

LA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD*

JAMES GOLDSCHMIDT**

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

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

La evolución del concepto y sus consecuencias en la obra de FRANK han sido descriptas tantas veces que aquí puedo ser breve al respecto². En su monografía “Über den Aufbau des Schuldbegriffs”, 1907 (*Sobre la estructura del concepto de culpa-*

* GOLDSCHMIDT, J. (2002) *La Concepción Normativa de la Culpabilidad*. En: Maestros del Derecho Penal. N° 7. 2ª Ed. Editorial IB de F: Buenos Aires. pp. 83-143.

Artículo original GOLDSCHMIDT, J. (1930). «*Normativer Schuldbegriff*». En: *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*. Tübingen Mohr: Alemania. pp. 428-468.

** Ex Catedrático y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Humboldt de Berlín. (N. 1874 – F. 1940)

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

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

bilidad), que abre nuevas vías, FRANK califica, por primera vez, la culpabilidad como “reprochabilidad” y considera como presupuesto suyo, además de la imputabilidad del dolo o de la culpa, el estado de normalidad de las circunstancias bajo las que el autor obra. Si ello falta, como ocurre en los §§ 52-54 del C.P., existe una “causa de exclusión de la culpabilidad”.

En vista de la objeción de que esas circunstancias concomitantes³ podrían representar, a lo sumo, un “elemento de la culpabilidad” en su “reflejo subjetivo”, FRANK, en la 8^a-10^a edición de su Comentario (1911), N° 11, antes del § 51, reemplaza la denominación de “circunstancias normales concomitantes” por la de “motivación normal”. En la 11^a-14^a edición (1914), N° 11, antes del § 51, abandona la “motivación normal” como elemento positivo de la culpabilidad. Sin embargo, excepcionalmente no existirá culpabilidad, a pesar de existir imputabilidad y motivación incorrecta (dolo o culpa), si concurre una causa de exculpación o de exclusión de la culpabilidad, como sería el estado de necesidad en los §§ 54 del C.P. y 67, II, de la ley sobre el estado civil. Además, existiría también en el campo de la culpa cierto número de excepciones, que ya se hacen notar en su definición. En relación con la culpa, estas excepciones resultarían del grado de las exigencias puestas a la voluntad; y tal grado dependería de las “circunstancias concomitantes”, y determinaría, atendiendo a éstas, el grado de la exigibilidad. Como ejemplo cita el caso del “Leinfänger” -caballo que no obedece a la rienda-⁴ (S.T.P., 30, 25) (N° VIII, 2 al § 59). En cambio, en el N° II antes del § 51, no sólo el concepto, sino también el grado de la culpabilidad se reduciría a la mayor o menor proximidad de la motivación a la motivación correcta. En la 15^a-17^a edición (1924-26), N° 11 antes del § 51, vuelve a aparecer al lado del dolo y de la culpa, como elemento positivo de la culpabilidad, la “libertad” o el “dominio sobre el hecho”, el que, sin embargo, de *lege lata*, faltaría en relación al dolo sólo en las hipótesis de los §§ 51, 52 y 54 del C.P. El concepto del “dominio sobre el hecho” viene de HEGLER⁵, quien, no obstante, lo concibe como la totalidad de los presupuestos psicológicos de la culpabilidad. A causa de la readmisión de ese elemento positivo de la culpabilidad, FRANK declara ahora “superfluo o aun peligroso” el concepto de las “causas de exculpación o de exclusión de la culpabilidad”. Esta inclusión de la libertad haría posible la graduación de la culpabilidad, en la cual, sin embargo, también influiría el fin del autor. La más reciente edición,

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

4 Ver resumen del caso en MEZGER. Tratado de Derecho penal. T. II. P. 184, nota. (Los Traductores).

5 *ZStW*. 36. 190 y siguientes.

la 18ª (1929), N° II antes del § 51, N° VIII, 5 al § 59, no sólo mantiene en pleno este punto de vista, sino que lo subraya introduciendo el fin en la definición de la culpabilidad, la que se define como “reprochabilidad de una conducta antijurídica según libertad, fin y significado conocido o cognoscible”. Por primera vez se habla de manera expresa de un momento “normativo” de la culpabilidad, y se lo discute. En efecto, se expone, como una cosa aceptada, que la reprochabilidad de una conducta de alguien presupone una obligación de omitir tal conducta. Empero, se niega que de este modo se exija una culpabilidad ética y que la culpabilidad constituya un vicio del carácter.

FREUDENTHAL y yo hemos tomado como punto de partida la obra de FRANK. Yo he intentado reducir⁶ la “incorrección” de la motivación, en el caso de su “normalidad”, a la infracción de una “norma de deber”, y he procurado⁷ atribuirle de *lege ferenda* a la motivación anormal, junto con el estado de necesidad y el exceso excusable en la legítima defensa, el valor de una causa de disculpa general FREUDENTHAL ha afirmado que la exigibilidad es, ya de *lege lata*, requisito general de la culpabilidad, aun en relación al dolo⁸.

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

1. ¿Qué quiere decir “característica normativa de la culpabilidad”? ¿Es reprochabilidad, contrariedad al deber o exigibilidad, y encuentra su fundamento en la totalidad del supuesto de hecho psíquico o sólo en el “tercer” elemento de la culpabilidad descubierto por FRANK, esto es, la “motivación normal”, o en el “dominio sobre el hecho”, vale decir, en el sentido de Frank, imputabilidad más “motivación normal”?
2. Este “tercer” elemento de la culpabilidad, ¿es característica positiva; o es la “motivación anormal” una característica negativa de la culpabilidad, vale decir, una causa de disculpa; y las causas de disculpa están tipificadas, por lo menos en relación al dolo, en determinadas disposiciones de la ley, ¿especialmente en el § 54 del C.P.?
3. ¿La culpabilidad es pasible de ser graduada, y es, por un lado, entonces, el fin un elemento de la culpabilidad; y por otro, aunque la culpabilidad

6 Notsland als Schuldproblem (El estado de necesidad como problema de la culpabilidad) (1913). Separado de la Österreich. Ztschr. f. StrJR. IV. 129 y ss.: también, ibídem, 224 y siguientes.

7 JW, 1922. 253/7.

8 *Schuld und Vorwurf* (Culpabilidad y reproche) (1922).

no sea un vicio del carácter, es éste, no obstante, ¿un factor determinante de la graduación de la culpabilidad?

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

I

Constituye un error⁹, en el que FRANK mismo nunca ha incurrido, admitir que la “motivación normal” o aun las “circunstancias concomitantes” son elementos normativos de la culpabilidad. Dejando a un lado las “circunstancias concomitantes”, que ni siquiera pertenecen al “tipo subjetivo”, se puede afirmar que la “motivación normal” es un elemento psíquico de la culpabilidad, lo mismo que las demás partes integrantes del “dominio sobre el hecho”, en el sentido de FRANK o de HEGLER, esto es, la imputabilidad y el dolo o la culpa (la última, por supuesto, sin perjuicio de su especial contrariedad a la norma). TARNOWSKI¹⁰ ya había subrayado exactamente esto, y Erik WOLF niega, bajo este aspecto con mucha razón, que se pueda colocar a FRANK entre los representantes de la doctrina “normativa-ética de la culpabilidad”, diciendo que¹¹ “...la influencia que su libro *Aufbau des Schuldbegriffs* ha tenido en el desarrollo de la doctrina normativa-ética de la culpabilidad, ha inducido a SCHUMACHER a presentarlo, junto con GOLDSCHMIDT y FREUDENTHAL, entre los representantes típicos de la “moderna” doctrina normativa de la culpabilidad”. Sin embargo, es imposible, según mi modo de ver, distinguir, con Erik WOLF, un FRANK “anterior” y otro “posterior”. Por lo menos hasta la 17^a edición de su comentario, que tuvo presente Erik WOLF, FRANK mantuvo siempre la misma posición. Por primera vez se habla de una característica “normativa” de la culpabilidad en la 18^a edición, que es la más reciente. Por otra parte, sin embargo, en razón de que FRANK fue el primero que caracterizó la culpabilidad como reprochabilidad, debe considerarse como el iniciador de la “moderna doctrina normativa de la culpabilidad”, no obstante que la “motivación normal” siempre ha de ser sólo la base psíquica de la reprochabilidad, esto es, de la “característica normativa de la culpabilidad”.

La característica “normativa” de la culpabilidad debe ser siempre una vinculación normativa del hecho psíquico. P. MERKEL¹² y SAUER¹³ van demasiado lejos

9 Por ej., de LIEPMANN, ZStW. 43. 710, nota 1.

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

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

12 ZSIW. 43. 340; JW 1924, 1679; *Grundriss* (Compendio) I (1927). 94.

13 *Grundlagen des Strafrechts* (Fundamentos de derecho penal). (1921). 548.

cuando definen la culpabilidad como el “juicio de desvalor”¹⁴ pronunciado sobre el estado anímico. Más bien se debe decir que la característica normativa de la culpabilidad es el sentido de este juicio de desvalor, esto es, la “relación modal” en la que el estado anímico, o sea la motivación, está frente a la escala de valores aplicada; y ella (la relación modal) llega a ser, por la admisión del carácter absoluto de esta escala, una calidad de la motivación, precisamente de su censurabilidad.

Según mi entender, la característica normativa de la culpabilidad fue concebida claramente en este sentido por primera vez por BELING¹⁵, después de múltiples tentativas por parte de otros de realizar tanteos en el terreno, pero sin que, desgraciadamente, BELING sacase consecuencias prácticas de ello; él todavía considera hoy al estado de necesidad del § 54 como causa de exclusión de la pena¹⁶. BELING había comprobado también ya, que la escala que mide el valor o el desvalor de la motivación está constituida por las mismas normas del derecho¹⁷. Por esto es que FRANK protesta ahora, con razón, contra el pensamiento de que el reconocimiento de la característica normativa de la culpabilidad significaría la introducción de una culpabilidad ética. Este malentendido acerca de la doctrina de FRANK y de la mía, por parte de SCHUMACHER¹⁸, puede deberse, además de a la opinión tradicional pero errónea¹⁹ de que sólo la ética tendría que ver algo con la conducta interior, exclusivamente a FREUDENTHAL, quien, verdaderamente, habla de pronto de un elemento “ético” de la culpabilidad a la par del elemento “psíquico”²⁰. Pero la fundamentación teórica es, con seguridad, el lado más débil de FREUDENTHAL. En efecto, éste cree que cuando concurre una causa de exculpación, lo que falta no es el “deber” sino el “poder”²¹.

- 14 Contra ambos ya R. HIRSCHBERG. *Schuldbegriff und adäquate Kausalität* (Concepto de culpabilidad y causalidad adecuada) (Strafr. Abhdl. 241) (1928), 65 y ss.: ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit* (Investigaciones sobre dolo y culpa) (1930). 16.
- 15 BELING. *Unschuld. Schuld und Schuldstufen* (Inculpabilidad. culpabilidad y grados de culpabilidad) (1910), 7, 8; cfr. sobre esto. GOLDSCHMIDT, *Noistand, als Schuldproblem* (1913), 14 y siguientes.
- 16 *Grundzüge* (Esquema), II ed. (1930), 32.
- 17 *Unschuld*. II y siguientes.
- 18 Wesen der Strafrechtsschuld. 39 y ss.; cfr. sin embargo. también Erik WOLF, *Schuldlehre* (Teoría de la culpabilidad), 57 y ss., 173 y ss.; GRÜNHUT. *ZStW*. 50. 316 (la teoría normativa de la culpabilidad quiere determinar la medida de la valuación de la conducta interior “de manera unilateral, subjetiva e individualísticamente”).
- 19 Cfr. GOLDSCHMIDT. *Prozess als Rechtslage* (El proceso como situación jurídica) (1925). 234.
- 20 *Schuld und Vorwurf*. 9. 21; cfr. también GRAF ZU DOHNA, *GS* 65. 314; *ZStW*. 32. 326. nota 7.
- 21 *Schuld und Vorwurf*. 8. Contra FREUDENTHAL, ya GOLDSCHMIDT. *Dtsch, Strafrechts-Seitung*, IX (1922). 250. A pesar de su polémica contra FREUDENTHAL, ENGISCH está en el fondo con éste. 444. 450.

Pero, ¿puede uno contentarse con la comprobación de que la escala de la característica normativa de la culpabilidad son las normas del derecho? BELING y FRANK lo han hecho y mi tentativa de ir más lejos ha sido desechada bajo la crítica de que sólo tiene un valor constructivo²². Sin embargo, las construcciones son para el jurista las bocaminas que lo conducen a la profundidad²³. Más en serio deben tomarse las objeciones de fondo que se han dirigido contra mi tentativa de explicar que al lado de cada norma de derecho que determina la conducta exterior, hay una norma de deber que exige una correspondiente conducta interior.

En primer lugar, se ha objetado que al Derecho le resulta completamente indiferente por cuáles motivos el hombre cumpla con sus deberes jurídicos exteriores, si él los cumple²⁴. Pero creo haber demostrado ya²⁵ que esta objeción reposa sobre un malentendido. La norma de deber que manda al particular que se motive por las representaciones de valor jurídicas no aspira a una “pureza interior” de los sentimientos²⁶, sino que se dirige a la voluntad de actuación. Por esto ella reclama que el motivo de deber resulte eficaz *a menos que el particular esté ya decidido por otras razones a una conducta conforme al derecho*. De acuerdo con esto, dice bien actualmente R. HIRSCHBERG²⁷: “El Derecho pide su reconocimiento sólo en caso en que el proceso normal de motivación lleve al autor a una conducta antijurídica, y pide que se lo reconozca a cualquier precio; pide la victoria del motivo de la obediencia al derecho sobre todos los otros motivos, esto es, el principado del motivo de la obediencia al derecho”. La norma de deber es una norma de lucha. Así como sólo se puede calificar de eficaz la actividad de un superintendente de diques, si mantiene los diques a pesar de la alta marea, y de ineficaz si ellos se rompen; de la misma manera, la norma de deber sólo es observada si el motivo de deber se ha mantenida contra los motivos que se le han opuesto, y sólo se ha violado si ha sucumbido. Pero él sucumbe solamente cuando se ha realizado una actuación de voluntad contraria

- 22 Así. KRIEGSMANN, *ZStW.* 35. 318; LIEPMANN, *ZStW.* 43. 710. nota I. Cfr., en contra, SCHUMACHER, 33: “La construcción de la culpabilidad de Goldschmidt que ha forjado la espada que Freudenthal esgrime, no ha sido apreciada en su totalidad por éste”.
- 23 Esta es la divisa de KOHLER, en su *Prozess als Rechtsverhältnis* (El proceso como relación jurídica) (1888).
- 24 KRIEGSMANN, *ZStW.* 35. 319; SAUER, *Grundlagen* (Fundamentos), 373. 622; SCHUMACHER, 16.
- 25 *Prozess als Rechtslage*, 234. nota 1287 (SCHUMACHER, 17, parece no haberla notado). En esto está de acuerdo conmigo, Eberhard SCHMIDT en el *Lehrbuch* (Manual) de VON LISZT. 25 ed. (1927), § 36. nota 4.
- 26 Por consiguiente, también está errado GRÜNHUT, *ZStW.* 50. 316, que dice que contra la doctrina normativa de la culpabilidad hablan “todos los argumentos contra el derecho penal de los pensamientos y contra el castigo de los motivos”.
- 27 *Schuld begriff und adäquate Kausalität*, 71.

al deber, dirigida hacia un resultado antijurídico. Por consiguiente, puede, en efecto, existir una “legalidad inmoral”, pero no puede existir una “legalidad culpable contraria al deber”. Por otro lado, sólo se podrá hablar de una “legalidad conforme al deber”, si se ha actuado de conformidad al derecho por la conciencia del deber, sin que por esto en todos los demás casos la legalidad deba ser una legalidad “inmoral”. La burla de SCHILLER, en su conocido dístico “De buena gana sirvo a los amigos”, etc.²⁸, sobre el rigorismo ético de KANT²⁹, no toca, entonces, la determinación de la “legalidad conforme al deber”.

La segunda objeción formulada contra la norma de deber dice que la norma de deber es superflua si no existe una “legalidad contraria al deber”³⁰. Creo haber refutado ya esta objeción. Aunque no haya una “legalidad contraria al deber”, hay, sin embargo, “contrariedad al deber con ilegalidad sólo tentada”, en el caso de la tentativa absolutamente inidónea y en el de la falta de tipo, y “contrariedad al deber con ilegalidad sólo posible”, en el caso de una conducta negligente inofensiva e impune³¹.

Todo lo que se ha hecho valer contra esto, descuida, a mi modo de ver, el punto esencial. KRIEGSMANN ha objetado que si la tentativa fuera contraria al deber pero no antijurídica, no sería admisible contra ella la legítima defensa. Esta objeción, que SCHUMACHER considera “contundente”³², es errónea ya desde el punto de vista metodológico³³. La “agresión antijurídica” en los §§ 53 del C.P. y 227 del C.C. no tiene nada que ver con la tentativa punible. Puede existir aquélla y faltar ésta, por ejemplo, en el caso de una agresión contra el honor³⁴. Al revés, puede faltar aquélla y existir ésta, precisamente en el caso de una tentativa absolutamente inidónea o en el de la falta de tipo. ¿O, quizás, sería permitido derribar de un tiro a una persona que intenta matar a otra mediante plegarias? ¿O a una persona loca que está por ofrecer un vaso de agua azucarada a una muchacha, porque se imagina que

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

29 Cfr. sobre esto HEIMS, *ZStW.* 40. 757.

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

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

32 P. 15.

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

34 En cuanto a esto, exactamente ZIMMERL, *lug. cit.*

así puede provocar el aborto un feto, que, en realidad, no existe? En efecto, ¿qué otra cosa objetan los que combaten la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea y la de la falta de tipo, sino que aquí falta la ilegalidad? Me limito a remitir a M. E. MAYER³⁵. Yo nunca he afirmado que *no pueda hallarse* una agresión antijurídica en una tentativa punible. Y cuando KRIEGSMANN opina que yo tendría que negar la defensa legítima contra el ataque antijurídico de un loco, porque éste no actúa de manera contraria al deber³⁶, me hace cargo de lo que es la consecuencia de su propia equiparación metodológicamente equivocada, de tentativa contraria al deber y “agresión antijurídica”. Y aun cuando se considere, con Eberhard SCHMIDT, que no son punibles la tentativa absolutamente inidónea y la falta de tipo³⁷, como, verdaderamente, no lo es la conducta culposa inocua, tales modos de conducta no son jurídicamente irrelevantes. El hecho de “atentar contra la vida” es causa de divorcio y es, también, causa para privar al autor de su legítima (§§ 1566, 2333, N° I, del C.C.); y una conducta culposa puede ser causa grave a los fines de la denuncia de una relación de servicio (§ 626 del C.C.)³⁸.

Pero aun cuando la contrariedad al deber sin antijuridicidad fuera jurídicamente irrelevante y sólo constituyera una modalidad de la antijuridicidad, ¿se podría decir que con ello estaría afectada la independencia de la norma de deber? Se puede declarar superada la opinión de los que consideraban y de los que consideran aún como contrariedad al deber la consciencia o la posibilidad de la consciencia de la antijuridicidad o de la contrariedad ética al deber³⁹.

Pues éstos, sin reconocer ninguna característica normativa, admiten sólo una característica psíquica de la culpabilidad⁴⁰, y, de esta manera, no dejan lugar en su

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

36 *ZStW.* 35. 319.

37 Lug. cit.. § 47.

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

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

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

sistema para las causas de exculpación. Por otra parte, en la propuesta de solución de algunos escritores recientes⁴¹, en el sentido de que junto a la antijuridicidad de la conducta exterior habría que suponer una semejante de la conducta interior, esto es, del proceso de motivación, sólo se podría ver una divergencia terminológica con respecto a mi teoría, si no fuera que la consecuencia de esta forzada tentativa de mantener dependiente la culpabilidad de la antijuridicidad es la de borrar la diferencia intrínseca que existe entre la norma de derecho y la de .deber⁴², rompiéndose la conexión entre la culpabilidad como fundamento de responsabilidad y la culpabilidad como medio para medir el grado de la responsabilidad (Cfr., infra, bajo III).

También es cierto, en verdad, que la exigencia de la contrariedad al deber no implica la introducción de una culpabilidad ética. Pero no se puede desconocer que el señorío típico de las normas de derecho es la conducta exterior, y que el paso de la responsabilidad por el resultado a la responsabilidad por la culpabilidad, significa una etización del derecho. Por consiguiente, a la expresión “antijuridicidad interior” se opone, de antemano, el sentimiento lingüístico⁴³.

La independencia de la norma de deber ha sido afectada de la más grave manera por el giro que Eberhard SCHMIDT le ha dado a mi doctrina⁴⁴. Fecundizando pensamientos ya expresados antes por otros⁴⁵, él enseña que lo que yo denomino norma de deber no es otra cosa que la norma de derecho en su función de la norma de determinación, mientras que la norma de derecho, en su aplicación a la conducta exterior, se presenta como pura norma de valuación. Empero, por tentadora que sea esta formulación, no puedo darme por vencido.

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

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

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

43 Cfr. en *Notstand*, 24 y ss., mis exposiciones contra RADBRUCH, *ZStW*. 24, 346 y ss. Contra HIRSCHBERG, también ya GRÜNHUT. *ZStW*. 50. 309. Discutible ZIMMERMANN, *Lehre vom Tatbestand*. 49, 50 (“Culpabilidad como elemento de lo injusto”).

44 VON LISZT-SCHMIDT, *Lehrb.* 25 ed.. § 36.

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

la conducta psíquica como el resultado exterior⁴⁶. Pero si la norma es, con respecto a la conducta interior, no sólo norma de determinación, sino también norma de valuación, se concluye fácilmente que ella también es, en relación con la conducta exterior, no sólo norma de valuación, sino también norma de determinación. En otras palabras, lo “injusto objetivo” no sólo es una conducta sobre la que recae un juicio jurídico de desvalor, sino también una conducta exterior que contraviene un imperativo jurídico.

Es verdad que se ha pretendido muchas veces que esta suposición descansa en una imposibilidad lógica, pero esto poco significa con tal de que ella sea de derecho positivo. Y es de derecho positivo, como resulta de las obligaciones de las personas incapaces y de las personas jurídicas. Pero ella es aun lógicamente posible, así como lo son las personas jurídicas, las obligaciones del Estado, la causalidad de la omisión y la reprochabilidad de la culpa inconsciente, cuya imposibilidad se ha pretendido también. En todos estos casos, el derecho, en virtud de una regulación más o menos complicada, trata un supuesto de hecho “como si” fuera un otro. Y “*ex jure quod est regula sumatur*”. En realidad, las obligaciones de los incapaces de deber son obligaciones imperfectas, como lo son las obligaciones a las que no corresponde una acción. Así como éstas carecen de la garantía del poder material del Estado, aquéllas carecen de la garantía del poder psíquico del motivo de deber. Y así como las obligaciones sin acción carecen de la garantía del derecho justicial material, que respondería de su coercibilidad, las obligaciones de los incapaces de deber carecen de la garantía de la norma de deber que respondería de su cumplimiento. Sin embargo, su cumplimiento se hace posible mediante un rodeo, por estar ellas contenidas en el deber de tutela de los representantes legales de las personas incapaces de deberes⁴⁷.

Con lo dicho se descarta la posibilidad de hacer absorber la norma de deber por la función de determinación de la norma de derecho, aunque la necesidad de reconocer lo injusto objetivo como violación de un deber jurídico pueda comprobarse ante todo, en el derecho civil⁴⁸, y aun suponiendo que el derecho penal, desde la transición a la responsabilidad por la culpabilidad, se contentara con la concepción de la antijuridicidad como conducta sometida sólo a un juicio de desvalor⁴⁹.

46 De parte de MARCETUS, *Zumutbarkeit*. 19.

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

48 Cfr. también HEINITZ. 7

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

Esto también se puede comprobar en relación a la culpa. Ella es concebida por Eb. SCHMIDT, de acuerdo conmigo⁵⁰, como una doble contrariedad al deber, lo que, yendo con razón más lejos que yo, acepta que vale igualmente para la culpa inconsciente⁵¹. Para Eb. SCHMIDT, la segunda contrariedad al deber reside en la infracción de un precepto de precaución, pero, según él, aquélla contiene también una antijuridicidad porque, consecuentemente con su actitud de repudio de las normas de deber, él considera a los preceptos de precaución ni más ni menos que normas jurídicas. Pero, me pregunto, ¿se puede conciliar esto con la opinión que, al parecer, defiende Eb. SCHMIDT⁵², de que la conducta culpable inocua e impune es jurídicamente irrelevante? Eb. SCHMIDT mismo declara también, expresamente en contra de EXNER⁵³ (habría podido citar además a RADBRUCH⁵⁴), que no se trata de mostrar en la culpa una segunda antijuridicidad, sino una segunda contrariedad al deber. Sin embargo, cuando él extrae ésta de aquélla, haciéndola depender de un poder prever, y aun de un poder prever individual⁵⁵, dice, sin duda, algo exacto, pero queda expuesto al malentendido, en el sentido de que él, lo mismo que FREUDENTHAL, parece que viera, en un poder, no sólo el presupuesto, sino la naturaleza de la exigibilidad. Lo que es de fácil explicación, pues Eb. SCHMIDT coloca, de manera completamente involuntaria, la exigencia del deber (*sollen*) en el precepto de precaución, en tanto que éste, según él, sólo puede contener una valuación. De este modo, ¿qué queda para la contrariedad al deber fuera de un poder?⁵⁶.

50 Lehrb., § 41. De acuerdo también MOHRMANN, *Die neueren Ansichten über das Wesen der Fahrlässigkeit* (Strafr. Abhdl. 265) (1929), 63. 85, como así también R. HIRSCHBERG, 79. pero. sin embargo, es inconciliable con esto, lo que sostiene HIRSCHBERG, 59 y ss.. respecto de la contraposición del “dolo” psicológico a una “inadvertencia” puramente psicológica, y la contraposición de la culpa normativa a un dolo normativo, esto es, conciencia de la antijuridicidad. Dolo y culpa se relacionan entre sí como causación y no-impedimento antijurídico del resultado. También, en este punto, en sentido negativo. KRIEGSMANN. ZStW. 35, 322: además TARNOWSKI. Adäquate Kausalitätstheorie. 303/4 (con desconocimiento de los “preceptos de precaución”): según parece, también GRÜNHUT (si él persiste en afirmar que el carácter normativo de la culpa representa una dificultad no solucionada en razón del carácter psicológico del dolo). ENGISCH. 276. olvida en su polémica con Eberh. SCHMIDT, que de toda obligación a una adecuada conducta exterior, se origina un deber de un cuidado interior: sin embargo, él mismo. de antemano, se ha cerrado el camino para considerar con justicia la diferencia entre una conducta exterior incorrecta y una conducta interior incorrecta.

51 *Lehrb.*, § 41. nota 6. contra GOLDSCHMIDT. Notstand. 31.

52 § 36. nota 4. en esto, según parece, de acuerdo con KRIEGSMANN, ZStW. 35. 321.

53 *Fahrlässigkeit* (Culpa) (1910). 193.

54 ZStW. 24. 346 y siguientes.

55 *Lehrb.*, § 41. nota II. En el § 42. II. Eberh. SCHMIDT hace, en consecuencia, depender el “deber” de la exigibilidad de las exigencias que se deben dirigir al “tipo medio del ciudadano”.

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

Pero la norma jurídica de acción y la norma de deber⁵⁷ se diferencian no sólo porque aquélla se refiere a la conducta exterior, a la causalidad, y ésta, la de deber, a la conducta interior, a la motivación, sino que ellas se diferencian también, en relación a su contenido, bajo otros aspectos. Las normas jurídicas de acción pueden ser prohibiciones o mandatos. Las normas de deber son, por principio, mandatos⁵⁸. Ellas rezan: ¡hazte detener por la representación de que tu actuación de voluntad causarí un resultado prohibido, y hazte determinar⁵⁹ por la representación de que tu actuación de voluntad causarí un resultado exigido -por supuesto, como he observado antes-, si no estás decidido a ella sin ésta! Cuando se responde por culpa, se agrega el precepto de precaución de representarse el resultado en el momento de la realización de una acción determinada⁶⁰. Por consiguiente, las normas de deber correspondientes a la norma de derecho “tu no debes matar”, rezan: 1) ¡Hazte detener de esta actuación de voluntad por la representación de que ella causarí la muerte de otro! 2) ¡Representáte en el momento de la actuación de voluntad de efecto mortal, este efecto!⁶¹. De la mera consideración de la prohibición de matar como norma de determinación no resultarían, sin más, estas “normas de deber”. Por de pronto, ya resultaría oscuro, respecto de la primera, establecer si sólo está prohibido el homicidio intencional.

Pero, en lo que se refiere a la independencia de las normas de deber, es siempre decisivo el hecho que ha conducido a su descubrimiento. Ellas son el complejo de normas al cual pertenecen las causas de exculpación. Precisamente, si se las concibe, con Eb. SCHMIDT⁶², como limitaciones preexistentes de lo debido, yo no puedo imaginarme su reconocimiento jurídico. de otra manera que con el auxilio de normas jurídicas. Eb. SCHMIDT rechaza expresamente esto. Él encuentra el carácter de la culpabilidad en “un conflicto de las normas de derecho que se dirigen al autor desde afuera y las normas de autoconservación pertenecientes sólo al autor”. Pero, ¿cómo podría constituir cualquier norma de autoconservación perteneciente sólo al autor, la fuente de causas de exculpación, si no se la eleva a la categoría de norma de derecho?

57 Cfr. BELING, *Lehre vom Verbrechen* (Teoría del delito) (1906). 143: GOLDSCHMIDT. *Notstand*, 17. nota 18.

58 Así ya GOLDSCHMIDT. *Notstand*. 21. nota 30; ahora también R. HIRSCBERG. *Schuldbeginn*. 79.

59 *Notstand*. 17.

60 *Notstand*. 23 y siguientes.

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

62 *Lehrb.*. 25 ed.. p. 211, en la nota.

Las “valuaciones típicas pertenecientes” al autor son el objeto y no la medida del juicio jurídico⁶³, y sólo resultan causas de exculpación por la razón de que la parte de ellas que, según Eb. SCHMIDT, se puede llamar “normas de autoconservación”, está *reconocida jurídicamente*. Precisamente, la acertada expresión de Eb. SCHMIDT, “normas de autoconservación” aclara la diferencia característica entre las normas jurídicas y las causas de justificación, por una parte, y las normas de deber y las causas de exculpación, por otra parte. El principio regulativo de aquéllas es el interés preponderante para la comunidad jurídica. Las “valuaciones pertenecientes” al autor *pueden* ser determinadas por un egoísmo brutal. Las normas de deber, incluso las normas que reglan las causas de exculpación, contienen el reconocimiento jurídico de las “normas de autoconservación”. Su contenido no es lo más importante para la *comunidad jurídica* y, menos aun, para el autor, sino lo que puede ser lo más importante para éste, porque frente a él no tiene ninguna posibilidad de imponerse el ordenamiento jurídico⁶⁴.

Si, por consiguiente, sólo las normas jurídicas pueden constituir la fuente de causas de exculpación, únicamente objeciones terminológicas pueden ser opuestas a la introducción de las normas de deber. Como tal se podría hacer valer que las normas que reglan las causas de exculpación constituyen, precisamente, las *excepciones* de las normas de deber. Esto pertenece a la cuestión -que encontrará respuesta infra, sub II- de si la “motivación normal” es una característica positiva de la culpabilidad, o si la “motivación anormal” es una característica negativa de la culpabilidad. Sin embargo, independientemente de la manera como se conteste a esta cuestión, existen y deben existir *normas jurídicas que determinen*, en forma positiva o negativa, o en ambas formas, las exigencias establecidas para la *autodeterminación por la representación del deber*. La denominación “derecho de equidad”⁶⁵ que, a su tiempo, yo he dado a las normas que reglan las características negativas de la culpabilidad, o sea, a las causas de exculpación, quizás no era útil⁶⁶. Aun a la misma expresión de “normas de deber”, usada con relación a las exigencias positivas puestas a la motivación, se le pueden hacer algunas objeciones; por un lado, la de que ella hace posible que se desconozca su calidad de norma jurídica; y por otro lado, que ella da motivo⁶⁷ a

63 Así. también GRÜNHUT, *Festgabe für Aschaffenburg (Homenaje a Aschaffenburg)* (1926), 92.

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

65 *Notstand*, 37.

66 Cfr. JW 1928. 703. Aceptada, sin embargo, por ENGISCH, 448.

67 Esto también señala TARNOWSKI, 299. nota I. FRANK. en la 11-14 ed. (1914), p. 107. ha declarado aún que mi conclusión de que en el estado de necesidad, la persona obra de manera antijurídica, pero no contrariamente al deber, es “paradojal”. En las ediciones siguientes, él ha

una confusión con las normas jurídicas de acción, y, por consiguiente, origina una confusión de la “contrariedad al deber” con la antijuridicidad. Pero no conozco una mejor. Y nada demuestra mejor en qué grado ha comenzado ella a imponerse, que el hecho de que KLEE -a quien, por cierto, no se puede acusar de predilección por la moderna doctrina normativa de la culpabilidad- llame violación de una norma de deber especial a la “reprochabilidad” que el Supremo Tribunal del Reich ha exigido recientemente, no sólo al lado de la culpa sino también del dolo⁶⁸⁶⁹ ϕ .

Las normas de deber en el sentido más amplio, esto es, de acuerdo con las restricciones contenidas en ellas de antemano, o con las excepciones hechas de ellas, dan el límite extremo de las exigencias puestas a la motivación, o sea la exigibilidad⁷⁰. El no hacerse motivar por la representación del deber a pesar de la exigibilidad es contrariedad al deber, o -por ser evitable aquí esta expresión ambigua- según la formulación de FRANK, reprochabilidad. *Culpabilidad como modalidad de un hecho antijurídico es la atribución de tal hecho a una motivación reprochable*⁷¹ (censurable). Por consiguiente, la exigibilidad es un *deber*, lo que, sin embargo, presupone siempre un *poder*. Existe este poder en cuanto hay “dominio sobre el hecho”, en el sentido de HEGLER. o sea, imputabilidad, “significado conocido o cognoscible” (esto es, dolo o culpa) y motivación normal. Por esto la exigibilidad encuentra su fundamento en el total supuesto de hecho psíquico de la culpabilidad⁷². Análogas consideraciones valen para la reprochabilidad. Ella es un “querer que no debe ser”⁷³

suprimido la frase, sin embargo, al mismo tiempo suprime toda mención a la teoría de las normas de deber. La equiparación de antijuridicidad y contrariedad al deber se encuentra también en SAUER. *Grundlagen des Strafrechts*. 572.

- 68 *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben* (La jurisprudencia del Supremo Tribunal del Reich en la vida jurídica alemana) (1929). V. 73.
- 69 ϕ En su escrito “Contributo alla sistematica delle teorie generali del reato”, separado de la *Rivista Italiana di Diritto Penale*, año VI, N° 3, GOLDSCHMIDT responde a las críticas que le dirige MEZGER. Tratado, t. I. p. 284. nota 6: t. II. p. 18 y ss.. a su “norma de deber” y a su fundamentos y consecuencias (ver escrito cit.. p. 15. nota 1. p. 26. nota 3). (Los traductores.)
- 70 Cfr. ahora, en particular. MARCETUS, *Gedanke der Zumutbarkeit* (Strafr. Abhdl.. 243) (1928). Que la exigibilidad es el fundamento de la atribución de culpabilidad, tanto en el derecho penal como en el civil, he sostenido en las *Verhdl. des 34. DJT.*, II, 433. Cfr. sobre el significado jurídico general de la exigibilidad. E. KAUFMANN, *Wesen des Völkerrechts* (Carácter del derecho internacional) (1911), 114 y ss.; *Kritik der neukant. Rechtsphilosophie* (Crítica de la filosofía jurídica neokantiana) (1921). 17. 69; NIPPERDEY, *Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit*. (Fidelidad contractual y no-exigibilidad) (1921). 31, nota 3.
- 71 FRANK (18 ed.). 138. y Eb. SCHMIDT. *Lehrb.* (25 ed.), 215, señalan al hecho antijurídico mismo como reprochable. Pero reprochable es la motivación que ha conducido al hecho antijurídico, Cfr.. desde luego, también. KADECKA, *ZStW*. 48. 609.
- 72 Así también MARCETUS. *Zumutbarkeit*. 46 y siguientes.
- 73 GOLDSCHMIDT. *Notstand*. 13.

. En sentido estricto, hasta el “significado conocido o cognoscible” de la conducta antijurídica es sólo presupuesto y elemento de la motivación reprochable. *Pues ésta consiste en la reprochable no motivación de la voluntad por la representación del deber.* Pero, así como el resultado es inseparable de la actuación de voluntad que lo causa antijurídicamente, la representación del resultado es inseparable de la voluntad motivada por ella de manera reprochable.

Sin embargo, de ningún modo puedo seguir a FRANK respecto de que la imputabilidad sería no sólo presupuesto, sino también elemento de la culpabilidad⁷⁴. Pero para mí la cuestión es puramente terminológica, precisamente, porque yo considero, estrictamente hablando, hasta el significado conocido o cognoscible como un mero presupuesto de la culpabilidad. Pues, aunque de ninguna manera yo dudo de que el dolo y la culpa son grados de la culpabilidad (no como generalmente se dice en forma incorrecta: especies de culpabilidad), estoy completamente de acuerdo con FRANK en que la gravedad de la culpabilidad depende también de la medida de la “libertad” (cfr. *infra*, sub III). El total supuesto de hecho psíquico de la culpabilidad no es sólo presupuesto de la existencia de la culpabilidad, sino también factor determinante de su gravedad. Yo no veo qué se puede objetar en contra de esto.

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

II

¿La tipicidad es mera *ratio cognoscendi* (BELING, M. E. MAYER, Eb. SCHMIDT), o es verdadera *ratio esendi* (MEZGER, FRANK) de la antijuridicidad? ¿Las causas de justificación son limitaciones inmanentes a los imperativos jurídicos, o son características negativas del tipo? ¿Ellas están legalmente tipificadas, o existen causas “supralegales”? El planteamiento de estos problemas puede dejar aclarado que las cuestiones tratadas con respecto a la reprochabilidad son las mismas que las discutidas con relación a la antijuridicidad, y no se errará si no se contesta a aquéllas de manera diferente que a éstas.

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

Bajo este aspecto llama la atención que FRANK, que siempre ha considerado a la “tipicidad” como “antijuridicidad tipificada”, y que ha declarado, a despecho de todos los ataques, que las causas de justificación son “características negativas del tipo”, parta en lo que se refiere a la reprochabilidad y a las causas de exculpación, de una concepción diametralmente opuesta. Pues él traslada la “libertad” o “dominio sobre el hecho” y, por consiguiente, también la “motivación normal”, a la culpabilidad, y entonces, debe ver en su consideración, con Eb. SCHMIDT, una limitación inmanente de la norma jurídica como causa de determinación, o -según mi concepción- de la norma de deber. En efecto, declara superfluo, o hasta nocivo, el concepto de las “causas de exculpación”⁷⁵. ¿Cómo se armoniza esto con su concepción de la antijuridicidad y de las causas de justificación? Además, ¿cómo se armoniza con el hecho de que FRANK supone, por lo menos con relación al dolo, una “tipificación” legal de las causas de exculpación?

En verdad, no se debe exagerar la importancia de la cuestión de si el criterio de la “motivación normal” constituye una limitación inmanente de la norma de deber, o si, en el caso de “motivación anormal” ocurre su suspensión, y si, por consiguiente, la “motivación normal” es una característica positiva de la culpabilidad o la “motivación anormal” es una característica negativa de la culpabilidad. Se trata sólo de la cuestión meramente técnica de regular la relación entre *regla y excepción*. También quien considera la amenaza penal como una mera *ratio cognoscendi*, como sólo un indicio del imperativo jurídico, y, en consecuencia, considere a éste como algo que se encuentra detrás de aquélla de manera independiente, no podría sustraerse a trabajar con el concepto de las causas de justificación aun cuando rechace la expresión “características negativas del tipo”⁷⁶. Pues resulta técnicamente imposible indicar de manera positiva, en un imperativo particular, todas las condiciones generales de las cuales dependerá su eficacia⁷⁷. Puede haber diferencia, sin embargo, en relación con la norma de deber y de la reprochabilidad fundada en su violación, en cuanto a que la noción fundamental de las “causas de exculpación”, que restringen a aquélla y, por esto, excluyen a ésta, puede reducirse más fácilmente a una fórmula positiva que la noción fundamental de las “causas de justificación”⁷⁸. Pero sólo la ley

75 En error de FRANK pensar que yo soy de esta opinión; contra este error ya he protestado antes (*Prozess als Rechtslage*, 235. nota 1287).

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

77 Así ahora, el mismo fundador de la teoría de la “antijuridicidad material”, GRAF ZU DOHNA, *Recht und Irrtum* (Derecho y error) (1925), 4.

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

es decisiva. Y desde el punto de vista de ésta, ya la inimputabilidad y, en todo caso, la “motivación anormal” constituyen siempre una *excepción* de la reprochabilidad de una conducta dolosa o culposa conminada con pena. HEGLER, de quien FRANK ha recibido la noción del “dominio sobre el hecho”, considera, por esto, con razón, a la “situación extraordinaria de motivación” como un presupuesto negativo de la culpabilidad, en otras palabras, como una causa de exculpación⁷⁹. Sólo podrían hacerse objeciones contra esta regulación de la relación de la regla y de la excepción, si por ella se operase un cambio en el cargo de la prueba en perjuicio del acusado, lo que no ocurre⁸⁰.

Pero no sólo razones técnicas, sino también dogmáticas, hablan en favor del reconocimiento de las “causas de exculpación”. FRANK, al final de su *Aufbau des Schuldbegriffs*, ha abordado la cuestión de si verdaderamente todas las circunstancias pertenecientes al tipo tienen que haber existido en la conciencia del autor en el momento del hecho. Sin embargo, difícilmente puede sostenerse la opinión “provisoria” de FRANK, de que el autor tendría que haber “pensado” sólo en el resultado, pero no en las otras circunstancias⁸¹. Pero ZIMMERL⁸² ha señalado, con razón, que, sin duda, la opinión de FRANK es acertada en relación con las “características negativas del tipo”, esto es, en relación con las circunstancias de hecho que constituyen causas de justificación. Al dolo de matar no pertenece la representación de que ningún “ataque antijurídico actual” ha amenazado al autor, sino que el dolo de matar sólo se excluye por la representación errónea de un “ataque antijurídico actual”. No se trata de otra cosa con respecto a las causas de exculpación⁸³.

Como ellas pertenecen al reino de la motivación, la errónea admisión de su existencia debe equipararse, desde luego, a su existencia real⁸⁴. Esto vale para el estado de necesidad (S.T.P. 57, 269), como para los demás casos de no exigibilidad (S.T.P. 60, 103)⁸⁵

79 *ZStW.* 36, 214. Tampoco Eberh. SCHMIDT, *Lehrb.*. § 42. III, IV. puede evitar servirse de la contraposición de regla y excepción (“causas de exculpación”).

80 Cfr. GOLDSCHMIDT. *DStrafZtg.* 1922. 250, contra FREUDENTHAL. *Schuld und Vorwurf.* 9.

81 Contra FRANK ya estaba HELMS, *MSchrKrPsych.* 13, 94: *ZStW.* 40, 762.

82 *Zur Lehre vom Tatbestand* (Strafr. Abhdl. 237) (1928). 84 y siguientes.

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

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

85 El Supremo Tribunal (S.T.P. 60. 103 y III^{er} Senado del 27 de junio de 1929, 3D 534/29) atribuye la no-punibilidad del favorecimiento cometido con el fin del propio favorecimiento, a la no-exi-

Pero de ninguna manera pertenece a la culpabilidad la consciencia de que no se está en presencia de un caso de no exigibilidad, en otras palabras, la consciencia de la “libertad”.

Quién sabe si FRANK, al final de su *Aufbau des Schuldbegriffs*, no se ha inspirado acerca de las circunstancias de hecho que el autor no debe haber pensado, sino sólo sabido, en sus “circunstancias concomitantes”, que no son otra cosa que la ausencia real de causas de exculpación, ausencia que el autor, en verdad, debe sólo haber sabido, pero no debe haber pensado. El hecho de que las “circunstancias concomitantes” no tienen que haberse reflejado en la conciencia del autor es, por consiguiente, un punto justificado de la objeción que formula KÖHLER⁸⁶ contra la subjetivación de las circunstancias concomitantes de FRANK por parte de KRIEGSMANN. Se podría, con ZIMMERL⁸⁷, considerar “extraño” que a FRANK se le haya escapado la conexión que existe entre el problema psicológico abordado al final de su *Aufbau des Schuldbegriffs* y las características negativas del tipo, si no fuera aún más “extraño” que se le haya escapado la conexión entre los problemas tratados en el mismo escrito, y aún más “extraño” todavía que a FRANK le resulte inaccesible el concepto de las causas de “exculpación”, a pesar de que sus tres descubrimientos (circunstancias concomitantes, características negativas del tipo y diferente significado de las circunstancias de hecho para la representación) lo obligan, ni más ni menos, a aceptarlo.

Causa de exculpación es sólo la “motivación anormal”, típicamente por la necesidad. La falta de la representación del resultado no es una causa de exculpación, así como la falta del resultado no es causa de justificación⁸⁸. Sino que del mismo modo como aquí falta el tipo objetivo, allá falta, desde el principio, el tipo subjetivo. Pero tampoco la suposición errónea de circunstancias de hecho que justificarían el hecho, origina una causa de exculpación. La falta de la consciencia de lo que “no-debe-ser” excluye, desde antemano, un “querer que no debe ser”⁸⁹. Finalmente, tampoco los casos de inimputabilidad contienen causas de exculpación. Pues la imputabilidad es para la reprochabilidad, lo que la voluntariedad es para la antijuridicidad. Y así como el ser empujado por fuerza irresistible (§ 52, C.P.) no constituye una causa de “justificación”, la inimputabilidad no es causa de exculpación. El inimputable

gibilidad. mientras que, por lo contrario, la no-punibilidad del favorecimiento de parientes la atribuye a una mera causa de exclusión de la pena (S.T.P. 61, 271).

86 *KrVSchr.* 22. 505.

87 Lug. cit.. 92.

88 Cfr. GOLDSCHMIDT, *Notstand.* 10/11.

89 R. HIRSCHBERG. *Schuldbegriff*, 73. califica a esta contraposición como “delimitación horizontal de la responsabilidad” y “causa de responsabilidad”.

no es, desde un principio, el destinatario de la norma de deber, así como el animal o el cuerpo humano no es destinatario de la norma jurídica. En todos los casos mencionados pueden existir causas que objetivamente excluyan lo ilícito⁹⁰ y que subjetivamente excluyan la culpabilidad, pero no hay causas de justificación o de exculpación, respectivamente. De esto resulta que, aunque la “motivación normal” no es el único presupuesto de la exigibilidad y de la reprochabilidad, la “motivación anormal” constituye, empero, el único presupuesto de la no exigibilidad⁹¹. Bajo este punto de vista, la “no exigibilidad del cumplimiento de un precepto de precaución”⁹² puede constituir, por consiguiente, una causa de exculpación que excluya la culpa, y, en cuanto que el precepto de precaución exija la obtención de conocimientos jurídicos, puede constituir una causa de exculpación que excluya el dolo⁹³. Se debe destacar, sin embargo, de manera expresa, para evitar malentendidos, que todas estas exposiciones exigen, desde luego, sólo consideración terminológica.

Prácticamente mucho más importante que la cuestión de si la exigibilidad constituye una restricción inmanente de la norma de deber, o si la no exigibilidad constituye una excepción de ella, es la cuestión de si los casos de no exigibilidad han sido taxativamente tipificados, o si la no exigibilidad es un concepto que necesita ser complementado valorativamente. Con respecto a esto, hay que eliminar, de antemano, un extraño malentendido⁹⁴. Aun cuando se admita con FRANK que las causas de exculpación están taxativamente “tipificadas” por la ley al lado del dolo, éste permanece como un “concepto normativo de la culpabilidad”, siendo indiferente que se coloque a su lado la característica normativa de la culpabilidad o que se la traslade dentro de él. Él es “normativo” porque es motivación *desaprobada*. La opinión contraria podría tener su origen en el hecho de que recién ahora se habla de “elementos normativos del tipo” en el sentido de elementos que exigen un complemento valorativo⁹⁵, y se piensa, por esto, que no se puede hablar de “normativo” donde aquéllos

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

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

92 Cfr. Las profundas exposiciones de Eb. SCHMIDT, *Lehrb.*, § 41, IV. 1. b.

93 § 20, II. *StGEntw. RTAussch.* 1. Les. (*Proyecto de Código Penal. Primera Lectura de la Comisión del Reichstag*), el que, sin embargo, en el error de derecho excusable sobre la antijuridicidad. ve sólo una causa de liberación de pena.

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

95 Así, en particular, VON WEBER. *Notstandsproblem* (1925). 77 y ss.: GRÜNHUT. *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht* (Formación conceptual y aplicación del derecho en el derecho penal) (1926). 5 y ss.: MEZGER, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände* (Del sentido de los tipos

faltan. Pero, abstracción hecha de que no sólo los elementos del tipo que pueden ser complementados valorativamente son “normativos”, sino también los que ya están llenos de valor⁹⁶, y en este sentido, según la acertada observación de Erik WOLF, todos los elementos del tipo son “normativos”⁹⁷ la doctrina normativa de la culpabilidad sólo quiere decir que la culpabilidad no es una mera relación psíquica del autor con la acción antijurídica, sino una valoración del supuesto de hecho psíquico mismo. Así como la valoración de la acción contenida en el juicio de demérito que significa la antijuridicidad permanecería aun cuando todas sus características típicas fueran “descriptivas” o “cognitivas”, así permanecería la valoración de la motivación contenida en el juicio de demérito que significa la reprochabilidad, aun cuando la culpabilidad y las causas de exculpación estuvieran tipificadas legalmente de manera inequívoca.

¿Están las causas de exculpación, los casos de no exigibilidad, taxativamente “tipificadas” por la ley? Si se contesta afirmativamente a la pregunta, se evita la objeción de que la exculpación en el caso de la no exigibilidad incluye una tautología o un “peligro para la seguridad y objetividad de nuestra jurisprudencia”⁹⁸. En todo caso, me parece peligroso afirmar con FRANK⁹⁹ la tipificación legal taxativa para el dolo y negarla, en cambio, para la culpa. Esto se basa en la concepción, que tendría que ser finalmente superada, de que sólo la culpa, no el dolo, es un concepto normativo de la culpabilidad. Pero, por la razón de que en la culpa se encuentre una característica normativa *especial* de la culpabilidad, esto es, la violación del precepto de precaución, al que le debe el cuño normativo de su denominación, no se puede tratar, con relación a ella, la violación del precepto de motivación que la culpa tiene de común con el dolo, en forma distinta que en relación a éste. Más aún, se podría dudar de que la no exigibilidad del cumplimiento del precepto de precaución, propio de la culpa, pueda ser fundada de otra manera que con causas de exculpación legalmente “tipificadas”, si sólo tales causas se admiten respecto del dolo¹⁰⁰.

jurídico-penales) (Separado del Homenaje a Traeger. 1926). 41 y ss.; Erik WOLF. *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben* (1929), V, 44 y siguientes.

- 96 Sólo en este sentido (“determinantes de valor”) habla de “elementos normativos del tipo”, el fundador de este concepto. M. E. MAYER. *Lehrb.*. 182 y siguientes.
- 97 Lug. cit.. 56.
- 98 Así, VON WEBER. *Notstandsproblem*, 9; SCHUMACHER, *Wesen der Strafrechtsschuld*. 64/5; de acuerdo con este último. R. HIRSCHBERG, *Schuldbegriff*, 75.
- 99 Al que adhiere MARCETUS, *Zumutbarkeit*. 56-9. En relación al resultado, también SCHUMACHER. *Wesen der Strafrechtsschuld*. 106 y siguientes.
- 100 FRANK (18 ed.). VIII. 5 al § 59, no distingue los casos de observancia no exigible del precepto de precaución, y de la motivación. Cfr., en cambio, las agudas distinciones de Eb. SCHMIDT, *Lehrb.* (25 ed.), § 41. IV, 1, b, 2a., c.

Ahora, no hay duda de que según la doctrina dominante y la jurisprudencia, la culpa no concurre en el caso de la no exigibilidad, tanto del precepto de precaución como del de motivación. El S.T.P. 58, 27 s (30), niega la culpa de una persona que, atacada durante la noche, golpeó, en vez de a su asaltante, a la mujer de éste, porque no se podía exigir de él que antes mirase minuciosamente a su alrededor y se cerciorase si detrás del asaltante había otra persona que, en su defensa, que no admitía ninguna tardanza, pudiera ser golpeada también. El S.T. niega, de este modo, la culpa en razón de la no exigibilidad del cumplimiento del precepto de precaución. En las resoluciones del S.T.P. 30, 28; 36, 81, comentadas hasta la saciedad, el S.T. niega la culpa a causa de la no exigibilidad del cumplimiento del precepto de motivación. Las objeciones que dirige SCHUMACHER contra la interpretación de estas sentencias que hemos hecho FREUDENTHAL y yo, son equivocadas¹⁰¹. Ninguno de nosotros ha negado que esas sentencias sólo quieran disculpar la culpa: no exigibilidad del cumplimiento del precepto de motivación a pesar de la violación reprochable del precepto de precaución, en otras palabras, a pesar de la previsibilidad, no de la previsión, del resultado. Cuando SCHUMACHER, en contra de tal interpretación, sostiene, respecto de la resolución del S.T.P., 30, 28, que aquí el S.T. exime del “reproche de la falta de la representación causante”¹⁰², está en abierta contradicción con la sentencia, que dice: “Entonces, había que considerar si se podía exigir del acusado, como deber, el de sustraerse, más bien, a la orden de su patrón y conformarse con la pérdida de su empleo, antes que crear *conscientemente la posibilidad de la lesión corporal* de otro mediante el uso del caballo que se le había asignado para conducir, o si podía desechar esta última consideración, en razón de su gravedad, frente a lo que para él representaba el impulso de cumplir con la orden de su patrón”. Desde luego, que “en razón de su gravedad”¹⁰³, pues de otro modo hubiera existido dolo eventual, aun en el caso de la mera consciencia de la “posibilidad” de la lesión. Y, ¿cómo podría la no exigibilidad del cumplimiento del precepto de motivación, ocasionar, sin más, una no exigibilidad del cumplimiento del precepto de precaución? Esto significaría erigir la máxima de que el deseo puede ser el padre del pensamiento.

Eb. SCHMIDT da ahora un ejemplo muy bueno¹⁰⁴. La madre deja solo a su niño de tres años mientras ella va a trabajar. La no previsión de que el niño puede así dañarse, puede ser reprochable. Sin embargo, a pesar de esto, no hay negligencia porque no le quedaba a la madre otra posibilidad. Pero no se puede decir que la

101 *Wesen der Strafrechtsschuld*, 101 y siguientes.

102 *Lug. cit.*, 105.

103 FRANK (18.ed.). VIII, 5. al final, lo expresa de esta manera: “a causa de esta posibilidad, de todos modos lejana”.

104 *Lehrb.*, § 41. nota 16.

madre no debía pensar en la posibilidad de una lesión al niño, en razón de que no tenía otra alternativa¹⁰⁵.

Pero si esto es así, surge la cuestión relativa a la razón por la cual no podría existir la no exigibilidad de determinarse por la representación del resultado, también en el caso de *previsión* de la posibilidad del resultado. Ya FREUDENTHAL¹⁰⁶ ha observado que en el caso de la resolución del S.T.P., 30, 28, resulta dudoso si el autor no se había conformado con la realización del hecho para evitar el despido que lo amenazaba. En efecto, la resolución supone una “consciencia de la posibilidad de la lesión corporal de otro”. Y FREUDENTHAL concluye, de manera general, que si la no exigibilidad de la motivación excluye la culpa, tanto más tendría que excluir el dolo. Esta conclusión contendría, según SCHUMACHER, un error lógico¹⁰⁷. Quien no quiere, dice SCHUMACHER, disculpar una acción dolosa a pesar de la no exigibilidad, no pone menores exigencias a la culpabilidad más grave que a la culpabilidad más leve, sino que carga una vez más la culpabilidad grave con el signo de lo más grave.

Pero el error lógico está en SCHUMACHER, que de improviso confunde presupuestos y contenido del reproche de culpabilidad. Conociéndose esto desaparece también el error de hecho que SCHUMACHER reprocha a FREUDENTHAL, cuando dice que éste olvida que la culpabilidad más grave es más grave sólo porque indica la violación de una “culpabilidad” más fácil, queriendo decir, probablemente, de un deber más fácil. Esto es completamente exacto, pero el cumplimiento de ese deber más fácil sólo es más fácil si él puede ser exigido. Más bien se podría objetar a FREUDENTHAL que más se puede exigir detenerse ante la representación de la realización segura del resultado, que detenerse ante la mera posibilidad del mismo. Y de esto se podría deducir, además para argumentar con SCHUMACHER, que la conclusión de FREUDENTHAL resulta fundada, a lo sumo, para el caso del *dolo eventualis*¹⁰⁸, que SCHUMACHER, aparentemente, no considera como dolo. En efecto, yo mismo he admitido, a su tiempo, sólo la no exigibilidad de detenerse ante la representación de una lesión *posible*, y también, que esto ocurre únicamente en el caso de un *permitido* “obrar a riesgo propio”¹⁰⁹.

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

106 *Schuld und Vorwurf*. 16.

107 Lug. cit., 99.

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

109 *Notstand*, 35 y siguientes.

Pero en tal restricción se encuentra un error, en cuanto que generalmente se piensa siempre sólo en el dolo del homicidio o de la lesión corporal. En estas situaciones, en el caso de *dolo directo*, la culpabilidad puede excluirse, por regla, en razón de no exigibilidad, sólo si existen las causas de exculpación de los §§ 52, 53. III, y 54 del C.P., legalmente “tipificadas”. Pero hay, además, otros delitos dolosos. Y en relación a dos de ellos, el lenocinio y el favorecimiento, el S.T. ya ha admitido que el dolo desaparece en el caso de la no exigibilidad. En un caso se trata de las *Resoluciones del S.T.P.* 58, 97, 227. Aquí el S.T. absuelve al marido de la acusación de lenocinio porque no se le podía exigir que pusiera término a la impudicia de su mujer. Como causas de esta no exigibilidad, el S.T. admite el temor del marido de verse amenazado, a raíz de una “escena” conyugal, con un desalojamiento de la casa y un perjuicio en sus negocios, así como el de no tener bastantes fuerzas para sostener una escena, quizás violenta, con su mujer y el amante de ésta.

En las Resoluciones del S.T.P. 60, 103, la no punibilidad del favorecimiento, cometido a los fines del autofavorecimiento, se deduce de la no exigibilidad al autor del delito anterior, del cumplimiento de la norma en que se funda el § 257 del C.P., y de tal modo se llega al resultado de que la suposición errónea de ser punible exculpa de la misma manera que la punibilidad efectiva¹¹⁰. Después de esto, resultaba trabajo perdido la tentativa de SCHUMACHER de demostrar que el S.T. reconoce la no exigibilidad como causa de exculpación sólo frente al reproche de culpa. En efecto, sería contrario a todo el desarrollo que la jurisprudencia del S.T. ha tomado recientemente, si el S.T. quisiera reconocer causas de justificación “supralegales”¹¹¹ y al mismo tiempo sólo reconoce causas de exculpación legalmente “tipificadas”.

Realmente, la libre admisión de causas de exculpación no conduce a una “tautología” o a una “osteomalaxía” del derecho penal, como no lo hace el reconocimiento de las causas supralegales de justificación. Así, como el reconocimiento de las causas de justificación “supralegales” estriba en la idea básica del interés preponderante para la comunidad jurídica¹¹², el reconocimiento de causas de exculpación “supralegales” estriba en el concepto básico de que hay motivos que el ordenamiento jurídico debe reconocer como superiores al motivo de deber en relación a un hombre medio. El § 54 del C.P. reconoce el instinto de conservación personal y el instinto de conservar el cuerpo y la vida de parientes próximos, como superiores a todo motivo

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

111 S.T.P. 61: 242 y ss.: 62. 137 y siguientes.

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

de deber¹¹³. Según las *Resoluciones del S.T.P.*, 30, 28, el temor de perder el empleo y el pan puede prevalecer en relación al poder detenedor de la representación de que se cometerá posiblemente una lesión corporal. Según las Resoluciones del S.T.P., 58, 97, 227, ya el temor de sufrir inconvenientes personales y comerciales puede refrenar la fuerza motivadora de la representación de impedir la impudicia de la mujer.

De acuerdo a las *Resoluciones del S.T.P.*, 60, 103, y al fallo del Tercer Senado del 27 de junio de 1929 (3 D 354/29), el temor de exponerse personalmente al peligro de una pena puede preponderar sobre la fuerza detenedora de la representación de sustraer a otro a la pena. El reconocimiento del instinto de libertad ha llevado a la impunidad de la autoliberación. No tiene importancia que se aprueben o no en todos los casos las resoluciones del S.T. Aquí sólo se trata de la comprobación¹¹⁴ de que el concepto básico del motivo preponderante reconocido jurídicamente no es, de manera alguna, más impreciso y más peligroso para la seguridad jurídica que el concepto básico del interés preponderante en la comunidad jurídica¹¹⁵. Desde luego que, como jurídicamente preponderantes, hay que reconocer sólo aquellos motivos que según las circunstancias dadas hubieran superado el motivo de deber en un hombre medio¹¹⁶. En otras palabras, de manera distinta a lo que ocurre, según la doctrina absolutamente dominante, en relación a la culpa¹¹⁷, pero del mismo modo que en relación a la imputabilidad, el poder fundado en la “motivación normal” no se determina subjetivamente según las cualidades y capacidades personales del autor, sino según una medida objetiva, esto es, en realidad, que el poder se hace depender de un *deber*. “El poder de los otros se vuelve un deber para el autor”¹¹⁸.

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

114 Así, acertadamente, FREUDENTHAL. *Schuld und Vorwurf.* 19.

115 A lo que SCHUMACHER no presta atención, en absoluto. 61 y siguientes.

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

117 Cfr. VON LISZT-SCHMIDT, *Lehrb.* § 41, nota II.

118 MANNHEIM. *Masstab der Fahrlässigkeit* (Medida de la culpa) (Strafr. Abhdl. 157) (1912), 43. La determinación generalizadora del poder, esto es. según un deber (KOHLRAUSCH, *Sollen und Können-Deber y poder*- Separado del Homenaje a Güterbock. 1910. 24 y ss.), es “metódicamente falsa” (así. M. E. MAYER, *Lehrb.* 255, nota II), sólo para las capacidades de conocimiento. En relación a la capacidad para la determinación de voluntad, la conclusión “Tu puedes, pues tu debes”, es inevitable, y esto no ocurre sólo para el determinismo.

Lo que es perfectamente explicable. En el caso de la culpa, el poder necesario para el cumplimiento del precepto de precaución depende también de capacidades de comprensión.

Ahora bien, aplicando aquí una medida exclusivamente objetiva, se llegaría al castigo de la estupidez¹¹⁹. En verdad, *puede* conducir a esto la determinación generalizadora de la imputabilidad, en cuanto que, a su respecto, sólo se toma en consideración la incapacidad para comprender, si ésta depende de estados de ánimo patológicos. Pero el poder fundado por la “motivación normal” es siempre una capacidad de la voluntad. Aquí, sin perjuicio de la consideración de las “circunstancias dadas”, no se pueden tomar en cuenta las cualidades y las capacidades personales del autor¹²⁰, si no se quiere llegar de hecho a la impunidad del delincuente por convicción¹²¹. Sin embargo, según SCHUMACHER, la ley tampoco deberá determinarse “según lo que puede soportar un hombre medio”, si no sólo según las “finalidades de la comunidad”¹²², pero, en verdad, bajo tal “bandera” libre de “individualismo y eticismo” hemos “llegado magníficamente lejos” en los tiempos de la guerra y de la posguerra.

Hace tiempo que la no exigibilidad ha sido reconocida en el derecho civil, no sólo como causa de liberación de las obligaciones contractuales, sino que también la han declarado característica legal del tipo en los §§ 1568 del C.C., 141 y 459, II, de la O.P.C. y en el § 28 del C.P., y recientemente, en mayor medida en las leyes complementarias. No se ha vacilado, en ningún momento, al aplicar el concepto, acerca de las reglas que lo rigen, y tampoco de la aplicación ha resultado un peligro para la seguridad del derecho¹²³. Después de esto, ¿cómo se puede afirmar que el empleo del concepto resulta intolerable en un derecho penal que en el caso de “culpabilidad pequeña” admite que se prescinda de toda persecución (§ 153 de la O.P.P.)?¹²⁴.

119 Cfr. el ejemplo en MANNHEIM, *lug. cit.*, 49. Naturalmente que el “poder de comprensión” individual en la culpa no se debe tomar en sentido determinista: contra tal idea. M. E. MAYER, *Lehrb.* 255. nota 9.

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

121 SCHUMACHER, 67 y ss., y aun Erik WOLK, *Schuldlehre*, 178: *Verbrechen aus Überzeugung* (Delito por convicción) (1927), 17, imputan esta consecuencia a la “teoría normativa de la culpabilidad”, atribuyéndole injustamente criterios ético-individuales.

122 *Lug. cit.* 76.

123 Cfr. GOLDSCHMIDT, *Verhdl. des* 34. DJT. II. 454.

124 A favor de la exclusión de la culpabilidad en el caso de “no-exigibilidad” se expresan, aun de *lege lata*, además de FREUDENTHAL. KOHLRAUSCH, *Rede zur Reichsgründungsfeier*; WEGNER, *Arg. Schuld en HRW* (Artículo “Culpabilidad” en el *Diccionario de las Ciencias Jurídicas*): y. sobre todo, Eb. SCHMIDT. en la 25 ed. del *Lehrb.* de VON LISZT, §§ 36, 39. 41. IV, 42, quien ha hecho,

III

FRANK¹²⁵ cita el § 153 de la O.P.P. como prueba para su tesis de que la culpabilidad es un concepto pasible de graduación. También habla de “culpabilidad pequeña” el § 76, II, del Proyecto de Código Penal en la redacción de la Comisión del Reichstag, primera lectura. Los comentaristas de la O.P.P. discuten acerca del significado de la “culpabilidad” en el § 153 de la O.P.P. Según LÖWE-ROSENBERG (18ª ed.), N° 3, significa dolo o culpa de acuerdo al caso. Según SCHÄFER-HARTUNG, no significa culpabilidad “en el sentido técnico (esto es, dolo o culpa)”, sino “más en el sentido de la medición de la pena”; según FEISENBERGER, “conducta no ética (inmoral)”; según KOHLRAUSCH (22ª ed.). “intensidad de los sentimientos hostiles al derecho”.

No se necesita ninguna explicación en relación a que el dolo en sentido psicológico, esto es, como previsión del resultado, no es susceptible de graduación. Diferente es la situación respecto de la culpa, pues en ella se encuentra el elemento normativo de la violación del deber de precaución. Por esto se habla de culpa “leve” o “grave”. De esto se deduce que es la característica normativa de la culpabilidad, reconocida como tal, la que hace posible y explica la posibilidad de la graduación de la culpabilidad. *Culpabilidad en el § 153 de la O.P.P. y en el § 76 del Proyecto de Código Penal no es, con seguridad, dolo; puede ser culpa; siempre es reprochabilidad.* Así queda fuera de toda duda la unidad de la culpabilidad como “causa de responsabilidad” y como “medida de responsabilidad”¹²⁶. *Y, precisamente, la gravedad de la culpabilidad se determina según el grado en que la motivación no corresponde a la exigibilidad.* De acuerdo con esto ha dicho ya FRANK (en la 11A y 14A ed., N° 2, antes del § 51): “La culpabilidad es tanto mayor cuanto más diste la motivación

sobre la base de la teoría normativa de la culpabilidad, una construcción dogmática que se distingue por su agudeza, su solidez y por la lógica de sus consecuencias. Sobre el aprovechamiento del concepto fundamental de *lege ferenda*. cfr. mi *Contraproyecto en JW 1922*. 252 y ss. (en FRANK. 18 ed. p. 137. hay un error de cita), en especial, § 22b. El Proyecto de Código Penal, que aun en las Deliberaciones de la Comisión del Reichstag, Primera Lectura, declara en el § 25 que el estado de necesidad, en tanto no sea una causa de justificación, es una mera causa de exclusión de la pena, ha quedado muy por detrás de la jurisprudencia del Supremo Tribunal del Reich (cfr., en contra de esto, mis exposiciones en *JW 1927*. 2022).

125 18 ed. N° II. 1. antes del § 51.

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

del autor de la motivación justa, y es tanto menor cuanto más intervengan en ella circunstancias que se acerquen a una causa de exculpación. De la misma manera se podría graduar la antijuridicidad según el interés que la comunidad jurídica tenga en el cumplimiento de la norma violada¹²⁷. Pero desde que se pasó de la responsabilidad por el resultado a la responsabilidad por la culpabilidad, tal graduación carece, en lo sustancial, de importancia práctica. El interés que la comunidad jurídica tiene en que no se viole o amenace un bien jurídico, se traduce en las representaciones de valor de sus componentes y, de este modo, influye en la determinación de la gravedad de la culpabilidad¹²⁸.

Por otra parte, en el derecho civil, el alcance del deber de resarcimiento no se determina ni de acuerdo con la gravedad de la culpabilidad¹²⁹, ni según la gravedad de lo ilícito, sino únicamente según la magnitud del daño material o moral ocasionado.

En lo que se refiere al grado en que la motivación no corresponde a la exigibilidad, son decisivas, una vez, las consecuencias culpables, es decir, las consecuencias previstas o previsibles del hecho (§ 69 del Proyecto de Código Penal), después todos los presupuestos psíquicos de la culpabilidad (*supra*, bajo I, al final)¹³⁰.

1º) Cuando más graves fueron las consecuencias previstas o previsibles del hecho, tanto más poderosamente debió obrar como contramotivo¹³¹ la previsión de la seguridad o posibilidad de su realización o el conocimiento de las circunstancias de hecho fundamentadoras de esta posibilidad¹³². De esta manera, tanto más exigi-

127 De otra opinión. R. HIRSCHBERG. *Schuld begriff*. 77; Erik WOLF. *MschPsych*. 20. 667.

128 Cfr. *infra*. bajo N° 1. Por consiguiente, yo no puedo considerar feliz el concepto formulado por ZIMMERL, *Lehre vom Tatbesland*. 70 y ss., de las “causas de atenuación de lo injusto”. También son discutibles sus exposiciones en lo que respecta a las particularidades. Por lo menos, en relación al derecho del Reich. el daño patrimonial no es una característica del tipo de la apropiación indebida, su falta, por consiguiente. no es una “poderosa causa de atenuación de lo injusto”.

129 Sobre esto, bien R. HIRSCHBERG. 5, 93 y siguientes.

130 Cfr. M. E. MAYER. *Schuldhaftige Handlung* (Acción culpable) (1901). 185 y ss.: *Lehrb.*. 495 y siguientes.

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

132 De modo acertado, RÜMELIN, *Verschulden im Stra- unds Zivilrecht* (Culpabilidad en derecho penal y civil) (1909). Cuando M. E. MAYER. *Lehrb.*, 230. nota 3. piensa que tal punto de vista se endereza hacia la “concepción sintomática del delito”, no tiene en cuenta que a este fin sólo se llega haciendo antes un “desvío”. Su propia concepción (230. 494), de que el resultado es un “componente” de la culpabilidad jurídica, que es un “elemento objetivo de la culpabilidad”, es contradictorio. No es lo mismo. naturalmente. en cuanto él declara que no define la culpabilidad. sino la “acción culpable” y que como jurista sólo puede definir a ésta (*Schuldhaftige Handlung*, 2: *Lehrb.* 230). Por el contrario, representa una “concepción sintomática del delito”, aunque restringida, lo expresado por HEGLER, *RGPraxis im dtsh. Rechtsleben*. V. 314. nota 35, de que el

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

2º) Cuanto más fácil fue prever el resultado, o cuanto más el autor debía apreciar el deber de precaución violado (§§ 222, II, 230, II, del C.P.), o cuanto más él consideraba probable la realización del resultado, tanto más exigible era que hiciera actuar como contramotivo la representación del resultado, y era tanto más reprochable si ella no llegó a ocurrir. Según esto, no sólo el dolo y la negligencia son grados de la culpabilidad¹³³, sino que dentro de ellos también lo son el dolo directo y eventual y la negligencia consciente e inconsciente¹³⁴.

La exigencia mínima que se debe poner a la motivación es, desde luego, que la representación del resultado no llegue a ser el motivo. De acuerdo con esto, la intención es el grado más grave de la culpabilidad¹³⁵. Como tal, la intención adecuada al tipo no juega, en principio, ningún papel. La norma de deber es, como ya se ha dicho, *supra* bajo I, una *orden* de elevar la representación del resultado a contramotivo, y no solamente una *prohibición* de que ella llegue a ser *motivo*. En cambio, la intención ha encontrado a menudo en el tipo de nuestras leyes penales una aplicación que ha llevado a la opinión de que ella no es una característica de la culpabilidad, sino de la antijuridicidad. HEGLER¹³⁶ ha sido el primero en sostener esta doctrina para los “delitos con tendencia interna trascendente” (extorsión, estafa). Él la funda en el hecho de que aquí se exige algo en el lado interior que objetivamente no tiene correspondencia -mientras que en relación a la culpabilidad siempre existe esta correspondencia-.

Independientemente de HEGLER, M. E. MAYER¹³⁷ acepta, de modo general, el concepto de los elementos subjetivos de la antijuridicidad, aludiendo especialmente a las “acciones impúdicas”, que serían antijurídicas sólo a causa de la “intención lasciva”. Siguiendo a ambos, MEZGER se ha cuidado de elaborar “los elementos subjetivos de lo injusto”; a los que denomina, después de haber caracterizado el tipo

“escalamiento” en el § 243, N° 2, que según S.T.P. 24. 87, debe ser efectuado personalmente por el autor, es un “elemento objetivo de la culpabilidad”.

133 *Ceteris paribus*. Cfr. GOLDSCHMIDT, *Notstand*, 32; de acuerdo. R. HIRSCHBERG. 84.

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

135 Demasiado estricto, R. HIRSCHBERG, 87 y siguientes.

136 *ZStW*. 36, 31 y siguientes.

137 *Lehrb.*, 185 y siguientes.

como “injusto tipificado”, “elementos subjetivos del tipo”¹³⁸-lo que, desde su punto de vista, es muy poco significativo-.

MEZGER distingue tres grupos en los delitos en cuyos tipos encuentra “elementos subjetivos de lo injusto”, a saber: los delitos de intención, los delitos de tendencia y los delitos de expresión. Por último, ZIMMERL ha revisado la doctrina de MEZGER y ha excluido una parte de los delitos señalados por MEZGER como tipos con “elementos subjetivos de lo injusto”¹³⁹.

Según mi entender, hay que rechazar la concepción de los “elementos subjetivos de lo injusto”. ZIMMERL ya excluye de su ámbito los “delitos de intención”, que son los que han dado origen a toda la doctrina. Él llama la atención acerca de las consecuencias insostenibles que resultan de la aplicación de la teoría a la legítima defensa y a la participación criminal. Yo tampoco creo que la falta de intención excluya la legítima defensa, ni que su existencia funde la calidad de autor¹⁴⁰.

ZIMMERL quiere distinguir entre genuinos delitos de intención y no genuinos delitos de intención. Aquéllos son, según él, los delitos en que el resultado intencional no representa en absoluto un mal (por ej.: los §§ 214, 236/7, 263, 313, II y 343 del C.P.; además, los §§ 268, 272/3, y 349 del C.P., en cuanto exigen la intención de enriquecerse); éstos son los delitos cuyo resultado intencional representa en el hecho un mal que el orden jurídico debe evitar (por ej., los §§ 87, 202, 206, 229, 257, 265, 274, 288, 333 y 346 del C.P.¹⁴¹; los §§ 146, 234, 275, N^{os} 2 y 3, del C.P.¹⁴²; los 268, 272/3 y 349 del C.P., en cuanto que ellos exigen la intención de perjudicar).

Sólo el *contenido* de la intención debe pertenecer al tipo de lo injusto -ampliado- en los verdaderos delitos de intención. La intención en sí pertenece, en todos los casos, a la culpabilidad. No es necesario resolver aquí si se debe aceptar toda esta distinción¹⁴³ y la primera conclusión. Por lo menos, se puede aprobar la última con-

138 GS 89, 259 y ss.; *Sinn der strafr. Tatbestände* (Separado del *Homenaje a Traeger*). (1926). 13 y siguientes.

139 *Lehre vom Tatbestand*. 29 y siguientes.

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

141 Los llamados “delitos de resultado cortados”.

142 Los llamados “delitos mutilados de dos actos”.

143 ¿Verdaderamente, en el caso de los delitos llamados por ZIMMEL “delitos de intención no genuinos”, la realización de la intención no debe ser nunca un mal? ¿Verbigracia, en el § 343? ¿Se pueden, en realidad, separar los §§ 268. 272/3, 349? ¿Y cuál es la situación en los §§ 241/2 de

clusión, y con esto se eliminan los “delitos de intención” de la esfera de dominio de los “elementos subjetivos de lo injusto”.

Pero de los llamados por MEZGER “delitos de tendencia”, ZIMMERL ya elimina los casos de conductas inspiradas en el interés y en lucro, así como los delitos profesionales y habituales¹⁴⁴. Él considera, con razón, al egoísmo y a la codicia, a la profesionalidad y a la habitualidad en la comisión, como indicios que demuestran una mayor culpabilidad o peligrosidad. ZIMMERL elimina, también, los §§ 140 y 298 del C.P., señalados por MEZGER como casos de “delitos de tendencia”, equiparándolos¹⁴⁵ a los que él llama genuinos delitos de intención. De este modo, según ZIMMERL, quedan como casos de supuestas “características subjetivas de lo injusto”, dentro de los “delitos de tendencia”, algunos casos de conductas maliciosas y malévolas. Como tales reconoce los casos de los §§ 103 a, y 135, y, de manera condicional, también los de los §§ 223 a, II, y 360, N° 13 del C.P., así como la injuria simple. Pero la injuria es un típico “delito de expresión” al que ni siquiera MEZGER cuenta entre los casos de “elementos subjetivos de lo injusto”¹⁴⁶. Y en los §§ 103 a, 135, 223 a, II, y 360, N° 13, del C.P., la malicia y la malevolencia representan la acentuación especial del sentimiento de la representación del resultado que motiva al autor, en otras palabras, un gravísimo grado de culpabilidad exigido por la ley.

Por último, tampoco las acciones impúdicas y los delitos de expresión, que ZIMMERL no ataca, pueden salvar las “características subjetivas del tipo”. Según la opinión de M. E. MAYER¹⁴⁷: si el joven médico, siguiendo la sugestión de Mefistófeles, toma a la muchacha con la intención que Mefistófeles aparenta tener (“para ver si se ha fajado demasiado fuerte”), entonces, él obraría conforme al derecho, pero si lo hace con la intención que verdaderamente tiene el diablo, lo haría de manera an-

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

144 ZIMMERL. 45 y siguientes.

145 Lug. cit., 48.

146 Así, expresamente. Homenaje a *Traeger*. 16/7.

147 *Lehrb.*, 185.

tijurídica. Pero esto no es exacto. Si un médico practica a una mujer, con su permiso, un reconocimiento médicamente indicado y apto para lograr el fin terapéutico, obra de manera conforme al derecho sin que interese lo que él sienta haciéndolo. Si, por lo contrario, alguien ejecuta sobre una mujer una acción que viola la decencia sexual, sin que se den los presupuestos objetivos mencionados, entonces, él obra anti-jurídicamente, aun cuando tenga sólo la intención de satisfacer de este modo su afán de instruirse en el campo de la medicina. No interesa cuál sea el “motivo” del autor, sino cuál es la “finalidad” para cuyo logro la acción aparece objetivamente apta.

M. E. MAYER enseña de qué manera se debe distinguir el “fin”, en este último sentido, del “motivo”¹⁴⁸. Sin embargo, él sustituye aquél por éste como “característica subjetiva de lo injusto”. En efecto, las consecuencias que saca MEZGER de la comprensión de la “intención impúdica” como característica del injusto, no son exactas¹⁴⁹. Sin duda, es autor mediato quien con intención lasciva hace ejecutar por otras acciones impúdicas. Pero sólo lo es, porque el otro es un “instrumento doloso”, como lo es en el caso del hurto el que sustrae sin la intención de la autoapropiación. En cambio, si el otro también obra con intención lasciva, el espectador que tiene la misma intención no se convierte por ello en coautor¹⁵⁰.

Pero hay que rechazar totalmente como casos de “características subjetivas de lo injusto”, los “delitos de expresión” en el sentido que los concibe MEZGER. Delito “positivo” de expresión sería el perjurio de convicción (§ 153 del C.P. y § 459 de la O.P.C.); delito “negativo” de expresión sería la omisión de la denuncia en el § 139 del C.P. y en algunas leyes accesorias. La convicción que el jurante tenga o no tenga, no pertenece al tipo en el perjurio de convicción; lo que pertenece al tipo es sólo la afirmación falsa del jurante de que él no tiene la convicción, o de que la tiene. ¿Pertenece, acaso, al tipo del perjurio de verdad, la *realidad* no conforme con la afirmación falsa, es decir, por ej., el hecho, negado, de haber recibido el préstamo? En el caso del pretendido “delito negativo de expresión” (§ 139), es el supuesto “conocimiento fidedigno” del proyecto lo que constituye la parte dolosa de la culpabilidad, que aquí se compone de dolo y culpa.

En tanto que las pretendidas “características subjetivas de lo injusto” constituyen características especiales del tipo (como la intención, aun la impúdica, el

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

149 *Homenaje a Traeger*. 24; también ZIMMERL. 122.

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

egoísmo o la codicia como móviles de la comisión, la profesionalidad o la habitualidad de la comisión, la maldad o la malicia); ellas son *características* especiales de la *culpabilidad* (como lo son el motivo de necesidad en los §§ 248 a y 264 a, como la reflexión en el § 211 del C.P., el sentimiento deshonoroso en el § 20 del C.P.)¹⁵¹. Todas contienen exigencias especiales puestas a la situación de motivación, cuyo cumplimiento tiene significación, ya sea para fundamentar, ya sea para agravar, ya sea para atenuar la pena.

Se debe conceder a HEGLER que representan una anomalía los delitos con “tendencia interna trascendente”, en los que a la intención no corresponde nada objetivo¹⁵². Sobre la justificación o explicación de esta técnica legislativa anómala se encuentran observaciones meritorias en ZIMMERL¹⁵³. Pero -como ya lo ha señalado FRANK¹⁵⁴- así como en la tentativa, el dolo de ejecución, al que no corresponde nada objetivo, no deja de ser culpabilidad¹⁵⁵, así tampoco deja de serlo la “intención”: en los “delitos de intención”. Sin embargo, también muestran anomalías las normas de deber que es necesario formular para los “delitos de intención”. Mientras que -como lo he dicho reiteradamente- las normas de deber son, en general, simples mandatos de motivación; en los “delitos de intención” ellas prohíben que a la representación

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

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

153 Lug. cit., 42 y siguientes.

154 18 ed., N° VI. al fin, al § 59.

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

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

En todos los casos tratados, las características especiales de la culpabilidad están “tipificadas” legalmente; ellas son, verdaderamente, “características subjetivas del tipo”. Con esto queda demostrado lo equivocado que resulta rechazar, con BELING¹⁵⁶, el concepto del “tipo subjetivo” y limitar el tipo al lado objetivo del hecho. Se debe atribuir a la recepción de la doctrina de BELING por parte de M. E. MAYER, el hecho de que éste, en primer lugar, descubriera en el tipo -que según BELING estaría “libre de valor”- elementos normativos, esto es, determinantes de valor, a los que denominó “elementos del tipo no genuinos” y “genuinos elementos de la antijuridicidad”¹⁵⁷.

Cuando M. E. MAYER sostiene, además¹⁵⁸, el concepto de los “elementos subjetivos de la antijuridicidad” anómalos, demuestra que para él no es decisivo el pensamiento de que, según BELING, sólo puede haber características objetivas del tipo. Pero este pensamiento aparece enteramente claro en MEZGER, para quien el tipo es sólo “antijuridicidad tipificada”¹⁵⁹. De este modo llega MEZGER a señalar muy correctamente las características típicas de la culpabilidad como “elementos subjetivos del tipo”, con lo que, sin embargo, quiere decir, como M. E. MAYER, “características subjetivas de la antijuridicidad”¹⁶⁰. Pero si se reconoce que el “tipo” no es otra cosa que el conjunto de los presupuestos de la punibilidad, compuesto de características de antijuridicidad y características de culpabilidad¹⁶¹, entonces desaparecen todas las anomalías. Puedo decir que mi crítica a la “teoría de los tipos” de BELING ha apreciado, en verdad, erróneamente su atracción, pero no su exactitud¹⁶².

156 *Lehre vom Verbrechen* (1906), 178 y ss.: cfr.. sin embargo, también M. E. MAYER, *Lehrb.*, 8.

157 *Lehrb.*, 182.

158 *Lehrb.*, 185 y siguientes.

159 Homenaje a Traeger, II.

160 *Lug. cit.*, 13.

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

162 *GA* 54. 20 y siguientes.

Si conforme con esto, las leyes penales, generalmente, no han considerado la intención correspondiente al tipo como el grado más grave de la culpabilidad, esto es, en el sentido de una motivación por la representación del tipo, sin embargo, la han erigido en una especial característica de la culpabilidad correspondiente al tipo, en el sentido de una motivación por la representación de consecuencias ulteriores o del propósito de acciones ulteriores¹⁶³. Por lo contrario, se piensa verdaderamente en el grado más grave imaginable de la culpabilidad, cuando se exige la malevolencia, la malicia y -de una manera concluyente- la lascivia, esto es, la acentuación especial del sentimiento de la representación del tipo motivador.

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

3º) Cuanto más libre estuvo la motivación de la “influencia de perturbaciones morbosas o semejantes” (§ 69 del Proyecto de Código Penal), y cuanto más adelantado era el desarrollo espiritual y moral de un menor, tanto más exigible era la contramotivación por la representación del resultado, y tanto más reprochable era la motivación contraria al deber. Aquí se demuestra la exactitud de la tesis de FRANK de que la gravedad de la culpabilidad depende de la medida de la libertad interior del autor. Ello explica el reconocimiento de la imputabilidad disminuida como causa de atenuación de la pena; esta causa se encuentra hasta ahora sólo en la ley respecto de los menores, aunque también lo está en el Proyecto en relación a los alienados y sordomudos. Que esta causa es absolutamente compatible con la atribución al carácter (que admitimos a continuación, bajo el N° 4), se puede justificar con la consideración de que nosotros miramos “todo lo patológico como algo ajeno a la personalidad”¹⁶⁴. El hecho de que la psiquiatría no haya podido demostrar hasta ahora que en los alienados se operen transformaciones anatómicas, es irrelevante para nuestro juicio de valor ético-social.

4º) Cuanto más reprobables fueron los motivos estimuladores al crimen y tanto más insignificante fue su causa exterior, tanto más exigible era erigir la representación del resultado en contramotivo, y tanto más reprochable es, entonces,

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

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

la motivación contraria al deber¹⁶⁵. El grado de la reprobabilidad de los motivos se determina según puntos de vista ético- sociales. Pero, también, el grado de la insignificancia de la causa exterior del crimen se puede determinar sólo según una medida objetiva, más precisamente: si y con qué facilidad o dificultad un hombre medio, dada la causa, se hubiera resuelto al hecho. Cuanto menos pese sobre esta balanza la causa exterior del crimen, tanto más se debe explicar el crimen por el carácter del autor; en otras palabras, el carácter agrava. M. E. MAYER, como se sabe, llega a este resultado justo, aunque él declara imposible medir la debilidad o fuerza de los motivos, esto es, la insignificancia o gravedad de la causa exterior del crimen, según una medida media, y, más bien, pretende medirla de antemano según las cualidades del carácter del autor¹⁶⁶. Mientras que E. HEINITZ considera posible la medición según una medida media, pero piensa que sobre la base de ésta se debe llegar al resultado inexacto del castigo igual para los criminales habituales más peligrosos y para los criminales de ocasión¹⁶⁷.

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

De lo dicho resulta:

- a) Que FRANK tiene razón al reclamar el fin del autor, en el sentido de motivo, como “elemento de la culpabilidad”. Siempre que el motivo del autor, en cualquiera de las formas tratadas supra, bajo el N° 2, se erija en

165 Fundamental es M. E. MAYER, *schuldhafte handlung*. 185 y siguientes.

166 Lug. cit., 187 y siguientes.

167 *ArchRPhil.* 22. 270.

característica de la culpabilidad correspondiente al tipo, es evidente su función como factor constitutivo, agravante o atenuante de la culpabilidad. Pero, también, cuando el motivo del autor no representa una característica de la culpabilidad correspondiente al tipo, permanece como un factor determinante de la gravedad de la culpabilidad. Decisivo para su fuerza como agravante o atenuante de la culpabilidad, es el grado de su reprobabilidad, excusabilidad o respetabilidad ética-social (el último concepto se encuentra en el § 72 del Proyecto de Código Penal en la redacción alemana-austríaca, mientras que se habla de “honorabilidad” en la redacción de la Comisión del Reichstag, primera lectura).

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

- b) Lo que se puede objetar contra la incorporación del fin, en la definición de la culpabilidad por parte de FRANK, lo opone él, con razón, a los que conciben la culpabilidad como un defecto del carácter: “Ciertamente, dice él, un vicio de carácter puede ser la causa de la culpabilidad, pero no es culpabilidad”¹⁶⁸ No lo es, aunque también este nexo causal, como la futilidad del fin, sea un factor agravante de la culpabilidad. Sin embargo, tiene razón FRANK cuando considera sustancial el contraste entre este punto de vista y la “concepción caracterológica de la culpabilidad”. Pues la concepción caracterológica sustituye a la valuación otro *objeto*, a saber: en vez de la motivación particular, pone el carácter¹⁶⁹. Pero apenas es concebible que, a pesar de todas las protestas¹⁷⁰, siempre se hable como si la “concepción caracterológica de la culpabilidad”, que en verdad abandona el concepto de la culpabilidad, fuese la consecuencia necesaria de la atribución al carácter¹⁷¹.

168 18 ed., N° II. antes del § 51.

169 GRÜNHUT, *Suplemento al 17º año de la MSchrPsych.* 91.

170 Cfr. mi artículo en GA 51, 340 y siguientes.

171 Así, GRÜNHUT, *lug. citado.*

Sin duda, el Proyecto del Código Penal, como se deduce del § 69 y de sus motivos, está en el terreno de la atribución al carácter, exactamente como lo estaba el Código Penal de Baviera, redactado por FEUERBACH en 1813, cuando decía: “En razón de la ilegalidad de la voluntad, la punibilidad aumenta: (...) III) cuanto más insignificante hayan sido las causas accidentales exteriores que han incitado, inducido o seducido al criminal, y cuanto más aquél se haya resuelto a cometer la infracción por propio impulso interior y él mismo haya buscado la ocasión para el crimen (...)”. Pero una ojeada a las amenazas penales de la Parte Especial de ambas obras legislativas demuestra que, a pesar de todo esto, es el hecho particular lo que queda como objeto de la valuación¹⁷². La Parte Especial es el bloque “eratico” que siempre derriba a la teoría de su alto vuelo y la obliga a bajar a la tierra, y a su respecto se puede aceptar el dicho de KOHLRAUSCH: “De la prevención general no hay necesidad de cuidarse”¹⁷³. La confusión aumenta cuando se hace referencia al contraste entre determinismo e indeterminismo y se pretende que la valuación del hecho es necesariamente indeterminista y el indeterminismo excluye la atribución al carácter¹⁷⁴. Pero lo uno es tan falso como lo otro. Pues la fuente de la valuación del hecho no es el indeterminismo, sino la prevención general. Y el dicho de que el hombre “bueno” “puede obrar más fácilmente de otra manera” que el hombre “malo”, es un sofisma, “porque siempre que un hombre ha cometido una mala acción, nosotros sólo podemos establecer su “bondad” después de habernos convencido de la gravedad de la causa exterior que lo ha impulsado a la comisión; de lo que recién se deduce que “sólo con grandes dificultades hubiera podido obrar de otra manera”¹⁷⁵. Sin embargo, a veces, por una falta, se hacen al “bueno” reproches más graves que al “malo”; pero éstos suelen ser auto-reproches.

La “concepción caracterológica de la culpabilidad” no está libre de cierta auto-justicia cuando se cree portadora de la bandera del progreso científico. A raíz de esto, se recuerda que también a ella se le ha reprochado un atraso científico y social. Social, en cuanto que no tiene en cuenta que el carácter malo puede adquirirse sin culpa, por herencia, mala educa-

172 De este modo, acertadamente. E. HEINITZ. *ArchRPhil.* 22. 283.

173 *MIKV* 1927. 14.

174 GRÜNHUT. *lug. cit.*: KADECKA. *ZStW.* 48. 609.

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

ción, mal ejemplo, mal ambiente o condiciones económicas miserables. Científico, en cuanto no se fija en los resultados de las investigaciones psicoanalíticas, según las cuales no se puede hacer un “reproche” al autor, precisamente a causa de lo inconsciente, instintivo, que vive en él y que no le es de ninguna manera ajeno. Por esta razón ya se ha solicitado la modificación del § 69 del Proyecto de Código Penal¹⁷⁶. El método de la valuación del hecho es capaz de considerar todos estos puntos de vista porque para él vale el principio: El carácter agrava siempre sólo *ceteris paribus* y no excluye que se retroceda a la culpabilidad colectiva de la sociedad ni que se descienda a las profundidades del alma humana.

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