante un error de tipo de igual forma que si hubiera un error sobre los hechos¹⁸¹. En cambio, un error de tipo no sería aceptado si el autor supone que su vinculación con la cosa está basada en relaciones del derecho civil; entonces, se estará en el campo del error de prohibición¹⁸².

c) LA LLAMADA VALORACIÓN PARALELA EN LA ESFERA DEL PROFANO Y EL ERROR DE SUBSUNCIÓN. La significación de una circunstancia de hecho debe diferenciarse de la definición jurídica. Cuando hay

¹⁸⁰ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26.

¹⁸¹ Krumpelmann, Justus, *Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums*, p. 19.

¹⁸² Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 19.

error, esta circunstancia se subsume en el error de tipo. El objeto del conocimiento no es entonces la interpretación de la prescripción legal, sino el conocimiento o la aprehensión de las circunstancias de hecho, las cosas que se subsumen en el tipo legal. Aquí rige aún la teoría de Mezger de “la valoración paralela en la esfera del profano”¹⁸³.

d) *EL ERROR DE TIPO Y LA OMISIÓN*. En los tipos omisivos debe distinguirse la omisión propia de la impropia. En los delitos de omisión propia, cuando el error es sobre la existencia de una norma o un mandato, aparece ineludible recurrir a la regulación del error de prohibición.

En el caso de los delitos de omisión impropios, lo fundamental, sin perjuicio de su análisis, es la posición de garantía que ocupa el autor, frente al bien jurídico. Basándose en ello, el sujeto tiene una especial relación con la fuente de peligro, o de su posición como garante del bien jurídico. El dolo, en este caso, radica en comprender las circunstancias por las cuales aparece el deber, distinguiéndose esto del deber mismo. En el primer caso se estará ante un error de tipo, no sólo como error en los hechos en sí mismos, sino que es pensable un error de tipo aun en el error de derecho, si existe un falso juicio sobre la relación de familia que lo une a la víctima¹⁸⁴. En cambio, si el error es sobre el deber, se estará frente a un error de prohibición, ya que el deber no es objeto del dolo¹⁸⁵. Como ejemplo del primer caso, podemos dar el del padre que observa cómo un

¹⁸³ Mezger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 328.

¹⁸⁴ Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 21.

¹⁸⁵ Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 21.

niño se ahoga. Si no reconoce al niño como propio, es obvio que se está ante un error de tipo. En cambio, si el error está en cuanto al deber como tal, se estará ante un error de prohibición.

Se puede afirmar que el conocimiento de la posición de garante que funda la conciencia del deber es abarcada por el dolo. Un error sobre el deber de evitar el resultado, a pesar del conocimiento de la posición de garantía, se debe incluir en el error de prohibición¹⁸⁶.

e) *LEYES PENALES EN BLANCO*. En la ley penal en blanco se exige el conocimiento de las normas que llenan el tipo, aunque no hay duda de que se está en presencia de un error de prohibición, por lo cual rigen las reglas generales del error¹⁸⁷.

En cambio, Lange considera que el conocimiento de las normas administrativas es parte del dolo¹⁸⁸. En oposición, obviamente, Welzel que no ve diferencia en el tema¹⁸⁹.

f) *EL ERROR EN LAS RELACIONES CAUSALES*. Este problema abarca los casos de error en la persona, la llamada *aberratio ictus* y el error en la relación causal. En realidad no se trata, según algunos autores, de temas específicos de error, sino de una cuestión referida a la teoría de la subsunción, de imputación objetiva y el problema del error en la tentativa¹⁹⁰. Sin embargo, tal solución no es pa-

¹⁸⁶ Jescheck, *Lehrbuch*, § 29; Grünwald, *Fest. für H. Mayer*, p. 281.

¹⁸⁷ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 16; Bockelmann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 79.

¹⁸⁸ Lange, Richard, *Juristenzeitung*, p. 73.

¹⁸⁹ Welzel, *Juristenzeitung*, p. 238.

¹⁹⁰ Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 22.

cífica, sosteniéndose que se está ante casos concretos de error¹⁹¹.

g) “*ERROR IN PERSONA*” Y “*ABERRATIO ICTUS*”. El error sobre la identidad de una persona es irrelevante, en tanto los objetos sean iguales. A decide matar a B. Sin embargo, por la oscuridad, cuando dispara su arma de fuego, mata a C, a quien confunde con B. Como la voluntad de matar era sobre una persona, dada la equivalencia de valores entre ambos objetos, tal error es irrelevante¹⁹². En efecto, el contenido del elemento “hombre”, que integra el tipo, no se llena con la identidad del muerto, sino que basta con el reconocimiento de la humanidad, de manera que no tiene relevancia con respecto al dolo del autor¹⁹³.

El error será relevante, si A mata por error a su padre, no sabiendo que lo es. En cambio, si quiere matar a su padre y mata a otra persona, se está ante una tentativa de homicidio calificado en concurso con homicidio culposo.

h) *ERROR EN LA RELACIÓN CAUSAL*. Mayoritariamente se acepta que el dolo no requiere abarcar todas las modalidades de la relación causal. De ahí que una desviación no esencial en el curso causal queda fuera del dolo y, por ende, no existe el error de tipo¹⁹⁴.

Se debe observar que la esencia de la desviación depende de la previsión de la relación causal;

¹⁹¹ Struensee, *Dolo, tentativa y delito putativo*, p. 56.

¹⁹² Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 23; Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 10, 43; Welzel, *Lehrbuch*, § 75.

¹⁹³ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 16, E.

¹⁹⁴ Bacigalupo, *Manual*, p. 109.

por ejemplo, no es esencial al delito de homicidio si la muerte se produce por el disparo de arma de fuego o por la hemorragia producida por éste.

En cambio es esencial si la víctima muere a raíz de una falla de importancia en el tratamiento médico. El fundamento está en la subsunción de la realidad con relación al elemento típico causalidad.

Los defensores de la teoría de la equivalencia de las condiciones sostienen que una desviación no esencial no pertenece al dolo. Por eso es que no hay error en el resultado, sino sólo una ulterior corrección objetiva sobre el metro de la adecuación. Sin embargo, si ésta es importante debe ser observada. La teoría de la adecuación parte de la idea de que no sólo es relevante una pura relación de condiciones, sino también interesa su correspondencia en el campo de la experiencia. De ahí que una inadecuada relación causal es imprevisible y, por tanto, no puede ser subsumida. La consecuencia es que ella es objeto del dolo. La falla en la representación sobre una esencial desviación causal es, sin duda, un error de tipo.

Para la teoría de la adecuación, el límite típico de la relación causal es la no observación de la previsibilidad. Aquí aparece un problema en la subsunción en el tipo objetivo. Se tendrá que analizar si, en la representación del autor, existía una relación con los hechos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la realidad puede ser distinta, aun cuando ello puede estar también en la previsibilidad del autor.

La desviación de los hechos con respecto a la representada relación causal, depende en general de la posibilidad o no de prever la realidad. La

dificultad se da cuando el autor no es consciente del juego de la causalidad, en particular no conoce la consecuencia de su acción y, por tanto, desconoce el desvío de la relación causal. Para solucionar estos casos se acude a la teoría del *dolus generalis*, por el cual se afirma que el autor alcanza el resultado querido con su acción. El autor que mata a su víctima inconsciente, no ya con el disparo de arma sino cuando la tira al lago, es el caso más conocido, por el cual se sostiene que aquél responde por el delito de homicidio consumado, sobre la base de que la desviación de la causalidad no es esencial y se toma la adecuación del resultado muerte como un completo tipo penal doloso¹⁹⁵.

Sin embargo, se puede llegar a este resultado cuando se censura la acción anterior y posterior del autor de manera integral, con otras condiciones paralelas en el campo de la subsunción.

En general, esta relación debe hacerse midiendo, o comparando la experiencia del juicio de causalidad que normalmente se da. Así se acepta que esto es abarcado por el dolo, de modo que la representación del autor sobre la real sucesión de la relación causal es irrelevante.

Otra solución para el caso antes explicado sería aceptar una tentativa de homicidio, más un delito culposo en el segundo tramo. Se acepta, entonces, que falla la representación idónea del objeto en la acción de matar, y en el segundo segmento aparece como un objeto idóneo en la evitación del resultado muerte.

¹⁹⁵ Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 25.

**F) ANTIJURIDICIDAD Y JURIDICIDAD
DE LA CONDUCTA TÍPICA. LAS FUNCIONES
DEL JUICIO DE ANTIJURIDICIDAD**

§ 53. *TEORÍA DEL TIPO Y DE LA ANTIJURIDICIDAD.* — Tal como está conceptualizada la teoría de la antijuridicidad, en relación con la teoría del tipo, ella se convierte en una teoría de la juridicidad; más precisamente, de aquellas circunstancias de hecho que, no obstante cumplir un tipo en el caso particular, no son antijurídicas y por ello carecen de relevancia penal.

La teoría del tipo, basada en Beling, separa definitivamente el tipo de la antijuridicidad, es más, no existiría ningún momento de valoración por parte del juez.

El tipo, en la teoría de Beling, estaba claramente purificado de todo momento relativo a la antijuridicidad. Esta simpleza del sistema de Beling, al que hemos hecho continua referencia, cede cuando se descubren los elementos normativos del tipo, con lo cual, en este punto, la teoría también se vio en dificultades.

De todas formas, la antijuridicidad tenía un contorno normativo ajeno al concepto naturalista del sistema. De modo que, para que coincidiera con el positivismo que imperaba en la época, la antijuridicidad no era otra cosa que lo que contrariaba al derecho positivo, lo que la caracteriza como formal. De todas maneras, el sistema era sencillo, ya que sólo había que constatar la ausencia de causas de justificación.

Con las ideas neokantianas se recupera para la dogmática, como bien dice Schünemann, la di-

mencción jurídica, esto es la valorativa¹⁹⁶. Por lo cual, en el tema de la antijuridicidad, ésta deja de ser meramente formal para pasar a ser material; esto sucede cuando se define la antijuridicidad como acontecimiento socialmente dañoso. De modo que las causas que excluyen la antijuridicidad serán analizadas desde otra perspectiva, esto es, de principios basados en la idea de más provecho por daño. Surgen, además, las teorías de las normas de Mayer, entre otros, y se logran distinciones conceptuales, como las del estado de necesidad justificante y exculpante¹⁹⁷.

Según Schünemann, las ideas de Welzel no sólo amplían las categorías que la teoría neokantiana había logrado, sino que se subjetiviza el injusto, de modo tal que se exige también el tipo subjetivo en las causas de justificación, que conllevan, como mínimo, que el sujeto tenga la voluntad de defenderse¹⁹⁸. Con la teoría de Roxin, la antijuridicidad toma otro camino, de modo tal que, como los otros escalones de la teoría del delito, ellas estarán influenciadas por la política criminal. Específicamente en el tema que nos ocupa, va a decir que es el ámbito en donde se solucionan los conflictos sociales. Con esta teoría, y siguiendo con Frisch y Jakobs, entre otros, comienza otra etapa de la teoría de la antijuridicidad.

¹⁹⁶ Schünemann, *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal*, en "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", p. 47.

¹⁹⁷ Schünemann, *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal*, en "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", p. 47.

¹⁹⁸ Schünemann, *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal*, en "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", p. 57.

En este mismo sentido, el sistema bipartito comenzó a tomar fuerza. De manera que los dos estamentos más importantes son la antijuridicidad y la culpabilidad, pasando la tipicidad a tener una función con el fin de obtener el injusto penal. La discusión se basa en la relación que existe entre tipicidad y antijuridicidad. En ese orden de ideas, deja la tipicidad de tener autonomía, de modo que no tiene consecuencias propias.

El esquema bipartito ha sido severamente criticado por Welzel y Hirsch, puesto que se sostiene que es un atrofia del tipo como tal, por lo que se pierde la función básica de distinguir las conductas relevantes de las que no lo son¹⁹⁹. Esto conduce a una inversión de funciones, ya que la tipicidad está presente sólo en el caso de existir una conducta antijurídica; por eso, al existir una causal de justificación desaparece también el efecto indiciario del tipo, de ahí su papel como elemento negativo de éste. Es el ya famoso y remanido ejemplo por el cual quien ha matado a un hombre, defendiéndose legítimamente, es igual que si hubiera matado a una mosca, ya que en ambos casos desaparece el indicio de tipicidad, posición que fue tomada como base de las críticas.

No obstante, se ha replicado a esta postura, aduciendo que no es lo mismo la vida de un mosquito que la vida de un hombre, habida cuenta que nunca se prohibió matar al mosquito, en tanto sí está prohibido matar a un hombre (salvo el caso de legítima defensa). Lo que sucede es que, pro-

¹⁹⁹ Welzel, Hans, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, p. 21; Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, p. 187, 193 y 210.

ducido el ataque, debe imponerse el derecho y los bienes del agredido, con lo cual, luego de ese análisis, ambas conductas, la de matar al mosquito y la de matar a la persona, coinciden²⁰⁰.

Sin embargo, otros autores, como Jescheck²⁰¹ y Silva Sánchez²⁰², mantienen la división bipartita del delito, aunque sin aceptar todas las consecuencias de la teoría de los elementos negativos del tipo.

Si bien la diferencia entre ambas teorías es estrictamente conceptual, no hay duda de que ésta se encuentra en la solución al caso del error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación. La teoría de los elementos negativos del tipo asimila estos casos a los del error de tipo.

La posición que se sigue en el texto es, en lo esencial, la teoría tripartita, esto es, que “el tipo sólo contiene un juicio de desvalor general, provisorio, no vinculante sobre el hecho, un mero indicio de la antijuridicidad”²⁰³. La antijuridicidad mantiene su independencia, junto a la culpabilidad, si bien con la modificación de la etapa intermedia, que es la responsabilidad por el hecho²⁰⁴.

Existe en esta concepción una relación de valoración entre el tipo y la antijuridicidad, pero sólo como base para conocer la antijuridicidad.

²⁰⁰ Silva Sánchez, José M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 331.

²⁰¹ Jescheck, *Lehrbuch*, § 29.

²⁰² Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, p. 378 y siguientes.

²⁰³ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 83; Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 24.

²⁰⁴ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 24.

Sin embargo, probada la causa de justificación desaparece la antijuridicidad, aunque persiste la tipicidad, pero sin la fuerza que tenía antes de la demostración de su causa de exclusión.

El principio en la materia afirma que, dado el tipo legal, se presume la ilicitud de la conducta. Esto hace necesario analizar la cuestión de si hay alguna manera de desvirtuar el indicio de antijuridicidad que se afirmó con el tipo penal. Con un cuchillo *A* mata a *B* de manera dolosa. Visto de esa forma no hay duda de que se está ante un homicidio. El análisis que sigue es la búsqueda de alguna causal de justificación. En el caso puede suceder que *B* haya agredido previamente a *A* y éste no haya tenido otra alternativa de defensa que matar a su oponente.

La investigación se dirige, entonces, a la búsqueda de la licitud de la conducta, que tiene por fin desvirtuar el indicio de antijuridicidad.

Éstas son las llamadas causales de justificación o de exclusión del ilícito.

La teoría de la antijuridicidad, y en esto hay unanimidad de opiniones, no se refiere a la persona, esto es al autor, sino que se está en el ámbito del hecho, y de un juicio de valor, obviamente negativo sobre él. Tal como lo hemos explicado (ver § 15 a 24), el juicio sobre el autor se encuentra en la culpabilidad, en donde se realiza el juicio de reproche respectivo.

Para llegar a esta conclusión se debe recurrir a la teoría de las normas. Desde este punto, no hay duda alguna de que existe una función de valoración, anterior a la de determinación. Por eso, en este escalón de la teoría del delito es donde se ha analizado por qué se ordena una conducta y no

otra. Con lo cual existe una función de valoración y luego una función de determinación. Es con respecto a la primera que todos los elementos del delito quedan relacionados. No hay, pues, una remisión a la capacidad del autor. Por eso la antijuridicidad es objetiva²⁰⁵.

La antijuridicidad significa afirmar que el autor de un hecho típico ha infringido una norma que está exigiendo su validez. De tal modo que si ésta es negada, la consecuencia es que ella ha retrocedido frente a otra norma, con el resultado de que no existe violación de la primera. Existe una valoración entre ambas normas, de modo tal que se le reconoce al autor el derecho a actuar y, lo que es más, hacerlo típicamente. De ahí la afirmación de que no hay posibilidad de zonas libres para el derecho, o zonas neutras; o se está dentro de lo jurídico o se está en contra de la norma. El término medio no existe²⁰⁶.

§ 54. **ANTI JURIDICIDAD FORMAL Y ANTI JURIDICIDAD MATERIAL.** — A los efectos de aclarar algunos términos, conviene sostener que la antijuridicidad formal se da cuando la acción se opone a un mandato normativo contenido en una norma penal. En cambio, la antijuridicidad material tiene que ver con el bien jurídico protegido con la norma²⁰⁷. El tema tiene relevancia cuando, aun en los casos de conductas típicas, éstas no han hecho peligrar el

²⁰⁵ Un completo estudio de las posiciones puede verse en Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*.

²⁰⁶ Para tener una idea general del tema puede consultarse el trabajo de Engisch, *El ámbito de lo jurídico*.

²⁰⁷ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 24, III.

bien jurídico, con lo cual la conducta deja de ser antijurídica. Se ha planteado este tema en la jurisprudencia argentina, en el supuesto de tenencia de droga para consumo propio, en la cual, si no hay afectación del bien jurídico (en este caso, la salud pública), se sostuvo por parte de la jurisprudencia que la conducta no era antijurídica. La Corte Suprema de Justicia mantuvo este criterio, entre otros, en el caso “Bazterrica”²⁰⁸.

La discusión no pasa, entonces, por la posibilidad de que en la antijuridicidad formal las causas de justificación sólo surjan del derecho escrito y en la material del derecho no escrito, sino que, para la teoría actual, en ambas formas de antijuridicidad es posible que la causa de justificación se encuentre tanto en el derecho escrito como en el no escrito²⁰⁹.

§ 55. **CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN.** – En este párrafo estudiaremos la relación que existe entre la norma que ordena una conducta (o la prohíbe) como protección al bien jurídico, y las causas de justificación. La respuesta está dada por el fin de la norma²¹⁰.

En principio, la norma es incondicional, pero deben tenerse en cuenta las condiciones valorativas, por lo cual no se exige una vigencia absoluta en todas las situaciones de conflicto que se den en la realidad. Dicho en términos más claros, la norma sólo se aplica incondicionalmente en los casos

²⁰⁸ CSJN, Fallos, 308:1412.

²⁰⁹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 24, III.

²¹⁰ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 25, I.

de normalidad. La norma se aplica en todos los casos normales.

El tema había sido planteado por Binding, al afirmar que junto al matar prohibido existía el matar permitido, o dicho de otra manera, la norma incondicionada no se vuelve condicionada, sino que es inseguro el ámbito de su validez²¹¹.

En algunos casos, el bien jurídico renuncia a la protección normativa o retrocede ante la presión que ejercen sobre él intereses más importantes en el caso concreto. El bien que deja de ser merecedor de protección atrae la norma hacia sí y con ello la norma retrocede: ella ya no exige seguir protegiendo al bien jurídico, ni tampoco mantener el juicio de desvalor para el caso de ataque a éste. El tipo deja entonces de tener el indicio de antijuridicidad que cargaba y pasa a ser una forma hueca; como consecuencia, la acción es lícita.

Bien dice Jeschek, "el fundamento de la exclusión de la antijuridicidad se encuentra en que el ordenamiento jurídico no sólo consta de prohibiciones, sino también de autorizaciones que levantan la prohibición bajo determinados presupuestos"²¹²; de manera que cuando concurre una causal de justificación pierde su virtualidad de deber jurídico incluida en la norma prohibitiva contenida en el tipo de injusto²¹³.

Esto es así, porque ante el acto concreto es necesario analizar si frente a la acción prohibida, se requiere que el sujeto omita su conducta. Si del análisis de la cuestión se deduce que existe un de-

²¹¹ Binding, *Die Normen und ihrer Übertretung*, t. I, p. 130.

²¹² Jescheck, Hans H., *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 441.

²¹³ Jescheck, *Tratado*, t. I, p. 441.

ber de omisión, entonces la conducta será prohibida²¹⁴. Por eso, la distinción que se debe hacer es entre norma y deber. Con lo cual la proposición permisiva se concreta frente a un individuo determinado. Bien dice Kaufmann que, dada esta relación, al existir el deber del sujeto de omitir, se descarta el permiso; por lo tanto, “la permisión impide la concreción de norma en deber”²¹⁵.

En consecuencia, el problema del permiso es con respecto al individuo, que impide que se concrete, en él, el deber –situación análoga al problema de la incapacidad de inculpabilidad–. De modo que, a fuer de repetir, al no poder concretarse la norma en deber omisivo, por la proposición permisiva, el acto será justificado.

Así las cosas, frente a la norma prohibitiva se requiere que el actuar del sujeto (p.ej., en la legítima defensa) lesione la norma lo menos posible. Con lo cual se puede establecer que el denominador común de todas las causales de justificación es la necesidad²¹⁶. De manera que, en el supuesto de la legítima defensa, se permite la defensa del bien propio, sin límite, en tanto y en cuanto se demuestre que esa era la única vía posible.

Si bien se sostuvo que el elemento base de todas las causales de justificación sería la necesidad, es difícil encontrar un denominador común a todas las causales de justificación²¹⁷. De modo que

²¹⁴ Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas*, p. 333 y siguientes.

²¹⁵ Kaufmann, *Teoría de las normas*, p. 334.

²¹⁶ Otra posición parece ser la de Maurach - Gössel - Zipf, al sostener que no existe un principio común para todas las causales de justificación (*Derecho penal. Parte general*, § 25).

²¹⁷ Ver el análisis de las teorías monistas, en Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 25, III, 7.

pareciera aconsejable tomar postura en favor de las teorías pluralistas, a fin de que cada causal de justificación tenga su propia estructura y fundamento.

Roxin ha hecho un cuadro de situación que, por su claridad y simpleza, merece ser tomado en cuenta: al analizar los medios a los cuales apela el legislador para superar los conflictos, se advierte la existencia de un número ilimitado de principios materiales que, combinados, determinan el contenido de las causas de justificación.

En la legítima defensa, los *principios de autoprotección y de prevalencia del derecho* son los que sirven de base a la regulación legal. Es decir, cualquier persona tiene derecho a defenderse de ataques antijurídicos, con el fin de evitar daños a sus bienes jurídicos, aun cuando el sujeto pueda sustraerse al ataque.

El *principio de prevalencia del derecho*, en todos los casos, y la regla de que el derecho no tiene que ceder nunca ante el injusto, lleva a que en la legítima defensa quede desplazado el principio de ponderación de bienes, por lo cual, y en principio, se podría matar para salvar otros bienes propios de menor valor.

Sin embargo, Roxin pone un límite a la autoprotección y la prevalencia del derecho, en los casos de absoluta desproporción entre los bienes jurídicos, de modo tal que no estaría justificada la defensa.

En el estado de necesidad, el principio base es el de ponderación de bienes y el de autonomía de la personalidad²¹⁸.

²¹⁸ Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, p. 57 y siguientes.

a) *LAS DENOMINADAS FUENTES DE LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN.* No hay ilícitos propiamente civiles, penales o administrativos, sino que cualquiera de ellos afecta a todo el orden jurídico. Esta idea se corresponde con otra, por la cual el orden jurídico no puede tener contradicciones internas, de modo tal que lo que sea lícito en una rama del derecho no lo sea en otro.

Se suma, a este principio básico, el que el derecho penal tiene carácter accesorio, por una parte y, por otra, busca la protección de los bienes jurídicos.

Como consecuencia necesaria las causales de justificación no sólo se encuentran en el Código Penal, sino que surgen de todo el ordenamiento jurídico, tanto del derecho escrito, como del no escrito²¹⁹. El Código Penal argentino en el art. 34 trae las causas de justificación más importantes del ordenamiento jurídico. Ellas son la legítima defensa (incs. 6º y 7º) y el estado de necesidad justificante (inc. 3º). Junto con estas dos causales de justificación aparecen otras, tal como que se obre en cumplimiento de un deber y el legítimo cumplimiento de un derecho, autoridad o cargo. En cambio, la obediencia debida (inc. 5º) no es un caso claro de causa de justificación, sino que, en la mayoría de los casos, será una causal de inculpa-bilidad (especialmente de error o de no exigibilidad, en el caso de coacción, que entra en su inc. 2º).

También en otras ramas de derecho se encuentran causas de justificación, como ser, en el art. 3939 del Cód. Civil (derecho de retención), lo que legitima la conducta típica del art. 173, inc. 2º,

²¹⁹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 25, IV.

del Cód. Penal, esto es, la no devolución de la cosa, por deudas originadas en la propia cosa. Supóngase el caso de A, que entrega su heladera a B para que la arregle. En el supuesto que A no pague tal servicio, B está legitimado para no devolver la cosa hasta tanto aquél pague.

El caso del funcionario de policía que detiene a una persona, de acuerdo a lo dispuesto en las leyes procesales, realiza sin duda la acción típica del art. 141 del Cód. Penal, esto es privación de libertad, pero dicha conducta no es antijurídica por el permiso que existe en el Código Procesal Penal²²⁰.

b) *REGLAS COMUNES A LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN*. Hay reglas que son comunes a todas las causas de justificación, de modo que conviene agruparlas a los efectos de una mejor sistematización del tema²²¹.

1) Toda causal de justificación concede un verdadero derecho. En base a ello se deduce que el titular del derecho puede hacerlo valer hasta el límite de la fuerza, si ello fuera necesario. Con lo cual quien se encuentre lesionado en sus intereses, por la persona que ejerce el derecho, carece de derecho de defensa frente a quien tiene su acción justificada.

2) Es indiferente si el autor actuó en virtud de una facultad o de una obligación (detención provi-

²²⁰ El ejemplo lo trae Bacigalupo, *Manual*, p. 118. Sin embargo, pareciera que en el caso que no se da el tipo penal del art. 141 del Cód. Penal, ya que la privación de libertad no es ilegal, tal como lo exige ese artículo, sino que es legal, y como la legalidad es un elemento del tipo, la consecuencia, a nuestro juicio, es la atipicidad.

²²¹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 25, V, A.

sional de un delincuente). Esto significa que no interesa si la persona actuó en base a un derecho, como es el caso de la legítima defensa, o si el funcionario policial detiene a una persona por orden del juez, librada de acuerdo a las normas del Código Procesal Penal.

3) Como toda participación supone, cuando menos, una acción típica y antijurídica, no hay posibilidad de participación en un hecho justificado. La conclusión es lógica, ya que, al contrario, se estaría ante una ruptura de la unidad del orden jurídico. Si la causal de justificación hace lícito el hecho, mal se puede admitir, posteriormente, que se participe en algo que no es ilícito. Como para nosotros la acción del cómplice, en el hecho del autor, no es típica, sino sólo antijurídica, la conclusión es obvia.

4) La protección sólo se extiende al bien protegido en la proposición permisiva. De acuerdo con ello, el bien jurídico, cuya norma de protección ha retrocedido, ha dejado de ser protegido por el derecho; pero el bien jurídico de un tercero, cuya norma protectora continúa en vigencia, sigue siendo protegido por el derecho, por lo que su lesión es antijurídica.

5) La provocación intencional de una situación que permita invocar la causal de justificación excluye a ésta. Como es obvio, si se crea la situación con el fin de aprovecharse luego de ella, y aducir la causal de justificación, como por ejemplo la legítima defensa, ésta no podrá darse, ya que le faltará como mínimo uno de sus elementos, el subjetivo, y para nuestra ley el que expresamente recoge el art. 34, inc. 6º, del Cód. Penal, esto es, la falta de provocación suficiente.

Las consecuencias de ello se verán más adelante, pero en principio y, por ejemplo, en caso de homicidio estará consumado como tal.

6) Frente a una situación de justificación se puede dar un concurso de ellas. En los casos de concurso de las causales de justificación, esto es, que se den más de una, no hay duda que el estado de necesidad retrocede frente a las otras, especialmente frente a la legítima defensa. Y ello es razonable porque se está ante una causal que favorece mucho más los intereses de la persona que tiene el permiso.

c) *ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN.* Las teorías causalistas habían llegado a la conclusión que bastaba con que se dieran los elementos objetivos de las causales de justificación, para que el sujeto fuera amparado por ella²²². Desde la posición que se ha sustentado ello no es posible, y por ende se exige que en las causales de justificación existan también los elementos subjetivos, o si se quiere un tipo subjetivo. El sujeto que actúa bajo una situación de justificación debe

²²² En la doctrina argentina, Núñez no sólo no se refiere al tema del elemento subjetivo de las causas de justificación, sino que hace una severa crítica (a nuestro juicio infundada) al desvalor de acción. En efecto, dice que el concepto personal de injusto, que ha sido elaborado sobre la idea de desvalor de la acción, "es el trastrueque del soporte material del injusto (el hecho), con la razón de ser de su injusticia (la antijuricidad)... Pero, eso no es factible en lo que atañe a la antijuricidad, que no es algo material divisible, sino el resultado de juicio de desvalor sobre la simple acción o sobre ella y su resultado, según sea una u otra la estructura del hecho objeto del juicio" (*Manual de derecho penal. Parte general*, p. 182). Ello demuestra la coherente posición de Núñez, al dejar todo lo objetivo en el injusto, y un concepto formal de la antijuricidad, pero al mismo tiempo, con todos los problemas que conlleva la posición causalista.

haber reconocido la situación de justificación objetiva que se le ha dado en la realidad, y actuado de conformidad a ésta ²²³.

La posición subjetivista acepta que la justificación sólo depende de la suposición del sujeto de que existen los elementos objetivos de la causa de justificación, aunque éstas no existan, en tanto y en cuanto el sujeto no haya podido salir del error ²²⁴. Sin embargo, tal posición ha sido discutida, ya que la utilización del permiso, bajo error, afecta al tercero, que es titular del bien jurídico, como lo ha hecho notar Kaufmann ²²⁵, ya que quien así actúa sólo es afectado de manera secundaria. De modo tal que el permiso no sólo debe basarse en la representación del sujeto, sino en causas objetivas que aquél debe conocer ²²⁶; y en ese caso, de desconocimiento de las circunstancias de hecho, aún cabe introducir otra prohibición con fundamento en la culpa. En síntesis, bien dice Kaufmann que el orden jurídico, como regulación del comportamiento humano, no puede hacer depender el permiso de las equivocadas representaciones del beneficiario del permiso, sino de criterios que se encuentren fuera de la representación del autor ²²⁷.

²²³ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 25, V, B.

²²⁴ Zielinski, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, p. 308 y siguientes.

²²⁵ Kaufmann, *Zum Stande der Lehre von personalen Unrecht*, en "Fest. für Welzel", p. 400.

²²⁶ Kaufmann, *Zum Stande der Lehre von personalen Unrecht*, en "Fest. für Welzel", p. 400.

²²⁷ Kaufmann, *Zum Stande der Lehre von personalen Unrecht*, en "Fest. für Welzel", p. 400.

Si bien en la mayoría de la doctrina se ha impuesto el criterio que tanto se debe dar el desvalor de acto, como el desvalor de resultado, las posiciones no son pacíficas²²⁸. Rudolphi sólo exige que el sujeto sepa de la situación objetiva en que se encuentra.

Otros, exigen del sujeto, además, un examen de los presupuestos de la justificación (Jescheck, en los casos de consentimiento).

La solución, en los casos en que no se dé el elemento subjetivo, no es unánime.

Welzel y Schmidhäuser, entre otros, sostienen que al no existir el elemento subjetivo, no sólo no se dará la justificante, sino que, al contrario, la conducta debe ser sancionada como un delito consumado, debido a que se encuentran cumplidos tanto el tipo objetivo, como el subjetivo²²⁹.

En cambio, la teoría dominante (Samson, Lenckner, entre otros) sostiene que, al faltar el elemento subjetivo y en cambio darse el objetivo, aunque desconocido por el autor, se está ante una tentativa²³⁰.

Bacigalupo, siguiendo a Gallas, y en base al art. 44 del Cód. Penal, afirma que se está en presencia de una tentativa inidónea, o delito imposible, ya que no había posibilidad de consumarse el delito²³¹.

²²⁸ Sostienen esta postura Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 25, V, B; Bacigalupo, *Manual*, p. 121.

²²⁹ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 83; Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 292.

²³⁰ Stratenwerth, Gunther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, n° 494; Schönke, Adolf - Schröder, Horst - Lenckner, Theodor, *Strafgesetzbuch (Kommentar)*, § 32, 15.

²³¹ Bacigalupo, *Manual*, p. 136.

d) **CREENCIA ERRÓNEA DE UNA CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN.** Distinto es el caso en que el autor actúe en base a la creencia errónea de estar amparado por una causal de justificación, ya sea porque invoque un estado de cosas que de darse eliminaría la ilicitud, el llamado error sobre los supuestos fácticos de una causal de justificación, sea porque el sujeto crea que existe una norma jurídica que excluye la ilicitud de su acto.

Como se verá, cuando se trate el tema del error de prohibición, las posiciones son en este punto controvertidas, y casi sin solución pacífica.

Un primer grupo sostiene que se excluye el dolo y, en consecuencia, si el error se debe a una conducta negligente subsistirá la culpa²³².

Desde otra perspectiva, se sostiene que, si bien no se excluye el dolo, se deben aplicar analógicamente las reglas del error de tipo, y darse un tratamiento al tema "como si fuera un error de tipo"²³³.

Por último, se encuentran los autores que sostienen que se trata de un error de prohibición, con lo cual al no incluir éste el dolo, queda subsistente, y con ello el problema se traslada al ámbito de la culpabilidad.

§ 56. **LA LEGÍTIMA DEFENSA.** – La legítima defensa es, sin duda, el ejemplo más claro de una causa de justificación, el caso más unívoco y tangible de una causal de justificación²³⁴. De modo

²³² Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, t. I, § 16; Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 233.

²³³ Jeschek, *Lehrbuch*, p. 266.

²³⁴ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26.

que quien actúa en legítima defensa, lleva a que su conducta sea legítima, es decir jurídica, por la exclusión de la antijuridicidad. El Código Penal regula la legítima defensa en su art. 34, incs. 6º y 7º.

En pocas palabras, ello significa que en contra de la legítima defensa no podrá existir la legítima defensa, ni el estado de necesidad justificante. Además, que la participación es impune. Con lo cual el autor está eximido de pena y además de la responsabilidad civil.

a) *DIFERENCIA CON EL ESTADO DE NECESIDAD.* Tal como conceptualmente está admitido, la legítima defensa no admite ponderación de bienes, sino que, y esto basado en requisitos legales (art. 34, inc. 6º), la defensa se determina por la peligrosidad e intensidad de la agresión, y no por el valor del bien atacado²³⁵.

b) *FUNDAMENTO.* Conceptualmente, se puede decir que, desde el individuo, la legítima defensa se basa en el derecho de autoprotección y autodeterminación frente al ataque antijurídico.

Desde el punto de vista del Estado, aparece como la defensa sustitutiva de la tarea de confirmación del derecho, que era, sin duda, tarea del Estado. Sin embargo, esto no se debe a que el Estado no pueda actuar, como lo sostiene Rivacoba y Rivacoba²³⁶.

Y esto es así, ya que al darse la agresión ilegítima, aun estando la autoridad pública, al estar en

²³⁵ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26.

²³⁶ Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Del fundamento a la defensa en la legítima defensa*, en "Estudios penales en Homenaje a J. Pereda S.J.", p. 263.

peligro el bien jurídico, habilita en principio la defensa. Lo que pasa es que si la autoridad interviene adecuadamente, no será necesaria la acción del ofendido, pero este es otro punto, que no hace a la fundamentación, sino a los requisitos.

Por lo tanto, el eje por el cual pasa la legítima defensa es la agresión ilegítima. Con lo cual se da la contradicción entre derecho e injusto, y por ende la fundamentación de la legítima defensa, en este aspecto, es que el orden jurídico no debe ceder ante el injusto. Y esto es cierto, en tanto se acepte que además se debe proteger los bienes jurídicos personales, con lo cual queda claro el fundamento de la legítima defensa²³⁷.

En síntesis, se puede afirmar que el fundamento de la legítima defensa es doble. Consiste en la necesidad de la defensa del bien jurídico particular, que surge de la propia normativa, en el sentido de que la defensa sólo es permitida en cuanto se trate de la persona o derechos propios o ajenos, esto es, de bienes personales. Y, por otro lado, la necesidad de defensa del orden jurídico, en el sentido de que el derecho siempre debe prevalecer sobre el injusto.

c) *NATURALEZA*. La legítima defensa es un derecho, tanto desde el punto de vista conceptual como de los requisitos que se exigen en la ley. No es posible exigir que la persona se defienda frente a la agresión ilegítima, ya que si ella quiere retirarse o huir de ello, desde el punto de vista jurídico su conducta será inobjetable.

²³⁷ Luzón Peña, Diego M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, p. 81.

Si bien no hay duda de que en el derecho argentino, y en todas las legislaciones (o por lo menos, las del sistema continental europeo), los códigos también lo reconocen, la discusión que se ha planteado en la doctrina gira en torno a si es un derecho natural o uno reconocido por el Estado. No hay duda de que el Estado, luego del pacto, ha tomado el monopolio de la fuerza, pero tampoco hay duda de que su existencia sólo tiene sentido si se respetan los bienes del individuo. De ahí que ese derecho, anterior al Estado, existe sólo y en cuanto sea ejercido de acuerdo con los límites legales.

d) *BIENES DEFENDIBLES*. La ley argentina no trae ningún tipo de limitación en cuanto a los bienes o intereses jurídicos que pueden ser defendidos, sino que el único límite está dado por la idea de que sólo se pueden defender los bienes individuales, y esto depende de la relación entre el ataque y la defensa, que debe ser necesaria.

No hay, por ejemplo, una limitación con respecto a los bienes jurídicos, tal como está en el derecho austríaco, que limita la defensa sólo a la vida, la salud, la integridad corporal, la libertad y el patrimonio, exceptuando, como dice Zipf, el bien jurídico honor y los bienes supraindividuales²³⁸.

En cuanto a la vida, la integridad corporal y la salud de la persona (física o psíquica) no hay problemas ni doctrinarios ni jurisprudenciales, en cuanto a que pueden ser defendidos, con los requisitos que establece la ley. En estos casos siempre se exige que la agresión esté vigente, de

²³⁸ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26, I, 5.

modo que si ella ya pasó, la defensa se convertiría en justicia por mano propia.

La libertad sexual también es un bien jurídico defendible. Luzón Peña plantea el problema de cómo se defiende, por ejemplo, del estupro, ya que la esencia de este delito reside en la seducción a la mujer por parte del autor²³⁹.

Tampoco hay problemas en la defensa del honor, siempre que se den los requisitos de la defensa, especialmente la actualidad de la agresión ilegítima. Y éste sería el caso de la persona que evita que prosigan los insultos.

Quizás el problema más grave es la defensa en cuanto a los derechos patrimoniales. La ley argentina no ha establecido ningún tipo de límites al respecto, de modo que, desde el aspecto legal, no hay inconveniente en la defensa del patrimonio.

El problema se plantea en el caso de si es posible quitar la vida de una persona para proteger el derecho de propiedad. Samson, Schor y también Maunz, Dürig, Herzog y Scolz (GG, art. 1º, nº 62), opinan que nunca se puede justificar tal extremo, aunque tal posición es minoritaria.

En cuanto a los llamados bienes de la comunidad, o bienes supraindividuales, y el propio orden jurídico, existen posiciones diferentes en la doctrina.

Una posición sostiene que son tan defendibles como los particulares²⁴⁰. Una segunda posición sostiene que los bienes generales o de la comuni-

²³⁹ Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, p. 432.

²⁴⁰ Liszt, Franz - Schmidt, Eberhard, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, p. 197.

dad son defendibles mediante la legítima defensa, negando, en cambio que pueda ser defendido el orden jurídico²⁴¹. Por último, Luzón Peña sostiene que sólo son defendibles los bienes jurídicos individuales, basado en la forma en que está redactada la ley, al permitir sólo la defensa de sí mismo y de terceros²⁴². El fundamento que da Luzón Peña consiste en que la defensa de los bienes comunitarios corresponde al Estado, que es el único que puede establecer cuándo se dan los extremos de la lesión jurídica, de manera que de permitirse a los particulares ello sería altamente peligroso, ya que se trataría, por una parte, de una defensa inidónea y, por otra, dichos ataques son menores que los realizados en contra de los particulares²⁴³.

Con iguales problemas se encuentra el tema de la legítima defensa del Estado. Con razón se estima que el Estado tiene sus propios medios para defender sus instituciones, de modo que el tercero no estará en condiciones de juzgar las circunstancias para apreciar la intervención del Estado. Excepcionalmente puede darse el supuesto de legítima defensa en favor del Estado en aquellos casos en que realmente éste corra peligro, como, a título de ejemplo, un grave atentado terrorista²⁴⁴.

²⁴¹ Strantenwerth, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 130.

²⁴² Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, p. 533; Schönke - Schröder - Leckner, *Strafgesetzbuch (Kommentar)*, p. 32.

²⁴³ Luzón Peña, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, p. 543.

²⁴⁴ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26, II, A.

Distinto es el problema con respecto a los bienes jurídicos de las personas jurídicas, en cuanto es permitida, sin duda alguna, la legítima defensa.

e) *DIFERENCIA ENTRE LA LEGÍTIMA DEFENSA Y LA JUSTICIA POR MANO PROPIA.* Desde la perspectiva estrictamente jurídica, basada en la Constitución nacional y los pactos sobre derechos humanos que se han incorporado como ley suprema, por una parte, y desde la perspectiva de la política criminal, por otra, debe sostenerse enfáticamente que la legítima defensa no es un instituto que tiene por objeto hacer justicia por mano propia, fin que es rechazado por la sociedad al firmar el pacto o aceptarlo tácitamente en la creación del Estado, único ente que tiene el monopolio de la fuerza. De modo tal que toda la estructura de la legítima defensa tiene sentido en la agresión ilegítima, por una parte, y en la necesidad de la defensa, por otra. Más allá de ese punto la conducta es ilícita y, por ende, debe ser castigada.

f) *ESTRUCTURA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.* Analizaremos por separado la ilegitimidad de la agresión y la actitud defensiva que opone la víctima de ella.

1) *AGRESIÓN ILEGÍTIMA.* Por agresión debe entenderse, según Zipf, la amenaza humana de lesión de un interés jurídicamente protegido²⁴⁵ (art. 34, inc. 6º, a, Cód. Penal).

a) *LA ACCIÓN HUMANA COMO BASE DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.* Con el concepto anterior, se deja de lado en la legítima defensa, como se verá, todo ataque que no provenga del hombre. O como dice Hirsch,

²⁴⁵ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26, II, A.

“por conducta humana se quiere significar que debe repelerse la amenaza de lesión de un acto voluntario (un comportamiento de libre arbitrio), excluyendo los meros actos reflejos”²⁴⁶.

Con lo cual creemos que sólo habrá agresión ilegítima en los casos de acción u omisión, dirigidos por la voluntad. Por eso no existe agresión ilegítima cuando no hay acción propiamente dicha, como, por ejemplo, en un sonámbulo o en una persona con un ataque de epilepsia. Y esto es así, porque la agresión significa un acto “dirigido hacia un fin”, situación que no se da cuando la voluntad no manda. Estos casos se deben solucionar dentro del estado de necesidad, que, además de la ponderación de bienes, exige el respeto a la dignidad de la persona.

Según estos principios, tampoco habrá legítima defensa frente a las cosas y los animales. La aparente excepción al principio se da cuando el animal o la cosa es manejado como un instrumento por una persona, que los usa como medio de ataque, lo que convertirá el ataque del animal o el uso de la cosa en un medio de agresión ilegítima, con lo cual estará permitida la legítima defensa. De todas maneras, vale la pena aclarar que frente al ataque del animal o el peligro de una cosa, le cabe a la persona el recurso al estado de necesidad.

Por agresión no sólo debe entenderse una acción que signifique fuerza o violencia, tal como en su momento lo sostuvo Jiménez de Asúa²⁴⁷, ya que con ello se está trabajando con un concepto

²⁴⁶ Hirsch, Hans J., *La antijuridicidad de la agresión como presupuesto de la defensa necesaria*, en “Doctrina Penal”, 1977-15.

²⁴⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, t. IV, p. 160.

vulgar de agresión, por decirlo así, frente al criterio de agresión que, sin duda, debe ser normativo. De modo que se puede afirmar que por agresión debe entenderse no sólo la acción violenta, sino cualquier lesión que amenace o ponga en peligro intereses jurídicamente protegidos²⁴⁸.

Con este criterio amplio quedan incluidas en el concepto de agresión tanto la acción como la omisión, y dentro de ésta tanto la propia como la impropia. Con lo cual podrá haber defensa legítima en la omisión actuante del garante. No hay duda de que si se contrata a un guía de montaña, y éste trata de irse del lugar, dejando librados a los alpinistas a su suerte, con serio peligro para sus vidas, éstos podrán actuar para evitar el alejamiento, con lo cual, como mínimo, la conducta de quienes se defienden será de privación de libertad. De todas formas, lo que se exige es que la fuente de peligro esté dentro de los límites de la responsabilidad jurídica del sujeto como garante.

Debe aceptarse también que pueda haber legítima defensa en contra de actos culposos, en tanto exista acción de la persona. Y esto es así porque la ley no limita la agresión a las acciones intencionales, y tampoco se puede aceptar que exista una limitación de tipo lógico o conceptual²⁴⁹. Sin embargo, y con sólidos argumentos, Luzón Peña sostiene que no es aceptable la legítima defensa en contra de actos culposos²⁵⁰.

²⁴⁸ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, § 14, II.

²⁴⁹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26, II.

²⁵⁰ Sostiene Luzón Peña que la agresión supone una acción consciente y controlada por la voluntad, y que tiende hacia algo. Por lo tanto es la agresión la que debe ser dirigida en con-

Por ello, todo interés jurídicamente protegido se encuentra amparado por esta causal de justificación. Se deduce sin ningún esfuerzo que la protección alcanza a la esfera íntima de la persona. Quien observe de manera impertinente a una pareja o el que espía a una persona que toma sol, o quien se inmiscuye en la tranquilidad de un hogar, agrede ilegítimamente, ya que son bienes o intereses protegidos²⁵¹.

La legítima defensa no exige como requisito necesario que la agresión sea una acción típica, bastando que sea antijurídica, que en principio es lo esencial para que se provoque un acto defensivo.

b) *LA ANTIJURIDICIDAD DE LA AGRESIÓN.* Tal como la ley lo exige, la agresión debe ser antijurídica. De acuerdo con Maurach, una agresión es antijurídica si representa un ilícito de conducta y hace temer la realización de un ilícito de resultado²⁵².

Es en este punto en donde se determina fundamentalmente el problema del ilícito de acción y de resultado. De modo que la agresión se puede considerar desde la perspectiva del resultado inminente o del ya producido, situación que está prevista especialmente en la ley, al hablar de “impedirla o repelerla”. Jescheck²⁵³ habla de la inminencia de la producción del ilícito de resultado y Bockelmann²⁵⁴ sostiene que es suficiente con que

tra de los bienes jurídicos (*Aspectos esenciales de la legítima defensa*, p. 179).

²⁵¹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26, II.

²⁵² Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26.

²⁵³ Jescheck, *Lehrbuch*, p. 273.

²⁵⁴ Bockelmann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 93.

la agresión realice o amenace realizar el ilícito de resultado.

Si bien desde el punto de vista del que se defiende es más seguro el criterio objetivo de ilícito, no hay duda de que se debe mantener tanto el ilícito de acción como el de resultado, que tal como se ha podido ver surge también de la ley, al permitir la defensa para evitar el ataque.

De manera que debe mantenerse el concepto de ilícito de acción y de resultado también en el tema de la legítima defensa, lo que ha llevado a decir con razón a Hirsch, que mientras el concepto de personal de lo injusto en general ha sido aceptado, clásicamente se sostiene que éste no tiene aplicación para la cuestión de la antijuridicidad de la agresión, para agregar inmediatamente que cabe preguntarse si en realidad no se ha subestimado la capacidad del concepto personal de lo injusto para resolver los problemas de la defensa necesaria²⁵⁵.

Debe, pues, existir tanto un ilícito de acción y de resultado. De ahí que la conducta dolosa o culposa, la agresión ha de ser dolosa o violatoria del deber de cuidado. Con lo cual no hay posibilidad de legítima defensa en contra de una acción que esté dentro del deber de cuidado, o conforme a derecho o socialmente adecuado. Sólo cabe la solución dentro del estado de necesidad justificante.

Las acciones que se ejerciten en base a especiales derechos y obligaciones no será antijurídica. El poder estatal ejercitado reglamentariamente no es agresión ilegítima, pero, en cambio, si el

²⁵⁵ Schönke - Schröder, *Strafgesetzbuch*, § 32, 19; Hirsch, *La antijuridicidad de la agresión*, en "Doctrina Penal", 1977-28.

acto ejecutivo del Estado es ilícito, entonces no hay duda en aceptar la legítima defensa.

La agresión, para que sirva de base a la legítima defensa, debe ser actual. Por lo cual “es actual una lesión inminente o persistente de bienes jurídicos. De este modo se determinan el instante inicial y final de la agresión”²⁵⁶.

Por eso no basta la voluntad de lesionar un bien jurídico, si no se actualiza externamente. De todas formas, el agredido no debe esperar a ser atacado para defenderse, por lo que lo decisivo es el comienzo inmediato de la agresión, que puede abarcar la última etapa de la preparación, situación esta permitida por la ley al aceptar la defensa, tanto para impedirla como para repelerla.

Actual, por lo tanto, es la defensa que aún perdura, es decir la que ha dado comienzo, pero que todavía no ha terminado. Si bien existen clasificaciones de delitos, tales como los delitos permanentes, los continuados, etc., la idea esencial de la legítima defensa consiste en que existe agresión, y ésta perdura, en tanto y en cuanto el bien jurídico tenga que ser protegido, o pueda reponerse de inmediato al estado anterior. Si no es posible ninguna de ambas situaciones, ha desaparecido la legitimidad de la defensa. De manera que la consumación del hecho no pone fin a la agresión, si se puede restablecer la situación de inmediato. El ejemplo que la doctrina ha trabajado, es el del hurto, ya que se puede defender hasta que el sujeto complete la *ablatio*²⁵⁷.

²⁵⁶ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26.

²⁵⁷ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26, II, A, n° 26.

2) *LA ACCIÓN DEFENSIVA.* La acción defensiva, para que sea tal, exige que la persona que se defiende tenga la voluntad de hacerlo, más allá de que el sujeto tenga además otros fines. El derecho no exige, ni lo podría exigir, por otra parte, que quien se defiende tenga, además, motivos de índole ética en su defensa. De ninguna manera se exigen motivos éticos para poder aceptar la acción defensiva.

A quiere matar a B (que no lo sabe), pero B mata a A; la acción de B no podrá justificarse porque no existe el elemento subjetivo mencionado. De ahí que quien no sabe que es agredido, no puede defenderse, ya que sólo tiene la intención de lesionar a su rival. En este caso, el autor responde entonces, en principio, por tentativa de homicidio u homicidio consumado, según sea la posición que se siga.

La pregunta esencial sobre el tema de la defensa necesaria consiste en la cuestión de cuándo ella es necesaria, problema conceptualmente distinto de la necesidad racional de medio, de que habla la ley argentina (art. 34, inc. 6º, b, Cód. Penal). De modo que pueda haber defensa necesaria, aun cuando el medio no sea racional, lo que llevará al tema de exceso.

La respuesta es que por defensa legítima debe entenderse la que sea necesaria para rechazar la agresión. La cuestión aparece como un semicírculo, que debe corresponderse con otro igual, esto es, un encaje justo. Una parte es la agresión ilegítima y otra es la defensa.

Es en este punto en donde se ha suscitado el problema, ya que lo antes afirmado se basa en un derecho de defensa basado en la idea liberal e individualista que reafirma el principio de que el de-

recho jamás debe ceder ante lo ilícito²⁵⁸. Varios han sido los criterios que se han propuestos para limitar la defensa²⁵⁹.

Tanto se ha intentado poner límites en base a la imperatividad, por una parte, y a la exigibilidad, por otra, como acudiendo a las convenciones de los derechos humanos, sin dejar de lado consideraciones de tipo ético-social.

En cuanto a las consideraciones de tipo ético-social, bien ha hecho notar Bitzilekis que no existe un criterio único y es difícil hacer pie en un término tan confuso, a punto tal que dicho criterio fue ocupado en su momento por la jurisprudencia del nacionalsocialismo²⁶⁰.

Tampoco lleva luz al problema la remisión, por lo menos en el derecho alemán, al § 31, inc. 1º, del Cód. Penal alemán, esto es, a la renuncia de la tentativa de determinar a otro un delito, y con ello plantear el tema de la imperatividad. Con acierto se ha sostenido que la defensa se determina por la fuerza y la peligrosidad del ataque²⁶¹.

Además no se puede ir más lejos con la inclusión de la exigibilidad, categoría que, como se sabe, apareció en la dogmática penal al darse forma a la teoría de normativa de la culpabilidad. Según dicha teoría, que sería aplicable en cuanto a la limitación de la legítima defensa, estaría dada

²⁵⁸ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26, B.

²⁵⁹ Un excelente estudio sobre el tema ha llevado a cabo Bitzilekis, Nikolaos, *Neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, p. 91 y siguientes.

²⁶⁰ Bitzilekis, *Neue Tendenz*, p. 92.

²⁶¹ Bitzilekis, *Neue Tendenz*, p. 95.

porque, en algunas circunstancias, no sería exigible la defensa. Por eso, no se conoce cuál es el límite de la legítima defensa, quedando dicha frontera como una fórmula vacía.

También se ha intentado limitar la legítima defensa apelando al abuso de derecho. Ello tendría fundamento en el art. 1071 del Cód. Civil. Se daría el caso cuando, la defensa, sólo se pudiera justificar desde un aspecto formal, y por ende sería ilegal, ya que estaría fuera de los fines del legislador.

La cuestión consiste en analizar si el abuso del derecho es de aplicación al derecho penal, atento a la vigencia del principio *nullum crimen*. Pero, además, para que un principio como el del abuso del derecho cambie los límites de una causa de justificación, es necesario que tal principio llene la valoración necesaria que tal justificación tiene, lo que en el caso no se da. Es decir, no se puede saber cuál es el principio de valoración que tenga que ver con la legítima defensa en particular, sino sólo son referencias a casos particulares, que sin duda se resuelven sobre la base de los principios generales²⁶².

Por tanto queda vigente el principio por el cual la defensa necesaria se determina en base a las circunstancias del caso particular bajo las cuales se desarrolla la agresión: la fuerza y la peligrosidad del agresor, los medios de ataque utilizados y las posibilidades de defensa del afectado²⁶³.

²⁶² Bitzilekis, *Neue Tendenz*, p. 102 y 103.

²⁶³ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26, II.

Por último se ha planteado el problema de si es posible defender la propiedad quitando la vida al agresor²⁶⁴.

Sin embargo, de acuerdo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la cual se prohíbe la pena de muerte, existe un fundamento para decir que, si bien en la legítima defensa no existe ponderación de bienes o intereses jurídicos, en los casos en que exista total desproporción entre los bienes jurídicos en juego (esto es, vida del agresor), frente a bienes materiales de mínimo valor, quien se defiende no podrá matar al agresor. De todas formas, si bien la conducta sería antijurídica, la solución se encuentra en el exceso.

En síntesis, se puede afirmar que la necesidad de la defensa se determina, entre otras cosas, por los medios que la persona tenía a su alcance, lo gravoso que ellos eran, y la posibilidad que se tuvo de utilizarlos. El principio es que el que se defiende debe escoger el medio *que produzca menos daños*, en tanto y en cuanto le sea posible. Si no hay alternativa, el medio elegido será el necesario, que es lo que exige el art. 34, inc. 6º, b, del Cód. Penal.

En algunos supuestos, la defensa ofensiva no es posible, como por ejemplo, en los casos de ataque de autores inculpables y de niños, en los cuales ha de preferirse la huida del lugar de los hechos, en tanto sea posible.

²⁶⁴ El problema que se plantea es si se puede quitar la vida de una persona para proteger el derecho de propiedad. Parte de la doctrina opina que nunca se puede justificar tal extremo. Sin embargo, si se toma en cuenta que no hay ponderación de bienes en la legítima defensa, y ésta se define sólo por la agresión ilegítima, está claro que la discusión no tiene asidero.

De todas formas, para Zipf, y de manera general, sólo es posible limitar la legítima defensa en base al abuso del derecho, o como dice Jescheck²⁶⁵, se limita a una desproporción inaceptable entre el bien jurídico agredido y la lesión o el peligro provocado por la defensa. Y ello es así porque es el agredido el que debe apreciar cuando su ejercicio es abusivo.

a) *FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE*. El art. 34, inc. 6º, del Cód. Penal exige que no haya habido provocación del ataque por parte de quien se defiende. Son los casos en los cuales la víctima es la que provoca culpablemente la agresión, con lo cual se excluye la legítima defensa; esto se funda en que el sujeto provoca la legítima defensa. La doctrina distingue si esa provocación es dolosa o culposa. En el caso que sea dolosa se excluye la legítima defensa, en parte porque no existe una voluntad defensiva, en parte porque se daría un caso de *actio libera in causa*. Hay una renuncia a la protección jurídica de sus bienes con lo cual hay una asunción del riesgo, o si se quiere un abuso de su derecho²⁶⁶.

La excepción al caso se dará en el supuesto en que el agresor actúe de manera más peligrosa a la prevista, de modo que el autor retoma el derecho de defensa en cuanto a ese plus no previsto.

b) *LOS CASOS DE MECANISMOS AUTOMÁTICOS*. El problema de los mecanismos automáticos que provocan la muerte de la persona se reduce a que no hay, al colocar dichos mecanismos, una agresión

²⁶⁵ Jescheck, *Lehrbuch*, p. 279.

²⁶⁶ Bitzilekis, *Nene Tendenz*, p. 136 y ss.; Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26, II.

actual que justifique la defensa; es más, no hay voluntad defensiva al no haber agresión actual. Por lo tanto, todo mecanismo que anticipe la agresión, de esa forma, es antijurídico y queda fuera de la legítima defensa.

c) *LÍMITES DE LA DEFENSA EN CUANTO A BIENES DE TERCEROS.* La legítima defensa justifica la lesión o destrucción de bienes jurídicos del agresor, en cuanto actúa antijurídicamente, pero ello no justifica la destrucción de bienes de terceros que no han actuado antijurídicamente.

d) *CASO ESPECIAL DE LEGÍTIMA DEFENSA.* La ley, en el art. 34, inc. 6º, del Cód. Penal, entiende que se darán los requisitos de la legítima defensa si el agresor del hecho lo hace en horas de la noche, esto es, desde la puesta del sol hasta el amanecer, por medio de escalamiento, es decir, con un esfuerzo considerable para entrar a la morada ajena, o fractura de los cercados, paredes o entradas de la casa o del departamento habitado, o sus dependencias, lo que remite a los casos de robo del art. 167, inc. 3º, del Cód. Penal. No hay límites en estos casos en cuanto al daño ocasionado al agresor. Sin embargo, aun en tales supuestos se exige elemento subjetivo de saber que se trate de una agresión y de querer defenderse. Es el caso de la persona que sabe que quien entra en su casa es el amante de su hija, y lo mata en las circunstancias en que la ley lo justifica.

3) *LA LEGÍTIMA DEFENSA DE TERCEROS.* El art. 34, inc. 7º, del Cód. Penal permite la defensa de terceros, siempre que se den los requisitos de la agresión ilegítima, la racionalidad de la defensa, aun en el caso en que haya habido provocación de la persona a quien se defiende, en tanto el tercero no haya participado.

El tercero puede actuar en legítima defensa, claro está que, en este caso, sigue siendo un derecho de la persona y no una obligación, salvo que sea funcionario público o haya creado el peligro²⁶⁷.

Particular importancia tiene en este aspecto el consentimiento del ofendido, ya que si éste consiente la agresión, no hay lugar a la legítima defensa, especialmente porque no hay agresión ilegítima. Sin embargo, debe estudiarse en este caso los problemas referidos a la forma de darse el consentimiento, y al error del tercero en cuanto crea que dicho consentimiento existe, lo que deberá ser resuelto según las reglas generales del error.

Desde otra perspectiva, si el peligro para la víctima por la defensa es mayor que la posibilidad de salvamento, está claro que no se dará la legítima defensa.

4) *ELEMENTO SUBJETIVO DE LA LEGÍTIMA DEFENSA.* Debe haber, como en toda causa de justificación, el elemento subjetivo, que en este caso consiste en que el sujeto sepa que lo agreden y, además, que tenga la intención de defenderse²⁶⁸.

§ 57. *EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.* — Al explicar las causas de justificación en general se sostuvo que, si bien en la base de todas ellas se encontraba la necesidad, no se podían dar fundamentos o principios comunes a todas ellas, sino que cada causa de justificación tenía los propios. En especial, el estado de necesidad tenía dos, que eran la autonomía de la personalidad y la pondera-

²⁶⁷ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26, II.

²⁶⁸ Bacigalupo, *Manual*, p. 127.

ción de bienes. De manera que, en este tema, lo esencial es la salvación del bien más valioso, en menoscabo del que menos valor tiene. Sobre esa base se lo define como un estado de peligro actual para intereses reconocidos, el que sólo puede ser superado mediante la lesión de intereses reconocidos de un tercero²⁶⁹.

Para Cerezo Mir, el estado de necesidad exige una situación de peligro actual para un bien jurídico propio o ajeno. Pero ese mal debe ser grave e inminente, y además imposible de ser evitado por un procedimiento menos perjudicial²⁷⁰. De ahí que lo defina como la situación de peligro de un bien jurídico, propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave, que es inevitable sin producir la lesión o con una lesión de menor gravedad de los bienes jurídicos de otra persona o sin infringir un deber²⁷¹.

Igual que en la legítima defensa, estos requisitos deben existir objetivamente y no sólo en la creencia del sujeto que se decide a actuar, tal como lo sostiene la teoría subjetiva extrema; es que si se acepta tanto un ilícito de resultado como un ilícito de acción, en cambio, se deben dar ambos requisitos.

Para la constatación de los elementos objetivos de la causal de justificación, el sistema que se debe seguir es un juicio *ex ante*, colocándose en la situación del autor, y en el momento del hecho.

²⁶⁹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 26, II.

²⁷⁰ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 13 y siguientes.

²⁷¹ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 15.

El peligro en que se basa el estado de necesidad tanto puede provenir del hombre como de las fuerzas de la naturaleza, del ataque de un animal, del movimiento corporal del hombre en cuanto no sea una acción, y de la acción lícita humana²⁷². Discrepamos con Cerezo Mir en cuanto sostiene que no puede haber legítima defensa en contra de las acciones culposas. Como ya se explicó, en el caso de una agresión ilegítima, por falta del deber objetivo de cuidado, se estará en el campo de la legítima defensa y no del estado de necesidad.

También puede haber salvataje de los bienes jurídicos propios, como ajenos, ya que en este aspecto, ni conceptual ni legalmente hay límites en ese sentido. Esto significa que, contrariamente a lo sostenido frente a la legítima defensa, puede darse el estado de necesidad con el fin de salvar bienes colectivos o del Estado, ya que esto se deduce de la propia naturaleza de la institución.

Lo relevante del estado de necesidad consiste en que la acción de salvataje se realiza para que tenga relevancia en este capítulo, mediante un hecho típico, que es el que se justifica. Es claro que con la acción del autor se lesionan bienes jurídicos de terceros que, al contrario de la legítima defensa, se encuentran amparados por el derecho, y que, en virtud del principio de ponderación, la norma que los protege retrocede frente a la acción del sujeto que actúa con permiso.

a) CLASES. El Código Penal argentino ha tratado el estado de necesidad en el art. 34, inc. 3º, en los términos siguientes: *"El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido ex-*

traño". Entran en este artículo todas las hipótesis en las cuales se lesione un bien jurídico para salvar otro de mayor valor. Quedan fuera de la suposición legal aquellos casos en que los bienes jurídicos sean de igual valor, con lo cual se da pie a que se afirme que existen dos tipos de estados de necesidad. El estado de necesidad cuando hay un conflicto de bienes desiguales, y el estado de necesidad cuando el conflicto es de bienes iguales²⁷³. Sin embargo, tanto en el Código Penal español (art. 8, nº 7), como en el Código Penal argentino (art. 34, inc. 3º), no se habla de bienes jurídicos, sino de males²⁷⁴.

Según Cerezo Mir, la expresión "mal" no es otra cosa que un elemento normativo de la exigente del estado de necesidad. Con lo cual deberá considerarse como mal la lesión a un interés protegido por el derecho, no siendo necesario que lo sea sólo por el derecho penal. El ejemplo que trae Cerezo Mir es demostrativo de lo dicho: no hay estado de necesidad en los casos del drogadicto que necesite droga y, por ello, se decide a robar el estupefaciente. Y ello porque si bien el consumo de droga no es un delito es una actividad ilícita, debido a que sólo se podrá consumir mediante el uso de recetas y con fin terapéutico.

En síntesis, se puede afirmar que si bien sobre el instituto del estado de necesidad se han dado ciertas disputas, ha triunfado la teoría diferenciadora, aun desde el plano legislativo, al colocar dentro de la antijuridicidad a uno de ellos, aunque

²⁷³ Una amplia bibliografía sobre el derecho español, se encuentra en Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 19, nota 31.

²⁷⁴ En igual sentido, Córdoba Roda, Juan, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 128.

no aclarando nada sobre el estado de necesidad inculpable, tal como podría deducirse del § 35 del Cód. Penal alemán. Sin perjuicio de admitir, con Cerezo Mir, que se trata de un conflicto de intereses; por ende, si los intereses son iguales se estará en el campo de la atribuibilidad, y si los intereses no son iguales se estará en el campo de la justificación²⁷⁵.

La distinción entre bienes jurídicos e intereses se justifica, ya que el último término es mucho más amplio que el primero. En este sentido, sostienen Schönke, Schröder y Lenckner que el concepto de interés refleja no sólo la importancia de los bienes jurídicos, sino que debe analizarse si ellos han sido puestos en peligro o directamente lesionados y, en este caso, el grado de gravedad de la lesión y si ella es reparable o irreparable. También debe tenerse presente el desvalor de la acción cuando se intenta hacer la valoración del mal causado, así como se deben tener en cuenta los intereses de la generalidad, en función del orden y la paz general.

Distingue Bacigalupo, además, entre el estado de necesidad por colisión de bienes e intereses —que es lo hasta aquí tratado—, y el estado de necesidad por colisión de deberes, que son los casos de ejercicio de un cargo, cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho, que están regulados en el Código Penal argentino en el art. 34, incs. 4º y 5º²⁷⁶.

b) *FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA*. Tal como está redactado en nuestro Código Penal, no hay

²⁷⁵ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 21.

²⁷⁶ Bacigalupo, *Manual*, p. 130.

duda de que se trata de una causal de justificación, ya que se intenta salvar un interés de mayor valor, produciendo un mal menor. En cambio, si los intereses son iguales no hay duda de que es una causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho, como se intentará demostrar, ya es un caso de no exigibilidad de otra conducta, basada en principios de política criminal²⁷⁷.

En cambio, Gimbernat Ordeig ha sostenido que en ambos casos se trata de una causal de justificación. Parte este autor de la distinción básica entre causas de justificación y causas de inculpabilidad, que radica en que en las primeras el Estado prohíbe conductas de un modo general, debido a que quiere hacerlo; en cambio, en la inculpabilidad, el Estado renuncia a la pena por la falta de poder intimidante, frente a un grupo de personas. Por lo tanto, en el estado de necesidad, como en la legítima defensa, el Estado no quiere prohibir, aunque podría hacerlo, con lo cual, convierte al estado de necesidad, cualquiera que sea la causa, en una causal de justificación²⁷⁸. Si bien la idea es original, ella es consecuencia de la particular posición de Gimbernat Ordeig sobre culpabilidad, en la cual rechaza de plano la noción de libertad en la culpabilidad. Sin embargo, ya nosotros hemos sostenido la idea contraria, por lo que si bien la postura tiene originalidad no la compartimos²⁷⁹.

²⁷⁷ Cerezo Mir sostiene que la doctrina mayoritaria considera que, en caso de bienes iguales, se trataría de una causa de inculpabilidad (*Curso. Parte general*, t. II, p. 24).

²⁷⁸ Ver la obra de Gimbernat Ordeig, Enrique, *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, en "Estudios de derecho penal".

²⁷⁹ Una severa crítica también hace Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 27 y siguientes.

La idea rectora del estado de necesidad es, sin duda, la ponderación de intereses o de bienes, de modo que la justificación está dada por el salvataje del bien o del interés de mayor valor jurídico. Sin embargo, como ya lo sostuvimos al tratar los distintos principios que rigen las causas de justificación, en el estado de necesidad existe un segundo principio, que consiste en la autonomía ética del hombre, esto es, que no se utilice a un hombre como medio, tal como lo ordena el imperativo categórico kantiano. Por eso acierta Cerezo Mir, al sostener que "el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana"²⁸⁰. Con eso se soluciona el problema que planteaba el caso, también citado por Cerezo Mir, del cirujano que le extraía un riñón a una persona, sin el consentimiento de ella, con el fin de trasplantarlo a otro paciente y así salvarle la vida. Visto desde el problema de los males causados, o de los bienes salvados, no hay duda de que la vida de una persona tiene más valor que las lesiones producidas a quien se le extrae el riñón. Pero esto no alcanza a justificar la conducta, ni a convertirla en lícita, sino que requiere, en concordancia, que ella no lesione la dignidad de otra persona²⁸¹.

²⁸⁰ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 32.

²⁸¹ Sobre este argumento se puede empezar a discurrir la posibilidad del aborto en los casos de violación de la mujer, porque no es posible exigirle tener el hijo, fruto de la violación, infringiendo la dignidad de ella, utilizándola como objeto. Esto, sin lugar a dudas, está fuera de la discusión del castigo o no del

Frente al mismo caso, Bacigalupo rechaza la aplicación del estado de necesidad justificante, aduciendo que la comparación de bienes no autoriza que se afecten bienes individuales, habida cuenta que se requiere un medio socialmente adecuado para resolver el conflicto²⁸².

En estos casos, si bien no puede darse el estado de necesidad justificante, la discusión pasa al campo de la atribuibilidad, en donde se podrá discutir si no se da un supuesto de no exigibilidad que elimine la responsabilidad por el hecho.

c) *PROCEDENCIA*. Tal como está legislado en el Código Penal argentino, el estado de necesidad procede con respecto a todos los intereses que merezcan protección jurídica. Desde otra perspectiva, se dice que no hay limitación en cuanto a los bienes jurídicos, y que todos pueden ser protegidos por esta causal de justificación. Sin embargo, tal como se sostuvo anteriormente, rige la limitación por la cual no se pueden salvar bienes jurídicos si se afecta la dignidad del hombre o éste es usado como medio.

En principio, los bienes jurídicos deben estar concretizados, individualizados, ya que si se generalizan las cuestiones aparecen más allegadas a metas políticas y sociales y, por ende, es dificultoso resolver dichas situaciones con las reglas del estado de necesidad. El salvataje de bienes jurídicos generales –como el medio ambiente– sólo es

aborto, sino, sólo se busca la solución del caso de aborto, debido a la violación previa de la mujer. Véase sobre este punto Thomson, J. J., *A defence of abortion*, en "The philosophy of law", p. 113.

²⁸² Bacigalupo, *Manual*, p. 130.

aceptado en momentos de catástrofe, pero no en la normalidad²⁸³.

d) *REQUISITOS*. Son esenciales los siguientes.

1) *ACTUALIDAD DEL PELIGRO*. El requisito básico está dado por la situación de peligro para el bien jurídico, o el interés jurídico que lleva a causar un mal que debe ser menor que el que se intenta evitar. Esta situación de peligro debe ser objetivamente cierta, de modo que no alcanza, tal como se ha venido explicando, que sólo exista en la mente del sujeto que actúa.

Para la doctrina, por peligro debe entenderse un estado por el cual, y de acuerdo a las concretas circunstancias existentes, la producción de un daño aparezca como probable, según los principios generales de la experiencia²⁸⁴.

La determinación del peligro se obtiene mediante un juicio objetivo, de un observador inteligente *ex post*, que se deduce de colocarse en la situación, *ex ante*, de la persona actuante.

De manera que el juicio *ex ante* debe tener una objetividad. La mera suposición de un peligro, por parte del acreedor, no demuestra su existencia, como tampoco lo hace desaparecer, si existe, su erróneo conocimiento.

El peligro debe ser inminente, en el sentido de la actualidad de la legítima defensa. Se admite el peligro permanente. El ejemplo puede ser el caso de una familia de extranjeros que sufre la amenaza constante de ser atacada por xenófobos.

²⁸³ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 27, III, 2.

²⁸⁴ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 27, III, 3.

2) *LA NECESIDAD*. Requisito básico del estado de necesidad es que la acción típica que desarrolla el sujeto sea el único medio para salvaguardar el bien jurídico. De manera que si el sujeto puede, en el caso, salvar el bien jurídico o evitar el mal de otra manera, de acuerdo a las circunstancias no se estará frente a la justificante.

En el ejemplo en el cual A, para salvar a una persona que se ahoga, pudiendo elegir entre el propio bote y otros que se encuentran en la orilla, no podrá invocar el estado de necesidad si utiliza el bote de un tercero. Distinto sería si la elección se basara en que ese bote es más rápido. La solución propuesta es la correcta cuando se da una igualdad de condiciones²⁸⁵.

3) *PONDERACIÓN DE INTERESES*. El estado de necesidad, a diferencia de la legítima defensa, trabaja con la idea del interés preponderante. Tanto se puede trabajar con bienes como con intereses. Esta ponderación de intereses, que lleva a la destrucción de uno para salvar otro, sólo se da en el caso de una situación de necesidad que exceda el riesgo normal.

La valoración de los bienes debe hacerse en cada caso particular teniendo en cuenta algunos parámetros. En el caso de los bienes absolutamente personales no pueden ser medidos de una manera aritmética. El ejemplo que traen Maurach y Zipf²⁸⁶ (ver t. 1, Apéndice), es el de los médicos que, en el tiempo del nazismo, participan de la

²⁸⁵ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 27, III, 3.

²⁸⁶ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 27, III, 3.

muerte de algunos enfermos en la cámara de gas, con el fin de poder salvar a otros. En este caso no hay duda de que no se puede utilizar la fórmula del estado de necesidad justificante, debido a que no hay posibilidad de medir cualitativamente las vidas humanas. Dicho de otra forma, una vida humana es igual a cien o más vidas humanas.

En cuanto a los bienes que no son personales, como la propiedad, debe tenerse en cuenta su valor y número, para que esté autorizada la acción de salvataje.

Para poder medir, en principio, los intereses en conflicto lo justo es recurrir a la parte especial del Código Penal. Allí el legislador ha decidido cuál bien jurídico es más valioso, teniendo en cuenta los tipos penales básicos. Como ejemplo, quizá demasiado burdo, se puede comparar el hurto (un mes a dos años de prisión) con el homicidio (de ocho a veinticinco años de prisión).

De modo que son las conminaciones penales, en unión con las concepciones éticas de un momento dado, también aceptados en la Constitución nacional, las que dan el patrón de medida que sirve para realizar la ponderación de los intereses en conflicto. Con lo cual los bienes estrictamente personales (vida, libertad, honestidad) tienen preponderancia sobre los patrimoniales.

Es necesario tener en cuenta, además, la forma y gravedad de la lesión, su reparabilidad o irreparabilidad.

En el Código Penal argentino se suscita un problema entre los arts. 34, inc. 3º, y 85, inc. 2º. En este artículo se exime de pena al médico diplomado que, con el consentimiento de la mujer encinta, haya realizado el aborto con el fin de evitar un pe-

ligro para la vida o la salud de ella, y siempre que este peligro no haya podido ser evitado por otros medios. El punto de partida para admitir que éste es un estado de necesidad justificante, está dado por la distinta valoración de la vida humana independiente (ocho a veinticinco años de prisión o reclusión) y de la vida humana intrauterina (uno a cuatro años de prisión, art. 85, inc. 2º, Cód. Penal). El aborto, con consentimiento de la madre, se castiga con una pena de uno a cuatro años. Sin embargo, debe entenderse esta norma como una ampliación del estado de necesidad del art. 34, inc. 3º, del Cód. Penal, ya que se extiende tanto a los médicos como al personal que interviene en ella y también a la madre que consiente.

Pero, además, se aplica el art. 34, inc. 3º, Cód. Penal, en los casos en que la intervención la realiza una persona que no sea médico, con el fin de salvar a la madre, siempre, claro está, con el consentimiento de ella. Si ésta niega el consentimiento, al atentar contra la dignidad de la mujer, la conducta no sería justificada.

4) *FALTA DE PROVOCACIÓN SUFICIENTE.* La ley argentina exige de manera expresa que el sujeto que realiza un mal, para evitar otro mayor inminente, debe haber sido extraño a ese mal. De lo que se trata, pues, es que el sujeto no haya provocado la situación de necesidad. Es sobre este punto donde hay que discutir el problema, y no sobre la posterior conducta típica del sujeto²⁸⁷. Córdoba Roda trae el siguiente ejemplo que, con algunas modificaciones, echa luz sobre el punto. Quien

²⁸⁷ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 42; Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 295 y siguientes.

incendia intencionalmente su casa y, para salvarse, debe sacrificar un bien ajeno, se excluirá la justificante si el sujeto tuvo en cuenta la situación de necesidad para el bien jurídico que intenta salvar y no el peligro genérico que provocaba el incendio²⁸⁸. Se excluye, pues, el estado de necesidad, porque la situación de necesidad que crea el conflicto ha sido dolosamente provocada por el sujeto.

La discusión se suscita en cuanto a si la situación de necesidad ha sido causada mediante una conducta negligente. En este punto, el Código Penal argentino se separa del español (art. 8º, nº 7), en cuanto éste habla de “provocación intencional”, y el Código Penal argentino se refiere a ser “extraño”, con lo cual no hay duda de que también se excluye la calificante en el caso de que la necesidad haya sido creada mediante culpa del sujeto que luego realiza la acción típica. Sin embargo, parece acertado sostener que la acción típica posterior sólo se le podrá imputar a título de culpa, ya que esa situación de necesidad ha sido creada por la violación del deber de cuidado, que tiene directa relación con el daño ocasionado con posterioridad²⁸⁹.

e) *ADECUACIÓN*. Aunque la ley argentina nada dice al respecto, deben tenerse en cuenta, para nuestro ordenamiento jurídico, la valoración que se realiza desde el punto de vista ético-social, que lleva a que no podrá ser invocado el estado de necesidad por aquellas personas que se encuentran en ese estado, pero que al mismo tiempo se

²⁸⁸ Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, t. I, p. 259.

²⁸⁹ Mir Puig, citado por Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 43.

hallen obligados a soportar el peligro. La excepción surge del deber ínsito en la actividad que el sujeto desempeña, tanto sea una actividad pública como privada; el ejemplo clásico es el del médico que deja de atender al enfermo, por miedo al contagio. El caso ha cobrado vigencia con el sida. En estos casos, no podrá el médico dejar de operar aduciendo el riesgo de contagio. De modo que si así lo hace, y muere la persona, podrá ser imputado de homicidio, al haber asumido el papel de garantía. Es igual el caso del bombero, el soldado, el marino, etcétera²⁹⁰.

Sin embargo, afirma Cerezo Mir, anotando a Jiménez de Asúa, el principio tiene excepciones, específicamente cuando la desproporción entre los bienes jurídicos es muy grande, y cuando el sacrificio es totalmente inútil²⁹¹.

f) *EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA JUSTIFICACIÓN.* Se ha explicado que en las causas de justificación existen tanto elementos objetivos como subjetivos. El elemento subjetivo surge con bastante claridad del art. 34, inc. 3º, del Cód. Penal, ya que el sujeto debe actuar con el fin o con la intención de evitar un mal mayor. En este actuar, con el fin de evitar un daño a intereses de mayor valor, reside sin duda la base de la justificante, de modo que si el autor del hecho típico desconocía tal circunstancia, la primera consecuencia es que no está amparado por la ley. Igualmente, el elemento subjetivo debe existir en los casos de estado de

²⁹⁰ En igual sentido, Bacigalupo, *Manual*, p. 130.

²⁹¹ Cerezo Mir pone el ejemplo del bombero que no debe entregar su vida para salvar mercancía ordinaria (*Curso. Parte general*, t. II, p. 45); Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. IV, p. 415.

necesidad exculpante, tal como se verá con más detenimiento.

Los problemas comienzan cuando la persona supone que está en situación de necesidad, lo que ha dado en llamarse el “estado de necesidad putativo”. En este supuesto se está ante un caso de error de prohibición, el que debe ser resuelto dentro de la culpabilidad. Con ello se está diciendo que el acto es antijurídico, es decir, estamos ante un error de prohibición que será tratado al estudiar la culpabilidad (ver § 67 y ss.) que, como es obvio, nada tiene que ver con la justificación.

Si el sujeto actuante no sabía del peligro, por ende no ha actuado con tal finalidad, de modo que en el caso no se dará la voluntad de salvación y, por ello, tampoco el requisito subjetivo de la causa de justificación. Sin duda queda el hecho como tentativa del tipo doloso, o el tipo doloso consumado, según sea la posición que se siga.

La doctrina se ha decidido en el sentido de que debe el sujeto haber realizado la valoración de los bienes o intereses en conflicto. Dicho examen sólo se estudiará en el caso en que exista un error²⁹².

g) *EL ESTADO Y EL ESTADO DE NECESIDAD.* El problema de si el Estado puede recurrir al estado de necesidad con el fin de buscar pruebas, si bien está regulado por los códigos procesales, es un tema por demás discutido. En principio, dentro del marco de la Constitución, el Estado sólo podrá intervenir dentro de sus facultades. Los problemas surgen en los casos de excepción, en los cua-

²⁹² Schönke - Schröder - Lenckner, *Stragesetzbuch*, § 34, n° 49.

les podrá hacer uso del art. 34, inc. 3º, del Cód. Penal, respetando siempre los bienes personales y buscando la legitimación por medio de la ley. Piénsese en los casos de secuestro de personas y el cumplimiento, por parte del Estado, de las condiciones que permitan salvar la vida de los rehenes²⁹³.

§ 58. **LA COLISIÓN DE DEBERES.** – La colisión de deberes se da cuando el sujeto, al cumplir obligadamente con uno de los deberes, necesariamente viola otro deber, y con ello la realización de un acto que está conminado con pena. Los ejemplos que se han dado sobre el punto son varios: el abogado que viola el secreto de su mandante si avisa a la policía y con ello logra evitar un crimen; el médico que debe optar entre dos pacientes, de modo que uno de ellos fallece; la obligación de guardar secreto profesional, etcétera.

La diferencia con el estado de necesidad justificante es que, en la colisión de deberes, el sujeto siempre debe actuar. Piénsese en el caso del médico que debe optar por uno de los pacientes, o el padre que sólo puede salvar a uno de sus dos hijos que se ahogan. Además, en la colisión de deberes se lesiona una obligación y, por ende, la acción típica llega por vía de omisión. En los casos en que la colisión es entre un deber de actuar y uno de omitir no hay duda de que la infracción al deber de actuar es menos grave que el de omitir²⁹⁴. De ahí que la doctrina sea más tolerante en estos

²⁹³ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 27, III.

²⁹⁴ Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 143.

casos, sosteniendo que se admite la justificante, aun en los casos de valor equivalente de los bienes en conflicto²⁹⁵. En contra se ha sostenido que se está ante una causa que elimina la culpabilidad²⁹⁶. Sin embargo, un análisis detenido no parece justificar esta postura, ya que el derecho no puede poner en cabeza de una persona el dilema de obrar de tal forma que, haga lo que haga, igual sufrirá una pena²⁹⁷.

Frente al conflicto, debe el sujeto dar primacía al deber de mayor valor. En segundo lugar, y de no ser ello posible, deberá analizar el que exija mayor urgencia. En casos especiales se deberá tratar el tema como un problema de error de prohibición (ver § 24, c, 2).

a) *CASOS TRATADOS POR LA LEY*. Pertenecen a esta especie el cumplimiento de un deber y la obediencia debida.

1) *EL CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EL EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN DERECHO*. Tanto la doctrina española como la argentina han admitido que éstas son causales de justificación²⁹⁸, por lo cual, la persona que actúa en cumplimiento de su derecho, o en virtud de un deber, actúa lícitamente. Ambos deben surgir del ordenamiento jurídico, de modo tal que sólo éstos justifican, no así los deberes morales, que pueden llevar a un problema de inculpabilidad, por falta de motivación del autor.

²⁹⁵ Samson, *StGB*, t. I, § 34; Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 137.

²⁹⁶ Jescheck, *Tratado*, t. I, p. 295.

²⁹⁷ Bacigalupo, *Manual*, p. 130.

²⁹⁸ Cerezo Mir, *Curso*. *Parte general*, t. II, p. 47, con referencias bibliográficas; Bacigalupo, *Manual*, p. 131; Núñez, *Manual*. *Parte general*, p. 52.

En principio, el fundamento de esta causa de justificación estaría dado por el interés preponderante²⁹⁹; aunque ello no se ajusta al supuesto de deberes de igual valor.

En los casos de ejercicio de un deber, sólo será tenido en cuenta como causa de justificación, si colisiona con otro deber, y en esos casos se rige por las reglas del estado de necesidad por colisión de deberes.

En los supuestos de ejercicio de un derecho, la cuestión puede llegar a ser más compleja. Sólo será tratado como causa de justificación, en los casos en que el ejercicio de un derecho se haga a costa del derecho de otro. No pareciera, en estos casos, que se diferencia mucho del estado de necesidad justificante, por lo cual la solución será igual que aquélla. En otros supuestos, ni siquiera será típica la conducta; por ejemplo, el que toma lícitamente la cosa no cometerá el delito de hurto, ya que faltará el elemento típico “ilícitamente”, ni tampoco lo hará el que toma una cosa propia, ya que faltará la ajenidad del art. 162 del Cód. Penal³⁰⁰.

2) *LA OBEDIENCIA DEBIDA. ÁMBITO.* Bien dice Bacigalupo que el cumplimiento de una orden dada de acuerdo a derecho dentro de una relación de servicio excluye la antijuridicidad³⁰¹, con lo cual, para que se esté dentro de las causas de justificación, la orden debe ser legítima. Por eso, si la orden es legítima, según el principio de las causas de justificación no se podrá oponer la legítima defensa en contra de ella. De modo que, en este su-

²⁹⁹ Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. IV, p. 519.

³⁰⁰ En igual sentido, Bacigalupo, *Manual*, p. 131.

³⁰¹ Bacigalupo, *Manual*, p. 134.

puesto, en que la orden es legítima, el tema es casi sencillo de resolver.

El problema se suscita cuando la orden es antijurídica. Frente a ella es posible la legítima defensa; no obstante, se pueden dar distintos supuestos. La orden ilegítima no cambia su naturaleza por el hecho que cambie de destinatario.

a) Si la orden es notoriamente antijurídica, es obvio que el subordinado no debe cumplirla, de modo tal que, en ese caso, ni la orden sería legítima, ni tampoco el cumplimiento.

b) Si la orden es ilegítima y el subordinado cree que ella es legítima, se estará dentro del campo del error de prohibición, en el cual se seguirán las reglas propias, esto es, si es evitable o inevitable; la duda exige la abstención. El tercer supuesto se dará cuando el sujeto, si bien reconozca la ilegitimidad de la orden no pueda dejar de cumplirla, por coacción, con lo cual se estará ante una causa de inexigibilidad y, por ende, de exclusión de responsabilidad por el hecho³⁰².

El ámbito propio de la obediencia debida es el de los lugares donde hay un orden jerárquico, como en la Administración pública, el ejército, la policía, etcétera. Cerezo Mir sostiene que tal obediencia se da también en los ámbitos familiar y laboral³⁰³.

§ 59. EL CONSENTIMIENTO COMO CAUSAL DE JUSTIFICACIÓN. -- El tema del consentimiento es uno de los

³⁰² En similar sentido, Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. VI, p. 764 y ss.; Rivacoba y Rivacoba, *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, p. 138 y siguientes.

³⁰³ Cerezo Mir, *Curso. Parte general*, t. II, p. 71.

que provoca fricciones entre la libertad personal, o autodeterminación, y el esquema social prefijado por el legislador³⁰⁴.

Ya nos hemos definido, en parte, en esta polémica; al optar por la autonomía de la voluntad de la persona, como preponderante en este tema. De ahí que el hombre pueda disponer de sus bienes jurídicos, basándose en su libertad y en su dignidad, que son los cimientos del Estado de derecho.

Sin embargo, el límite de esta libertad, de esta autonomía de la voluntad, reside en las reglas sociales.

Jescheck hace la distinción entre autonomía de la voluntad a nivel de tipicidad, a la que llama *acuerdo* (*Einverständnis*), y la que toma a nivel de antijuridicidad, que llama *consentimiento propiamente dicho* (*Einwilligung*).

En el primer caso, la acción típica se dirige en contra de la voluntad del afectado; el injusto se basa en la contradicción de la voluntad personal. Si la persona, en este caso, admite o acuerda el hecho típico, no hay duda de que no existe acción típica. El rapto y la privación de libertad aparecen como los tipos penales más claros en este aspecto.

En el segundo grupo se encuentran los casos en que el afectado puede disponer del bien jurídico, aunque —y acá está la diferencia— la acción típica no se dirige contra su voluntad, sino que el objeto de la acción previsto en el tipo tiene además un menoscabo, ya que el hecho también tiene un significado para la sociedad. La aceptación

³⁰⁴ Casas Barquero, Enrique, *El consentimiento en el derecho penal*, p. 20.

del afectado es admitida por la víctima, en uso de su libertad, de manera que se está ante una causa de justificación debido a que esa libertad está sujeta a ciertos límites³⁰⁵.

Para Jescheck, el consentimiento es una causa de exclusión de la antijuridicidad. Zipf, en cambio, hace una distinción entre el consentimiento y el consentimiento presunto. En el primero, al haber una renuncia efectiva del bien jurídico, se impide el surgimiento del ilícito de resultado y se excluye el tipo. En cambio, en el consentimiento presunto se estará frente a una causa de justificación.

De todas formas, en una u otra posición, la voluntad del sujeto es relevante, si bien debe hacerse dentro de ciertos límites, ya que el legitimado no debe sufrir más perjuicios que los que él cree, de manera que debe estar informado de lo que le va ocurrir en el caso de renuncia a la protección.

Por eso, el consentimiento debe estar libre de error y coacción y, además, tiene que manifestarse³⁰⁶.

El aforismo romano *volenti non fit iniuria* (“quien consiente sufrir un daño no puede reclamar por él”), que se basa en el *nulla iniuria est quæ in volentem fiat*³⁰⁷, está demostrando que en los casos de *iniuria* (lesión de derechos de la personalidad, incluidos la vida y la integridad física) el consentimiento adquiere virtualidad justificante, ya que todo ciudadano podía disponer libremente de su esfera vital³⁰⁸.

³⁰⁵ Jescheck, *Tratado*, t. I, p. 510 y 511.

³⁰⁶ Jescheck, *Tratado*, t. I, p. 514.

³⁰⁷ Citado por Jescheck, *Lehrbuch*, § 34.

³⁰⁸ Jescheck, *Lehrbuch*, § 34.

El consentimiento aparece como una renuncia a la protección penal, de modo que el asunto pasa por criterios de política jurídica. La valoración subjetiva de los bienes jurídicos por el individuo es reconocida dentro de ciertos límites por el ordenamiento jurídico, porque el uso sin obstáculos de la libertad personal se presenta como un valor social en el Estado de derecho liberal, que debe sopesarse junto con el interés de la comunidad en la conservación de los bienes jurídicos.

Por lo tanto, el consentimiento sólo será eficaz en los casos en que el bien pertenezca al sujeto, que sea dado libremente, y que los bienes jurídicos sean individuales.

El único consentimiento no válido es el de la propia muerte, excepto en los casos de suicidio³⁰⁹.

Tampoco el consentimiento de daño al propio cuerpo es aceptable, pues la lesión en contra de las buenas costumbres está limitada por el interés de la comunidad.

a) *EL CONSENTIMIENTO Y LAS INTERVENCIONES CURATIVAS.* La intervención curativa, en base a la *lex artis*, es atípica, según lo ha dicho la doctrina.

En cambio, la jurisprudencia alemana sostiene que el hecho sólo es una causal de justificación. Parecería que la solución está dada por el dictado de una norma especial que lo aclare.

b) *REQUISITOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONSENTIMIENTO.* El afectado debe tener capacidad natural de entendimiento y discernimiento para poder estimar la significación del abandono del bien jurídico protegido y la trascendencia del hecho.

³⁰⁹ Hirsch, *Fest. für Welzel*, p. 775.

Debe estar libre, además, de los vicios de la voluntad, tales como el error, el engaño y la coacción.

Quien actúa con el consentimiento del afectado debe conocer ese consentimiento y proceder en base a él.

c) *EL CONSENTIMIENTO PRESUNTO. PRESUPUESTOS.* El caso se da cuando el sujeto que podía haber dado el consentimiento eficaz, no lo hace por no estar en condiciones (inconciencia) o por no estar presente en el momento del hecho (el sujeto está de viaje). En ambos casos se debe partir del punto de vista de que el sujeto iba a actuar dando el consentimiento. Sin embargo, hay casos del consentimiento presunto que no entran en el estado de necesidad. Esto ha llevado a discusiones doctrinales, no dándose una solución unánime a los problemas existentes. De ahí que sea necesario distinguir dos situaciones³¹⁰: 1) en un primer caso, se analizan los supuestos en que el sujeto actúa en favor de los bienes jurídicos del afectado; aquí está claro que se está dentro del campo del estado de necesidad justificante (p.ej., A rompe la puerta de la casa del vecino para salvarle su vivienda de un incendio), y 2) este caso consiste en que el autor ya no actúa en favor del afectado sino en su propio interés (p.ej., A utiliza una bicicleta, con autorización de su dueño, para llegar a la estación antes de que parta el tren). Bien advierte Zipf que, en estos casos, no hay actuación en favor del tercero.

De modo que acierta Zipf al sostener que el consentimiento como tal elimina el tipo penal, en

³¹⁰ Roxin, Claus, *Fest. für Welzel*, p. 448; Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 28, II.

cambio, el consentimiento presunto es una causa de justificación con entidad propia³¹¹.

El presupuesto básico consiste en la imposibilidad de obtener el consentimiento expreso.

1) Sólo puede referirse a bienes jurídicos disponibles. En los casos de intervención médica únicamente puede admitirse el consentimiento presunto cuando se pueda inferir del paciente su consentimiento real.

2) Sólo es posible recurrir a esta causal de justificación cuando no exista posibilidad alguna de conseguir la oportuna renuncia al bien jurídico. No es posible recurrir precipitadamente al consentimiento presunto.

Si el paciente no ha sido informado adecuadamente sobre una posible ampliación de la intervención, su consentimiento se presume durante el desarrollo de ésta para evitarle las molestias de efectuar una nueva.

3) Reiteramos que el punto de vista decisivo es la búsqueda de la voluntad presunta del titular del bien jurídico, ya que ella es la esencia de este instituto.

No hay, pues, una valoración objetiva, sino subjetiva, lo que lo diferencia del estado de necesidad suprallegal.

Debe existir, por parte del sujeto que actúa, un examen detenido de la situación para evitar el error.

El problema del tratamiento médico con el consentimiento es la base de la atipicidad o de la

³¹¹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 28, II.

justificación del actuar del médico. El principio es que siempre se debe buscar el asentimiento del paciente. Pero si no lo puede hacer y si el médico razona que después de una explicación el paciente le habría dado la aceptación, nos encontramos ante la figura del consentimiento presunto.

La negativa del paciente en uso de sus facultades mentales es una valla infranqueable para el médico; si, por ejemplo, hay negativa por escrito nada podrá hacer el médico³¹².

§ 60. **EL RIESGO PERMITIDO.** – Bien dice Zipf que el riesgo permitido se relaciona con el problema de la sociedad industrial. Sin embargo, la autonomía como causal de justificación tiene que ver con la autonomía de la figura en cuestión.

Por otra parte, Hirsch y Bockelmann la rechazan como instituto autónomo del derecho penal. Otros la limitan al delito culposo (Schönke - Schröder - Lenckner y Stratenwerth), en tanto otros la aceptan en forma amplia (Jescheck y Baumann - Weber) y otros como Zipf, finalmente, la admiten, pero de manera limitada, al excluir la defensa de intereses justificados.

La teoría de los intereses justificados, según Zipf, es una categoría jurídica que sólo corresponde a los delitos contra el honor (basada en el principio de la ponderación de bienes), que persigue garantizar un adecuado equilibrio entre los derechos constitucionalmente reconocidos de libertad de opinión e información, por una parte, y la protección penal del honor, por la otra.

³¹² Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 28, II.

Hay que diferenciar el riesgo permitido de la adecuación social. Ésta funciona como regulativa del tipo penal, goza de preeminencia frente a cualquier causa de justificación.

Sólo cuando no existe la adecuación social, pero la conducta es socialmente valiosa, deberá acudirse al riesgo permitido, como causal de justificación. Por eso, el tema queda limitado a los casos de salvamento que implican un riesgo.

Al médico rural que intenta salvar a una mujer que atraviesa por un parto muy difícil, y que por falta de conocimientos o de medios no logra hacerlo, le es aplicable esta causa de justificación. La acción fue riesgosa, aunque el fin era socialmente valioso, ya que buscaba salvar el bien jurídico protegido.

Otro ejemplo sería el arrojar a un niño desde la ventana para salvarlo de un incendio.

Cabe agregar que el riesgo permitido se aplica a los casos en que la situación no permite actuar con el cuidado que se debe, pero el riesgo asumido es menor que la completa inactividad. Como dice Jescheck, luego de un detenido examen de conciencia de todas las circunstancias, el sujeto ha obrado del modo que le parecía apropiado en interés del bien jurídico amenazado, considerando la medida adecuada del peligro para todas las demás personas involucradas³¹³.

³¹³ Jescheck, *Lehrbuch*, § 36; en igual sentido, Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36.

CAPÍTULO VI

LA IMPUTACIÓN DE SEGUNDO GRADO

A) TEORÍA GENERAL DE LA ATRIBUIBILIDAD

§ 61. **CONCEPTO.** – Se puede decir, sin duda alguna, que el tema de la culpabilidad aparece como un juicio que está montado sobre las dos estructuras analíticas de la teoría del delito: la *tipicidad* y la *culpabilidad*.

Sin embargo, Achenbach ha distinguido tres conceptos de culpabilidad¹.

a) Un primer concepto debe ser analizado desde la perspectiva de la política criminal; aparece como un principio de rango constitucional que configura todo el derecho penal. A nuestro juicio, esta idea de que no hay pena sin culpabilidad del autor, tiene que ver con un concepto amplio de culpabilidad, no sólo con respecto a lo que se entiende por culpabilidad propiamente dicha, sino también con relación al principio de imputación subjetiva del autor, de manera que nunca se podrá imputar un hecho sólo por una mera relación causal.

¹ Achenbach, Hans, *Historische und dogmatische*, p. 2 y siguientes.

b) Una segunda forma es la que tiene que ver con la culpabilidad, que es la tercera etapa analítica del delito, específicamente con la capacidad de culpabilidad y el error de prohibición.

c) Por último, se debe analizar la culpabilidad como base para medir la pena, esto es, que el monto de la pena no sólo se debe aplicar según criterios de prevención, tal como parece surgir de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, sino que, por principios constitucionales y por los tratados sobre derechos humanos, actualmente de jerarquía constitucional, la culpabilidad debe ser analizada en función de la relación del autor con su hecho, la forma de comprender lo desvalioso del acto y la internalización de las normas.

Este aspecto de la culpabilidad se puede conceptualizar como el reproche que se realiza al autor del hecho típico y antijurídico, debido a su motivación contraria a la norma (contraria al deber). Con lo que se afirma que la esencia de la culpabilidad es la reprochabilidad.

Con respecto a qué es lo que se le reprocha al autor, dijo el Tribunal Superior alemán: "El hombre está constituido para autodeterminarse, ética, libre y responsablemente y, por tanto, es capaz de decidir en favor de la ley y en contra de la acción delictuosa. Se reprocha al autor, el no haberse comportado conforme a derecho, el haberse decidido por el ilícito, no obstante haber podido actuar conforme a derecho, a haber podido decidirse por el derecho"².

Vistas así las cosas, cuando hablamos de culpabilidad nos referimos, sin dudas, al poder del

² BGB 2.200.

autor para actuar conforme a la norma. En cambio, en la antijuridicidad se habla de la violación del deber por parte del autor.

§ 62. **CONCEPTO NORMATIVO DE CULPABILIDAD.** – Ya hemos explicado la evolución histórica del concepto de culpabilidad, y como éste termina siendo normativo (ver § 15 a 24). De todas formas, vale la pena reiterar brevemente aquellas posiciones.

§ 63. **TEORÍA PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD.** – Consideraba como presupuesto a la imputabilidad y como especies de la culpabilidad al dolo y a la culpa, que eran una unidad cerrada, y que buscaban ser una relación psicológica entre el autor y su hecho. De manera que la imputabilidad no podía integrar el concepto de culpabilidad, ya que el estado de salud o el desarrollo mental quedaba fuera de esa relación psicológica.

Como bien dice Núñez, refiriéndose al esquema que sigue Soler, “la teoría de la culpabilidad propiamente dicha queda reducida al estudio de las formas de vinculación que admite la ley entre el autor y el hecho ilícito para que aquél sea responsable jurídicamente de éste. Estas dos formas son las tradicionales: el dolo y la culpa. El dolo y la culpa representan en la concepción psicológica de la culpabilidad dos especies de culpabilidad; no son uno de los elementos de ella, sino las dos maneras en que, según la ley, pueden vincularse psicológicamente el autor a su hecho ilícito, y que agotan la totalidad del contenido psíquico de ellas”³.

³ Núñez, Ricardo, *Bosquejo de la culpabilidad en la con-*

§ 64. **CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD.** La culpabilidad ya no es un hecho psicológico, sino una situación fáctica que ha sido valorizada normativamente. El hecho psicológico es analizado por el juzgador, y éste decide si debe hacerse o no el reproche. En el primer caso, si el hecho es reprochable, pasará al terreno de la culpabilidad.

La primera observación de Frank, al notar que hay hechos que son dolosos, pero no necesariamente culpables, da un vuelco determinante al problema. Frank advirtió que la culpabilidad es un juicio de valor sobre una situación psíquica, que se apoya en un orden normativo, por lo cual culpabilidad es reprochabilidad⁴. En consecuencia, es correcto el razonamiento de Mezger, cuando afirma que el juicio de culpabilidad es un juicio de referencia a una determinada situación de hecho, lo que lleva a que la culpabilidad sea definida con la palabra reprochabilidad, que pasa así a ser el concepto fundamental de la teoría de la culpabilidad⁵.

Con posterioridad, Goldschmidt advirtió que la culpabilidad se basaba en una valoración de las características de la voluntad; y, finalmente, Freudenthal afirmó la inexigibilidad de otra conducta como causa general de exclusión de la culpabilidad (ver § 16 y 17).

Sin embargo, este sistema complejo de culpabilidad, dolo y culpa, por un lado, y un elemento normativo, por otro, que era la contrariedad a la

cepción normativa de la culpabilidad de James Goldschmidt, p. 24.

⁴ Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, p. 11.

⁵ Mezger, *Tratado*, § 33, II.

norma, más la no exigibilidad de otra conducta, exigía que el dolo contuviera la conciencia de la antijuridicidad. La crítica a esta mezcla de elementos, tanto normativos como psicológicos, ha sido resuelta colocando los elementos psicológicos en la tipicidad; por lo tanto, el dolo ha quedado sin el elemento normativo, con lo cual se puede estructurar un concepto normativo de culpabilidad.

§ 65. *CONCEPCIÓN ACTUAL DE LA CULPABILIDAD.* — Aceptado que el dolo y la culpa pertenecen al tipo, la culpabilidad aparece como normativa. En este esquema, no hay duda, tal como lo sostiene Jescheck, que el concepto de culpabilidad requiere dos ideas previas. Dice este autor: "El principio de culpabilidad no presupone sólo que el hombre pueda decidir con libertad, sino también correctamente. Junto a la libertad de querer debe hallarse la capacidad para los valores. Es más, esta última es la auténticamente primordial, ya que sin ella las decisiones humanas no podrían venir determinadas por normas de deber"⁶. Ambos extremos exigen admitir, como requisito básico, que el hombre tiene capacidad de distinguir qué es lo bueno y qué es lo malo. Básicamente, de esta concepción existe una idea no determinista del actuar del hombre, como requisito lógico de la culpabilidad.

La responsabilidad se puede valorar comparando la conducta criminal con la conducta normal; sin embargo, ello no es empíricamente posible, como bien lo ha sostenido Lackner⁷. Un grupo

⁶ Jescheck, *Tratado*, t. I, p. 567.

⁷ Lackner, Karl, *Insanity and prevention: on linking culpability and prevention in the concept of insanity*, en Eser, Al-

de estudiosos habla en este punto de la responsabilidad social del autor, esto es, que "la atribución de responsabilidad no significaría un reproche moral individual hacia una ofensa, sino más bien una evaluación social negativa de un acto cometido dentro de la vida social de un sistema. El reproche, por ende, es social"⁸.

No obstante, algunos autores sostienen lo mismo que el Tribunal Federal Alemán, esto es, que el autor podía actuar de manera distinta a como lo hizo.

El sujeto afirmó su voluntad y actuó contra la ley, cuando podría haber actuado conforme a ella (Rudolphi); el autor no estaba suficientemente motivado por intereses legalmente protegidos y, por ende, tampoco por los valores impuestos por el orden jurídico (Nowaskoski); y el autor debe hacerse responsable por su accionar, porque su conducta (Schimdhäuser) o su actitud (Jescheck) amenazó el orden legal⁹.

Sin embargo, visto así el concepto de culpabilidad aparece como estrecho, porque se han confundido elementos vinculados con el reproche individual, con elementos que hacen a una imputación

bin - Fletcher, Max, "Rechtfertigung und Entschuldigung", t. II, p. 895.

⁸ Lackner, *Insanity and prevention: on linking culpability and prevention in the concept of insanity*, en Eser, Albin - Fletcher, George, "Rechtfertigung und Entschuldigung", t. II, p. 926; Bockelmann, Paul, *Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit*, en "ZStW", 75-372.

⁹ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 19; Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 30; Nowaskoski, Friedrich, *Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz*, en "ZStW", 65-380; Schmidhäuser, Eberhard, *Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, § 61; Jescheck, *Lehrbuch*, § 38.

del hecho al autor, no teniendo en cuenta la capacidad individual (reproche al autor en su motivación), sino —y tal como se ha hecho observar desde la teoría de la prevención general positiva— una especie de capacidad media, que apunta más a como se habría comportado cualquier otra persona en el lugar del autor, que la concreta actitud de éste.

De ahí que debamos hacer la siguiente distinción, a los efectos de poder atribuir el hecho al autor.

a) La llamada responsabilidad por el hecho, que es una lesión a la conducta media exigida en una sociedad.

b) La culpabilidad *stricto sensu*, esto es, el reproche basado en las capacidades individuales del autor.

De ahora en adelante hemos de seguir este camino, para explicitar el fenómeno de la culpabilidad, y a la vez responder a las críticas que, con cierto fundamento, se han hecho desde la teoría de la prevención general positiva.

§ 66. LA ATRIBUIBILIDAD COMO CATEGORÍA DE LA TEORÍA DEL DELITO Y LA IMPUTACIÓN DE SEGUNDO GRADO. — Ya se ha analizado con amplitud cómo se llega al problema de la creación de esta tercera categoría jurídica (ver § 24, b), por lo que sólo basta remitirse a las explicaciones allí vertidas.

Se trata de buscar una forma en la cual se pueda justificar la imputación personal del hecho, no sólo en cuanto merecedor de una pena, sino además en cuanto a la medida de seguridad y corrección que, obviamente, no tienen que ver con la culpabilidad propiamente dicha. Con lo cual en esta etapa de la teoría del delito se ha de analizar el funda-

mento general de la responsabilidad, aunque no necesariamente basado en el “poder personal de actuar de otro modo”, tal como será necesario verlo en la culpabilidad *strictu sensu*¹⁰.

Con esto llegamos a la conclusión de que la atribución tiene etapas, y que se debe comenzar con aquellas que están basadas en ciertos aspectos de la política criminal, es decir; si la conducta del sujeto se ha mantenido dentro del “piso” de exigencias mínimas, debajo del cual al Estado democrático-liberal no le interesa imponer sanción de ningún tipo, o al menos las disminuye considerablemente. Esto exige la categoría de la responsabilidad por el hecho, en donde se deberán estudiar las cuestiones en las cuales, si bien el autor pudo actuar de otra forma, al derecho no le interesa tal poder, debido a las circunstancias en que se encontraba, de modo que se deberán considerar situaciones que tienen como base la valoraciones del autor como miembro de una sociedad, en un momento dado. Y este escalón de la teoría del delito tiene que ver con los fines de la política criminal que se haya propuesto un Estado.

Luego, deberá analizarse la culpabilidad, tal como tradicionalmente se la ha visto, esto es, desde el punto de vista estrictamente individual, y ver si el sujeto tenía el poder individual para comportarse de acuerdo a la norma.

Esta nueva categoría se justifica ampliamente, ya que diferencia situaciones que lógicamente son diferenciables, y, por otra parte, puede dar razón de instituciones que regula el Código Penal, y que

¹⁰ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 31, I.

hasta el momento eran discutibles, en casos como el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable y el exceso en una causa de justificación¹¹.

Con esta categoría se soluciona un problema importante porque en algunos casos no será necesario aplicar una medida de seguridad, en caso de inimputabilidad, si se descarta su responsabilidad por algunas de aquellas causas, y no es necesario analizar la culpabilidad como tal. Con lo cual se pone en igualdad de condiciones al inimputable y al imputable.

Si del análisis surge que al autor no le es atribuible el hecho no se le aplicará ni pena, ni medida de seguridad, las que sí pueden aplicarse a los partícipes, si han actuado por debajo de esta categoría¹².

En esta etapa del delito se trata, entonces, de fundamentar la imputación de segundo grado, tal como fue advertida por Hruschka¹³.

§ 67. **RESPONSABILIDAD POR EL HECHO.** – Como se ha hecho notar, la pregunta que debe hacerse en este punto es la siguiente: ¿es posible responsabilizar por un hecho típico y antijurídico a una persona, en cuanto miembro de la comunidad jurídica?

Estamos en presencia de lo que se ha llamado la motivación normal, esto es, el problema del contexto de situaciones externas en que se mueve la persona que es imputada de un delito. Estas situaciones deben estar dentro de lo que el dere-

¹¹ Bacigalupo, *Manual*, p. 138.

¹² Bacigalupo, *Manual*, p. 142.

¹³ Hruschka, Joachim, *Imputation*, en Eser, Albin - Fletcher, George, "Rechtfertigung und Entschuldigung", p. 121.

cho admite como exigible, es decir, situaciones que saquen a la persona de la motivación normal y que hacen posible la exigencia del cumplimiento de la norma. Se trata de analizar si la persona, puesta en el lugar de los hechos, actuaría peor o igual que sus semejantes, tomando como punto de partida la exigencia media que puede existir en la sociedad.

Igual que en la relación tipicidad-antijuridicidad, también en este punto, probado el hecho típico-antijurídico, la discusión va a transitar el camino de las causas que eliminen la responsabilidad por el hecho¹⁴.

Si bien la responsabilidad por el hecho, por sí sola no lleva a la imposición de pena, ella es la base común para la aplicación de penas o de medidas de seguridad; y si el autor, además, es culpable, deberá ser castigado. En cambio, si el autor es inculpable, pero de acuerdo al art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal, es peligroso para sí o para terceros, se impondrá la medida de seguridad.

De acuerdo con este esquema, la participación sólo tendrá cabida cuando el hecho sea típico, antijurídico, y además se haya confirmado la responsabilidad por él.

a) *TEORÍA DE LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA, COMO BASE DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO.* El art. 34, inc. 3º, del Cód. Penal estableció el estado de necesidad justificante, que resolvía la cuestión dentro de las llamadas *causas de justificación*. Éstas se daban cuando, frente a dos

¹⁴ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 32, II.

intereses jurídicos, el autor optaba por causar un mal a uno de ellos con el fin de salvar el de mayor valor. Esta situación de necesidad no contemplaba, sin embargo, las distintas situaciones que se podían dar, especialmente cuando los bienes eran de igual valor o cuando el sujeto cometía un hecho típico sometido a presiones fuera de lo normal.

1) *PLANTEO DEL PROBLEMA.* En las situaciones antes mencionadas, en las cuales no se daban las causales de justificación y ni existía la posibilidad de otra conducta, de manera que la culpabilidad del autor seguía vigente, era notorio que lo que se daba era una causal de no exigibilidad, y con ello la exclusión de la responsabilidad por el hecho.

Desde esta perspectiva se está ante la ya conocida teoría de la no exigibilidad de otra conducta (*Unzumutbarkeit*), en la cual, frente a un hecho que es antijurídico —es decir, en el cual la norma jurídica no pierde su vigencia, como ocurre en las causas de justificación—, la conducta de acuerdo con la norma no será exigida, atento a las circunstancias en que se desarrolla.

2) *LA NO EXIGIBILIDAD COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD.* La doctrina inicial de la no exigibilidad, que había sostenido las causas supralegales de exclusión de la culpabilidad —originariamente debida a Freudenthal—, y que buscaba, al igual que en la antijuridicidad, causas que no estuvieran sólo en la ley, no tuvo en la dogmática moderna demasiada suerte.

La teoría de Freudenthal, que defendía la posición de que podrían existir casos de no exigibilidad, más allá de los enumerados por la ley, fue tan pasajera como su fama. “Iluminó el horizonte cual meteoro, para volver a desaparecer en la oscuri-

dad después de un corto tiempo”¹⁵. Y esto se debió a que se hacía basar la teoría de la no exigibilidad en los criterios individuales del autor, con lo cual, todo el sistema penal hubiera terminado por capitular frente a las debilidades del autor del hecho ante situaciones que debía soportar como miembro de la comunidad social. De ahí que se buscó una medida que no estuviera en relación a la persona individual, sino a las personas en general, de forma tal que el caso se debía analizar teniendo en cuenta cómo hubiera actuado el promedio de las personas.

Como se sabe, Maurach la criticó en una de sus obras¹⁶, crítica a la que se sumó Henkel, quien expresó que la no exigibilidad era un principio regulador de todas las categorías del delito. A partir de allí, la doctrina alemana parece haber aceptado que el problema se circunscribe a las causas expresamente incluidas en el ordenamiento legal, no pudiendo acudirse a las llamadas causas supraliberales de exclusión de la culpabilidad¹⁷.

En la Argentina fue Frías Caballero quien recurrió a la teoría de la no exigibilidad para poder explicar las causas de inculpabilidad. Al criticar las teorías psicologistas todavía preponderantes en nuestro país, el autor citado sostenía que no había otra forma de explicar el famoso caso del cochero (que era obligado a trabajar a pesar de que él sabía que su caballo se iba a desbocar), que recurriendo a la teoría de la no exigibilidad. Y adu-

¹⁵ Citado por Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 33, II, n° 13.

¹⁶ La obra de Maurach a la que nos referimos es *Kritik der Notstandlehre*.

¹⁷ Henkel, Heinrich, *Fest. für Mezger*, p. 249.

cía esa razón porque Núñez había explicado el art. 34, inc. 2º, del Cód. Penal, como la coacción moral que llevaba al sujeto a cometer un hecho delictuoso, lo que equivalía a descartar la culpa¹⁸.

No obstante, Frías Caballero sostuvo que las causas de exclusión de la culpabilidad no podían encontrarse en un catálogo cerrado, rígido e inflexible; decía que "las causas legalmente formuladas son, por esencia, simples ejemplificaciones particulares del principio de la no exigibilidad de otra conducta conforme al derecho. Al margen de ellas, es decir, más allá de la ley, pero no más allá del derecho (metajurídicas) existe la causa supralegal de no exigibilidad¹⁹; ésta remite a la capacidad individual del autor, tal como insistentemente argumenta Frías Caballero²⁰.

La doctrina ha sostenido que, en el campo de la culpabilidad, debe entenderse que sólo desde el derecho penal pueden darse las causales que la excluyen, situación a la que no escapa la responsabilidad por el hecho²¹.

Sin embargo, tal conclusión no es exacta en el tema de la responsabilidad por el hecho, ya que la cláusula de no exigibilidad no se dará por situaciones particulares del individuo, sino por situacio-

¹⁸ Frías Caballero, *Notas sobre la teoría normativa de la culpabilidad*, en "Temas de derecho penal", p. 108.

¹⁹ Frías Caballero, *Notas sobre la teoría normativa de la culpabilidad*, en "Temas de derecho penal", p. 95.

²⁰ En igual sentido se pronunció Jiménez de Asúa, siguiendo a Mezger y a Ramos Mejía, aunque apoyándose en las enseñanzas de Cossio (*La no exigibilidad de otra conducta*, LL, 22-283).

²¹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 33, III, B.

nes frente a las cuales se debe analizar su flaqueza, por situaciones en las que el sujeto se enfrenta a circunstancias ante las cuales cualquier ser humano habría actuado de igual forma. Piénsese en los casos de los médicos del hospital neuropsiquiátrico, en la época del nazismo, que logran salvar una cantidad apreciable de personas a costa de la vida de otras, o el del empleado ferroviario que salva a una muchedumbre, aunque eso causa la muerte de dos obreros que trabajaban en otro andén²².

Son casos en los cuales, como bien lo ha hecho notar Rudolphi, se trata de situaciones en las que la disculpa aparece por causas de inculpabilidad supraleales, más aún en el derecho argentino, donde el art. 34, inc. 2º, del Cód. Penal ofrece, como se sabe, un margen estrecho para su interpretación.

Estos casos de no exigibilidad son supuestos de colisión de deberes o de intereses de igual jerarquía²³. Tanto en el ejemplo del obrero ferroviario, como en el de los médicos del neuropsiquiátrico, la salvación de un grupo de personas se hace a costa de otras. Por ello se debe admitir que no hay causal de justificación, ya que el valor de una sola vida es objetivamente igual al de cien, que es el caso de los ejemplos antes citados²⁴.

²² Welzel, "ZStW", 63-51.

²³ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, antes del § 19; Bacigalupo, *Manual*, p. 142.

²⁴ Se puede agregar el caso de la tabla de Carneadas (214-129, a.C.). El filósofo griego pone el siguiente ejemplo en el segundo discurso sobre la justicia: "Justicia significa no matar a otro hombre, no afectar de ninguna manera a un tercero. ¿Qué hará entonces el justo, cuando en un naufragio, otro que es más

Desde otra perspectiva, se ha observado que, en estos supuestos, la culpabilidad del autor está disminuida, habida cuenta que intenta salvar vidas humanas y que la capacidad de motivación libre está limitada. De manera que, en estos casos, ni siquiera se exige que el autor haya elegido la posibilidad de salvar más vidas, por la situación de conflicto²⁵.

Intentaremos sistematizar, de alguna manera, las normas que guían los supuestos antes mencionados.

1) En todos estos casos se requiere no sólo la situación de peligro o conflicto, sino, además, que el sujeto actúe con la voluntad de salvación propia o de socorro de bienes jurídicos.

2) En el supuesto conflicto entre una causa de justificación y una de inculpabilidad, debe preferirse la causal de justificación, ya que ella elimina el injusto.

3) Los casos de colisión de deberes no siempre son casos de necesidad, pero la obligación del sujeto es salvar siempre los bienes de mayor valor. En los casos en que deba elegir entre bienes jurí-

débil se ha apoderado de una tabla salvadora? ¿No se la quitará para aferrarse a ella y salvarse a sí mismo, especialmente si se encuentra en medio del mar y no hay testigo alguno? Si es sensato lo hará, pues de lo contrario morirá. Pero si prefiere morir antes que realizar un acto contra su prójimo, será justo pero también necio, pues no protege su propia vida sino la de un vecino" (citado por Engisch, *El ámbito de lo jurídico*, p. 82); "Por tanto, el acto de salvar la propia vida por medio de la violencia no ha de juzgarse como irreprochable (inculpable) sino sólo como no punible (impunible). El apotegma del derecho de necesidad reza así: la necesidad carece de ley" (Kant, *La metafísica de las costumbres*, p. 46).

²⁵ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, antes del § 19.

dicos tan altamente valiosos como las vidas humanas, la salvación de una de ellas excluye la responsabilidad por el hecho. Y en este supuesto, como se dijo, la elección queda a cargo del sujeto.

Como la acción del sujeto, en todos los casos enumerados, es antijurídica, cabe la legítima defensa en contra de ellas²⁶.

La participación criminal tampoco ofrece dificultad, ya que si ambos personajes se encuentran en igual situación, también serán alcanzados por la exclusión de la responsabilidad por el hecho.

Maurach y Zipf dan algunos casos que se pueden presentar en estos supuestos. El primero se produce cuando el autor se halla en estado de necesidad, pero no el partícipe. En estos casos, la participación no es posible al faltar en el autor principal la responsabilidad por el hecho. En cambio, en la situación inversa, esto es, cuando el partícipe ejerce coacción sobre el autor en estado de necesidad, se daría un supuesto de autoría mediata, ya que el "autor de atrás" domina el hecho. Por último en el caso que sea el partícipe y no el autor, quien se encuentre en estado de necesidad, actuando éste para salvar a aquél, también se dará un caso de no exigibilidad. En el supuesto de la persona que ve cómo dos hombres luchan por una balsa, de modo que uno de los dos morirá (o los dos, en caso que ninguno triunfe), e interviene para salvar a uno de ellos, se dará un caso de exclusión por responsabilidad por el hecho²⁷.

²⁶ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 33, III.

²⁷ Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 17, 41; Schönke - Schröder - Lenckner, *Strafgesetzbuch*, § 35, 46.

En síntesis, son todos casos en que, según las circunstancias, no es posible el castigo. Son casos de coacción, en el sentido más amplio de la palabra, en los que es posible, sin duda, otra conducta, pero sin que le interese al Estado esa no fidelidad a la norma. En este aspecto, la causal de exclusión de la culpabilidad aparece en el llamado estado de necesidad exculpante. El clásico ejemplo de la tabla de salvación, o todos aquellos casos en los cuales el sujeto debe eliminar la vida de otro, para salvar la propia, en los cuales no hay posibilidad de valorar los bienes jurídicos, entran en este punto. Desde esta perspectiva, las causales más sobresalientes son: el estado de necesidad; la obediencia debida, en algunos supuestos, y el exceso en la legítima defensa, aunque en este caso, y de acuerdo al art. 35 del Cód. Penal, la eximente no es completa.

Debe admitirse que la persona se encuentra en una situación en que la presión a la que está sujeta, frente a bienes jurídicos de valoración incommensurable, es para el autor una coacción que lo lleva a actuar para salvar bienes propios o de allegados, y que sin duda le excluyen su responsabilidad.

El problema aparece cuando el sujeto en la situación de coacción tiene que decidir sobre bienes jurídicos de terceros, y no sobre los propios; es el caso, ya descrito, de los médicos o el del tren, que cita Welzel, con las soluciones a las que se ha llegado.

Los casos de error en la necesidad propiamente dicha siguen las reglas generales, especialmente como error de prohibición.

b) *ESTADO DE NECESIDAD QUE ELIMINA LA RESPONSABILIDAD POR EL HECHO.* La única diferencia entre este

instituto y el estado de necesidad justificante consiste en que en éste el bien jurídico que se salva es de mayor valor que el que se destruye o lesiona, así lo regula el art. 34, inc. 3º, del Cód. Penal²⁸.

El estado de necesidad que elimina la responsabilidad por el hecho surge cuando el autor realiza una acción típica y antijurídica para apartar de sí, o de una persona cercana a él, un peligro que amenace la vida, la integridad corporal y la libertad, entendida ésta en una acepción amplia, que incluye la sexual.

En principio, se puede afirmar que el autor puede reaccionar frente al peligro, si no le es exigible soportarlo, y si él no lo ha producido. Sin embargo, como bien lo sostiene Zipf, la regla no es ni taxativa, ni obligatoria. Tampoco tiene relevancia, en este sentido, el origen del peligro, ya que puede ser tanto natural como humano.

Lo que sí es importante es que el peligro sea actual, de modo que exista una alta probabilidad de que el bien jurídico sea afectado, de acuerdo a la experiencia normal de las personas.

Según los principios generales, también en este supuesto se debe dar el elemento subjetivo, esto es, la voluntad de salvar el bien jurídico afectado o a sí mismo.

c) *EL MIEDO INSUPERABLE Y LA COACCIÓN.* No hay duda de que la coacción o la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, que prevé el art. 34, inc. 2º, del Cód. Penal, es una especie del estado de necesidad y, por ende, se le aplican sus reglas. Cuando una persona es amenazada de sufrir un mal grave

²⁸ Bacigalupo, *Manual*, p. 143.

e inminente, debe optar entre la acción típica que es obligada a realizar o sufrir el daño.

La norma no está exenta de dificultades, porque si se la interpreta de manera eminentemente subjetiva, se estará frente a un caso de error, cuando la amenaza solo exista en la mente del autor, por lo cual la norma parece superflua. Si, en cambio, se exige que la amenaza exista se estará frente a un caso de estado de necesidad, de modo que hubiera bastado dar una norma referente a ese supuesto. De todas formas, la doctrina argentina encuentra bases para sostener que se está frente a la regulación del estado de necesidad que excluye la atribuibilidad, o la culpabilidad, según la concepción que se siga²⁹.

d) *OBEDIENCIA DEBIDA*. Los casos de obediencia debida han sido tratados en su momento, al analizar las causas de justificación. De todas formas vale el principio por el cual, en un Estado de derecho, el subordinado no está obligado a ejecutar una orden ilegal. Entra en el supuesto de no exigibilidad de otra conducta, en los casos de coacción, esto es, si la orden del superior es "haz tal cosa o mueres". De lo contrario ambos, quien da la orden y quien la recibe, actúan antijurídica y culpablemente.

La otra posibilidad es la del error del subordinado, que puede basarse en estas hipótesis: que crea que la orden es legal, y que crea que toda orden debe ser cumplida, aunque sea antijurídica.

§ 68. *EXCESO EN LA LEGÍTIMA DEFENSA*. — Veremos ahora distintas concepciones del exceso.

²⁹ Bacigalupo, *Manual*, p. 145; Zaffaroni, Eugenio R., *Manual de derecho penal*, p. 485.

a) *EL EXCESO CONSIDERADO COMO CULPOSO*. Nuestra doctrina ha seguido, en general, un sistema apegado en extremo a las palabras de la ley, sin intentar hacer una dogmática que sea aplicable a ella³⁰. De ahí que la discusión sobre el exceso llevó a considerar si éste era doloso o culposo.

Vale, pues, hacer una recensión de la doctrina nacional, que ya habíamos iniciado en otra oportunidad³¹.

Así, Herrera, quien había introducido la norma, se inclinaba por considerar al exceso como culposo, aunque esta afirmación tenía sus matices, ya que se refería a la "pena análoga a la del delito culposo, con el cual tiene semejanza"³². Es decir que el autor de la institución no habla simplemente de que sea culposo, sino de pena análoga, de semejanza. Es que posiblemente pesaba sobre él la polémica que ya venía desde Italia, entre Impallomeni y Carrara.

Moreno se remitía directamente a la opinión de Herrera, sin opinar sobre el fondo del asunto³³.

González Roura, al hablar de las circunstancias atenuantes del delito, afirmaba: "Otras atenuantes de las de este grupo se relacionan con las causas jurídicas de la responsabilidad. Hállanse

³⁰ No hay duda que después de Soler, que fue quien comenzó a realizar una dogmática no tan apegada a la ley, fueron Bacigalupo y Zaffaroni los autores que abrieron camino a la dogmática penal argentina. Sin perjuicio de considerar, desde otra posición, a Creus.

³¹ Donna, Edgardo A., *El exceso en las causas de justificación*, p. 88 y siguientes.

³² Herrera, Julio, *La reforma penal*, p. 483.

³³ Moreno, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, p. 310.

estas formas principalmente por el exceso en la defensa de los derechos, el cumplimiento del deber, la autoridad o el cargo, así como en los casos de necesidad (art. 34, incs. 4º a 7º, y, en cierto modo, los incs. 2º y 3º, Cód. Penal). No se trata del exceso intencional, como es el abuso de autoridad, sino el exceso culposo, por error de cálculo o de apreciación de la necesaria y justa proporción entre el medio y fin legítimo que el sujeto se propone alcanzar, debido a su estado de espíritu, a su temperamento imprevisible o nervioso, etcétera. El exceso en tales casos tiene en el Código (art. 35) una atenuación calificada a título de culpa. La imposibilidad del delito, por fin (art. 44), puede considerarse incluida en este grupo”³⁴.

La institución del art. 35, según Gómez, tiene su origen en las teorías de Carrara: “No es posible apartarse de las enseñanzas de Carrara en lo que al exceso en la defensa legítima se refiere. Es necesario no olvidar entonces, que, como aquel autor dice, no se trata de exceso de defensa, propiamente dicho, sino de exceso de legítima defensa. El primero es siempre doloso. El segundo es culposo. Éste pone de manifiesto un error de cálculo en cuanto a la gravedad y a la inevitabilidad del peligro. Es indispensable, sin embargo, que concurren todos los elementos de la defensa legítima”³⁵.

Por su parte, Peco sostenía: “El art. 35 abraza todo exceso, no sólo la defensa, sino también el de la obediencia debida y el estado de necesidad.

³⁴ González Roura, Octavio, *Derecho penal. Parte general*, t. II, p. 92.

³⁵ Gómez, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 565 y 566.

Hay que situarla, pues, como epílogo de las causas de justificación, en cuanto el exceso se vincula con ellas”³⁶.

El tema sistemáticamente es encarado por Soler, situándolo y dándole, dentro de la escuela técnico-jurídica, una explicación coherente. Dice que la fórmula empleada por el Código está señalando una condición esencial, pues “para que exista exceso es necesaria la preexistencia de una situación objetiva de justificación”³⁷, de modo que “el exceso se refiere a los límites de la acción, no a su inicial licitud”³⁸. Y encontramos en este autor una definición, afirma que “llámase exceso a la intensificación innecesaria de la acción judicialmente justificada”, o “cuando el sujeto en las condiciones en que concretamente se halló, pudo emplear un medio menos ofensivo e igualmente eficaz”³⁹.

Al estudiar el carácter del exceso, Soler dice: “El principio en que se funda la disminución de pena para el caso del exceso, reduciéndose la escala penal a la que corresponde al hecho cometido por culpa e imprudencia, suele encontrarse en especial para las situaciones de legítima defensa y estado de necesidad, en el temor que suscita en el necesitado la situación misma de peligro, en el cual no es justo ni humano exigir un discernimiento preciso de los medios de salvación. El temor, la sorpresa, la agitación del ánimo pueden determinar un error de cálculo, error que quita al

³⁶ Peco, José, *Proyecto de Código Penal. Exposición de motivos*, p. 123.

³⁷ Soler, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 385.

³⁸ Soler, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 387.

³⁹ Soler, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 387.

hecho excesivo el carácter de doloso, para hacerlo imputable sólo a título de culpa”⁴⁰. Entiéndase que esta doctrina no hace una mera equiparación de la escala penal correspondiente al exceso con la que corresponde a la figura culposa, sino que afirma que el elemento subjetivo del exceso es *culposos y no doloso*. Y agrega: “La remisión del art. 35 a la escala penal de la figura culposa es un índice más que valioso para estimar que el exceso está fundado, para nosotros, en el temor determinado por la situación en que el agente se encuentra, fácil terreno para emprender acciones precipitadas e inconsultas, porque según lo comprueba la investigación psicológica, esos efectos no son gobernados por la razón, alteran el curso de las representaciones y no se producen o suprimen a voluntad. Más correcto encontraríamos que, a imitación de otros códigos, el exceso en que ha incurrido por ese género de perturbaciones fuese totalmente impune”. A renglón seguido y criticando la opinión que sustentó Núñez en 1935, basado en Impalomeni, dice Soler: “El equívoco doctrinario está aquí en hablar de dolo en el acto inicial, toda vez que no basta que exista voluntad de un resultado cualquiera para que exista dolo, sino que es necesario que ese resultado sea ilícito, y esa comprobación deba lógicamente preceder a la indagación subjetiva. No existe, pues, un dolo inicial que se prolonga al exceso de acción”⁴¹. A la vez, De Loayza sostenía: “También es necesario que el que se exceda en los límites de la necesidad de la legítima defensa, para que juegue la atenuante, lo

⁴⁰ Soler, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 389.

⁴¹ Soler, *Derecho penal argentino*, t. I, p. 390.

haga sin dolo, pues que si lo hiciese con él, habría un homicidio simple”⁴².

De la Rúa afirma: “A nuestro modo de ver la cuestión parte de la propia justificación. Así, en la legítima defensa hemos señalado, siendo propia, que no es necesario un ánimo defensivo específico, por cuanto la situación objetiva de agresión injusta y de uso racional de un medio que la enerva, impiden que el derecho vaya más allá. Pero, en cambio, en el exceso, saliendo del ámbito objetivo señalado, sí juega, indudablemente, el factor subjetivo. Pero tal factor subjetivo se realiza sobre el contenido anímico del autor en relación a la justificación de que se trata. El exceso supone en el excedido una creencia de actuar en la justificación, vale decir se relaciona con el error sobre las condiciones objetivas del actuar justificado. En la legítima defensa, o cree que el peligro es mayor y por eso usa un medio superior, o cree que el medio mayor no producirá resultados innecesarios; pero en el instante mismo que el sujeto deja de creer tal cosa, se sale del ámbito del exceso, pues no se actúa en relación a la justificación. La creencia supone un error, nacido de la situación de apremio, en el caso de la legítima defensa o del estado de necesidad, o nacido culposamente en el ejercicio de un cargo, autoridad, etcétera. Por ello entendemos que la distinción entre error e imprudencia no es correcta, pues esta última supone un doble error, el de la necesidad de utilización del medio, y el relativo al acaecimiento del resultado por la utilización de tal medio; incluso puede el error de la imprudencia ser sólo este último (me

⁴² De Loayza, J., *Homicidio. Legítima defensa. Necesidad*, JA, XX-1027.

basta el palo, lo sé, pero uso intimidatoriamente el revólver por las dudas; no hay error sobre la necesidad, pero sí sobre el resultado)". Y termina diciendo De la Rúa: "Lo expuesto nos demuestra la verdadera naturaleza del exceso. Es un error culpable, que consiste en la acreencia de actuar dentro de la justificación; pero no hay exceso si el error es inculpable, rigiéndose en tales casos generalmente por el art. 34, inc. 1º (así en el estado de necesidad), aunque a veces ello mantiene el actuar en la justificación (así, legítima defensa). La creencia es suficiente para el encuadramiento en el error y consecuente exceso. Las referencias a temor, etc., son en esto innecesarias, pues a la ley le basta que el sujeto crea justificadamente, no para justificarlo, pero sí para excluir la responsabilidad dolosa. Incluso el objetivismo de la Suprema Corte de Buenos Aires se atempera con sus referencias 'a fin de defensa', que no puedan sustentarse sino en la creencia de la defensa. Creencia evitable, lo que funda la responsabilidad. Además el temor es ajeno a ciertas justificaciones (ejercicio de autoridad, cargo, etcétera)"⁴³.

Por su parte, Díaz, cuando comenta la norma del Código Penal, sostiene que es una prescripción adecuada, dado que la culpa o imprudencia ofrece, como elementos esenciales, la producción de daño igual al del delito, la posibilidad de previsión y ausencia de intención criminal. Quien se excede en el ejercicio del derecho de defensa, es causante del daño; la consecuencia era previsible; pero no puede sostenerse con fundamento que existió, por su parte, intención criminal; no pudo

⁴³ De la Rúa, Jorge, *Código Penal argentino. Parte general*, p. 496 y 497.

tener el propósito de causar un mal, por producirlo, sino defender su persona o derechos de una agresión, a todas luces ilegítima. La forma como anteriormente se resolvía esta situación importaba un error. Considerábase el hecho como delito doloso y se atenuaba la pena por razón del ataque de la víctima. Esta solución sería justa si el autor hubiera tenido intención de ejecutar el delito; pero ello no surgía del examen de su conducta. Su propósito había sido defenderse, paralizar o rechazar un ataque; su intención no era sino ejercitar un derecho; luego no puede considerarse delito doloso el cometido. Nuestro Código ahora sanciona bien la actuación del que en su defensa causó un mal, por exceder los límites fijados a la misma”⁴⁴.

Fontán Balestra afirma sobre el exceso: “Al fijarse a los hechos previstos en el art. 35 del Cód. Penal la escala penal determinada para los delitos culposos, la ley no hace una simple remisión, sino que contempla la verdadera naturaleza culposa del exceso”. Y después de citar la obra de Carrara, dice: “la culpa puede resultar del error, de la perturbación del ánimo del autor de la imprudencia común”⁴⁵.

Por su parte, Núñez se adhiere también a considerar al exceso como culposo, afirmando: “Lo que, por el contrario, conduce al agente al exceso, es su negligencia, o imprudencia o su inobservancia reglamentaria o de los deberes a su cargo, que induciéndole a errar sobre las reales circunstan-

⁴⁴ Díaz, Emilio C., *El Código Penal para la República Argentina*, p. 114 y 115.

⁴⁵ Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de derecho penal*, t. II, p. 181.

cias del caso, no le permitió apreciar correctamente la situación de necesidad o mantenerse dentro de los límites legales o de la orden superior”⁴⁶.

Posteriormente, Núñez amplía sus conceptos, y sostiene que el exceso del art. 35 es similar al exceso de la acción⁴⁷.

Al tomar posición en la polémica sobre si el exceso es doloso o culposo, Núñez dice: “Por esto, en la disputa sobre si el exceso es imputable a título de culpa o de dolo, lo más adecuado es decir que la desproporción objetiva del medio de ejecución empleado, subjetivamente debe obedecer a un estado de excitación o perturbación del ánimo del autor o a un abandono por parte de éste de las reglas de prudencia observables en el caso, que, sin alterar su finalidad de ejecutar la ley, ejecutar su autoridad o sortear el peligro, lo ha llevado al exceso. Por consiguiente, el exceso no sólo es compatible con aquellos estados de ánimo del autor que, por un simple error vencible, y, por consiguiente, culpable, no lo privan de la conciencia de cumplir un fin legítimo, sino, también, con aquellos que acusan una culpa positiva de su parte (real imprudencia). Cuando el error del autor acerca de la debida medida de su acción, no le es imputable, entra en función la justificación putativa. El Código Penal castiga el exceso con la pena fijada para el delito por culpa o imprudencia (art. 35). De esta manera, sin declarar expresamente que su esencia es culposa, pero reconociendo su verdadera naturaleza, lo somete a un régimen propio de la culpa, de su castigo sólo en caso de que

⁴⁶ Núñez, *Manual*, p. 201.

⁴⁷ Núñez, *Manual*, p. 201.

exista una disposición especial al respecto"⁴⁸. Con lo cual, "en este caso, el dolo propio del hecho se transforma en culpa, originando tipos delictivos culposos cuya especialidad consiste en que la culpa excluye la debida medida de una acción que aparece justificada a los ojos del autor"⁴⁹.

En otra parte, Núñez explica las diversas posturas que sobre el tema había tenido, afirmando que, en 1935, influenciado por el pensamiento de Impallomeni, se había pronunciado por sustentar que la figura del art. 35 era dolosa, para cambiar después en 1959 y en 1972 por la tesis de la culpa⁵⁰.

Lo que interesa aclarar, en esta parte, es uno de los fundamentos que emplea Núñez para demostrar que la figura es culposa. Dice: "Para mí con arreglo al art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal, la conciencia o conocimiento de las circunstancias que determinan la criminalidad del hecho penalmente típico, pertenece al dolo del autor junto con la conciencia o conocimiento de los hechos comprendidos por el tipo delictivo. Consecuentemente con esto, también según lo dispuesto por el inc. 1º del art. 34, pienso que el error sobre la concurrencia de circunstancias determinadoras de la criminalidad del hecho típico excluye el dolo del autor"⁵¹.

Y, nuevamente, surge en el centro de la discusión el contenido del dolo. A partir de la solución

⁴⁸ Núñez, Ricardo C., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 428 y 429.

⁴⁹ Núñez, *Tratado. Parte general*, p. 429.

⁵⁰ Núñez, Ricardo C., *A la ley penal no hay que alterarla*, JA, 29-1975-873.

⁵¹ Núñez, *A la ley penal no hay que alterarla*, JA, 29-1975-873.

que hemos dado al problema, esto es, que la conciencia del ilícito no pertenece al dolo, ha de comenzarse a solucionar el problema del exceso. De allí que, en todos los autores citados, el común denominador es la posición sobre el dolo, que los lleva, con posterioridad, a sostener la culpa en el exceso. También en este caso, coincide con el argumento de Carrara⁵².

b) *EL EXCESO CONSIDERADO COMO ACCIÓN DOLOSA*. Bacigalupo, por su parte, sostiene la teoría de que el hecho es doloso, diciendo: "La punibilidad atenuada que establece el art. 35 se explicaría, de acuerdo con esto, en la evitabilidad del error sobre la antijuridicidad (es decir, sobre la falta de necesidad) de la acción cumplida, pero dejaría intacto el dolo del hecho"⁵³.

Y más extensamente lo explica al decir: "Este art. 35, en efecto, toma en cuenta los casos de exceso sobre los límites impuestos por la ley, por la autoridad o por la necesidad, manteniendo para ellos la punibilidad adecuada. La dogmática ha entendido en general que la atenuación que dispone este artículo refiriéndose a la pena del delito culposo, significa que el exceso es una forma de auténtica culpa. Sin embargo, tal caracterización de la atenuación del art. 35 del Código Penal es evidentemente impropia, en la medida que quien se excede hace lo que quiere hacer, mientras que en la culpa, al contrario, produce lo que no quisie-

⁵² Donna, *El exceso en las causas de justificación*, p. 41.

⁵³ Bacigalupo, Enrique, *Una sentencia trascendente sobre la cuestión del exceso (artículo 35 del Código Penal) y la conciencia de la antijuridicidad*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975-47.

ra. Por este motivo, el exceso no pertenece a los hechos en que algo se produce sin quererlo lo que el autor hace cuando se excede, coincide con lo que se propuso. El autor quiso matar y mató. La creencia errónea que haya tenido respecto de los límites del obrar permitido no modifica para nada aquella circunstancia”⁵⁴.

Además, Ramos Mejía argumenta con sagacidad que el Código Penal argentino regula deficientemente los efectos del error. Sólo se refiere expresamente al error llamado de hecho en el inc. 1º del art. 34, aunque con alusión a la criminalidad del acto, y por ello la poca atención prestada al art. 35, ha determinado apreciaciones antagónicas al respecto, “desde la que niega toda relevancia al error llamado de derecho con sustento en el ámbito penal del art. 20 del Cód. Civil hasta la que afilia nuestro Código en lo que atañe a esta última clase de error a la teoría estricta de la culpabilidad”. Y termina acotando: “A nuestro juicio esta última solución es la correcta (se refiere a la opinión de Bacigalupo). Si por dolo entiéndese, como corresponde, la consciente y voluntaria realización del tipo objetivo, no puede negarse que en el caso el autor obró con dolo. El concepto no se extrae del inc. 1º del art. 34 del Cód. Penal, sino que se deduce como necesario elemento de carácter subjetivo de los tipos del Libro Segundo que no hacen expresa referencia a la culpa, y puede caracterizarse como el fin de cometer un delito determinado (art. 42). No hay duda, por ello, que en nuestro ejemplo el procesado obró con dolo, pues quiso lesionar y lesionó. Pero lo hizo a consecuencia de

⁵⁴ Bacigalupo, Enrique, *Tipo y error*, p. 51 y 52.

un error que, recayendo inicialmente sobre la situación de hecho, lo hizo considerarse amparado por la ley, es decir, en error de prohibición, y éste, que en nada afecta al dolo, justifica una culpabilidad menor, dado que el error, como lo establecimos, es vencible. Y la medida de esa menor culpabilidad no es otra que la determinada por el art. 35 del Código Penal”⁵⁵.

Por su parte, Zaffaroni manifestó que “no se trata de que las conductas previstas en el art. 35 sean culposas, sino que el Código Penal establece, únicamente, que se le aplica la pena del delito culposo. La disminución de pena que se opera en el mencionado supuesto no obedece a error ni a emoción ni a cualquier circunstancia similar que disminuya la reprochabilidad o culpabilidad de la conducta. No hay culpabilidad disminuida en tal supuesto, sino que se trata de disminución de la antijuridicidad: es menos antijurídica la acción que comienza siendo justificada y pasa a ser antijurídica, que aquella que comienza y concluye siendo antijurídica”⁵⁶.

En su momento, Nino sostuvo que tanto la posición de Bacigalupo, como la de Soler eran erróneas, debido a que ambas le agregaban al texto un elemento que éste no contenía, como era el del temor o la perturbación del ánimo, o el de error, en las causas de justificación. La posición de Nino, en parte de acuerdo con nuestra posición inicial⁵⁷, consistía en que la antijuridicidad puede tener di-

⁵⁵ Ramos Mejía, Enrique, *Un posible caso de error de prohibición indirecto*, LL, 1975-A-182.

⁵⁶ Zaffaroni, Eugenio R., *Teoría del delito*, p. 500.

⁵⁷ Nino, Carlos S., *La legítima defensa*, p. 167; Donna, *El exceso en las causas de justificación*, p. 94.

ferentes grados, de modo que en algunas circunstancias la conducta es antijurídica, pero en menor grado, especialmente cuando se previene un mal a través de un medio desproporcionado. De modo que esta menor antijuridicidad del acto no depende de ningún estado mental del sujeto, ya que la antijuridicidad es objetiva, lo que lleva a una disminución de la pena⁵⁸.

c) *EL EXCESO COMO UNA FORMA DE NO EXIGIBILIDAD.* Cuando analizamos las causas de justificación, se estableció que ellas eliminaban la antijuridicidad del acto, en tanto y en cuanto se dieran todas las circunstancias objetivas y subjetivas que se exigían. Para poner como ejemplo la legítima defensa, no hay duda que habrá posibilidad de ejercerla, en la medida que exista agresión ilegítima. Con lo cual cuando la acción defensiva sobrepase la agresión, esa parte de la defensa será antijurídica y, consecuentemente, un exceso en la legítima defensa.

En la ley argentina, el límite está dado por el art. 35 del Cód. Penal, que no ha previsto una exención de pena, sino una disminución —que es la del tipo culposo—, en los casos en que éste exista para el delito en cuestión. La referencia al tipo culposo —y no hay dudas sobre este punto—, se refiere a la pena y no a que la conducta se vuelva en sí misma culposa.

No puede el legislador cambiar la naturaleza de la acción, por más que ésa sea su voluntad. Quien se defiende, inicia su acción de manera dolosa, en el sentido que quiere defenderse, y termi-

⁵⁸ Nino, *La legítima defensa*, p. 168 y 169.

na su acción también dolosamente, esto es, excediendo la agresión ilegítima. Y para este caso es la regulación del art. 35 del Cód. Penal, porque si el sujeto mata, culpa mediante, sería aplicable el art. 84, lisa y llanamente, con lo cual la disposición estaría de más.

Por esa razón, el art. 35 está previendo el caso del exceso intensivo, y no hay duda de que, por razones de política criminal, el legislador ha decidido disminuir la pena, pero de ninguna manera eliminarla, tal como se procedió en el Código Penal alemán.

En el exceso, el autor procede con un desvalor de acción y de resultado. Sin embargo, a raíz del estado de necesidad en que se encontraba, o de la agresión que había sufrido previamente (y sin duda por las circunstancias intelectuales, esto es el error y causas anímicas especiales, como la turbación del ánimo, el miedo o la emoción), el legislador ha decidido disminuir la pena, ya que, en ese caso, una conducta de acuerdo a la norma no le es completamente exigible al sujeto.

No obstante se excluye el exceso extensivo, esto es cuando no existe ni el estado de necesidad, ni la agresión ilegítima⁵⁹.

La solución dada al caso no impide que se tome el art. 35 del Cód. Penal como una forma de disminución de pena en el error de prohibición vencible, ya que es éste uno de los supuestos tenidos especialmente en cuenta para disminuir la pena en el exceso.

⁵⁹ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 33; Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 34, III.

B) CAPACIDAD DE CULPABILIDAD O IMPUTABILIDAD

1) MÉTODOS PARA EVALUAR LA INIMPUTABILIDAD

§ 69. **BIOLÓGICO.** – Es el método que sólo se fija en el estado anormal del sujeto actuante, y con él se conforma para declarar la inimputabilidad.

Maurach afirma que el procedimiento biológico es el que limita legalmente el enunciado de las causales necesarias y suficientes para estimar que existe la capacidad de imputabilidad. El ejemplo traído por él entre otros es el del Código Penal prusiano de 1851, para el cual “no hay delito si el autor, al momento de la acción, se encontraba en estado de demencia o idiocia”⁶⁰.

La causa puede ser patológica o transitoria. Díaz Palos cita como ejemplo típico al Código francés de 1810 que decía: “*Il n’y a ni crime ni délit, lorsque le prevenue était en état de demence au temps de l’action*” (“No hay ni crimen ni delito cuando el acusado está demente al tiempo de la acción”)⁶¹. No hay mucha diferencia con respecto al art. 64 que afirma: “No hay crimen ni delito cuando el reo se encontraba en estado de demencia en el momento de la acción, o cuando estaba bajo impulso de una fuerza a la cual no pudo resistir”.

El Código francés, al remitir al concepto de demencia, opta por el sistema biológico. Por demencia, los doctrinarios entienden como toda for-

⁶⁰ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36, II.

⁶¹ Díaz Palos, Fernando, *Teoría general de la imputabilidad*, p. 169.

ma de alienación mental⁶². Esta demencia debe ser de tal grado que no le permita al autor el control de sus actos. Quizá lo que caracteriza este criterio es que la existencia y gravedad de la alienación mental debe ser determinada por la pericia médica.

Si hubiera que atenerse al concepto estricto de alienación mental, la interpretación debería quedarse en la idea de abolición de las facultades intelectuales, ya sea como consecuencia de la senilidad o de alguna enfermedad evolutiva; o, como dice Prats Canut, lo que se denomina *psicosis*, tanto por causas endógenas como exógenas. Sin embargo, a partir del "Étude Michaux", tanto la jurisprudencia como la doctrina ha renunciado a una clasificación basada en criterios etiológicos, eligiéndose una clasificación puramente descriptiva⁶³. En esta clasificación se incorporan, aunque con distintos efectos, las demencias propiamente dichas, los delirios crónicos, los estados de excitación, los estados maniacos depresivos, las insuficiencias del desarrollo intelectual, la epilepsia, las alteraciones del carácter y del ánimo⁶⁴.

Sin embargo, tal caracterización del Código Penal francés ya ni siquiera es válida para los franceses, pues el Código se modificó. El 1º de marzo de 1994 se reformó el Código Napoleón. El nuevo art. 122-1 ha tratado la capacidad de culpabilidad de acuerdo a los modernos conocimientos

⁶² Levasseur, G. - Chavane, A., *Droit penal et procédure pénale*, p. 46 y 47.

⁶³ Prats Canut, Miguel, *Imputabilidad y alteración psíquica*, en "Psicopatología jurídica y forense", t. I, p. 195.

⁶⁴ Prats Canut, *Imputabilidad y alteración psíquica*, en "Psicopatología jurídica y forense", t. I, p. 196.

científicos, de modo que se descarta la imputabilidad, tanto por fundamentos físicos como neuropsíquicos. Esta exclusión de la capacidad de culpabilidad se encuadra en causas de exclusión de la culpabilidad, pero se las distingue de las causas de justificación, siguiendo en esto a la doctrina alemana⁶⁵.

§ 70. **PSICOLÓGICO.** — Este método psicológico no se fija en los problemas biológicos, en las causas o en los estados de anormalidad, sino en sus consecuencias psicológicas. El ejemplo más citado es el de *Codex Iuris Canonici* cuando determina: "*Delicti sunt incapaces qui actu carent usu rationis*" (C. 2201, § 1).

Otros ejemplos son el Código austríaco de 1852, "enteramente privado de razón", "no sea consciente de su acción"⁶⁶, y el Código Penal para la Confederación Alemana del Norte, en el cual sólo se enumeran los efectos jurídicos relevantes⁶⁷.

Cercano a este criterio Simonin expresaba que "la conjunción de dos condiciones es indispensable para determinar la imputabilidad penal: 1º) la inteligencia o discernimiento, que nos dará la noción del bien y del mal, y 2º) la libre voluntad o libertad, que permite escoger entre el bien y el mal. Toda causa que prive de una u otra condición suprime la imputabilidad"⁶⁸.

⁶⁵ Zieschang, Frank, *Der Allgemeine Teil des neuen französischen Strafgesetzbuch*, "ZStW", 106-651.

⁶⁶ Díaz Palos, *Teoría general de la imputabilidad*, p. 170.

⁶⁷ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36, II.

⁶⁸ Simonin, *Tratado de medicina legal*, p. 915, citado por Ortega-Monasterio, Leopoldo, *La imputabilidad desde el punto*

§ 71. **BIOPSIOLÓGICO O MIXTO.** – Es el método preferido por la mayoría de las legislaciones. Dice Maurach: “La ley enumera taxativamente las causas del deterioro espiritual, pero les atribuye importancia solo en la medida en que alcancen el grado presupuestado”⁶⁹.

El método mixto, según Díaz Palos, “atiende tanto a las bases biológicas que producen la inimputabilidad como a sus consecuencias en la vida anímica del autor”⁷⁰. Dentro de este último grupo se pueden encontrar diversas alternativas del sistema mixto, que van desde fórmulas biológicas, psicológicas y psiquiátricas, hasta fórmulas psiquiátricas-jurídicas. En estas últimas, se ubica el Código Penal argentino, por lo menos en la interpretación que se realiza actualmente.

Agrega Díaz Palos que “son fórmulas psiquiátricas-jurídicas aquellas que incorporan los resultados de alcance moral y jurídico inherente a la psiquiátrica deficiencia o perturbación. Esta forma de regular la capacidad de culpabilidad se remonta a las Partidas, cuando se refería al loco, desmemoriado o menor, y les exime de pena en el homicidio, porque ‘non sabe, ni entiende el yerro que face’. Esta doctrina española no reaparece hasta principios del siglo XIX, recogida por códigos foráneos; el primero, el de Baviera de 1813, que sirve de fuente, a su vez, a los códigos de los cantones suizos para incorporarse luego en las legislaciones hispanoamericanas (Argentina, Paraguay y Méxi-

de vista clínico, en “Psicopatología jurídica y forense”, t. I, p. 169 y siguientes.

⁶⁹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36, II.

⁷⁰ Díaz Palos, *Teoría general de la imputabilidad*, p. 170.

co). En este tipo de fórmula se da una conjunción feliz del error y de la insania, concretado en la expresión que impida al agente tener conciencia del hecho o de su criminalidad. En este sentido puede decirse incorporada al Código danés de 1886, al noruego de 1902 y al alemán vigente⁷¹.

El Código Penal italiano, en los arts. 85 al 98, regula el tema de la imputabilidad. En el art. 85 afirma que nadie puede ser penado por un hecho que la ley describe como delito si al momento de cometerlo no era imputable. Y es imputable quien tiene la capacidad de entender la realidad exterior del mundo que lo circunda y los valores sociales dominantes, y la facultad de autodeterminarse en función de esos valores⁷².

Para poder analizar cuándo faltan la inteligencia y la voluntad se recurre, en principio, a un criterio biológico (de enfermedad).

En este sentido se sigue la clasificación de Schneider, que distingue: a) anomalías psíquicas, entre las que se encuentra la deficiencia mental, la perturbación psíquica morbosa, y la perturbación de la conciencia, y b) enfermedades mentales, que incluyen las psicosis orgánicas y la psicosis endógenas⁷³.

Este criterio mixto es admitido desde el punto de vista médico, tal como lo han sostenido autores como Ortega Monasterio y Cabello, entre otros.

⁷¹ Díaz Palos, *Teoría general de la imputabilidad*, p. 173.

⁷² Prats Canut, *Imputabilidad y alteración psíquica*, en "Psicopatología jurídica y forense", t. I, p. 208.

⁷³ Prats Canut, *Imputabilidad y alteración psíquica*, en "Psicopatología jurídica y forense", t. I, p. 209.

2) ANTECEDENTES LEGALES

§ 72. **INTRODUCCIÓN.** – Cuando se analiza el tema de la capacidad de culpabilidad en el Código Penal argentino, es imprescindible examinar la opinión de Moreno, quien afirma que el art. 34, inc. 1º, concuerda con los arts. 46, 48, 57 y 58 del Cód. Penal de Italia, con el art. 64 del Cod. Penal francés y con los arts. 51 y 58 del Cód. Penal alemán⁷⁴.

§ 73. **EL PROYECTO TEJEDOR.** – Este proyecto decía en su art. 22: “Son exentos de pena: Los furiosos, locos y los que hayan perdido el uso de su inteligencia y cometan un crimen en ese estado” (inc. 2º).

“Los imbéciles, incapaces de apreciar las consecuencias de sus acciones o de comprender su criminalidad” (inc. 3º).

“Los que hayan perdido el uso de su inteligencia por senectud” (inc. 4º).

“Los sordomudos que no hayan recibido educación conveniente para conocer la criminalidad de sus actos, ni hayan sido instruidos de las penas impuestas por la ley positiva y cuya irresponsabilidad esté fuera de duda” (inc. 5º).

Por otra parte, el art. 3º, inc. 3º, expresaba que “está exento de pena siempre que el acto haya sido resuelto y consumado en una perturbación mental cualquiera de los sentidos, o de la inteligencia no imputable al agente y durante el cual éste no ha tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad”.

⁷⁴ Moreno, *El Código Penal y sus antecedentes*, p. 220.

El proyecto traía en sus notas un interesante párrafo de Chaveau: "La justicia moral de acuerdo con la ley no pueden reconocer delitos en la acción de un hombre que ha perdido el uso de razón. Pero las dificultades aparecen al hacer su aplicación a la multitud de hechos diversos que puedan reclamar por su carácter propio o por analogía una excepción. ¿Que hechos constituyen la locura? La ley penal no podría trazar el círculo de aplicación, sin descender a dificultades científicas que no son de su resorte"⁷⁵.

Siguiendo con este razonamiento se concluye con la idea de que la imbecilidad, para que tuviera efectos de desligar la responsabilidad, debía alcanzar una gravedad tal que suspendiera o destruyera la voluntad.

§ 74. **PROYECTO DE VILLEGAS, LANZAR Y GARCÍA.** En su art. 3º, nº 3 afirmaba que estará exento de pena: "El que ha cometido el hecho en estado de demencia, sonambuloso, enajenación mental o imbecilidad".

§ 75. **CÓDIGO DE 1886.** – Que en su art. 81, inc. 1º, afirmaba expresamente: "Está exento de pena el que ha cometido el hecho en estado de locura, sonambulismo, imbecilidad absoluta o beodez completa e involuntaria y siempre que el acto haya sido resuelto, consumado en una perturbación cualquiera de los sentidos o de la inteligencia, no imputable al agente y durante el cual éste no haya tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad".

⁷⁵ Ver Moreno, *El Código Penal y sus antecedentes*, p. 220 y siguientes.

§ 76. **PROYECTO DE 1891.** – En su art. 55 variaba en parte el concepto al decir: “Son exentos de responsabilidad criminal: el que ha cometido el hecho en estado de enajenación mental cualquiera, no imputable al agente⁷⁶.”

§ 77. **LA COMISIÓN DEL SENADO.** – Sobre el punto sostuvo que para que proceda la aplicación de la ley penal, es necesario que recaiga sobre un sujeto normal, es decir sobre una persona de situación corriente, que se dé cuenta del hecho que comete y de sus consecuencias. Si el individuo es anormal o no pudo en el momento del hecho tener conciencia de éste, la sanción resulta ineficaz y no debe concurrir.

Y agregaba la Comisión, citada por Moreno: “Felizmente nuestra tarea ha sido singularmente facilitada por un texto satisfactorio que encontramos en uno de los proyectos de Código Penal, uno de los más científicos que se hayan publicado hasta hoy y que lleva la gran autoridad de sus sabios redactores. Como se comprende una fórmula como la que buscamos, es independiente de las peculiaridades de un pueblo, pues todos ellos, cualesquiera que sea su raza o costumbre, reconocen las mismas causas de irresponsabilidad de origen psíquico”. El proyecto al que nos referimos es el ruso y su art. 35 dice: “No es punible el hecho cometido por un individuo que, por insuficiencia de sus facultades mentales, o sea por alteraciones morbosas de la actividades de su alma, sea en un estado de inconciencia, no podía en el momento

⁷⁶ Moreno, *El Código Penal y sus antecedentes*, p. 220 y siguientes.

de la acción comprender la naturaleza y el sentido de lo que hacía o dirigir sus acciones”⁷⁷.

§ 78. **PROYECTO RUSO DE 1881.** – Realizado por una comisión creada por el zar Alejandro III, compuesta por cuarenta y ocho miembros, en catorce volúmenes, fue publicada desde 1897.

La traducción alemana del art. 35 decía: “No se juzgará culpable de una acción que fuere cometida por una persona, que por insuficiencia de las capacidades de su espíritu o por perturbaciones morbosas de las facultades de su alma o por su estado de inconciencia, en el momento de la acción no pueda comprender las características y el significado del hecho o dirigir sus acciones”⁷⁸.

No parece dudoso que los legisladores argentinos hayan seguido la traducción francesa, pero cualquiera haya sido la fuente, ésta revela sin lugar a duda que Moreno tenía en este aspecto una precisa idea sobre aquellos puntos de los cuales debía apartarse por estar imbuidos de las ideas positivistas de su época, cosa que logró concitando las críticas de sus contemporáneos y los elogios de la doctrina posterior.

§ 79. **CRÍTICAS AL PROYECTO.** – El problema para el codificador fue establecer los alcances del término “comprender”. En su momento defendió su posición, afirmando que los doctores Piñeiro y Rivarola eran contrarios al mantenimiento del proyecto vigente, porque los individuos que están

⁷⁷ Moreno, *El Código Penal y sus antecedentes*, p. 244 y siguientes.

⁷⁸ Zaffaroni, *Teoría del delito*, p. 153.

afectados de enajenación mental difícilmente se den cuenta de la criminalidad de los actos que cometen. Con respecto a la idiotez no habrá cambio de estado sino anormalidad⁷⁹

Probablemente haya sido Ramos el que dio la opinión más extrema sobre el punto. Dijo: "Estas expresiones (comprender y dirigir) que trasuntan el criterio psicológico, dificultan la correcta interpretación de un estado de alteración psíquica. Nada agregan al concepto de las insuficiencia de las facultades, o de sus alteraciones morbosas. Si éstas existen en calidad de alienación, que es lo que el Código quiso decir con aquellas palabras de insuficiencia o alteración, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, son términos que están de más. Si no existen en esa calidad, también están de más, porque no corresponden las medidas de seguridad del art. 34. La frase es psiquiátricamente inadecuada. Hay alienados lúcidos. Van al delito con premeditación y comprendiendo la naturaleza del acto que están por realizar, dentro de las condiciones determinadas de antemano de una manera precisa. El sentido exacto del art 34, inc. 1º, tal como está redactado podría llevar a la condena de estos enfermos, cosa que nadie intenta en la hora presente de la ciencia penal".

Más adelante agrega Ramos: "En el proyecto argentino de estado peligroso de 1927, proponemos la supresión de estas palabras, abandonando todo criterio de imputabilidad psicológica incompatible con el estado peligroso, para aceptar el biológico puro, por más que reconozcamos que no

⁷⁹ Moreno, *El Código Penal y sus antecedentes*, p. 248.

llegamos a un texto ideal, desde el momento que, según nuestras convicciones doctrinarias, todo criterio de responsabilidad que no comprende a todos los delincuentes, exceptuando los casos de justificación legal, no son estrictamente científicos”⁸⁰.

3) EL PROBLEMA DOGMÁTICO DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

§ 80. **CONCEPTUALIZACIÓN.** – El tema de la capacidad de culpabilidad se asimila, en su tratamiento dogmático, al del error de prohibición, de manera que ambos institutos deben ser considerados de manera análoga. Con ello se le da a la capacidad de culpabilidad un rango dogmático que antes no había tenido, y se eliminan las dudas acerca del lugar que debe ocupar en la estructura del delito. Además, la falta de claridad en esta cuestión ha llevado a que se mezclen con ella temas de medicina, psicología, filosofía, antropología y hasta de política.

Bien han hecho notar Maurach y Zipf que la terminología usada (capacidad de culpabilidad) es distinta a la de la imputabilidad, con lo que se está haciendo resaltar que el tema no es de la acción, sino que se refiere al juicio de culpabilidad⁸¹. Pero, además, el término imputabilidad parece hacer referencia a una relación más bien “física”, en cambio, el que se propone tiene que ver con lo normativo.

⁸⁰ Ramos, Juan P., *Curso de derecho penal*, t. II, p. 276.

⁸¹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36, I, A.

§ 81. **LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD Y EL DESTINATARIO DE LAS NORMAS.** – En principio, se puede afirmar que el tema de la capacidad de culpabilidad tiene que ver con el problema del destinatario de las normas. Binding había descubierto que el delincuente no violaba el tipo penal, sino, al contrario, que lo cumplía. Cuando el sujeto realiza el tipo penal de homicidio, no está haciendo otra cosa que cumplir con el tipo penal, pero desde otro punto de vista; está violando la norma que dice “no matarás”. Este extraño fenómeno, como afirma Gössel, se puede describir de la siguiente forma: “Sólo se castiga al que actúa meticulosamente, al pie de la letra de la ley penal”⁸². Esto es, el delincuente en realidad no lesiona la ley penal, sino que actúa de acuerdo con ella. Entonces ni el asesino, ni el ladrón sobrepasan la ley penal. Sin embargo, existen en el orden jurídico preceptos que prohíben el ocasionar la muerte de otras personas, así como el apoderamiento de bienes ajenos, o el tener relaciones sexuales en contra de la voluntad de la otra persona. Estos preceptos jurídicos –que se distinguen necesariamente de las leyes– son las normas, declaraciones sobre cuya existencia y esencia se pondrá acá como hipótesis improbable.

Con este razonamiento, Binding había descubierto que las normas no existían por sí solas, sino en función de proteger intereses que la comunidad social considera como indispensables para ella, y que se denominan *bienes jurídicos*. Los tipos penales sólo describen aquellas acciones que, violentando la norma, atacan los bienes jurídicos.

⁸² Gössel, Karl H., *Strafrecht, Besonderer Teil*, § 2.

El problema más grave, a nuestro juicio, con el cual se encontró la teoría de las normas, fue la cuestión del destinatario de estas normas. En este sentido, afirmaba Kaufmann: "Si los imperativos se dirigen a la totalidad de los sujetos del orden jurídico, estarían también dirigidas a los incapaces de acción y a los inimputables, así como a los bebés, a quienes están durmiendo, a los locos y a los ebrios. Tal cosa sería sencillamente imposible"⁸³.

El tema, que no fue resuelto por Binding, fue tomado en cuenta por Kaufmann quien expresó: "La norma es la forma ideal de la obligación de los hombres. Su objeto es una acción final. Como forma ideal, la norma no puede ser sino abstracta, separada de cada individuo en particular y de actos concretos. Ella se dirige a todos los que en cualquier momento o en cualquier lugar entran en consideración como sujetos del acto o como partícipes en él y a los que ella prohíbe o manda algo. Por lo menos teóricamente entran aquí todos los hombres. Todos son destinatarios de la norma"⁸⁴. Aquí aparece la clave del problema, esto es, la capacidad de culpabilidad, en el paso siguiente de la argumentación. Lo importante no es tanto a quién se dirige, sino quién, en el caso individual, está obligado a responder. O dicho en otras palabras: "La concreción del deber abstracto del ámbito del destinatario, por tanto de la norma, es el deber de un destinatario individual determinado"⁸⁵. Ese deber del sujeto, en quien se concreta la norma, exige en éste ciertas condiciones.

⁸³ Kaufmann, Armin, *Teoría de las normas*, p. 161.

⁸⁴ Kaufmann, *Teoría de las normas*, p. 165.

⁸⁵ Kaufmann, *Teoría de las normas*, p. 167.

Dice Kaufmann que el individuo estaría en condiciones de llevar a cabo, en determinadas situaciones, el acto prohibido, o sea que este individuo tiene –según la situación concreta– disposición de los presupuestos psíquicos y físicos para la realización del acto prohibido. En síntesis, la norma se concreta en aquellos que son capaces de acción. Dicho en términos del autor citado: “La capacidad de cumplir el deber como deber es, por tanto, capacidad de motivarse por el deber y, en consecuencia, capacidad de llegar a ser consciente del deber en el momento de la posibilidad de acción y de dirigir la voluntad conforme al deber”⁸⁶.

De lo expuesto hasta ahora, el criterio básico en el tema consiste en determinar si el sujeto puede comprender el injusto o ilícito de su acción y actuar conforme a esa comprensión. En otros términos, podrá ser culpable quien se ha conducido en forma antijurídica, pese a que pudo determinarse o motivarse de acuerdo a derecho o conforme a la norma primaria (“no debes matar”). De ahí que la acción antijurídica le sea reprochable cuando el autor pueda ser motivado por la norma y, en consecuencia, tenga el deber jurídico de no realizar la acción. La omisión, en cambio, le será reprochable al autor, cuando, motivado por la norma, tenga el deber jurídico de obrar.

Se puede afirmar que la capacidad de culpabilidad no es otra cosa que la capacidad para ser determinado por el deber jurídico de actuar o de abstenerse de hacerlo en el caso concreto. Con ello se tiene el común denominador que subyace en la moderna teoría de la culpabilidad.

⁸⁶ Kaufmann, *Teoría de las normas*, p. 214.

Se podría hacer un esquema, que exigiría la siguiente división: 1) capacidad para actuar conforme al deber jurídico, en base a la motivación que el deber exige; en el caso concreto, capacidad para comprender el deber jurídico y la posibilidad de determinar la voluntad de acuerdo al deber comprendido, y 2) esta capacidad para una motivación, conforme a la norma, es decisiva para poder realizar el reproche al sujeto que actuó antijurídicamente.

De lo expuesto surge que la incapacidad de culpabilidad terminará excluyendo la posibilidad de comprensión de la antijuridicidad, o la capacidad de conducirse conforme al reconocimiento de la norma. Esto implica que tanto la eximente del art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal, como la del error de prohibición son especies de un mismo elemento, que es la incapacidad de ser motivado por la norma jurídica.

La tesis expuesta, que saca el tema en cuestión de la teoría de no inexigibilidad, es sin duda la más sostenible dentro de la dogmática moderna⁸⁷. En ambos casos, se excluye la culpabilidad del autor, y el fundamento es el mismo: le falta la capacidad de motivación⁸⁸.

La sencillez del esquema, que respeta a pie juntillas el principio de culpabilidad, parece no haber sido vista por la doctrina argentina en general, que insiste en extraer el error de prohibición del art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal, cuando éste sólo se refiere a la capacidad para ser culpable, mien-

⁸⁷ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 31.

⁸⁸ Jackobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 18, 24, 1.

tras que el error de prohibición se deduce sin problema alguno del mandato constitucional de la ley previa, que surge del art. 18 de la Const. nacional⁸⁹.

Sentados estos principios se debe estudiar el art. 34 del Cód. Penal. Artículo anárquico, ya que trae causas de inculpabilidad y causas de justificación, sin tener en cuenta las etapas analíticas del delito.

Ya se dijo que la fuente del art. 34, inc. 1º, es el Código ruso de 1881, tema que llevó a discutir acerca de cuál fue la versión que el legislador había tomado, y que además provocó las críticas de los positivistas argentinos. El tema de la imputabilidad, en el art. 34, inc. 1º, no es un dechado de claridad conceptual, aunque hay que admitir que no cayó en el positivismo de la época, al agregar el término *comprender*. Sin embargo, todavía es interpretado tal como los positivistas italianos lo habrían hecho, no lográndose, salir del ahogo que, desde Nerio Rojas hasta acá, produjeron esas concepciones al derecho argentino.

4) LA FÓRMULA DEL CÓDIGO PENAL ARGENTINO

§ 82. **EL MÉTODO LEGAL DE DETERMINACIÓN DE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD.** – Tal como la doctrina lo ha puesto de manifiesto, el Código trae una fórmula mixta que “prevé las causas psicopatológicas y las consecuencias psicológicas que debe haber provocado, pero valoradas por el juez en cuanto

⁸⁹ Análoga tesis parece surgir de la obra de Spolansky, aunque sin llegar a determinar los efectos últimos de la teoría que él mismo sustenta. Spolansky, Norberto, comentario a fallo en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 1968, p. 83.

podrían haber privado al sujeto de la comprensión del acto o de la posibilidad de dirigir sus acciones según esa comprensión”⁹⁰.

Es que, como bien lo afirma Jakobs, el concepto de capacidad de culpabilidad no se construye ni con condiciones biológicas, ni con condiciones psicológicas, sino que es, en el fondo, una cuestión normativa, ya que se trata de una forma de imputación o de atribución⁹¹.

En el plano jurídico, la pregunta que debe hacerse es si la persona, como destinataria de la norma, tuvo capacidad para que ésta se concretara en él (es decir, que la comprenda) y, en consecuencia, pudo tomar la decisión de actuar en su contra, a pesar de que sobre sí pesaba el deber de actuar conforme a la norma. En este punto es donde se debe analizar la conducta del autor, no sólo en base a las pericias, sino teniendo en cuenta todo el contexto en que se realizó la acción del imputado.

§ 83. **ANÁLISIS DE LA FÓRMULA DEL CÓDIGO PENAL.** La fórmula del art. 34 del Cód. Penal permite ser interpretada de acuerdo a los canones antes expuestos. La concretización del deber aparece regulada, de forma que el legislador ha dado pautas para interpretar quiénes no pueden ser sujetos del deber de actuar o de omitir hacerlo.

El inc. 1º tiene en su párr. 1º dos partes determinadas: en la primera se establecen causas tales como la alteración morbosa de las facultades, in-

⁹⁰ Tozzini, Carlos A., *Elementos de inimputabilidad penal*, p. 52.

⁹¹ Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 18, 24.

suficiencia de las facultades y los estados de inconciencia. En la segunda parte del mismo párrafo, el artículo prevé que, por esas causas, el autor del hecho antijurídico no haya podido comprender el injusto de su acto o actuar en consecuencia de esa comprensión⁹².

a) *INSUFICIENCIAS DE LAS FACULTADES*. La inmadurez psíquica del autor del hecho es lo que se engloba por insuficiencia de las facultades. Esta insuficiencia puede producirse por un hecho natural; esto es, la edad de la persona, pues, como se sabe, nuestra legislación establece que hasta los dieciséis se es inimputable, aunque se comprenda la criminalidad del acto (art. 1º, ley 22.278).

El segundo motivo de la insuficiencia puede provenir de una inhibición enfermiza del desarrollo de la persona. Se trata de un problema que afecta a la inteligencia, que aparece como resultado de traumatismos intrauterinos, o en el momento del nacimiento, o por daños cerebrales producidos en la gestación o en la infancia.

Los tres grados de la debilidad mental u oligofrenia, que es un término científicamente más exacto, son: a) la *idiocia*, que es un desarrollo de la inteligencia detenida en el nivel de un niño de seis años; b) la *imbecilidad*, que es la no superación del crecimiento intelectual alcanzado hasta la pubertad, y c) la *debilidad mental*, que es el estancamiento del desarrollo de la inteligencia en la etapa inmediatamente posterior a la pubertad⁹³.

⁹² Rudolphi, StGB, *Systematische Kommentar*, § 20.

⁹³ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36, II; Rudolphi, StGB, *Systematische Kommentar*, § 20, III.

b) *ALTERACIONES MORBOSAS*. Resulta anacrónico decir que alteración morbosa es sólo un sinónimo de alienación. La alteración morbosa remite al concepto de enfermedad mental y, como en toda dolencia psíquica, quien está afectado es el "yo". El problema se plantea al considerar que el cuerpo es una cosa diferente al "yo", de modo que solamente existiría enfermedad en tanto y en cuanto aparezca una causa orgánica.

Desde una perspectiva fenomenológica, la única forma de manifestarse el "yo" es a través del cuerpo, o dicho de forma más sintética: *el cuerpo es el yo manifestado*. En estas cuestiones es casi imposible aprehender la cosa en sí misma, sino que sólo se puede conocer el fenómeno; la esencia del "yo" no es sino su manifestación, y ésta se da sólo a través del cuerpo.

Este "yo", soporte del ser humano, es, al mismo tiempo, el hombre. Dividir al hombre en cuerpo y alma es romper la unidad no sólo conceptual sino también real. El "yo" va apareciendo en tres estadios: 1) el somático, que constituye la morfología anátomo-patológica; 2) el de los fenómenos que no son propiamente orgánicos, pero que están estrechamente ligados al *soma*; todo lo que sean impulsos, emociones, afectos, sentimientos, etc., configuran, sin duda, la cara interior del cuerpo, y 3) el cognoscitivo-volitivo, que determina la relación del "yo" con los fenómenos superiores, que son el ejercicio de las facultades intelectuales y la capacidad para hacer o no una cosa⁹⁴.

La enfermedad no es otra cosa que una manera peculiar de aparición del "yo", algo así como su

⁹⁴ Ver al respecto, Espinosa, Nolberto - Herrera, Julio, *Para un concepto de enfermedad mental*, p. 4.

“encarnación”. No parece lógico, ni responde a la naturaleza de las cosas, sostener que la enfermedad es sólo aquello que atañe a lo físico, al *soma*, como si el resto de lo humano debiera ser ignorado. Bien lo sostiene Frías Caballero: “En términos de inimputabilidad es perfectamente indiferente que se trate de un genuino enfermo mental (en el clásico y restringido sentido), de un simple anómalo psíquico o de un sujeto normal perturbado en sus funciones anímicas”⁹⁵.

La conclusión es obvia: dentro de las alteraciones morbosas deben incluirse todas las afecciones que involucren cualquiera de estas tres formas de aparición del “yo” en el mundo.

1) *ENCUADRE DE LAS ALTERACIONES MORBOSAS*. Tal como lo dice la ley, debemos hablar de una desviación de la normalidad psíquica que existía previamente. Esta desviación patológica que afecta la esfera psíquica, debe influir, además, en el núcleo de la personalidad del autor. Con lo cual se está afirmando que no sólo puede estar afectada la inteligencia y la voluntad, sino también la zona de los afectos y de los impulsos⁹⁶.

Éste es el campo de las llamadas *alteraciones psíquicas patológicas*, o enfermedad mental propiamente dicha. Dentro de ellas se encuentran las enfermedades psíquicas genuinas, o sea las psicosis exógenas, que tienen una base corporal manifiesta. Como ejemplo podemos mencionar las psicosis traumáticas (trastornos debidos a lesiones cerebrales), las psicosis por infección (pa-

⁹⁵ Frías Caballero, Jorge, *Imputabilidad penal*, p. 268.

⁹⁶ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36, II; Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 20.

rálisis progresiva), los espamoaneurismas de orden orgánico (la epilepsia) y las degradaciones de la personalidad que culminan en demencia (arteriosclerosis).

También quedan abarcadas por las alteraciones morbosas las llamadas *psicosis endógenas*, que son las enfermedades en donde se presume lo corporal, sin posibilidad de una prueba definitiva, aunque ya se admite que también existen condiciones somáticas. Las formas de expresión más importantes de estas afecciones son la escisión de la conciencia (esquizofrenia), y los casos de demencia maniaco-depresiva circular que tiene como nota relevante los cambios inmotivados del ánimo, que van desde profundos estados de depresión hasta lo que se podría llamar *delirios de grandeza*. Pero siempre estas enfermedades deben haber limitado el centro de la personalidad y haber limitado la capacidad de actuar de la persona⁹⁷.

La psiquiatría ha hecho una caracterización de las enfermedades mentales agudas, afirmándose que están constituidas por síntomas cuya yuxtaposición u organización permiten prever su carácter transitorio. Se trata de crisis, accesos o episodios más o menos largos que, ciertamente, pueden reproducirse, pero que presentan una tendencia natural a la remisión e, incluso, a la *restitutio ad integrum*. Dentro de este grupo se encuentran las psiconeurosis emocionales, las manías, las melancolías, las psicosis delirantes y alucinatorias agudas, las psicosis confusionales y los trastornos mentales de la epilepsia.

⁹⁷ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36, II; ver también, Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 20, con cita de Schneider, Kurt, *Psicopatologie*.

El otro grupo está constituido por las enfermedades mentales crónicas. "Lo que las caracteriza, es el presentar espontáneamente una evolución continua o progresiva que altera de manera persistente la actividad psíquica. Según su grado se distinguen las neurosis, las psicosis esquizofrénicas y las demencias"⁹⁸. En orden a estas enfermedades y su relación con la imputabilidad ha dicho la jurisprudencia.

a) La psicosis endógena, caracterizada como forma clínica de esquizofrenia catatónica, impide comprender la desaprobación jurídico-penal del acto y dirigir la conducta de acuerdo con esa comprensión.

b) No hay perito capaz de penetrar el círculo autístico de un esquizofrénico para saber qué pasa en él; lo único que puede hacer es, conforme a su experiencia, estimar que le es muy difícil comprender la criminalidad y que hay un elevadísimo grado de probabilidad que le sea absolutamente imposible.

c) La alteración morbosa, exigida por la ley, no significa únicamente alienación, pues ello reduciría arbitrariamente el concepto legal al aspecto intelectual de la actividad psíquica, descartando la alteración en la emotividad y en la afectividad.

d) Insistir tozudamente en que los esquizofrénicos, sin lugar a dudas, gozan de capacidad de motivarse en las normas, entienden la desaprobación jurídico-penal de sus actos y no tienen automatismos ni compulsiones, es embarcarse en una omnipotencia judicialista que cierra hermética-

⁹⁸ Ey, Henry - Bernard, P. - Brisset, Ch., *Tratado de psiquiatría*, p. 200.

mente las ventanas de los resultados obtenidos por otras disciplinas.

e) Nadie puede tener perplejidad en la absoluta falta de sentido que tendría la imposición de una pena, aun a costa del estupor catatónico esquizofrénico de su destinatario⁹⁹.

2) *ANOMALÍAS PSÍQUICAS GRAVES*. Entran en este grupo las llamadas psicopatías, como una desproporción a favor de los impulsos del individuo en desmedro de su intelecto, las neurosis y los trastornos de los impulsos sexuales.

Bien dicen Maurach y Zipf que contra la aceptación de estas categorías se objetó que iba a existir un derrumbe del dique de contención o una catarata de absoluciones. Aunque, sin embargo, también se admitió que el castigo, en estos casos, afectaría el derecho penal de culpabilidad¹⁰⁰.

La doctrina entiende por psicopatías a todas las variantes congénitas de la personalidad que tienen como efecto una rebaja de la capacidad del sujeto de adaptarse a las normas sociales¹⁰¹. El defecto se encuentra no en el ámbito de la inteligencia, sino en el de la personalidad ética. Como hace notar Lange, el psicópata se caracteriza por un problema de defecto en el sentimiento, en la voluntad y en el carácter. Como ya lo vimos, el psicópata se caracteriza por la desproporción de sus impulsos pasionales en demérito de la intelligen-

⁹⁹ CPenRosario, Sala 2ª, 21/2/92, "Ronsisvalle, Juan", JA, 1993-III-56.

¹⁰⁰ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36, II, 2.

¹⁰¹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36, II.

cia¹⁰². Sin embargo se ha discutido mucho acerca de si puede haber una respuesta única sobre el concepto de psicopatía¹⁰³. Algunos autores sostienen que en el psicópata lo que existe es una perturbación y anomalía de los sentimientos, de la voluntad y del carácter, y no tanto del intelecto. Se entiende por personalidad anormal aquella cuyo carácter, sentimiento y voluntad la apartan de la norma y le muestran la vida como fracaso y perturbación¹⁰⁴. Para decidir sobre su capacidad de culpabilidad habrá que tener en cuenta si la psiquis del autor se aparta considerablemente del término medio, debido a un defecto en su carácter, sentimiento y voluntad, y si por ello está seriamente alterada su capacidad para actuar, de acuerdo a valores¹⁰⁵, que es un serio déficit para la decisión de su acción.

En las neurosis, en cambio, lo que se experimenta es una reacción vivencial anormal o un trastorno en la elaboración de las vivencias que, si llegan a tener cierta magnitud, deberán ser vistos como grave anormalidad psíquica.

a) La jurisprudencia se ha hecho cargo del asunto y decidió en el sentido que indicamos a continuación.

1) Para investigar una psicopatía no pueden buscarse síntomas como en el caso de los neuróticos, pues su principal característica es la conducta antisocial tomada como actitud básica agresiva-

¹⁰² Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36, II.

¹⁰³ Kaufmann, Hilde, *Kriminologie*, t. I, p. 123.

¹⁰⁴ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 20.

¹⁰⁵ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 20.

mente antisocial. Por eso, la psicopatía puede establecerse, en el caso, consultando los antecedentes del reo, de cuyo frondoso prontuario se sigue un proceder que no responde a una lógica más o menos razonable, ni siquiera desde el ángulo de la ética delincuencial.

2) La calificación de personalidad psicopática alude a una profunda perturbación de la esfera emocional, que impide o dificulta a quien la sufre internalizar pautas de conducta, es decir motivarse en la norma, que es la posibilidad exigible como presupuesto ineludible de la culpabilidad.

3) Conforme al actual concepto de enfermedad mental, a los aportes de las ciencias de la conducta, que permiten conocer mucho mejor las características y limitadas capacidades de los psicópatas o, particularmente, frente a un concepto normativo de la culpabilidad penal, el psicópata nunca puede ser considerado imputable.

4) El Código Penal exige que el autor haya tenido la posibilidad de comprender la criminalidad de su conducta, o sea que no exige comprensión efectiva sino posibilidad de comprensión y es coherente con la diferencia entre “comprender” y “conocer”. La antijuridicidad de una conducta es un desvalor, no un ente del mundo físico, sino una valoración jurídica y la posibilidad de comprenderla es más que la posibilidad de conocerla, pues los valores se internalizan o introyectan que es lo que exige el Código Penal.

5) Antes se entendía la enfermedad mental como sinónimo de enajenación, o sea como una disfunción de la esfera intelectual; primaba un criterio de morbosidad determinado por la inteligencia y derivado de una visión del mundo pretendi-

damente científicista, fundada en un materialismo ingenuo y mecanicista, donde lo primordial era el entendimiento causal de los fenómenos y donde sólo era enfermo mental quien no podía captar ese proceso. Las ciencias han superado esa cosmovisión positivista, aunque la actitud de muchas personas todavía arrastre esa visión y excluya la disfunción afectiva de las enfermedades mentales.

6) Así como en la esfera intelectual se distingue el idiota profundo y al débil mental superficial, en el plano afectivo se distingue al psicópata —con su tremenda atrofia afectiva— del neurótico, que percibe el valor sintomático de su conducta, por más que visto desde fuera puedan presentar algunos rasgos psicopáticos. Teniendo esto en cuenta, no es posible afirmar la imputabilidad de un sujeto atendiendo a su esfera intelectual.

7) Una cosa es que haya sujetos con una personalidad que presente rasgos psicopatas y otra completamente distinta es un psicópata. El hombre ciudadano cae eventualmente en conductas parecidas, pero éstas no son su pauta permanente y no puede eludir cierta cuota de angustia. En el psicópata no hay angustia, no hay culpa, no hay temor a la muerte, no hay afectividad, no como característica de alguna conducta condicionante a otras, sino que no existen en su personalidad disminuida.

8) El psicópata es un individuo que tiene una absoluta incapacidad para asimilar ejemplos y experiencias, premios y castigos. Sometido el procesado a un régimen penitenciario ordinario, se lograría que éste fortaleciese sus mecanismos y su personalidad se tornase todavía más rígida a su egreso.

9) La ciencia médica no da una respuesta única sobre el concepto de psicopatía. La psicopatía conducirá a la inimputabilidad, cuando sus efectos sean similares a los de la psicosis e impidan comprender la criminalidad del acto y dirigir las acciones, como lo exige el art. 34 del Cód. Penal. El problema no es el nombre que se da a la enfermedad, sino que ella impida la comprensión (del voto en disidencia del doctor Donna).

10) Si se aduce que toda personalidad psicopática es inimputable se vaciarían las cárceles y se llenarían los hospitales con las consecuencias de que el juez no podría tener el control del cumplimiento de la pena, que quedaría en manos de los médicos, violándose las garantías que existen en la Constitución nacional (del voto en disidencia del doctor Donna).

11) En caso de duda hay que estar a lo más favorable al imputado. Al imputable se le da la esperanza de salir de su encierro al cabo de la condena. Por el contrario, al inimputable se lo condena de por vida a permanecer en un establecimiento de seguridad, sin la esperanza mínima de salir de ese sitio (del voto en disidencia del doctor Donna).

12) En lo que hace a su relevancia para la imputabilidad o, lo que es lo mismo, para la culpabilidad, la conclusión del peritaje médico forense abarca una valoración jurídico-penal que es exclusivo patrimonio de la materia judicial y que, en modo alguno, compete a los peritos médicos. Ello así, la función del peritaje psiquiátrico debe limitarse a describir las condiciones psíquicas de las personas y las características, intensidad, signos y síntomas de su padecimiento si lo hubiese, pero el significado que esto tenga para el juicio de cul-

pabilidad, es una valoración eminentemente jurídica¹⁰⁶.

b) En el mismo sentido, en otro caso, se dijo cuanto sigue.

1) La psicopatía podrá ser causa de inimputabilidad si ella actúa sobre el sujeto como lo hace una psicosis, si configura una alteración morbosa de las facultades que lleve a no comprender la criminalidad de los actos o dirigir las acciones.

2) Los rasgos psicopáticos que se presentan en personalidades psicopáticas, ya que cualquier individuo de ordinario presenta notas distintivas de la esquizofrenia, la manía o cualquier otra, sin que por ello sea alienado o inimputable.

3) La actitud del procesado de alejarse del lugar del hecho y ocultar el arma homicida es indicativa de plena lucidez y gobierno.

4) Los impulsivos, los irritables o los violentos, sólo por esa condición no se encuentran amparados por la atenuación del homicidio por emoción violenta.

5) Si bien la conservación de la memoria no es suficiente para desechar el estado de emoción violenta, es un signo opuesto a ella, ya que en la mayoría de los casos la ausencia de memoria se da aunque sea parcialmente¹⁰⁷.

c) En otros decisorios se ha resuelto:

1) En el ámbito de la inimputabilidad no es necesario otra cosa que la verificación de una alteración morbosa en la mente del acusado, entendi-

¹⁰⁶ CNCrimCorr, Sala VI, 11/2/86, "S.V., M.A.", LL, 1986-D-278.

¹⁰⁷ CNCrimCorr, Sala I, 20/8/91, "Cóppola, Miguel", LL, 1991-E-725.

da en su acepción más amplia y moderna de alteración enfermiza o por enfermedad que afecta al ser humano en su totalidad psicofísica, sin que se requiera, a la vez, que esa alteración morbosa pueda ser encasillada en alguna de las entidades nosológico-psiquiátricas específicas.

2) A los fines de la inimputabilidad no es necesario que la alteración morbosa, presentada por una personalidad psicopática en un momento dado de su desarrollo existencial, deba producir efectos similares a los de una verdadera psicosis para poder adquirir relieve en el campo jurídico-penal.

3) Es incuestionable que la pena sólo puede estar dirigida como intimidación general y con fines individuales de retribución proporcional a la culpabilidad, a individuos que tengan capacidad para captar el significado de la sanción¹⁰⁸.

d) Asimismo, se ha dicho:

1) El sujeto portador de una personalidad psicopática perversa, insensible, frío de ánimo, simulador y mendaz, que cometió doble homicidio en las personas de sus abuelos, que puede estar arrepentido de lo que hizo porque debe pagar las consecuencias, pero que de ningún modo tiene remordimiento, es inimputable.

2) Los vocablos alteraciones morbosas del art. 34 inc. 1º, del Cód. Penal no deben en modo alguno entenderse como simples sinónimos de enajenación o alienación mental, sino de manera más amplia (del voto de la minoría)¹⁰⁹.

¹⁰⁸ CNCrimCorr, Sala I, 22/5/90, "Ullmann, Alejandro", JA, 1990-IV-425.

¹⁰⁹ CNCrimCorr, 4/6/65, "Tignanelli, Juan", "Revista de Derecho Penal y Criminología", 1968-63.

c) *LOS DENOMINADOS TRASTORNOS PROFUNDOS DE LA CONCIENCIA*. Tal como la doctrina mayoritaria viene sosteniendo, se trata de una confusión o exclusión parcial de la conciencia, en el momento de cometer el hecho típico. Con lo cual se puede sostener que la terminología del Código es incorrecta, habida cuenta que la persona inconsciente no puede actuar, con lo cual, en este caso, se estará ante un problema de falta de acción y no de inconciencia. Estrictamente hablando se trata de casos de turbación de la conciencia¹¹⁰.

Si bien es dificultoso dar un concepto de conciencia, se sostiene que es un estado por el cual, por una parte, percibimos lo que tenemos en torno (conciencia objetiva) y de otra nos percibimos a nosotros mismos (autoconciencia)¹¹¹.

Encuadran en este caso los trastornos patológicos, como la embriaguez, envenenamiento, delirios en estado febril y alucinaciones. También entran en este punto los trastornos por causas psicológicas, como los estados de hipnotismo y los estados pasionales de alto grado que se diferencian de los que están previsto en el art. 81, inc. 1º, del Cód. Penal.

Tal como hemos hecho notar quedan excluidos los casos de total falta de acción por carecer de conciencia, como, por ejemplo, el sueño.

Al respecto ha dicho la jurisprudencia.

1) La imputabilidad es la aptitud psíquica de autogobernar el comportamiento por el temor al castigo (pena) con que en la norma penal se conmina la realización de una cierta conducta;

¹¹⁰ Langelüddeke, Albrecht, *Psiquiatría forense*, p. 54.

¹¹¹ Langelüddeke, *Psiquiatría forense*, p. 54.

esto es, la capacidad psíquica para inhibirse de practicar la conducta prohibida por la norma penal, ante el temor de que se imponga la pena que amenaza la realización de esa conducta.

2) Ni la drogadicción, ni la embriaguez solas llevan a la inimputabilidad, sino que ambas causas deben producir la no comprensión de la criminalidad del acto.

3) La psicopatía puede ser causa de inimputabilidad sólo cuando ella se equipara en sus efectos a las llamadas *psicosis*; mas, sostener que el psicópata por el solo hecho de serlo es inimputable, no tiene fundamentos legales por una parte, ni médicos por otra ¹¹².

d) *IMPOSIBILIDAD DE COMPRENDER LA CRIMINALIDAD DEL ACTO*. No hay duda que es éste el elemento normativo de la capacidad de culpabilidad. Este segundo elemento exige que las causas antes mencionadas provoquen en el autor la incapacidad de comprender el injusto de su acto, o de actuar conforme a ese entendimiento.

No se trata de un problema sólo perceptivo por parte del sujeto, que tiene relación con el error de tipo, sino, tal como lo hemos mencionado, lo que está en crisis es la capacidad del sujeto para orientarse de acuerdo a ciertos valores. Es decir, se está en el ámbito de la capacidad o no del sujeto para poder motivarse de acuerdo a las normas.

Nuestra doctrina ha insistido en interpretar este artículo basándose en la significación de la palabra *comprender*, sin darse cuenta que al admitirse en la ley una fórmula mixta, necesariamente

¹¹² CNCrimCorr, Sala I, 20/4/89, "Stambuli, Fabio", JA, 1990-I-168.

se está exigiendo al autor que pueda motivarse en la norma, lo que hace referencia a una problemática de capacidad de valoración. De todas formas, la palabra *comprender* está asociada al análisis del sentido de las cosas. De ahí, que aun sin referencia a la criminalidad, se puede afirmar que sólo comprende la persona que puede ir más allá del mundo fenoménico (mundo real). Esta idea de sentido adquirió mayor valor cuando el legislador reemplazó el vocablo original de proyecto ruso (*sentido*) por *criminalidad*. De modo que lo que debe ser captado por el sujeto es algo más que el sentido de las cosas; es también el valor negativo de su acto, su contrariedad a la norma jurídica que está violando.

La comprensión de la criminalidad se refiere, por lo tanto, al ámbito de lo ético-normativo. El sujeto debe haber captar, al examinar la realidad, si su acto viola la norma que protege al bien jurídico. Con lo cual se está diciendo que el sujeto debe tener conciencia de la antijuridicidad material, esto es, el desvalor de su acto y, por ende, la posibilidad de motivarse en la norma¹¹³. Para decirlo más claramente: lo que está en juego es la capacidad de la persona para captar las consecuencias de su acción en el ámbito normativo, y si a pesar de esa comprensión igual decidió llevar a cabo su conducta. Tal comprensión viene dirigida por la idea de valor del acto en el medio social en que el sujeto se mueve. Tal captación del sentido del acto es obvio que está dirigida por la li-

¹¹³ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 20; Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36, II, C; Jescheck, *Lehrbuch*, p. 398; Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 10, 20.

bertad del sujeto. En síntesis, como bien afirma Schaeffler, “la comprensión designa un esfuerzo cognoscitivo de tipo especial”¹¹⁴.

En consecuencia, podemos decir que, para que el sujeto sea inimputable, la enfermedad o las causas psíquicas o biológicas deben haber comprometido la libertad en relación a la valoración del hecho¹¹⁵.

En este orden de ideas afirma Cabello que “el delirante celotípico que mata a su mujer, sabe con qué y cómo la mata, pero yerra, y aquí la falta de comprensión, en cuanto al razonamiento que lo lleva a creer en la infidelidad de su mujer”¹¹⁶. Es decir, el sujeto no comprendió la criminalidad por la alteración de la conciencia moral; o como dice Copelli, “el individuo reconoce el carácter antijurídico de su acción y su punibilidad por la ley, pero subjetivamente, moralmente se considera en mayor o menor grado justificado en su conducta. El enfermo aceptará, en estos casos, una responsabilidad jurídico-penal, pero rechazará la responsabilidad subjetiva, moral del acto realizado”¹¹⁷.

De igual manera, el delirante paranoico que mata a su presunto perseguidor admitirá a menudo el carácter punible de su acción, pero tratará de justificarse diciendo que sus quejas no fueron es-

¹¹⁴ Schaeffler, Richard, *Handbuch Philosophischer Grundgriffe*, t. I, p. 309.

¹¹⁵ Hruschka, *Strafrecht*, p. 343; Joerden, Jan, *Struckturen*, p. 31.

¹¹⁶ Cabello, Vicente P., *El concepto de alienación mental ha caducado*, LL, 123-1199.

¹¹⁷ Cabello, *El concepto de alienación mental ha caducado*, LL, 123-1199, con cita de Copelli, *La locura ante el derecho penal*.

cuchadas, que tuvo que hacer justicia con su propia mano, etcétera ¹¹⁸.

Spolansky afirma con razón que “sólo puede ser capaz de culpabilidad (imputabilidad), quien puede sentirse culpable, esto es quien puede sentir el reproche”; o, dicho de otra forma, “la capacidad de culpabilidad requiere que el sujeto esté en condiciones de poder sentir el grado del desvalor de la conducta” ¹¹⁹.

En síntesis se puede afirmar como se sostuvo en Inglaterra, en las llamadas reglas M’Naghten’s, que “para establecer una defensa basada en incapacidad mental, se debe probar que, al tiempo de la misión del acto, el acusado actuaba bajo el efecto de falta de razón, de una enfermedad de la mente, que le hacía ignorar el acto que estaba cometiendo o, si lo sabía, ignoraba que estaba actuando mal” ¹²⁰. Con ello reconocía en el fondo la libertad del hombre y la capacidad de autodeterminarse, idea seguida, en épocas recientes, por la Corte Constitucional de Italia, que en un fallo sostuvo, al admitir el error de prohibición, que la admisión de tal error surgía de la exigencia constitucional de la posibilidad del conocimiento de la norma, a los efectos de que el individuo pudiera motivarse en aquella, a los fines de aplicación de la pena ¹²¹.

Es de aplicación lo sostenido por el tribunal del Reich, en cuanto dispuso que el autor debía te-

¹¹⁸ Cabello, *El concepto de alienación mental ha caducado*, LL, 123-1199, citando a Copelli, *La locura ante el derecho penal*.

¹¹⁹ Ver causa “Tignanelli”, en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, 1968-83, con nota de Spolansky, Norberto.

¹²⁰ M’Naghten’s Case 8, Inglaterra, Rep. 718 (Cámara de los Lores).

¹²¹ Causa “Marchegiani, Mario y otros”, 23/3/88, ED, 134-349.

ner la capacidad para ponderar los impulsos hacia la acción y las representaciones inhibitorias contrarias a ellas y, por consiguiente, para formar su libre decisión, es decir, para oponer al impulso criminal las inhibiciones necesarias¹²².

e) *DIRIGIR SUS ACCIONES*. La dirección de las acciones significa que el sujeto debe tener la capacidad para dirigir sus actos, de modo que si por las causas antes enumeradas ello es impedido, tampoco será capaz de culpabilidad. Por lo tanto, esa capacidad comenzará a ser relevante, a los efectos de la inimputabilidad, cuando alguna de las causas del llamado *apartado biológico* del art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal se haya verificado; es decir, cuando el autor no haya podido adecuar su voluntad y comprensión.

Por lo expuesto, en el análisis de la capacidad de dirigir las acciones es decisivo ponderar si el autor es capaz de contrarrestar sus impulsos mediante las inhibiciones¹²³.

Como la fórmula es normativa, no hay duda de que es el juez quien debe analizar, con la ayuda de los peritos, si la capacidad de culpabilidad existió en el momento del hecho. Este juicio no debe ser delegado en el perito médico, y si el juez no está de acuerdo con el dictamen deberá fundar su disidencia.

Al respecto tiene expresado la jurisprudencia que "la atribución al procesado de rasgos psicopáticos injertados en una personalidad normalmente estructurada, aunque inmadura y emocionalmen-

¹²² BGSt, 57,76.

¹²³ Rudolphi, StGB, *Systematische Kommentar*, § 20, C.

te lábil, no afecta su capacidad para comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones conforme a esa comprensión, debiendo distinguirse la personalidad normal con rasgos psicopáticos de la personalidad psicopática”¹²⁴.

En el mismo tema se ha aclarado:

1) La comprensión de la criminalidad de los actos supone vivenciar los valores, en virtud de la incorporación en las ideas de una conciencia discriminativa de lo valioso de aquello que no lo es y de una conciencia ética, mediante la cual se pueden vivenciar los valores y normas elaboradas por el grupo social e internalizarlos en la personalidad.

2) La afirmación de que alguien es o no imputable debe resultar del contexto de toda la prueba y no sólo porque así lo afirmen o lo nieguen los médicos, ya que la apreciación del extremo es de competencia exclusiva y excluyente de los jueces, conforme el criterio psiquiátrico-psicológico-jurídico que admite el Código Penal.

3) La actitud intimidatoria que surge de la *banda* (tres o más personas) no se deriva como consecuencia directa del número de individuos que acompaña al autor del hecho, sino que debe ser verificada en la realidad de los sucesos, en lo que influyó en el estado de indefensión del atacado, si aumentó o no el poder ofensivo del victimario¹²⁵.

En cuanto a la caracterización de la figura ha dicho la jurisprudencia.

¹²⁴ CNCrimCorr, Sala I, 20/8/91, “Autet, Edgardo L.”, LL, 1991-E-728.

¹²⁵ CNFed San Martín, 22/7/91, “Zaracho, Daniel y otros s/ robo calificado reiterado”, LL, 1991-E-730.

1) Para que la fórmula eximente del art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal funcione como tal, la enfermedad mental o la falta de conciencia deben repercutir en el estrato psicológico, de manera tal que el sujeto no haya podido comprender, en el momento del hecho, la criminalidad del acto, sin que la sola comprobación de la patología sea suficiente.

2) El mérito de los medios probatorios y de las críticas que a ellos dirijan las partes, así como las propias conclusiones del juzgador sobre el particular, deben decidirse en el fallo sin necesidad de un pronunciamiento independiente que la ley no exige¹²⁶.

5) LA "ACTIO LIBERA IN CAUSA"

§ 84. **CONCEPTO.** – Tal como hemos venido explicando, lo que debe juzgarse es si había capacidad de culpabilidad en el momento de la comisión u omisión del acto típico. Sin embargo, algunos casos dieron pie a que la doctrina desarrollara la teoría del llamada *actio libera in causa*.

Bien dicen Maurach y Zipf, que por *actio libera in causa* se debe entender una acción cuya causa decisiva ha sido puesta por el autor en condición de libertad e imputabilidad, pero que, en cuanto a su resultado típico, opera en un momento en que el autor es incapaz de culpabilidad¹²⁷. En forma semejante, Jescheck expresa que "se entiende como tal un comportamiento que el autor

¹²⁶ CNCrimCorr, Sala VI, 17/12/90, "Escobar, Adrián M.", LL, 1991-D-191.

¹²⁷ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36, E.

pone en marcha actuando responsablemente, pero que tan solo desemboca en una acción típica cuando aquél ha perdido la capacidad de acción o la plena capacidad de culpabilidad”¹²⁸.

Son, pues, casos en que el sujeto provoca dolosamente, en un momento anterior al ataque al bien jurídico, su inimputabilidad absoluta. Luego, en estado de inimputabilidad provocada, ataca, como había planeado, a un determinado bien jurídico¹²⁹.

El ejemplo que se cita es el siguiente: A quiere matar a B, ya que éste se burla permanentemente de sus condiciones físicas. Como A tiene miedo a B porque lo sabe más fuerte, y teme no animarse a la acción homicida, toma alcohol y, en estado de inimputabilidad, mata a B.

La acción libre, como se ve, consiste en que el autor provoca su propia incapacidad de inculpabilidad; en este caso embriagándose, para llegar a un resultado típico.

§ 85. **CLASES.** — La *actio libera in causa* puede ser dolosa o culposa. Es el primer caso, el que ofrece dudas a la doctrina, y sobre este punto los autores han adoptado diversas posiciones, a los efectos de salvar el principio de culpabilidad, que aparecería comprometido

§ 86. **ÁMBITO.** — Otro punto controvertido es el del ámbito de la *actio libera in causa*. Tres son las posturas que se siguen en este aspecto: a) la que entiende el instituto con un concepto amplio, pues considera como objeto de la *actio libera in*

¹²⁸ Jescheck, *Lehrbuch*, § 40, 6.

¹²⁹ Jubert, *La doctrina de la “actio liberae in causa”*, p. 61.

causa cualquier elemento de la teoría del delito¹³⁰; b) la que (seguida en este aspecto por Jescheck) considera que es objeto de la *actio libera in causa* sólo la falta de acción y la inimputabilidad total¹³¹, y c) la que sólo admite como objeto de la *actio libera in causa* la provocación dolosa de la inimputabilidad¹³². La tesis que seguimos es la de que el ámbito de la *actio libera in causa* es amplio y abarca todos los elementos de la teoría del delito.

De todas formas, los problemas más habituales, y a los que se intenta dar solución en este capítulo, son los que se refieren a la falta de acción y a la inimputabilidad provocada.

§ 87. **EL PROBLEMA DOGMÁTICO Y LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES.** – El problema básico de la *actio libera in causa* consiste en que el autor, en el momento del hecho típico, se encuentra en estado de inimputabilidad, o de falta de acción, que él mismo ha provocado en un momento anterior. De modo que se plantea la cuestión de en qué forma hacer la imputación, si se quiere tener en cuenta la faz subjetiva del acto típico, pero en el momento anterior a ese acto.

Como bien dice Jubert, se han dado dos soluciones al problema. La primera de ellas, es la que propone la impunidad para todos los casos en que el sujeto ha provocado su propia inimputabilidad o inacción, de modo que no se puede imputar el hecho, so pena de violar el principio de culpabilidad. La segunda propone defender

¹³⁰ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36; Rudolphi, Hans J., *Unrechtsbewusstsein*, p. 258.

¹³¹ Jescheck, *Lehrbuch*, § 40.

¹³² Hruschka, *Strafrecht*, p. 349.

la sanción, sin excepciones, basada en razones de política criminal¹³³. Ninguna de estas posiciones extremas ha tenido acogida, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia¹³⁴. Por lo cual, tal como lo explica Jubert, la doctrina ha buscado una solución intermedia, que consiste, por una parte, en castigar a la persona que delinque en estado de inimputabilidad provocada y, por otra, poner ciertos límites a la sanción.

Para ello se han transitado, dos caminos: el *modelo de excepción* y el *modelo de imputación ordinaria*.

a) *LOS MODELOS DE EXCEPCIÓN. LA POSICIÓN DE HRUSCHKA.* La nota común a estas teorías consiste en sostener que, como no es posible aplicar las reglas de imputación normales o generales, la imputación debe hacerse por vía extraordinaria; esto es así, debido a que el injusto y la culpabilidad no coinciden temporalmente.

En una obra como ésta, no podemos abordar todas las teorías que han intentado explicar el tema; sin embargo, describiremos la posición de Hruschka, ya que parece ser la más representativa del modelo de excepción¹³⁵.

¹³³ Jubert, *La doctrina de la "actio liberae in causa"*, p. 123.

¹³⁴ En la doctrina ha sido Zaffaroni quien ha propuesto la impunidad, haciendo notar que una vez que la persona se pone en estado de inimputabilidad, es imposible saber qué va a hacer en ese estado (*Tratado de derecho penal*, t. III, p. 439 y siguientes).

¹³⁵ Por nuestra parte, en el primer y segundo semestre de 1987 y el primero de 1988, hemos asistido a los seminarios que dictó el profesor Hruschka, sobre los autores que trataron el tema de la imputación (von Martini, Kant y Hutchenson), en la Universidad de Erlangen, República Federal de Alemania.

1) ARGUMENTOS SOBRE EL ORIGEN DE LA “*ACTIO LIBERA IN CAUSA*”. Hurschka se enrola en la teoría de la excepción que, como se anticipó, busca el castigo de la *actio libera in causa* como una excepción a las reglas de la capacidad de culpabilidad en el momento del hecho, justificada, en principio, consuetudinariamente y por una propia concepción de la teoría de las normas. La persona será castigada por su comportamiento, aunque en el momento del hecho no fuera capaz de culpabilidad, en tanto y en cuanto, en un momento anterior, se pueda comprobar que existió dolo o culpa.

Afirma Hruschka que la expresión *actio libera in causa* fue empleada por los doctrinarios del derecho penal entre los siglos XVIII y XIX. Llegó a ellos por obra de la filosofía de la moral y del derecho del siglo XVIII, especialmente la de Cristian Wolff¹³⁶, quien sostenía que sólo las acciones que en sí mismas son consideradas libres pueden imputarse al sujeto; sin embargo, también podían imputarse acciones no libres, en los casos en que esa falta de libertad fuera responsabilidad del propio sujeto¹³⁷.

Si se sigue un orden lógico se podrá ver que existen acciones libres en sí y no libres en sí (*actio libera* y *actio non libera*). Sin embargo, se puede hacer esta nueva clasificación: *actio libera in actu*, *actio libera in causa* y *actio nec actu nec in causa libera*.

Las acciones no libres tienen la característica de ser naturales y necesarias. Las acciones libres en sí pueden ser tomadas propiamente como tales.

¹³⁶ Hruschka, *Strafrecht Exkurs*, cap. IV.

¹³⁷ Hruschka, *Strafrecht*, p. 343 y siguientes.

La acción libre es libre en sí misma o cuando puede ser observada en sí como libre. En las acciones no libres, Wolff hacía otra distinción. Había observado que había acciones en la cual el sujeto no era responsable. En cambio, existían otras en las cuales, a pesar de la falta de libertad, el hombre era responsable, no ya de lo actuado sin libertad, sino de esa falta de libertad al actuar. La fórmula de Wolff decía: "Cuando las acciones son observadas en sí mismas como naturales, pero que de alguna manera dependen de la libertad del hombre, entonces pueden ser atribuidas al hombre"¹³⁸. Bien anota Hruschka que corresponde en este caso atribuirle al autor esa conducta, sólo si el autor es responsable de la situación de no libertad¹³⁹. Pues bien, a este tipo de acciones la filosofía las llamó "acciones libres en la causa". Y son libres porque el autor es responsable de su actual necesidad y de su falta de libertad.

La idea es tomada por Pufendorf (1673), de donde pasa a la doctrina moderna. Pufendorf había sostenido que cualquier acción que pueda ajustarse a una norma moral, y está en poder de un hombre el realizarla o no, podrá imputársele a este hombre. Inversamente, lo que ni en sí mismo considerado, ni en su causa, está en poder de un hombre realizarlo, o no realizarlo, nunca podrá imputársele¹⁴⁰.

La idea esencial, entonces, consiste en que sólo se podrá hacer responsable al sujeto por sus

¹³⁸ Hruschka, *Strafrecht*, p. 345.

¹³⁹ Hruschka, *Strafrecht*, p. 345.

¹⁴⁰ Hruschka, *Imputation*, en Eser - Fletcher, "Rechtfertigung und Entschuldigung", p. 146.

acciones libres. Pero, como excepción, también las acciones que hayan sido libres en la causa, y por las cuales el hombre sea responsable de esa necesidad posterior, es decir, la imputación extraordinaria se daba cuando el sujeto, por el contrario, no estaba en condiciones de evitar tal resultado, aunque se le podía imputar esa falta de capacidad. De modo tal que cuando el *actio naturalis* tenía su origen en una *actio moralis* se le podía imputar el resultado al sujeto.

A esas acciones que no eran libres, pero en las cuales el sujeto respondía por la falta de libertad, se las equiparaba con las acciones libres *in se*, y se las llamó *actio libera in causa*.

Con esta fundamentación parte la teoría de la excepción, y no hay duda alguna que tiene no sólo fundamentación histórica, sino también lógica-sistemática.

2) ARGUMENTOS DE ORDEN NORMOLÓGICO. Además, Hruschka busca su fundamento en la teoría de las normas, y para ello se sirve de los siguientes conceptos: a) obligación y deber, que llevan a lesión del deber y de la obligación; b) imputación ordinaria e imputación extraordinaria, y c) imputación de primer nivel e imputación de segundo nivel.

a) OBLIGACIÓN Y DEBER. Existen dos tipos de normas: las que establecen obligaciones —que tienen relación con el imperativo *hipotético* de Kant—, y las que imponen deberes jurídicos, que se relacionan con el imperativo *categorico* kantiano.

En cuanto a la obligación, se debe partir de la idea de que, cuando se da un mandato, como, por ejemplo, “no debes matar”, que lleva la prohibición de realizar conscientemente el acto de quitar la vida a otro, tiene la finalidad de impedir todo

homicidio; es decir, prohíbe también los homicidios inconscientes (en tanto ellos puedan ser evitados). Esta ampliación de lo prohibido por las normas se consigue deduciendo de la llamada norma primaria de conducta, una norma secundaria que aumenta tanto el ámbito de las prohibiciones como el de los mandatos¹⁴¹. Sin embargo, en una de sus obras¹⁴², Hruschka sostiene que esta relación ya no es lógica sino sintética. En este sentido, reitera que los términos *analítico* y *sintético* se desprenden de la filosofía kantiana. El juicio sintético quiere decir, entonces, que el predicado no está contenido en el sujeto (p.ej., “la hierba es verde”). Al contrario, los juicios analíticos son aquellos en que se predica lo que ya contiene el sujeto (p.ej., el cuadrilátero es una figura de cuatro lados)¹⁴³. La dificultad, en este tipo de juicios, es cuando ello no puede ser comprobado empíricamente, como sí se puede en el ejemplo de la hierba. Sin embargo, esta relación también es posible, aun en los casos en que no exista la prueba empírica. Si el mandato primario al bañero consiste en que salve a las personas que se ahogan, ello también significa que preste atención y cuidado a los peligros que acechan a otros bañistas. Pero este segundo mandato no está implicado en el primero, ya que del salvar vidas no se deduce que deben cuidarse a otras de ocasionales peligros, de modo tal que la deducción no es mediante un juicio analítico sino de uno sintético, como ex-

¹⁴¹ La cita de Hruschka se puede ver en Jubert, *La doctrina de la “actio libera in causa”*, p. 139.

¹⁴² La obra de Hruschka a que nos estamos refiriendo es *Strafrecht*, p. 298.

¹⁴³ Hruschka, *Strafrecht*, p. 398.

presamente lo afirma Hruschka¹⁴⁴. De esto se deduce que lesionar la obligación no significa violar el deber jurídico.

La prohibición y el mandato tienen una consecuencia directa, esto es, la expresa prohibición de realizar una determinada acción. Ésta sería la norma primaria, el imperativo categórico, del cual surge un deber.

Además, existen los siguientes mandatos: 1) mantener las alternativas existentes a la acción prohibida, y 2) no realizar las alternativas no existentes, pero sí posibles, que llevarían a que un acontecimiento constituya un actuar prohibido.

De cada mandato se deduce a su vez: a) la prohibición de provocar la imposibilidad de cumplir el mandato; b) el deber de conservar, en caso de peligro, la posibilidad de cumplir con el mandato, y c) el imperativo de mantener la posibilidad de realización del mandato, en tanto subsista esa posibilidad¹⁴⁵.

Las infracciones que no lo sean a las normas primarias, son obligaciones.

b) *IMPUTACIÓN ORDINARIA E IMPUTACIÓN EXTRAORDINARIA*. La distinción anterior entre deber y obligación permite sostener que la violación del deber llevará a una imputación ordinaria, en tanto la de la obligación conducirá a una imputación extraor-

¹⁴⁴ "Doch ist das Aufmerksamkeitsgebot nicht einfach im Rettungsgebot impliziert, so dass es durch eine bloße Analyse aus ihm herausgeholt werden könnte. Die Verbindung ist deshalb zweifelsfrei eine synthetische, aber als plusibel und damit begründet" (Hruschka, *Strafrecht*, p. 398 y 399).

¹⁴⁵ Hruschka, *Strafrecht*, p. 274 y ss.; además puede verse Jubert, *La doctrinas de la "actio libera in causa"*, p. 141.

dinaria. Sin embargo, la violación de la obligación no puede por sí misma fundamentar un reproche autónomo sobre la culpabilidad del sujeto; a lo sumo podrá impedir, por parte del sujeto, una causa de exculpación. La distinción es de real importancia porque funda, sin lugar a dudas, la responsabilidad culposa en casos que hasta el momento eran discutidos. El ejemplo traído es el del médico que ha cometido un error inconsciente y por ello provocó la muerte del paciente. Claro está que la muerte sólo le podrá ser imputada al médico si éste conocía realmente la situación de peligro que su conducta implicaba para la víctima. Si no conocía tal peligro no se le podrá imputar ese resultado. Sin embargo, existe para él la obligación de mantenerse actualizado en su ciencia, y si se le puede imputar su violación, la muerte será responsabilidad suya, pero por la imputación extraordinaria:

Para más detalle, Hruschka cita el ejemplo de quien se pone en estado de necesidad, y durante él mata a otra persona. Existen, claramente, dos prohibiciones: la primera es la de matar, que es un deber jurídico; en cambio, la segunda, que es la prohibición de ponerse en estado de necesidad, es claramente una obligación.

Con esto se está dando también la fundamentación del delito culposos. En el tipo culposos no se castiga la distracción, sino que se castiga la violación, esto es un imperativo hipotético. Dicho de otra forma: al bañero no se lo castiga por un descuido o falta de atención, sino por violar la obligación de salvar vidas.

c) *NIVELES DE IMPUTACIÓN.* Hruschka distingue en este punto dos niveles de imputación. El pri-

mer nivel se da cuando un determinado hecho puede verse como la ejecución de una acción relevante, esto es, sometida a un juicio de antijuridicidad. La imputación secundaria se produce cuando el hecho antijurídico es imputado a la culpabilidad¹⁴⁶.

Si el sujeto, cuando actuó, tenía diversas alternativas, se podrá hacer la imputación del primer nivel. En cambio, si no tenía esas alternativas no se podrá hacer la imputación, excepto que, en la cadena causal, aparezca un momento en que el sujeto tuvo esas alternativas y allí sí se podrá hacer la imputación de primer nivel extraordinaria. En este nivel se requieren: 1) el presupuesto objetivo de imputación de primer nivel –la llamada previsibilidad objetiva *ex ante*–, esto es, que objetivamente no sea previsible el resultado, y 2) el presupuesto subjetivo de imputación de primer nivel, esto es que el autor debe saber lo que hace.

En la imputación de segundo nivel se debe analizar si el sujeto era libre al momento de valoración de la conducta prohibida, y si era libre de comportarse de acuerdo a dicha comprensión. La imputación extraordinaria se dará, en consecuencia, en ambos niveles, cuando el sujeto sea responsable, tanto de no poder evitar la situación como de desconocer los presupuestos de una causa de justificación, o de haberse colocado en estado de necesidad exculpante, o de no conocer el injusto.

Por lo tanto, la consecuencia para la *actio libera in causa* es, a todas luces, lógica y se da tanto en la falta de acción como en la incapacidad de culpabili-

¹⁴⁶ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36, II.

dad, de la misma forma: una manera de imputación extraordinaria y como violación de la obligación.

b) *LOS SISTEMAS DE IMPUTACIÓN ORDINARIOS.* En los llamados modelos de imputación ordinaria se afirma que la *actio libera in causa* no es ninguna excepción al principio de culpabilidad, con lo cual se está afirmando como acción típica aquella que provoca el defecto o la incapacidad de culpabilidad, en tanto sea la acción más cercana de la lesión al bien jurídico¹⁴⁷.

El modelo de la tipicidad vincula el castigo del autor a la conducta que causó la exclusión de la capacidad de culpabilidad o, dicho en otros términos, la relación de imputación se construye sobre la acción precedente. De modo que es por esta primera causa que a la larga provoca el resultado, por el cual el autor deberá responder ya sea dolosa o culposamente.

Por esa razón, en la acción precedente ya se pone en peligro al bien jurídico. Dicho en otros términos, es en la acción anterior en donde se comienza la ejecución del hecho típico. De manera que si el autor se embriaga con el fin de golpear a su amigo, por motivos de venganza, y luego el hecho sucede tal como lo planeó, no hay duda que debe ser castigado por el delito de lesiones dolosas, "por el hecho de embriagarse, pero no por la paliza, pues al castigo por la paliza se opondría la incapacidad de culpabilidad del autor en el momento de ejecución. El embriagarse representa causación dolosa de un resultado, ésta sería el fundamento del castigo por el delito doloso"¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Jubert, *La doctrina de la "actio libera in causa"*, p. 166.

¹⁴⁸ Roxin, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", 1988-27.

Maurach y Zipf, cuando se refieren a este punto, hablan de excepciones aparentes al principio de culpabilidad. En el caso de la enfermera que ingiere una dosis de somnífero, y a raíz de ello no puede auxiliar al paciente, se sostiene que la acción libre consiste en provocar la propia incapacidad de culpabilidad, a pesar de prever la realización del resultado típico. En este caso, los autores exigen un doble dolo. Debe haber dolo al embriagarse (como mínimo dolo eventual) para el hecho principal. De ahí que el requisito principal consiste en que al momento de embriagarse el sujeto esté con total capacidad de culpabilidad, y luego se coloque en condiciones de incapacidad de culpabilidad para, en ese estado, consumir el delito¹⁴⁹.

En el caso de que el acto sea doloso, se exige que exista un doble dolo: primero, la intención debe dirigirse hacia el estado de embriaguez y posteriormente hacia el hecho típico. En términos de Roxin, el autor debe actuar como mínimo con dolo eventual, tanto respecto a la posterior realización del tipo como a la producción del estado de incapacidad. Pues bien, en el momento en que la persona se coloca en incapacidad de culpabilidad comienza la tentativa del autor.

No alcanza, según estos principios, con tener en cuenta sólo el primer acto, sobrentendiendo el segundo, ya que se debe estar a los principios de la teoría del delito.

Bien analizado el problema, se sostiene que no hay violación a las reglas generales del principio de culpabilidad, debido a que el autor, en primer

¹⁴⁹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 36, II.

lugar, anula su capacidad con el fin de cometer el hecho típico. Con ello la persona está eliminando su propia capacidad de controlar el curso causal, a los efectos de entrar en el campo del ilícito.

§ 88. **LA “ACTIO LIBERA IN CAUSA” Y LA AUTORÍA MEDIATA.** – Sin duda existe una semejanza entre esta figura y la de la autoría mediata, en cuanto el autor se utiliza a sí mismo como una cosa que, en el momento del hecho, va a actuar sin capacidad de culpabilidad.

Por ese motivo, y en el marco de los sistemas de imputación ordinaria, que asientan el problema en la acción precedente, hay un grupo de autores que considera la *actio libera in causa* como un subgrupo de la autoría mediata. La persona que se embriaga, afirma Roxin, es, en cierto modo, un autor mediato que utiliza su propia persona, en situación de incapacidad de culpabilidad, como mediador del hecho. Por eso no se diferencia, en principio, del que se sirve de otra persona incapaz de culpabilidad para la ejecución del delito. Las críticas que se han hecho a la teoría de la autoría mediata no tienen en cuenta que no sólo no es necesario que el instrumento actúe ciegamente, sino que hasta es posible que lo haga en forma voluntaria. De modo que en el hipotético caso de no ejecución del plan que se había propuesto el hombre de atrás, habrá un desvío esencial de la causalidad o un exceso del autor inmediato. No se advierte por qué no puede darse igual esquema en la *actio libera in causa*¹⁵⁰.

De modo tal que no hay dificultad para sostener que la *actio libera in causa* presenta una es-

¹⁵⁰ Jubert, *La doctrina de la “actio libera in causa”*, p. 179.

estructura análoga a la de la autoría mediata, que ofrece similares problemas, con la sola diferencia de que, en la *actio libera in causa*, el sujeto de atrás y el que actúa son idénticos¹⁵¹.

§ 89. **ACCIONES CULPOSAS.** – Distinto supuesto se da cuando la *actio libera in causa* es culposa. Es el caso del sujeto que sabe que va a realizar una acción peligrosa para terceros, como es, por ejemplo, manejar velozmente un vehículo y, a pesar de ello, se embriaga, y a causa de ese estado provoca un choque entre vehículos que causa la muerte de una persona; aquí no hay duda de que, dentro del modelo de la tipicidad, se puede seguir razonando con seguridad. La no coincidencia temporal entre el acto imprudente y el resultado que afecta al bien jurídico no afecta al principio de culpabilidad. Lo único que habrá de demostrarse es si la persona que ingirió alcohol sabía que iba a realizar la conducta peligrosa.

Maurach y Zipf traen un tercer caso en donde coinciden el dolo y la culpa: el sujeto, culposamente, se pone en estado de embriaguez, pero con la voluntad de matar a su enemigo.

El tema de la *actio libera in causa* fue tratado por la jurisprudencia de modo no uniforme. En un principio se imputaba el solo embriagarse, en cambio, a partir del plenario “Segura” de la Cámara del Crimen de la Capital, la jurisprudencia se orientó a buscar un nexo entre el autor y el hecho, además de la acción voluntaria de ingerir alcohol (ver fallos en Apéndice, A).

¹⁵¹ Jubert, *La doctrina de la “actio libera in causa”*, p. 184; Roxin, “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, 1988-31.

§ 90. **CONSECUENCIAS DE LA INIMPUTABILIDAD.** – El principio básico es que la persona capaz de culpabilidad será merecedora de una pena; en cambio, al inimputable sólo se le podrán aplicar medidas de seguridad, si es peligroso para sí o para terceros, tal como es explicitado en el art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal. De modo tal, que se puede decir que la culpabilidad es el fundamento de la pena, y la peligrosidad el de la medida de seguridad. Distinto es el caso de los menores, a quienes se les debe aplicar otro tipo de medidas.

Si bien el art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal no es lo suficientemente claro al respecto, tal como se verá cuando abordemos el tratamiento de las penas y de las medidas de seguridad, es necesario adelantar que, tal como está estructurada, la medida de seguridad puede llegar a ser inconstitucional. Como ella se aplica según la peligrosidad para sí o para terceros, y como dicha peligrosidad puede no desaparecer nunca, la medida de seguridad penal puede llegar a ser perpetua, sin tener relación con el injusto del acto. Por este motivo, el incapaz de culpabilidad queda en peor situación que el capaz. Para ello, la medida de seguridad no sólo debe estar en relación con la peligrosidad, sino con el injusto, y no debería durar más tiempo que el máximo de la pena del delito cometido. Luego cesaría la medida de seguridad penal y debería pasar al ámbito civil.

En este aspecto se impone una inmediata reforma al Código Penal, además de que se permita que la medida de seguridad pueda ser cumplida no siempre en encierro, sino también en instituciones particulares, y además que sea progresiva. No se olvide que nada se le reprocha al inimputable.

Todo este sistema de medidas y de penas requiere por consiguiente una reforma, dado que, tal como están reguladas, son totalmente anacrónicas.

C) EL ERROR DE PROHIBICIÓN

§ 91. **CONCEPTO.** – Si se acepta, en principio, que existe en el ser humano una facultad intelectual y una volitiva, o lo que es lo mismo un entender y un querer, también se deberá aceptar que cuando hay un defecto en el conocer, este defecto puede llegar a exonerar la responsabilidad de la persona frente a su acción.

En términos sencillos, Jakobs lo explica de la siguiente manera: “Sólo puede cumplir una determinada orden quien tiene la voluntad de acatar órdenes, es capaz de reconocer que esa orden se dirige a él y además puede conocer qué es lo que hay que hacer para cumplir la orden”¹⁵².

Se podría decir que el autor de un hecho antijurídico se encuentra en error de prohibición, cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad material de su conducta, de manera segura o condicionada. Con lo cual, no puede saber la antijuridicidad de su conducta, o por lo menos para hacerlo debe realizar una actualización de aquel saber¹⁵³.

§ 92. **DESARROLLO HISTÓRICO.** – Anteriormente a las reformas de los códigos penales más modernos, tales como el alemán, el italiano y el español,

¹⁵² Jakobs, Günther, *El principio de culpabilidad*, en “Derecho Penal y Criminología”; n° 50, may.-ago., 1993.

¹⁵³ Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 170.

para nombrar los que han tenido influencia en la doctrina y legislación argentinas (en especial el primero, que diferenció entre error de tipo y error de prohibición, en sus § 16 y 17 respectivamente), la doctrina y la jurisprudencia habían trabajado con tal categoría.

La doctrina había diferenciado entre error de derecho y error de hecho, basándose tanto en el antiguo § 59 del Código alemán como en el art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal argentino.

La idea básica estaba dada por el principio *error iuris nocet*, esto es, que el desconocimiento del derecho no excusa.

Sólo el error de hecho se consideraba como excluyente de la culpabilidad, que estaba representada por el dolo. Por error de hecho debía entenderse aquel que se refería a las características objetivas esenciales, sin atender a su significado jurídico. Bien dice Jiménez de Asúa, apoyándose en Williams, que “generalmente un hecho es algo perceptible por los sentidos, mientras que la ley es una idea en la mente de los hombres”¹⁵⁴. Siguiendo con este razonamiento podemos tratar el caso que el citado autor expone: la persona que yace con una mujer creyendo que tiene dieciséis años y, en cambio, tiene catorce, es claro que tiene un error sobre los hechos. Entonces sólo se admitía, en principio, este tipo de error excusable.

Sin embargo, la cuestión se enturbia en el momento en que buscamos otro tipo de casos. Supongamos, siguiendo a Jiménez de Asúa, que el sujeto se lleva una cosa creyendo que es propia, cuando en realidad ella es ajena. Es evidente que

¹⁵⁴ Jiménez de Asúa, *Tratado*, t. V, p. 329.

el elemento normativo *ajeno* tiene que ver con la valoración, por lo cual hay dudas sobre si estamos frente a un error de derecho o de hecho.

De todas formas primó el principio de que la ignorancia del derecho no exime, ya que el derecho se presume conocido por todos. El principio tuvo gran importancia para Carrara, quien decía: "Es una exigencia política que se presume en el ciudadano el conocimiento de la ley penal que, por otra parte, es deber de todos conocer"¹⁵⁵; y como la cuestión era una exigencia política, la presunción tenía el carácter de *iuris et de iuris*.

La cuestión fue tratada en la doctrina argentina tanto por González Roura, como por Ramos¹⁵⁶, quienes se basaron en el art. 34 del Cód. Penal, que según ellos sólo se refiere al error de hecho, por lo que excluyeron toda eficacia al error de derecho. La jurisprudencia siguió igual camino. Así se sostuvo que "configura el delito de estelionato, la acción del procesado que al vender un departamento, también vendió un juego de muebles que se hallaban prendados, debiendo rechazarse su excusa vertida en la declaración indagatoria al expresar que no actuó con el ánimo de cometer un delito, pues no supuso que su falta de pago podría derivar en una causa penal, explicación que debe diferenciarse del error de derecho, que se halla vedado en el art. 34 del Cód. Penal, que sólo admite como excusa el error o ignorancia de hecho no imputable"¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, t. I, § 258.

¹⁵⁶ González Roura, *Derecho penal. Parte general*, t. II, p. 40; Ramos, *Curso de derecho penal*, t. II, p. 106.

¹⁵⁷ CNCrimCorr, Sala V, 31/3/87, c. 20.636, "González, J. A.".

Como tal solución no era totalmente justa, la doctrina buscó una nueva diferencia. En el caso del error de derecho, se diferenció entre error de derecho penal y error de derecho extrapenal. Éste era asimilado al error de hecho, por lo tanto excluía al dolo, dejando el remanente culposo. En cambio, el error de derecho propiamente dicho no tenía relevancia jurídica y, por ende, el autor no podía escudarse en él. También la jurisprudencia se aferró a esta diferenciación. Se dijo que “incurre en error de derecho extrapenal, quien, ante la amenaza de desocupación de la habitación del hotel que ocupaba, intervierte el título, alegando creerse inquilino –por carecer el hotel de las connotaciones que exige la legislación vigente– e iniciando juicio de consignación, siguiendo para ello el consejo de un profesional del derecho, en una cuestión eminentemente jurídica. El error en que se lo había hecho incurrir es un error de derecho extrapenal, asimilable al de hecho, razón por la cual corresponde absolverlo del delito de usurpación por el que se lo acusara”¹⁵⁸.

Bien se ha dicho que tal distinción no podía ser sustentada, porque en sí era confusa. En principio, fue aceptado que los preceptos del Código Penal prevén el error de derecho, en tanto y en cuanto lo ha creado autónomamente y, por ende, era irrelevante. Si los conceptos eran de otras ramas del derecho, la situación variaba y se permitía la inculpabilidad por error de hecho del autor. Los ejemplos que da Zipf del Tribunal Supremo alemán demuestran la inseguridad de la división¹⁵⁹.

¹⁵⁸ CNCrimCorr, Sala VII, 1/7/85, “Mascali, A.”, inédito.

¹⁵⁹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*,

Casos en que el autor había creído que la cosa hurtada no tenía dueño, o que el autor se había creído con competencia para actuar, que fueron tratados como error de derecho extrapenal, demuestran lo débil de la división. Esta cuestión quedó al arbitrio del tribunal, que decidió que en los casos dignos de castigo se estaba ante un error de derecho, y en los no merecedores de pena, ante un error de hecho.

Fue Tiedemann, quien analizó cómo se llega a la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición¹⁶⁰. El catedrático de Freiburg sostuvo que el error de prohibición depende de la construcción de la teoría del delito en escalones o en etapas, de manera que se pueda diferenciar entre tipo, antijuridicidad y culpabilidad. Esta construcción del delito es usada especialmente en la parte continental de Europa, en contraposición a Inglaterra y a Estados Unidos de América¹⁶¹.

§ 93. **EL PROBLEMA EN LA DOGMÁTICA MODERNA.** — La evolución de la teoría del tipo penal, como se ha visto, concluyó con la adopción de la tesis del injusto personal, que originalmente fue una tentativa de acomodar la teoría al art. 103-2, de la Constitución alemana, aceptándose la tesis de que en

¹⁶⁰ Tiedemann, Klaus, *Der Irrtum über Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe*, en Eser, Albin - Fletcher, George, "Rechtfertigung und Entschuldigung", p. 1003 y siguientes.

¹⁶¹ Sobre el tema se dictó en Alemania un interesante seminario en el que participaron juristas norteamericanos e ingleses. Ahí se advirtió la necesidad de una sistematización de la teoría del delito. Las conclusiones fueron publicadas por el Instituto Max Planck, bajo la dirección de Albin Eser y George P. Fletcher, con el título *Rechtfertigung und Entschuldigung*.

la tipicidad se debía distinguir entre tipo doloso y tipo culposo.

Sobre este esquema se determina la tipicidad y la antijuridicidad, dándose una relación entre ambos de regla-excepción. Esta teoría, sin embargo, tuvo que vérselas con la llamada *teoría de los elementos negativos del tipo*.

En contra de esta teoría, Welzel y, su discípulo, Hirsch sostuvieron que era muy distinto matar a un hombre que a una mosca, lo que inevitablemente lleva a la diferenciación de ambas etapas del delito, de modo que al existir una justificante no desaparece el tipo como tal, sino la antijuridicidad del hecho¹⁶².

Es correcto, tal como dice Tiedemann, afirmar que el tipo de injusto es la materia de la prohibición, y que se puede hablar de una justificación solo cuando existe un hecho típico previo¹⁶³. En este esquema, el tipo penal y la justificación son abstractos y generales. En cambio, el injusto es la contrariedad a las normas en el caso individual y concreto, apareciendo la culpabilidad como algo individual y con relación a ese hecho concreto, sin perjuicio de la construcción realizada con posterioridad por Maurach, seguida en el texto.

La acción pertenece al tipo penal, y ella aparece como contraria a un mandato general. Sobre este punto Bockelmann sostuvo que no hay ninguna relación entre el tipo y el injusto, sino que éste determina la amenaza de pena, y puede ser

¹⁶² Welzel, *Lehrbuch*, § 10, III; Hirsch, *Die Lehre von den negativen Tatbestandmerkmalen*, p. 187, 193 y 210.

¹⁶³ Tiedemann, *Der Irrtum über Rechtfertigungs*, en Eser - Fletcher, "Rechtfertigung und Entschuldigung", p. 1003.

formulado de manera tal que la atipicidad esté en el campo de la ley, de forma que sólo se puede excluir por la ley. Se requiere, pues, una norma especial que excluya la tipicidad de la acción. Esta norma suministra la causa de justificación¹⁶⁴.

En lo que no hay dudas, es en que el tratamiento del error debe ser fundado en la teoría de la atribución.

En este esquema, la dificultad surge en cuanto al tratamiento del error sobre los límites de las causas de justificación, ya que puede ser visto como un error de tipo, o como un error de prohibición, y a veces hasta como un error *sui generis*.

Como se ha analizado (ver § 15 a 24), el sistema entra en crisis con la teoría de la culpabilidad, entendida como normativa; de allí que, a partir de este supuesto, la distinción entre error de hecho y de derecho, tal como se había desarrollado, era incompatible con el avance de la teoría del delito.

En Alemania, la decisión del Gran Senado, del 18 de marzo de 1952, decidió la cuestión, aceptando en forma definitiva la distinción entre error de tipo y error de prohibición¹⁶⁵. En esta trascendental sentencia se sostuvo que la culpabilidad era reprochabilidad. Esto significaba que el autor, pudiendo actuar conforme a derecho, lo hace en contra del orden jurídico. El BGB marca un punto de inflexión en la jurisprudencia, no sólo en Alemania, sino que su influencia termina por extenderse al Tribunal de Casación italiano. La

¹⁶⁴ Bockelmann, citado por Tiedemann, *Derr Irrtum über Rechtfertigungs*, en Eser - Fletcher, "Rechtfertigung und Entschuldigug", p. 1004 y siguientes.

¹⁶⁵ BGB, 2, 194.

Corte de Casación italiana admitió el error de prohibición, debido a que surgía como exigencia constitucional la posibilidad de conocer la norma y desde ella motivarse¹⁶⁶.

El problema surge, entonces, entre la teoría de la culpabilidad en contraposición a la teoría del dolo.

Al seguir la teoría de la culpabilidad, el tribunal alemán solucionaba, por lo menos en la práctica y transitoriamente, el problema del conocimiento actual o potencial del ilícito, llevando su influencia al tema del delincuente por conciencia y al del delincuente habitual.

Si el conocimiento del injusto es potencial se evitan los problemas prácticos a que lleva la teoría del dolo. De todas formas, está entendido que la culpabilidad es equivalente a reprochabilidad y, en consecuencia, a la aceptación de la posibilidad de dirigir la conducta, es decir, la posibilidad de otra conducta distinta de la que se ha realizado; todo ello sin perjuicio de las críticas de las llamadas *teorías funcionales de la culpabilidad*¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Causa "Marchegiani, Mario y otros", 23/3/88, ED, 134-349.

¹⁶⁷ La jurisprudencia argentina, aunque lentamente, ha empezado a usar estas categorías jurídicas modernas, dando solución al problema del error de prohibición evitable. Así se sostuvo que "si bien se halla probado que el procesado no cumplió sus deberes alimentarios, ya que en materia penal se sustrae tanto el que no los entrega en su totalidad, como aquel que lo hace parcialmente; surge, en el caso, un error de prohibición, dado que la circunstancia que la cónyuge de aquél aceptara la forma parcial de cumplir con una obligación durante tiempo, sin que iniciara juicio de alimentos, sino después de largo tiempo, reforzó la postura del error del encartado. La presunción que el derecho es conocido, no es más que una frase, casi sin sentido, si lo que se pretende, en un Estado liberal como el nuestro es que los habitantes se adecuen a las normas libremente. Si el hom-

§ 94. **LA CONCIENCIA DEL ILÍCITO EN LA TEORÍA DEL DOLO Y DE LA CULPABILIDAD.** – Veamos las distintas posiciones¹⁶⁸ al respecto.

a) **TEORÍA ETRICTA DEL DOLO.** Fue delineada por Binding¹⁶⁹, que sigue en lo estricto la distinción entre error de hecho y error de derecho. En ella, la conciencia del ilícito aparece como fundamental en la construcción del delito. Lo que se exige es la culpabilidad del querer maligno. Esto significa, como dice Zipf, lo siguiente: el autor debe haber actuado con una conciencia del ilícito actual, comprobable. Pero de dicha desarticulación de la conciencia de la ilicitud del imperio de las valoraciones (potencialidad) y de su inserción en el imperio de los hechos psicológicos se sigue también la ubicación de la conciencia de ilicitud: se trata de un elemento del dolo y más precisamente de naturaleza constitutiva¹⁷⁰.

bre decide rebelarse en contra de la ley, debe saber previamente que esa ley existe, y ése es el sentido del art. 18 de la Const. nacional.

Aceptado el principio “que el error de prohibición invencible existe en nuestro ordenamiento jurídico y que lleva a la no punibilidad del autor, se podría decir que falta una regulación del error vencible, pero lo cierto es que sí lo está en el art. 35 del Cód. Penal, aplicándose analógicamente dicha pena. En el caso de autos existió un *error evitable de prohibición*, y como la vencibilidad es regulable, al extremo que, en algunos casos, puede tener el efecto de excluir la culpabilidad –situación que en autos no se da–, aparece como más favorable al procesado el hacer jugar analógicamente el art. 35 del Cód. Penal y absorverlo, habida cuenta que el incumplimiento culposo no se da en la ley” (CCrimCorrCap, Sala I, 28/4/89, c. 34.491, “Masini, M.”, inédito).

¹⁶⁸ Schmidhäuser, Eberhard, *Der Verbotirrtum und das Strafgesetz*, “JZ”, n° 11-12, 1979, p. 361 y siguientes.

¹⁶⁹ Binding, *Die Normen*, t. III, p. 289.

¹⁷⁰ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 37.

De ahí que el contenido del dolo es, además del conocimiento de los hechos, el conocimiento del alcance jurídico del actuar. O, como dice Binding, el error de prohibición está en un pie de igualdad con el error de tipo y tiene sus mismos efectos¹⁷¹.

Como consecuencia, si el error era inevitable no habrá sanción; y si era evitable, será la del delito culposo, en los casos en que esté tipificado.

b) *TEORÍA RESTRINGIDA DEL DOLO*. La teoría sigue el camino de ubicar en el dolo la conciencia del injusto, buscando solucionar los casos de manifiesta injusticia. De ahí que se contente con la simple potencialidad de la conciencia del ilícito, como perteneciente al dolo, sin exigir una concreción efectiva, psicológica de éste. Pero como se le puede objetar que de tal modo se estaría equiparando la culpa (la evitabilidad de la falta de conciencia de la ilicitud) al dolo, sólo un alto grado, especialmente reprochable de semejante evitabilidad debe equivaler al dolo¹⁷².

Fue Mezger, con su idea de la ceguera frente al derecho, el que marcó punta en ambos sentidos; en dar el concepto y en admitir los problemas que se creaban con esa fórmula¹⁷³.

¹⁷¹ Binding, *Die Normen*, t. III, p. 301.

¹⁷² Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 37.

¹⁷³ Este sería el criterio seguido por algunos tribunales argentinos al sostener que "el delito de apropiación indebida puede ser exculpado si el agente incurrió en error de derecho o de prohibición (incapacidad para internalizar la antijuridicidad de la conducta), en cuanto el mencionado error es excluyente del dolo" (CPenalSantaFe, Sala I, 13/6/84, JA, 29/8/90).

c) *TEORÍA ESTRICTA DE LA CULPABILIDAD.* Basada doctrinalmente en Welzel¹⁷⁴, y actualmente minoritaria, aunque con fuertes adherentes¹⁷⁵ y seguida por la resolución del BGB, antes mencionada, coloca la conciencia de la ilicitud fuera del cupo del dolo. Éste pertenece al tipo subjetivo que no tiene ningún elemento relacionado a la conciencia del ilícito, tal como se explicitó en el tema del error de tipo. El dolo sólo es el saber y el querer el tipo objetivo, separándose así del llamado *dolus malo*.

La conciencia de la ilicitud es un componente de la culpabilidad, y es un simple juicio acerca de la posibilidad que le ha sido dada al autor de reconocer, en el caso, lo prohibido de su actuar¹⁷⁶.

Como la conciencia de la ilicitud no pertenece al dolo, desaparecida ésta no se aniquila el dolo, pero sí la culpabilidad, en tanto y en cuanto aparezca el requisito de inevitabilidad. Si éste no existe, como queda subsistente el dolo, a lo que se puede llegar es a una disminución de la pena o a su no aplicación, debido a una menor culpabilidad.

También el error sobre los presupuestos de una causal de justificación serán tratados de acuerdo a las reglas del error de prohibición, y es en este punto donde se ha hecho la crítica más fuerte a la teoría estricta de la culpabilidad.

d) *TEORÍA RESTRINGIDA DE LA CULPABILIDAD.* En principio, la teoría restringida de la culpabilidad,

¹⁷⁴ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 168.

¹⁷⁵ Jeschek, *Lehrbuch*, p. 375; Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 40 y 41.

¹⁷⁶ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 37.

seguida por la doctrina alemana mayoritaria¹⁷⁷, parte de los mismos supuestos teóricos que la teoría estricta, es decir, coloca el dolo en el tipo penal, avalorado, que sólo es destruido por el error de tipo, dejando la conciencia del ilícito en la culpabilidad, que sólo desaparece por el error de prohibición.

La diferencia está en la distinción que se hace en el error de prohibición. Si el error de prohibición consiste en el desconocimiento de la existencia de una norma prohibitiva general, deben aplicarse los principios antes desarrollados; es decir, se deja subsistente el dolo y se considera la inevitabilidad o no del error.

En cambio, en los casos del error sobre una causal de justificación o sobre una causa de exclusión de responsabilidad por el hecho, se debe hacer una diferenciación. Si el error del autor consistió en que supuso una circunstancia de hecho inexistente, que en el caso de haber existido pudo excluir el ilícito o la responsabilidad por el hecho, el error debe tratarse como si fuera un error de tipo¹⁷⁸.

En principio queda excluido el dolo, subsistiendo la culpa si el error fue evitable. Si el error, en cambio, fue sobre la naturaleza y ámbito de una causal de justificación o de exclusión de la responsabilidad por el hecho, rigen los principios del error de prohibición.

¹⁷⁷ Roxin, *Offene Tatsbestände*, p. 120; Stratenwerth, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 171; Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 16; Schönke - Schröder - Cramer, *Strafgesetzbuch*, § 16.

¹⁷⁸ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, p. 37.

§ 95. **BASE NORMATIVA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN.** — Definitivamente, el error de prohibición no ha sido regulado por el legislador, salvo en el art. 35 del Cód. Penal. Sin embargo, su concepto surge de la Constitución nacional, habida cuenta que no es posible exigir la motivación del autor en la ley previa si antes no hay un conocimiento de lo prohibido. De ahí que la base del error de prohibición está en el art. 18 de la Const. nacional y en los tratados sobre derechos humanos incorporados a ella. Desde esta perspectiva, y como también la carta magna ha incorporado el principio de libertad, basado en la autonomía de la voluntad (art. 19, Const. nacional), es obvio que sólo es posible castigar a alguien si se le ha advertido previamente de tal posibilidad. De lo contrario, el sujeto estaría libre de actuar conforme a sus principios.

§ 96. **SISTEMÁTICA.** — El error de prohibición se podría conceptualizar como la falta de conocimiento de la antijuridicidad del acto o la falta de conocimiento del ilícito.

Ya Gössel había advertido que en el error nos encontramos con un problema de estructuras ópticas, que se puede diferenciar entre una percepción defectuosa de los hechos y una valoración errónea de hechos que fueron percibidos correctamente. De esta base óptica se deduce la construcción de los dos tipos de errores: uno excluyente del dolo y otro de la culpabilidad¹⁷⁹.

El BGB alemán lo ha conceptualizado como un elemento de la culpabilidad en la sentencia ya

¹⁷⁹ Gössel, Karl, *Über die Bedeutung des Irrtum im Strafrecht*, p. 7 y siguientes.

citada¹⁸⁰, aceptando la doctrina mayoritaria que la conciencia del injusto no integra el dolo y, por ende, que es parte de la culpabilidad, junto con la capacidad de culpabilidad o imputabilidad, que es la teoría que seguimos en este texto.

Debe decirse, además, que la aceptación del error de prohibición es esencial para el principio de culpabilidad, tanto para poner un límite al Estado, como para sentar las bases de una pena justa.

§ 97. **OBJETO Y CONTENIDO DEL CONOCIMIENTO DEL INJUSTO.** – El conocimiento del injusto pertenece a la culpabilidad. En síntesis, el error de prohibición y la capacidad de culpabilidad conforman la culpabilidad propiamente dicha, esto es, la individualización del reproche.

En otros términos, se podría decir que el objeto del conocimiento del injusto, como requisito de la culpabilidad penal, es la antijuridicidad, el injusto de la acción concreta del autor. De ahí que el autor debe conocer y entender la antijuridicidad del acto y, en consecuencia, el desvalor general, pero de ninguna manera el tipo penal concreto que se ha violado. Si se acepta la teoría de las normas, el autor debe conocer la norma violada, su valor, en relación con el orden jurídico, y la seguridad alcanzada¹⁸¹.

En este punto hay que sostener enfáticamente que la capacidad de conocimiento pertenece a la teoría de la culpabilidad. Esta capacidad consiste, como bien lo ha sostenido Horn, en poder reci-

¹⁸⁰ BGB, 2, 194.

¹⁸¹ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, t. I, p. 140 y siguientes.

bir órdenes o en motivarse el autor de acuerdo a las normas. La capacidad de conocer es parte de la llamada *capacidad de motivación*. Esto quiere decir que la reprochabilidad significa capacidad de entender el injusto, de motivarse de acuerdo a la norma, y, por último, de omitir la acción que se intentaba realizar¹⁸².

La conciencia del injusto o del ilícito se encuentra, en principio, en el ámbito intelectual de la persona, y de allí surge el deber de formar la voluntad de acuerdo a la medida del deber puesto por la norma¹⁸³.

La doctrina mayoritaria ha sostenido que no es necesario que esta inteligencia sea actual, sino que es suficiente con que el autor haya podido comprender la criminalidad del acto. Este "poder alcanzar el conocimiento del injusto" es la posibilidad de la inteligencia de tener una representación mínima de analizar si su conducta es o no prohibida¹⁸⁴.

¹⁸² Horn, Eckhard, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, p. 106.

¹⁸³ Sin embargo, la jurisprudencia siguió insistiendo en que el dolo tiene como contenido la conciencia del ilícito. Así se sostuvo que "no se configura el delito de violación de secretos si el procesado desconocía que los documentos que aportaba a un juicio debían guardarse en secreto, y actuando en tal entendimiento, los ofreció como elemento probatorio. Su conducta se basó en un error sobre el elemento normativo del tipo, y en consecuencia obró sin dolo, ignorancia excusable, ya que contaba con asesoramiento letrado, siendo su abogado quien tendría que haberlo alertado sobre la posible comisión de un injusto, evitando el resultado, debiendo destacarse que ni el propio juez advirtió el carácter de los instrumentos, pues los introdujo a la causa" (CNCrimCorr, Sala II, 21/3/91, c. 38.652, "Slamovitz, Héctor", inédito).

¹⁸⁴ Horn, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, p. 106.

El error de prohibición aparece como una deficiente o incorrecta representación del permiso o la autorización de la conducta, así como también un desconocimiento de la prohibición. Es decir, se dan las categorías de error e ignorancia¹⁸⁵.

El conocimiento del injusto puede ser dado en la forma de conocimiento "con". La infracción contra la prohibición no necesita estar en el centro de atención del autor. Como en el dolo, la disminución del grado de presencia no significa un vacío en la exigencia de la representación de la prohibición¹⁸⁶.

El error de prohibición no se dará, en consecuencia, si el autor había contado seriamente con que su acción no fuera prohibida. La decisión en contra del derecho, que es reconocido, hace aparecer la culpabilidad con conocimiento del injusto por parte del autor. Si el autor actúa pensando en una posible prohibición, entonces el error es evitable. El autor actúa, pues, con una seria posibilidad, con un alto riesgo de que su conducta vaya en contra de la prohibición y esto presupone el conocimiento del injusto. Es en este punto donde se va a discutir seriamente la formación del derecho y la posibilidad de disminuir o de excluir la culpabilidad. Según Warda no se está ante un problema de error, sino ante la posibilidad de la inteligencia de tener una representación mínima de analizar si su conducta es o no prohibida¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 28; Kaufmann, Armin, *Fest. für Eb Schmidt*, p. 325.

¹⁸⁶ Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 28.

¹⁸⁷ Warda, Günther, *Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorsstellung über das Vorliegen Strafbareitsausschliessenderinbesondere rechtfertigender Tatumstände*, p. 119 y ss., y

§ 98. **EFFECTOS DEL ERROR DE PROHIBICIÓN.** – En principio, hay acuerdo en sostener que si el error es inevitable se descarta la culpabilidad, sin perjuicio de que el hecho quede como antijurídico. La consecuencia es que la legítima defensa en contra de dicho acto es posible, al ser éste contrario a derecho.

Cuando el error de prohibición es evitable sólo tiene como efecto la disminución de la pena¹⁸⁸, aunque eventualmente, y si el legislador así lo dispone, podría llegarse a la exención de pena. Ello es así porque lo que falta es la conciencia del ilícito en forma actual que, como bien dice Zipf, perjudica al autor debido a que la evitabilidad del error acredita en forma potencial la conciencia del ilícito, por lo que al existir el conflicto o la tensión en sus fuerzas morales debió haber reconocido lo ilícito de su accionar¹⁸⁹.

No hay duda que, desde este punto de vista, en algunos casos la ceguera jurídica o la indiferencia frente a las normas, más que atenuar agravan la situación del autor. Es que es difícil imaginar-

Fest. at für Welzel, p. 499; Horn, *Verbosirrtum und Vorwerfbarkeit*, p. 106.

¹⁸⁸ Por eso se ha dicho que “si el error de prohibición en que alega haber incurrido el imputado era en concreto evitable, o sea, que de haber puesto un mínimo de diligencia no lo habría hecho equivocar, este error no elimina el dolo sino que apunta a la culpabilidad que tiene como antecedente normativo el potencial conocimiento de la antijuridicidad. Equivocándose sobre ella, pero de un modo salvable, no resta el reproche; éste subsiste pero su gravedad es menor y, en consecuencia, la conducta es típica, antijurídica y culpable, sólo que punible en menor escala (CNCrimCorr, Sala IV, 12/11/91, c. 40.167, “Rodríguez Insiarte, M.”, inédito).

¹⁸⁹ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 37.

se un Estado de derecho, en el cual la indiferencia a las normas sea algo permitido.

La dificultad en el ordenamiento jurídico argentino es encontrar el criterio de disminución de pena, ya que no existe norma expresa que lo determine. Bacigalupo había elegido el camino del art. 35 del Cód. Penal, en tanto Zaffaroni el del art. 42, es decir, la escala de la tentativa¹⁹⁰. La primera opción parece la más lógica, aunque siempre interpretando el art. 35 del Cód. Penal como una forma de no exigibilidad, en la cual puede entrar el tema del error de prohibición vencible. Si el juez entiende que el error vencible merece ser considerado como causa de atenuación de la pena, en ese caso, será de aplicación el art. 35 del Cód. Penal; esto es, la escala penal del delito culposos.

La teoría de la culpabilidad (que es la que se sigue en este texto), al ubicar el dolo en el tipo, hace posible tanto la instigación como la participación en el hecho antijurídico, y además deja subsistente la responsabilidad por el hecho.

El error de prohibición no sólo se puede aceptar en el delito doloso de comisión, sino también en el culposos. Sin embargo, es necesario analizar en los delitos culposos, si es posible la aplicación de la teoría de la culpabilidad, ya que, especial-

¹⁹⁰ Zaffaroni sostuvo dicha postura en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad de Belgrano, en 1971 (Zaffaroni, Eugenio R., *El concepto mixto del tipo penal y la ley penal argentina*, en "Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad de Belgrano", p. 114). En ese mismo congreso internacional, Bacigalupo también argumentaba en base al art. 35 del Cód. Penal (Bacigalupo, Enrique, *La fundamentación del concepto de tipo penal en la dogmática argentina*, en "Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad de Belgrano", p. 81).

mente en la culpa consciente, si el deber de cuidado perteneciera al tipo habría que recurrir a la teoría del dolo, o por lo menos a limitar la teoría de la culpabilidad¹⁹¹. Este tema es uno de los tantos que queda abierto, y que será tratado al analizar los delitos culposos.

§ 99. **ESPECIES DE ERROR DE PROHIBICIÓN.** – Se puede afirmar que el error de prohibición se refiere a la falsa representación de la norma de prohibición o a la norma de justificación, de ahí proviene la diferencia entre error de prohibición directo y el indirecto¹⁹².

De todas formas, las clasificaciones varían según los autores. Jescheck, por ejemplo, diferencia entre el error de prohibición directo y el indirecto¹⁹³. El error de prohibición directo es aquel que existe cuando el autor no conoce la existencia de la prohibición. Si el autor conoce la norma, pero la interpreta falsamente, y, en consecuencia, no la refiere a su conducta, o en los casos en que se descarta la norma pues la considera, con referencia a su accionar, como no eficaz, ya que en su opinión el derecho va en contra de un derecho suprallegal, que el autor tiene o supone tener. En el error de prohibición indirecto, el autor supone un precepto permisivo, el cual no existe. Es el caso traído por los autores, en el cual el autor supone el derecho a matar a su esposa infiel, que es encontrada *in fraganti* con su amante.

¹⁹¹ Arzt, Günther, *Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt*, en "ZfStrf", n° 56, vol. 91, p. 55.

¹⁹² Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 29.

¹⁹³ Jescheck, *Lehrbuch*, p. 341.

También puede el autor, estimar mal el alcance de un precepto permisivo, y por eso equivocarse.

Rudolphi distingue el error de prohibición sobre la existencia de la norma, del error sobre el alcance de ella (*die Reichweite*) o la validez (*Gültigkeit*) propiamente dicha de la norma de derecho. En este sentido, el autor del hecho antijurídico cree que su conducta está permitida o que, en el caso de validez de la norma, el error se produce cuando el autor no tiene un verdadero y ajustado conocimiento del orden jurídico, y por eso cree que su conducta no es violatoria del orden jurídico¹⁹⁴.

Zipf distingue tres casos de error de prohibición:

1) El error directo, abstracto o sobre la existencia de la norma, en virtud del cual el autor no sabe de la existencia propiamente dicha de la norma. Es suficiente, en este caso, el conocimiento medio que puede tener cualquier persona —es la llamada *esfera del lego*—, es decir, saber que la conducta se encuentra entre aquellas que se oponen al mandato normativo y que lesiona al bien jurídico. La conciencia del ilícito debe estar referida al tipo penal, de modo que un conocimiento general no alcanza. En este sentido, tiene que ver la conformación de las normas en las personas, por lo que deberá atenderse especialmente la situación de los jóvenes y de los extranjeros.

2) El error concreto o indirecto, en el cual el autor sabe de la existencia de la norma, pero supone que su accionar está permitido.

3) El error sobre una causal de exclusión de responsabilidad por el hecho. En este caso, el

¹⁹⁴ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 17.

error recae sobre la fuerza determinante de la norma. El autor cree que, en el caso, la norma no le es exigible.

a) *ABSTRACTO O DIRECTO*. Este caso se da cuando “el autor sostiene que su actuar es jurídicamente irrelevante, porque supone la falta de una norma o que cree que ella en general no tiene alcance o, por último, que la norma carece de eficacia material”¹⁹⁵.

Veamos algunos ejemplos: el autor cree que tener relaciones sexuales con una deficiente mental no está prohibido; el autor ignora la prohibición de apropiarse de la cosa ajena perdida; el autor cree que la norma es inconstitucional o que ha sido derogada.

El problema del autor por conciencia, si es que se acepta, se trataría de una persona que no ha podido motivarse en la norma, debido a que para él rige la norma moral, de manera que se trataría de un caso de colisión de normas (ver t. 1, Apéndice, punto 3).

b) *CONCRETO O INDIRECTO*. Es el caso del autor que cree que su conducta antijurídica se encuentra justificada por una causal que elimina dicha antijuridicidad. Entran en este punto los funcionarios públicos que creen que deben cumplir las órdenes que son nulas; el padre que entiende que el derecho de educar al hijo le permite castigarlo de manera violenta; los casos en que el autor crea que existe el consentimiento y el supuesto de obediencia debida, cuando el subordinado crea que la

¹⁹⁵ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 37.

orden es legítima y quien manda sepa que no lo es. Si bien Binding había hablado de la transformación de la orden de ilegítima en justificada, la doctrina actualmente, tal como se dijo, insiste en la antijuridicidad de la orden y la inculpabilidad por error de prohibición.

Un segundo supuesto de este error ocurre en los casos en que el autor cree que se dan los extremos fácticos de una causal de justificación.

Cuando el autor cree que está frente a una causal de justificación, y no es así, falta el elemento objetivo (la agresión ilegítima, la necesidad), no así el subjetivo. Por tal motivo no es posible la justificación, atento a que hemos sostenido un concepto mixto de injusto, esto es, integrado tanto por el desvalor de acción, como de resultado. No es este punto discutido, y no hay duda que es éste un caso de error de prohibición.

La discusión se dará no ya sobre si el autor cree que hay una causal de justificación, sino sobre los extremos fácticos de ésta. El ejemplo es la defensa necesaria putativa, en la cual se discute si se trata, en realidad, de un error de prohibición. La opinión mayoritaria considera que sí, sin hacer un tratamiento diferencial, aunque también son de aplicación las consecuencias de la teoría del dolo y, por último, una especie de error *sui generis*. Es el caso de error en la amplitud de las acciones defensivas que se requieren para hacer frente a la agresión, y en la suposición equivocada de estar amparado en una causa de justificación¹⁹⁶.

¹⁹⁶ La jurisprudencia argentina también se ha expresado sobre el punto. Así se dijo que "corresponde absolver al procesado en orden al delito de amenazas, por haber obrado con un error de prohibición que da lugar a una legítima defensa putati-

c) *SUPOSICIÓN EQUIVOCADA DE LA FALTA DE EXIGIBILIDAD*. En este punto entra solamente el estado de necesidad putativo. El autor cree estar en una situación de peligro para su vida, o toma en serio amenazas de muerte. La no exigibilidad no existe en la realidad, sino en cabeza del autor, con lo cual se encontrará en el mismo supuesto visto en el caso anterior.

En cambio, hay consenso en que el error sobre la existencia y requisitos sobre una causa de inculpabilidad no pertenece al campo del error de prohibición.

§ 100. *CASOS DISCUTIDOS DE ERROR DE PROHIBICIÓN*. – Podemos presumirlos en los siguientes.

a) *EL ERROR SOBRE LA PUNIBILIDAD*. Para el conocimiento del injusto es exigido el conocimiento de la prohibición. El autor no necesita saber que la infracción es amenazada con pena; de ahí que la opinión mayoritaria sostiene que el puro error sobre la punibilidad no es aceptado¹⁹⁷.

Sin embargo, como bien dice Krumpelmann, el desconocimiento de la sanción penal puede ser un indicio del desconocimiento de la prohibición, por lo cual puede tener relevancia¹⁹⁸. De todas

va, ya que hállese probado en autos que el imputado sufrió por lo menos un grave incidente de robo, en cuyo transcurso dio muerte a quien intentaba penetrar en su casa; siendo perfectamente probable que una persona de cierta edad que ha vivido situaciones altamente traumáticas, puede estar predispuesta a reaccionar defensivamente con exceso" (CNCrimCorr, Sala VI, c. 14.915, "Cemborain Medina", inédito).

¹⁹⁷ Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 29.

¹⁹⁸ En esa opinión se embarca Bacigalupo, *Manual*, p. 153; *Tipo y error*, p. 69 y ss., y *Delito y punibilidad*, p. 169. En esta

formas, el error sobre la punibilidad tiene significación en cuanto a la medición de la pena, pues debe analizarse dentro de sus parámetros de aplicación.

b) *PROBLEMAS DEL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL CASO DE AUTORÍA.* Parte de la doctrina (en contra Kaufmann) ha sostenido que no obra el autor por convicción o por conciencia con error de prohibición, ya que él conoce el derecho vigente y, por lo tanto, el injusto del acto¹⁹⁹.

Sin embargo, la reflexión de desvalor puede conducir al error de prohibición cuando el autor está consciente de que ello va contra sus derechos fundamentales. Es decir, contrapone el injusto con la norma fundamental sosteniendo que la prohibición va en contra de esta última. De modo que le es imposible la motivación en la norma²⁰⁰ (ver t. 1, Apéndice, punto 3).

c) *EL DELINCUENTE HABITUAL.* En los casos de delinquentes habituales, que sistemáticamente violan la ley, se entiende que más que un error hay una violación a la norma, en cuanto el sujeto, conociéndola se rebela contra ella, desoyendo los

última obra sostiene que "si la prevención general se entiende como acción inhibitoria ejercida por la amenaza penal, parece claro que la conciencia de la punibilidad sería un elemento necesario para la realización del efecto coactivo de la amenaza".

Y en la p. 169 *in fine* afirma: "Sólo se justificaría la intervención preventivo-especial del Estado frente a un autor que no sea capaz de reaccionar inhibiéndose ante la amenaza de pena". En la p. 171 expresamente dice: "En lugar de tomarse en cuenta la conciencia de la antijuridicidad, habrá que considerar la conciencia de la punibilidad".

¹⁹⁹ Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 30; Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 17.

²⁰⁰ Kaufmann, Armin, "ZStW", 80-40.

valores sociales imperantes. Esto no puede ser justificado por un Estado de derecho, en sentido democrático.

d) *LA JUSTIFICACIÓN PUTATIVA*. La suposición de la existencia de una norma permisiva, según la opinión mayoritaria, es un error de prohibición²⁰¹. Sin embargo, la discusión reside en cómo tratar la cuestión de la errada suposición de las circunstancias de hecho que dan pie a la justificación. Este caso será designado como justificación putativa, o error en el tipo permisivo, o error sobre los requisitos de la justificación. Aquí la discusión consiste en si se debe regular el caso por los principios del error de prohibición o por los del error de tipo, o como un error sobre el tipo permisivo o un error especial.

La jurisprudencia alemana comenzó tratando el tema de la justificación putativa como un error de tipo, excluyendo al dolo, considerando el defecto en el cuidado como un error de tipo, poniendo esto en el campo de la imprudencia. Los argumentos, para la decisión de excluir el dolo, son que el autor había tomado todas las circunstancias en su conciencia y, por ende, los elementos de la permisión habían sido satisfechos. La consecuencia de la exclusión del dolo es que la participación en una justificación putativa en el acto, según los § 26 y 27 del Cód. Penal alemán no era posible²⁰².

En cambio, la doctrina siguió otros caminos a los efectos de fundar el error en este punto.

²⁰¹ Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 40.

²⁰² Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 41, nota 129.

1) *TEORÍA DE LOS ELEMENTOS NEGATIVOS DEL TIPO.* Sostuvo lisa y llanamente la aplicación de las reglas del error de tipo a la justificación putativa, de manera que una especial regulación en el fundamento no era necesaria. El tipo de injusto comprende, al lado de los elementos del tipo, también elementos negativos del injusto, que en el caso de suposición errada hace desaparecer el dolo general. También en el tipo de injusto hay conocidos elementos negativos, y la teoría encuentra un fuerte argumento, en cuanto a que tales elementos de justificación a menudo no son sencillamente limitados²⁰³. La teoría de los elementos negativos del tipo ha sido desarrollada, en España, por Gimbernat Ordeig²⁰⁴.

2) *TEORÍA ESTRICTA DE LA CULPABILIDAD.* Cuando esta teoría examina la justificación putativa la ve sin limitación, como un error de prohibición. Con el conocimiento de la justificación, la acción del autor tiene un final, una valoración, que quiere realizar y su representación sobre la situación jurídica en base al derecho vigente²⁰⁵. Se siguen las normas generales del error de prohibición, en el sentido que al abarcar el dolo solo a los hechos del tipo penal, no hay duda de que en el caso a estudio existe una conducta dolosa, tanto para el error evitable como para el inevitable. Por lo tanto, quien actúa creyendo que es atacado y no lo es,

²⁰³ Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 44; ver además, Weber, *Fest. für Mezger*, p. 185; Engisch, Karl, "ZStW", 70-583; Schaffstein, *Fest. für Gottinger*, p. 183 y siguientes.

²⁰⁴ Gimbernat Ordeig, Enrique, *Introducción a la parte general del derecho penal español*, p. 34.

²⁰⁵ Kaufmann, Armin, *Fest. für Welzel*, p. 399; Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 45.

está convencido que su conducta no está prohibida y, en consecuencia, el error es de prohibición, con los resultados ya conocidos: si es inevitable se excluirá la culpabilidad, y si es evitable, habrá una disminución de la culpabilidad.

En esencia, el orden jurídico sólo manda o prohíbe efectos sobre la representación del plan de la conducta. Si una justificación se da o no, no depende de la representación del autor, sino de su real existencia. La severa teoría de la culpabilidad realiza una distinción entre injusto y culpabilidad, de modo que no queda descartado el tipo doloso. El desvalor no sería sólo la parte subjetiva de la acción, sino que contiene también su momento objetivo. La conciencia subjetiva de la justificación puede equilibrar el desvalor objetivo, disminuyendo o eliminando la culpabilidad del autor²⁰⁶. La posibilidad de disminución de la pena, en estos casos, sería sólo facultativa para el juez.

3) *TEORÍA RESTRINGIDA O LIMITADA DE LA CULPABILIDAD*. Esta teoría sostiene una posición similar a la teoría de los elementos negativos del tipo. Acepta que no es un error de tipo, pero les aplica las reglas de tal error²⁰⁷. Con esto se está diciendo que los errores sobre una situación de justificación deben ser considerados como si fueran errores de tipo. Esto es posible frente al error vencible, ya que el sujeto, frente al error sobre los hechos, no

²⁰⁶ Kaufmann, Armin, *Fest. für Welzel*, p. 399; Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 46.

²⁰⁷ Eser, Albin, *Juristischen Studienkurs. Strafrecht I und II*, t. I, n° 14; Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 418; Schönke - Schröder - Cramer, *Strafgesetzbuch*, § 16, n° 14.

observó el cuidado debido, con lo cual el hecho final se debe a su imprudencia. Pero no puede decirse lo mismo si el error es invencible, ya que no hay paralelismo alguno.

4) *LA TEORÍA DE DREHER.* Una tercera opinión defendida por Dreher²⁰⁸, une la consideración de la estructura con la consideración del valor y comprende la justificación putativa como una especie diferenciada y, por ende, como un caso no regulado de error de prohibición. Estructuralmente se diferencia la justificación putativa del error de prohibición, mediante el problema del error de subsunción. También en la proposición permisiva son clasificados o incluidos una norma de derecho y las circunstancias de hecho, el objeto de la voluntad de realización y también el objeto de una cuidadosa realización del acto. El error sobre la circunstancia del hecho muestra una estructura paralela al error sobre las circunstancias del injusto. El error sobre la existencia de proposición permisiva rechaza la utilización de estructuras del error de prohibición.

Con respecto a la falta de una circunstancia de justificación sólo podría darse un defecto en la falta de cuidado, no pudiéndose comparar este caso con el delito doloso. Una equiparación con el caso del error de tipo es rechazada por esta teoría, debido a las consecuencias que se derivan para la política criminal. Para el derecho alemán vigente se adopta una utilización del error de tipo, pero acentuando que es la regulación actual. La responsabilidad es limitada, pero no sobre la utilización de la existencia del tipo de imprudencia,

²⁰⁸ Dreher, Eduard, *Fest. für Heintz*, p. 223 y siguientes.

como sería la utilización del § 16 del Cód. Penal alemán²⁰⁹.

§ 101. **DISTINCIÓN ENTRE EL ERROR DE PROHIBICIÓN EVITABLE Y EL INEVITABLE.** – La esencia de la evitabilidad en el error de prohibición reside en la idea del “poder-conocer” (*Erkennen-Können*) la antijuridicidad de la conducta concreta. Para la doctrina dominante en el caso del error de prohibición evitable, el autor es culpable porque no ha utilizado la capacidad de reconocer la antijuridicidad de su acto, y con ello ha perdido la posibilidad de reconocer el deber a que su conducta estaba sujeta. El no utilizar su poder (*Können*) lo ha llevado a no saber que, en el caso concreto, con su actuar lesionaba el deber jurídico al que estaba sometido²¹⁰.

Sin embargo, el problema de la evitabilidad debe ser separado del problema de la culpa en que incurre el autor, al no interiorizarse de la norma prohibitiva. Se trata, más bien, de un problema de hecho, por lo cual debe quedar claro que el no representarse no implica estar en error²¹¹. No obstante, la teoría rechaza un deber de informarse, de modo que análogamente al caso de una seria dificultad en la capacidad de culpabilidad, el juez debe analizar cuáles fueron las causas que llevaron al sujeto a no reconocer el mandato normativo²¹².

²⁰⁹ Ver un criterio cercano a éste en, Maurach - Gössel - Zipf, § 38, III.

²¹⁰ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 17.

²¹¹ Ver otra opinión en Krumpelmann, *Die strafrechtliche*, p. 34.

²¹² Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 144 y ss.; Horn, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, p. 69.

Se puede sostener que el conocimiento del injusto, desde la perspectiva de la evitabilidad del error de prohibición, se dirige generalmente a la capacidad del autor para poder omitir su proyecto antijurídico. La idea esencial es si el autor se pudo motivar o no, basándose en la norma. En el fondo del problema está la cuestión de si el autor se representó como posible la antijuridicidad de la acción. Si se comprueba esta capacidad de omitir el injusto, entonces la culpabilidad está asegurada.

Como se ve, el problema es el *quantum* de culpabilidad de la persona, analizada ella según este particular punto de vista. Quien es consciente de que su proyecto es posiblemente prohibido, es capaz de entender el injusto. De ahí que quien se representa la prohibición de su acción es capaz de informarse del específico injusto de ella.

Si el sujeto tiene esta capacidad de conocer el injusto, debe entonces buscar la ayuda, el criterio objetivo para poder llenar el vacío intelectual de manera de poder actuar jurídicamente. Lo decisivo en el tema es si el autor no omitió la acción antijurídica, a pesar de que podía haberlo hecho. La distinción entre el error evitable y el inevitable está en la conciencia que el sujeto debe tener sobre la antijuridicidad; no pasa el problema por la capacidad del autor, distinta a la capacidad general, que se exige para la culpabilidad. La culpabilidad presupone que el autor sea capaz de comprender la antijuridicidad de su acción²¹³.

Por tanto, culpabilidad significa, en este sentido, no sólo poder omitir su acción antijurídica,

²¹³ Horn, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, p. 122; Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, p. 144 y siguientes.

sino además que esa omisión se base en el conocimiento específico de la prohibición de su conducta. Desde esta perspectiva, tanto la capacidad de culpabilidad como el problema de la evitabilidad del error de prohibición deben su existencia a una exigencia del principio de culpabilidad. El reproche de culpabilidad exige la capacidad del autor, de forma tal que reconozca la antijuridicidad material de su acto. En el caso de la evitabilidad del error de prohibición se estudia si un autor ha procurado averiguar si su conducta era o no antijurídica. Decisiva, en este punto, es la previa existencia de valores y la posibilidad objetiva de información del autor del hecho.

En el caso de la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, se analiza si el autor tiene capacidad o está impedido (por problemas biológicos o psíquicos), de comprender la prohibición, y en caso de que así sea se produce un auténtico error de prohibición. En el tema de la imputabilidad se trata, entonces, de analizar si de acuerdo a su libertad psíquica podía o no alcanzar el conocimiento del injusto o, por un conocimiento previo, poder activarlo.

Sin embargo, entre ambos institutos existe una diferencia esencial. En la capacidad de culpabilidad, el autor tiene la libertad para poder realizar el acto contrario a la norma, lo que se llama *capacidad general de la inteligencia*. En cambio, en el tema de la evitabilidad en el error de prohibición se analiza si el autor, de acuerdo a su capacidad intelectual, tenía la posibilidad de reparar o salir del error, y esto es, sin dudas, independiente del problema de la libertad o no del autor²¹⁴.

²¹⁴ Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 200.

a) *REQUISITOS DE LA EVITABILIDAD*. Son los siguientes.

1) El autor debe tener una clara posibilidad de conocer la antijuridicidad de su conducta.

2) El autor debe haber tenido la ocasión concreta de saber la recta posibilidad de su acción, inversa a la asumida luego en contra de la norma. En el caso de que ésta falte, el autor no ha podido tener dudas y, en consecuencia, tampoco ha tenido la posibilidad de informarse adecuadamente sobre la cualidad de su acción y la juridicidad o no de su conducta.

3) Al autor le debe ser exigible la posibilidad de conocer la antijuridicidad de su conducta.

b) *EVITABILIDAD DEL ERROR DE PROHIBICIÓN Y COMISIÓN DEL ACTO ANTIJURÍDICO*. El autor debe tener una causa o motivo para dudar o razonar sobre la cualidad de su conducta, y por tanto informarse antes de actuar o buscar el consejo de un tercero²¹⁵.

El autor debe contar con un medio apropiado para conocer la antijuridicidad de su conducta; se entiende que nos referimos a su fuerza espiritual, para poder conocer lo prohibido²¹⁶.

La conciencia del autor no es, en principio, fuente de conocimiento²¹⁷. Sólo aparece como la capacidad del autor tanto para recordar o saber

²¹⁵ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 17, 30.

²¹⁶ Rudolphi, *StGB, Systematische Kommentar*, § 17, 30; Horn, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, p. 84 y siguientes.

²¹⁷ Aquí debe analizarse la teoría tomista o católica, sobre el tema, en el cual la conciencia de los hombres aparece como fuente de conocimiento. Recuérdense las palabras de San Pablo cuando hablaba de que la ley natural estaba en el corazón de los hombres.

que su conducta es desaprobada, pero siempre desde el punto de vista del conocimiento.

De lo expuesto se deduce que, en algunas oportunidades, no basta con la sola reflexión de la persona, por lo que necesita para su decisión que alguien entendido en el problema le diga si su conducta es o no antijurídica. En este caso no juega tanto la capacidad del autor para poder conocer la existencia, alcance y validez de la norma violada, sino la aptitud y fidelidad de la persona que la aconseja. Esta información de la persona entendida, que lleva a la decisión del autor, facilita el conocimiento sobre la antijuridicidad del hecho, aunque en otros casos, como es obvio, la puede dificultar, de allí que sea necesario analizar cuando la conducta es adecuada a la medida exigida por el derecho²¹⁸. En estos casos, al autor sólo le es exigible el actuar conforme al examen sobre la ley, en base a la información que la persona entendida le ha dado, o sobre la decisión jurisprudencial en que se basa. Si la ley, la decisión jurisprudencial o el informe son competentes, y la decisión ha sido realizada de acuerdo a derecho, el error es inevitable. Se pueden analizar tres casos.

1) Si el autor ha tomado como base decisiones jurisprudenciales de tribunales superiores, o decisiones de la Corte Suprema de Justicia, el error es inevitable, salvo que se pruebe que el autor conocía decisiones jurisprudenciales en contra de su conducta, situación que lo vuelve a colocar en la situación de duda con respecto a la validez de su conducta.

²¹⁸ Maurach - Gössel - Zipf, *Derecho penal. Parte general*, § 38, III.

Distinta es la solución cuando las decisiones son de distintos tribunales, pero de distintas jerarquías. En estos casos, la inevitabilidad del error sólo existe si el autor se basó en lo dicho por los tribunales de mayor jerarquía.

2) En cuanto al informe o consejo, es de confianza cuando proviene de una persona que ha hecho un examen objetivo, tanto de los deberes que surgen de las situaciones en juego, como de la jurisprudencia existente. En estos casos no existirá culpabilidad y, como consecuencia, el hecho no será punible. Distinto es cuando existen varios informes contradictorios sobre la cuestión, en cuyo caso el autor deberá abstenerse de actuar, ya que vuelve a ponerse en duda la licitud, de modo que, en caso de actuar, el error será vencible, con el efecto de que la culpabilidad se disminuye, tal como lo sostiene la doctrina dominante.

3) En los casos de omisión, el problema del error inevitable aparece si un tercero ha dado su opinión sobre la conducta ajustada a derecho que la persona debe realizar.

a) Al autor le es exigible la búsqueda de un informe. Sin embargo, dicho informe no le será exigido si su conducta aparece basada en una ley que posteriormente y por distintas razones es nula o inconstitucional, o de una jurisprudencia luego derogada, que ha llevado al autor a formarse una recta opinión.

b) En cambio, si el informe le permitió conocer la antijuridicidad de su acción, la discusión será sobre la naturaleza del informe, y si éste es serio, deberá la persona omitir su acción.

Las consecuencias que se pueden deducir son las siguientes.

1) Si había una obligación de informarse, o se podía con facilidad descubrir la antijuridicidad de la conducta, el error será evitable.

2) Si el informe solicitado ha confirmado que la conducta es jurídica, la solución es la inevitabilidad y, por ende, el resultado es la no punibilidad de la conducta.

3) En la duda, si bien algunos autores sostienen que rige el principio del *in dubio pro reo*, se volverá a plantear el problema de la actividad.

4) El error será evitable si de la información obtenida se llega a la conclusión de que la conducta sería posiblemente antijurídica.

La teoría de la culpabilidad ha entendido, finalmente, que en el error de prohibición evitable la culpabilidad del autor queda subsistente. Lo que excusa es la atrofia excepcional del sentido de lo jurídico. En la evitabilidad, de lo que se trata es de una distinción cualitativa, que lleva a una menor culpabilidad, ya que existe conocimiento del injusto. La ley, en estos casos, puede tener en cuenta esta menor culpabilidad, a los efectos de imponer una pena menor. Sin embargo, al ser facultativa la disminución de pena, tal como lo regula el Código Penal alemán, se borra la seriedad del límite, y se arroja una sombra de duda sobre la realidad del principio de culpabilidad, al que tampoco escapa la teoría del dolo.

La dificultad en el Código Penal argentino reside en la aparente falta de regulación del error de prohibición vencible. Zaffaroni sostuvo que el concepto de dolo no surgía del art. 34, inc. 1º, Cód. Penal, sino del art. 42. Basándose en ello afirmó la no contrariedad del sistema argentino con el error de prohibición, remitiéndose a los arts. 41 y

80, párr. último²¹⁹. En cambio, Bacigalupo basó el error evitable en el art. 35, y en los casos en que no existiera el tipo penal culposo, se debería hacer una remisión a los arts. 44 y 46, en una interpretación analógica a favor del imputado²²⁰. En los pocos fallos que se han encontrado sobre este punto, la jurisprudencia ha tomado partido por esta última posición²²¹.

§ 102. **DERECHO PENAL ESPECIAL E INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS.** – Bien dice Jescheck, que idénticos principios se aplican también al enjuiciamiento de la evitabilidad del error de prohibición en el llamado derecho penal especial y en el derecho de las infracciones administrativas, de manera que no hay necesidad de pasar en este ámbito a la teoría del dolo.

a) **PROBLEMAS GENERALES.** Afirma Jescheck que hay tres caminos para solucionar las dificultades que aparecen en este ámbito. En primer lugar, la interpretación puede revelar que, en determinados preceptos, el legislador quiso limitar la aplicación del tipo doloso a los supuestos de conocimiento positivo de la prohibición. En segundo lugar, es necesario recordar que en el ámbito del derecho penal especial y en el derecho contravenacional, hay mayores exigencias en el deber de informarse para quienes pertenecen a aquel sector

²¹⁹ Zaffaroni, *El concepto mixto del tipo penal*, "Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad de Belgrano", p. 120.

²²⁰ Bacigalupo, *La fundamentación del concepto de tipo penal*, en "Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad de Belgrano", p. 100.

²²¹ CCrimComCap, Sala I, 28/4/89, c. 34.491, "Masini", inédito.

de la vida al que corresponde la regulación especial. El ejemplo de la persona que alquila vivienda, es que debe informarse de la regulación existente al respecto. En tercer lugar están los casos en que el autor, si bien actuó dolosamente, ha vulnerado deberes de información meramente formales o técnicos.

b) *ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE DERECHO TRIBUTARIO.* Es útil referir algunos casos a nivel intervencional.

1) Tribunal Superior alemán ha sostenido, en un fallo referido al problema de la prohibición de azucarar el vino, “que una violación de la prohibición de azucaramiento del vino, de acuerdo al § 3, 1, de la ley respectiva, demuestra que el autor ha tenido desde el principio la intención de sobreazucarar, mediante el ocultamiento de otros vinos”. El Tribunal dijo que, probada la intención dolosa del autor, se debería probar el defecto de conciencia del autor, y éste se dará si, a pesar de un exigible esfuerzo en el examen de la antijuridicidad de su acto, no pudo llegar a convencerse. Para ello se requiere un esfuerzo de su conciencia y que, en caso de duda, haya buscado el consejo de un experto. De modo que el planteo se reduce a analizar si al autor le era exigible, a raíz de su proyecto de azucarar, un serio análisis de la ley respectiva.

Sobre este fallo ha expresado Cramer que, en el problema de la evitabilidad del error, se debe exigir que el autor se haya instruido sobre la prescripción y se haya conformado con la posibilidad de la falta al derecho (condicionada conciencia del injusto)²²².

²²² Citado por Roxin, *ESJS Strafrecht Allgemeiner Teil*, p. 120.

2) La Corte norteamericana ha sostenido en el caso "Cheek"²²³ que "la regla general de que la ignorancia de la ley o el error de derecho no constituye defensa en juicio penal". Según este fallo, el criterio fue aplicado en los casos "Estados Unidos v. Smith" (1820); "Barlow v. Estados Unidos" (1833); "Lambert v. California" (1957), y "Liparota v. Estados Unidos" (1985). Y esto está basado en la noción que la ley es definitiva y conocida, de modo que el *common law* presumía que todas las personas conocían la ley. Esta regla también fue aplicada por la Corte en el caso "Estados Unidos v. Internacional Mineral & Chemical Corp" (1971).

Sin embargo, debido a la proliferación de estatutos y regulaciones que dificultan comprender el justo cumplimiento de todos los deberes y obligaciones impuestas por las leyes tributarias, el Congreso ha tratado de suavizar el principio del *common law*, haciendo de la intencionalidad al violar la ley un motivo de ciertas penalidades tributarias en lo federal. Por lo tanto, el autor debe haber violado *intencionalmente* o *con premeditación* el deber de cumplir con las leyes tributarias.

De este modo, en el caso "Cheek", citando "Estados Unidos v. Murdock" (1933), la Corte dijo: "El Congreso no ha tenido la intención de establecer que cualquier persona por una razón de buena fe, al hacer una mala interpretación de cuáles son sus responsabilidades, con respecto a sus obligaciones impositivas o su deber de llenar una declaración, o de lo adecuado de los *records* que esa persona haya mantenido, pueda convertirse en un criminal

²²³ Corte Suprema de Estados Unidos, "Cheek v. United States", 1991, 112 L. Ed. 2d. 617, *Reports*, p. 625 y siguientes.

por la propia falta de no saber actuar de acuerdo al *standard* de conducta prescripto por la ley”.

En ese camino, la interpretación de la Corte de los Estados Unidos de América sostuvo que el acusado tenía derecho a ser instruido con respecto a si había actuado de buena fe basado en su propia creencia. En el referido fallo “Murdock”, la Corte interpretó que el término *intencionalmente*, tal como es utilizado en los estatutos penales tributarios, generalmente significa realizar un acto con mala fe o con una motivación maligna, con lo cual no distinguió entre dolo y consecuencia del ilícito.

En el caso “Estados Unidos v. Bishop”, el término *intencionalmente* tuvo la connotación de *una violación intencionada y voluntaria de un deber legal*.

Como bien lo dice la misma Corte norteamericana en los casos “Bishop” y “Pomponio”, la palabra *intencionalidad* se debe interpretar como “una violación voluntaria e intencional de un conocido deber legal”.

De modo que la Corte razonó que la intencionalidad, vista desde esa perspectiva, requiere que el Estado pruebe que la ley impuso al acusado tal deber, de modo que el acusado haya estado seguro de que ése era su deber y que, voluntaria e intencionalmente, lo violó.

En el caso “Cheek”, el imputado argüía que el salario no debía ser tomado como renta. El jurado en este caso tenía la libertad de considerar cualquier evidencia admisible que demostrara que Cheek fue realmente consciente de que su deber era mandar su declaración impositiva, y de que su salario era considerado como renta, y que estaba consciente de las previsiones relevantes del

Código o de sus regulaciones, y también de las decisiones de los tribunales rechazando su interpretación de las leyes impositivas, y de los reglamentos autoritarios del régimen tributario. El jurado podía admitir como evidencia cualquier otro contenido de su declaración personal de impuestos, incluyendo formularios y folletos de instrucciones que demostraban claramente que su salario estaba computado como renta.

Cheek sostuvo que él creía de buena fe que merecía ser absuelto, porque entendía que pagar sus impuestos era inconstitucional y, por lo tanto, no se le podía imponer legalmente ningún deber del cual él no hubiera estado consciente.

La Corte sostuvo que Cheek pagó sus impuestos por años, participó en varios seminarios y, luego de estudiar el tema, llegó a la conclusión que, desde el punto de vista constitucional, no debía pagar impuestos. Sin embargo, el juez preopinante afirmó que el acusado no usó los mecanismos a su alcance, tales como el de reclamar ante los tribunales y atenerse a sus decisiones; o solicitar el reembolso, y si éste le hubiera sido denegado, acudir a la justicia con un reclamo constitucional. Podía además haber presentado su reclamo ante el Tax Cour, y luego ante el tribunal superior. Cheek, dijo el tribunal, no hizo ninguna de las dos cosas por algunos años, y cuando se decidió no quiso aceptar las consecuencias. Desde la óptica del tribunal, Cheek no está en posición de hacer el reclamo con respecto a su buena fe sobre la validez del Código Tributario, donde niega la intencionalidad o provee una defensa a la prosecución penal bajo los reglamentos.

De modo que el tribunal sostiene: "Es por eso que mantenemos que, en casos como éste, las opi-

niones del acusado sobre la validez de los estatutos impositivos son irrelevantes en lo que hacen a la cuestión de la intencionalidad, y ellas no debieran ser escuchadas por el jurado, y en el caso que así sucediera serán debidamente instruidos a hacer caso omiso de ellas”.

No obstante, se anula la sentencia del tribunal de apelación, ya que fue erróneo instruir, por su parte, al jurado sobre las creencias del peticionante de que el salario no constituía renta, de que no era contribuyente, según lo que esto significa para el Código impositivo, y que todo ello no debería haber sido tomado en cuenta por el jurado para establecer si Cheek actuó intencionalmente o no.

En cambio, el juez Scalia, basándose en “*Marbury v. Madison*”, expresó que “es bastante poco probable decir que un estatuto al que uno cree inconstitucional represente un conocido deber legal”, y agregó: “Encuentro difícil entender cómo puede uno derivar de la sola palabra *intencionalmente*, la proposición de que la creencia en la no existencia de una prohibición legal excuse la responsabilidad, pero la creencia en la invalidez (inexistencia legal) de una prohibición no lo haga. De modo que la palabra *intencionalmente* se refiere a ser conscientes tanto del acto como de su ilegalidad. Pero me parece que es imposible decir que la palabra se refiere a ser consciente de que algún texto legal existe, sin estar consciente que ese texto legal genera obligación, con la creencia de buena fe que dicha ley no es una ley válida”.

En cambio, el juez Blackmann sostuvo que le era incomprensible que hoy en día, después de setenta años de sistema tributario, un contribuyente de mentalidad competente se defienda aduciendo que el salario no forma parte de su renta, y que

nada tiene que ver con la creencia en un culto que dice lo contrario, y que aconseja a los incautos a no pagar los impuestos.

3) La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido una posición, en cierta manera dubitativa sobre el punto, aunque exigiendo el respeto al principio de culpabilidad. En la causa "Morillas" (ver este fallo en Apéndice, B) sostuvo que "sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente".

En la causa "Buombicci" (ver fallo en Apéndice, B), la Corte Suprema revocó el fallo de primera instancia que había dejado sin efecto la sanción de clausura dispuesta por la Dirección General Impositiva, en virtud del art. 44 de la ley 11.683.

El juez había basado su fallo en que, si bien el hecho cometido por la imputada estaba probado, había que absolver debido a que mediaba ignorancia o error de derecho respecto de normas de inferior jerarquía a la ley dictada por el Congreso de la Nación. Por lo menos éste es el argumento en cuanto al tema del error, que ahora nos interesa. La Corte dijo que sólo se le puede imponer pena a una persona, en tanto ella sea culpable, esto es, que el hecho se le pueda atribuir tanto objetiva, como subjetivamente. La mayoría de la Corte sostuvo que el error de derecho a que acudía la sentencia, en cuanto a la res. 3118 de la Dirección General Impositiva no tiene el efecto que el juez de primera instancia le ha dado, en tanto el art. 44 de la ley 11.683 remite a la norma complementaria para integrarla con un elemento de hecho cuya especificación se defiende al poder administrador, sin que ello suscite objeción de carácter constitucional.

Al argumento del error de derecho, basado en el fárrago de resoluciones que se dictan a diario, la mayoría de la Corte sostuvo que “sin embargo, de no haberse declinado la tarea de examinar la tan mentada res. gral. 3118, se habría apreciado que desde la fecha de su dictado –1º de febrero de 1990– hasta el procedimiento de constatación que encabezan las actuaciones –25 de septiembre de 1990–, lapso más que suficiente para anoticiarse de su existencia, aquélla no sufrió modificaciones que pudieran suscitar error en el cumplimiento de los recaudos señalados en la instrucción”.

Agrega la Corte que “la tan mentada equidad tributaria se tornaría ilusoria de no mediar, al menos, el cumplimiento de los deberes formales establecidos en cabeza de quienes tengan responsabilidad impositiva”.

Fue quizá la disidencia del doctor Boggiano la que aclaró el tema, al decir: “Que, por último, resulta arbitrario el pronunciamiento en cuanto al eximir de la sanción considerando el error de derecho del contribuyente, se basó en la pauta general que implica la admisión de esa causal exculpatoria sin valorar el indudable deber de diligencia que pesa sobre comerciantes y empresarios respecto del conocimiento de sus obligaciones fiscales (arg. art. 902, Cód. Civil), por demás facilitado por el ente recaudador mediante múltiples propagandas que son de público y notorio conocimientos”.

En ese fallo el doctor Petracchi directamente se remitió al que en conjunto habían emitido en la causa “Krill Producciones Gráficas SRL” (ver fallo en Apéndice), de fecha 8 de junio de 1993, en un caso similar, con el doctor Belluscio.

Se reitera que la decisión de absolver, en base a la idea que no existe obligación de conocer los mandatos de la res. gral. 3118, debido al carácter infralegal de esa resolución, no constituye una derivación razonada del derecho vigente, lo que lleva a su descalificación por arbitraria.

En el fallo “Krill” reitera la minoría, y esta vez de manera expresa, que “en determinadas circunstancias, el error o ignorancia respecto de las obligaciones impuestas por el organismo fiscal puede constituir una causal de exculpación, toda vez que el tribunal ha reconocido en numerosas oportunidades que el principio de culpabilidad —el cual exige, como presupuesto ineludible para la aplicación de una sanción, la posibilidad real y efectiva de ajustar la conducta individual a los mandatos de las normas jurídicas— rige en el campo del derecho tributario”.

Por otra parte, agrega “que la aplicación de los principios enunciados precedentemente lleva a concluir que aquel que pretenda exculpar una conducta, que resulta ser violatoria de los mandatos impuestos por normas jurídicas dictadas por el organismo fiscal, con fundamento en la ignorancia o error acerca del carácter ilegítimo de aquélla, deberá acreditar fehacientemente que, a pesar de haber actuado con la debida diligencia, no tuvo la posibilidad real y efectiva de comprender el carácter antijurídico de su conducta”.

Los fallos comentados tienen un punto en común, esto es, el análisis del error de prohibición y cómo debe analizarse el conocimiento eventual de la antijuridicidad. El criterio es, sin duda, el que se emplea en la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente. Por lo tanto, habrá conocimiento eventual siempre que el autor considere

seriamente la probabilidad de que su conducta sea antijurídica y se conforme con ello ²²⁴.

En consecuencia, se requieren dos elementos: a) una situación de duda por la cual el sujeto advierta que su conducta puede ser contraria al orden jurídico, y b) una actitud del autor, dentro de esa duda, en favor de la lesión al orden jurídico, de modo que se “conforma con”, “se decide por”, aunque su actuar sea contrario a la norma ²²⁵.

La única aclaración consiste en el errado concepto usado por la Corte norteamericana, al confundir dolo con conciencia del ilícito.

²²⁴ Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein*, p. 126, 128 y 129; Silva Sánchez, José M., *Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, sept.-dic. 1987, p. 650.

²²⁵ Silva Sánchez, *Observaciones sobre el conocimiento eventual de la antijuridicidad*, en “Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”, sept.-dic. 1987, p. 650.

APÉNDICE

JURISPRUDENCIA SISTEMATIZADA

A) CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

B) ERROR DE PROHIBICIÓN

A) CAPACIDAD DE CULPABILIDAD

1. **Martínez, Feliciano Corsino***. a) *Fallo de primera instancia.* Resultando: a) En el acta de f. 2, el 14 de agosto de 1958, el comisario Guillermo Montani manifiesta que en horas de la madrugada, por conducto telefónico, se le informó que en el rancho ubicado en el Pasaje Hubac y Mozart se había producido un hecho de sangre, razón por la cual se dirigió, de inmediato, al lugar del suceso y haciéndose presente en un rancho sito en la mitad de la calle Hubac entre las de Mozart y White, interrogó en primer término a Matilde Rodríguez, la que no obstante su evidente debilidad mental, le informó que momentos antes y mientras con su concubino Juan Buzzzone se encontraban descansando, fueron despertados por disparos de arma de fuego, levantándose su compañero para inquirir a qué obedecía ello y que luego de un rato Buzzzone se había dirigido al Hospital Piñeiro conduciendo a un herido, logrando saber también que el herido se llamaba Pedro Bertolini, hermano de Hilda Elena Bertolini y que el autor de las lesiones había sido Corsino Martínez, que le había efectuado un disparo de arma de fuego mientras dormía.

Al concurrir al hospital mencionado, comprobó que se estaba atendiendo al menor Pedro Bertolini, de quince años, que se encontraba sin conocimiento, presentando una herida de bala en la cabeza. En el lugar interrogó a Juan Buzzzone y a Hilda Elena Bertolini, de diecinueve años, hermana del herido.

El primero le manifestó que, en el rancho mencionado anteriormente, vive en compañía de su concubina Matilde Rodríguez, haciéndolo también en forma permanente Hilda Elena Bertolini, con dos hijos menores. El día anterior había llegado el hermano de ésta, Pedro Bertolini, quedándose a dormir, haciéndolo en el suelo, junto a la puerta de entrada, teniendo a su lado al menor Rodolfo Mozolani. Cuando todos se encontraban durmiendo, fueron despertados por varios estampidos de arma de fuego, al tiempo que un hombre llamaba por su nombre a Hilda, en forma repetida. Atento lo que sucedía, se

* CCrim Cap, 29/4/60, JA, 1960-VI-541.

vistió y abrió la puerta, encontrando parado, frente a la misma, a Cor-sino Martínez, con un revólver en la mano, y denotando encontrarse en estado de ebriedad. Al recriminarle su proceder, dirigió el arma hacia la cabeza del informante, efectuando un disparo que no alcanzó a herirle, ante lo cual trató de desarmarlo, pero Martínez le aplicó un culatazo en la cabeza, lesionándolo.

En esos momentos salió Hilda Elena, la que tomó de los brazos a Martínez, quien le disparó también a ella con su arma, sin hierirla.

Para terminar con esa situación, le agregó, invitaron a Martínez, que estaba más serenado, a pasar al interior del rancho. Al hacerlo, Martínez vio al menor Pedro Bertolini que estaba durmiendo y le dio una patada, al tiempo que preguntaba quién era esa persona, y al contestarle Hilda que era su hermano, el procesado dijo "a éste le voy a pegar un tiro", y concretando sus dichos sacó el arma que había guardado en su cintura, apuntó con la misma hacia la cabeza del menor y efectuó un disparo a una distancia de 60 cm. Como el menor no se movía, Martínez levantó el sobretodo con que aquél se había tapado, y al ver la cabeza de éste manchada de sangre exclamó: "qué hice", agregando: "voy a buscar un taxímetro", retirándose del rancho.

Hilda Bertolini, dice el informante, le suministró una versión similar, y termina manifestando que a las 6,20 horas de la mañana, desde el establecimiento hospitalario se le hizo saber que el menor había fallecido.

b) A fs. 6 y 62 vta. presta declaración Juan Buzzone, quien, en lo sustancial, lo hace en la misma forma narrada anteriormente, aclarando sólo que cuando Martínez hizo el disparo en momentos en que la Bertolini estaba cerca de él, dirigió el caño al suelo y apoyó en la cabeza sólo el tambor del arma, por lo que nunca pudo hierirla.

A fs. 8 y 70, Hilda Elena Bertolini depone de manera coincidente, explicando, además, sus relaciones con Martínez.

c) Indagado el procesado a f. 48, nos dice que el 13 de agosto del año pasado, luego de realizar algunas diligencias personales, se encontró con su amigo Antonio Rodríguez, uniéndoseles luego Carlos Murúa, negando que al salir de su domicilio lo hiciera llevando arma alguna. Con sus amigos, se dirigió a una "pizzería", donde comieron y bebieron dos o tres botellas de vino, y si bien no recuerda hasta qué hora quedaron en el lugar, cree que lo fue hasta las 22.

Nos dice también que mientras se encontraba en aquel lugar fue llamado por Hilda Bertolini, que es su amante, saliendo del comercio y conversando con ella, después de lo cual regresó al comercio.

Continuó en la "pizzería" un tiempo más, encontrándose ya completamente alcoholizado, pues no es bebedor habitual, no recordando el rumbo tomado por él, ni por sus amigos que se encontraban en su mismo estado. Sólo sabe que "de golpe" se encontró frente al rancho de Hilda, así como también que en ese momento llevaba en la cintura el revólver secuestrado, que reconoce como de su propiedad

al exhibírsele, con su carga completa, y guardados en un bolsillo de su campera, seis proyectiles más, no pudiendo explicarse cómo sucedió eso, puesto que cuando se reunió con sus amigos no llevaba armas. Comenzó entonces a llamar a Hilda en voz fuerte, saliendo del rancho ésta, Juan Buzzone y el menor "Chiche" (es Rodolfo Mozolani), conversando con la mujer. Agrega que como comenzaran a ladrar unos perros y Buzzone manifestara que algún día los mataría, el dicente le ofreció su arma, pero fue él mismo quien hizo varios disparos contra los animales, después de lo cual fue invitado a tomar mate, en el interior del rancho, recordando que ya en el interior, Hilda, refiriéndose a su hermano, que se encontraba durmiendo en el suelo, comenzó a gritar "lo mataste", no sabiendo, por su estado, qué es lo que había pasado, y si disparó o no el arma contra el menor, que tenía la cabeza ensangrentada.

Buzzone, dice, le indicó fuera a buscar un taxi, lo que hizo en compañía de "Chiche", al que luego de darle dinero, lo dejó solo, huyendo el deponente a la carrera, hasta llegar al barrio de Mataderos, después de correr unas veinte cuadras, encontrándose más sereno, dirigiéndose a casa de su amigo Carlos Amatore (f. 56), a quien manifestó que acababa de lastimar a un chico en la cabeza, después de lo cual se acostó, despertando al día siguiente completamente fresco, no obstante lo cual siguió sin recordar nada de lo sucedido; llegó su hermano César Miguel, quien lo enteró de lo que había hecho y que la policía lo andaba buscando, después de lo cual, con un caballo que le facilitó su amigo y habiéndose cambiado de ropas en su domicilio, huyó a la provincia, siendo luego detenido.

En el careo de f. 126, se mantiene en sus dichos.

d) Decretada la prisión preventiva del procesado a f. 128, en orden a los delitos de homicidio calificado, abuso de armas y lesiones, el sumario fue clausurado a f. 139.

El agente fiscal formula su dictamen a f. 143 oportunamente, en el cual entiende que la conducta cumplida por el procesado configura los delitos de homicidio simple, abuso de armas y lesiones, que concurren materialmente entre sí, y solicita se condene por ello a Corsino Martínez a doce años de prisión, accesorias legales y costas.

En su presentación de f. 152, el letrado defensor, en mérito de la argumentación que desarrolló y afirmando que Martínez actuó en un estado de inimputabilidad, reclama la absolución de su patrocinado, o en su defecto que se le condene como autor de homicidio culposo.

La causa fue abierta a prueba por auto de f. 157 vta., glosándose, de f. 161 a f. 188, la producida y ofrecida por la defensa.

A f. 189 se llamó autos para sentencia definitiva.

Considerando: 1º) Hecho en perjuicio de Pedro Bertolini: con la partida de defunción que ha sido glosada a f. 93 de estas actuaciones, ha quedado acreditada, en legal y debida forma, la muerte del menor Pedro Bertolini a consecuencia de fractura de cráneo y destrucción

parcial de masa encefálica por proyectil de arma de fuego, según se hace constar en la pericia médico-legal de f. 81.

2º) No obstante lo que resulta de las conclusiones de la pericia balística agregada a f. 132, teniendo en cuenta que en su texto dice que los exámenes realizados en el orden al peso del proyectil remitido, hacen factible que el mismo haya sido disparado por un revólver de las características del secuestrado a f. 45, a lo que debe unirse el reconocimiento que de dicha arma hiciera Martínez en oportunidad de prestar declaración indagatoria a f. 48, así como los dichos de Juan Buzzone de fs. 6 y 62 vta., Hilda Elena Bertolini a fs. 8 y 70, constancias de f. 28, y Carlos Amatore a f. 56, el suscripto entiende que hay en autos suficientes elementos de juicio como para poderse afirmar, en base a ellos, sin duda alguna, la autoría de Martínez, en orden a este hecho. Rige en consecuencia el Cód. Proc. Criminal, arts. 207, 306, 307, 349, 357 y 358.

3º) Acreditada, pues, la autoría de Martínez, en orden al hecho de que se trata, no encontrando su conducta amparo en ninguna causa de justificación de las contempladas en el art. 34 del Código de fondo, debemos, antes de entrar al análisis de si también debe tenerse probada la culpabilidad, en razón de lo argumentado por el letrado defensor en su escrito de f. 152, si en el momento del hecho, Martínez actuó como sujeto imputable o inimputable.

De la pericia médico-legal que se encuentra agregada a f. 108, deducimos que Martínez se trata de una persona lúcida, sin alteraciones perceptivas ni trastornos de la ideación, que durante el relato de los hechos que se le imputan, "se muestra poco afectado por el mismo, para mostrarse después apesadumbrado por lo sucedido", que tiene plena conciencia de la responsabilidad que ha tenido, atribuyendo su acción a haber bebido con exceso.

Se agrega, en dicho informe, que el procesado sólo acusa algunos trastornos amnésicos, de tipo lacunar, de muy corta duración, puesto que sólo comprenden el brevísimo tiempo transcurrido entre los disparos efectuados al perro de unos vecinos y el momento de tener conocimiento de haber herido al hermano de su novia.

4º) Los dichos del propio procesado, en su declaración indagatoria de f. 48, las manifestaciones de Juan Buzzone de fs. 6 y 62 vta. y de Hilda Elena Bertolini de fs. 8 y 70, así como lo manifestado por Carlos Amatore a fs. 56 y 182 vta., así como de las declaraciones de Antonio Ramón Rodríguez, de f. 180; Oscar Padilloni, de f. 181; Héctor Sander, de f. 181 vta.; Juan Carlos Murúa, de fs. 30, 105 y 182; Juan Rascallach, de f. 183, y Omar Ogando Márquez, de f. 186, permiten afirmar y reconocer como cierto que el procesado en el momento del hecho se encontraba en estado de ebriedad.

Mas basta sólo esto, para aceptar la tesis de la defensa y considerar que Martínez ha actuado en la emergencia en un estado de inconciencia, que en los términos del art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal, nos permite tenerlo como sujeto inimputable.

5º) La respuesta al interrogante que nos formuláramos en el considerando anterior debe ser negativa.

El estado de ebriedad en que se encontraba Martínez, si bien no ha tenido un propósito delictivo preconcebido, ha sido voluntario, puesto que él mismo nos ha dicho que llegó a éste sin coacción alguna.

Siendo ello exacto, el procesado es responsable a título doloso de su conducta y sus resultados, puesto que es doctrina admitida que quien bebe por propia decisión, conociendo la naturaleza, características y probabilidad de efectos de la bebida que ingiere, debe responder de las consecuencias de aquellos actos que realiza en estado de ebriedad.

6º) Debemos además tener en cuenta que la pericia médico-legal de f. 108 nos dice que la ebriedad que padecía Martínez, debe considerarse como patológica y que los exámenes realizados permiten afirmar que, no obstante todas las consecuencias médico-legales que de ella se derivan, no existió en el procesado, en el momento del hecho, obnubilación total de su conciencia.

Todo ello nos lleva a afirmar que Martínez es un sujeto imputable, que actuó comprendiendo la criminalidad de su acto y dirigiendo sus acciones, por lo que no puede considerárselo comprendido en la causal de inimputabilidad contemplada en el art. 34, inc. 1º, no pudiendo en consecuencia encontrar, de parte del suscripto, acogida favorable la tesis sustentada por la defensa en su oportunidad.

7º) Acreditada, pues, la autoría, y antijuridicidad de la conducta cumplida por Martínez, afirmando, como hemos hecho, su imputabilidad y siendo ésta el presupuesto de culpabilidad, es evidente que también ese elemento del delito debe ser reconocido como probado, y por ende, demostrada la responsabilidad jurídico-penal del procesado en orden al hecho que venimos tratando.

Rigen los arts. 307, 308, 346 y 357 del Código de rito.

8º) En orden a la calificación legal de la conducta del procesado es donde el proveyente demuestra las mayores dificultades.

La lectura de estas actuaciones, convence a quien la haga, que la conducta del procesado no tiene una causa lógica que la explique, lo que nos llevaría, en el plano legal, a considerarla como un mero impulso de perversidad brutal.

Mas al colocarnos en el problema que enfrentamos, no debemos olvidar —ello sería aberrante— el estado de embriaguez en que se encontraba Martínez, y recordar que, si bien ese estado, por lo que ya hemos dicho, no puede valorarse como eximente, puesto que el hombre que bebe más de lo que debe, responde de las consecuencias de los actos que realiza por falta de dominio de sus facultades, ese estado explica hasta qué punto pudo el delincuente encontrarse perturbado en el momento de obrar, desalojando, así, la hipótesis de la fría intención de matar por matar.

Ello así, porque las funciones psíquicas, que se consideran primitivas y que corresponden a la conciencia que el sujeto tiene del mundo exterior, se encuentran conservadas, en tanto que las secundarias, que conducen a la conciencia de sí mismo, se encuentran alteradas, traduciéndose ello en un principio de despersonalización, que muestra a las representaciones estéticas y morales profundamente alteradas (ver pericia médico-legal, f. 116). Hay en el sujeto una desinhibición de las tendencias impulsivas, sin que ello produzca una absoluta pérdida del autocontrol.

Entendemos así, que la conducta del procesado configura el delito de homicidio simple, previsto y sancionado en el art. 79, del Cód. Penal, ya que para tal calificación o encuadramiento, no es necesario que el sujeto tuviera intención, bastando sólo con que supiera que podía hacerlo dada la forma en que obró, es decir, cuando eligió libremente el medio que, según la observación y experiencia elemental, produce tal efecto.

9º) Hecho en perjuicio de Juan Buzzone. También con respecto a este hecho, la prueba de cargo que en autos obra contra el imputado —no obstante el contenido de su declaración indagatoria de f. 48—, permite afirmar la autoría de Martínez y la antijuridicidad de su conducta.

En cuanto a su culpabilidad y consecuente responsabilidad penal, caben las mismas argumentaciones que se han hecho en los considerandos 3º y 7º, inclusive, de este mismo pronunciamiento, a los que en honor a la brevedad, me remito reproduciéndolos integralmente, y en base a lo ya sostenido, tengo también por acreditadas a aquéllas.

La prueba de cargo, a la que me he referido, se encuentra integrada por las constancias del acta de f. 1, las manifestaciones de Juan Buzzone de fs. 6 y 62 vta., las manifestaciones de Hilda Elena Bertolini de fs. 8 y 70 y careo de f. 126, el informe médico-policial de f. 14 y la pericia médico-legal de f. 85.

Rigen, en consecuencia, los arts. 306, 307 y 346 del Código de rito.

10) La conducta del procesado configura el delito de disparo de arma de fuego, el que concurre materialmente con el de lesiones, siendo de aplicación lo determinado en los arts. 104, párr. 1º, y 89 del Cód. Penal, en función del art. 55 del mismo cuerpo legal.

Esos dos hechos, y el mencionado en el consid. 8º concurren entre sí materialmente (art. 55, Cód. Penal).

11) A los fines de poder determinar la extensión temporal de la pena privativa de la libertad, tengo en cuenta y valoro las modalidades de las conductas analizadas y cumplidas por el procesado, la desproporción de la reacción de Martínez con los acontecimientos que vivía y el estado en que se encontraba, demostrativo de su alto índice de peligrosidad, la edad del procesado, su falta de antecedentes y la impresión que acerca de su personalidad me formé de la audiencia de conocimiento.

Por ello, en mérito de todas estas consideraciones y disposiciones legales que se han mencionado con anterioridad, teniendo presente lo determinado en los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, en orden a la individualización de la sanción, fallo condenando a Feliciano Corsino Martínez (a) "El Loco", argentino, de 22 años de edad, soltero, jornalero, como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio simple, abuso de arma y lesiones, en concurso real (arts. 79, 104 parte 1ª, y 89, del Cód. Penal, en función del art. 55 del mismo Código), a dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 19 y 29, Cód. Penal). *M. Octavio Iturbe.*

b) *Fallo de segunda instancia.* Para resolver el recurso de apelación interpuesto.

El doctor Cabral dijo: la sentencia de f. 192 por la que se condena a Feliciano Corsino Martínez (a) "El Loco" a dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas, como autor de homicidio simple en perjuicio de Pedro Bertolini, y de abuso de armas y lesiones leves en perjuicio de Juan Buzzone, ha sido apelada por el procesado y su defensor.

Las pruebas de que ha hecho mérito el juez *a quo* en los consid. 1º, 2º y 9º del fallo acreditan tanto la materialidad de tales hechos como que el procesado es su autor.

Por lo demás, los recurrentes (ver memorial de f. 207) no cuestionan estos aspectos del caso.

La alegación de que el hecho fue cometido en estado de inconciencia y la invocación subsidiaria de la tesis según la cual los hechos cometidos en estado de ebriedad voluntaria y completa, sólo son imputables a título de culpa, obliga en primer lugar a establecer la naturaleza y el grado de la embriaguez que sufría el procesado.

Ninguna duda se suscita en torno a la voluntariedad de tal estado por parte de Corsino Martínez. Haya o no bebido con el propósito de embriagarse, lo cierto es que tomó, por propia decisión y conociendo las propiedades y efectos del vino que ingirió, sin duda en cantidad abundante. De aquí que corresponda rechazar *in limine* la pretensión de que Corsino Martínez sea declarado inimputable.

El problema estriba en saber si esa ebriedad voluntaria fue tan completa como para privar al procesado en forma absoluta de la conciencia de sus propios actos, según lo pretende la defensa; o bien, si revistió solamente un carácter parcial o incompleto.

A este respecto son en general ilustrativas las consideraciones en que se han apoyado los peritos médicos para arribar a la conclusión de que no existió obnubilación total de la conciencia. Pero creo importante destacar en apoyo de este aserto algunas circunstancias reveladoras, en mi opinión, de que la ebriedad no fue completa como se sostiene.

El acusado recuerda, en efecto, su llegada al rancho en busca de Hilda Elena Bertolini; recuerda también el episodio de los disparos

efectuados a los perros; recuerda igualmente su entrada al rancho pocos instantes antes de que le descerrajara un tiro a la víctima (indagatoria de f. 48).

Es decir, que recuerda prácticamente todo, menos aquello que no le conviene; vale decir el disparo efectuado contra Juan Buzzzone; el golpe con la culata del arma en la cabeza de éste; el disparo, realizado apoyando el costado del revólver, en la cabeza de Hilda Bertolini; y, en fin, el tiro que causó la muerte de Pedro Bertolini.

Su amnesia en cuanto al hecho principal es, por otra parte, de muy breve duración, dado el escaso lapso transcurrido entre su entrada al rancho y el súbito aflorar de su conciencia ante los gritos de Hilda Elena Bertolini que le decía: "lo mataste, lo mataste, Corsino".

De inmediato recuerda —en forma textual, según se lee en su indagatoria de f. 48— que Buzzzone le dijo: "andá a buscar un auto o una ambulancia para llevarlo al hospital", por lo que sale "corriendo" en compañía de "Chiche", hasta que, después de haber caminado tres cuadras, lo deja que busque solo el taxi mientras que él se aleja "corriendo asustado".

¿Adónde va entonces? No a su casa. Recorre veinte cuadras para esconderse en lo de Carlos Amatore, su amigo, a quien le dice (f. 56): "parece que maté a uno y lastimé a otro", después de lo cual sí se duerme, pero no sin antes entregarle el revólver que lleva en la cintura. A la mañana siguiente se despierta a las 8 y 30 —cuando todavía no han transcurrido siete horas del hecho—, pero "ya completamente sereno respecto a la ebriedad de la noche anterior".

Todo ello configura un cuadro en el que es mucho lo que se recuerda, demasiado poco lo que se olvida, y en el que además se destaca la circunstancia de que inmediatamente después del suceso el procesado desarrolla una serie de actividades indudablemente conscientes, cuales son la de ir en busca de auxilio para la víctima o la de esconderse; de ahí que no corresponde, en mi opinión, admitir la existencia de esa absoluta obnubilación de la conciencia que caracteriza la ebriedad llamada plena o completa.

En definitiva: Feliciano Corsino Martínez podrá haber estado ebrio, pero no en grado tal que le impidiera comprender lo que hacía o la responsabilidad que podían acarrear sus acciones.

Por ello, porque su ebriedad no era completa debe quedar aquí al margen toda discusión en torno a la forma de culpabilidad —dolosa o culposa— que corresponde a los hechos cometidos en estado de ebriedad voluntaria y completa.

Resuelta esta primera cuestión, se plantea ahora el más grave de los problemas que suscita esta causa: el del encuadramiento legal del hecho de que resultó víctima el menor Pedro Bertolini.

El juez *a quo* ha declarado que se trata de un homicidio simple, o sea, puesto que el art. 79, del Cód. Penal, es una figura que requiere el dolo, cometido con conocimiento de las circunstancias de hecho y, ello no obstante, voluntad de obrar.

Pero es el caso que si hubiera existido dolo, la consecuencia lógica habría sido la de encuadrar este homicidio en el art. 80, inc. 2º, del Cód. Penal, no sólo por mediar el "impulso de perversidad brutal", sino además por "alevosía" que comportaba el estado de total indefensión en que se encontraba la víctima.

Bien sé que la ausencia de recurso fiscal impediría al tribunal efectuar este cambio de calificación en perjuicio del imputado; pero creo imperativo destacar la inconsecuencia apuntada porque ella puede contribuir a esclarecer la verdad del caso.

Enfocado, en efecto, desde el punto de vista de un homicidio ejecutado con conocimiento y voluntad, es decir, de un homicidio doloso, obsérvese que la muerte de Pedro Bertolini aparece como un ejemplo clásico de acto completamente gratuito y carente de todo motivo que pueda explicarlo; al que, para peor, viene a sumarse el estado de completa indefensión en que se hallaba aquél: dormido y con la cabeza tapada.

Y bien, precisamente porque es extraordinariamente raro, improbable, que una persona —aun en estado de ebriedad— mate a otra alevosamente, sin motivo, por fútil que éste fuera, me inclino a considerar que Corsino Martínez —quien no presenta por cierto los rasgos de una constitución perversa— no quiso matar a Pedro Bertolini, vale decir, que no obró con dolo.

Este modo de abordar el asunto encuentra apoyo, en primer lugar, en la declaración que Hilda Bertolini formuló de entrada, ante la autoridad preventiva, el mismo día del hecho cuando dijo: "La que habla gritó: lo mataste, lo mataste". Martínez guardó el revólver y le pasó la mano derecha por el rostro a Pedro, que retiró manchada de sangre, y exclamó: "lo que son los chistes" (f. 8).

El que Corsino Martínez haya proferido esta expresión, más que un detalle, es algo de capital importancia para la comprensión de su conducta, porque no es razonable pensar que fuera inventada por la testigo y porque aquello de que en su mente hubo sólo la intención de hacer un chiste o algo parecido, está corroborado por su comportamiento anterior, cuando pone el revólver pegado de costado a la cara de Hilda Bertolini y dispara, hecho éste que está probado tanto por la declaración de la última (f. 70) como por la de Juan Buzzone (f. 62 vta.).

En todo caso, fuera chiste de borracho, mal entendida expresión de hombría o infantil vanidad de jugar con arma de fuego, es indudable, por lo menos, que en el caso de Hilda Bertolini el acusado no quiso matar, ni siquiera herir.

Claro está que cuando efectúa el disparo que mata a Pedro Bertolini, lo hace aparentemente en dirección al mismo y anticipando de viva voz: "ma' te pego un tiro" (f. 77) o "esperáte que a éste le encajo un tiro" (f. 6 vta.). Pero ¿cómo se compagina esta voluntad de herir o matar con la previa invitación que le efectúa para que se levante y tome unos mates con él?; sobre todo, ¿cómo se explica que después

de efectuado el disparo siga insistiéndole para que se levante (f. 77), o que manifieste su extrañeza diciendo "no se levanta" (f. 6 vta.)? Y en última instancia, ¿por qué o para qué iba a eliminar a Pedro Bertolini?

Sólo hay una explicación congruente con toda la insensata actuación que Corsino Martínez había venido desarrollando hasta ese momento: bajo los efectos de la bebida, sin duda, tiró hacia un costado de la víctima, no para herirla o matarla, sino en son de broma pesada —muy de borracho por cierto—, para lograr que aquélla se levantara conforme a sus pretensiones, con el desgraciado resultado —"lo que son los chistes"— de ocasionar la muerte. No habría sido ésta, por lo demás, la primera vez que el procesado obraba imprudentemente confiado en su buena puntería: baste recordar que tanto Hilda Bertolini como Juan Buzzone le atribuyen haberle quitado un cigarrillo de la boca a un amigo mediante un balazo (fs. 62 vta. y 77 vta.).

Pienso, en definitiva, que el procesado no obró con dolo, ni siquiera eventual, porque no resulta razonable admitir que le fuera indiferente que Pedro Bertolini muriera o no, dado que carecía de todo motivo que lo indujera a querer o a consentir su muerte; me inclino a considerar sencillamente que no quiso ese resultado y que obró creyendo que lo evitaría. En esta forma sólo le es reprochable el que su obrar haya sido por demás imprudente, a pesar de que pudo y debió representarse la posibilidad de que el más mínimo desvío en la trayectoria del disparo ocasionara el resultado efectivamente producido.

Por todo ello, sin ocultar las profundas vacilaciones que me han acosado al estudiar este asunto, pero convencido de que precisamente la existencia de ellas me obligan a atenerme a la prudente regla de que en la duda corresponde estar a lo que sea más favorable al procesado (art. 13, Cód. Proc. Criminal), opino que la muerte de Pedro Bertolini debe calificarse como homicidio culposo en los términos del Cód. Penal, art. 84.

En lo que respecta al disparo efectuado contra Juan Buzzone, así como a las lesiones sufridas por el mismo, encuentro acertada la calificación de abuso de armas en concurso real con lesiones leves (arts. 55, 89 y 104, Cód. Penal).

A los fines de graduación de la pena, no obstante gozar el procesado del buen concepto de sus amigos, conocidos (fs. 180, 181, 181 vta., 182, 182 vta., 183 y 186) y aun del propio damnificado Buzzone (f. 179), considero que deben tomarse en cuenta las graves consecuencias de los hechos que se le reprochan, del mismo modo que su propensión a beber con exceso y a emplear armas de fuego en forma irrazonable; todo lo cual justifica, a mi entender, la aplicación del máximo de pena que consiente el juego combinado de los arts. 84, 89 y 104 del Cód. Penal, en función de lo dispuesto en el art. 55 del mismo texto legal, o sea seis años de prisión.

Por lo tanto, voto: 1) que se reforme el fallo apelado en cuanto a la calificación del hecho cometido en perjuicio de Pedro Bertolini,

declarándose a Feliciano Corsino Martínez autor del delito de homicidio culposo previsto en el art. 84, del Cód. Penal; 2) que se confirme lo resuelto en cuanto a los delitos de abuso de armas y lesiones leves en perjuicio de Juan Buzzone; 3) que se disminuya la pena que debe sufrir el procesado a seis años de prisión, con accesorias legales y costas.

Los doctores Panelo y Lejarza se adhirieron al voto precedente.

El doctor Black dijo: estoy de acuerdo con el juez de cámara preopinante en cuanto tiene por probada la materialidad de los tres hechos puestos a cargo de Feliciano Corsino Martínez (a) "El Loco" como la personal intervención de éste, y asimismo en cuanto desecha fundadamente la inimputabilidad por inconciencia alcohólica alegada por la defensa, por no ser completa e involuntaria.

Discrepo, en cambio, en cuanto a la calificación adoptada con respecto al homicidio y consecuentemente con el monto de la sanción propuesta.

Para mí, la muerte del menor Bertolini como el disparo de arma y lesiones, por los que viene condenado, son tres actos típicos de la personalidad de Martínez, apodado "El Loco", que se embriaga "por nada", y en ese estado, se vuelve violento y pendenciero; que ha obrado en la emergencia sin la obnubilación total de sus facultades mentales, con intención y voluntad de sus resoluciones, tanto cuando le hace un disparo a Buzzone como cuando lo hiere golpéandolo en la cabeza con el mango del revólver.

Es la acción de una mente excitada inmoderadamente por el alcohol, con aparente falta de motivación de los actos delictuosos, perpetrados con fulmíneo paso del pensamiento a la acción, que vuelve a ponerse en movimiento con similar proceso resolutivo —el de anular lo que se oponga a sus designios o caprichos—, al disparar contra el cuerpo del menor Bertolini, casi a quemarropa, no bien se mira el tamaño de la habitación, el lugar donde dormía la víctima, y se advierte que el hecho se origina al tropezar el victimario con el cuerpo del occiso, a quien ultima luego de expresar en tono despectivo "ma' te pego un tiro" (ver f. 70).

El alcoholista, según señala Luis de Maya, "a destiempo, inopertunamente a veces, cuando quizás menos se espera, actúa con violencia, brutalmente, embargado de furor" o como dice más adelante "es instantáneo cuando menos en apariencia, absurdo".

Ésa es para mí la interpretación de los delitos de Martínez, sin que la expresión "lo que son los chistes" atribuida al reo, por Hilda, en quien no se advierte ninguna sinceridad al referirse a las relaciones invocadas por Martínez, la modifiquen.

¿Fue acaso una broma el disparo a Buzzone; el culatazo en la cabeza; los disparos al perro de los gitanos; el disparo apoyando el arma contra la sien de Hilda? Hechos antijurídicos todos ocurridos sucesivamente en un corto espacio de tiempo.

La versión de haberle “bajado” un cigarrillo a un amigo de un balazo, conocida por referencia de Martínez, que la niega en autos, o es una baladronada que nada mejora su situación, o acreditaría una puntería que no concide con el yerro atribuido, al disparar hacia el menor de tan escasa distancia.

Acreditada así en legal forma la responsabilidad de Martínez en los tres hechos, la calificación del homicidio debió ser la del art. 80, inc. 2º, del Cód. Penal, pues la víctima se hallaba acostada y cubierta en total indefensión, pero a falta de recurso acusatorio voto por la confirmación de la sentencia de f. 192.

El doctor Frías Caballero dijo: me adhiero al voto del doctor Cabral en todas sus partes.

En cuanto a la inimputabilidad alegada por el defensor: siendo evidente que la ebriedad voluntaria del procesado no ha sido patológica, ni puede reputarse de aquellas que la medicina legal denomina “complicadas” (en las que no es más que un síntoma de una enfermedad mental), ni es el simple episodio de un estado de alcoholismo crónico, la imputabilidad resulta incuestionable.

En cuanto a la culpabilidad: el agudo análisis que de las circunstancias de hecho hace el vocal que vota en primer término demuestra sin lugar a dudas que el procesado no se hallaba en el momento del hecho en un estado tal de ebriedad que le impidiera comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, única hipótesis en la que podría admitirse la subsidiaria alegación de la defensa en el sentido de que Corsino Martínez, aun siendo plenamente imputable, obró simplemente por culpa (*actio libera in causa*) por virtud de la embriaguez absoluta que padecía.

También comparto, sin embargo, las conclusiones y fundamentos del voto mencionado, para admitir que, por razones extrañas a la ebriedad misma, la responsabilidad del prevenido en los hechos que se le reprochan debe ser a título de culpa y no de dolo. Aquí también el análisis crítico de la prueba en él realizado y la fina reconstrucción del acaecer anímico del agente (cosas ambas de primordial importancia como punto de partida de toda conciencia penal) me llevan al convencimiento de que en la frontera de la culpa y el dolo en que ha actuado el agente, corresponde rechazar el dolo eventual para admitir la simple culpa con previsión. El oportuno examen de las motivaciones que informaron la conducta de aquél y las demás circunstancias que la rodearon conducen, en efecto, aunque no fuere más que por virtud de lo dispuesto en el art. 13 del Cód. Proc. Criminal, a las conclusiones de dicho voto.

Así resuelta la cuestión fáctica y jurídica de la culpabilidad (culpabilidad *in concreto*, esto es, referida al hecho que se juzga) entiendo que la referencia a la personalidad contenida en el bien meditado voto del doctor Black para afirmar la responsabilidad dolosa, no tiene la relevancia que éste le asigna, habida cuenta que en nuestro derecho no existe una “culpabilidad del carácter”, sino que éste lo es,

siempre, del hecho aislado y singular (se es culpable por lo que se hace y no por lo que se es: temperamento, carácter, personalidad), todo ello, claro está, prescindiendo de los demás fundamentos de dicho voto, en el que se interpretan diversamente las probanzas de autos.

Así lo voto.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se resuelve confirmar, con costas, la sentencia apelada que condena a Feliciano Corsino Martínez (a) "El Loco", reformándose la calificación del hecho cometido, en perjuicio de Pedro Bertolini, que se declara de homicidio culposo previsto en el art. 84 del Cód. Penal; confirmándose en cuanto a los delitos de abuso de armas y lesiones leves en perjuicio de Juan Buzzone, disminuyéndose la pena, que deberá sufrir el procesado, a seis años de prisión, accesorias legales y costas. *Black - Cabral - Frías Caballero - Lejarza - Panelo*

2. Alegre, Hermenegildo*. Vistos los autos: "Alegre Hermenegildo (a) 'Ermo' - Vázquez Domingo Cipriano s/agresión y homicidio", en los que se ha concedido a fs. 92 vta. el recurso ordinario de apelación.

Considerando: que la sentencia de f. 89 que condena a Hermenegildo Alegre por homicidio, a la pena de quince años de prisión, accesorias de ley y costas, ha sido apelada por la defensa del procesado, sosteniendo a f. 99 que correspondería calificar el referido delito como culposo o, en su defecto, reducir la pena impuesta.

El exceso en la defensa que conduciría a la calificación propuesta por el señor defensor, no aparece probado en autos, como tampoco lo está que la agresión llevada a cabo por el procesado fuera motivada por otra ilegítima de la víctima y de su acompañante a quienes aparece el inculcado atacando luego de abandonar el caballo que montaba para inferir a Celedonio Albornoz, las múltiples heridas de cuchillo que provocaron su muerte (f. 29).

En cuanto al estado de ebriedad aludido asimismo por la defensa, corresponde advertir que no sólo el acusado reconoce a f. 17, no haber perdido la noción de sus actos y que detalla minuciosamente, sino que en modo alguno resulta que la beodez alegada y que tampoco ha sido probada legalmente, fuese completa e involuntaria.

Las circunstancias particulares de la causa autorizarían la imposición de una pena mayor que la aplicada, como lo señala el señor procurador general, pero la falta de recurso en ese orden, no permite modificar la referida sanción.

Por estos fundamentos, se confirma, con costas, la sentencia apelada de f. 89, que impone a Hermenegildo Alegre la pena de quince

* CSJN, 10/5/51, Fallos, 219:384.

años de prisión, accesorias de ley y costas. *Casares - Longhi - Pérez - Pessagno*

3. **Sitaloic, Domingo***. Y vistos los autos seguidos contra el indígena Dominco Sitaloic o Silatoic por homicidio y violación de la menor de nueve años Juana Bautista Giménez ocurrido el 7 de mayo de 1942 en la Misión Laischi, localidad de Presidente Irigoyen, territorio nacional de Formosa y en los que se ha concedido el recurso de apelación contra la sentencia dictada a f. 125 por la Cámara Federal de Paraná; y

Considerando: que de los propios términos de la indagatoria policial y de la confesión judicial prestadas por el indígena Sitaloic, se desprende su exclusiva responsabilidad criminal en el hecho de que se trata en esta causa.

Que tanto la indubitable criminalidad, perversidad brutal y temibilidad del procesado, sólo se ha invocado por la defensa la atenuante de la ebriedad y el grado de absoluta incultura del autor.

Que, en lo que a lo primero se refiere, las pruebas rendidas en la causa acreditan que Sitaloic bebía habitualmente, por lo cual la ebriedad del día del crimen no puede considerarse involuntaria, y de acuerdo a una reiterada jurisprudencia de esta Corte Suprema (Fallos, 178:256; 209:290, etc.), la eximente se debe desechar en tales casos.

Que en cuanto a su absoluta incultura y la ausencia de todo freno social o moral, ambas atenuantes son de todo punto de vista improcedentes en este juicio frente a un hecho de tal extrema gravedad. Su relativa capacidad para comprender y dirigir sus acciones está suficientemente demostrada en autos, por cuanto como él mismo lo refiere a fs. 93, supo "comprender bien" la enormidad de su delito y hasta le sugirió la conveniencia de complicar a un tercero para atenuar su propia culpabilidad (fs. 11 y 75 vta.).

Que, por lo demás, el informe pericial y especializado de f. 104, es totalmente preciso en cuanto a la salud física y psíquica del procesado y la responsabilidad de sus actos.

Por estos fundamentos se confirma en todas sus partes la sentencia apelada de f. 125, que condena a Domingo Sitaloic a cumplir la pena de reclusión perpetua, accesorias y costas. *Álvarez - Rodríguez - Casares - Longhi - Pérez*

4. **Sosa, Rufino****. Considerando: 1º) Que la existencia del cuerpo del delito y la individualización de su autor resultan de diver-

* CSJN, 18/6/48, Fallos, 211:340.

** CSJN, 6/8/37, LL, 7-768.

sas constancias de sumario a que hace referencia la sentencia de primera instancia y de que ha hecho mérito, también, la de segunda.

2º) Que el punto a dilucidarse es la calificación que corresponde al hecho, el que por la sentencia apelada es considerado como homicidio simple, mientras que por la de primera instancia se le comprende entre los que prevé el art. 81, inc. 1º, del Cód. Penal, o sea homicidio realizado bajo una emoción violenta que las circunstancias hacen excusable.

3º) Que, al efecto, debe tratarse de reconstruir la escena con la fidelidad posible, y como en este caso ella se ha producido entre víctima y victimario en ausencia de toda otra persona, no existen más piezas de esclarecimiento que la confesión del reo y los antecedentes y circunstancias vinculados al hecho que se han acumulado en el sumario.

4º) Que de estos últimos resulta evidente que Gabriel guardaba rencor a su hermano Rufino desde que éste entró a vivir en concubinato con la mujer Clara Barnes, con quien aquél había tenido relaciones amorosas; que este sentimiento se exaltaba toda vez que ambos se encontraban y bebían licor, estallando en reproches, insultos y amenazas de muerte; que ante estas agresiones, Rufino se mostraba siempre prudente y tolerante, y más bien procuraba no encontrarse con Gabriel. Con rara uniformidad, personas de la familia y relacionadas de ambos atestiguan que Gabriel era de genio violento y pendenciero, especialmente cuando bebía licor, todo lo contrario de lo que era su hermano; que esto, sin embargo, no impidió que alguna vez en años pasados, a causa de las provocaciones de Gabriel, los dos hermanos se trabaran en pelea a cuchillo y en campo raso, habiendo sido apartados por sus parientes, pelea de la cual salió levemente herido Rufino; que el estado de relaciones entre los dos hermanos debió ser delicado en los momentos del hecho, lo revela la exclamación con que la viuda de Gabriel recibió la noticia de su muerte, diciendo: "Ya le dije esta mañana cuando salió, ¿qué vas a buscar tu ruina o tu muerte?"

5º) Que está probado que el día 29 de enero de 1935, Rufino, viniendo por la tarde de El Cuy hacia su casa en compañía de su sobrino Leopoldo Sosa y Genaro Román, llegaron por un momento a casa de Gabriel, que queda sobre el camino, y como éste los invitara a comer un asado, ellos aceptaron y se quedaron a cenar; que luego empezaron a tomar algunas copas de vino, lo que dio motivo para que Gabriel se exaltara encarándolo a Rufino con insultos groseros. Este no los contestó y más bien prefirió retirarse de la casa. Gabriel sacó luego un winchester y exhibiéndolo buscaba a su hermano para matarlo, y sólo se calmó cuando le dijeron que ya no estaba éste en la casa. Está igualmente probado que al día siguiente, a horas diez, más o menos, se presentó Gabriel en casa de Rufino que se hallaba en compañía de Genaro Román y Leopoldo Sosa. Invitado a bajarse del caballo, así lo hizo. Transcurrido un momento, dijo que había

mandado al menor Velázquez a comprar una damajuana de vino. Y, en efecto, éste llegó con el vino. Empiezan las libaciones; todos los circunstantes toman. A las doce, Gabriel realiza la operación de capar un potro de Rufino con la ayuda de los presentes. Vuelven después al patio de la casa, renuevan los brindis de vino, tocan la guitarra, bromean; Gabriel obliga a Rufino a bailar con él el malambo, luego le impone que traiga a la cocina a su concubina Barnes, para verla; visten ambos con el cuchillo, hasta que Rufino recibe un planazo en la cabeza, lo que motiva la intervención de Sosa, quien consigne que sus tíos le entreguen las armas y él las guarda en el cajón de la mesa de la cocina. Gabriel se enardece después con el licor, y como de costumbre encara a su hermano y lo insulta y le dice que lo va a matar, a lo que Rufino no responde, y procurando evadir el lance, se retira a la cocina y tiende una manta con la aparente intención de dormir. En ese momento se retiran de la casa Leopoldo y Román impresionados, dicen, de que algo malo podía pasar. Dejaban a los hermanos Sosa bastante ebrios y ellos mismos no se sentían bien. En adelante los hechos se desarrollaron en ausencia de testigos. Rufino en su declaración confesoria dice que al poco rato Gabriel penetró en la cocina, permaneció en silencio algún tiempo y luego renovó los insultos y las amenazas diciéndole que le iba a sacar las tripas. Entonces él salió para atrás de la casa y su hermano lo siguió en actitud amenazante, intimándole que se parara y echando mano a la cintura como si quisiera sacar arma. Así perseguido recorrió todo el contorno del muro exterior de la casa. Y movido por el temor, entró a su dormitorio por la puerta intermedia de la cocina, echó mano de su winchester y cuando vio que Gabriel salvaba la puerta del patio y penetraba en él, descargó el arma viendo que Gabriel se desplomaba boca abajo mortalmente herido. Agrega que después se sentó en la cocina a pensar sobre lo que había hecho y resolvió poner en conocimiento de la autoridad, como lo hizo. El miedo, dice, determinó su actitud.

6º) Que debe reputarse indivisible la declaración confesoria del reo. Se trata de un delincuente primario de buenos antecedentes; fue un hombre manso y trabajador. Su declaración es verosímil y concuerda con los antecedentes antes relacionados. Su embriaguez parcial, si bien no puede decirse que fue involuntaria y eximente, fue excusable hasta cierto punto, si se considera que el licor se llevó a su casa sin su previo consentimiento ni conocimiento y que debió serle difícil negarse a tomar, dada la costumbre profundamente arraigada entre nuestras gentes de campo que llega a considerar como una ofensa la negativa a una invitación de este género. Está probado que Rufino, aficionado al licor, estaba lejos de ser, sin embargo, un borracho consuetudinario: era ocasional. Siendo así, debe tenerse por cierto lo declarado. Hay que creer que si la reiteración de los agravios y amenazas no hubiera hecho rebosar la paciencia, provocando en su espíritu una explosión de indignación o ira que perturbara su conciencia, hipótesis posible, no obstante la impasibilidad

con que en otros casos se mostrara, débese aceptar por lo menos que tuvo miedo y que el miedo lo precipitó. No es el caso de defensa legítima desde que no aparece que la agresión hubiera llegado al momento inminente. Una persona normalmente serena y en sano juicio, bien pudo, en posesión de un arma tan poderosa, intimar alto al agresor apuntándole sin hacer fuego. Pero Rufino no estaba en condiciones de elegir el mejor temperamento en aquel trance. La beodez, si no es involuntaria, no puede ser eximente. El hombre que toma licor más de lo que debe, responde de las consecuencias de los actos que realiza por falta de dominio de sus facultades. La defensa de la sociedad inspira esta tesis preconizada por la doctrina moderna. Pero puede en este caso la beodez explicar hasta qué punto puede encontrarse el delincuente perturbado en su inteligencia en el momento de obrar bajo la impresión del miedo, desalojando la hipótesis de que él hubiese tenido la fría intención de matar, la que, por otra parte, no concordaría con los antecedentes personales de que antes se ha hecho mérito. El temor fue, pues, la causa determinante del hecho; el temor a perder la vida tal como pudo haberlo experimentado el sujeto en aquellas circunstancias, lo que es difícil precisar y medir, porque depende de las condiciones personales del agredido y del grado de peligrosidad que se atribuye al agresor. Pacheco dice: "Verdad es que quien mató defendiéndose cuando pudo haber excusado la muerte, ni para la conciencia ni para la sociedad debe llamarse inculpable, y, sin embargo, ni la sociedad ni la conciencia pueden confundirlo con el plenamente criminal, con el que mató y no se defendía. Lo que no llegó a ser justificante porque le faltó alguna cosa para ello, tuvo, sin embargo, la suficiente importancia para disminuir el delito. Una fracción de lo que exime, atenúa" (t. 1, p. 188). Tejedor, en su proyecto de código penal, al referirse al miedo, repite palabras de Adolphe Chaveau, quien se expresa así: "Algunos publicistas habían negado que pudiera invocarse como hecho justificativo esta fuerza (refiriéndose al miedo). Es cierto que las amenazas no deben bastar para determinar a cometer un crimen. Lo es también que nadie tiene el derecho de dañar a otro para evitar un mal cualquiera para sí mismo. Pero ¿puede la ley exigir de todos los individuos la firmeza de carácter necesaria para hacerse superior al terror de las amenazas? La ley se limita a exigir las formas, se contenta, por decirlo así, con la sombra de la virtud, más bien que con la virtud misma. El hombre que obra subyugado por el temor de una amenaza no es más que un instrumento en manos de quien lo impele. En vano querrá buscarse en su acción una especie de voluntad. Su voluntad está encadenada por el terror, y sólo es movido por el instinto natural de evitar el mal de que está amenazado. Si pudiera estar libre de este pensamiento, los pasos que lo precipitan al crimen se detendrían inmediatamente. No sería, pues, su voluntad la que se castigaría sino su pusilanimidad; no sería el crimen, sino el instrumento que habría servido para cometerlo" (González Roura, *Derecho penal*, t. 2, párr. 113, p. 34). El miedo, ante un peligro grave e inminente,

perturba las facultades mentales y rompe los frenos inhibitorios, como puede hacerlo el furor o la ira ante una grave ofensa inferida al honor. En ambos casos el agente obra bajo el influjo de una emoción violenta. No se puede afirmar en este caso que Rufino sabía que su agresor no tenía arma, porque si bien antes fuera desarmado por la interposición para que pudiera haber recuperado su cuchillo o se hubiera apoderado de otra arma.

Por estas consideraciones, se revoca la sentencia apelada declarando que el homicidio perpetrado por Rufino Sosa en la persona de su hermano Gabriel cae bajo la sanción del art. 81, inc. 1º, sub. inc. a, del Cód. Penal, y se condena al reo a sufrir la pena de tres años de prisión y accesorios legales con más las costas del juicio. *Linares - Nazar Anchorena - Repetto - Sagarna - Terán*

5. **Segura, Néstor***. a) *Doctrina plenaria*. Excepto los casos de ebriedad patológica y de alcoholismo crónico en que la imputabilidad puede estar excluida, si se halla en alguna de las situaciones previstas en la última parte del inc. 1º, párr. 1º, art. 34 del Cód. Penal, el que delinque en estado de ebriedad completa y voluntaria es imputable por mandato de la citada norma, que se inspira en el principio de las *actiones liberae in causa*; no obstante ello, y según las probanzas de cada caso, puede no ser culpable por delito cometido en dicho estado, o serlo a título de dolo o de culpa, si las respectivas circunstancias psicológicas que integran una u otra forma de culpabilidad concurren en su conducta al tiempo en que se embriagó.

b) *Votos*. Reunidos los vocales de la Cámara Criminal de la Capital en virtud de la convocatoria a tribunal pleno para resolver: "Qué resolución corresponde adoptar con respecto a la responsabilidad penal del agente que en el momento del hecho obró en un estado de embriaguez completa y voluntaria".

El doctor Frías Caballero dijo: responder cumplidamente al tema de este plenario exigiría el cuidadoso examen de múltiples cuestiones que, aunque reducidas al marco del derecho vigente, se vinculan con difíciles problemas de medicina legal, de psiquiatría y aun de política criminal. Pero no siendo ello posible reduciré mi exposición, metódicamente, a las que juzgo esenciales para fundar las soluciones que estimo correctas *de lege lata*. Lo haré del modo más sintético posible.

1º) La tradicional respuesta del tribunal al tema en debate requiere, a mi juicio, una total revisión crítica.

Sabido es que esa respuesta, sostenida casi sin excepciones en una larga serie de pronunciamientos que se remontan a más de un cuarto de siglo, es la siguiente: quien en el momento de cometer un delito se

* CCrim Cap, en pleno, 13/8/64, JA, 1964-V-369.

encontraba en estado de ebriedad "completa y voluntaria" (tal la terminología, aceptada entre nosotros), no sólo es plenamente imputable sino responsable en idénticos términos al de cualquier otro sujeto normal. Sólo la ebriedad completa "involuntaria o accidental" (fortuita) comportaría, según tal tendencia jurisprudencial firme, inimputabilidad en los términos del Cód. Penal, art. 34, inc. 1º.

Tal tesis se ha admitido a veces incluso con respecto a casos de alcoholismo crónico. Así en la causa Cabrera, 17 de mayo de 1938, en la que se dijo que la ebriedad no fue accidental.

En muy pocas ocasiones se ha apartado el tribunal de ese criterio. En una de ellas —se trataba también de un ebrio consuetudinario— afirmó que el agente había obrado en estado de inconciencia no involuntaria, no obstante lo cual era "indudablemente irresponsable del atentado a la autoridad por cuanto se trata de un delito que requiere la intervención del dolo". Se le condenó, en cambio, por lesiones, "por ser éste un delito susceptible de cometerse por culpa" (*in re* "Costas, C.", 4/7/34, Fallos, 1:194).

2º) No es fácil señalar inequívocamente las bases doctrinarias de tal orientación jurisprudencial ni es sencillo conciliarla con el sistema del derecho positivo en vigor.

Por de pronto, debe apuntarse que la mayor dificultad, al menos aparente, proviene de que el Código Penal se abstiene de legislar específicamente sobre la responsabilidad del ebrio. Digo aparente porque no siempre la prolija regulación normativa (p.ej., en los códigos italiano y uruguayo) significó el logro de soluciones pacíficas.

En nuestro derecho, la solución del problema de la responsabilidad penal del que obra en estado de embriaguez depende, pues, de los principios generales extraídos del sistema del Código vigente que se refieren a la teoría jurídica del delito. Se vincula más concretamente a los conceptos de imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad, que *resultan necesariamente implicados cuando se trata de aplicar una pena al autor de una acción típicamente antijurídica que en el momento del hecho se encontraba en un estado de intoxicación alcohólica*. Por esto resulta imprescindible hacer un esbozo de estos conceptos que se manejan todos los días en la cátedra, el libro y el foro, gracias al progreso técnico-científico que ha alcanzado el derecho penal en nuestro país, y que este tribunal utiliza en el entramado cotidiano de sus pronunciamientos. Pido por ello excusas a mis colegas.

En nuestro derecho, la responsabilidad penal sólo deriva de la comisión u omisión de un acto descripto en la ley penal (típico) siempre que la acción sea contraria al derecho (valoración propia de la antijuridicidad) y, "además", haya sido perpetrado por un sujeto capaz (estado de imputabilidad en el instante del hecho) que *obró culpablemente*, con dolo o culpa (reproche; valoración ínsita de la culpabilidad). Ausente cualquiera de estos requisitos la responsabilidad desaparece. Existen, pues, inexcusables presupuestos de la pena (de la res-

ponsabilidad) de predominante carácter objetivo-valorativo al lado de otros "infeudados" en lo subjetivo.

La responsabilidad penal entre nosotros jamás se fundamenta sobre bases puramente objetivas. Los presupuestos subjetivos (en tanto se hallan situados en el alma del autor) son la imputabilidad y la culpabilidad (comprensiva, del dolo y de la culpa). Debe, pues, afirmarse la vigencia sin resquicios del principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa* (culpa, lato sensu).

Lo expuesto resulta, en primer lugar, de lo dispuesto en los arts. 34, inc. 1º, y 36, reformado, Cód. Penal. Tales normas exigen para la responsabilidad, sin excepción alguna, que el autor mayor de dieciséis años haya tenido la "efectiva posibilidad", en el momento del hecho, de comprender la criminalidad del acto y de dirigir sus acciones, no impedidas por causas indicadas en el primero de dichos textos. No hay responsabilidad posible sin imputabilidad.

Pero la imputabilidad no agota las exigencias legales en punto a presupuestos de la pena enraizados en la subjetividad del agente. Ser imputable implica una determinada capacidad o posibilidad abstracta de comprender o dirigir la conducta. Supone, pues, apenas, una mera actitud. Pero la ley exige algo más aún. Requiere que tal posibilidad abstracta se convierta en concreta realidad, en ejercicio actual de dicha actitud, esto es, en una subjetiva toma de posición, en una real actitud psicológica del autor referida a su propio acto. Esta es la base fáctico-subjetiva de la culpabilidad que debe concretarse en dolo o en culpa. Esta última existencia surge dogmáticamente de lo dispuesto en el art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal, en punto al error o ignorancia de hecho; a la coacción moral (inc. 2º, parte 2ª), y a la obediencia jerárquica (inc. 5º). Basta advertir que aquí la capacidad de comprender la criminalidad del acto y de dirigir las acciones permanece indemne; la aptitud bio-psicológica que supone la imputabilidad está presente. El sujeto no es responsable, sin embargo, porque *in concreto* las circunstancias aludidas han impedido que se anude efectivamente entre acto y autor el vínculo exigido para el reproche de culpabilidad. Así, por ejemplo, el sujeto que por error de hecho inculpa mata a otro obra sin culpabilidad a pesar de ser imputable: la equivocada percepción o representación psicológica de la situación de hecho ha destruido aquí las bases anímicas de la culpabilidad dolosa y culposa.

Una coherente reconstrucción del sistema impone en este punto una generalización de las exigencias que resultan de los textos aludidos. Las normas citadas, al condicionar negativamente la responsabilidad, consagran a la culpabilidad (dolosa o culposa) como uno de los presupuestos imprescindibles de la pena. Consecuentemente tampoco existe responsabilidad sin culpabilidad.

La declaración de responsabilidad supone, pues, entre otras cosas, que el juzgador se encuentra frente a un sujeto imputable que "además" ha obrado con culpabilidad. Imputabilidad y culpabili-

dad son, así, “y esto es importantísimo, dos presupuestos distintos” de la pena, aunque la existencia de la segunda se halle condicionada a la previa comprobación de la primera (que es aptitud para ser culpable), pues no hay culpabilidad sin imputabilidad. Puede haber, en cambio, sujeto imputable sin ser culpable.

Aparte de todo ello, la concurrencia de ambos requisitos en el caso concreto depende de las pruebas de que disponga el juez con respecto a las situaciones de hecho sobre las que uno y otro concepto descansan. Pero aquí me urge una sustancial aclaración. Pienso que tales conceptos no agotan su esencia en el puro plano fáctico-descriptivo. La afirmación de que concurren implica algo más que un juicio de existencia en el mundo de la realidad natural. Es indudable que ambos tienen un sustrato naturalístico (bio-psicológico en la imputabilidad; psicológico en la culpabilidad). Ese sustrato de hecho (*factum*), es el que depende de las probanzas de autos (exigibles también en cuanto a los hechos subjetivos que fundamentan la responsabilidad), pero no agota el concepto. La imputabilidad depende en verdad de las circunstancias biológico-psiquiátricas o descriptivas que según las pruebas del proceso (en su caso el informe médico) acompañan subjetivamente la acción; pero ello requiere además del juez una apreciación valorativa de tales circunstancias que a su vez depende de los fines del derecho penal, de la esencia, naturaleza y fin de la pena. Esto último, que implica a menudo una fina tarea valorativa, es de exclusiva competencia del juez y en modo alguno del perito.

Algo semejante ocurre con la culpabilidad que no se agota tampoco con la consideración de los presupuestos psicológicos de la pena contenidos en el dolo y en la culpa. Tales elementos son el sustrato natural-fáctico sobre el cual debe insertarse el auténtico juicio de valor (juicio de reproche) en que la culpabilidad consiste. La culpabilidad es, esencialmente, reproche, y no pura actitud anímica acaecida en el mundo del ser.

En suma, imputabilidad y culpabilidad no solamente requieren la simple verificación de determinados hechos en el plano del ser natural sino, fundamentalmente, una suerte de valoración, lo que no puede sorprender si se tiene en cuenta que el derecho está inserto en el ámbito de la cultura y que el hombre no puede ser juzgado como cosa o como puro ser zoológico sino como persona.

Finalmente, y esto es también importante, tampoco el dolo y la culpa son meros “hechos psicológicos”, sino conceptos normativo-valorativos, como lo reconocen incluso los psicólogos, y como tendré ocasión de destacarlo en lugar oportuno.

3º) Ahora bien, este sistema del derecho penal común vigente en materia de responsabilidad criminal es incompatible con ciertas formas o fundamentos de la responsabilidad postuladas en la doctrina o inspiradores de ciertos viejos proyectos o códigos extranjeros, y, especialmente, con toda especie de responsabilidad puramente obje-

tiva, incluso con la fórmula de la llamada "responsabilidad legal o social" (muy envejecida ya en estos últimos treinta años). La responsabilidad fundada en el binomio imputabilidad-culpabilidad no admite forma objetiva alguna, salvo que alguna norma especial derogue el sistema general (lo que no acontece en el derecho vigente como ya lo demostrara Núñez, *La culpabilidad en el Código Penal*, p. 15 y siguientes).

Tampoco es admisible la afirmación de que la peligrosidad criminal fundamenta la responsabilidad (como se ha dicho incluso en documentos judiciales). Menos aún que pueda ocupar el lugar que corresponde a la imputabilidad o a la culpabilidad (todo ello a pesar de afirmaciones deslizadas al expresar los fundamentos de la reforma: exposición de motivos, edición oficial del Código vigente, p. 103 y 247).

Culpabilidad y peligrosidad son conceptos profundamente diversos. Se trata de juicios que juegan en planos ontológicamente antitéticos que no pueden interferir ni coincidir entre sí: cultural-valorativo el primero; naturalístico-criminológico el segundo. Es inadmisibles sostener la culpabilidad de un sujeto sólo por ser peligroso. La culpabilidad (juicio ético de valor) se inserta en el acto que yace en el pasado. La peligrosidad (pronóstico criminológico de conducta) mira el futuro; importa un cálculo empírico de probabilidades que opera en el mundo natural. Trasladar el fundamento de la responsabilidad, de la culpabilidad o la peligrosidad, implica un absurdo filosófico, lógico y jurídico que por fortuna no permite el Código Penal.

En el proceso de fundamentación de la responsabilidad la peligrosidad no juega papel alguno según el derecho vigente. *De lege lata* su función se reduce a servir como índice mensurador de la pena (arts. 40 y 41, Cód. Penal). Adquiere relevancia "después" de que en el juicio se ha declarado la culpabilidad de un sujeto imputable. Ningún juez argentino puede, pues, decir a un ciudadano: "Te declaro penalmente responsable por todos los delitos que con relevante probabilidad cometes en el futuro", ni siquiera añadiendo "y no sólo o no tanto por el delito que has cometido". El art. 44 del Cód. Penal no modifica el panorama. Incluso en este caso la responsabilidad requiere previamente imputabilidad y culpabilidad. Es que la índole de la pena en el vigente derecho es siempre retributiva, aunque asuma también carácter finalista.

Por último, conviene precaverse de otros principios que de una u otra manera abren brecha en el sistema imputabilidad-culpabilidad-responsabilidad en vigor.

En primer término, el de las presunciones legales de culpabilidad (el principio general que consagraba el art. 6° del Código de 1886 ha sido fundamentalmente derogado; exposición de motivos, p. 138 y siguientes). Asimismo el del *versari in re illicita*, principio medieval que también pulveriza el *nullum crimen sine culpa* en cuanto permite

imputar incluso el resultado fortuito cuando el autor se halla en "cosa ilícita".

No menos extrañas a la teoría legal son otras fórmulas como la de la culpa o culpabilidad indeterminada (vinculada a un inexistente dolo genérico). La auténtica culpabilidad es siempre culpabilidad concreta—típica—referida a los elementos propios de la figura delictiva que se halla en juego. Jamás se es culpable en gracia a un vago e impreciso propósito de perpetrar acciones ilícitas.

En cuanto a la llamada culpabilidad del carácter en nuestro derecho tampoco se es culpable "por lo que se es" (carácter, temperamento, personalidad), sino "por lo que se hace". La culpabilidad no desemboca en una responsabilidad por el ser sino por la conducta.

En lo que respecta a la llamada "culpa en la conducción de la vida"—en la cual la culpabilidad deja de ser culpabilidad del acto aislado para serlo de la total conducta precedente que ha plasmado la actual personalidad del autor—sólo tiene vigencia si es expresamente recogida en la norma (p.ej., art. 92, Cód. italiano; acaso, entre nosotros, el art. 52 referente a la multirreincidencia).

Tal, según mi leal saber y entender, la teoría del Código vigente. La extensión de cuanto llevo escrito sólo es excusable por cuanto estimo que la jurisprudencia aludida no se ajusta en modo alguno a los lineamientos expuestos.

4º) Demostrar esto exige asimismo intentar un esquema clasificatorio de las intoxicaciones alcohólicas, entre otras razones porque a este respecto suelen existir no pocas confusiones y discrepancias terminológicas sobre las que urge ponerse de acuerdo.

Desde el punto de vista médico-legal existen dos importantes clasificaciones. La primera separa las distintas formas de la intoxicación; la segunda tiene en cuenta su grado o intensidad.

Por sus formas clínicas es necesario distinguir la intoxicación crónica por el alcohol (estado de alcoholista; alcoholismo) (I), de la embriaguez aguda (II). Esta última se subdivide a su vez en fisiológica, normal, ordinaria (III) y anormal o patológica (IV).

El alcoholismo crónico implica un estado de intoxicación permanente debido a diversas causas que no es el caso de examinar aquí y que se diferencia de la llamada ebriedad habitual, entre otras cosas, porque aquél requiere la presencia de una compleja sintomatología corporal, fisiológica, neurológica y psíquica, extraña a ésta. Suele originar diversos cuadros psicopatológicos, entre ellos: el *delirium tremens*; el síndrome alucinatorio (alucinosis) agudo o crónico; el amnésico (psicosis de Korsakow) y el síndrome paralítico o pseudodemencial (demencia alcohólica).

La embriaguez aguda (momentánea; transitoria) es un trastorno psíquico más o menos profundo consecuente a la ingestión de bebidas alcohólicas en cantidades variables durante un breve lapso. La fisiológica normal se produce en sujetos física y psíquicamente nor-

males. La patológica surge en sujetos con base anormal, física o psíquica, de cierta índole.

Las distinciones que aluden al grado o intensidad se refieren sólo a la embriaguez aguda. Aunque hay autores que distinguen cuatro y aún cinco grados, usualmente éstos se reducen a tres: primer grado o período (de excitación) en que la ebriedad es relativa, semiplena, parcial, comúnmente denominada eufórica; un segundo grado ("período médico-legal") de embriaguez absoluta, plena, total, denominada colérica; tercero grado (letárgico) en que se produce el coma alcohólico, ebriedad letárgica. El primer grado se dice de embriaguez incompleta; los dos últimos suponen completa ebriedad.

Todas las formas clínicas y grados mencionados tienen su propia sintomatología extensamente descripta por los especialistas (conf. p.ej., Ruiz Maya, *Psiquiatría penal y civil*, p. 646 y ss.; Codon y López Saiz, *Psiquiatría jurídica penal y civil*, p. 262 y ss.; Mira y López, *Psiquiatría*, 1946, t. 1, p. 398 y ss.; Rojas, *Medicina legal*, p. 177 y ss.; etcétera).

He recordado estas clasificaciones porque pienso que el tema del plenario exige una respuesta con respecto a cada una de sus categorías.

Existen asimismo otras clasificaciones diferentes, de designio puramente jurídico, elaboradas sobre la base del papel que juega la voluntad del agente. Su examen contribuirá, en primer término, a esclarecer sin equívocos lo que se ha de entender por ebriedad "voluntaria" (vocablo que necesariamente ha debido utilizarse en la enunciación del tema y que es susceptible de múltiples malentendidos). Tales clasificaciones juegan un decisivo rol en lo que respecta a la responsabilidad penal. Sin embargo, puestas en conexión con las anteriores, su significación se reduce, según se verá oportunamente, a las formas agudas de embriaguez y, dentro de ellas, a la normal o fisiológica.

Me atrevo aquí a intentar un esquema clasificatorio que juzgo comprensivo del total panorama, utilizando a la vez los vocablos que me parecen más adecuados, ya que a este respecto incluso la terminología es frecuentemente equívoca, cuando no inoportuna.

La posición de la voluntad del agente que en estado de ebriedad comete una acción descripta como delito debe ser considerada en una triple conexión, a saber: con el acto mismo de ingerir bebidas alcohólicas (I); con el estado de embriaguez consecuente (II); finalmente con la acción u omisión típica cometida (III).

En cuanto a lo primero (I), la acción de ingerir bebidas alcohólicas puede ser voluntaria (el sujeto tiene conciencia de beber alcohol) (A); e involuntaria (sin esa conciencia ni voluntad) (B).

La acción consciente y voluntaria de beber sustancias alcohólicas (A), a su vez, puede suponer, además, una voluntad dirigida o no dirigida a la embriaguez consecuente (II). Si lo primero, ha de distinguir-

se la ebriedad preordenada (a) y la ebriedad *simplemente intencional* (b); si lo segundo, la ebriedad imprudente (c) y la accidental (d).

En la embriaguez preordenada hay voluntad de embriagarse con el propósito de cometer un delito. La embriaguez intencional, en cambio, agota su fin en la propia embriaguez. La embriaguez imprudente resulta sin proponérselo el agente y como consecuencia del exceso o la imprevisión. La embriaguez accidental es el producto de circunstancias fortuitas e imprevisibles. En la primera hay voluntad de beber alcohol, voluntad de embriagarse y voluntad de delinquir. En la segunda únicamente voluntad de beber y voluntad de embriagarse. En la tercera concurre la voluntad de beber, pero está ausente la intención de embriagarse aunque la consecuencia haya sido previsible. En la cuarta media voluntad de beber, pero la embriaguez es obra de circunstancias que escapan a la previsión.

A su vez, el acto involuntario de beber bebidas alcohólicas (B) que en modo alguno es imposible (piénsese en la posibilidad del error), ocasionará en su caso una embriaguez también involuntaria, exactamente equiparable a la que antes se ha llamado accidental.

En suma, frente a las hipótesis de ebriedad accidental o involuntaria se hallan las voluntarias: preordenada, intencional e imprudente.

He dicho que la terminología usual suele ser anárquica. A veces se denomina a las dos formas aludidas en último término —de modo promiscuo— ebriedad voluntaria o intencional y se llama a la tercera involuntaria. Es más aún, hasta suelen utilizarse los vocablos dolosa y culposa o culpable; terminología ésta por demás confusa e inapropiada en el derecho argentino (lo que no ocurre en el italiano). Por mi parte, pienso que la aquí propuesta se adecua a nuestra tradición (que separa la ebriedad “voluntaria” de la “involuntaria o accidental”).

Por último, la voluntad del agente puede (y debe) ponerse en conexión con el resultado delictivo (III). Se ha aludido a esto al definir la ebriedad preordenada. Nada añadiré por ahora, pues, en lo que toca a las demás formas de ebriedad voluntaria he de examinar la cuestión más adelante con el cuidado que merece, ya que de ella dependen, en definitiva, las conclusiones en lo que respecta a la responsabilidad.

Finalmente, existe otra clasificación de contenido jurídico que distingue ebriedad habitual y circunstancial u ocasional (mal llamada “accidental”). Con respecto a la primera es importante diferenciarla del alcoholismo crónico, como se ha señalado ya antes. El ebrio habitual es simplemente el sujeto que debe cotidianamente pequeñas o grandes cantidades de alcohol sin presentar la peculiar sintomatología del crónico.

5º) Tampoco me parece hacedero contestar a la cuestión planteada en este plenario sin una previa aclaración de lo que ha de entenderse por embriaguez “completa”. El problema se vincula tanto a los diversos grados que puede exhibir la ebriedad aguda como a la

interpretación de la frase "estado de inconciencia" del Cód. Penal, art. 34, inc. 1º.

La fórmula —en este punto poco feliz— induce al error de suponer que la embriaguez "completa" o "total" requiere la "total inconciencia". No es así. Tal pérdida total sólo existe en la ebriedad letárgica, en el coma alcohólico, durante cuyo transcurso el sujeto se halla reducido a la situación de un objeto inerte incapaz de movimiento corporal o anímico. En rigor aquí no se trata de inimputabilidad sino de ausencia de acción (por esencia toda conducta humana requiere un mínimo de participación psicológica del autor en aquello que hace u omite: por eso hay acción en la conducta del alienado aunque no exista imputabilidad). Excluidos, pues, estos supuestos, que no pertenecen a la teoría de la imputabilidad, ésta puede excluirse aunque el estado de inconciencia no sea total. Bastaría una razón dogmática para demostrarlo: el art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal adopta una fórmula mixta y no biológica. Todas las causas allí enumeradas (incluso el mal llamado estado de inconciencia) sólo acarrearán inimputabilidad cuando originan como concreto efecto la incapacidad de comprender lo que se hace, "o" de dirigir las acciones conforme a esa comprensión. Pues bien, si se dice que el "estado de inconciencia" es sinónimo de "inconciencia total", se maneja la fórmula como si fuese puramente biológica, olvidando que la imputabilidad puede provenir no sólo de la imposibilidad de comprender sino también de la incapacidad para dirigir la conducta a pesar de la comprensión, es decir, de la conciencia (así ocurre, sin embargo, frecuentemente; *vid* p.ej., el fallo de este tribunal *in re* "Citriñi", 18/3/30, JA, 32-881; *id.*, "Fernández Barceló", 21/11/58, etcétera). A ello debe añadirse que el problema de la imputabilidad y culpabilidad se plantea precisamente en aquellos casos en que existe conciencia, aunque obnubilada, esto es, cuando la intoxicación alcohólica deja un saldo de psiquismo rudimentario, anormal, más o menos confuso. De ahí que existe universal acuerdo en interpretar el llamado "estado de inconciencia" como trastorno, obnubilación, alteración, perturbación profunda o de alto grado de la conciencia (se me excusará no citar aquí la nutrida bibliografía nacional y extranjera que avala esta afirmación; no es ésta la mejor ocasión para hacerlo). Valga como mero ejemplo el recuerdo de que el Código alemán fue reformado en 1933 para consolidar tal interpretación, sustituyéndose el "estado de inconciencia" (*Zustande von Bewusstlosigkeit*) por perturbación de la conciencia (*Bewusstseinstörung*).

El Código no exige, pues, una falta absoluta de conciencia, sino simplemente una profunda perturbación de ella. Tal perturbación acarreará la inimputabilidad "si" produce la incapacidad de comprender la criminalidad del acto, pero también "si" excluye la posibilidad de dirigir la conducta conforme a dicha comprensión.

Esto sentado cabría decir que la ebriedad será completa o total precisamente cuando producido tal trastorno éste haya sido suficien-

te para impedir que el agente comprenda o dirija su conducta, lo que ocurrirá, por lo general, a partir del segundo grado –médico-legal– de ebriedad, cuya sintomatología es suficientemente conocida.

Nada más puede añadirse desde el punto de vista teórico. Lo demás queda remitido a las variables peculiaridades del caso: por una parte, la cuidadosa y prudente consideración por el juez de las circunstancias del hecho; por otra, a su sagaz tacto valorativo (repito que el juicio de imputabilidad no se agota en la simple verificación de lo hecho en el mundo natural).

Así planteado el problema se comprende hasta qué punto depende la solución de los elementos de prueba de que en autos se disponga. No existe aquí regla alguna válida *a priori*. El grado de perturbación resultará del examen crítico de los más distintos elementos procesales: prueba testifical, versión del procesado, sintomatología exhibida en el momento del hecho, informes médicos (personalidad bio-psicológica), pericias químicas (dosaje de alcohol en sangre o en orina), etc. (conf. *in re* “Melgarejo”, n° 6658, 29/3/60; “Ordóñez”, n° 7730, 26/2/60).

Los índices de la alcoholemia –dosaje en sangre– son a este respecto una ayuda valiosísima si bien siempre relativa (la reacción personal puede ser sensiblemente diversa a pesar de valores iguales de concentración alcohólica).

Otro signo importante para denunciar el profundo trastorno es la perturbación de la memoria (amnesia lacunaria que abarca lo ocurrido en el transcurso de la embriaguez). Frecuentemente se acude a ella (así *in re* “Madrowska de Ropalek”, 25/4/39, LL, 15-539; “Almeira”, 7/5/40, LL, 18-915, etc.) aunque aquí también debe procederse con suma cautela. Exigir una total amnesia en todos los casos no se ajusta a la realidad (*vid* Rojas, *Medicina legal*, p. 177 y 178; Ruiz Maya advierte que puede quedar del hecho un “vago, impreciso recuerdo”). Estamos aquí siempre en el terreno de lo fáctico en el cual toda regla con pretensiones de absoluta validez ha de tomarse con la más prudente reserva.

6°) Veamos ahora brevemente los precedentes legislativos y doctrinarios argentinos advirtiendo que en ellos las respectivas soluciones no siempre resultan claras ni coherentes. A menudo tampoco arroja mayor luz la doctrina sobre ellos elaborada excepción hecha de la más moderna referente al Código actual (*vid* sobre total proceso Juan Silva Riestra, *La ebriedad como eximente, como atenuante y como agravante*, JA, 1956-I-141). A ello se suman las dificultades derivadas de una terminología frecuentemente equívoca y dispar.

Tejedor entendió comprender a la embriaguez dentro de la amplia fórmula de inimputabilidad de su proyecto y, en su caso, en los supuestos de atenuación: Parte 1ª, Lib. 2, Tít. III, art. 3º, inc. 3º; Tít. VI, art. 4º, inc. 5º y sus notas. No resulta clara, sin embargo, la exacta solución en cuanto a la responsabilidad porque no aparecen suficientemente delimitados los conceptos de ebriedad “voluntaria” y “habitual”.

El Proyecto de 1881 dispone que es "culpa grave" el hecho cometido por un "beodo habitual" (Secc. 1ª, Tít. 7º, art. 37, inc. 7º); "leve", si media "embriaguez accidental" (art. 38, inc. 5º), y circunstancia agravante el "embriagarse para cometer un hecho ilícito" (Secc. 2ª, Tít. 5º, art. 97, inc. 18). Pero en la exposición de motivos (XVI) se dice que el "beodo habitual" no es criminal, si la beodez "le ha llegado a quitar la conciencia y el conocimiento del acto ilícito que comete".

El Código de 1886 disponía que está exento de pena "el que ha cometido el hecho en estado de ... beodez completa o involuntaria" (Secc. 2ª, Tít. 3º, art. 81, inc. 1º); legislando como "circunstancias atenuantes: las expresadas en el título anterior, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal" (Tít. 4º, art. 83, inc. 1º).

El Proyecto de 1891 eximía de responsabilidad criminal al que ha resuelto y ejecutado el hecho "en estado de embriaguez completa y accidental sobrevenida sin culpa suya".

El Proyecto de 1906, según sus autores (conf. Silva Riestra), comprendía a la embriaguez: "que no sea habitual" en la amplísima fórmula de inimputabilidad que proponía (art. 41, inc. 1º).

A su vez, según la exposición de motivos del Código vigente, la embriaguez está comprendida entre los estados de inconciencia cuando "ha sido absoluta e independiente de la voluntad del acusado" (ed. of., p. 149).

Como se observa, todo lo que esta reseña nos muestra es que la exigencia de que la embriaguez sea "completa" o "accidental" para ser causa de inimputabilidad tiene su origen en el Código derogado y en el Proyecto de 1891. En cambio, resulta evidente que la inapropiada asimilación, ebriedad habitual-alcoholismo crónico arranca de casi todos los citados precedentes, así como la tendencia a propiciar a su respecto una plena responsabilidad, incluso a veces agravada.

La literatura elaborada sobre estas normas tampoco resulta suficientemente explícita. Su lectura parece demostrar que la máxima preocupación de legisladores y tratadistas finca, hasta que se dictó el actual Código, en evitar la inimputabilidad del llamado ebrio "habitual" (vid p.ej., Rivarola, *Derecho penal argentino*, p. 398 y 399; exposición de motivos del Proyecto de 1891, p. 55 y 56, etcétera).

Sin embargo, en los supuestos de ebriedad completa pero no habitual, Rivarola parece postular la responsabilidad por culpa o imprudencia (*op cit*, p. 400); asimismo Manuel Obarrio (*Lecciones*, p. 270, cit. por Silva Riestra) y Julio Herrera, que escribió a este respecto páginas llenas de agudeza y precisión después de distinguir con exactitud la embriaguez simple y el alcoholismo crónico (*La reforma penal*, p. 377 y 378). Esta última es también la tesis frecuentemente sostenida por los más recientes penalistas argentinos: Soler, t. 2, p. 62; Núñez, *op. cit.*, p. 77; Fontán Balestra, p. 166 y ss.; Enrique Ramos Mejía, *Ebriedad completa y culpabilidad penal*, JA, 1943-III-356.

En la promoción de penalistas inmediatamente anteriores a los que he citado en último término, sólo se advierte, en cambio, la frecuente preocupación de sancionar al bebedor "habitual" y afirmar la inimputabilidad del ebrio completo e involuntario. Pero nada se dice con respecto a lo demás, lo que induce a suponer que implícitamente se propicia la solución jurisprudencial vigente en este tribunal y que vengo examinando (Ramos, *Curso*, 1943, t. 2, p. 135; Moreno, t. 2, p. 251; Gómez, t. 1, p. 298 y ss., etcétera).

He omitido en la exposición precedente todo lo relativo a la embriaguez preordenada, ya que a su respecto no existen discrepancias.

En lo que respecta a la jurisprudencia, la Corte Suprema de la Nación sólo considera como causal de inimputabilidad a la ebriedad completa o absoluta que sea a la vez involuntaria o accidental (*Fallos*, 217:1019, y 219:384). Si ello no ocurre, el que bebe más de lo que debe, responde de los actos que realiza por falta de dominio de sus facultades (*LL*, 7-768; *Fallos*, 214:631); pudiendo computarse la embriaguez incluso como agravante si no es involuntaria o accidental. En cuanto a la ebriedad "habitual" (alcoholismo crónico), el alto tribunal suele afirmar que no excluye la imputabilidad porque no puede ser admitida como involuntaria (*Fallos*, 211:340; *JA*, 50-19).

Algunos otros tribunales del país toman rumbos distintos. Valgan como meros ejemplos: *CApel Tucumán, JA*, 32-1198; *C3ª La Plata*, 16/6/59 (nº 87, folio 275, Libro de sentencias) en que reitera su criterio contrario a la doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires (*AS*, serie 17, t. 1, p. 241) ambos tribunales, en el sentido de que si bien el ebrio completo y voluntario es imputable, sólo responde a título de culpa y no de dolo.

7º) Y ahora entro de lleno a expresar mis puntos de vista personales sobre el tema motivo del plenario.

Por lo pronto, excluyamos los casos de ebriedad involuntaria o accidental a los cuales el plenario no se refiere. El tribunal ha admitido aquí la inimputabilidad con fundamentos inobjectables. Reiteradamente se lee en sus pronunciamientos, que siguen en este punto las enseñanzas de Florián, que la ebriedad involuntaria, "o más propiamente accidental", es la "causalmente producida sin culpa del agente, por obra de propiedades de la bebida, ignoradas por él, condiciones morbosas de su organismo o maligna actuación de otro que se la suministra, engañándole".

Median, sin embargo, otras dos hipótesis —a las que me voy a referir en primer término— tributarias igualmente de la inimputabilidad. Me refiero a la embriaguez patológica y al alcoholismo crónico que —según se ha visto— se pugna por excluir del ámbito de aquélla.

En lo que toca a la primera, la imputabilidad parecería afirmada por el tribunal al referirse a las "condiciones morbosas de su organismo". La embriaguez no sería, aquí, "voluntaria".

Ocurriría lo contrario en el ebrio consuetudinario en que sí lo es y, por consiguiente, su estado no es "accidental" (*vid causa Cabrera*,

T., 17/5/38, concordante con las referencias anteriores a la ebriedad "habitual").

A mi juicio, en ambos casos, el carácter "voluntario" o no de la ebriedad nada tiene que ver con el asunto. ¿Hasta qué punto es "voluntario" el impulso el dipsómano que absorbe alcohol irresistiblemente o el del que lo hace acuciado por la angustiosa necesidad orgánica del tóxico? ¿Y por qué, en cambio, no sería "voluntaria" la ingestión de quien bebe con intención de embriagarse y cae prematuramente en furiosa ebriedad por virtud de una disposición patológica? La solución no se vincula, pues, a la posición de la voluntad del agente. La inimputabilidad se impone por otros motivos

Por de pronto es incuestionable que la ebriedad patológica oriunda de causas disposicionales (orgánicamente predispuestos o lábiles personalidades psico o neuropáticas) o de situaciones ocasionales: traumatismos craneanos, estados infecciosos, tensiones emocionales excesivas, junto a la "embriaguez o alcoholismo complicado" (en el cual la ebriedad es un síntoma más de una definida enfermedad mental, y que hay que distinguir de la embriaguez patológica y del alcoholismo crónico) encaja o bien en las "alteraciones morbosas" o en los cuadros "patológicos" del "estado de inconciencia". Si, pues, ocasiona la imposibilidad de comprender el acto o de dirigir la acción (es decir, si es completa, para lo cual en estos sujetos puede bastar la ingestión de muy pequeñas dosis de alcohol) la inimputabilidad es la consecuencia, sin que se advierta ningún fundamento para admitir otra solución (conf. la importante sentencia *in re* "Lucero", 7/8/59, con los fundamentos del doctor Cabral al que se adhieren los demás vocales).

En cuanto a la intoxicación crónica, la solución es la misma, aunque sea más discutida. El alcoholismo constituye un estado patológico perfectamente caracterizado. Para algunos psiquiatras se trata de una verdadera "psicosis adquirida"; para todos es una auténtica enfermedad (conf. Rojas Ballesteros, *Simposium de psiquiatría forense*, Madrid, 1938, p. 108, 109 y 115). Por esto la legislación italiana en vigor, tan rigurosa en cuanto a la responsabilidad penal del ebrio, establece que la intoxicación alcohólica crónica es causa de inimputabilidad equiparable a la *infermita mentale* (arts. 88, 89 y 95, Cód. Penal).

Entre nosotros ya Julio Herrera insistió en la necesidad de distinguir la simple ebriedad aguda de los casos del alcoholismo crónico al criticar el Proyecto de 1906. Por lo demás, la idea de que se trata de un estado patológico campea asimismo en los proyectos sobre estado peligroso de 1924, 1926 y 1928 y se halla firmemente sostenida por la doctrina contemporánea: Soler, Núñez, Fontán Balestra, en concordancia con la doctrina extranjera.

Es que no existe fundamento dogmático alguno que conduzca a excluir este estado patológico de las "alteraciones morbosas" del art. 34, inc. 1º. Frente a la personalidad morbosamente alterada del in-

toxicado crónico es bizantino perderse en cavilaciones sobre si la ebriedad que padece fue o no voluntaria. Todo esto prescindiendo de que a su respecto poco o nada tiene que hacer la pena retributiva ni finalista. Al contrario, resultará perjudicial, ya que el encierro, con la privación, sólo desencadenará los tremendos fenómenos de carencia que agravarán su anormalidad necesitada de tratamiento médico antes que penal.

A mi juicio, pues, la intoxicación crónica determinará la inimputabilidad “siempre que” en el momento del hecho se haya producido cualquiera de los efectos a los que da relevancia la fórmula mixta del texto legal. Ello ocurrirá, desde luego, si media alguna forma accesorial de las que componen sus cuadros espectaculares (*delirium tremens*, alucinosis, etc.), pero también cuando sobre el lábil terreno de la cronicidad estalle un episodio agudo de embriaguez que en cierto modo será, a su vez, de índole patológica (conf. mis votos en las causas 6658 y 7730). En estos supuestos carece el sujeto de la capacidad de ser culpable (imputabilidad).

La incuestionable peligrosidad del agente no modifica un ápice esta conclusión, aunque será motivo para acudir a la medida de seguridad del párrafo tercero de la citada norma, sin que sea óbice para ello la carencia de establecimientos adecuados (acertadamente lo advirtió el doctor Cabral en su recordado voto; conf. exposición de motivos del Código vigente).

8º) Excluidos estos casos de evidente inimputabilidad el problema alcanza en los restantes, completa ebriedad aguda normal o fisiológica, de carácter voluntario (preordenada, intencional, e imprudente), su máxima sustancia polémica.

La primera cuestión que surge aquí es la siguiente: si el Código Penal ha omitido al respecto toda norma específica, porque no se admite en todo caso la inimputabilidad ya que la ebriedad completa, aun la voluntaria, supone que el agente —por la vía del “estado de inconciencia”— no ha podido comprender el acto ni dirigir sus acciones. Oportunamente volveremos sobre esto. Entre tanto (para quienes juzgan obvia la respuesta negativa) recuerdo aquí a más de algunos de los antecedentes legislativos citados, el vigente Código español que establece la inimputabilidad por “trastorno mental transitorio” (art. 8º, inc. 1º) el cual abarca los supuestos de ebriedad completa, voluntaria e involuntaria salvo el caso de preordenación (Cuello Calón, *Derecho penal*, 1948, p. 431).

Pero antes examinemos un poco la tesis justamente contraria de este tribunal. Tal tesis podría sintetizarse así: “el ebrio completo y voluntario es plenamente imputable, capaz de culpabilidad, exactamente como cualquier otro individuo normal”. Consecuentemente su “responsabilidad penal” debe juzgarse “como si no existiese” el estado de embriaguez. Con lo cual —advértase bien— no sólo se tiene por resuelto el problema de la imputabilidad “sino también”, implícitamente, el de la culpabilidad (que nada tendría de específico).

Repito, con el máximo respeto por quienes así piensan, que examinada a fondo dicha posición hace tabla rasa con la teoría del derecho vigente en cuanto a la imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad, y sólo puede emerger de presupuestos teóricos que le son dogmáticamente ajenos: peligrosidad, culpabilidad objetiva, presunción de culpabilidad *versari in re illicita*, culpabilidad del carácter, etc., y tienen origen, muy probablemente, en la tremenda carga emocional peyorativa que, con harta razón, provocan los estados de intoxicación alcohólica considerados como peligrosos vicios o lacras sociales, o como actos inmorales. En rigor, esta tendencia que olvida el principio de que el juez no puede crear ni modificar el derecho positivo en homenaje a valoraciones de esa índole, por razonables que sean apunta lisa y llanamente a la indirecta sanción penal de la ebriedad, sin reparar que ella no es, en sí, ni siquiera un acto jurídicamente prohibido. Como si los graves problemas que el alcoholismo supone pudieran resolverse por vía de sanciones criminales.

Tal tesis resulta además extraña no sólo porque si en algún país se ha querido adoptar un régimen semejante para ello se han dictado normas específicas que vendrían a derogar los principios generales, sino también porque se halla en pugna con las más recientes tendencias doctrinales y legislativas de ese mismo país.

Me refiero al caso de Italia que es aquí muy ilustrativo. El Código de 1931 se propuso adoptar un régimen penal especial, de extremo rigor, en lo que respecta a la responsabilidad del ebrio. Sus fundamentos político-criminales se asientan tanto en su peligrosidad, como en la necesidad de proteger el “porvenir de la estirpe”, a más de la idea (bastante discutida por cierto) de que el alcohol pone de manifiesto la genuina personalidad del sujeto. Tal el origen de los arts. 91, 92 y 94, largamente objetados antes y después de su sanción. Según ellos el ebrio sólo es inimputable cuando la plena embriaguez deriva de caso fortuito o de fuerza mayor; si ella no es plena la pena puede atenuarse (art. 91). En cuanto a la embriaguez que el Código denomina “voluntaria”, tanto como la que califica de “culposa” se establece que “no excluye ni disminuye la imputabilidad”. Si es preordenada se aumentará la pena (art. 92). Si la embriaguez es “habitual” (embriaguez frecuente, distinta del alcoholismo crónico, art. 95) se prevé también la pena agravada (art. 94). Con estas normas aparentemente muy claras y literalmente inofensivas se ha querido castigar severamente al ebrio que delinque (para la habitualidad se establecen además medidas de seguridad).

El propósito que originó estos textos ha dado lugar a múltiples dificultades de interpretación ocasionando muy numerosas discrepancias, muchas de ellas enderezadas a mitigar los efectos que se propuso la reforma, la cual, conforme a los antecedentes históricos que la provocaron, tendía a derogar en este punto los principios generales consagrados por el Código en materia de responsabilidad. En cuanto a la imputabilidad, sostienen unos que el sistema consagra

la aplicación del principio de las "acciones liberae in causa"; otros lo niegan categóricamente. La cuestión se complica aún mucho más —y es este aspecto que quiero aquí destacar— cuando se trata de determinar el grado de culpabilidad del ebrio, cuestión sobre las que se han enunciado múltiples y opuestas construcciones doctrinarias que no es posible examinar aquí extensamente.

Sólo me interesa aludir a la tesis dominante, precisamente la extraída de las discusiones previas a la sanción del Código, la que inspiró la reforma y la que en definitiva ha consagrado la jurisprudencia. Según ella el Código retoma aquí la más antigua tradición italiana (una investigación histórica demostraría que esto es muy dudoso) y deja, frente al ebrio imputable, inalterada la cuestión relativa a la culpabilidad. Ello estaría muy bien, pero en seguida se añade: para ello —para dejar inalteradas (?) las normas sobre la culpabilidad—, "se confiere valor de dolo, culpa o ultraintención a la actitud psíquica del ebrio en el momento del acto delictivo (!)". En otros términos: la culpabilidad será dolosa, culposa o ultraintencional según el comportamiento interior del agente en el instante de la consumación del hecho. Cuantos sostienen esta tesis (incluso en los trabajos preparatorios) se hacen cargo de lo insólito que resulta computar como dolo o como culpa el anormal contenido psicológico del comportamiento del ebrio, a quien, en el momento de la ejecución, se reconoce psíquicamente incapaz de dolo o de culpa. Pero esto es lo que quiere el Código. El ebrio "responderá finalmente 'como si hubiera actuado con plena lucidez de mente' aun cuando en realidad su intelecto estuviese, en el momento del hecho, 'completamente oscurecido'" (Relación Appiani, *Lavori preparatori*, t. 4, parte 2ª, p. 78; Vannini, *Il Codice Penale illustrato*, 1934, t. 1, p. 373). No necesito señalar la extraña semejanza de esta tesis con la sostenida por el tribunal.

Debo advertir que a menudo se ha dicho en Italia que los principios generales consagrados en el Código jamás permitiría tal solución si su derogación no viniera impuesta por vía legislativa (Altavilla, *La culpa*, 1956, p. 240. Sobre el total problema, Maggiore, *Derecho penal*, t. 1, p. 560 y ss.; Bettiol, *Diritto penale*, 1945, p. 280 y ss., etc.; asimismo la importantísima sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Montevideo, *in re* "Maldonado, A. E.", 30/6/55, con muy ilustrativas referencias al régimen italiano que inspiran al uruguayo vigente).

Paréceme importante esta extensa referencia a un Código en que se intentó imponer un sistema sustancialmente igual al que entre nosotros consagra la jurisprudencia cuya reforma postula, para tener por formulada su crítica, al menos desde el punto de vista dogmático. Cabe añadir además las propuestas de reforma: en el proyecto italiano de 1949 se ensaya un paso atrás y se retoma la única y auténtica fundamentación de la responsabilidad del ebrio, reduciendo sus límites al ámbito de su real y genuina culpabilidad rechazando algo que evidentemente resulta una grotesca caricatura psicológica y normativa de ese decisivo presupuesto de la responsabilidad.

Pero quiero decir algo más sobre la pretensión de computar como dolo o como culpa a la actitud psicológica del ebrio en el instante en que la acción se ejecuta o consuma.

Desde el primer momento se advierte la incongruencia de tal afirmación referida a un sujeto que en ese preciso instante padece de una ebriedad total que le impide comprender la criminalidad del acto y dirigir sus acciones, "exactamente" como en el caso del ebrio accidental a quien se reconoce inimputable. La doctrina y la propia casación se hacen cargo de tal evidencia: en tales circunstancias la acción u omisión se cumple "sin conciencia ni voluntad" (genérica exigencia ineludible del Código). Por eso el alto tribunal sostiene que la punibilidad se funda aquí sencillamente en el principio de la responsabilidad objetiva, "admitida legislativamente" (art. 42, 2º, Cód. Penal; sentencia de 26/1/35, "Giustizia Penale", 1935, 2ª parte, col. 1332). Pero esto tiene asidero cuando se maneja un Código en el cual no sólo existe la norma acabada de citar, sino que equipara el delincuente ebrio al sano, para lo cual manda computar además, *ex lege*, como dolo, culpa o preterintención, aquello que no es tal (el art. 222 del Código Rocco brinda fundamento dogmático para hablar de "dolo" o de "culpa" en la conducta de un inimputable). Todo esto es "radicalmente" extraño a nuestro derecho. Ello sin necesidad de recordar, además, que gran parte de la doctrina italiana —forzada a admitir la equiparación— se guarda muy bien de señalar la sustancial diferencia psicológica y normativa existente entre la culpabilidad y el anormal proceso anímico del que obra en estado de embriaguez aguda o total.

Es que, efectivamente, aunque en el instante del hecho fuese posible descubrir un nexo psíquico entre el ebrio completo y el resultado típico de su acción (lo será en muchos casos) ese nexo no es culpabilidad, ni siquiera para una concepción psicológica de ésta.

Si se consulta la numerosa bibliografía especialmente (basta citar a Rojas, p. 176 y 177; Ruiz Maya, p. 663 y 666; Mezger, *Tratado*, t. 2, p. 66, etc.) en la embriaguez como en los demás estados de inconciencia, el acto "voluntario" si existe es radicalmente imperfecto. Es que el proceso de obnubilación de conciencia, propio del estado confusional en que el ebrio se halla inmerso, supone un psiquismo rudimentario en el cual por definición no cabe la plenitud de los elementos representativos y volitivos del dolo o de la culpa. También existe un proceso de previsión y volición más completo, e incluso aparentemente perfecto, en el delito de un paranoico; pero tal proceso no es culpabilidad; simplemente porque ésta requiere, en primer término, plenitud psíquica (imputabilidad en el momento del acto; capacidad de ser culpable). Por supuesto que la cuestión es más clara aún si se adopta una concepción normativa: sólo un concepto crudamente naturalístico del dolo o de la culpa puede hallarlos en el acto de quien padece la ebriedad completa; si se afirma que la culpabilidad exige un juicio de reproche ello es inadmisibile, porque el ebrio en ese estado carece del mínimo de condiciones anímicas necesarias

para exigirle jurídicamente —en ese instante— un comportamiento diverso y conforme al derecho.

En rigor quienes piensan de otro modo parecen confundir aquí la teoría del acto con la de la culpabilidad (como antes lo hicieron con la de la imputabilidad). El acto de comisión u omisión exige como elementos subjetivos la presencia de la voluntad natural, por esto hay acto en la conducta del imputable aunque no lo haya en la situación de quien se halla en coma alcohólico. Pero este elemento subjetivo del acto no es, sin más, culpabilidad. El ebrio voluntario y total que no se halla en coma realiza un auténtico acto, pero su actitud interna en el momento de ejecutar o consumir la acción típica no es ni dolo ni culpa, aun admitiendo por hipótesis que haya actuado con voluntad más o menos directa o eventual, o dentro del esquema psíquico de la culpa. Todo ello siempre que no se fundan en una sola cosa la pura “responsabilidad por el acto” que diría Maurach —que sólo fundamenta la aplicación de medidas de seguridad— con la culpabilidad, último y “genuino” fundamento de la responsabilidad criminal y de la pena. Consumada la confusión, por el contrario, no existe inconveniente ninguno en admitir asimismo el dolo o la culpa en la acción típicamente antijurídica del demente o del psicótico, cosa que en la legislación y doctrina argentinas no se ha intentado sostener jamás.

9º) ¿Querrá decir, entonces, que la solución es admitir la inimputabilidad? Así sería, en efecto, si sólouviésemos que atenernos a la evidencia de que el ebrio total y voluntario era incapaz de comprender el acto y de dirigir sus acciones a causa de la profunda perturbación de conciencia que padecía en el instante de la ejecución o consumación del hecho.

No es así, sin embargo, según el Código Penal y el principio que en este punto lo inspira. El “estado de inconciencia” sólo es causa de inimputabilidad cuando es “no imputable” al agente; ergo, cuando sí lo es, o sea cuando proviene de ebriedad voluntaria (preordenada, intencional e imprudente) la imputabilidad del autor queda indemne *ministerio legis*. El principio que informa esta solución —y esto se olvida al parecer— no es ni ha podido ser otro que el de la *actio liberæ in causa*.

Pero aquí comienzan las dificultades. La jurisprudencia que examino parte indudablemente de la idea de que el Código ha resuelto de este modo y automáticamente “el total problema de la responsabilidad penal del ebrio”. Repito que no es así y que ello vendría a pugnar con su propio sistema. Por de pronto declarar la imputabilidad del ebrio completo y voluntario, “como por lo demás la de cualquier otro autor de acciones delictivas a partir del art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal, no es más que reputarlo capaz de ser culpable”. Con ello no se ha hecho otra cosa que colocar el presupuesto para la ulterior solución de la culpabilidad que todavía debe resolverse en concreto y caso por caso. Pensar lo contrario implicaría amalgamar imputabilidad y culpabilidad, conceptos que hoy ya no pueden con-

fundirse y que en el Código no están confundidos. Debemos, pues, todavía, resolver la cuestión referente al último de aquellos presupuestos de la pena y para ello no podemos apartarnos del sistema general de la ley vigente.

Este es, a mi juicio, el punto de partida de la solución correcta, la que se ha de asentar, en consecuencia, sobre una comprensión exacta del principio de la *actio liberæ in causa*, que da coherencia interna a la citada norma legal y que ofrece el único medio técnico apto para afirmar la responsabilidad del ebrio voluntario (así como la de ciertos epilépticos en el instante del ataque comicial, sonámbulos hipnotizados, etc.; a estos dos últimos aplica Moreno el principio, implícitamente, en el *Código Penal y sus antecedentes*, t. 2, p. 251 a 253).

El citado principio se elaboró originariamente para resolver la situación penal de sujetos inimputables por virtud de alteraciones mentales y transitorias de carácter voluntario, singularmente la ebriedad (sobre su origen, contenido, evolución, etc., véase entre otros el importante artículo de Núñez, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. I, p. 317).

He aquí lo esencial del concepto: las *acciones liberæ in causa* (por oposición a las libres *in actu*) son las que se ejecutan o consuman mientras el autor se halla en estado de inimputabilidad provocado intencional o imprudentemente y con el cual se hallan causalmente vinculados. Conforme a la idea que lo informa, lo importante no es el acto ejecutivo o consumativo (en su transcurso el agente no es imputable ni culpable), sino la causa "libremente puesta por el autor" en un instante en que sí lo era. La responsabilidad deriva así del hecho de haber creado libremente el estado de inimputabilidad (en nuestro caso la ebriedad aguda y completa).

Planteado así el principio puede y debe adquirir en el derecho penal argentino su total amplitud, aplicándose a todas las formas voluntarias (intencionales o imprudentes) de ebriedad puesto que no hay nada que lo impida (algunos autores italianos basándose en el art. 87, Cód. Penal, restringen su ámbito a la ebriedad preordenada).

Además debe advertirse especialmente algo de decisiva importancia: el principio de las *acciones liberæ in causa sive libertatem relatæ* implica retrotraer al señalado momento anterior el total problema de la responsabilidad. No sólo, pues, según generalmente se dice, la solución sobre la imputabilidad, "sino también la de la culpabilidad". Ello es lógico, no se puede desconectar temporalmente una de otra como si la imputabilidad fuese un *prius* y la culpabilidad un *posterius*, aunque entre ambas medie una procedencia conceptual ya señalada. El juicio de culpabilidad ha de formularse con referencia al mismo instante en que se es imputable, aunque no sea obligatorio que aquélla ni ésta sean coetáneas con la ejecución o consumación del acto típico. La cuestión es semejante a lo que ocurre en las hipótesis de ejecución por complemento (es suficiente la imputabilidad en el instante de encender culpablemente la mecha de la

bomba que explotará cuando acaso el agente no sea ya imputable o culpable).

Esta amplia e integral aplicación del principio no se halla en contradicción con el pensamiento que originariamente lo informa y ha sido postulada por la más autorizada doctrina (en primer lugar ya por Eduardo Masari, *Il momento esecutivo del reato*, 1933, p. 125, y muchos otros más tarde).

Y bien ¿cuáles son las consecuencias de este planteo en lo que respecta a la cuestión que examinamos? En primer lugar, desde luego, la fundada imputabilidad del ebrio. Pero además, en lo que toca a la culpabilidad—cuestión retrotraída asimismo al instante en que el sujeto se embriaga—la ya sostenida por los prácticos y por la doctrina moderna consolidada a partir de Carmignani y Carrara. El ebrio pudo prever—decía el primero—la posibilidad de delinquir en estado de ebriedad, pero, como se trata de una mera posibilidad, debe juzgarse su acción como “solamente imprudente”. Carrara, a su vez, sostuvo “que la embriaguez culposa y la voluntaria, si son completas, quitan toda imputación en razón de dolo, dejándola subsistir, sin embargo, en razón de culpa” (*Elementi di diritto criminale*, 1882, § 217; *Programa*, § 344).

Tal solución parte, pues de la idea de que el hecho de embriagarse constituye, “por sí mismo”, un comportamiento culposo (sin distinción sustancial entre embriaguez intencional e imprudente y excluida la ebriedad preordenada; así, Soler, ob. y lug. cit., y la demás doctrina predominante). Según ello, quien llega voluntariamente a un estado completo de ebriedad y en ese estado comete una acción típica responde del delito a título de culpa, siempre que la ley prevea la figura culposa; en caso contrario es impune. La responsabilidad sólo será dolosa si el autor obró en estado de embriaguez preordenada.

En principio tal postura es la única posible y coherente y en ella me fundé para resolver la cuestión como juez de sentencia (*in re* “Fernández Barceló”, fallo revocado por el tribunal, 10/4/59). Sin embargo, al volver a meditar sobre el tema con motivo de este plenario, me atrevo a creer que esta tesis debe replantearse con sentido crítico.

En efecto, repito que mientras la vigente jurisprudencia del tribunal se pronuncia por la imputabilidad del ebrio voluntario—en lo que se ciñe al Código vigente—, pero computando a la vez como dolo o culpa el contenido aberrante de su actitud psíquica en el momento de la consumación del hecho—con lo cual se aparta de la realidad psicológica y jurídica y vulnera el sistema del Código en vigor—, la idea de la *actio liberae in causa* en su exacto sentido resuelve el problema de la responsabilidad, trasladando al instante en que la embriaguez se produce o provoca tanto la cuestión de la imputabilidad como la de la culpabilidad. Ahora bien, no encuentro demasiado coherente con esto último, ni justo, afirmar de manera apriorística que en todos los casos de ebriedad voluntaria (excluida la preorde-

nación) el agente haya de responder a título de culpa por la acción típica perpetrada. ¿Por qué habría de reputarse que en aquél instante el ebrio intencional o imprudente está siempre –o ¡sólo!– en culpa con respecto al delito? Pienso que si en lo que se refiere a la imputabilidad –trasladada al momento en que se bebe– la teoría de la *actio libera in causa* se basa en una auténtica realidad no es posible admitir, en su nombre, ninguna afirmación, *a priori*, sobre la culpabilidad y, por lo tanto, esta imputación indiscriminatoria a título de culpa. Creo, por el contrario que, en concordancia con ella, la culpabilidad debe verificarse concretamente y con estricta sujeción a la real actitud anímica del agente con respecto al delito perpetrado en estado de embriaguez. Entre nosotros Núñez, aguda y oportunamente, ha aludido a la necesidad de esta concreta determinación –aunque según veremos–, lo ha hecho en una sola dirección.

Por mi parte, ya señalé antes la urgencia de que la voluntad del agente sea considerada en una triple conexión. La clasificación propugnada en el punto 4º, 2ª parte, de este voto, toma en cuenta esa conexión primero con la acción misma de beber alcohol; segundo con el consecuente estado de embriaguez. La vinculación de esa voluntad con la acción u omisión delictuosa cometida en tal estado se dejó para cuanto voy a exponer ahora.

Insisto en que admitida la imputabilidad, lo que hay que resolver después es la efectiva vinculación psicológica del autor con el acto delictivo que se le imputa (esto es, en primer término, la culpabilidad). Por supuesto que ello dependerá de las circunstancias de hecho que rodearon la acción de embriagarse y de las pruebas de que se disponga, con todas las dificultades inherentes a este tipo de indagación procesal.

A partir de este enfoque, que juzgo el único aceptable, me parecen de valor decisivo las sutiles distinciones de Vannini, seguido más tarde por Leone, en su esforzado intento por construir un sistema conforme a los principios de la culpabilidad partiendo del Código italiano vigente.

No voy siquiera a intentar resumir lo escrito por el primero de dichos autores. Basta con decir que la solución que propugna no se basa, en puridad, en la mera conexión de la voluntad del autor con el hecho de embriagarse sino, precisamente, en la forma efectiva de su vinculación psicológica –en ese momento– con el delito más tarde cometido. Esto es, en rigor, lo que apareja la teoría de la *actio libera in causa* correctamente entendida. El citado penalista se propone así sostener la posibilidad de que el ebrio completo responda tanto a título de dolo como de culpa, según los casos, debiendo advertirse que lo que él denomina ebriedad “dolosa” por oposición a la “culposa” no se superpone con la “voluntaria”, opuesta a “culposa”, del Código italiano (éste basa su clasificación en el vínculo voluntario del agente con la embriaguez). Resumiendo al máximo su pensamiento y dejando de lado las complicadas disquisiciones a que se ve forzado para

ajustarlo a la ley italiana, aquél puede reducirse a la afirmación de que el sujeto responderá a título de dolo no sólo en los casos de preordenación sino también cuando la ebriedad haya sido conscientemente provocada por quien, con previsión de las consecuencias delictivas, quiere embriagarse aún a costa de producirlas. En el primer caso, dice, existe el fin de delinquir; en el segundo la ebriedad se contrae aun a costa de hacerlo, “malgrado la previsión de las seguras o posibles consecuencias delictuosas del querido estado anormal, consecuencias a las cuales la voluntad no se sustrae (el llamado dolo de previsión o eventual). Frente al insaciable deseo del alcohol la prevista producción del evento delictivo es para él (el autor) del todo indiferente” (op.cit., p. 368, 371 y 377).

Posteriormente, Leone desarrolló idéntica postura adecuándola a las distintas hipótesis del Código italiano. Sostiene, en síntesis, que el ebrio responderá a título de dolo en los casos de embriaguez “voluntaria” preordenada y “voluntaria” con dolo eventual; la responsabilidad será culposa en los casos de ebriedad “voluntaria” cuando no existe previsión del evento o, habiendo previsión, está ausente el dolo eventual y en todas las hipótesis de embriaguez “culposa” (los vocablos entre comillas corresponden a la terminología del Código Rocco). Concluye Leone: “En el caso de ebriedad culposa la responsabilidad es siempre a título de culpa ...”; en el de ebriedad voluntaria la responsabilidad será a título de dolo o culpa según el vínculo psicológico del agente (con el “evento delictivo”) durante la acción de embriagarse” (*Il titolo della responsabilità per i reati commessi in istato di ubbriachezza volontaria o colposa*, en la “Giustizia Penale”, 2ª parte, 1935, col. 1332 y ss., n° 3, 4, 6 y 9).

A mi juicio, esta tesis es hartó más certera que aquella que afirma la responsabilidad siempre culposa del ebrio intencional o imprudente; cala más hondo en la esencia individualizadora de la culpabilidad —que exige un juicio de reproche sobre concretas y efectivas actitudes psicológicas— y realiza más plenamente la idea contenida en la teoría de la *actio libera in causa*.

Tengo todavía para mí, sin embargo, que a partir de lo expuesto se debe ir más adelante, abandonando todo vestigio de generalización, ya que esto no lo permite la culpabilidad como juicio de valor estrictamente histórico y singular. Me atrevo, pues, a sostener que la situación del ebrio puede ser: a) de responsabilidad dolosa (probablemente en sentido más amplio que el sostenido por Vannini-Leone), o culposa; b) de irresponsabilidad total por ausencia de culpa (conf. aquí Núñez, op. cit., p. 38). Todo ello dependerá rigurosamente de las circunstancias del hecho.

La tantas veces mencionada teoría permitiría, así, resolver en forma coherente y en perfecta armonía con el sistema legal en vigor, el panorama íntegro de la responsabilidad (excluidos los casos de embriaguez patológica y el del alcoholismo crónico que, según ya hemos visto, son incuestionables situaciones de inimputabilidad).

Conforme a ello tendríamos:

a) *Ebriedad preordenada*. La omisión o comisión delictiva del delito propuesto se imputará a título de dolo directo (no resisto al referirme a esta hipótesis la tentación de formular una pregunta a quienes prescinden de la teoría de la *actio libera in causa* y proclaman la tesis de que es “dolo” o “culpa” la actitud anímica del ebrio en el momento del hecho: según este punto de vista, ¿cómo se resuelve el supuesto del guardaguasas que para omitir el cambio de señales de un tren se embriaga hasta llegar al coma en el instante en que debe efectuarlo?).

Ya Carrara enseñaba que en estas hipótesis el sujeto se utiliza a sí mismo como instrumento de su propio delito.

b) *Ebriedad intencional* (no preordenada). Ya no es posible aquí una solución unitaria. La responsabilidad será dolosa o culpable según el contenido psicológico (representativo y volitivo) de la culpabilidad existente en la mente del sujeto en el instante de provocar la embriaguez, y con relación al delito cometido. Ya se ha visto que no hay motivo para excluir la posibilidad excepcional del dolo (eventual): previsión y asentimiento del resultado delictivo previsto. Lo común será, sin embargo, la simple previsión sin asentimiento (culpa consciente) y aun la no previsión si bien con posibilidad de prever (culpa inconsciente). Tampoco puede excluirse la total falta de culpabilidad (por ausencia de la posibilidad de prever o por otro motivo circunstancial). El problema que se plantea al juez —ni más difícil aquí ni diferente al que se suscita toda vez que hay que delimitar con precisión las zonas grises e intermedias de la culpabilidad— guarda la más estrecha relación con las circunstancias probadas de toda índole que acompañen el hecho de embriagarse intencionalmente. Ellas decidirán la cuestión, sin necesidad de advertir que la frecuente imposibilidad de una prueba categórica impondrá la hipótesis más favorable al acusado (art. 13, Cód. Proc. Criminal).

Quiere decir que la solución correcta no está en postular un rígido cartabón para todos los casos, sino en deslindar cuidadosamente los distintos matices de la actitud culpable como único presupuesto de la pena justa. Si Tizio, por mera “imprudencia” o “negligencia” derivada del estado de ebriedad en que se hallaba inmerso ocasiona el delito previsto y aceptado como consecuencia de su ebriedad intencional (Vannini) ¿por qué negar la realidad del dolo? ¿Es que su conducta no merece el máximo reproche?

Por mi parte, pienso que el juez contará a menudo con la presencia de circunstancias probatorias de la responsabilidad dolosa. La fluente realidad ofrecerá múltiples hipótesis sin necesidad de imaginar aquí casos de laboratorios. Piénsese, sin embargo, en quien se sabe peligrosamente agresivo en estado de ebriedad no obstante lo cual, y sin precaución alguna, se embriaga intencionalmente para sobrellevar una ofensa recibida pocos momentos antes, en el mismo recinto donde se halla el ofensor a quien luego dará muerte en plena

embriaguez. ¿Podrá negarse aquí la presencia de la previsión e incluso del asentimiento eventual del resultado posible?

Piénsese, en fin, en aquellas personas que en tiempo y circunstancias ineludibles deben realizar por razón de oficio, empleo, etc., tareas delicadas o peligrosas que les exigen pleno dominio de la mente y del cuerpo (lo que supone el deber jurídico —contractual, legal, etc.— de no beber dentro de ciertos límites temporales razonables): un agente de policía, un médico, el conductor de un tren, un guardavías, el chofer de un colectivo, etc., que adeben actuar o tomar servicio a una hora determinada, no obstante lo cual antes beben inmoderadamente sabiendo que se embriagarán o lo hacen con ese propósito más o menos explícito. En tales casos, la previsión se acompaña de un tan alto grado de indiferencia frente a la prevista posibilidad, y de desprecio a la norma, que la afirmación del dolo eventual será la más cercana y justa consecuencia.

Este planteamiento ha de evitar, sin embargo, la posible afirmación del dolo sobre la base de una vaga, indeterminada previsión. La culpabilidad (y por supuesto el dolo eventual) no admite modos “genéricos” e indeterminados sino estrictamente típicos. La prueba de la existencia del dolo es indispensable, y esta prueba supone que el agente ha tenido la concreta previsión del delito cometido (o, en todo caso, de otro vinculado al anterior en forma ineludible o en progresión criminosa). La mera previsión genérica de delinquir —sin concreción suficiente— es siempre tributaria de la simple responsabilidad culposa.

Por el otro extremo no puede en modo alguno negarse como posible la total inculpabilidad. Las circunstancias concretas pueden demostrar, como muy oportunamente lo señaló Núñez, citando a Mittermair, que a pesar de todo no se ha actuado culpablemente. Negarlo importaría la más rigurosa aplicación del *versari* (suponiendo que toda especie de ebriedad sea ilícita, lo que no es dogmáticamente exacto: art. 19, Const. nacional).

Ciertamente la vida real presentará una serie de problemas accesorios que no es oportuno examinar aquí. Todos ellos, sin embargo, hallarán solución razonable partiendo de la correcta aplicación de la teoría de la culpabilidad y de los principios generales.

c) *Ebriedad imprudente*. De la construcción de Vannini-Leone habría que extraer la conclusión de que en este caso la responsabilidad será “siempre” a título de culpa. La afirmación aún me parece inexacta por su absoluta generalidad. Por de pronto es aquí plenamente aplicable lo que acabo de decir sobre la posible inculpabilidad.

Pero la cuestión más problemática e interesante es la otra. Si el agente, por las circunstancias de hecho o por su especial situación personal, a más del deber jurídico de precaución o de prudencia que le incumbe y que viola al beber (lo que implica el actuar culposos) prevé y ratifica el resultado, ¿por qué habría de negarse, sin más, el dolo eventual? No veo una sustancial diferencia entre la conducta del

guardavías que bebe en demasía o imprudentemente durante el servicio, o poco antes, si las circunstancias demuestran que acogió indiferentemente en su intimidad el resultado previsto del estrago y la del conductor de un automóvil al guiar con exceso de velocidad, consciente del resultado delictuoso cuya posibilidad se representa y ratifica (reiterado e indiscutido ejemplo de dolo eventual), parece, pues, posible el dolo, por muy excepcional que ello sea.

Ya he señalado, por otra parte, que la genérica e indeterminada previsión de delinquir sólo es culpa. La tentativa —con fundamento aún más evidente— tampoco es aquí posible.

d) *Ebriedad "habitual"*. Rigen forzosamente los principios que se acaban de exponer a falta de una norma específica como la del Código italiano (sin perjuicio de lo dispuesto, claro está, en el art. 41, Cód. Penal).

Y voy a terminar. No sin antes reiterar mi convencimiento de que la tesis dominante en el tribunal implica casi siempre la admisión de una pura responsabilidad objetiva por hecho inculpable o, cuando menos, más allá de la efectiva culpabilidad. Dentro de tal posición no me parece fácil responder a estas preguntas: si se responsabiliza al ebrio voluntario sin recurrir al principio de la *actio libera in causa*, computándose como dolo o culpa el posible aunque anormal contenido psicológico del acto "en el instante en que se ejecuta" ¿por qué se excluye de esa responsabilidad al ebrio accidental o involuntario? Si aquél es capaz de dolo o culpa "en el momento del hecho no veo por qué no lo es también el segundo; si revela a través del alcohol su genuina personalidad peligrosa, proclive al delito, no hallo razón para sostener que esto no ocurre también con el último; si, en fin, éste es inimputable por virtud de la ebriedad que padece no alcanzo a comprender por qué esa misma ebriedad no excluye la del otro. Todo ello demuestra, según creo, que de ese modo no se castiga en rigor el delito culpablemente cometido por un inimputable, sino que, sencillamente, se castiga el hecho de embriagarse, descargando sobre el ebrio la pena que al delito corresponde cuando de la embriaguez voluntaria deriva la acción típicamente antijurídica. Ello podrá estar de acuerdo con los principios teóricos que se quiera pero no lo está con los que subyacen en el derecho positivo argentino. Existe, en cambio, un fundamento dogmático sustancial —no puramente formal— para afirmar la irresponsabilidad del ebrio accidental o involuntario: no ha violado ningún deber que le sea jurídicamente exigible; en consecuencia, nada hay que reprocharle ... y por ello el Código así lo resuelve.

Claro está que para admitir cuanto llevo dicho sería menester ponernos de acuerdo en separar tajantemente los planos de *lege lata* y de *lege ferenda* (todavía confundidos muchas veces como nefasta herencia de una actitud mental sólo preocupada de criticar la ley para ajustarla a determinadas tendencias escolásticas a ella extrañas). Mientras unos hablan un puro lenguaje defensista o peligrosista, saltando

por encima del derecho positivo frente al peligro incuestionable del alcoholismo, y otros nos ciñamos a ese derecho en términos de imputabilidad, culpabilidad, pena retributiva, etc., no habrá manera de entendernos. Por supuesto que no niego que la ebriedad y el alcoholismo sean pavorosos factores de criminalidad y degeneración; tampoco la necesidad de que el Estado tome medidas preventivas y aun represivas contra una y otra. Afirmino, en cambio, que la solución de los tremendos problemas que ellos crean no es cosa del derecho penal, o lo es en escasísima medida, si se tiene en cuenta que lo que en su ámbito se halla en juego es la responsabilidad del ebrio por una concreta acción delictiva cometida en estado de embriaguez. Por lo demás es ingenuo pensar que la cárcel es un remedio contra el alcoholismo. Ninguna ferocidad en la pena impedirá jamás ni siquiera los episodios de ebriedad circunstancial corriéndose en cambio el peligro de las condenas inhumanas (como ya lo advirtió Caviglia con motivo de la reforma italiana). Pero sea ésta así, o de otro modo, lo cierto es que todas estas cuestiones no incumben al juez (constreñido a la estricta aplicación del derecho positivo) y esperan, sin duda, las adecuadas soluciones legislativas.

Sintetizando, todo lo dicho en diferentes apartados (excluyendo los casos de ebriedad, accidental o involuntaria y los de embriaguez incompleta que no han sido motivo de convocatoria) pienso:

1) En los supuestos de "ebriedad patológica", así como en los de "embriaguez o alcoholismo complicado" el agente no es imputable. Se trata de "alteraciones morbosas" o de formas patológicas del llamado "estado de inconciencia". En su caso se aplicará el Cód. Penal, art. 34, inc. 1º, párr. 3º.

2) El "alcoholista crónico" (intoxicación crónica por el alcohol) es también inimputable en idéntica forma, sea porque actuó en un episodio de *delirium tremens*, alucinosis, etc., sea simplemente porque en su caso la ebriedad es patológica. Procede asimismo su internación en establecimiento adecuado.

3) La "ebriedad preordenada", por aplicación del principio de la *actio libera in causa* (que traslada la investigación sobre la imputabilidad y culpabilidad al instante en que se bebe), acarrea responsabilidad a título de "dolo directo" por el delito propuesto y cometido.

4) El mismo principio permitirá responsabilizar al "ebrio intencional" por el delito perpetrado durante la ebriedad a título de dolo eventual o culpa según la totalidad de circunstancias de hecho que permitan tener como probada una u otra forma de culpabilidad "en el momento de embriagarse" y siempre con relación al delito mismo. No corresponde al sistema del derecho positivo el intento de computar como dolo o como culpa el anormal contenido psicológico de su actuación "en el momento de ejecutar o consumir el hecho, ni afirmar con carácter general su simple responsabilidad culposa".

La culpabilidad deberá ser examinada y valorada *in concreto*, caso por caso, no pudiéndose excluir de antemano ni siquiera la total

inculpabilidad (por falta de la posibilidad de prever u otras circunstancias de hecho).

5) En caso de "ebriedad imprudente", la solución no difiere sustancialmente de lo expuesto en el número anterior: la verificación de las pruebas y circunstancias de hecho podrá demostrar también, excepcionalmente, la presencia del dolo eventual. Cuando no es así, la responsabilidad será culposa o aún estar excluida por ausencia de toda especie de culpabilidad.

6) En los dos últimos casos (4 y 5), el ebrio no es responsable si sólo es posible imputarle culpa y el Código no describe la respectiva figura culposa.

7) Las soluciones (4 y 6) se aplican al ebrio habitual. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Cód. Penal, art. 41.

En suma, mi respuesta al tema del plenario, fundándose en todo lo expuesto, se expresa del siguiente modo.

"Excepto los casos de ebriedad patológica y de alcoholismo crónico en que la imputabilidad del agente puede estar excluida si se halla en algunas de las situaciones previstas en la última parte del art. 34, inc. 1º, párr. 1º, del Cód. Penal, el que delinque en estado de ebriedad completa y voluntaria es imputable por mandato de la citada norma que se inspira en el principio de las '*actiones liberae in causa*'. No obstante ello, y según las probanzas de cada caso, puede no ser culpable por el delito cometido en dicho estado, o serlo, a título de dolo o de culpa, si las respectivas circunstancias psicológicas que integran una u otra forma de culpabilidad concurren en su conducta al tiempo en que se embriagó".

El doctor Vera Ocampo dijo: la ilustrada exposición del juez de cámara doctor Frías Caballero constituye, a mi juicio, un aporte magistral definitivo para dar correcta respuesta al arduo problema que motiva este plenario. Adhiero sin reserva a sus convincentes fundamentos dirigidos a poner en evidencia la necesidad de la revisión del criterio jurisprudencial vigente y voto en idéntico sentido al sustentado por el ilustrado colega.

El doctor Panelo dijo: adhiero al exhaustivo voto del doctor Frías Caballero y emito el mío en idéntico sentido.

El doctor Millán dijo: todo este plenario *in abstracto* sobre la vieja cuestión de la ebriedad importa una verdadera petición de principios.

No se trata de sentar si el ebrio completo responde a título de dolo o culpa por las acciones antijurídicas que comete sino si, en cada caso, quien viola la ley penal en estado de ebriedad, además de estar alcoholizado, se encontraba en estado de inconciencia que le impidiera comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones, por una causa distinta patológica y grave (psicosis o psicopatía) yacente a la que se sobreagregó la ebriedad y, ambas, fueron capaces de abolir absolutamente la cognición del acto.

Es preciso despojarse de perjuicios –pocos hay mayores que los de los médicos legistas, propensos a opinar que ha existido inconciencia a poco que encuentren una alteración más o menos grave de la misma y ya sabemos los excesos a que ello ha conducido, al extremo de considerar enfermo mental a todo delincuente– y entender de una vez por todas que el ebrio en general, y salvo las muy contadas excepciones patológicas, sabe lo que hace, comprende si comete un crimen y es capaz de dirigir sus acciones.

Lo que pasa es que la ebriedad afloja los controles inhibitorios y desata las fuerzas reprimidas de la brutalidad, el resentimiento, las perversiones de toda índole, el odio, el egoísmo, la codicia, etc.; no hace más que exagerar los rasgos caracterológicos.

Del mismo modo los desata la emoción violenta, que tiene su tratamiento especial en la ley si las circunstancias hacen excusable la reacción, así como la ira, el furor, el desenfreno sexual, la dipsomanía, la angustia del cocainómano, que no tienen tratamiento especial.

A nadie se le ocurriría decir que no son imputables el iracundo que obra bajo un raptó de furor, ni siquiera el psicópata explosivo en parecida situación, ni el erotómano sometido a una larga privación, como tampoco el vicioso que mata o roba para proveerse de alcohol o estupefactivo a menos que todos padecieran previa o concomitantemente una psicosis.

Hace exactamente un siglo Lambert sostuvo que el ebrio que no sabe lo que hace, que obra como un autómatas, es una figura creada por la fantasía y que nunca se ha sentado en el banco de los acusados (*Philosophie de la Cour d'Assises*, París, 1861, cap. XXI, p. 389).

Esta es la cruda y desnuda verdad.

Para salvar las graves consecuencias jurídicas de una excesiva ingenuidad es que se ha hecho tanta retórica sobre ebriedad voluntaria o involuntaria y dentro de la primera, simple o preordenada.

No es muy congruente expresar que se responde a título de culpa si se delinquirá en estado de ebriedad involuntaria (siempre que la ley establezca la forma culposa del correspondiente delito), porque si el agente estuviera efectivamente inconsciente no respondería a ningún título.

Se hace al respecto, dicho sea de paso, una confusión indebida de los territorios de la imputabilidad y la culpabilidad.

La imputabilidad es en nuestra fórmula penal, art. 34, inc. 1º, un presupuesto de la culpabilidad y nada más. Sin imputabilidad no puede haber ninguna clase de culpabilidad.

Para la concepción normativa de la culpabilidad –formulación alemana– la imputabilidad es un elemento de la culpabilidad y aun una de sus formas. Aquí tal vez podría caber aquella idea, pero siempre partiendo de la aceptación, que niego, que la ebriedad, sin más, sea uno de los supuestos de la inconciencia.

Tampoco se es congruente cuando se exige la prueba de la ebriedad aducida al cometer un antiguo crimen. En este camino, bastaría con alegarla y, entonces sí, se acabó la representación penal; todos los delinquentes alegarían esta bonita excusa y como no se exige ningún requisito patológico y la ebriedad que no es consuetudinaria no deja rastros, los jueces no tendrían más remedio que creerlo y absolver.

Pero donde la incongruencia alcanza su mayor elevación es cuando se acepta la culpabilidad dolosa si el agente preordenó el crimen y se embriagó para cometerlo: las *actiones liberae in causa, sive ad libertatem relatæ*.

¡Mayúsculo absurdo! Si la ebriedad condujo a la inconciencia ¿cómo puede aceptarse que el inconsciente ejecute lo que quiso hacer consciente?

No me vengan con residuos de conciencia porque si fueran tan minúsculos que no pueden computarse como un mínimun de entendimiento, no habrán quedado rastros de lo que se premeditó, y si quedaron, es porque hubo cognición, con los frenos alterados, pero la hubo, al igual que el iracundo o el hambriento sexual, etcétera.

Son muchos, varios miles diariamente, los sujetos que se embriagan. Pero son muy pocos los que, ebrios, cometen delitos.

Las personas honestas, los que no son degenerados ni depravados, en fin, los caracterológicamente normales y socialmente adaptados, pueden estar todo lo borrachos que se quiera, pero jamás delinquen, lo que constituye la más decisiva e irrefutable prueba de lo que sostengo.

La bebida desata los frenos y pone de manifiesto lo más profundo de la personalidad de cada uno.

Llevo muchos años en la experiencia judicial, criminológica y científica carcelaria; ellos me han enseñado que es verdaderamente acertado el juicio de Lambert que antes he recordado.

Salvo en los casos en que el propio cuerpo del agente actúe a modo de un instrumento mecánico, que en determinado lugar y momento ha de producir un resultado seguro, como el ejemplo de Manzini de la nodriza (*Tratado de derecho penal*, tr. de Sentís Melendo, Bs. As., 1948, t. 2, p. 173). Es idéntico al de la bomba, en que no interesa que la explosión se produzca cuando el terrorista está dormido o inconsciente, porque conscientemente la puso para que estallara en determinado lugar y momento. O el cirujano que se embriaga para operar (admitiendo tan sólo por vía de hipótesis que pueda operar en estado de inconciencia), porque sabe que en esa operación ha de obrar desatinadamente y matar al paciente. O en los delitos de omisión. El que se embriaga para no suministrar el remedio que ha de salvar al moribundo. Es lo mismo que se ausentara o se suicidara. El paciente, privado de la medicina, morirá igualmente.

Pero en estos casos no se trata del problema de la concomitancia del dolo y la consumación del delito, porque el dolo existió cuando

se prepararon a conciencia las condiciones para que el resultado ilícito se produzca infaliblemente (salvo que intervenga un acontecimiento no previsto por el agente).

Ello no ocurriría cuando el sujeto se coloca en estado de inconciencia para obrar debiendo añadir algo más en ese estado, como sería tomar un arma y matar, porque entonces no lo podría hacer.

No estoy solo en esta posición que reconoce la imposibilidad del cumplimiento inconsciente de la orden previa. Me acompañan Brusa en *Saggio*, p. 194 y en *Dell' ubbriachezza preordinata al delitto*, en "Archivio Giurisprudenza", 1869; Pessina, *Elementi*, t. 2, p. 227 y 228; Temme, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1876, p. 77; Garófalo. *La criminología*, tr. Borrajo, Madrid, 1912, p. 133; Groizard, *El Código Penal de 1870*, Madrid, 1923; Carnelutti, *Teoría general del delito*, Padova, 1935, p. 82, en cierto modo y, desde los glosadores, Bartolo.

Tampoco lo pienso por primera vez. Desde hace muchos años lo he sostenido en el ejercicio de la magistratura y, con diferencias del caso, en el juicio "Fernández Barceló, C. E." (JA, 1949-III-308, fallo 1377).

Debido a tantas confusiones, nuestra jurisprudencia, sin haber dicho explícitamente cosas parecidas, se ha orientado sabiamente por caminos que, en definitiva, implican el reconocimiento de que el ebrio sabe lo que hace, lo sabe turbado, en medio de una nebulosa que lo coloca en situación de indiferencia hacia los bienes ajenos y aun con respecto a los propios, pero sabe lo que hace, dentro de los límites y con el alcance que la ley penal requiere hacia su juego normal.

Me parece bueno invocar la impresionante mayoría existente en nuestros fallos, a través de sus distintos tribunales, encabezados por la Corte Suprema de la Nación y por esta Cámara, que en meritorio empeño ha resumido el doctor Black.

El propio doctor Frías Caballero dijo como juez de esta Cámara que "siendo evidente que la ebriedad voluntaria no ha sido patológica ni puede reputarse de aquéllas que la medicina legal denomina 'complicadas' (en las que no es más que un síntoma de una enfermedad mental), ni es el simple episodio de un estado de alcoholismo crónico, la imputabilidad resulta incuestionable" (causa "Martínez, F. C.", JA, 1960-VI-541, fallo 3126).

El actual Código Penal italiano, advertido de los graves inconvenientes derivados de la legislación anterior y de la jurisprudencia influida por las teorías médicas, ha cortado por lo sano y reprime el título de dolo al ebrio completo que ha bebido con el propósito de embriagarse y al que se embriaga por simple imprudencia (art. 92).

La embriaguez preordenada, art. 87, y la habitual, art. 94, son circunstancias agravantes. En Alemania, el art. 330 del Cód. Penal castiga lisa y llanamente al ebrio completo y voluntario.

Nuestro Código Penal actual, sabiamente, no se ocupa de la cuestión. Lo que diga la exposición de motivos no integra el texto legal y, por consiguiente, en nada obliga al intérprete.

Soy respetuoso, como el que más, de los principios científicos de la imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad fundadas única y exclusivamente en la ley, como lo he hecho en todos los fallos y lo he sostenido en publicaciones en todo tiempo, pero la solución que propongo, en nada se opone a esos principios: el ebrio responde como cualquier delincuente, por las acciones típicas, antijurídicas y culpables que cometa, salvo los casos muy excepcionales en que, a la vez, sea un enfermo psicótico o con grave psicopatía y haya obrado en situación prevista por el Cód. Penal, art. 34, inc. 1°. Esta es la conclusión de mi voto y, en consecuencia, la solución que corresponde es que el que delinque en estado de embriaguez completa y voluntaria responde plenamente por sus acciones, sean por acción u omisión, dolosas o culposas y a título correspondiente.

Me abstengo de formular una clasificación de estos sujetos, porque no quiero comprometer la opinión para los casos futuros. En otra parte lo he hecho, doctrinariamente.

El doctor Lejarza dijo: adhiero a las conclusiones precisas a que llega el doctor Frías Caballero en su erudito y meduloso estudio.

El doctor Cabral dijo: el juez de cámara, doctor Frías Caballero, ha demostrado en su exhaustivo voto que no se puede—sin correr peligro de incurrir en eventual injusticia—establecer *a priori* fórmulas estrictas para solucionar las variadas situaciones que pueden suscitarse cuando se da la hipótesis de que el actor de una acción delictiva haya obrado bajo los efectos perturbadores del alcohol. Por ello, y porque también concuerdo con el vocal preopinante en que los delicados problemas referentes a la imputabilidad y a la culpabilidad deben ser solucionados *in concreto*, es decir, caso por caso, me parece riesgoso en esta materia encasillarse de antemano en posiciones rígidas, sobre todo teniendo en cuenta la amplitud de criterio que confiere a los jueces la circunstancia de no haber sido el tema materia de expresas previsiones legislativas.

Por ello de acuerdo a mi opinión personal, la respuesta a la cuestión planteada en este plenario debería ser, lisa y llanamente, la de que los delitos cometidos en estado de ebriedad completa y voluntaria debe ser reprimidos, sea a título de dolo o bien de culpa, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso.

Sin embargo, ante la ausencia de una mayoría absoluta de opiniones que permita dar término a este plenario, aunque no coincido—por considerarla demasiado técnica y casuística—con la forma dada a un concepto cuya sustancia comparto, adhiero a las conclusiones del voto del señor juez de Cámara doctor Frías Caballero.

El doctor Romero Victorica dijo: tengo el arraigado convencimiento de que la peligrosidad no es razón de la pena, la cual, aunque constituye una defensa social, sólo puede legítimamente aplicarse con

motivo y como justa retribución de un acto de conducta libre y responsable. Ello impone atender a los elementos subjetivos del delito y medir la culpabilidad con el mayor de los cuidados, poniendo en ello todos los logros de la ciencia penal y de las que le son auxiliares; esfuerzo sin el cual el juzgamiento del hombre por el hombre no tendrían justificación suficiente.

La ley penal positiva es instrumento de justicia, en cuanto estructura un conjunto racional y orgánico de disposiciones tendientes a definir y sancionar delitos, en función de dolo y culpa; en tanto que la ebriedad, fuente de delitos pero distinta de ellos, debe ser combatida a su manera, conforme a su diferente entidad. El Código Penal no está hecho para eso; y es irracional e inicuo aplicarlo a tal objeto.

Nuestra ley no acepta la inimputabilidad de quien, en estado de ebriedad voluntaria, incurre en alguno de los hechos que ella define como delitos; pero ninguna disposición contiene que obstaculice la científica aplicación de los principios generales de la culpabilidad al juzgamiento de la conducta del ebrio que delinque, la cual no es susceptible de la misma valoración que la de quien infringe la ley penal en condiciones psíquicamente normales.

Supuesto un grado de ebriedad real y probadamente obnubilante de la conciencia valorativa del acto o impediendo de la dirección de las acciones, los presupuestos subjetivos de la responsabilidad no podrán ser hallados en el momento del obrar delictuoso sino en aquél en que, consciente y voluntariamente, fue provocado el estado enajenante del propio control; estado que nunca estará demás recalcarlo y repetirlo, no es el que revela la verdadera personalidad, como si ésta consistiese en los elementos instintivos e irracionales que el alcohol deja librados a su ceguera, sino que, por el contrario, suprime la personalidad al privar al hombre del uso de sus facultades más nobles, las que, destinadas a dirigirlos hacia el bien, lo definen como persona y le confieren su dignidad de tal. El hombre no es él cuando está ebrio.

Como dentro de tal orden de ideas, encuentro que el doctor Frías Caballero ha expuesto un sistema que me parece científicamente inexpugnable, y cuya ductibilidad facilita la solución adecuada de los distintos supuestos de la culpabilidad —dolo directo o indirecto; dolo eventual, sólo admitido como representación de resultado determinado y concreto; o simple culpa— adhiero resueltamente a su brillante voto.

El doctor Fernández Alonso dijo: adhiero al voto del doctor Cabral.

El doctor Rassó dijo: el voto erudito del doctor Frías Caballero, me parece la respuesta más exacta y cabal que pueda darse al siempre candente problema de la ebriedad y su incuestionable incidencia en los ámbitos de la inimputabilidad y culpabilidad penal.

Comparto, asimismo, *in totum*, el criterio que en él se expone en punto a la urgente e inexcusable necesidad de proveer a una revisión profunda de la jurisprudencia imperante sobre el particular.

Y aunque no desconozco, por cierto, las tremendas proyecciones del alcoholismo en el campo de la delincuencia, ni permanezco indiferente frente a tan lamentable realidad, como miembro de este tribunal de justicia estimo que no me cabe otra alternativa que la de adherir sin reservas a la tesis del aludido señor vocal, por ser, a mi entender, la que en rigor corresponde en nuestro ordenamiento positivo jurídico-penal.

El doctor Black dijo: 1º La Corte Suprema de la Nación en reiteradas oportunidades ha sostenido la plena responsabilidad de quienes cometen delitos en estado de ebriedad, haciendo jugar la eximente del art. 34, inc. 1º, sólo en el caso de que fuera completa e involuntaria.

Ha dicho este alto tribunal que "la ebriedad no es por sí eximente de responsabilidad y puede resultar un índice de mayor peligrosidad" (JA, 31-372), y, que "la ebriedad en sí, es un estado predispuesto al exceso, al desvío y al delito, de manera que quien se dedica a ella se libra, a sabiendas, de la frenación mental y ética que la convivencia social impone, siendo, por tanto, un peligroso especial que la ley no auspicia" (Fallos, 165:33) y que "quien no esté en la condición estricta de art. 34, inc. 1º, es punible" (Fallos, 172:374).

Esta interpretación la ha mantenido en el tiempo a través de sus distintas integraciones, como se advierte en Fallos, 178:256: "La beodez, si no es involuntaria, no puede ser eximente. El hombre que toma licor más de lo que debe, responde de las consecuencias de los actos que realiza por falta de dominio de sus facultades. La defensa de la sociedad inspira esta tesis preconizada por la doctrina moderna" y en Fallos, 211:340: "Demostrado que el procesado bebía habitualmente no puede considerarse como involuntaria la ebriedad del día del crimen y debe desecharse como eximente"; y en Fallos, 216:512: "Sin llegar a la ebriedad total, que, por lo demás, habría resultado un agravante por no haber sido involuntaria o accidental", y en Fallos, 217:1019: "La embriaguez capaz de provocar la inconsciencia prevista por el art. 34 del Cód. Penal, debe provenir de un estado de alcoholización accidental, involuntario, vale decir sin culpa del agente, no a consecuencia de ingestión deseada de bebidas normales".

En igual sentido se pronunció en Fallos, 209:290; 219:383; 219:384, etcétera.

La Suprema Corte de Buenos Aires ha formulado el mismo juicio interpretativo. En fallo publicado en JA, 1949-I-10, decía: "Constituye homicidio simple, no por imprudencia, el cometido en estado de embriaguez completa, si ha sido voluntaria, aunque el agente al embriagarse no lo haya hecho con el propósito de delinquir" y, en JA, 1949-I-589: "Para que la embriaguez configure la eximente de pena contemplada por el art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal, debe ser completa e involuntaria; estos requisitos, exigidos expresamente por el Cód. Penal derogado, han quedado comprendidos en la frase 'estado de

inconciencia no es imputable' al agente, en la norma actualmente en vigor".

Igualmente sostuvo: "La ebriedad voluntaria, aunque completa, no exime de responsabilidad y el delito cometido en tal estado es un delito doloso" (JA, 1959-II-636), y que "el estado de ebriedad para constituir un atenuante debe ser casual e involuntario, pero cuando es habitual, debe considerarse como circunstancia agravante".

La Cámara Criminal de la Capital ha tomado partido desde la sanción del Código en vigencia, interpretando, salvo contadas excepciones, que la eximente del art. 34, sólo rige en los casos de inconciencia producida por la ebriedad, cuando es total e involuntaria.

Así decía en fallo publicado en JA, 63-1082, "en la forma accidental que requiere el art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal, al expresar la condición de no imputable al procesado, que debe concurrir indispensablemente" y, en Fallos, 4-390: "Tratándose de un alcoholista crónico cuyas reacciones lo hacen peligroso para los demás, no es causal de inimputabilidad el hallarse alcoholizado al atentar contra la autoridad", y en JA, 1948-I-568: "Si el prevenido estuvo efectivamente en estado de perturbación profunda de la conciencia por intoxicación de origen alcohólico, única causa que pudo provocar ese estado, ello no lo eximiría tampoco de responsabilidad penal, puesto que, conforme al criterio dominante de la jurisprudencia del tribunal, el estado de inconciencia de ese origen es causa de inimputabilidad, sólo en el caso de ser involuntaria". En igual sentido en "Mercado" (24/10/41); "Moore" (8/11/40); "Fillonel" (6/6/46); "Cruz" (23/12/47); "Rotar" (8/7/47), etcétera.

En esa corriente de ideas se ha pronunciado la Cámara de Apelaciones de Rosario, JA, 1951-III-203; en Corrientes, la Cámara de Comercio Criminal y de Trabajo, JA, 1956-I-266; de Azul, LL, 53-778; y en La Plata, Cámara 3ª de Apelaciones, 16/6/50.

2º) Esta fatigosa referencia al criterio dominante en la jurisprudencia nacional, que entonces con la interpretación formal de los arts. 81 y 83 del Código derogado de 1886, en el cual sólo la "beodez completa e involuntaria" eximía de pena, muestra una orientación clara y firme, hoy enfrentada por la posición adoptada por el doctor Frías Caballero en su tesis, tan pulida y de alto valor doctrinario, que amenaza dar un vuelco en la jurisprudencia, abatiendo una tradición jurídica secular.

Aunque personalmente comparto en buena medida el sustento individualista de esa posición y de su entronque filosófico, que se adecuan perfectamente al articulado del nuevo Código proyectado por el doctor Soler, como juez en trance de pronunciarme sobre el problema comprendido en el tema de este plenario, de marcada implicancia social, dejo de lado toda simpatía doctrinaria en aras de una interpretación más estricta de los textos legales, ajustándome a la *lex lata* no *ferenda*, esto es a la voluntad de la ley, con prescindencia de las soluciones, buenas o mejores, escogidas libremente en doctri-

na y que aplicada, con el resto de la legislación vigente, llevarían a la impunidad de una de las formas más nutridas y peligrosas de la delincuencia.

No otra cosa significa cambiar las figuras penales, cuando sean admisibles las formas culposas, o suprimirlas directamente, cuando no las prevean.

Con sólo mencionar el alcance de esa desincriminación se advertirá la exactitud del aserto.

En los delitos del art. 79 el máximo de la pena se reduce de veinticinco años de reclusión o prisión a dos años, del art. 80 de prisión o reclusión perpetua a dos años, del art. 85, inc. 1º, de diez años a dos; en lesiones graves o gravísimas de los arts. 90 y 91 de seis y diez años de prisión o reclusión a la de pesos un mil de multa; en los incendios, estragos, explosiones del art. 186 de diez años a uno; y en los delitos contra la salud pública de los arts. 200, 201, 202 de diez y quince años a dos años.

Quedan además absolutamente exentos de toda sanción, por no admitir formas culposas los delitos contra el honor, los atentados sexuales, los delitos contra la propiedad, la resistencia y atentados a la autoridad, los desacatos y abusos de autoridad, las privaciones ilegales de libertad y los secuestros, para señalar los más comunes.

La hipótesis formulada en el voto del señor vocal preopinante, de quien con voluntad de beber (de exteriorización objetiva) y con voluntad de embriagarse (supuesto inexcusable las más de las veces, aun para el mismo bebedor) comete un delito con previsión y asentimiento previo del resultado delictivo, no soporta las exigencias del proceso penal, y en nada, fuera de su valor académico, puede contribuir a la represión de esta clase de delitos.

3º) El Código Penal vigente adoptó el principio general de la imputabilidad suprimiendo la presunción legal de dolo y prescindiendo de toda discusión dogmática sobre el libre albedrío, la voluntad criminal o la intención. Tal es lo que se desprende del art. 34 y de lo expuesto por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados en p. 142, "C.P. of.": "Desde el momento que sólo se castigan los delitos previstos por las leyes, es evidente que todo acto calificado de tal, impone el proceso y el castigo, salvo los casos de excepción consignados en la ley". Más adelante agrega: "Entre nosotros se castiga a toda persona que realice un acto u omita otro, cuando la acción o la omisión tienen una pena y se libera de ella al acusado cuando lo ampara una eximente".

El Código represivo no ha dicho que nadie podrá ser sancionado por un hecho previsto en la ley como delito si en el momento de cometerlo no era imputable, esto es, si no tenía capacidad de entender y de querer, sino que, con una variante fundamental, invierte los términos, al decir que nadie puede ser castigado cuando se encuentra en las condiciones expresamente señaladas en su articulado.

Esta inversión de los términos lleva a una interpretación *stricti iuris* de las causales de exención de responsabilidad penal y basta que falten algunas de las modalidades exigidas por la ley para que la exención no surta efectos.

Según las previsiones legales, se exime de pena a quienes no hayan podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones por un "estado de inconciencia, error o ignorancia de hecho", condicionándolo a que ese estado no le sea imputable.

La excepción al principio general de la imputabilidad consagrada en esta fórmula legal restringida a los casos en que tal estado no le sea imputable al agente encuentra su antecedente remoto en el primer Código Penal, cuyo art. 81, inc. 1º, estableció como causal de exención de responsabilidad "... y generalmente siempre que el acto haya sido resuelto y perpetrado en un estado de perturbación de cualquiera de los sentidos o de la inteligencia, no imputable al agente y durante el cual no haya tenido conciencia de dicho acto o de su criminalidad".

La Comisión reformadora del año 1904 que proyectó la sustitución del art. 81, inc. 1º, vigente, mantuvo el concepto al decir: "Están exentos de responsabilidad: 1º) El que ha resuelto y ejecutado el hecho en un estado de enajenación mental cualquiera no imputable al agente", que pasó a integrar el art. 34 actual, por acción del Senado nacional.

4º) Fijada por nuestro Código, como se ha visto, la imputabilidad como norma y la inimputabilidad como excepción, éstas quedan limitadas a las expresamente previstas en la ley.

Y dentro de éstas, están los estados de inconciencia que impiden comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones, a los cuales se puede llegar, conforme a los antecedentes doctrinales y preparatorios del Código, por el ancho camino de la ebriedad.

De provocar esa inconciencia la ingestión voluntaria y no accidental de bebidas alcohólicas cuyas propiedades se conocían, evidentemente, tal estado le es imputable al agente y, por consiguiente, queda fuera de la eximente legal.

Así lo reconocía Rodolfo Moreno en su *Tratado* (t. 2, p. 252) al decir que "si la ebriedad, en cambio, fuera el resultado de una costumbre y tuviese en el sujeto carácter de habitual no influiría para la calificación del acto".

En igual sentido se pronunció Gómez en *Leyes penales anotadas*, t. 1, p. 310: "El delincuente que dolosamente o culposamente se embriaga —sea completa o incompletamente— responde de su delito como responde el no ebrio".

La responsabilidad penal de los ebrios, determinada por la ley, no es sólo de carácter objetivo, como se ha sustentado en alguna ocasión, pues requiere un presupuesto subjetivo propio a cada delito, exigida por el art. 34 y por cada figura en especial.

El ebrio si bien actúa en base de percepciones alteradas, con el pensamiento, la atención y la memoria perturbada sujeto a la formulación de un juicio deficiente o deformado, carente de autocrítica, desprovisto de frenos inhibitorios y movido por impulsos instintivos o pasionales, tiene una representación de los hechos, con las alteraciones propias a su estado, y, obra en su consecuencia, poniendo intención y voluntad en su acción.

Lo súbito de sus actos, la falta de encadenamiento lógico, la incoherencia y la brutalidad del obrar típicos de la intoxicación alcohólica responden a un proceso mental donde concurre la cerebración y la acción, semejante a la del loco, en cuya mente perturbada se desarrolla una representación equívoca del mundo exterior, y obra también en su consecuencia.

La ley penal considera de un modo muy distinto uno y otro caso, responsabilizando al ebrio y no al loco, porque a éste no puede imputársele su estado de inconciencia que lo ha llevado a la falta de comprensión de la criminalidad de sus actos, y, en cambio a aquél sí, si ingirió voluntariamente bebidas cuyas propiedades conocía. La previsión de la ley cobra así un sentido inequívoco, acorde con lo expresado en la exposición de motivos (ed. of., p. 149): "El sujeto puede haber actuado sin conciencia del acto sin ser un alienado, como ocurre en ciertos casos de ebriedad. Vale decir en aquellos en que ha sido absoluta e independiente la voluntad del acusado".

El doctor Frías Caballero, en este orden de ideas, sostiene con fundadas razones, que me eximen de extenderme sobre el punto, que la ebriedad completa sólo acarrea la pérdida total de la conciencia, cuando llega a un estado letárgico o de coma alcohólica, esto es, cuando es de tercer grado según la acepción más moderna y generalizada.

Es que no obstante las profundas perturbaciones que pueda ocasionar al agente, deja subsistente siempre hasta llegar a esa etapa, un residuo mayor o menor de conciencia.

Y precisamente ese fondo de conciencia es el que integra el factor subjetivo en el delito ejecutado por los ebrios. Ese proceso mental en el que se adopta una actitud y determina un obrar, permite adecuar la conducta a la respectiva figura penal, integrando la noción del dolo, y, en su caso, de la culpa, elaboradas no en función doctrinaria sino de acuerdo a una ajustada sistematización de los textos legales.

5º) "La embriaguez voluntaria o culposa no excluye ni disminuye la imputabilidad. Lo cual no quiere decir que el agente ebrio tenga que responder, en todo caso, a título de dolo", dice con razón Maggiore (t. 1, p. 563).

Si el ebrio mata con decisión dirigida a ese fin, responde por la muerte a título doloso, si comete una violación, lo es también en igual título, y ello porque si su estado le es imputable, no es eximido de pena por la ley. Si mata conduciendo velozmente su vehículo en

zona urbana, atraparé su conducta la forma culposa del art. 84, del Cód. Penal. Y si la muerte la ocasiona al conducir, por causas extrañas al manejo y la beodez, su conducta no será captada por la ley penal.

La ebriedad total y voluntaria no parifica la responsabilidad penal a título doloso como tampoco lo hace a título culposo. El magistrado no está exonerado de estudiar en cada caso el título y clase de imputabilidad del agente, teniendo en cuenta para ello no sólo los presupuestos objetivos del delito, sino los subjetivos exteriorizados en la acción, dentro del marco imperativo de la ley, sin que obste a ello el juicio crítico que pueda merecerle personalmente el texto a la solución legal, desde un punto de vista de ortodoxia doctrinaria, referido a la mezcla considerada indebida de los conceptos de imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad bajo el rubro del primero, que regula indiscriminadamente las causas de inimputabilidad, inculpabilidad y de justificación.

La posición adoptada por quienes propician la represión de todos los delitos cometidos en estado de ebriedad voluntaria, susceptibles de aceptar la forma culposa, con sanciones propias a esa clase de delitos, admitiendo una culpabilidad a distancia entre la ingestión alcohólica y el acto delictuoso, entre los que no hay una relación directa de causalidad, ni necesaria de causa a efecto, al desconectar el sistema de responsabilidad fijada para esa clase de hechos, sólo cobra sentido como una manera forzada de subsanar o atenuar el temido daño inferido a la colectividad, por la falta de adecuada represión de los delitos cometidos en ese estado.

“No es cierto que la incapacidad de entender y de querer excluya siempre la imputabilidad, ya que la exclusión se verifica solamente si dicha incapacidad no deriva de ciertas causas: por ejemplo, el que esté completamente embriagado carece de la capacidad de entender y querer, y, sin embargo, si la embriaguez no es debida a caso fortuito o fuerza mayor, no deja de ser imputable” enseña Carnelutti en *Teoría general del delito*, p. 82.

En la misma Alemania, donde el estado de inconciencia provocado por ingestión de bebidas alcohólicas obra en la legislación como eximente de pena, sin las limitaciones de nuestro art. 34, inc. 1º, se ha elaborado una doctrina para atenuar sus consecuencias sociales, al establecer que cuando el acto cometido en estado de embriaguez “corresponde en absoluto a la personalidad del autor, es decir, que es adecuado a ella, responde penalmente del mismo (fallo de la Sala 1ª en lo criminal)”, citado por Mezger en párrafo 49 de su *Criminología*.

Este autor comenta que “no hay razón de favorecer, con la exclusión de la imputabilidad al hombre violento que, en estado de ebriedad, demuestra su naturaleza brutal”.

Añade este maestro que “no es en modo alguno ilógico o científicamente contradictorio que en el foro se trate la embriaguez alcohólica ordinaria de manera distinta a como se tratan otras perturbaciones del espíritu”.

Cabe agregar que en el Código militar de ese país la ebriedad voluntaria no exime ni disminuye la pena.

6º) No quiero terminar esta exposición sin transcribir el resumen de los conceptos vertidos por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de la República Oriental del Uruguay, por su valor intrínseco, publicado en *JA*, 1959-IV-5 secc. jurisp. extr.: “La sanción se apoya en principios y elementos fácticos; esto es, en el principio de la *actione libera in causa* que aconseja, a través de una elaboración secular, responsabilizar al ebrio con el delito en mérito a que causó voluntariamente su incapacidad, y en la realidad del proceso psíquico aunque anormal, que acompaña al *-itus criminis-* y que reputa suficiente para lograr la aplicabilidad de la ley penal”. Esta posición es la adoptada por los países anglosajones.

7º) En mérito de todo lo cual, firmemente convencido que la jurisprudencia actual que reprime los delitos cometidos en estado de ebriedad completa y voluntaria, se ajusta a una interpretación cabal de las normas penales en vigor, en consonancia con las necesidades sociales de la hora, respondiendo a una tradición jurídica nacional sustentada en la ley, en la que no encuentro disposición alguna que autorice a eximir totalmente de pena a los ebrios, en los delitos que excluyen las formas culposas, entiendo que el agente que comete un delito en estado de embriaguez completa y voluntaria responde de sus actos al igual que las demás personas, cuyo obrar no esté exento de imputabilidad penal, dentro del valor acordado por la ley a esa expresión.

Con lo expuesto concreté mi voto, pero como el doctor Frías Caballero cuya tesis enfrentaba, ha formulado nuevo y ponderado voto, en el cual se ha atenuado en parte las consecuencias más perturbadoras de su posición inicial, señalados *ut supra*, creo oportuno destacar, que no modifiqué el mío, porque entiendo que se adecúa más a la ley y a la realidad social de nuestro medio, y, además, evita caer en un camino que precisamente la convocatoria de este tribunal plenario ha tratado de evitar fijando la doctrina jurisprudencial.

La ulterior forma dada por el señor juez preopinante a sus conclusiones, aunque aparentemente ha hecho perder actualidad a lo expuesto por mí en este voto, no lo modifiqué, para que ilustre sobre los términos iniciales en que se planteó este prolongado debate, y, además, porque, a mi juicio, la fórmula atenuada en que se concreta la posición, no bien se miran sus fundamentos, se advierte llevan a considerar únicamente dolosos los delitos “preordenados” cometidos por los ebrios, dejando prácticamente en la impunidad los demás, esto es, la casi totalidad de los ejecutados en ese estado. Las conclusiones del doctor Cabral, en cambio, podrían dar solución, en un enfoque no ligado a posturas doctrinarias, al problema, pero al no dar una norma interpretativa que torne útil tan larga confrontación de opiniones, me inclinan a mantener mi punto de vista originario.

El doctor Pena dijo: adhiero al voto del doctor Rassó.

El doctor Argibay Molina dijo: si bien es cierto que en alguna oportunidad he manifestado mi opinión concordante con la doctrina sustentada por el doctor Frías Caballero en su exhaustivo voto (véase LL, 110-976) —opinión que mantengo—, no es menos cierto que ella constituye una aspiración que, referida al proyecto que analizaba en aquella ocasión tenía su razón de ser en la disposición contenida en el art. 26 y en la circunstancia de que en la parte general de ese proyecto existe una norma genérica sobre culpa (véase art. 20), pero como el doctor Prats Cardona y los otros señores jueces que votan en el mismo sentido proporcionando igualmente razones serias y valederas, considero que la tesis sostenida por este tribunal en su actual jurisprudencia es la que se ajusta más a las normas vigentes.

Por ello, voto en la misma forma que los doctores Prats Cardona, Millán, Black, Munilla Lacasa y Quiroga.

El doctor Munilla Lacasa dijo: considero que la jurisprudencia tradicional tanto de esta Cámara como de los demás tribunales que se mencionan en las opiniones precedentes, con la Corte Suprema de la Nación a la cabeza, no ha hecho otra cosa que resolver los casos que llegan a sus estrados aplicando los principios que rigen la *actio libera in causa* o el dolo eventual.

El doctor Frías Caballero en su excelente voto, mediante el juego de tales principios y refiriéndose al tema de la encuesta, no admite, con certero criterio, que sean sólo culposos, irremediable y solamente culposos los delitos cometidos en estado de ebriedad voluntaria como cierta doctrina afirma. Cree, y con razón, que no puede excluirse la posibilidad del dolo cuando a ese estado se llegue de modo intencional o imprudente —según su feliz y esclarecedora terminología—, siempre que la valoración integral de la conducta autorice a computar aquellos extremos. Proporciona ejemplos de toda elocuencia y da a su vez adecuada respuesta en punto a la ebriedad involuntaria —ocasional, accidental, circunstancial, etc.— excluyendo la imputabilidad por la sencilla razón de que no existe la violación de un deber jurídico exigible y en tales casos nada hay que reprocharle al sujeto.

Coincido con su punto de vista en tanto computa como dolosos los supuestos que enumera, pese a no tratarse de ebriedad preordenada. Sin embargo, aprecio que la representación del resultado previsto o consentido o la total indiferencia ante su posible ocurrencia, no excluye el dolo no ya en las hipótesis de infracciones progresivas o en conexión progresiva a que él alude, sino también en aquellas que están al lado y deben necesariamente considerarse incluidas en la previsión por circunstancias de hecho o porque están intelectual y voluntariamente vinculadas.

Para que el agente haya obrado intencionalmente, al decir de Goldschmidt, no es preciso que la representación del resultado haya sido el motivo de su acción, sino que basta con que no haya sido el contramotivo, es decir, que no haya retenido al agente de su acción.

En los conocidos ejemplos en los que se reputa dolosa la lesión causada al que viajaba en el mismo coche de mi enemigo cuando para vengarme de éste he hecho tumbar el carruaje, o de la bomba contra el monarca, muchas veces ese evento no se quiere, pero sin duda alguna entra en lo previsible y representado y por cierto no desplaza el dolo porque el resultado concreto no coincide exactamente con lo que se planeó.

Tengo para mí, que quien por deber jurídico ha de estar sobrio y no lo está, el conductor del colectivo, el del tren, el aviador, etc., no sólo se representa el desastre a que imprudentemente contribuye por su estado, sino que está dentro de lo previsible, incluida en la representación, la lesión o la muerte del pasajero que interfiere para evitarlo y le llama la atención al respecto.

Lo mismo acontece en los casos de ebriedad preordenada, cuando el delito cometido es distinto al pensado. El doctor Frías Cabañero trata el problema y parifica la solución a la que él da para supuestos en que la preordenación falta. Discrepo con tal criterio.

Cuando se está en dolo —y en los casos de preordenación no se discute— no veo la diferencia en que se hiera o se mate a un sujeto distinto del que se había propuesto el autor. Casos comunes de *aberratio ictus* o de error *in objeto* o *in personam* que son dolosos y que no salen de ese terreno aunque lo realizado no coincida precisa y exactamente con lo proyectado. La ley protege tanto la vida de Pedro como la de Juan y porque queriendo matar a Pedro se mata a Juan embriagándose previamente, ni cambia la forma dolosa, ni la malvada intención.

Por otra parte, y en orden al posible cambio de la jurisprudencia imperante, creo que es aleccionador el ejemplo de Italia que legislativamente debió modificar su ordenamiento jurídico porque las anteriores previsiones no protegían debidamente. Se me ocurre pensar que si un país que cuenta con tan preclaros juristas, que algo conocen de nuestra disciplina, se ha visto obligado a reestructurar su Código y si tal reestructuración precisamente coincide con lo que aquí desde hace años y de modo casi uniforme vienen resolviendo los tribunales de toda jerarquía, no debiéramos hacerlo, porque en verdad se daría un paso atrás en la protección que la sociedad reclama de la actividad jurisdiccional, en momentos en que la criminalidad recrudece y con respecto de sujetos peligrosos las más de las veces, generalmente anómalos semilúcidos y excepcionalmente inimputables, como mis colegas lo ponen de relieve, sujetos que por debilidad, por vicio o por antisociales tendencias, cercenan, menoscaban o pierden deliberada y culpablemente las más nobles cualidades que ilustran la personalidad racional.

No pretendo, por cierto, resolver el problema de la ebriedad por el castigo del ebrio. Pero tampoco acepto el trastrueque de normas penales que son, a mi juicio, claras y previsoras, para protegerlo.

La jurisprudencia actual no carece de apoyo dogmático, todo por el contrario, toda vez que el precepto requiere que el estado de inconciencia o de grave perturbación de la misma no sea imputable. El error y la ignorancia impiden comprender la criminalidad de los actos y dirigir las acciones, pero para que de ello derive inimputabilidad es necesario que nada se le pueda reprochar al sujeto, es decir, que ese estado no le sea imputable y lo mismo acaece con el ebrio. Puede estar inconsciente en el momento del hecho, como al explotar la bomba deliberadamente encendida, pero conforme al principio de la *actio libera in causa* si a ese estado se llegó, libre, voluntaria y conscientemente –intencional o imprudentemente– esa perturbación le es imputable y la culpa, la responsabilidad penal en suma, es su legal e irreversible consecuencia.

Considero que el mencionado principio de la *actio libera in causa* no sólo tiene cabida en nuestro ordenamiento, sino que los antecedentes del precepto legal de la imputabilidad que estudian los otros votos y su misma redacción, nos están diciendo que esa es la doctrina de la ley, pues al retrotraer el estudio de la perturbación a la etapa anterior, para establecer si le es imputable al sujeto, no hace otra cosa que aplicar las enseñanzas de aquélla que también retrotrae al análisis de la actuación voluntaria al momento en que se decide la acción.

Sólo hacen excepción los casos conocidos como de *infermita di mente* y la jurisprudencia vigente no hace tabla rasa de ellos, computa esos estados de insuficiencia de facultades o de alteración morbosa de las mismas. Quien carece de inteligencia no es capaz de querer o comprender porque el intelecto es una especie de portero de la conciencia y deja en la antesala, sin acceder a su recinto, lo que aquél no depura y controla, transformando en automatismo o en reflejo todo acto aparentemente voluntario que no ilumina la mente.

En suma, adhiero a los no menos excelentes votos de los doctores Millán, Black y Prats Cardona, que estudian a fondo el tema, pero no quiero concluir sin dejar sentado que si de sentencia justa se trata –y ese es nuestro norte–, no me parece muy justo que se interne al ebrio involuntario, accidental, circunstancial e inculpable y pueda resultar sin sanción quien si bien no preordenó un delito cierto, preordenó sí una situación de hecho, un estado de ánimo que nuestra experiencia judicial nos demuestra que en la mayoría de los casos lo lleva como de la mano al delito.

Como reza el “Pésame”, no sólo debe evitarse el pecado, sino toda ocasión próxima a cometerlo.

Con lo que antecede concreté mi voto, pero como el doctor Frías Caballero ha hecho uno nuevo, debo agregar algo más. En virtud de que él llevaba la palabra en esta convocatoria le formulé alguna somera observación al primitivo. Gentilmente la ha acogido y me complace, pero no considero necesario modificar el mío, pues el desacuerdo sobre lo fundamental subsiste, yo mantengo la jurisprudencia

cia del tribunal y él propugna un cambio, aunque las coincidencias que señalaran también siguen en pie.

El esfuerzo realizado por el colega para poner orden y hacer más luz en la confusión y oscuridad que sobre el punto reina entre escuelas, leyes, autores, teorías, etc., es imponderable. El asunto intrincado en más de un sentido, sigue siendo opinable. Estoy convencido que los jueces de la República ni descuidaron, ni confundieron la cardinal precedencia que dentro de los cánones de nuestra ciencia existe entre imputabilidad, culpa y responsabilidad. La vida, el hombre, sus fallas, sus debilidades, sus vicios y sus faltas, nunca fueron para nadie y menos para los magistrados judiciales cuya labor según se ha dicho pareciera usurpada a los dioses nunca fueron, decía, términos de un teorema matemático. Jamás sumaron "ebriedad más delito, es igual a culpa y cárcel". Lo cultural, lo humano, está reñido con lo exacto; objeto y método difieren. Ni reglas inflexibles, ni verdades apodícticas. La acción del individuo no puede ser escindida de toda su personalidad sin riesgo de equivocarnos, pues el presente que juzgamos algo trae y nos dice del pasado y, a su vez, nos adelanta un futuro que si no se toca se intuye o se presiente. Por eso al enjuiciar, no debe desatenderse la individualidad que nos ocupa y se entremezcla a veces su peligrosidad, pues para comprender el verdadero sentido de una conducta se la debe valorar y eso no es sino relacionar su voluntad actuante, la dinámica de su personalidad, con la norma o a través de la norma.

Si esto es así, si al juicio de reproche se llega como no podía ser de otro modo, analizando escrupulosamente y caso por caso el estado espiritual del acusado, la opinión de los expertos, las excusas alegadas, los antecedentes psíquicos y constitucionales o biológicos y si todo se sopesa y contrabalancea con la prueba, los motivos y los resultados, la valoración es integral y es la que corresponde; ni más, ni menos, que la que el doctor Frías Caballero pide y que nuestra jurisprudencia ha elaborado y llevado a la práctica a través de años y de prestigiosos juristas, sin que en ocasión alguna, como dijera Carrara, haya inmolado a un inocente en el altar de la duda.

Por tanto, pienso, que triunfe uno u otro de los enfoques de este plenario, mientras las normas legales no se modifiquen, los jueces seguirán haciendo lo que hasta hoy hicieron. De ahí que lo conceptúe innecesario. Las soluciones dadas por el doctor Frías Caballero a los ejemplos que pone por juego del dolo eventual o las acciones libres en su causa, lo ratifican. Siempre se tuvo en cuenta, como lo recordé antes, las excepciones de sujetos que por alteraciones morbosas no saben lo que hacen, sea por ebriedad o por otra causa legal acreditada definitiva y concluyentemente. Para juzgar lo residual, que es bien poco, las reglas ordinarias vigentes bastaban y, como se ve, con o sin plenario, la solución no difiere.

Desde los prácticos se afirma que el dolo no desaparece porque la consumación diste de la preparación o provocación de la incapacidad

y también con ello se disiente. Núñez nos anoticia sobre la *actio libera in causa* su historia, su desarrollo y extensión.

El delito preordinado; el dolo eventual; el asentimiento; la previsión sin volición; la representación del resultado; la obra de un tercero; el error esencial, son alternativas que en doctrina cambian las soluciones y que desplazan, explican o resuelven la dolosa preordenación; el dolo sin ella; el delito culposo y en otros casos, la cura y no el castigo.

De todos modos son escasos, escasísimos, los delitos del ebrio que no sean punibles. El doctor Millán lo pone de resalto y los repertorios están plagados de hechos vandálicos y tropelías de todo género donde se viola, se mata, se roba o se incendia, todo lo obnubilado que se quiera pero sin la perturbación enfermiza del irresponsable.

Con lo dicho antes y estas consideraciones más y las de mis colegas a cuyo voto he adherido, con la última convicción de que la jurisprudencia actual se ajusta a la ley, dejo formulado el mío.

El doctor Quiroga dijo: adhiero al voto del doctor Munilla Lacasa.

El doctor Ure dijo: adhiero a las conclusiones del voto del doctor Munilla Lacasa y sus concordantes.

El doctor Prats Cardona dijo: hace años, e integrando distinto tribunal, tuve oportunidad de expresar mi juicio sobre el tema que motiva este plenario, a través del voto publicado por LL, 64-187, y en el cual concluía que la situación del ebrio voluntario no encuadra dentro de la teoría del delito culposo.

Traído a nuevo debate el mismo tópico, los ilustrados votos ya emitidos agotan, en verdad, cuanto pueda decirse en pro o en contra de esta *verata quæstio*, tanto en el terreno doctrinario como jurisprudencial, por lo que me limitaré a señalar que mantengo el criterio antes expuesto de mi parte. Dije entonces, y lo repito ahora con igual convencimiento después de mucho meditarlo, que la solución del problema de responsabilidad penal que nos ocupa ha de buscarse, en primer término, en los planos profundos donde inciden las propias cimbrias de la política represiva, y que ella será tanto más acertada cuanto más cuidadosa sea de las consecuencias prácticas que produzca en el orden de su mantenimiento. Por eso sigo pensando que resultaría contraria a sus bases cualquier toma de posesión que, para salvar un principio teórico o doctrinario, sacrifique el campo de la previsión penal y la garantía de sus grandes líneas directrices, trazadas sobre una realidad que se impone a despecho de aquellas teorías o doctrinas, por más sólidas que éstas parezcan.

Agregó que, no habiéndose definido la culpa en la parte general de nuestro Código, sino mediante las distintas figuras que sanciona a dicho título, tampoco advierto cómo el esquema fijado por el art. 84 para el homicidio culposo pueda aplicarse al caso de quien en estado de ebriedad, que si bien completa, ha sido voluntaria, llega a dar muerte a otro, fuera de las situaciones allí concretamente previstas y

por ende limitativas, porque parece claro que la imprudencia que denota el acto de beber hasta embriagarse no se trasvasa a la supuesta imprudencia del acto homicida, aun admitiendo que la primera sea la causa de la segunda y no un simple factor predisponente, pues siempre trataríase de una causa mediata y la norma hace indudable referencia a la directa.

Por cierto, no se me oculta que, quizás, esto no aparezca como la solución más apropiada *de lege ferenda*, pero, con todo, la acepto porque, según mi leal entender y saber, es la única que ajusta a la ley penal vigente, conforme la tesis tradicional sostenida por esta misma Cámara y que estimo la de mayor acierto.

De ahí mi voto de adhesión a los demás expuestos en idéntico sentido.

El doctor Negri dijo: adhiero al exhaustivo y brillante voto del doctor Frías Caballero en el plenario que nos ocupa de la ebriedad completa y voluntaria y pienso, como el doctor Cabral, que esta solución dará a conocer a los jueces mayor acción para juzgar el caso "cuando la inconciencia es el producto de una falta de previsión o de una negligencia", que pueda llevar al encuadramiento del hecho como culposo.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se resuelve: que excepto los casos de ebriedad patológica y de alcoholismo crónico, en que la imputabilidad del agente puede estar excluida si se halla en alguna de las situaciones previstas en la última parte del inc. 1º, párr. 1º, art. 34 del Cód. Penal, el que delinque en estado de ebriedad completa y voluntaria es imputable por mandato de la citada norma que se inspira en el principio de las *actiones liberae in causa*; no obstante ello, y según las probanzas de cada caso, puede no ser culpable por el delito cometido en dicho estado, o serlo, a título de dolo o culpa, si las respectivas circunstancias psicológicas que integran una u otra forma de culpabilidad concurren en su conducta al tiempo en que se embriagó. Argibay Molina - Black - Cabral - Fernández Alonso - Frías Caballero - Lejarza - Millán - Munilla Lacasa - Negri - Pabelo - Pena - Prats Cardona - Quiroga - Rassó - Romero Victorica - Ure - Vera Ocampo

B) ERROR DE PROHIBICIÓN

6. **Morillas, Juan Simón***. Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la defensa del señor Juan Simón Morillas en la causa **Morillas, Juan Simón s/apelación c/resolución de la Dirección General Impositiva**”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando: 1º) Que el Juzgado Federal nº 2 de Santa Fe rechazó el recurso de apelación promovido por el actor, y confirmó la resolución de la Dirección General Impositiva que impuso tres días de clausura a su establecimiento comercial, en razón de que algunos de los comprobantes emitidos por las operaciones que realiza no se ajustan a los requisitos exigidos por la res. gral. DGI 3118.

2º) Que para así resolver, consideró que las deficiencias señaladas consistían en la omisión del domicilio del contribuyente, la determinación del lugar de emisión del comprobante de compra, la descripción detallada de lo adquirido por el cliente que permita identificar el bien –por cuanto correspondía indicar el código del artículo–, los importes parciales y el monto total de la operación. Tuvo en cuenta que el responsable emitía facturas y había habilitado un sistema de *tickets* para ciertas ventas. Contra dicho pronunciamiento, el recurrente interpuso recurso extraordinario, cuya denegación origina la queja en examen.

3º) Que los agravios expuestos por el actor implican un planteo respecto de la exégesis de las normas dictadas por el organismo fiscal en ejercicio de las facultades de reglamentación emergente de los arts. 7º y 40 de la ley 11.683 (t.o. 1978 y sus modif.) –res. gral. DGI 3118– y un cuestionamiento de la valoración efectuada, al no ponderar en forma adecuada a su entender, los hechos que motivaron la emisión de *tickets* y facturas, vinculados al tipo de operación concreta que en cada caso instrumentan. A tales efectos, reconoce que si bien los *tickets* carecen de algunos de los requisitos necesarios, respaldan ventas de pan efectuadas al público consumidor en operaciones de contado, cuyos montos no exceden el importe mínimo, su-

* CSJN, 8/6/93, LL, 1993-E-415.

perado el cual recién se genera la obligación de facturar en la forma reclamada por el fisco nacional.

Señaló asimismo que el decisorio recurrido omitió la aplicación del decr. 292/91 –invocada como norma más favorable–, por el que se estableció un régimen de exención de intereses, multas y de cualquier otra sanción para los contribuyentes y responsables que regularizaran su situación, dando cumplimiento a las obligaciones fiscales omitidas.

Por otra parte, tachó de arbitraria la sentencia de primera instancia en tanto habría omitido toda consideración respecto del hecho y las pruebas aportadas acerca de que el recurrente habría encargado, con mucha anterioridad a la inspección, la confección de *clisés* para la máquina registradora, en los que constarían los datos cuya omisión generó el sumario y la clausura dispuesta.

4º) Que el recurso extraordinario planteado resulta formalmente procedente, toda vez que se encuentra controvertida la inteligencia de una norma de carácter federal, y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria a las pretensiones que el actor sustenta en ella.

5º) Que teniendo en cuenta que la conducta del contribuyente o responsable es susceptible de configurar un ilícito de naturaleza infraccional, tal como fue considerado por esta Corte en la doctrina de *Fallos*, 298:57, resulta necesario, en resguardo de las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso, un examen de la necesaria adecuación de los extremos fácticos probados a la luz de las normas que describen el tipo.

6º) Que la res. gral. DGI 3118 en el art. 7º, en lo que al caso atañe dispone: “Los comprobantes que se emitan de acuerdo con lo dispuesto por el artículo anterior deberán contener los siguientes datos: 1) Respecto del emisor: 1.1) Nombre y apellido o denominación, domicilio y clave única de identificación tributaria (CUIT) y la leyenda ‘IVA responsable inscripto’ ‘IVA responsable no inscripto’ o ‘no responsable IVA’ según corresponda. 1.2) Lugar y fecha de emisión. 1.3) Cuando se empleen máquinas registradoras que emitan *tickets* y el importe de la operación no supere la suma de doscientos mil australes, el tratado requisito se considera cumplimentado con la indicación del código de artículo o descripción sucinta de este último, importes parciales y monto total de la operación”.

7º) Que el recurrente propicia un juicio adverso a la razonabilidad de los preceptos reglamentarios precedentemente mencionados; el que corresponde sea considerado en tanto haya sido oportunamente alegado y probado (*Fallos*, 247:121, consid. 14). En orden a ello, cabe precisar que la exigencia de la determinación del lugar y el domicilio de emisión, en los comprobantes que instrumentan operaciones, no constituyen –requisitos– contingentes, desde que ambos estarían contribuyendo –en el *sub examine*– a individualizar al emisor y permitir conocer el ámbito territorial del lugar de celebración

de la operación, y para señalar si se trata del establecimiento principal o, en cambio, de una sucursal o filial.

8º) Que ello guarda concordancia con la doctrina de esta Corte sostenida en la causa M-421. XXIII, "Dr. García Pinto, José p/Mickey SA s/infr. art. 44, inc. 1º, ley 11.683" el 5/11/91, en cuanto a que "el debate sobre la razonabilidad de una ley no puede llevarse a cabo sino en el ámbito de las previsiones en ellas contenidas y de modo alguno sobre la base de los resultados posibles de su aplicación, lo que importaría valorarlas en mérito a factores extraños a sus normas (*Fallos*, 299:45), dado que la indagación de la voluntad del legislador permite inferir, sin ejercer violencia alguna sobre el texto legal, que la ley fiscal no persigue como única finalidad la recaudación, sino que se inscribe en un marco jurídico general, de amplio y reconocido contenido social, en el que la sujeción de los particulares a los reglamentos fiscales constituye el núcleo sobre el que gira todo el sistema económico y de circulación de bienes. La tan mentada equidad tributaria se tornaría ilusoria de no mediar, al menos, el cumplimiento de los deberes formales establecidos en cabeza de quienes tengan responsabilidad impositiva", atento a que "el cumplimiento de los extremos formales constituye, en el caso, el instrumento que ha considerado el legislador para aproximarse al marco adecuado en el que deben desenvolverse las relaciones económicas y de mercado. En lo particular, las exigencias relativas a la emisión de facturas se establecen para garantizar la referida igualdad tributaria del responsable y ejercer el debido control del circuito económico en que circulan los bienes" (consids. 5º y 9º).

9º) Que ello es así, en virtud de que el art. 86, inc. 2º, de la Const. nacional alcanza no sólo a los decretos que dicta el Poder Ejecutivo en razón de dicha norma, sino también a resoluciones que emanen de organismos de la administración (*Fallos*, 303:747, 1595), pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado, y que permite a los jueces ante planteos concretos de la parte interesada verificar el cumplimiento de dicho presupuesto (*Fallos*, 306:400).

Ello en consideración a que en los supuestos en los cuales se controvierte la legitimidad de resoluciones de la Dirección General Impositiva al emitir normas generales, esta Corte debe limitarse a examinar si son o no compatibles con los principios de la Constitución nacional, de las leyes a las que complementan, y a emitir juicio acerca de la procedencia de su aplicación al caso, tal como el organismo administrativo las concibió (*Fallos*, 304:438), ya que está vedado a los tribunales el juicio sobre el acierto o la conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades.

10) Que en cuanto a los eximentes invocados con base en la aplicación del decr. 292/91, procede puntualizar que esta norma se refiere al restablecimiento del régimen de presentación espontánea previsto

en el art. 111 de la ley 11.683 (t.o. 1978 y modif.) para la regularización de las obligaciones fiscales omitidas. En tal virtud, y habida cuenta de que en el *sub examine* se recurre una pena por infracción al cumplimiento de deberes formales del régimen de facturación del IVA cuya obligación sustancial no se discute, no resulta procedente la consideración de los agravios vertidos al respecto (CL-395. XXIII, "López, Juan Carlos y López, Rubén s/apelación c/resolución de la DGI", sentencia de la fecha).

11) Que en el *sub examine*, sin perjuicio de que los tópicos anteriormente examinados dan cuenta de la inadmisibilidad del remedio federal impetrado con sustento en el art. 14 de la ley 48, cuadra advertir que el pronunciamiento recurrido omitió el examen y valoración de los argumentos exculpatorios ensayados por la recurrente, sobre la base de su imposibilidad de dar cumplimiento a las exigencias reglamentarias emergentes de la res. gral. DGI 3118.

Este examen resulta insoslayable desde que, en cuestiones de índole sancionatoria, la Corte ha consagrado el criterio de la personalidad de la pena que, en su esencia, responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida objetiva como subjetivamente (*Fallos*, 271:297).

Ello no obstante, procede señalar asimismo que si bien no cabe admitir la existencia de responsabilidad sin culpa, aceptado que una persona ha cometido un hecho que encuadra en una descripción de conducta que merezca sanción su impunidad sólo puede apoyarse en la concreta y razonada aplicación al caso de alguna excusa admitida por el sistema penal vigente (*Fallos*, 278:266).

12) En los restantes aspectos, resulta necesario observarlo, la decisión recurrida ostenta fundamento bastante, inclusive en lo concerniente al supuesto error en que habría incurrido el *a quo* al ponderar el número de omisiones detectadas en los comprobantes; toda vez que, en este último aspecto, el recurrente no ha demostrado –aun de ser cierta su afirmación– cómo ello podría conducir a una solución diferente del caso, lo cual convierte en conjeturales a los argumentos formulados en ese sentido (*Fallos*, 311:340, consid. 6º y su cita).

Por lo demás, al haber dispuesto la ley la clausura en un tiempo de duración fija, exime de otras valoraciones para alcanzar a una graduación justa de la sanción aplicada.

Por ello, se declara admisible el recurso de hecho, procedente el recurso extraordinario planteado y, en virtud de lo sentado en el consid. 11, *ut supra*, se deja sin efecto el fallo apelado; con costas. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Barra - Belluscio - Boggiano - Cavagna Martínez - Fayt - Levene (h.) - Moliné O'Connor - Nazareno - Petracchi

Disidencia parcial de los ministros Belluscio y Petracchi. Considerando: 1º) Que el juez de primera instancia a cargo del Juzgado

Federal n° 2 de la provincia de Santa Fe confirmó la resolución dictada por el jefe de la división jurídica de la Dirección General Impositiva, región Santa Fe, que dispuso, conforme a lo que establece el art. 44 de la ley 11.683 (t.o. 1978 y sus modif.), la clausura por tres días del establecimiento propiedad de Juan S. Morillas, en razón de comprobarse que en los tickets emitidos con motivo de las ventas allí realizadas no constaba el domicilio del contribuyente, el lugar de emisión y la descripción detallada que permitiera identificar el bien vendido. Contra dicho pronunciamiento, el sancionado interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motivó la presente queja.

2º) Que, en el recurso extraordinario, el apelante formuló los siguientes agravios.

a) En la sentencia apelada se habría incurrido en un grave error al sostener que los tickets no especificaban el nombre de la firma, su domicilio y el detalle de lo facturado cuando, en realidad, la sanción aplicada por el organismo fiscal se habría fundado únicamente en las dos últimas circunstancias mencionadas. De tal forma, concluye el apelante, en la sentencia de primera instancia se le habría imputado un hecho inexistente y se lo habría condenado por él.

b) El fallo impugnado sería arbitrario en tanto en él se atribuye al apelante haber admitido que la existencia del domicilio era un dato ineludible en la facturación cuando, por el contrario, aquél habría sostenido en todas sus presentaciones que dicho requisito era totalmente irrelevante.

c) El *a quo* habría violado el derecho constitucional de defensa en juicio al denegar una medida probatoria ofrecida por el recurrente, que acreditaría la existencia de facturas controladas y no objetadas por los inspectores de la Dirección General Impositiva, y que no constarían en el acta labrada por aquéllos al verificar la supuesta infracción en los tickets.

d) El *a quo* no habría valorado debidamente la circunstancia alegada por el apelante, en el sentido de que éste no se encontraba obligado a emitir factura alguna.

e) La sentencia recurrida sería también arbitraria en tanto en ella se omitió aplicar una norma más favorable para el apelante, como lo sería el decr. 292/91, que estableció un régimen de exención de intereses, multas y de cualquier otra sanción para los contribuyentes y responsables que regularizaran su situación, dando cumplimiento a las obligaciones fiscales omitidas.

f) En el fallo de la instancia anterior no se habrían analizado debidamente los planteos del apelante, fundados en la irrazonabilidad de la res. gral. 3118. En opinión del recurrente, dicha irrazonabilidad se fundaría en la circunstancia de que la falta de mención del domicilio en el *clisé* no obsta a la fiscalización del organismo tributario toda vez que el domicilio del sancionado sería perfectamente conocido por aquél. Sostiene que la sanción de clausura de un estableci-

miento que comercializa bienes también es irrazonable en tanto lesiona la libertad de comercio y el derecho de propiedad.

g) El *a quo* tampoco habría examinado el argumento del recurrente, según el cual el art. 44, inc. 1º, de la ley 11.683, al atribuir a la Dirección General Impositiva la forma y condiciones en que se deben emitir facturas y comprobantes, habría creado una norma penal en blanco, violatoria del principio constitucional de reserva.

h) Por último, en la sentencia apelada también se habría omitido toda consideración respecto del hecho –a pesar de haber aportado constancias que lo acreditarían– de que el apelante habría encargado confección de *clisés* en los que constaba el domicilio, de la firma, con mucha anterioridad a la inspección y que aún no se habían recibido al momento de efectuarse aquélla.

3º) Que el agravio señalado bajo la letra *a* no es idóneo para habilitar la instancia extraordinaria a su respecto, toda vez que, aun de ser cierto lo alegado por el apelante en cuanto al error en que habría incurrido el *a quo*, aquél no ha demostrado en concreto de qué modo el examen y resolución de dicho agravio podría conducir a una solución diferente a la adoptada en la instancia anterior, lo cual convierte en conjeturales a los argumentos formulados (*Fallos*, 311:340, consid. 6º y su cita). Tampoco constituye una cuestión federal susceptible de ser examinada por el tribunal, el planteo individualizado con la letra *b*, pues el *a quo* no ha fundado su decisión en la supuesta admisión efectuada por el sancionado, sino en un examen de las restantes circunstancias de la causa.

4º) Que el planteo indicado bajo la letra *c* tampoco es formalmente admisible. En efecto, dado que la sanción aplicada al recurrente se fundó en la circunstancia de haber emitido, con motivo de las ventas, *tickets*, y no facturas, en forma deficiente, resulta irrelevante a los fines de la solución del caso –tal como lo señala el representante del organismo fiscal (fs. 72/76 vta. de los autos principales)–, la alegada denegación por parte del *a quo* de una prueba tendiente a acreditar la existencia de factureros habilitados. Por las mismas razones, también corresponde declarar inadmisibile el agravio individualizado con la letra *d*.

5º) Que los restantes agravios formulados por el apelante resultan idóneos, en cambio, para habilitar la instancia extraordinaria toda vez que involucran la inteligencia de disposiciones constitucionales y de otras normas federales y la decisión ha sido contraria al derecho fundado en aquéllas (art. 14, inc. 3º, ley 48).

6º) Que el planteo señalado bajo la letra *e* no logra desvirtuar los fundamentos de la sentencia apelada, pues el régimen instituido por el decr. 292/91 no resulta aplicable en esta causa. Dicha norma establece, en su art. 1º, lo siguiente: “Restablécese con carácter general y temporario la vigencia del régimen de presentación espontánea previsto en el art. 111 de la ley 11.683 (t.o. en 1978 y sus modif.), en la forma, condiciones y con los alcances dispuestos en el presente decreto”.

A su vez, el art. 3º del decreto mencionado dispone: “Quedan exentos de intereses, multas y cualquier otra sanción que pudiere corresponder, los contribuyentes y responsables que regularicen su situación dando cumplimiento a las obligaciones fiscales omitidas—total o parcialmente—, cuyos vencimientos se hubieren operado hasta el 31/1/91, inclusive, relativas a los tributos cuya aplicación, percepción y fiscalización está a cargo de la Dirección General Impositiva. Se entenderá por cumplimiento de las obligaciones fiscales omitidas: a) cuando el tributo deba liquidarse obligatoriamente mediante declaración jurada: la presentación de ésta y, de corresponder, el pago simultáneo del gravamen y su actualización, al contado o en cuotas; b) cuando se trate de impuestos cuya recaudación no se efectúe por declaración jurada: el pago al contado de la deuda y su actualización; c) cuando se trate de actualizaciones pendientes de ingreso: el pago de las mismas y su actualización, al contado o en cuotas... De regularizarse las obligaciones mediante la solicitud de planes de facilidades de pago, lo dispuesto en este artículo producirá efectos siempre que durante la vigencia de los mismos las obligaciones quedaran totalmente canceladas”.

El examen de los términos empleados en la norma transcripta, especialmente la mención que se hace de conceptos tales como “tributos” y “pago”, permite concluir sin hesitar que las “obligaciones fiscales” a que se refiere el *decr. 292/91*, y que se encuentran alcanzadas por la exención allí prevista, son únicamente aquellas de naturaleza pecuniaria y no, en cambio, los deberes de carácter formal, como los discutidos en autos. Esta conclusión se ve fortalecida si se advierte que de los debates parlamentarios realizados en ocasión de sancionarse los antecedentes legislativos del mencionado régimen de presentación espontánea, tales como el art. 8º de la ley 13.649 y el art. 1º, inc. 4º, de la ley 15.273, surge claramente que el órgano legislativo tuvo la intención de limitar los beneficios del régimen en cuestión a las obligaciones de carácter patrimonial (*conf. DSSenado, 1949, t. III, p. 2420 y 2421, y DSDiputados, 1959, t. VIII, p. 6773 y 6774, respectivamente*). Por las razones expuestas, corresponde desestimar el agravio del apelante en este punto.

7º) Que los planteos indicados bajo la letra *f* deben ser rechazados, pues encuentran adecuada respuesta en lo decidido recientemente por esta Corte en la causa M-421. XXIII, “Dr. García Pinto, José p/Mickey SA s/ infracción art. 44, inc. 1º, ley 11.683”, del 5/11/91, voto en disidencia parcial de Belluscio y Petracchi, especialmente consids. 5º, 7º y 10, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad.

8º) Que el art. 44, inc. 1º, de la ley 11.683, cuya constitucionalidad es impugnada por el apelante en el agravio individualizado con la letra *g*, dice así: “Sin perjuicio de la multa prevista en el art. 43, se clausurarán por tres días los establecimientos comerciales, industriales agropecuarios o de servicios, que incurran en alguno de los hechos u

omisiones siguientes: 1) No emitan facturas o comprobantes de sus ventas, locaciones o prestaciones de servicios en la forma y condiciones que establezca la Dirección General; o no conserven sus duplicados o constancias de emisión”.

Esta Corte tiene establecido que la garantía del art. 18 de la Const. nacional pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de los intereses que deben ser protegidos penalmente y de las conductas específicas que ponen a aquéllos en peligro (*Fallos*, 312:1920, consid. 10 y sus citas, entre muchos otros). Sin perjuicio de ello, el tribunal ha reconocido, especialmente a partir del conocido caso “Delfino” (*Fallos*, 148:430), la validez constitucional de normas legislativas que confieren cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquéllas. De conformidad con esta doctrina se aceptó, en un caso posterior, la validez de una ley que había autorizado al Poder Ejecutivo a llevar registros de industriales, importadores, etc., y que preveía sanciones para aquellas personas que infringieran sus disposiciones. La decisión de la Corte se fundó en el hecho de que, en dicha oportunidad, el Poder Ejecutivo se había limitado –conforme a una expresa autorización legislativa que había establecido una clara política sobre el punto– a crear el mencionado registro y a establecer las modalidades de la correspondiente inscripción (caso “Soete”, *Fallos*, 253:171; doctrina reiterada, entre muchas otras, en las causas “Laboratorios Anodia”, *Fallos*, 270:42; “Luis Domínguez”, *Fallos*, 280:25; “Conevial”, *Fallos*, 310:2193, y “Verónica SRL”, *Fallos*, 311:2339).

El examen de la norma impugnada indica claramente que ésta se ajusta a los principios jurisprudenciales que se acaban de reseñar. Ello es así, pues la autorización allí otorgada a la Dirección General Impositiva por el Congreso, para establecer “la forma y condiciones” en que se deben emitir las facturas y comprobantes, es sustancialmente idéntica a la conferida en el citado caso “Soete” para “crear un registro y establecer las modalidades de la correspondiente inscripción”; esto es, el organismo legislativo ha establecido claramente la determinación de los intereses que deben ser protegidos penalmente y de las conductas específicas que ponen a aquéllos en peligro y sólo ha conferido al Poder Ejecutivo la autorización de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la norma legislativa. Por las razones expuestas, también corresponde desestimar los planteos del apelante en este punto.

9º) Que resta, por último, examinar el agravio individualizado bajo la letra h, fundado en la imposibilidad –no imputable al apelante– de dar cumplimiento a las exigencias reglamentarias establecidas por el organismo recaudador.

Esta Corte advierte que, no obstante haber sido planteado ante el juez de primera instancia (conf. fs. 26 y 26 vta. de los autos principales), este último omitió completamente examinar y resolver dicho

planteo; esto es, si en verdad el recurrente había incumplido con los deberes formales que le imponía la res. gral. 3118 por causas que no le eran imputables y, en caso afirmativo, qué consecuencias jurídicas correspondía otorgar a tal extremo.

Si se advierte que dicha cuestión era decisiva para la solución del litigio, toda vez que una conocida jurisprudencia del tribunal ha declarado que en el campo del derecho represivo tributario rige el principio de culpabilidad (casos "Parafina del Plata", *Fallos*, 271:297; "Usandizaga", *Fallos*, 303:1548 y sus citas; "Cosecha Cooperativa de Seguros", *Fallos*, 312:149 y su cita; y "Mazza, Generoso", *Fallos*, 312:447 y sus citas, entre otros), resulta ineludible concluir que la omisión en que incurrió el *a quo* constituye una causal de arbitrariedad que descalifica al fallo apelado (*Fallos*, 311:1866, entre muchos otros).

Por ello, se declara inadmisile el recurso extraordinario en cuanto a los aspectos tratados en los consid. 3º y 4º de este pronunciamiento y admisible en lo restante, y, con el alcance señalado en el consid. 9º, se deja sin efecto el fallo apelado. Con costas. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase, a fin de que por, quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí establecido.

Disidencia del presidente Boggiano. Considerando: 1º) Que contra la sentencia del juez federal de Santa Fe, que confirmó la sanción de clausura dispuesta por la Dirección General Impositiva en el sumario incoado por infracción al art. 44 de la ley 11.683, Juan Simón Morillas interpuso el recurso extraordinario cuya denegación motivó la presente queja.

2º) Que el recurso es formalmente procedente sólo en cuanto se halla en tela de juicio la interpretación de normas federales (art. 44, ley 11.683 y decr. 292/91) y lo decidido ha sido contrario a la pretensión que el apelante sustentó en ellas (art. 14, ley 48). Respecto de los restantes agravios, el recurso es inadmisile (art. 280, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación).

3º) Que el art. 44, inc. 1º, de la ley 11.683, cuya constitucionalidad es impugnada por el apelante, prescribe que "sin perjuicio de la multa prevista en el art. 43, se clausurarán por tres días los establecimientos comerciales, industriales, agropecuarios o de servicios, que incurran en algunos de los hechos u omisiones siguientes: 1º) no emitir facturas o comprobantes de sus ventas, locaciones o prestaciones de servicios en la forma y condiciones que establezca la Dirección General; o no conserven sus duplicados o constancias de emisión".

Esta Corte tiene establecido que la garantía del art. 18 de la Const. nacional pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de los bienes jurídicos que deben ser protegidos penalmente y de las conductas específicas que ponen a aquéllos en peligro (*Fallos*, 312:1920, consid. 10 y sus citas, entre muchos otros). Sin

perjuicio de ello, el tribunal ha reconocido, especialmente a partir del conocido caso "Delfino" (Fallos, 148:430), la validez constitucional de normas legislativas que confieren cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquéllas. De conformidad con esta doctrina se aceptó, en un caso posterior, la validez de una ley que había autorizado al Poder Ejecutivo a llevar registros de industriales, importadores, etc., y que preveía sanciones para aquellas personas que infringieran sus disposiciones. La decisión de la Corte se fundó en el hecho de que, en dicha oportunidad, el Poder Ejecutivo se había limitado —conforme a una expresa autorización legislativa que había establecido una clara política sobre el punto— a crear el mencionado registro y a establecer las modalidades de la correspondiente inscripción (caso "Soete", Fallos, 253:171; doctrina reiterada, entre muchas otras; en las causas "Laboratorios Anodia", Fallos, 270:42; "Luis Domínguez", Fallos, 280:25; "Conevial", Fallos, 310:2193, y "Vetrónica SRL", Fallos, 311:2339).

Del análisis de la norma impugnada surge claramente que ésta se ajusta a los principios jurisprudenciales reseñados. Ello así, pues la autorización allí otorgada a la Dirección General Impositiva por el Congreso, para establecer "la forma y condiciones" en que se deben emitir las facturas y comprobantes, es sustancialmente idéntica a la conferida en el citado caso "Soete" para "crear un registro y establecer las modalidades de la correspondiente inscripción"; esto es, el organismo legislativo ha establecido claramente la determinación de los intereses que deben ser protegidos penalmente y de las conductas específicas que ponen a aquéllos en peligro y sólo ha conferido al Poder Ejecutivo la autorización de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la norma legislativa. Por las razones expuestas, también corresponde desestimar los planteos del apelante en este punto.

4º) Que el recurrente se agravia también del modo en que el juez interpretó los alcances del decr. 292/91. Considera arbitraria la no aplicación al supuesto de las clausuras de esta norma, que establece un régimen de exención de intereses, multas y cualquier otra sanción para los contribuyentes y responsables que regularicen su situación.

5º) Que el régimen instituido por el decr. 292/91 no resulta aplicable en esta causa. Dicha norma establece, en su art. 1º, el restablecimiento con carácter general y temporario de la vigencia del régimen de presentación espontánea previsto en el art. 111 de la ley 11.683 (t.o. 1978 y sus modif.), en la forma, condiciones y con los alcances dispuestos en la misma. A su vez, el art. 3º del decreto mencionado dispone que "quedan exentos de intereses, multas y cualquier otra sanción que pudiese corresponder, los contribuyentes y responsables que regularicen su situación dando cumplimiento a las obligaciones fiscales omitidas —total o parcialmente— cuyos vencimientos se hubieren operado hasta el 31 de enero de 1991, inclusive, relativas

a los tributos cuya aplicación, percepción y fiscalización está a cargo de la Dirección General Impositiva. Se entenderá por cumplimiento de las obligaciones fiscales omitidas: a) cuando el tributo deba liquidarse obligatoriamente mediante declaración jurada: la presentación de ésta y, de corresponder, el pago simultáneo del gravamen y su actualización, al contado o en cuotas; b) cuando se trate de impuesto cuya recaudación no se efectúe por declaración jurada: el pago al contado de la deuda y su actualización, y c) cuando se trate de actualizaciones pendientes de ingreso: el pago de las mismas y su actualización, al contado o en cuotas... De regularizarse las obligaciones mediante la solicitud de planes de facilidades de pago, lo dispuesto en este artículo producirá efectos siempre que durante la vigencia de los mismos las obligaciones quedaran totalmente canceladas.

El examen de los términos empleados en la norma transcripta, especialmente la mención que se hace de conceptos tales como *tributos* y *pago*, permite concluir sin hesitar que las *obligaciones fiscales* a que se refiere el decr. 292/91, y que se encuentran alcanzadas por la exención allí prevista, son únicamente aquellas de naturaleza pecuniaria y no, en cambio, los deberes de carácter formal, como los discutidos en autos. Esta conclusión se ve fortalecida si se advierte que, de los debates parlamentarios realizados en ocasión de sancionarse los antecedentes legislativos del mencionado régimen de presentación espontánea, tales como el art. 8º de la ley 13.649 y el art. 1º, inc. 4º, de la ley 15.273, surge claramente que el órgano legislativo tuvo la intención de limitar los beneficios del régimen en cuestión a las obligaciones de carácter patrimonial (conf. *DSSenadores*, 1949, t. III p. 2420 y 2421, y *DSDiputados*, 1959, t. VIII, p. 6773 y 6774, respectivamente).

6º) Que el apelante también invoca la arbitrariedad del fallo apelado por haber omitido la valoración de circunstancias que acreditaban la imposibilidad de dar cumplimiento a las exigencias reglamentarias establecidas por el organismo recaudador. Corresponde desestimar este agravio por remitir a la consideración de cuestiones de hecho y prueba sujetas a la valoración exclusiva de los jueces de la causa y ajenas al recurso extraordinario. No obstante, la valoración del elemento subjetivo en las infracciones formales de que se trata no ofrece al juzgador un marco amplio de actuación, sin que quepa, de acuerdo a la redacción y a la finalidad de la norma fiscal, exigir la demostración del dolo del infractor. Los principios de rai-gambre constitucional referidos a la culpabilidad (conf. art. 18, Const. nacional) conducen, en cambio, a excluir la aplicación de la sanción cuando se prueba la absoluta e inimputable imposibilidad de cumplir con el precepto legal, configurándose un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

7º) Que, por otra parte, los argumentos expuestos por esta Corte en la causa M-421. XXIII, "Dr. García Pinto, José p/Mickey SA s/infracción art. 44, inc. 1º, de la ley 11.683", sentencia del 5/11/91, referentes

a la razonabilidad de la normativa vigente en esta materia impiden concluir que los mencionados principios constitucionales impongan la exigencia de que se configure un peligro concreto para los bienes jurídicos tutelados. Dicha exigencia tampoco surge de los textos legales, lo cual se desprende nítidamente de su inequívoca redacción.

Por ello, se hace lugar parcialmente a la queja y al recurso extraordinario, y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase.

7. **Krill Producciones Gráficas***. Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por Fátima Ruiz López (fiscal nacional para los juzgados nacionales de primera instancia en lo penal económico) en la causa Krill Producciones Gráficas SRL s/apelación de clausura", para decidir sobre su procedencia.

Considerando: que los agravios de la recurrente plantean cuestiones sustancialmente análogas a las que esta Corte resolvió en las causas M-421. XXIII, "Dr. García Pinto, José p/Mickey SA s/infracción art. 44, inc. 1º, ley 11.683", sentencia del 5 de noviembre de 1991; M-38. XXIV, "Morillas, Juan Simón s/apelación c/resolución de la Dirección General Impositiva" y W-6. XXIV, "Wortman, Jorge Alberto y otros s/apelación-clausura (Dirección General Impositiva)", ambas de la fecha, vinculadas a la interpretación del art. 44, inc. 1º, de la ley 11.683 y de la res. gral. 3118 (DGI) respectivamente, a cuyas consideraciones cabe remitir por razones de brevedad.

Que lo expuesto acerca de la existencia de error de derecho —con sustento en que la res. gral. 3118 (DGI) se trata de una norma de menor jerarquía—, tampoco puede prosperar, habida cuenta que el art. 44 de la ley 11.683 (t.o. en 1978 y sus modificaciones), para atender al núcleo de la acción prevista, remite a la norma complementaria, para integrarla con un elemento de hecho cuya especificación se defiende al poder administrador, sin que ello pueda dar lugar, en principio, a objeciones de carácter constitucional.

En efecto, de acuerdo a reiterada doctrina de esta Corte, las facultades de reglamentación que confiere el art. 86, inc. 2º, de la Const. nacional, habilitan para establecer condiciones o requisitos, limitaciones o distinciones que, aun cuando no hayan sido contempladas por el legislador de una manera expresa, cuando se ajustan al espíritu de la norma reglamentada o sirvan, razonablemente, a la finalidad esencial que ella persigue (*Fallos*, 301:214), son parte integrante de la ley reglamentada y tienen la misma validez y eficacia que la propia ley (*Fallos*, 190:301; 202:193; 237:636, dictamen procurador general; 249:189; 308:688).

Por ello, se hace lugar a la queja y se declara procedente el recurso extraordinario. Se revoca la sentencia en cuanto fue materia de

* CSJN, 8/6/93, K-57. XXIII, inédito.

recurso, y se confirma la resolución administrativa apelada. Las costas de esta instancia se imponen a la vencida (art. 68, Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación). Notifíquese con copia de los precedentes mencionados, agréguese la queja al principal y devuélvase. *Barra - Belluscio - Boggiano - Cavagna Martínez - Levene (h.) - Moliné O'Connor - Nazareno - Petracchi*

Disidencia parcial del presidente Boggiano. Considerando: que las cuestiones planteadas son sustancialmente análogas a las resueltas por esta Corte en la fecha, en la causa B-480. XXIII, "Buombicci, Neli Adela s/apelación de clausura" (voto del suscripto).

Por ello, se declaran procedentes la queja y el recurso extraordinario interpuestos y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen, para que, por quien corresponda, se dicte una nueva sentencia ajustada a la presente. Notifíquese con copia del precedente mencionado, agréguese la queja al principal y devuélvase.

Disidencia parcial de los ministros Belluscio y Petracchi. Considerando: 1º) Que el jefe de la División Jurídica "A" de la Dirección General Impositiva dispuso la clausura por tres días del establecimiento "Krill Producciones Gráficas SRL", con fundamento en haberse omitido consignar: el lugar de emisión, denominación social, condición frente al impuesto al valor agregado, numeración preimpresa en las facturas de las que da cuenta el acta de fs. 1 de los autos principales, y no haber emitido dichas constancias por duplicado, en infracción a lo requerido por la res. gral. 3118. Contra dicho acto administrativo, el socio gerente de la citada empresa interpuso recurso de apelación ante el juez de primera instancia a cargo del Juzgado Nacional en lo Penal Económico n° 2 de la Capital Federal.

2º) Que el magistrado revocó la sanción mencionada y en consecuencia absolvió de culpa y cargo a la citada empresa por considerar la conducta de aquélla comprendida en una causal de inculpabilidad, al haber incurrido en error o ignorancia de derecho, en orden a la res. gral. 3118. Para llegar a tal conclusión, el *a quo* señaló que: "teniendo en cuenta los descargos vertidos por la apelante a fs. 15 -error de interpretación-, cabe resaltar que no admito la excusa de la ignorancia o error de la ley en sentido propio o restringido -ley del Congreso- y sí lo admito en la ignorancia o error de derecho -conjunto de resoluciones y/u otras normas de jerarquía inferior o que no sean ley de Congreso-; y admito por equidad, sinceridad y realidad social e individual ya que si vulneramos estos aspectos, la ficción resultaría totalmente inmoral, injusta, contraria al sentido común, a la seguridad jurídica, etc., factores que sumados -tarde o temprano- atentarían contra la paz y el orden social" (fs. 31 vta./32 de los autos principales). Contra este pronunciamiento, la fiscal en lo penal económico a cargo de la Fiscalía n° 1 interpuso recurso extraordinario, cuya denegación originó la presente queja.

3º) Que la recurrente sostiene, en primer lugar, al cuestionar la diferenciación efectuada por el *a quo* entre normas legales e infralegales, que si bien es cierto que el procedimiento de creación de las leyes del Congreso de la Nación y las normas administrativas es diferente, al igual que su rango y jerarquía, ambas forman parte de todo el ordenamiento jurídico de la sociedad". (fs. 34 vta. de los autos principales). Señala, además, que toda persona que va a realizar una actividad comercial debe adoptar todos los recaudos necesarios exigidos por la ley y por las reglamentaciones específicas de cada caso. Agrega que las normas que establecen requisitos como los cuestionados en autos, son de público conocimiento y "con más razón la persona que realiza una actividad comercial debe tener conocimiento de las mismas... Los medios de comunicación masiva y las medidas de publicidad implementadas por la DGI son de magnitud suficiente como para poder afirmar que el común de la población de nivel medio las conoce" (fs. 35 vta. de los autos principales). En su opinión, si "se aceptara la falta de conocimiento de las normas relativas a las distintas actividades económicas se estaría en presencia, a corto plazo, de un verdadero caos en la sociedad, ya que se tornaría impune las violaciones legales de índole patrimonial, destacándose que las normas impositivas no deben entenderse con el alcance más restringido, que su texto admita, sino en forma tal que el propósito de la ley se cumpla en forma razonable y discreta" (fs. 35 vta./36). Concluye, así, que la sentencia apelada es arbitraria en tanto no se encuentra fundada y no constituye una derivación razonada del derecho vigente. A fs. 9 se dio traslado al señor procurador general, quien manifestó que mantenía el recurso interpuesto (fs. 10/11).

4º) Que una muy conocida jurisprudencia del tribunal ha establecido la validez constitucional de normas legislativas que confieren cierta autoridad al Poder Ejecutivo o a un cuerpo administrativo a fin de reglar los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de aquéllas, entre las cuales se encuentra, precisamente, la autorización, otorgada por el Congreso nacional en el art. 44, inc. 1º, de la ley 11.683, al organismo fiscal para establecer las "formas y condiciones" en que se deben emitir las facturas (sentencia dictada en la fecha en la causa M-38. XXIV, "Morillas, Juan Simón s/apelación c/resolución de la Dirección General Impositiva", voto de los jueces Belluscio y Petracchi, consid. 8º y sus citas; entre muchas otras).

5º) Que, en tales condiciones, la decisión del *a quo* de absolver a la sancionada con el solo fundamento de que no existiría una obligación por parte de aquélla de conocer los mandatos de la res. gral. 3118, debido al carácter "infralegal" de esta última, no constituye una derivación razonada del derecho vigente, lo que lleva a su descalificación por arbitraria (Fallos, 311:927; entre muchos otros).

6º) Que lo expuesto no significa en forma alguna desconocer que, en determinadas circunstancias, el error o ignorancia respecto de las obligaciones impuestas por el organismo fiscal puede constituir una

causal de exculpación, toda vez que el tribunal ha reconocido en numerosas oportunidades que el principio de culpabilidad —el cual exige, como presupuesto ineludible para la aplicación de una sanción, la posibilidad real y efectiva de ajustar la conducta individual a los mandatos de las normas jurídicas— rige en el campo del derecho represivo tributario (casos “Parafina del Plata”, *Fallos*, 271:297; “Usandizaga”, *Fallos*, 303:1548 y sus citas; “Cosecha Cooperativa de Seguros”, *Fallos*, 312:149 y su cita; y las sentencias dictadas en las causas M-526. XXI, “Mazza, Generoso”, *Fallos*, 312:447, y sus citas; y M-38. XXIV, “Morillas, Juan Simón”, cit. *supra*, sentencia de la fecha).

7º) Que la aplicación de los principales enunciados precedentemente lleva a concluir que aquel que pretenda exculpar una conducta, que resulta ser violatoria de los mandatos impuestos por normas jurídicas dictadas por el organismo fiscal, con fundamento en la ignorancia o error acerca del carácter ilegítimo de aquélla, deberá acreditar fehacientemente que, a pesar de haber actuado con la debida diligencia, no tuvo la posibilidad real y efectiva de comprender el carácter antijurídico de su conducta.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Notifíquese con copia de los precedentes mencionados, y devuélvase a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto en la presente.

8. **Buombicci, Neli Adela***. Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Fátima Ruiz López (fiscal nacional para los juzgados de primera instancia en lo penal económico) en la causa Buombicci, Neli Adela s/apelación de clausura”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando: 1º) Que el titular del Juzgado Nacional en lo Penal Económico n° 2 de la Capital Federal revocó la sanción de clausura dispuesta por la Dirección General Impositiva en el marco del sumario incoado por infracción al art. 44, inc. 1º, de la ley 11.683 (t.o. 1978 y modificatorias).

2º) Que para así resolver y no obstante encontrarse comprobada y admitida plenamente la materialidad de los hechos atribuidos a la imputada —concretamente, el incumplimiento de los recaudos establecidos por el art. 7º de la res. gral. DGI 3118—, la eximió de responsabilidad infraccional por entender que en el caso había mediado ignorancia o error respecto de resoluciones o normas de inferior jerarquía a la ley dictada por el Congreso de la Nación. Entiende que la decisión así adoptada no entorpece el normal funcionamiento de la Administración, desde que ante la eventualidad de una próxima

* CSJN, 8/6/93, LL, 1994-A-342.

inspección “el contribuyente al estar ahora fehacientemente notificado de la existencia de la resolución, no podrá en el futuro oponer su ignorancia o error de derecho respecto de la misma”. Sostiene que “dar a los agentes del Estado la peligrosa herramienta de elaborar y escoger una resolución sorpresiva e ignorada y por lo tanto incumplida, y en base al hecho consumado tener la posibilidad de castigar con sanciones del derecho penal, es un magnífico elemento extorsivo para que el contribuyente —simple ciudadano de buena fe— deba optar entre ir preso o pagar soborno”. Afirma, asimismo, que las grandes empresas dedicadas a la actividad comercial cuentan con una gran infraestructura técnica y de asesoramiento profesional “que les permite evitar en muchos casos incurrir en infracciones como la presente. En cambio el pequeño comerciante no cuenta con estos medios, y se transforma en el sancionado por este tipo de pena”.

3º) Que la denegación del recurso extraordinario interpuesto por el Ministerio Público origina la presente queja, la que resulta formalmente procedente, toda vez que se trata de una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa (art. 78 bis, ley 11.683, según texto del art. 26, ley 23.314) y que, sin perjuicio de la arbitrariedad alegada, se encuentra en juego la inteligencia de normas de raigambre federal, siendo que lo decidido ha sido contrario a la pretensión que el apelante sustentó en ellas.

4º) Que en cuestiones de índole sancionatoria, esta Corte tiene consagrado el criterio de la personalidad de la pena que, en su esencia, responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir aquél a quien la acción punible le pueda ser atribuida objetiva como subjetivamente (Fallos, 271:297).

5º) Que ello no obstante, si bien no cabe admitir la existencia de responsabilidad sin culpa, aceptando que una persona ha cometido un hecho que encuadra en una descripción de conducta que merezca sanción, su impunidad sólo puede encuadrarse en la concreta y razonada aplicación al caso de alguna excusa admitida por el sistema penal vigente (Fallos, 278:266).

6º) Que, en el *sub iudice*, el error de derecho aludido en la sentencia, con sustento en que la res. gral. DGI 3118 constituye una norma de menor jerarquía no surte el efecto que se le pretende asignar en ese decisorio; a poco que se advierta que el art. 44 de la ley 11.683 (t.o. 1978 y modificatorias), para atender al núcleo de la acción prevista, remite a la norma complementaria para integrarla con un elemento de hecho cuya especificación se defiere al poder administrador; sin que ello suscite, en principio, objeciones de carácter constitucional (conf. K-57. XIII, “Krill Producciones Gráficas SRL s/apel. de clausura”, fallada en la fecha).

7º) Que, en efecto, en la medida en que las autorizaciones a que aluden los arts. 7º y 44 de la ley 11.683 —t.o. 1978 y modificatorias— constituyen una delegación en el órgano administrativo de facultades legislativas limitadas a determinados aspectos de la recaudación y

fiscalización del cumplimiento de las obligaciones tributarias, se impone reconocer que las normas que se dicten en su ejercicio integran el conjunto de disposiciones imperativas que instituyen y regulan la percepción de los impuestos y que, por tanto, poseen la misma eficacia de tales preceptos, en tanto respeten su espíritu; razón por la cual sólo cabría omitir su aplicación cuando ha mediado un amplio y explícito debate sobre su validez (*Fallos*, 281:170 y su cita en lo pertinente).

8º) Que, en el *sub lite*, el juez excedió su cometido al pretender suplir al legislador en orden a las consecuencias que éste asigna a la configuración del tipo penal integrado y, eventualmente, a la reiteración del hecho ilícito. Además, el rol asignado al juez como intérprete se desnaturaliza si sustituye a un órgano de otro poder del Estado en una función que le ha sido conferida por ser el más apto para cumplirla (*Fallos*, 304:438).

9º) Que el ingente papel que en la elaboración del derecho se asigna a los jueces, en tanto que órganos propios de interpretación y aplicación de la ley, sólo reconoce como límite el requerimiento de que sus sentencias estén sustentadas de manera objetiva y seria, pues las que sólo traducen las posturas subjetivas de los magistrados no son vividas como jurídicas. El indudable acatamiento que la interpretación judicial debe a la letra y al espíritu de la ley, encuentra su fundamento último en la objetividad con que dicha interpretación ha de formularse (*Fallos*, 306:1472).

10) Que ello sentado, cuadra advertir que las consideraciones que surgen del fallo en recurso se exhiben como formulaciones que, además de conjeturales, importan una valoración errónea de los motivos que impulsaron al dictado de la norma penal bajo examen.

11) Que en orden al primero de los aspectos antes señalados, la sentencia predica, sin fundamento alguno, que respecto de los recaudos incumplidos y que dieran lugar al sumario de marras, ellos resultan ignorados en razón del fárrago de resoluciones que, “casi a diario, se van sancionando, derogando, modificando” (fs. 26 vta.).

Sin embargo, de no haberse declinado la tarea de examinar la mentada res. gral. 3118, se habría apreciado que desde la fecha de su dictado -1/2/90-, hasta la del procedimiento de constatación que encabeza las actuaciones -25/9/90-, lapso más que suficiente para anoticiarse de su existencia, aquélla no sufrió modificaciones que pudieran suscitar error en el cumplimiento de los recaudos señalados en la instrucción.

12) Que en lo atinente al segundo de los aspectos señalados al final del consid. 10 *ut supra*, y a las reflexiones que formula el *a quo* en el sentido de que “el sistema vigente y que aquí ataco implica directamente vulnerar el principio de igualdad ante la ley”, cuadra recordar que la sujeción de los particulares a los reglamentos fiscales constituye el núcleo sobre el que gira todo el sistema económico y de circulación de bienes. La tan mentada equidad tributaria se tor-

naría ilusoria de no mediar, al menos, el cumplimiento de los deberes formales establecidos en cabeza de quienes tengan responsabilidad impositiva. Precisamente, resulta un hecho notorio la situación en que se encuentran aquellos que en el ejercicio de sus actividades cumplen con los recaudos que las leyes y reglamentos les imponen, frente a otros que operan en los circuitos económicos informales y de creciente marginalidad. El cumplimiento de los extremos formales constituye, en el caso, el instrumento que ha considerado el legislador para aproximarse al marco adecuado en el que deben desenvolverse las relaciones económicas y de mercado. En lo particular, las exigencias relativas a la emisión de facturas se establecen para garantizar la referida igualdad tributaria; desde que permiten determinar la capacidad tributaria del responsable y ejercer el debido control del circuito económico en que circulan los bienes (conf. C. M-421. XXIII, "Dr. García Pinto, José p/Mickey SA s/infracción art. 44, inc. 1º, ley 11.683", fallo del 5/11/91).

13) Que esta Corte no puede pasar por alto los reparos que, con fundamento en la ética y la seguridad jurídica, ha formulado el juez de primera instancia respecto del sistema creado por el legislador a fin de optimizar la fiscalización tributaria y que, por su expresa voluntad, se integra con las reglamentaciones emanadas del director general del ente recaudador. Así, al referirse a las resoluciones que integran el tipo penal descripto en el art. 44 de la ley de la materia, el magistrado alude a la "peligrosa herramienta de elaborar... una resolución sorpresiva" que, según lo indica, constituye un "magnífico elemento extorsivo para que el contribuyente —simple ciudadano, ignorante de buena fe—, deba optar entre ir preso o pagar soborno"; a lo que añade: "por intermedio de resoluciones se crean impedimentos para poder vender soluciones" (fs. 28).

14) Estas manifestaciones, expresadas en el marco de un pronunciamiento judicial no advierten, cuando menos, que, contrariamente a lo que se afirma, el incumplimiento de los recaudos establecidos en la res. gral. 3118 no se sanciona con pena privativa de libertad, sino con clausura del establecimiento. Además, y sin fundamento alguno, se arrojan dudas sobre la integridad moral de los funcionarios encargados de fiscalizar el cumplimiento de las leyes y reglamentos. El reproche del magistrado, va de suyo, alcanza al legislador que ha delegado válidamente, en el órgano administrativo, facultades legislativas (*Fallos*, 304:438) y constituye una intromisión inaceptable y un agravio gratuito a la investidura del legislador y a la reputación de los funcionarios de la Dirección General Impositiva que son también ciudadanos que gozan de los derechos consagrados por la Constitución nacional y de la protección de su reputación a través de la presunción de inocencia. La vía apropiada en caso de sospecharse de la extorsión que se achaca, es la prevista en el art. 177, inc. 1º, del Cód. Proc. Penal de la Nación.

15) Que en tales condiciones cabe tener presente que, como principio, las sentencias deben circunscribirse a meritarse los elementos

fácticos y jurídicos necesarios para resolver la causa y omitir consideraciones extrañas a su solución o innecesarias para la decisión del caso concreto, absteniéndose además de hacer apreciaciones que pueden afectar a personas en aspectos que no están relacionados con el tema de su conocimiento. La prudencia y la justicia, virtudes insitas en la calidad de magistrado, exigen adecuada ponderación y ajustada medida en el valorar las expresiones y los juicios que requieren las circunstancias de cada causa (*Fallos*, 300:949, y 303:2023).

16) Que los restantes argumentos que pretenden sustentar el pronunciamiento traducen, al menos, un inequívoco apartamiento de las constancias de autos desde que, para abonar los argumentos exculpatorios, se describe un cuadro en el que la sumariada aparece como pequeño comerciante que no cuenta con medios para valerse de asesoramiento profesional que lo pusiera al cubierto de incurrir en infracciones; siendo que, por el contrario, según lo ilustra la actuación obrante a fs. 12, “su contador no le había advertido” acerca de la existencia de las normas relativas a los recaudos en materia de facturación.

Por ello, a mérito de los fundamentos expuestos en los acápites pertinentes, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada; con costas. Notifíquese, agréguese la queja al principal y devuélvase. *Barra - Boggiano - Cavagna Martínez - Levene (h) - Moliné O'Connor - Nazareno - Petracchi*

Disidencia parcial del presidente Boggiano. Considerando: 1º) Que contra la sentencia del Juzgado Nacional en lo Penal Económico n° 2 de la Capital Federal que revocó la sanción de clausura dispuesta por la Dirección General Impositiva en el marco del sumario incoado por infracción al art. 44, inc. 1º, de la ley 11.683 (t.o. 1978 y modificatorias), el Ministerio Público interpuso el recurso extraordinario cuya denegación originó la presente queja.

2º) Que para así resolver consideró que no obstante encontrarse comprobada y admitida plenamente la materialidad de los hechos atribuidos a la imputada —concretamente, el incumplimiento de los recaudos establecidos por el art. 7º de la res. gral. DGI 3118—, correspondía eximirla de responsabilidad infraccional por haber mediado en el caso ignorancia o error respecto de resoluciones o normas de inferior jerarquía a la ley dictada por el Congreso de la Nación. Entendió que la decisión así adoptada no entorpece el normal funcionamiento de la Administración, pues ante la eventualidad de una próxima inspección “el contribuyente al estar ahora fehacientemente notificado de la existencia de la resolución, no podrá en el futuro oponer su ignorancia o error de derecho respecto de la misma”. Sostuvo que “dar a los agentes del Estado la peligrosa herramienta de elaborar y escoger una resolución sorpresiva e ignorada y por lo tanto incumplida, y en base al hecho consumado tener la posibilidad de castigar con sanciones del derecho penal, es un magnífico elemento extorsivo para que el contribuyente —simple ciudadano de buena fe—, deba optar entre ir preso o pagar soborno”. Afirmó, asimismo, que las gran-

des empresas dedicadas a la actividad comercial cuentan con una gran infraestructura técnica y de asesoramiento profesional "que les permite evitar en muchos casos incurrir en infracciones como la presente. En cambio el pequeño comerciante no cuenta con estos medios, y se transforma en el sancionado por este tipo de pena".

3º) Que el recurso es procedente, toda vez que se halla en tela de juicio la inteligencia de normas de carácter federal (ley 11.683) y la decisión del juez es contraria a los derechos que el apelante sustenta en las mismas.

4º) Que el acogimiento del error de derecho fundado en que la norma desconocida no era una ley sino una resolución de la Dirección General Impositiva carece a todas luces de razonabilidad, a poco que se advierta que se trataba en el caso de infracciones a la ley 11.683 (art. 44), que tan sólo remite a la res. gral. 3118 en lo referido a especificaciones secundarias, luego de haber fijado una clara política legislativa (conf. lo resuelto en la causa M-38. XXIV, "Morillas, Juan Simón s/apelación c/resolución de la DGI", sentencia de la fecha).

5º) Que, en efecto, en la medida en que las autorizaciones a que aluden los arts. 7º y 44 de la ley 11.683 -t.o. 1978 y modificatorias- constituyen una delegación en el órgano administrativo de facultades legislativas limitadas a determinados aspectos de la recaudación y fiscalización del cumplimiento de las obligaciones tributarias, se impone reconocer que las normas que se dicten en su ejercicio integran el conjunto de disposiciones imperativas que instituyen y regulan la percepción de los impuestos y que, por tanto, poseen la misma eficacia que tales preceptos, en tanto respeten su espíritu (conf. lo resuelto en la causa M-38. XXIV citada y los precedentes allí mencionados). Por tanto, sólo cabe omitir su aplicación cuando ha mediado un amplio y explícito debate sobre su validez (*Fallos*, 281:170, y sus citas).

6º) Que, por otra parte, el fallo apelado se sustenta parcialmente en consideraciones de política legislativa ajenas a la tarea judicial. Ello es así, en cuanto sostiene que el sistema de no aplicar sanción en la primera inspección facilita y fomenta el cumplimiento de los deberes formales, asegurando su notificación al contribuyente, a la vez que evita prácticas de corrupción por parte de los funcionarios actuantes. Sin perjuicio de señalar que no son principalmente las leyes ni los sistemas sino las personas las que determinan la corruptibilidad de cualquier institución jurídica, la elección de los mecanismos adecuados para asegurar la correcta verificación del cumplimiento de los deberes fiscales por el organismo recaudador compete al legislador o, en su caso, al Ejecutivo, con las limitaciones reseñadas (conf. *Fallos*, 304:438). La determinación por el juez de métodos más eficaces o convenientes en reemplazo de los ya existentes importa una clara intromisión en el ámbito de otras ramas del gobierno, con serio menoscabo de la división de funciones exigida por el régimen republicano.

7º) Que, por último, resulta arbitrario el pronunciamiento en cuanto, al eximir de la sanción considerando el error de derecho del contribuyente, se basó en la pauta general que implica la admisión de esa causal exculpatoria sin valorar el indudable deber de diligencia que pesa sobre comerciantes y empresarios respecto del conocimiento de sus obligaciones fiscales (arg. art. 902, Cód. Civil), por demás facilitado por el ente recaudador mediante múltiples propagandas que son de público y notorio.

Por ello, se declaran procedentes la queja y el recurso extraordinario interpuestos y se revoca la sentencia apelada. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen, para que por quien corresponda, se dicte una nueva sentencia ajustada a la presente. Notifíquese con copia del precedente mencionado, agréguese la queja al principal y devuélvase.

Disidencia parcial del ministro Petracchi. Considerando: Que las cuestiones planteadas en el *sub lite* son sustancialmente análogas a las resueltas en el voto del suscripto en la causa K-57. XXIII, "Krill Producciones Gráficas SRL s/apelación de clausura", sentencia de la fecha, a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y devuélvase con copia del fallo citado a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto en la presente.

BIBLIOGRAFÍA

- Achenbach, Hans, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechssystematischen Schuldlehre*, Berlín, J. Schweitzer Verlag, 1974.
- Alberg, Max - Nüsel, Karl H. - Meyer, Karl H., *Der Beweisantreg im Strafprozess*, Berlín, Carl Heymanns Verlag, 1993.
- Amelung, Knut, *Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozess*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990.
- Arzt, Gunther, *Strafrecht Besonderer Teil*, Bielefeld, Verlag Ernest und Werner Gieseking, 1978.
- *Zum Verbotsirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt*, en “Zeitschr. f.d.ges. Strafrechts”, bol. 91, p. 857.
- Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, Madrid, Civitas, 1983.
- *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Madrid, Akal Iure, 1991.
- *La fundamentación del concepto de tipo penal de la dogmática argentina*, en “Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad de Belgrano”, Bs. As., Catedra, 1971.
- *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1984.
- *Tipo y error*, Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.
- *Una sentencia trascendente sobre la cuestión del exceso (artículo 35 del Código Penal) y la conciencia de la anti-juridicidad*, en “Nuevo Pensamiento Penal”, 1975-47.
- Badura, Peter - Deutsch, Erwin - Roxin, Claus, *Fischer Lexikon Recht*, Fischer Taschenbuch Verlag, 1987.
- Baumann, Jürgen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Tübingen, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1975.

- Berberich, Thomas, *Neue Entwicklungen ein öffentlichen Recht*, Kohlhammer, 1979.
- Binding, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*, Berlín, Scienza Verlag, 1965.
- *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, Berlín, Scienza Verlag, 1969.
- Bitzilekis, Nikolaos, *Die neue Tendenz zur Einschränkung des Notwehrrechts*, Berlín, Duncker & Humblot, 1984.
- Blei, Hermann, *Strafrecht II, Besonderer Teil*, München, C. H. Beck, 1976.
- Bloy, René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985.
- Bockelmann, Paul, *Einführung in das Recht*, Piper Co. Verlag, 1975.
- *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2º, 1975.
- *Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit*, 75, ZStW 372, 1963.
- Bruns, Hans - Jürgen, *Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín, Carl Heymanns Verlag, 1967.
- Bustos Ramírez, Juan - Larrauri, Elena, *La imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1989.
- Cabello, Vicente P., *El concepto de alienación mental ha caducado en la legislación penal argentina*, LL, 123-1199.
- *Psiquiatría forense en el derecho penal*, Bs. As., Hammurabi, 1982.
- Calliess, Rolf P. - Müller Dietz, Heinz, *Strafvorzugsgesetz*, München, C. H. Beck, 1977.
- Carrara, Francesco, *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1972.
- Casas Barquero, Enrique, *El consentimiento en el derecho penal*, Córdoba (España), 1987.
- Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1990.
- Córdoba Roda, Juan, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Ariel, 1976.
- Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1994.
- *Introducción a la nueva doctrina penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1991.
- Degener, Wilhelm, *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1985.

- De la Rúa, Jorge, *Código Penal argentino. Parte general*, Bs. As., Lerner, 1972.
- De Loayza, J., *Homicidio. Legítima defensa. Necesidad*, JA, 20-1027.
- De Toledo y Ubieto, Emilio O. - Huerta Tocildo, Susana, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Rafael Castellanos, 1986.
- Díaz, Emilio C., *El Código Penal para la República Argentina*, Bs. As., 1944.
- Díaz Palos, Fernando, *Teoría general de la imputabilidad. Dolo penal*, en "Nueva enciclopedia penal", Barcelona, Bosch, 1965.
- Diesinger, Ingrid, *Der Affekttäter*, Berlín, Walter de Gruyter, 1977.
- Donna, Edgardo A., *El delincuente por conciencia. Un problema de colisión de deberes*, en "Doctrina Penal", 1989-385.
- *El exceso en las causas de justificación*, Bs. As., Astrea, 1985.
- Donna, Edgardo A. - Goerner, Gustavo, *Una nueva aportación para la interpretación del artículo 165 del Código Penal y el respeto al principio de culpabilidad*, LL, 1992-A-832.
- Donna, Edgardo A. - Maiza, María C., *Código Procesal Penal. Comentado, anotado y concordado*, Bs. As., Astrea, 1994.
- Dreher, Eduard, *Die Willensfreiheit. Ein Zentrales Problem mit vielen Steiten*, München, C. H. Beck, 1987.
- Dreier, Ralf, *Recht-Moral Ideologie*, Suhrkamp, 1976.
- Engisch, Karl, *El ámbito de lo no jurídico*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1960.
- Erb, Volker, *Rechtmässiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1991.
- Eser, Albin - Fletcher, George, *Rechtfertigung und Entschuldigung. Band I Justification and Excuse*, Max Planck Institut, Freiburg I Br., 1987.
- Eser, Albin - Kaiser, Günther - Madlener, Kurt, *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, Internationales strafrechtlich-kriminologisches Kolloquium in Freiburg I. Br., 1992.
- Espinosa, Nolberto - Herrera, Julio, *Para un concepto de enfermedad mental*, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 1962.

- Exner, Franz, *Strafverfahrensrecht*, Springer Verlag, 1947.
- Ey, Henry - Bernard, P. - Brisset, Ch., *Tratado de psiquiatría*, Barcelona, Masson, 1992.
- Fontán Balestra, Carlos, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1989.
- Frank, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für Deutsche Reich nebst dem Einführungssetz*, Berlín, 1926.
- *Über den Aufbau des Schuldbegriffes*, Gießen, 1907.
- Freundfeld, Burghard, *Schuld und Sühne, Dreizehn vorträge den Deutschen Strafprozess*, München, C. H. Beck, 1960.
- Frías Caballero, Jorge, *Imputabilidad penal. Capacidad personal de responsabilidad ético-social*, Bs. As., Ediar, 1981.
- *Notas sobre la teoría normativa de la culpabilidad*, en "Temas de derecho penal", Bs. As., La Ley, 1970.
- Frisch, Wolfgang, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, Müller Juristischer Verlag, 1988.
- *Vorzats und Risiko*, Berlín, 1983.
- Gallas, Wilhelm, *Zum Gegenwärtigen Stand der Lehre an Verbrechen*, ZStW, 1955-67.
- Gimbernát Ordeig, Enrique, *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, en "Estudios de derecho penal", Madrid, Civitas, 1981.
- *El sistema del derecho penal en la actualidad*, en "Estudios de derecho penal", Madrid, Civitas, 1976.
- *Introducción a la parte general del derecho penal español*, Civitas, Madrid, 1979.
- Gómez Benítez, José M., *Causalidad, imputación y calificación por el resultado*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1988.
- Gómez, Eusebio, *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Ediar, 1939.
- González Roura, Octavio, *Derecho penal. Parte general*, Bs. As., Abeledo, 1922.
- Göppinger, Hans, *Kriminologie*, München, C. H. Beck, 1979.
- Gössel, Karl H., *Beschleunigung des Strafprozesses*, München, C. H. Beck, 1994.
- *Strafrecht Besonderer Teil*, Berlín, C. F. Müller, 1987.
- *Über die Bedeutung des Irrtums im Strafrecht erster*, Berlín, Duncker & Humblot, 1974.
- *Wertungsprobleme des Begriff der finalen Handlung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1966.

- Graf zu Dohna, Alexander, *La estructura de la teoría del delito*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1958.
- Grethlein, Gerhard, *Jugendgerichtsgesetz*, Berlín, Walter de Gruyter, 1965.
- Gunther, Hans, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, Berlín, Carl Heymanns Verlag, 1983.
- Harro, Otto, *Grundkurs Strafrecht*, Berlín-New York, 1982.
- Hassemer, Winfried, *Los elementos característicos del dolo*, en "Anuario de Ciencias Penales", 1980, p. 920.
- Hassemer, Winfried - Lüderssen, Klaus - Naucke, Wolfgang, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Alfred Metzner Verlag, 1979.
- Hegler, August, *Die merkmale des Verbrechens*, ZStW, 1936-31.
- Heidingsfelder, Thomas, *Der umgekehrte Subsumtionsirrtum*, Berlín, Duncker & Humblot, 1991.
- Henkel, Heinrich, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München, C. H. Beck, 1977.
- *Strafverfahrensrecht*, W. Kohlhammer, 1953.
- *Zunutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzipien*, en "Fest. für Mezger", 1954, p. 249 y siguientes.
- Herrero, Julio, *La reforma penal*, Bs. As., 1911.
- Hirsch, Hans J., *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1960.
- *Einwilligung und Selbstbestimmung*, en "Fest. für Welzel", Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1984.
- *La antijuridicidad de la agresión como presupuesto de la defensa necesaria*, en "Doctrina Penal", 1977-15.
- Höffe, Otfried, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, Barcelona, Alfa, 1988.
- *Kategorische Rechtsprinzipien Ein Kontrapunkt der Moderne*, Suhrkamp, 1990.
- *Politische Gerechtigkeit*, Suhrkamp Verlag, 1987.
- Honig, *Die Einwilligung des Verletzten*.
- Horn, Eckhard, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973.
- *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit*, Berlín, Duncker & Humblot, 1969.
- Hruschka, Joachim, *ber Tun und Unterlassen und Über Fährlässigkeit*, en "Fest. für Bockelman", München, 1979, p. 421.
- *Imputation*, en Eser, Albin - Flechter, George, "Rechtfertigung und Entschuldigung", t. I, p. 121.

- *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeiner Teil*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1988.
- *Strukturen der Zurechnung*, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1976.
- Jakobs, Günther, *Concurrencia de riesgos, curso lesivo y curso hipotético en el derecho penal*, "Anuario de Derecho Penal", 1989, p. 1051.
- *El principio de culpabilidad*, en "Derecho Penal y Criminología", n° 50, may.-ago. 1993.
- *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin, Walter de Gruyter, 1983.
- Jescheck, Hans H., *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988.
- *Tratado de derecho penal*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 1981.
- Jiménez de Asúa, Luis, *La no exigibilidad de otra conducta*, LL, 22-283.
- *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Losada, 1963.
- Joerden, Jan C., *34 satz 2 und das Prinzip der Verallgemeinerung*, en "Goldammers Archiv für Strafrecht", Berlín, Deckers Verlag, 1991.
- *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: relationen und ihre Verkettungen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.
- *Zwie Formeln in Kants Zurechnungslehre*, en "Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie", vol. 1991, cuad. 4, p. 525.
- Jubert, Ujala J., *La doctrina de la "actio libera in causa"*, Barcelona, Bosch, 1992.
- Jürgen Bruns, Hans, *Strafzumessungsrecht*, Berlín, Carl Heymanns, 1967.
- Kaiser, Günther - Kerner, Hans J. - Schöch, Heinz - Eidt, Hans H., *Strafvollzug*, Berlín, C. F. Müller, 1977.
- Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Porrúa, 1977.
- *Grundlegung zur metaphysik der Sitten*, Hamburg, Felix Meiner Verlag, 1965.
- *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989.
- Kaufmann, Armin, *Der dolus eventualis im Deliktsaufbau*, en "Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert", Berlín-Bonn-München, 1982.
- *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz y Co., 1959.
- *Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum*, en "Fest. für Eb. Schmidt", Göttingen, 1961.

- *Teoría de las normas*, Bs. As., Depalma, 1977.
- *Tipicidad y causación en el caso Contergan*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1973-24.
- *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, en "Festschrift für Welzel", Berlín-New York, 1974, p. 393.
- Kaufmann, Arthur, *Das Schuldprinzip*, Universitätsverlag, 1961; Carl Winter, 1976.
- *Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts*, Scientia Verlag Aalen, 1985.
- *Relativización de la protección jurídica de la vida*, en "Avances de la medicina y el derecho penal", Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona, 1988.
- *Schuld und Prävention fest. für R. Wassermann*, Luchterhand, 1985.
- Kaufmann, Hilde, *Kriminologie*, Stuttgart, 1971.
- Krause, Friedrich Wilhelm, *Recht und Kriminalität. Festschrift für Friedrich Wilhelm Krause zum 70 Geburtstag*, Berlín, Carl Heymanns, 1990.
- Kriele, Martin, *Die Demokratische Weltrevolution*, Serie Piper, 1987.
- *Recht uns praktische Vernunft*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1979.
- Krumpelmann, Justus, *Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums*, Budapest, ZStW Beihfest, 1978.
- Küpper, Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990.
- Lackner, Karl, *Insanity and prevention: on linking culpability and prevention in the concept of insanity*, en Eser, Albin - Flechter, George, "Rechtfertigung und Entschuldigung", Freiburg, Max Planck Institut, 1988.
- Lange, Richard, "JZ", 1956-73.
- Langelüddeke, Albrecht, *Psiquiatría forense*, Madrid, Espasa Calpe, 1972.
- Lersch, Philip, *La estructura de la personalidad*, Barcelona, Scientia Editorial, 1993.
- Levasseur, G. - Chavane, A., *Droit penal et procédure penal*, 3ª ed., Paris, Recueil Sirey, 1972.
- Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, tr. L. Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1916.
- Liszt, Franz - Schmidt, Eberhard, *Lehrbuch des Deutschen Strafrecht*, Berlín, 1919-1932.

- Luzón Peña, Diego M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Bosch, 1978.
- Madlener, Kurt, *Strafrecht und Strafrechtsreform*, Berlín, Carl Heymanns, 1974.
- Magee, Bryan, *Karl Popper*, Tübingen, Druck, 1973.
- Maihofer, Werner, *Der soziale Handlungsbegriff*, en "Festschrift Eb. Schmidt", 1961.
- Malamud Goti, Jaime, *¿Qué pasaría si los magistrados no se tomasen en serio el artículo 19 de la Constitución nacional?*, en "Doctrina Penal", 1987-164.
- Mates, Heinz, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Berlín, Duncker & Humblot, 1982.
- Maurach, Reinhart, *Deutsches Strafrecht*, Berlín, C. F. Müller Karlsruhe, 1956.
- *Kritik der Notstandslehre*, Berlín, 1935.
- *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1962.
- Maurach, Reinhart - Gössel, Karl H. - Zipf, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, tr. J. Bofill Genzch, Bs. As., Astrea, 1994-1995.
- Mayer, Max E., *Der Kausalszusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*, 1967.
- Mezger, Edmund, *Strafgesetzbuch*, Berlín, 1957.
- *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9ª ed., München, C. H. Beck, 1960.
- *Tratado de derecho penal*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1935.
- Mezger, Edmund - Blei, Hermann, *Strafrecht*, München, C. H. Beck, 1963-1964.
- Moreno, Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, Bs. As., Tommasi, 1923.
- Nino, Carlos S., *La legítima defensa*, Bs. As., Astrea, 1982.
- Nothelfer, Martin, *Die Freiheit von Selbstbeziehungszwang*, Heidelberg, Decker's Verlag, 1989.
- Nowakoski, Friedrich, *Rechtsfeindlichkeit, Schuld, Vorsatz*, ZStW, 1953-380.
- Núñez, Ricardo C., *A la ley penal no hay que alterarla*, JA, 29-1975-873.
- *Bosquejo de la culpabilidad en la concepción normativa de la culpabilidad de James Goldschmidt*, Bs. As., Depalma, 1943.
- *Derecho penal argentino. Parte especial*, Bs. As., Bibliográfica Argentina, 1959.

- *Manual de derecho penal. Parte general*, Bs. As.-Córdoba, Lerner, 1972.
- Ortega Monasterio, Leopoldo, *La imputabilidad desde el punto de vista clínico*, en "Psicopatología Jurídica y Forense", Barcelona, 1991.
- Peco, José, *Proyecto de Código Penal. Exposición de motivos*, La Plata, Instituto de Altos Estudios Jurídicos, Universidad Nacional de La Plata, 1942.
- Peters, Karl, *Strafprozess*, Berlín, C.F. Müller, 1966.
- Platzgummer, Winfried, *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, Wien, Springer Verlag, 1964.
- Polaino Navarrete, Miguel, *El bien jurídico en el derecho penal*, en "Anales de la Universidad Hispalense", 1974, n° 19, p. 267 y 268.
- Prats Canut, Miguel, *Imputabilidad y alteración psíquica*, en "Psicopatología jurídica y forense", Barcelona, 1991.
- Ramos, Juan P., *Curso de derecho penal*, Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1938.
- Ramos Mejía, Enrique, *Un posible caso de error de prohibición indirecto*, LL, 1975-A-182.
- Ricken, Friedo, *Allgemeine Ethik*, Berlín, Kohlhammer, 1983.
- Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, *Del fundamento a la defensa en la legítima defensa*, en "Estudios penales. Homenaje a J. Pereda S. J.", Bilbao, 1965.
- *La obediencia jerárquica en el derecho penal*, Valparaíso, 1969.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1978.
- Romeo Casabona, Carlos M., *El médico y el derecho penal. La actividad curativa*, Barcelona, Bosch, 1981.
- Roxin, Claus, *Fest. für Welzel*, Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1974.
- *Offene Tatsbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Berlín, Walter de Gruyter, 1970.
- *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972.
- *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, C. H. Beck, 1992.
- Rudolphi, Hans J., *Der Zweck Staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsform*, en "Grundfragen des modernen Strafrechtssystems", Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1984.

- *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975-328.
- *StGB, Systematische Kommentar*, Berlín, Alfred Metzner, 1994.
- *Unrechtsbewusstsein, Verbotirrtums und Vermeidbarkeits des Verbotirrtums*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz, 1969.
- Rudolphi, Hans J. - Horn, Eckhard - Samson, Enrich, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Berlín, Alfred Metzner, 1994.
- Samson, Enrich, *Strafrecht*, Frankfurt am Main, Alfred Metzner, 1985.
- Schaeffler, Richard, *Handbuch Philosophischer Grundgriffe*, München, Kösel Verlag, 1978.
- Schlüchter, Ellen, *Das Strafverfahren*, Berlín, Carl Heymanns, 1983.
- Schmidhäuser, Eberhard, *Der Verbotirrtum und das Strafgesetz*, "JZ", n° 1979, 11-12.
- *Sobre la sistemática de la teoría del delito*, en "Nuevo Pensamiento Penal", 1975-37.
- *Strafrecht Allgemeiner Teil. Studienbuch*, 2ª ed., Tübingen, 1984.
- Schöne, Wolfgang, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, Berlín, Carl Heymanns, 1974.
- Schönke, Adolf - Schröder, Horst - Lernckner, Theodor - Cramer, Peter - Eser, Albin - Stree, Walter, *Strafgesetzbuch (Kommentar)*, München, 1988.
- Schröder, Horst, *Fest. für Saner*, ZStW, 1981-7.
- *Strafgesetzbuch*, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1986.
- Schultz, Hans, *Strafrechtsreform und Rechtsvergleichung*, Berlín, Walter de Gruyter, 1979.
- Schünemann, Bernard, *Einführung in das strafrechtliche Systemdenken*, en "Grundfragen des modernen Strafrechtssystems", Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1984.
- *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1984.
- *Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal*, en "El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales", Madrid, Tecnos, 1991.
- Silva Sánchez, José M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.
- Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Bs. As., Tea, 1987.

- Stoffers, Kristian F., *Die Formel "Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?*, Berlín, Duncker & Humblot, 1992.
- Stratenwerth, Günter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlín, Carl Heymanns, 1981.
- Struensee, Eberhard, *Dolo, tentativa y delito putativo*, tr. M. Sancinetti, Bs. As., Hammurabi, 1991.
- Thomson, J. J., *A defence of abortion*, en "The philosophy of law", Oxford University Press, 1991.
- Tiedemann, Klaus, *Derr Irrtum über Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe*, en Eser, Albin - Flechter, George, "Rechtfertigung und Entschuldigung", Freiburg, Max Planck Institut, 1988.
- Tozzini, Carlos A., *Elementos de inimputabilidad penal*, Bs. As.-Córdoba, Lerner, 1990.
- Warda, Günther, *Schuld und Strafe beim Handeln mit bedingten Unrechtsbewusstsein*, en "Fest. für Welzel", p. 499.
- *Vorsatz und Schuld bei ungewisser Tätervorstellung über das Vorliegen strafbarkeitsaussliessender-inbesondere rechtfertigender Tatumstände*.
- Weber, Hellmuth, *Negative Tatbestandsmerkmale*, en "Fest. für Mezger", p. 183.
- Welzel, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlín, Walter de Gruyter, 1969.
- *Das Neu Bild des Strafrechtssystems*, Berlín, Verlag Otto Schwartz, 1961.
- *Derecho penal alemán. Parte general*, tr. J. Bustos Ramírez y S. Yañéz Pérez, 4ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- *El nuevo sistema de derecho penal*, tr. J. Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964.
- *Grundriss des deutschen Strafrecht*, Bonn, Dömlers, 1946.
- *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, tr. E. Garzón Valdez, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1962.
- *Naturalismus und Wertphilosophie*, Berlín, 1935.
- *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht in Göttingen, 1980.
- *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW, 1958-491.
- *Und die finale Handlungslehre*, Tübingen, 1949.
- *Wahrheit und Grenze des Naturrecht*, Bonn, Peter Hans-tein Verlag, 1963.

- Wessels, Johannes, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlín, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1978.
- *Strafrecht Besonderer Teil*, Berlín, C. F. Müller, 1979.
- Wolter, J., *Objetive Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung und einen funktionalen Straftatsystem*, Berlín, 1981.
- Zaffaroni, Eugenio R., *El concepto mixto del tipo penal y la ley penal argentina*, en "Jornadas Internacionales de Derecho Penal de la Universidad de Belgrano", Bs. As., Cátedra, 1971.
- *Manual de derecho penal*, Bs. As., Ediar, 1970.
- *Teoría del delito*, Bs. As., Ediar, 1973.
- *Tratado de derecho penal*, Bs. As., Ediar, 1984.
- Ziegert, Ulrich, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, Berlín, Duncker y Humblot, 1986.
- Zielinsky, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, tr. M. Sancinetti, Bs. As., Hammurabi, 1990.
- Zieschang, Frank, *Der Allgemeiner Teil des neuen französischen Strafgesetzbuch*, ZStW, 1994-106.
- *Handlung-und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, Duncker & Humblot, 1973.
- Zippelius, Reinhold, *Juristische Methodenlehre*, München, C. H. Beck, 1994.