

GUSTAV RADBRUCH

SOBRE EL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO



2015

GUSTAV RADBRUCH

**SOBRE EL SISTEMA
DE LA TEORÍA DEL
DELITO**



Sobre el sistema de la teoría del delito [Zur Systematik der Verbrechenslehre] se publicó originalmente en *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, el libro de homenaje al septuagésimo cumpleaños de Frank, editado por August Hegler, Mohr, Tübingen, 1930, t. I, pp. 158-173. Tras la muerte de Radbruch, el artículo fue incluido como apéndice de su monografía *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, en reedición cuidada por su discípulo Arthur Kaufmann, Darmstadt, 1967, pp. 151-166, y, finalmente, en la *Gesamtausgabe*, es decir, las obras completas del autor, siempre a cargo de Kaufmann, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, t. VIII (*Strafrecht*, vol. II), 1998, pp. 207-221. La traducción al español es de José Luis Guzmán Dalbora, catedrático de Derecho penal y de Introducción a la Filosofía jurídica y moral de la Universidad de Valparaíso (Chile).

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
SOBRE EL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO	11

PRESENTACIÓN

La presente obra expone los tipos de sistema factibles en la ciencia jurídica, ilustrando especialmente dos variedades, el sistema categorial y el sistema teleológico, a propósito de la evolución de la teoría del delito en el primer tercio del siglo XX. En el paso que llevó de la concepción clásica a la neoclásica de la infracción criminal, el autor descubre los puntos de tensión del sistema invisible de la dogmática y el sistema visible de la didáctica del Derecho, y muestra la firme tendencia de la primera hacia la construcción teleológica de conceptos e instituciones, que debía rematar, a su juicio, en la derivación de los elementos del delito a partir de la teoría de los fines de la pena. La reafirmación de la tipicidad, no ya del acto, como punto de arranque de aquellos, es otra señal que confirma la procedencia neokantiana del actual normativismo en el estudio del Derecho penal, aunque también marca la diferencia de este frente al sistema neoclásico, que en la obra de Radbruch permanece ligado a los datos de la realidad empírica, como una normativización *de primer grado*, no plena.

SOBRE EL SISTEMA DE LA TEORÍA DEL DELITO

Más de alguno se preguntará por qué dedicar en homenaje a Reinhard Frank, el comentarista, un trabajo sobre el sistema. Sin embargo, para convertirse en un gran comentarista hay que ser un gran autor sistemático —y esto, su sistema interno, motiva precisamente la preeminencia del *Comentario* frankiano respecto de otros comentarios al Código penal—. Por cierto, tenemos que estar dispuestos a encontrar organización sistemática no solo en el sistema visible de los tratados, con sus divisiones y subdivisiones, sus principios y corolarios, sino también en el sistema invisible, en la firme articulación unitaria de los conceptos y pensamientos mismos. La palabra *sistema* es empleada en cinco significados. Ante todo, la Lógica formal conoce un doble sistema, a saber, la *deducción* sistemática, que avanza, con conclusiones siempre nuevas, mediante premisas mayores y menores que llevan a la proposición final (por ejemplo, la *Ética* de Spinoza), y la *clasificación* sistemática, que de términos genéricos, a través de la añadidura de elementos diferenciadores, baja a nociones especiales y a otras cada vez más especializadas (por ejemplo, el sistema botánico de Linneo)¹. Pero existen, no solo una lógica del pensamiento, sino también una lógica de las cosas mismas, no solo sistemas lógico-formales, que ordenan ideas y conceptos según fundamento y consecuencia o género y especie, sino también un sistema lógico-real, que descompone las cosas mismas en categoría y material, por cuyo motivo lo llamamos sistema *categorial* (por ejemplo, las *Críticas* de Kant). Junto a estos sistemas en sentido lógico resulta factible, además, un sistema *teleológico*, un orden según fines y medios (por ejemplo, el sistema unitario de Liszt). Y, finalmente, cada uno de estos sistemas, en su exposición con fines didácticos, experimenta ciertas modificaciones que facilitan la comprensión; así, al sistema científico sale al paso el sistema *didáctico*, con su tarea de tornar visible el sistema invisible, sin que la revelación de la estructura del pensamiento tenga que sacrificar mucho del rigor de su organización². Mientras el sistema didáctico implica

1 En mi trabajo *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem* [El concepto de acción y su importancia para el sistema del Derecho penal], 1903, se tuvo en cuenta solo estas dos formas sistemáticas de Lógica formal. El propio autor, en *Z. f. d. ges. StrW. (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* [Revista de la ciencia conjunta del Derecho penal]), t. 25, 1905, p. 256, ha acusado ya la inadmisibile estrechez de este campo visual.

2 Por ejemplo, el *Strafrecht* de Liszt, 21ª y 22ª eds., 1919, p.127, nota 4 (a propósito del tratamiento de la antijuridicidad de la omisión como presupuesto de su causalidad): "Para no romper la continuidad,

solo una forma expositiva, los sistemas científicos poseen valor cognoscitivo; solo en ellos se alcanza y demuestra la homogeneidad y coherencia de un área del pensamiento o de materias, el objetivo de toda ciencia, y solo en ellos cada detalle es comprendido según su verdadera significación en el marco del todo.

Un sistema puede corresponder a varios de estos tipos simultáneamente. Puede ser un sistema a la vez clasificatorio y categorial, deductivo y teleológico, y, en ambos casos, presentarse también en la forma de un sistema didáctico. Además, en una misma área de pensamiento coexisten elementos clasificatorio-categoriales y deductivo-teleológicos de muchas clases. Así, en el Derecho procesal la reconducción de las condiciones de tramitación a determinados principios, como el dispositivo o el inquisitivo, implica un sistema teleológico de la materia jurídica; en cambio, la concepción del proceso como una relación jurídica, por ejemplo, la doctrina del derecho a la tutela judicial, implica una sistematización categorial de la propia materia. El Derecho administrativo era tratado antes de manera puramente teleológica, según el método de la ciencia política, al paso que el método jurídico fundado por Otto Mayer implica manejarlo categorialmente. En la construcción del sistema jurídico se alternan criterios categoriales y teleológicos. Por ejemplo, son categoriales la distinción de Derecho público y Derecho privado, la Teoría general del Derecho; los Derechos del trabajo y económico, en cambio, son formaciones conceptuales teleológicas. Y según la acentuación que asuman las tareas categoriales o teleológicas de la ciencia jurídica, a lo largo de la historia de esta se han desprendido, en incesante mudanza, épocas formalistas y finalistas, épocas de la Jurisprudencia de conceptos y épocas de la Jurisprudencia de los fines.³

Así, también el sistema del Derecho penal tiene un doble fundamento, a saber, la teoría del fin de la pena como fundamento teleológico y la teoría de las normas como fundamento categorial. En particular, la teoría del delito admite tanto una construcción categorial como otra teleológica. Se la construye de modo clasificatorio-categorial, cuando el concepto unitario de lo injusto de la Teoría general del Derecho es reducido al concepto de lo injusto punible merced a una precisión cada vez más detallada. En cambio, se llega a una teoría deductivo-teleológica del delito cuando el concepto de lo injusto punible es derivado inmediatamente del fin de la pena, sin pasar por el concepto general de lo injusto. El sistema categorial del delito partirá de la base del concepto superior de todo injusto delictivo, esto es, el concepto de acción. En cambio, el sistema teleológico escogerá precisamente la característica peculiar de lo injusto punible, o sea, el tipo, como punto de partida de la definición del delito, por lo cual no derivará el concepto de este del general de lo injusto delictivo, sino que de antemano tomará distancia de él.

El gran arquitecto del sistema todavía hoy dominante del Derecho penal, Franz von

se examina anticipadamente aquí esto, que pertenece propiamente a las cuestiones de la antijuridicidad". [De esta obra de Liszt hay versión castellana, basada en la vigésima edición en alemán, por Luis Jiménez de Asúa y con Adiciones de Derecho penal español por Quintiliano Saldaña, Tratado de Derecho penal. 3 vols. Reus, Madrid, 1916. Nota del traductor].

3 Cfr. Hermann Kantorowicz, *Die Epochen der Rechtswissenschaft* [Las épocas de la ciencia del Derecho], *Die Tat* [El hecho], año VI, 1914-1915, pp. 345 y ss.

Liszt, aspiró a un sistema categorial de la teoría del delito —es asaz singular que el gran político— criminalista, en cuanto dogmático del Derecho penal, bajo el hechizo de la época a que él perteneció, la positivista, y en el espíritu de la convicción liberal, para la que la idea de seguridad jurídica ocupa el primer puesto, ¡fue primordialmente un lógico, no un cultivador de la teleología!—. Ante todo, Liszt creyó poder desarrollar un concepto genérico de lo injusto o del delito, común a los Derechos civil y penal, el concepto de acción antijurídica y culpable, para solo entonces avanzar, mediante la añadidura del requisito de la tipicidad, hacia el concepto de lo injusto punible, el delito. “La hipótesis sustentada aquí, de un concepto de lo injusto unitario en los Derechos privado y penal, es de fundamental importancia para la entera estructura de la teoría del delito”⁴. Ciertamente es que Liszt, al reconducir pena e indemnización de perjuicios a un mismo fin, al asignar lo mismo a la pena que a la obligación de resarcimiento “la función social de un importante medio en la lucha contra lo injusto”, intentó en un segundo plano fundar en términos teleológicos el concepto general y categorial de este último, y atribuyó la falta de un concepto unitario del delito precisamente a la ausencia de claridad sobre esa función social del deber de indemnizar los daños⁵. Sin embargo, esta argumentación teleológica del concepto unitario de lo injusto no es convincente. Por más que se confiara a la indemnización de perjuicios, como fin secundario, la tarea de proteger el ordenamiento jurídico a través de la lucha contra otros ilícitos, su fin primordial sigue siendo el resarcimiento del daño particular ya producido mediante su compensación, por tanto, uno que difiere por completo del fin de la pena. Por consiguiente, el injusto punible y que obliga a indemnizar constituye, a lo sumo, una figura conceptual para la apreciación categorial, no para una apreciación teleológica.

Por otra parte, el sistema de la teoría del delito fundado por Liszt se muestra no del todo practicable también como sistema categorial. El concepto pre penal y, en general, pre jurídico de acción, no clasificado de antemano en el marco del tipo legal y que, precisamente por eso, solo puede ser entendido, en términos por entero naturalistas, como movimiento corporal voluntario con el efecto de ciertos cambios en el mundo exterior, ese concepto completamente naturalista de acción, decíamos, no es apropiado para servir de piedra angular al sistema del Derecho penal ni como soporte de los restantes elementos del delito, antijuridicidad, imputabilidad y tipicidad. Si se hace la prueba de explicar, solo cual un movimiento corporal y una modificación de cierta clase en el mundo externo, el tipo de un delito, las circunstancias que fundamentan su antijuridicidad y, con ello, el contenido representativo del dolo y de la culpa, por ejemplo, ilustrar las injurias como una serie de movimientos de la laringe, ondas sonoras, estímulos auditivos y procesos cerebrales, lo esencial es que el sentido lingüístico y la significación social de la injuria restan completamente al margen del concepto así construido. Las injurias, pero también el maltrato, el favorecimiento de la impudicia, la falsificación de documentos y cualquier otro tipo que

4 Liszt, op. cit., p.111.

5 Die *Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuch* [Las obligaciones delictuosas en el sistema del Código civil], 1898, p.3.

se escoja, no se dejan asir como acción de cierta clase entendida naturalistamente, sino que solo cabe concebirlos como un suceso de la vida social modelado en un tipo penal. El propio Liszt indicó, en su muy controvertida doctrina del error de subsunción, que el contenido del dolo es, no la acción, sino el tipo, con lo que reconoció que no es aquella, sino la realización del tipo, el concepto básico de la teoría del delito, al que hay que referir todos los demás caracteres de este.⁶

Es mérito de Ernst Beling haber abierto el camino hacia un sistema que reemplaza el concepto de acción, en su función de concepto básico de la teoría del delito, por el de realización del tipo y haberlo incluido como parte estructural de este⁷. Con esta modificación, la clara arquitectura trimembre de la teoría del delito que había proyectado Liszt —el delito como realización imputable y antijurídica del tipo— se impuso en general, primero en la teoría⁸ y finalmente en la praxis⁹. Al mismo tiempo, con tal modificación se operó el tránsito de un sistema categorial a otro teleológico; de aquí en adelante, los elementos del delito son derivados del fin de la pena, el concepto del delito es construido desde la finalidad de la punición. En el actual sistema de la teoría del delito están contenidos aún restos de la formación categorial de conceptos solo en el aspecto de las condiciones de la punibilidad y las causas personales de exclusión de la pena; y es que los fenómenos jurídicos comprendidos en aquel concepto difieren completamente en su fin y solo cabe reunirlos mediante el elemento categorial de condicionar la pena y, correlativamente, excluirla para determinadas personas.

La tripartición así alcanzada en la teoría del delito parecía tener un firme fundamento lógico. En el requisito de la tipicidad se creyó reunir los elementos descriptivos y objetivos del delito; en la antijuridicidad, los elementos normativos y objetivos; en la culpabilidad, los elementos subjetivos y descriptivos. Durante algún tiempo esta organización sistemática, en su engañosa claridad, pareció poner definitivo

6 En *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* [Archivo de Filosofía jurídica y económica], t. 17, 1923-1924, p. 188, informé sobre el entendimiento del concepto de acción como punto de partida del conjunto del sistema penal razonado en el libro citado *supra*. 1923-1924, p. 188, informé sobre el entendimiento del concepto de acción como punto de partida del conjunto del sistema penal razonado en el libro citado *supra*.

7 Por cierto, el propio Beling se abstuvo de dar el último paso en esta dirección. O sea, que él parte de la tipicidad como elemento básico del delito, pero continúa considerándola, lo mismo que la antijuridicidad y la culpabilidad, cual un atributo de la acción y le antepone el concepto de esta como su soporte (cfr. *Grundzüge des Strafrechts*, 10ª ed., 1930, § 14 [la undécima edición alemana tiene molde en nuestro idioma por Sebastián Soler, *Esquema de Derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1944; n. del t.]), en vez de absorber el último en el concepto de realización típica. Así, la apariencia de una significación autónoma del concepto de acción como fundamento de la antijuridicidad y la imputabilidad no es cabalmente vencida, sin embargo de lo cual aquel solo es importante para el Derecho penal en la medida que implica la realización del tipo. Y, a la inversa, se da cabida al error de que la tipicidad sería un elemento del concepto de acción que marcha paralelo a la antijuridicidad y la culpabilidad, mientras que habría que poner de manifiesto precisamente la referencia de estas últimas a la realización del tipo.

8 No obstante, Eberhard Schmidt, en la nueva edición (25ª) del *Strafrecht* de Liszt (1927), persiste en el de acción como concepto básico de la teoría del delito, y trata de la tipicidad solo después de los otros elementos del delito, la antijuridicidad y la culpabilidad.

9 Cfr., en especial, la renombrada sentencia del Tribunal Supremo del Imperio sobre el estado de necesidad suprallegal, t. 61, pp. 242 y ss.

término al problema del sistema de la teoría del delito. Sin embargo, pronto la progresión del pensamiento penal empezó a conmovier con nuevas dudas el producto aparentemente asegurado. La distinción de los tres elementos del delito, en apariencia tan neta, devino nuevamente incierta. Tornóse problemático el límite entre tipicidad y antijuridicidad —allá, los elementos descriptivo-objetivos del delito; aquí, los elementos normativo-objetivos—, porque, junto a los elementos descriptivos, se descubrió en los tipos “elementos típicos normativos” y, a la inversa, en la teoría de la antijuridicidad, junto a los componentes normativo-descriptivos, se descubrió los “elementos negativos del tipo”. Asimismo, quedó en entredicho el límite entre antijuridicidad y culpabilidad —allá, los elementos normativo-objetivos del delito; aquí, los elementos descriptivo-subjetivos— al ser descubiertos, por una parte, los “elementos subjetivos de lo injusto” y, por otra, “el concepto normativo de la culpabilidad”. Finalmente, la distinción entre tipo y teoría de la culpabilidad —allá, los elementos objetivo-descriptivos; aquí, los elementos subjetivo-descriptivos— devino problemática, pues surgieron en los tipos “elementos típicos subjetivos”, por ejemplo, en los delitos de intención o el tipo de la tentativa, y pasaron a formar parte del concepto normativo de la culpabilidad las que Frank llamó “circunstancias concomitantes”¹⁰, como en el estado de necesidad del parágrafo 54 o la situación coactiva del parágrafo 52 del Código penal, por tanto, elementos aparentemente objetivos¹¹. Entre estas dislocaciones fronterizas, asume especial interés para el presente trabajo aquella que coloca el límite entre tipicidad y antijuridicidad mediante el concepto de los elementos negativos del tipo, puesto que Reinhard Frank acogió y mantiene todavía dicho concepto, que fue formulado por Adolf Merkel^{12 13}. La fecundidad de esta formación conceptual estriba en la correlativa reacción del dolo ante los ele-

10 *Aufbau des Schuldbegriffs*, 1907 [existen dos ediciones castellanas de esta monografía, ambas con el título *Estructura del concepto de culpabilidad*, la primera de Sebastián Soler, Publicaciones del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 1966, y la segunda de Gustavo E. Aboso y Tea Löw, B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2000; n. del t.]; *Kommentar*, 18ª ed., p.136.

11 Para todo este párrafo, cfr. Max Ernst Mayer, *Allgemeiner Teil*, 1915, pp. 182 y ss. [con traducción castellana de Sergio Politoff Lifschitz, revisada y prologada por José Luis Guzmán Dalbora, *Derecho penal*. Parte general, B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2007; n. del t.]; Grünhut, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926 [*Formación de conceptos y aplicación del Derecho en el Derecho penal*, traducción de José Luis Guzmán Dalbora, en el *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, publicación de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, número 22, 2004, pp. 307-32; n. del t.], 1926; Mezger, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände* [Sobre el sentido de los tipos penales]; Erik Wolf, *Strafrechtliche Schuldlehre* [Teoría de la culpabilidad jurídico-penal], I, 1928, pp. 110 y ss.

12 *Lehrbuch des Strafrechts*, 1889, p.82. [De esta obra de Merkel la colección rioplatense «Maestros del Derecho penal», número 13, ofrece una versión castellana, por Pedro Dorado Montero, *Derecho penal*. Parte general, B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2004. La traducción completa, *Derecho penal*, muy anterior y también a cargo del célebre profesor salmantino, es de La España Moderna, Madrid, s/f., y apareció en 2 vols., el segundo dedicado a la Parte especial. *N. del t.*].

13 Cfr. Frank, *Kommentar*, 18ª ed., pp. 139 y 187, y *Aufbau des Schuldbegriffs*, pp. 15 y ss. Se han pronunciado a favor de los elementos negativos del tipo Baumgarten, *Der Aufbau der Verbrechenslehre* [La estructura de la teoría del delito], 1913, pp. 221 y ss.; Kitzinger, *Juristische Aphorismen* [Aforismos jurídicos], 1923, pp. 43 y ss.; Zimmerl, *Zur Lehre vom Tatbestand* [Sobre la teoría del tipo], 1928, p.66. Acerca del estado de las opiniones al respecto, cfr. los cuadros sinópticos de Zimmerl, y Liszt y Schmidt, 25ª ed., § 26, nota 5.

mentos positivos y negativos del tipo, ya que la suposición de una circunstancia negativa del hecho excluye el dolo lo mismo que la no admisión de una circunstancia positiva. Por cierto, esa reacción del dolo a las circunstancias positivas y negativas del hecho es solo “correlativa”, no igual. El dolo no exige la *suposición* de la ausencia de circunstancias negativas del hecho del mismo modo como reclama la admisión de la existencia de las circunstancias positivas; antes bien, es suficiente que el autor *no* supuso la presencia de circunstancias negativas del hecho. Sin embargo, esta reacción, en apariencia igual, a los elementos positivos y negativos del tipo, resulta ser una reacción “no correlativa”, porque convierte los elementos negativos del tipo en elementos positivos con contenido negativo, y transforma la ausencia de una circunstancia del hecho, en la circunstancia de su ausencia. Con esto, empero, se alude no ya solo a la objeción de infertilidad, sino a la de impracticabilidad de la idea de los elementos negativos del tipo, a saber, que la circunstancia negativa del hecho no sería una circunstancia de cierta clase, porque tampoco constituye circunstancia *alguna*. Esta objeción prueba demasiado. Requisitos como los del párrafo 218, párrafo 4 (aborto *sin* el consentimiento de la embarazada), o del párrafo 182 del Código penal (doncellez de la muchacha seducida), no pueden ser calificados de otra manera que como elementos negativos del tipo. Los llamados elementos negativos del tipo en sentido estricto son, en verdad, solo los elementos *generales* frente a aquellos *particulares* negativos del tipo. De este modo, la diferencia entre los elementos típicos ya aceptados y aquellos de carácter negativo se descubre cual una diferencia de mera redacción, que no admite ni un diverso manejo práctico ni una diferente caracterización científica. Por cierto, resta aún, para la ulterior distinción de elementos negativos generales y especiales, que aquellos, a diferencia de estos, en su mayoría no están tipificados y, por tanto, tampoco son elementos del supuesto de hecho en el sentido de la tipicidad. Frente a esto, sin embargo, hay que observar que si los elementos negativos generales no están por lo regular tipificados, no es en modo alguno cierto que falte siempre su previsión (véanse los párrafos 53 del Código penal, y 228 y 904 del Código civil), y, por otra parte, que la aparente tipificación de especiales elementos negativos difiere completamente y es de más débil jaez que la de los elementos positivos. Debido al párrafo 2° del Código penal, los elementos positivos del tipo poseen márgenes rígidos, no susceptibles de extensión; en cambio, los márgenes de los elementos negativos, por la admisibilidad de la analogía *in favorem rei*, son elásticos y ampliables. De suerte que entre los elementos especiales tipificados y los generales no tipificados negativos del tipo, solo existe una medida diferencial de elasticidad.

De la doctrina de los elementos negativos del tipo se desprende una consecuencia decisiva para el sistema de la teoría del delito. “Si los elementos negativos pasan bajo el rótulo del tipo, entonces ya no queda absolutamente nada más para la anti-juridicidad dentro del desarrollo sistemático de los elementos del delito”¹⁴. De existir adecuación típica en el sentido de la presencia de las circunstancias positivas y la

14 Baumgarten, op. cit., p. 235.

ausencia de circunstancias negativas del hecho, se da, simultánea y necesariamente, la antijuridicidad, así como, a la inversa, la falta de un elemento positivo y la presencia de un elemento negativo del delito, la tornan por igual improcedente. De modo que la antijuridicidad resta, en efecto, cual un atributo necesario de todo delito, pero, adjunta a la adecuación típica, deja de ser un requisito especial de este y, por ende, un elemento suyo en dicho sentido. Un obstáculo a esta completa desaparición del requisito de la antijuridicidad en el de la tipicidad, solo pudiera provenir de las “circunstancias concomitantes” de Frank, esos elementos en apariencia objetivos de la culpabilidad. Y es que se podría tratar de explicar la situación jurídica de que el dolo queda excluido en caso de suposición equivocada del estado de necesidad del parágrafo 54 del Código, en el sentido de que este es un elemento negativo del tipo, mas no una causa de justificación. Sin embargo, no es necesario extraer este monstruoso corolario, el de una antijuridicidad jurídico-penalmente importante desprovista de la tipicidad que sirve de base, puesto que los elementos en apariencia objetivos de la culpabilidad tampoco son, en verdad, objetivos, sino que son subjetivos de cabo a rabo. En verdad, no el estado de necesidad, sino la suposición del estado de necesidad, es causa de exculpación. El estado de necesidad realmente presente no es causa de exculpación si el autor lo ignoraba; en cambio, el estado de necesidad supuesto por él es una causa de inculpabilidad aun en el caso de que no exista en realidad, y no porque el error excluya aquí el dolo, sino porque, en verdad, “el llamado estado de necesidad putativo es un propio estado de necesidad”¹⁵. Por consiguiente, parece que hay que atenerse a que tras la aceptación de la teoría de los elementos negativos del tipo, ya no es posible separar una de otra tipicidad y antijuridicidad.

Sin embargo, la bipartición de los elementos objetivos del tipo en descriptivos y normativos, idea implícita en la distinción de tipicidad y antijuridicidad, se impuso en una nueva forma. El ideal del Estado de Derecho de “tipificar juicios de valor en supuestos de hecho”¹⁶, por tanto, hacer de la valoración jurídica la consecuencia unívoca de supuestos puramente descriptivos, no es realizable en su totalidad, porque tampoco cabe renunciar por completo a elementos típicos que imponen al juez la tarea de reducir a un juicio de valor “fórmulas valorativas precisadas de relleno”. De ahí que, aun dentro del concepto de supuesto de hecho ampliado merced a la admisión de los elementos negativos del tipo, surge nuevamente la distinción de elementos descriptivos y normativos. Esta diferencia entre elementos que demandan al juez solo una constatación y otros elementos típicos que le exigen una valoración, está destinada a reemplazar desde el punto de vista sistemático la distinción de tipicidad y antijuridicidad, siquiera solamente en el sistema invisible de la ciencia. En el sistema visible y didáctico la fusión de los elementos negativos del tipo, en tanto que son descriptivos, con los elementos positivos, por una parte, y, por otra, la separación de los elementos típicos normativos y descriptivos, no son realizables,

15 Cfr. Zimmerl, op. cit., p. 68.

16 Grünhut, op. cit., p. 8.

porque se trata de operaciones complejas y forzosamente desorientadoras. No lo son de antemano, por cuanto, a la postre, no existe elemento típico alguno que tampoco sea descriptivo y normativo a la vez. Si un concepto pre-jurídico se erige en concepto jurídico, adquiere inevitablemente rasgos normativos, por más que en su origen tuviese un puro carácter descriptivo —en otro lugar mostramos, por ejemplo, cómo un concepto tan indiscutiblemente descriptivo cual el de perro (en el parágrafo 366, número 6, del Código penal), no es capaz de abstraerse a la transformación normativa que le imprime una interpretación teleológica—. La exposición didáctica, pues, no tiene más remedio que perseverar en la antigua división de tipicidad y antijuridicidad, tratar en aquélla los elementos normativos y, en ésta, los elementos negativos del tipo, pero sin perder de vista en ningún momento que esta bipartición es solo un sucedáneo pedagógico de otra, la que distingue elementos descriptivos y normativos del tipo.

Dificultades análogas a las que derivan del descubrimiento de los elementos normativos del tipo en la relación de tipicidad y antijuridicidad, surgen en la relación de la faz objetiva y la faz subjetiva del delito por la concepción normativa de la culpabilidad, cuyo mérito hay que atribuir sobre todo a Reinhard Frank. Hasta la irrupción de aquélla, se contrapuso los elementos en parte descriptivos y en parte normativos de la faz objetiva, a los elementos puramente descriptivos de la faz subjetiva —la “concepción psicológica de la culpabilidad” (mejor denominada concepción psicológica de la imputación), que, por cierto, siempre tuvo dificultades para entenderse con la culpa—. Parecía logrado, en la faz subjetiva, vincular la valoración de la actitud interna, como culpabilidad, a presupuestos psicológicos del todo descriptivos, y unir inseparablemente el juicio normativo sobre la culpabilidad a la comprobación psicológica de la imputabilidad. A esto, una concepción normativa de la culpabilidad replicaría que el juicio de culpabilidad depende no solo de comprobaciones psicológicas, sino, dadas las mismas comprobaciones psicológicas, también de valoraciones, por ejemplo, según el criterio de la exigibilidad. De hecho, en la inclusión dentro de la teoría de la culpabilidad del estado de necesidad del parágrafo 54 del Código penal y de otros casos de “inculpabilidad debidos a la no exigibilidad de la conducta adecuada a Derecho”, hay que ver un progreso de la Dogmática punitiva —sólo que, con el lema “concepción normativa de la culpabilidad”, él navega bajo bandera falsa—. También un concepto puramente psicológico de la imputación puede, es más, está obligado a permitir la entrada a esas causas de exculpación, supuesto que, para él, la imputación es, no una mera imputación a la voluntad, sino imputación al carácter, por tanto, que conciba la imputabilidad cual aquella relación del autor con su hecho que signa este último como característico del primero. Según el criterio del legislador, estado de necesidad y demás circunstancias análogas son situaciones en que la participación del motivo externo predomina tanto sobre la participación del carácter del autor en el hecho, que éste ya no puede ser contemplado como característico de aquél. Además, una imputación así concebida es un procedimiento puramente psicológico, libre de valoración. Y con el resultado de esta pura imputación psicológica se da sin más, para quien divisa en el castigo un juicio

de desvalor sobre el autor, el elemento normativo de la culpabilidad, la reprochabilidad, en la expresión de Frank —lo mismo que, del lado objetivo del delito, con la tipicidad rectamente entendida está dada, sin más, la antijuridicidad—. Por modo que con el concepto normativo de la culpabilidad no se añade al aspecto subjetivo del delito algo que no estuviese ya contenido en el concepto psicológico de la imputación, algún elemento normativo a los descriptivos de la culpabilidad. Antes bien, el concepto normativo de la culpabilidad significa nada más que la evaluación, en el sentido de la reprochabilidad, del diagnóstico caracterológico establecido mediante la imputación psicológica —del mismo diagnóstico caracterológico que es apreciado desde el punto de vista de una teoría de la prevención, libre de valoraciones, en el sentido de la peligrosidad—. Es más, cual ha mostrado convincentemente Grünhut, es justo dicha peligrosidad la que constituye el contenido del reproche de culpabilidad; de modo que el concepto normativo de ésta es solo un rótulo de valor puesto sobre el mismo recipiente e idéntico contenido de que se sirve, sin emplear aquella etiqueta, la llamada concepción psicológica.

Además, la imputación psicológica, si se la concibe como imputación al carácter, tiene más para su presupuesto, la imputabilidad. Por cierto, la posibilidad de retrotraer la imputación hacia el carácter no queda suprimida en todos los casos de inimputabilidad. Las finas explicaciones de Mezger sobre la “bipolaridad” del concepto de imputabilidad¹⁷, pueden servir para ilustrar que la última tiene un pie dentro y otro fuera del ámbito de la teoría de la culpabilidad. Mezger distingue dos causas muy diversas de imputabilidad. Por una parte, hay imputabilidad en los hechos ajenos a personas normales, por ejemplo, en caso de embriaguez, pero, por otra parte, también en acciones adecuadas a ciertas personas anormales, por ejemplo, en caso de una psicosis. En el primer caso falta, sin duda, la posibilidad de retrotraer la imputación al carácter; aquí, pues, la imputación queda excluida sin ambages. En el segundo, dicha virtualidad *puede* estar ausente, en el sentido de que la imputación al carácter no es factible si la personalidad originaria del autor fue derruida por la psicosis, sin que, empero, surgiese una personalidad nueva y constante. En cambio, la imputación al carácter, precisamente al carácter anormal del autor, no es excluida en dicho caso, si el autor hubiera actuado desde su personalidad anormal, sea esta ingénita o adquirida. En la medida que hay que negar la imputabilidad a propósito de tales personalidades, por ejemplo, las psicopáticas, el concepto de imputabilidad, a despecho de su nombre, sale del ámbito de las teorías de la imputación y la culpabilidad. Sin embargo, en tanto que, de acuerdo a esto, ella no es presupuesto de la culpabilidad, solo cabe interpretarla como susceptibilidad o capacidad de pena¹⁸. La imputabilidad, pues, es una formación conceptual unitaria a lo sumo para una apreciación categorial —sin imputabilidad, en cualquiera de sus formas, no hay punibilidad—; pero la punibilidad viene a faltar en los distintos casos de inimputabilidad por muy diversas razones, de lo que se sigue que, funcional-

17 Mezger, *Persönlichkeit und strafrechtliche Zurechnung* [Personalidad e imputación jurídico-penal], *Grenzfragen des Nerven- und Seelenlebens* [Cuestiones límite de la vida nerviosa y anímica], cuaderno 124, 1926.

18 Con esta limitación, mantengo el entendimiento de la imputabilidad como capacidad de pena, que sostuve en *Z. f. d. ges. StrW.*, t. 24, pp. 338 y ss.

mente, la imputabilidad carece de unidad y, por tanto, tampoco se puede determinar unívocamente su emplazamiento al interior de un sistema teleológico.

Comparada con la aclaración del vínculo entre elementos descriptivos y normativos, de una parte, por el lado objetivo, de otra, por el subjetivo, la aclaración del vínculo de los elementos subjetivos del tipo y los presupuestos subjetivos de la imputación es simple. Esos elementos subjetivos hay que disponerlos en *ambos* requisitos del delito, solo que según criterios diferentes. En los delitos de intención, por ejemplo, lo buscado pertenece al tipo, la intención, a la imputabilidad de este tipo; al tipo pertenece el contenido de la intención, y la ocurrencia de esta, lo proyectado, a la imputabilidad.

Sin embargo, para rematar el sistema teleológico de la teoría del delito es todavía indispensable otra cosa, a saber, la ordenación teleológica de esos fenómenos jurídicos, muy dispares en cuanto a su fin, que hoy son reunidos de modo puramente categorial, como condiciones de la punibilidad y causas personales de exclusión de la pena, justo porque hasta la fecha no han hallado su lugar en la teoría del delito¹⁹ —a no ser que se considere la punibilidad, rúbrica de emergencia y colectiva de un elemento del delito añadido al final de la tipicidad, la antijuridicidad y la imputabilidad, como lugar digno de albergarlas²⁰—. Bajo este título pudieran quedar solo aquellas condiciones de punibilidad y causas personales de exclusión de la pena en cuyo mérito la punibilidad se torna dependiente de circunstancias que no guardan relación alguna con el merecimiento de pena y, por tanto, con el carácter criminoso del hecho en términos político criminales, ni con el carácter criminoso del hechor en términos psicológico criminales, por ejemplo, la garantía de reciprocidad o la extra-territorialidad, mientras que todas las demás circunstancias de esta clase debieran ser distribuidas entre las restantes rúbricas de la teoría del delito²¹. Este postulado deviene apremiante en la reforma del Derecho penal. Como es sabido, el Proyecto (parágrafos 12, 16, apartado 1, y 31) convierte también la inimputabilidad y el error en causas personales de exclusión de la pena. Sin embargo, nadie estará dispuesto a desterrarlos por eso de la teoría del delito propiamente dicha —pese al parágrafo 4 de la Ley de tribunales de menores, niñez y juventud tampoco han sido expulsadas de aquella—. No obstante, es verdad que de la nueva regulación legal tendrá que producirse una importante reorganización del sistema de la teoría del delito. Imputabilidad, dolo y culpa dejan de ser atributos del delito; devienen características del delincuente²². La rúbrica “El carácter criminoso del actor”, que hoy entrevé Beling (§ 48), adquirirá a causa de ello una inesperada significación, y el sistema

19 Sobre la diversidad finalista de estos fenómenos jurídicos, por ejemplo, para las condiciones de la punibilidad, Zimmerl, op. cit., pp. 24 y ss., y para las causas personales de exclusión de la pena, Baumgarten, op. cit., pp. 237 y ss., nota 48.

20 No mejor es la rúbrica de condiciones de la amenaza penal, en la que Beling, op. cit., 10ª ed., § 34, reúne situaciones tan disímiles como el estado de necesidad y la ejecución del hecho en el extranjero.

21 En buena parte esto ha sido realizado por Liszt y Schmidt, § 44.

22 En contra, Stooss, *Schweiz. Zschr. (Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* [Revista suiza de Derecho penal]), t. 44, pp. 1 y ss.

futuro de los presupuestos de la pretensión punitiva se presentará más o menos así: I. El delito: 1. Tipicidad, 2. Antijuridicidad; II. El delincuente: 1. Imputabilidad, 2. Responsabilidad. Con esto, la tendencia político-criminal que postula penar “no solo el hecho, sino también al autor”, repercutiría, asimismo, en la Dogmática jurídica. Sin embargo, la reorientación político-criminal del Derecho penal redundará en otro reflejo dogmático-jurídico. La conmensuración de la pena, cuya importancia ha crecido prodigiosamente, tiene por fin que cimentarse en la teoría del delito. Es más, la diversa medida de la pena solo puede basarse en la diversa medida del carácter criminal del hecho y del carácter criminoso del hechor. La teoría del delito, pues, determina el lugar sistemático de cada uno de los factores de conmensuración de la pena del parágrafo 69 del Proyecto, lo que quiere decir que tiene que mostrarse un elemento del delito cuya graduación se presenta como más fuerte o más débil²³. Sobre todo, es preciso relacionar el problema fundamental de la teoría de la conmensuración de la pena —“hasta qué punto el hecho se basa en una reprochable actitud interna o dirección volitiva del autor y hasta qué punto aquella reposa en causas que no son reprochables a este”— con la imputación; en otras palabras, hay que disponer las categorías básicas de la teoría de la conmensuración de la pena, esto es, la habitualidad o el carácter ocasional del delito, dentro de la teoría de la imputación. Ellas son, supuesto que la imputación es imputación al carácter, formas de culpabilidad —solo criterios distintos de un mismo e idéntico género, como el dolo y la culpa—. La distinción de dolo y culpa es decisiva para el *modo* en que el hecho caracteriza al autor. Según la clase del hecho, la ejecución dolosa distingue de muy diversas maneras al autor, por ejemplo, en el hurto, como deshonesto, en las lesiones corporales, como violento, pero, en todos los casos, como un sujeto indiferente a los intereses ajenos, mientras que la ejecución culposa, allende la diversidad de los hechos respectivos, distingue siempre al autor solo cual un sujeto más o menos imprudente (en la culpa consciente) o desatento (en la culpa inconsciente). Como el dolo y la culpa deciden la dirección, así también la otra pareja de formas de culpabilidad, la habitualidad y el carácter ocasional del hecho, deciden la *medida* en que el hecho es característico de la disposición interna antisocial del autor, si se trata de una personalidad infectada o solo tocada por la criminalidad. Sin embargo, los factores de conmensuración de la pena no pertenecen siempre a la teoría de la imputabilidad. El factor “las consecuencias culpables del hecho”, por ejemplo, solo puede ser concebido como graduación de la tipicidad, cual una “tipicidad más o menos intensificada” (por emplear la feliz expresión de Beling en un asunto distinto del que él tuvo en mira en primer lugar al usarla). Así, el grado de merecimiento de pena se medirá en diversas escalas, según la medida de graduación de distintos elementos del delito, y, en consecuencia, pese al prorrateo de los factores de conmensuración de la pena entre los últimos, se requerirá una teoría sintética de la primera cuya tarea consistiría en establecer la relación de valor entre las varias escalas y, en correspondencia con los grados de gravedad que signan un hecho en estas (por

23 Sobre la culpabilidad como “concepto graduable”, cfr. Frank, 18ª ed., p. 137.

ejemplo, imputabilidad atenuada, culpabilidad acrecentada a raíz de habitualidad, tipicidad intensificada por graves consecuencias del hecho), determinar su grado conjunto de gravedad (si fuese lícito emplear una expresión tan calculada). Sin embargo, la teoría de la conmensuración de la pena tiene que fundarse firmemente en el concepto del delito, también en lo que hace a una cuidadosa indagación del problema de qué participación tienen en dicho merecimiento de pena los aspectos objetivo y subjetivo, de nuevo, los distintos elementos de la imputación²⁴.

Nuestro examen muestra que la Dogmática punitiva no experimentará una interrupción por la reforma del Derecho penal, sino que, al contrario, recibirá un nuevo estímulo para proseguir su exitoso trabajo en viejos problemas. Tanto menos sería de desear que los resultados del trabajo interpretativo que se consiguió en el viejo Código penal fuesen ciegamente aplicados al nuevo Código —la labor constructiva y sistemática aplicada al antiguo Derecho penal podrá proseguir ininterrumpida bajo el nuevo Derecho penal—. Y, así, el Comentario de Reinhard Frank conservará en el futuro el significado orientador que hoy le agradecen con el corazón emocionado generaciones de juristas teóricos y prácticos.

24 Como complemento a lo dicho *supra*, nota 7, registremos que, entretanto, en la 11ª edición de sus *Grundzüge*, Beling ha transformado radicalmente su sistema. Él ofrece ahora un doble sistema de la teoría del delito, uno a partir de la acción y otro desde la realización del tipo, y fija los restantes elementos del delito, en parte a ambos conceptos básicos (así, la culpabilidad), en parte a solo uno de estos (así, la antijuridicidad y la imputabilidad comparecen únicamente en el sistema orientado hacia el concepto de acción). No es factible aquí discutir esta concepción.