

SECCION DOCTRINAL

Culpabilidad real y culpabilidad presunta

Exámen de las teorías llamadas psicológica y normativa

SEBASTIAN SOLER

Profesor de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires

1. *El peligro de las clasificaciones.*

Uno de los males mayores inferidos al pensamiento jurídico es el de la clasificación de doctrinas y teorías sobre la base de motes. Con ellos, una producción jurídica copiosa y superficial se ha complacido en crear contraposiciones y en colocar a las ideas en falsas simetrías, generalmente bilaterales, que dejan perplejo al lector entre posibilidades antagónicas, provocan ciertos escepticismos acerca de la validez de los conocimientos jurídicos y proyectan la sospecha de arbitrariedad sobre toda construcción dogmática.

En esta ocasión, sin embargo, sólo de paso nos referiremos a la falacia de esta especie de escepticismo, porque nos proponemos examinar, con referencia concreta al problema de la culpabilidad, en qué manera desfavorable ha gravitado aquel estilo doctrinario para la real comprensión del tema jurídico o del objeto sometido a examen y reflexión.

El defecto en aquella presentación de temas jurídicos proviene en gran medida de un enfoque gnoseológico muy difundido en los tratados latinos de derecho, incluso a veces en el mío, consistente en no referirse directa e inmediatamente al objeto de conocimiento, sino a la opinión que sobre él tienen otros juristas, como si aquél solamente existiera como "objeto pensado" y no como "objeto en sí". Las exposiciones suelen así asumir la forma teratológica de inventarios interminables de teorías y opiniones, para concluir en una especie de balance precartesiano de autoridades, que transforma la investigación de la verdad en un especie de escrutinio electoral.

La dogmática jurídica moderna ha enseñado a pensar, acaso con más modestia, pero con precisión mucho mayor, sobre todo por haber delimitado con exactitud el objeto sobre el cual las reflexiones deben recaer: el material normativo preexistente, que debe ser objeto de elaboración sistemática. Desde luego, ese material no es un producción *ex nihilo*; está compuesto de pensamientos; pero los pensamientos

cristalizados en una norma o en un complejo de normas son principios compulsivos y no meras opiniones; ellos describen comportamientos realmente debidos, y por eso la determinación de su contenido y alcance requiere una forma especial y, diríamos, intensificada de prudencia.

Como se ha determinado con firmeza que esa es la meta de todo estudio dogmático, se corren menos riesgos doctrinarios, porque entonces la erudición adquiere el verdadero sentido que debe tener, coadyuvante para la propia reflexión y no eximente de ella. Y sobre todo, se corre menos el riesgo del trasplante precipitado de teorías, que muchas veces tienen una razón de ser estrictamente limitada al sistema jurídico para el cual fueron compuestas, y que sólo como ejemplos aleccionadores deben ser estudiadas en otras partes.

Un tema en el que se ha abusado en los últimos tiempos de las exposiciones teóricamente recargadas y del empleo de motes encasilladores es, según digo, el tema de la culpabilidad. El trabajo constituye punto de arranque de una serie de construcciones doctrinarias sobre el problema de la culpabilidad es el de REINHARD FRANK, *Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs*, publicado en 1907. Se lo considera como la base de la llamada *teoría normativa* de la culpabilidad, por oposición a la llamada *teoría psicológica*. Pues bien, resulta curioso verificar la protesta del propio FRANK, ya en ese tiempo, contra el empeño de colgarle motes a sus teorías de la culpabilidad dolosa. “Por mucha que sea —dice— la prudencia del autor —y yo me puedo jactar de ella— la capacidad de ellos (de los motes) para crear contraposiciones carentes de fundamento real, se cumplen a pesar de todo” (1).

2. La falsa oposición de las doctrinas psicológicas y normativa.

El error de tales contraposiciones, en efecto, suele comenzar con los rótulos, y en el caso de las doctrinas acerca de la culpabilidad así ocurre: la inexactitud comienza con las designaciones que aquéllas han merecido: *teoría psicológica* y *teoría normativa*. El examen más superficial de los términos calificadores muestra ya una falsa contraposición, y parecería sugerir que la llamada *teoría psicológica*, fuese, por oposición, necesariamente, una teoría extranormativa o prenormativa o naturalista.

Lo que cuenta, sin embargo, es el aspecto sustancial del problema. Para facilitar su comprensión nos servirán como referencias nuestra exposición del tema y las calificaciones y observaciones que ellas han merecido. Nuestra exposición ha sido metida, sin resistencia mayor de nuestra parte, en el casillero que corresponde a los psicólogos.

(1) *Ueber den Aufbau*, 6. También MEZGER, *Strafrecht*, 33, núm. 6, señala lo exagerado de estas contraposiciones: un puro psicologismo no ha existido nunca.

La idea central que nos ha guiado al abordar el tema, sea que hayamos o no logrado traducirla, es la de llevar hasta el límite máximo posible el principio *nulla poena sine culpa* (2).

Siempre nos ha parecido que la historia del derecho muestra una evolución o ascenso hacia el logro de ese principio, y que él corresponde a un reconocimiento efectivo de la dignidad personal del ser humano, como ser autónomo, autoconsciente, libre y dotado de fuerza espiritual creadora. En ese proceso, a nuestro juicio, hoy ya puede afirmarse con validez, a lo menos para la mayoría de las legislaciones penales de occidente, que han quedado eliminadas casi todas las formas "ficticias" de culpabilidad, o cuando menos, afirmada la tendencia a eliminarlas.

La "culpabilidad", sin embargo, es en derecho un término que puede ser empleado en un sentido muy general para referirse a la imputación de ciertas consecuencias jurídicas, cuando se da en la realidad una situación que la norma repudia. La norma jurídica, a diferencia de la norma moral, que ante la transgresión se queda pasivamente herida, reacciona contra la lesión, y lo hace siempre de una manera concreta y definida. Esa reacción, comporta, también invariablemente, una obligación de alguien, una consecuencia que alguien debe soportar. En la determinación de ese sujeto para imputarle tales consecuencias es donde se ha cumplido aquel proceso evolutivo.

No debe sorprendernos que esa evolución se muestre más patente en el plano del derecho penal que en otros. En primer lugar, la mayor gravedad de sus sanciones pone más de resalto la necesidad de adecuación perfecta entre el sujeto de la sanción y el sujeto creador de la situación antijurídica. Toda desviación de esa línea es hoy sentida como una violenta injusticia. Después, téngase presente que las sanciones del Derecho penal presentan todas una cierta uniformidad, un denominador común, a lo menos, en cuanto consisten en una retribución. Las restantes sanciones del Derecho, aun cuando todas ellas consistan en reparaciones o en reparaciones, asumen formas tan variadas que a veces hasta parecen perder el carácter de consecuencias de una acción y asumir el inocente aspecto de la imputación de algo eventualmente no deseado, como ocurre con algunos casos de aceptación tácita de herencia y en otros *facta concludentia*.

3. Formas objetivas de responsabilidad.

Acaso por efecto de esa equívoca variedad, en las teorías de derecho privado se suele incurrir en un pecado, diríamos, de ingenuidad modernista, consistente en señalar como un adelanto, impuesto a la

(2) En la literatura castellana moderna, esa preocupación está bien en primer plano en los trabajos del Padre JULIÁN PEREDA S. J., conf. *El "versari in re illicita"*, Reus, 1948; *El concepto normativo de la culpabilidad*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. II, 1949, págs. 21 y sigs.

teoría jurídica por las exigencias de los grandes progresos de la vida presente, la adopción de nuevas formas de responsabilidad que no traben el desarrollo de esas actividades, en cuyo dinamismo y vivacidad se ve un valor digno de reclamar consideración prévaleciente. De esa actitud proviene que algunos juristas vean como un progreso moderno de las leyes la adopción de formas objetivas e impersonales de responsabilidad (3).

No es del caso que nos detengamos a examinar en detalle estos enfoques; solamente queremos dejar establecido que frente a las normas impuestas por esas exigencias de la vida moderna, de la técnica, del tráfico y del tránsito multiplicados, el jurista puede adoptar dos actitudes: la de considerarlas regulaciones jurídicas no solamente nuevas, sino deseables y dignas de extenderse y la de considerarlas un mal más o menos necesario. Los contratos de adhesión, la responsabilidad objetiva, las presunciones de culpabilidad, la regulación administrativa de precios y de servicios, la anulación del valor obligante o liberatorio de la voluntad privada bajo el pretexto de orden público, la responsabilidad penal de personas jurídicas y otros temas de este mismo tipo, muchos de ellos menos modernos de lo que se supone, tienen todos en común, si bien se observa, un sentido de desvincular la consecuencia jurídica de la voluntad real del sujeto. Ocurre como si la consecuencia jurídica le fuera impuesta al sujeto desde afuera.

Claro está que toda consecuencia jurídica es siempre impuesta desde afuera; para eso es el derecho un sistema coactivo de normas. Pero ese sistema, en sí mismo, puede estar compuesto tomando o no en cuenta la interioridad del destinatario de la sanción o de la consecuencia jurídica. En esto los márgenes pueden ser muy amplios: desde el mantenimiento invariable de una máxima consideración hasta una plena indiferencia. En cuanto a la responsabilidad penal, sin embargo, parece claro que un largo proceso histórico cultural se ha cumplido en el sentido de aproximar la *exigencia* a la real capacidad, hasta el punto de que *nulla poena sine culpa* y *ultra posse nemo obligatur* parecen traducir la misma idea vista de diferentes ángulos.

Esta clase de orientaciones de la evolución de la cultura humana se alcanza a ver bien cuando se consideran distancias temporales muy amplias. Hay que pensar lo que han sido las reglas de responsabilidad en sociedades y legislaciones primitivas, para verificar el largo camino realmente recorrido. Y en el plano teórico, hay que comprobar las vacilaciones, los desvíos del pensamiento y la dificultad con que van

(3) Señalan correctamente la importancia del aspecto culpable para la responsabilidad civil, JORGE J. LLAMBIAS, en *El derecho no es una física de las acciones humanas*. "La Ley", julio 12, 1962; ROBERTO H. BREBBIA, *Accidentes de Automotores*, Buenos Aires, Omeba, 1961, excelente monografía cuyo interés va mucho más allá del título del libro. Cita, en c. de la responsabilidad sin culpa; C. Civ. la., Cap., agosto 31, 1934; Jurisp. Arg., t. 47, pág. 586; C. Nac. Civil Cap., agosto 16, 1954; "La Ley", t. 76, pág. 725, y S. C. Tucumán, dic., 5, 1951, "La Ley", t. 67, pág. 199.

abriéndose paso las intuiciones proyectadas hacia una acertada dirección, y cómo el proceso se va cumpliendo a pesar del lastre de temporarios intereses y errores. Desde el Código de Hammurabi a los códigos modernos, las diferencias son profundas y manifiestas. No lo son tanto, sin embargo, o acaso no tan perceptibles, cuando la comparación tiene lugar entre leyes temporalmente más próximas entre sí, o entre diferentes corrientes doctrinarias contemporáneas. Para percibir con nitidez las discrepancias en este último caso, es indispensable cierto grado de afinamiento en el análisis, porque hoy por ejemplo, sea cual sea su actitud con relación a la teoría de la culpabilidad, ningún teórico aceptaría como posible la norma talonial del Código de ammurabi, según la cual debe perecer el hijo del arquitecto cuando murio, al caer la casa construida por éste, el hijo de quien la habitaba.

Hasta puede ocurrir que las discrepancias de los juristas sean mucho más teóricas y conceptuales que prácticas, en cuanto a sus resultados, y que, en definitiva, sea por vía de regla, sea por vía de excepción, se concluya dando al caso límite la misma solución.

4. *El equívoco de la responsabilidad.*

Pues bien, esa idea central me ha inducido siempre a pensar que la teoría de la culpabilidad, sean cuales sean sus desarrollos, debía partir de un hecho fundamental e imprescindible: la existencia real en el sujeto de algo que funde y justifique cualquier reproche que le hagamos.

No es fácil contestar, cuando se pregunta qué es eso en que se dice consistir la culpa; pero hay un punto en el cual las exigencias de aquella idea genérica y dominante parecen afirmarse sólidamente: se debe tratar de una situación o actitud interna y real del sujeto culpable. Prescindiendo de cualquier otro aspecto del delito, la imposición de la pena, debe encontrar en aquella realidad la razón suficiente.

Por eso nunca nos pareció ni satisfactorio ni afortunado definir la culpabilidad como reprochabilidad. Claro está que la culpabilidad hace reprochable al sujeto; pero o bien el reproche se funda en algo subjetivo o bien no, y el reproche es entonces formulado desde afuera. En el primer caso, es evidente la razón que asiste a BINDING cuando dice que definir la culpabilidad como reprochabilidad importa un ὕστερον πρότερον(4). Si el reproche está fundado en la existencia de algo, "la culpa está ahí antes de que el reproche sea hecho" (5) y el término "reprochabilidad" no nos dice en qué se funda. El reproche es un efecto de algo meramente aludido, pero no aclarado.

Pero, según decimos, el reproche puede ser formulado sin la pretensión de que su justicia solamente pueda derivar de aquella fuente subjetiva. Mejor dicho, la justicia puede no ser la única razón deter-

(4) BINDING, *Normen*, II, pág. 282 (nota 32, III).

(5) BINDING, *Normen*, II, pág. 275.

minante de las soluciones del derecho, que es una regulación externa, a cuya eficacia acaso sea razonable hacerle algunos sacrificios en nombre del orden y de la paz. Antes de tomar demasiado a la ligera esta última posición y rechazarla, es oportuno tener presente el principio secular según el cual se presume el conocimiento de la ley, y el consiguiente rechazo de toda excusa fundada en la ignorancia de Derecho. Es indudable el carácter externo y, por decir así, autoritario, de una imputación sorda a todo clamor de inocencia, solamente porque el afectado la funda en que ignoraba la existencia de una prohibición. Sin embargo, muchos son los que creen sumamente peligroso apartarse de aquella ficción jurídica sobre la cual ven fundada la heteronomía de todo el sistema jurídico.

Nos haremos cargo más adelante de los problemas que plantea esta segunda actitud; pero volvamos a la primera, porque con respecto a ella existen varios equívocos necesitados de aclaración.

A los que, siguiendo aquella enseñanza de BINDING, buscan la culpabilidad como un dato subjetivo real, se los ha llamado, según vimos, psicólogos (6).

5. *Equívoco psicólogo.*

Comencemos por señalar que el rasgo fundamental de esa actitud, a lo menos desde nuestro punto de vista, consiste en exigir *el carácter subjetivo real* de una base sobre la cual se hace recaer el reproche. El acento va puesto, por tanto, sobre *su realidad*, entendiéndolo con ello oponer una valla o reparo a toda sustitución o escamoteo de esa realidad por una *presunción o una ficción de culpa*.

Esa exigencia de realidad y de subjetividad sumadas, lleva de la mano hasta la afirmación según la cual se trataría de algo psíquico. Esto último debe ser concedido, pero no sin ciertas reservas, porque lo psíquico es un campo vasto y misterioso cuyos fenómenos pueden presentar entre sí diferencias muy grandes. La inobservancia de esas variantes de parte de algunos críticos nos ha valido el reproche de inconsecuencia con la posición psicólogo en la que se nos ha encajillado. El reproche proviene sobre todo de nuestra insistencia en que la culpabilidad, en su aspecto intelectual (7), contiene una doble referencia: por un lado, en el sujeto debe existir cierta referencia a hechos; por la otra, cierta referencia a normas y, por tanto, a valores. En una palabra, no nos parece exacto decir que la culpabilidad psíqui-

(6) FRÍAS CABALLERO hace derivar el psicologismo del positivismo atribuyéndonos así un parentesco que nunca nos fue imputado. Conf.: *Notas sobre la teoría normativa de la culpabilidad*, "La Ley", t. 65, pág. 845.

(7) Rogamos al lector sobreentender que prescindimos deliberadamente lo que sigue del aspecto volitivo, para limitarnos al aspecto intelectual-representativo de la culpabilidad.

camente “conste de un solo elemento” (8) y este elemento se referiría exclusivamente al hecho externo como puro hecho. FRÍAS CABALLERO, más firme en la imputación de inconsecuencia, nos reprocha que no construyamos —como si ello fuere posible— los conceptos de error y de coacción de un modo puramente psicológico, pues, según su modo de ver, un psicologista consecuente debe sostener que el error destruye el *elemento psicológico* de la representación. Para especificar con un ejemplo en qué consiste ésta, dice que en un caso de homicidio “quien mata, debe saber que mata a un hombre”. Es decir, la culpabilidad estaría dada por ese solo saber de una situación de hecho (9).

Esas observaciones provienen de que, según nuestra manera de ver, el sujeto, para ser culpable, debe tener conciencia no solamente de lo que esté pasando por su obra en el mundo externo, sino *del sentido* de ello, de su valor negativo. A este elemento se han opuesto varias objeciones: 1.º, la existencia de la llamada “culpa inconsciente”; 2.º, el carácter objetivo de la antijuridicidad; 3.º, la admisión del error de hecho como única forma de error excusante, y 4.º, el hecho de que la coacción no afectará los elementos psicológicos del dolo (10).

Las dos primeras reservas tienen poca razón de ser. La expresión “culpa inconsciente” pertenece a la doctrina, y puede ser inadecuada frente a un sistema estrictamente fundado en el principio *nulla poena sine culpa*. En todo caso, resulta equívoca, sea cual sea la doctrina, si es que con ella se quiere mencionar o postular una forma de culpabilidad estrictamente desprovista de todo subtrato reprochable. En cuanto a la afirmación según la cual el reconocimiento de un elemento normativo en la culpabilidad estaría en pugna con el carácter objetivo que se atribuye a la antijuridicidad (11), es manifiesto que la relación que media entre la ilicitud y su representación no es sino un caso más de la relación general sujeto-objeto. El carácter objetivo de las cosas y de los objetos ideales no comporta ni la imposibilidad de su reflejo o representación subjetiva ni la afirmación —por cierto, absurda— de su identidad con el objeto. Y lo mismo ocurre con los valores, cuya heteronomía no comporta para el sujeto ni un reconocimiento ni mucho menos un sometimiento. El individuo sigue siendo libre, aunque haya leyes naturales, principios

(8) Así, R. NÚÑEZ, *Bosquejo de la culpabilidad*, págs. XXIII y sigs. Introducción a la traducción de la obra de J. GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, De Palma, 1943. Sobre este trabajo, conf. ROBERTO A. M. TERÁN LOMAS, en “La Ley”, t. 37, pág. 924.

(9) J. FRÍAS CABALLERO, op., cit.

(10) R. NÚÑEZ, *La culpabilidad en el C. Penal*, Buenos Aires, De Palma, 1946, pág. 10 y sigs. La opinión de NÚÑEZ ha variado, al parecer, en este punto, aunque no con suficiente claridad, en *D. Penal Argentino*, ed. Omeba, t. II, página 21, esp. nota 25. FRÍAS CABALLERO, en op. cit.

(11) Así, NÚÑEZ, *La culpabilidad*, pág. 12.

lógicos y valores, y aunque él los conozca. Lo es incluso frente al imperativo categórico (12).

Todas esas objeciones son formuladas tomando más en cuenta las teorías generales que la ley positiva desde la cual nuestro desarrollo partía. Aquel discutido elemento no es traído de las nubes o del aire o de las teorías, como lo es, por ejemplo, la existencia de la "culpa inconsciente"; proviene directamente de una forma verbal propia de nuestra ley y, a nuestro juicio, muy afortunada. Nos referimos a la expresión "comprender la *criminalidad* del acto" (13).

Nuestro razonamiento era, en realidad, simple, si no es punible el que por ciertas causas, no ha podido "comprender la criminalidad del acto" y obrar sobre esa base, parece evidente que el culpable será el que obre no ya teniendo representaciones adecuadas de hechos externos, sino el que obre comprendiendo el sentido de su acción. La comprensión de la "criminalidad" del acto no es, pues, la comprensión de un hecho neutro al valor, como cuando tenemos el dato psíquico de que hace viento o de que llueve.. La presencia actual en la coincidencia de una vivencia, no deja de ser real por el hecho de que en vez de referirse a un dato natural y externo se refiera a una relación, a un concepto, a un valor, a una norma.

En síntesis, tan errado me parece querer construir nuestra teoría de la culpabilidad sobre un puro psicologismo como querer transformar la culpabilidad, que nuestro sistema hace consistir en la conciencia de la criminalidad y en la dirección de la acción, en un re-

(12) Conf.: NICOLAI HARTMANN, *Ethik*, parte III. El conocimiento es más bien una condición que un obstáculo a la afirmación de la libertad de los hechos.

(13) Se ha dicho que ciertos filósofos alemanes modernos darían cualquier cosa a cambio de que pudieran disponer de los dos verbos castellanos "ser" y "estar". Tal vez la donación no fuera tan importante de parte de los penalistas con respecto a la "criminalidad del acto"; pero algo recibiríamos en compensación del préstamo, a juzgar por el abandono del texto del § 51 del C. p. referente a la "libre determinación" (*freie Willensbestimmung*) que data ya de la reforma de 1933, seguida por los recientes proyectos, para adoptar una fórmula que tanto se parece a la nuestra: *das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln* (Proy. de 1960). Compárese: "comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones". Hasta la famosa "o" que algunos han repudiado como un error, es piadosamente recogida. Prácticamente, la teoría normativa es toda ella anterior a esa reforma. NÚÑEZ cree que M. E. MAYER funda muy bien este punto, y que nosotros al apartarnos de la concepción culturalista, nos quedamos sin fundar sistemáticamente la afirmación de que la culpabilidad penal presupone la vinculación subjetiva del autor con el orden jurídico, por lo que nuestro sistema presentaría en este punto "una solución de continuidad de carácter científico" (Conf. *La culpabilidad en el C. Penal*, pág. 13). Mientras no se trate de una solución de continuidad de carácter dogmático, el asunto no es grave. La ciencia es libre de exigir lo que le plazca; pero si el Código p. requiere que el sujeto tenga conciencia de la "criminalidad" del acto, parece obvio que se funda en una vinculación subjetiva, por lo demás, nada vaga ni "cultural", sino bastante precisa y concreta del orden normativo, con respecto al cual la criminalidad del acto queda constituida. La construcción de M. E. MAYER es muy anterior a 1933.

proche formulado desde fuera, sin aclarar que éste se funda en la existencia de aquella realidad subjetiva.

6. *Formas posibles de ciertas regulaciones jurídicas.*

Por eso me parece equivocado mantener frente a nuestro derecho contraposiciones doctrinarias sobre cuya pertinencia con respecto al derecho alemán no nos compete abrir juicio (14). Es muy equívoco decir que el psicologismo comienza por asignar a la culpabilidad un "fundamento naturalista" (15). En realidad la expresión tiene poco sentido. Para advertir su significado posible, tomemos como ejemplo la regulación civil de la capacidad por razón de la edad. La ley podría allí adoptar dos sistemas: el de fijar un límite cuantitativo firme o el de guiarse por la capacidad real del sujeto. Son numerosas las razones en pro del primer sistema, derivadas, sobre todo, de la consideración de la seguridad de los actos jurídicos. Claro está que, técnicamente, ese procedimiento consiste en crear presunciones de capacidad e incapacidad que pueden no coincidir con los hechos. Si se adoptara el segundo de esos criterios, no obstante, sus patentes inconvenientes, podremos decir que la ley ha adoptado un sistema "naturalista", solamente en el sentido de que en todo acto jurídico ha eliminado el juego de presunciones niveladoras fundadas en la edad de los otorgantes: si un joven de diecinueve años es muy despejado, sus actos jurídicos valdrán como tales; y si un hombre de veinticinco años sigue siendo psíquicamente un niño, sus actos serán nulos. La ley, en tal caso, se funda en la real existencia de un cierto grado de desarrollo psíquico. Tal sistema podrá ser llamado "realista", por oposición a "ficticio"; pero no será correcto llamarlo "naturalista" por oposición a "jurídico", porque es un sistema tan jurídico como el otro, sólo que regula mal, crea muchos más pleitos y conflictos; ve las cosas por un solo lado, acaso con el buen propósito de que ningún capaz sea desconocido por el derecho y ningún incapaz sea abandonado a su suerte. El sistema será malo, pero no por ser naturalista o psicologista siquiera, sino por no hacerse cargo de ciertos factores sociales tan dignos de consideración como los de respeto a la personalidad humana, a los cuales se acordó un reconocimiento excesivo y excluyente.

La designación del otro sistema como "normativo" es acaso menos impropia en sí; pero tampoco resultaría exacta, porque el carácter

(14) Debemos señalar que FRANK, en el *Kommentar*, pág. 136, al tratar este tema y exponer su famosa doctrina, por dos veces se refiere a la relación que ella guarda con el lenguaje del código alemán, y recomienda la conveniencia de seguir la terminología de éste. En este punto, estermiante MAURACH, I, página 292: "FRANK en sus investigaciones, parte del derecho positivo. Con la ley en la mano, prueba..."

(15) Así FRÍAS CABALLERO, en op. cit., segunda parte.

específico de aquél no finca en componerse de normas, característica que no se concibe cómo puede ser eludida por sistema jurídico alguno, sino en admitir presunciones de validez y de invalidez de ciertos casos.

Hemos tomado este ejemplo, porque sus extremos resultan bastante ajustados al problema de la culpabilidad.

Aun cuando tenemos la impresión de que no se han medido los aspectos o implicancias políticas de las dos teorías, no sería leal trazar una línea divisoria demasiado tajante en materia de culpabilidad y adjudicar a la tendencia normativista el papel de traidor al principio *nulla poena sine culpa*. Hasta en cierto sentido es justo reconocer, a lo menos en algunos autores, que el empeño que los guía en una construcción tan laboriosa, proviene del deseo de facilitar no ya la condena de inocentes, sino más bien y por el contrario, del de impedir cualquier condena que resulte injusta en el caso individual. Es una característica de la doctrina normativa la admisión de la llamada "no exigibilidad de otra conducta" como fundamento para cancelar todo reproche y, por tanto, toda culpa. Los ejemplos del palafrenero y de la partera son aducidos para mostrar que la no exigibilidad absuelve a los imputados.

La teoría, sin embargo, se presenta con un grado de generalidad acaso no justificado por los magros frutos que produce, y aún acaso sea justo imputar a sus propugnadores un error que consiste en crear el peligro de regular equivocadamente la inmensa mayoría de los casos, para prevenir la posibilidad de resolver de modo inconveniente un caso muy excepcional.

Mantengámonos aún dentro del derecho argentino. Ya hemos dicho que una de las bases de las impugnaciones hechas a nuestra exposición consiste en aducir la invalidez del error de derecho como excusa. Lo hace NÚÑEZ y, desde luego, el argumento es fuerte para sostener que la culpabilidad no consiste "en comprender la criminalidad del acto y dirigir, no obstante ello, la acción". Pero en seguida se advertirá que la objeción es demasiado buena. Tan buena es, que ante ella uno se olvida de que aquella fórmula verbal no fue traída del aire, sino encontrada en el propio texto del artículo 34.

7.º *La culpabilidad y las causas que la excluyen.*

Pero ¿qué se puede legítimamente deducir de la referencia del artículo 34, 1.º al error *de hecho*? ¿Es exacto concluir de esto que para inculpar a un sujeto bastará que conozca hechos externos, con prescindencia de toda valoración de parte de él? En seguida advertiremos el error dogmático de semejante conclusión. La disposición de la ley sobre la que debíamos construir nuestra doctrina presenta una forma un poco complicada, que podemos reducir a esquema. Dice así: no es punible el que, por *a, b, c, d*, no pudo comprender la criminalidad de su acto. Si se observa el contenido de *a, b, c, d*, resulta que se trata

siempre de circunstancias cuyo efecto más notorio consiste en quitar la comprensión del sentido recto de las cosas. No parecerá, pues, demasiado arbitrario afirmar que la culpabilidad consiste *en esa comprensión*.

Sin embargo, en tal conclusión positiva se desliza un error, fuerza es reconocerlo. Se trata de un error marginal o residual; pero no por ello menos existente. Proviene de lo siguiente: las circunstancias *a*, *b*, *c* y *d* son de tal naturaleza que, cuando concurren, casi siempre tienen por efecto realmente alterar la comprensión del sentido o del valor del hecho. Pero sucede que la inversa no es igualmente exacta; es decir, hay *otros casos* en los cuales aquella comprensión está alterada y, sin embargo, no están enumerados. Mejor dicho: no se trata propiamente de otros casos, sino de uno de los casos enumerados, el de error, que es dividido por dos, y reconocida como operante sólo una de esas mitades. Se distingue el error en error de hecho y de derecho, y solamente se acuerda eficacia exculpante al primero.

Esta circunstancia coloca a toda reconstrucción dogmática de la ley argentina ante una opción: o bien se afirma que la culpabilidad consiste en comprender "la criminalidad" del acto o bien que consiste en comprender solamente los hechos como tales.

Veamos ahora los inconvenientes o defectos de cada uno de esos criterios. El primero, desde luego, ya lo hemos señalado, comporta una generalización que no se cumple totalmente. Para esta posición, el texto de la ley acusaría aquí algún defecto, pues mientras por una parte parece hacer depender la imposición de una pena de la circunstancia de que el sujeto haya comprendido la criminalidad de su acto, por la otra, al crear la excepción de la excepción, hace posible que en ciertos casos sea punible un sujeto que de hecho no comprendió: el error siempre priva de la comprensión de la criminalidad del acto; pero solamente excusa cuando es de hecho.

Aquí es donde el segundo criterio puede hacer pie. Sin embargo, no le será fácil definir la culpabilidad prescindiendo de la recordada expresión de la ley que evidentemente se refiere a un núcleo psíquico-espiritual como base o sustento de la pena cuya imposición depende de la existencia de aquél. La dificultad provendrá de que cuando el sujeto "ha comprendido la criminalidad del acto" será responsable, aunque hayan mediado las circunstancias *a*, *b*, *c* y *d*, porque esas causas valen como excusas solamente en cuanto determinan aquel resultado. En consecuencia, la razón suficiente para la excusa, no proviene directamente ni de la alteración morbosa de las facultades ni de la inconsciencia, como ocurre con la fórmula psiquiátrica pura, sino de que esas causas determinen el señalado efecto. Y con el error pasa lo mismo. Por tanto, circunscribiéndonos a este último, no es correcto del todo decir que el error de hecho es causa de inculpabilidad. Para ser exactos, es preciso decir: "El error de hecho que privó de la comprensión de la criminalidad". Aquí es donde se advierte que deducir de la distinción error de hecho y de derecho que la culpabilidad debe construir-

se sobre un elemento psíquico neutro, sin valoración, es equivocado, y que no obstante la valuación diferente hecha por la ley del uno y del otro error, lo que decide, en todo caso, no es el error mismo, sino el efecto que él produce.

En consecuencia, la culpabilidad en su aspecto intelectual-representativo no puede consistir en la sola existencia de referencias psíquicas adecuadas con respecto a hechos del mundo externo, sino que éstas sólo son una base sobre la cual es necesario agregar un elemento valorativo de procedencia normativa, elemento del cual deriva el conocimiento no ya del hecho, sino de su "criminalidad".

Del rechazo del error de derecho como excusa no es acertado, en último extremo, deducir que la culpabilidad psíquicamente se compone de representaciones de hechos, pues el vicio de éstas solamente es eficaz cuando altera la comprensión de la "criminalidad".

Hemos encontrado, pues, en la ley argentina, textos que crean un conflicto en la tarea de fijar el concepto de la culpabilidad. El análisis precedente muestra, sin embargo, que ninguna causal enumerada es eficaz si ella no produce en la conciencia del sujeto un cierto estado, diremos, de ceguera valorativa. La impunidad exige, pues, *en todo caso*, la presencia positiva de esa deficiencia. Este aspecto de la ley parece, pues, empujarnos al siguiente razonamiento: si la impunidad exige siempre que el sujeto no haya comprendido la "criminalidad", la culpabilidad, que tras de sí acarrea la pena consistiría en haberla comprendido.

Pues bien, aquí la ley nos habría jugado una pequeña treta, porque hay una excepción que hacer, precisamente la del error de derecho. Llegados a este punto, el problema debe ya ser formulado dentro de los términos de opción a que veníamos refiriéndonos. ¿Será justo negar que la culpabilidad consiste en el conocimiento de la criminalidad del acto por el hecho de que, si bien es cierto que hay culpabilidad siempre que tal conocimiento existe, la inversa no es invariablemente exacta, pues hay casos excepcionales en los cuales, a pesar de no existir ese conocimiento, el sujeto puede ser punible? (16).

8. *La definición de la culpabilidad y el error de derecho.*

Pues bien, puestos en la necesidad de enunciar el concepto genérico de culpabilidad sobre la base de la regla negativa, que no reconoce excepción alguna, o sobre la base de la regla positiva que reconoce como posible una excepción, nosotros optamos por el primer procedimiento, dispuestos a lamentar la excepción, después de reconocerla con bastante desgana.

(16) El argumento lo hace también H. MAYER, *Strafrecht*, § 39 con respecto al D. alemán, en contra de la doctrina dominante (ver la nota 14 del citado párrafo). A nuestro juicio, el texto del C. alemán y del C. argentino fundan construcciones diferentes. La importancia decisiva del tema del error de derecho en este punto es manifiesta. Conf. WELZEL, § 22, II.

Nos atenuaba el disgusto, sin embargo, encontrarnos en buena compañía en ese desgano, y además, el hecho de que muchos juristas desde antiguo hubieran consagrado los más refinados argumentos de su ingenio a reducir esa excepción a límites mínimos y casi inofensivos inoperantes o muy extraordinarios.

En efecto, es cierto que las leyes penales suelen mencionar como excusante solamente el error de hecho; pero sería equivocado deducir de ello que de este modo se ha dividido al error en dos partes iguales. Desde luego, ello no es así, en cuanto se considera el número de casos posibles; pero deseamos destacar los esfuerzos doctrinarios hechos para demostrar o bien que *todos* los casos son de error de hecho o bien que una gran cantidad de errores pretendidamente de derecho son, conceptual y jurídicamente, aun para las leyes que hacen la distinción, verdaderos y propios errores de hecho. Sin tomar en cuenta la primera de esas tesis, sostenida por FINGER, evidentemente inadecuada para una ley como la nuestra, ha sido amplísimo el favor alcanzado por las construcciones sobre la base de distinguir el error de derecho, según se trate de derecho penal o de derecho no penal, para reducir cualquier error de esta última clase a error de *hecho*, engrosando así los alcances de la excusa. Nosotros hemos sostenido que esa distinción es inexacta, y nos hemos inclinado a distinguir el error de derecho según cayera o no sobre elementos de la figura, en cuyo caso es evidente que de él deriva impunidad, tanto si se trata de un error de derecho penal como de derecho no penal (17).

Queda así reducido el error no reconocido como excusante al que la doctrina moderna ha llamado error de prohibición, es decir, el que versa sobre la existencia misma de la ley penal, y éste, para ser fundado e inocente, debe reunir, en efecto, condiciones bien poco comunes, si se incluye entre ellas el deber elemental de diligencia que incumbe a todo hombre como ser estrictamente social, partícipe de un sistema general de valores (18).

En consecuencia, si bien es cierta la posibilidad de algún caso en el cual el sujeto no tuviera conciencia de la criminalidad del acto y, a pesar de ello, la ley lo considere punible, esa posibilidad resulta remotísima; primero, porque las infracciones de cierta gravedad comportan siempre una violación bastante grosera de preceptos primarios de conducta social y ética, y en segundo lugar, porque cuando se trata de infracciones menores debe, además, computarse como fuente de culpabilidad, la falta de cuidado que importa desarrollar actividades sociales, manteniendo al mismo tiempo una actitud de indiferencia acerca de las regulaciones que se deben observar, actitud esta última que también puede ser objeto de reproche.

(17) Conf. n. trabajo en homenaje a EDUARDO J. COUTURE, publicado en la Revista del C. Estudiantes de Derecho de Montevideo, 1958.

(18) H. MAYER, para fundar la culpabilidad en este último caso, invoca el conocido pasaje de ARISTÓTELES en la *Ética a Nicomaco*, III, 1, 1110 b. Conferencia *Strafrecht*, § 39, núm. 19.

9. *Diferentes contenidos psíquicos.*

La circunstancia de que la culpabilidad esté asentada sobre el conocimiento de la criminalidad, esto es, que contenga según decimos, un elemento valorativo de procedencia normativa, no nos autoriza a definirla como reprochabilidad. Lo que con aquello se quiere decir es que aquel conocimiento debe ser algo actual, real. Claro está que se trata de una realidad *psíquica*, pero hay muy diferentes realidades psíquicas, desde la sensación de un color hasta, por ejemplo, el concepto espinociano de esencia actual, de cuya realidad psíquica en el momento en que Spinoza lo definía no cabe dudar, a pesar de que los materiales de que se componía no provenían ciertamente del mundo de las representaciones externas. En el caso de la culpabilidad, esa realidad psíquica se compone del conocimiento de hechos y de la actual aprehensión de valores. No vemos la razón para que se nos quiera compelear a expulsar el elemento valorativo de la culpabilidad, so pena de considerarnos infieles al psicologismo (19), como si un acto concreto de valoración no fuese un acto psíquico, independiente de su validez objetiva, así como los pensamientos son psíquicamente reales, independientemente de la verdad que contengan.

Desde que CARRARA nos enseñó que el delito *no es un hecho*, sino una *infracción*, para nosotros es imposible ver subjetivamente el delito como la actual conciencia *de una cosa*; es la conciencia de una *relación*. Llamar psicologismo a ese enfoque conlleva un equívoco, porque la "criminalidad" en que esa relación consiste, se compone, como toda relación, cuando menos, de dos términos. Uno de esos términos puede provenir del mundo físico; pero el otro no proviene ni del mundo físico *ni del mundo psíquico*. El mundo en el cual nacen e imperan ciertos enunciados como "honeste vivere", "alterum non laedere"; el mundo del cual proceden los valores que al tocar una cosa la transforman en un bien, ese mundo en el cual las acciones humanas no son concebidas en su facticidad consumada, sino en su SOLLEN, no es ciertamente un mundo psíquico, aun cuando sólo la existencia de un mundo psíquico lo haga posible o lo revele (20).

Ese estrato óptico al cual pertenecen las normas jurídicas no es, ciertamente, el estrato de lo psíquico. La concepción del derecho como algo psíquico es uno de los errados presupuestos de la escuela de la exégesis (21), en cierto sentido, difícilmente justificable después de KANT, de HEGEL y de SAVIGNY. El carácter heterónomo de las normas jurídicas y de los valores que ellas sustentan con relación a los desti-

(19) Así, FRÍAS CABALLERO, en op. cit.

(20) No tenemos reparos en confesar nuestra franca simpatía por la ontología estratificada de N. HARTMANN.

(21) Especialmente patente en la teoría de la interpretación que concibe esta tarea como la de descubrir la voluntad del legislador; en repensar lo que éste realmente pensó. RADBRUCH: *Nachdenken eines Vorgeordneten*, en *Arten der Interpretation*, "Recueil d'Etudes sur les Sources de Droit en l'honneur de François Géný", t. II, p. 217.

natarios, la historia laboriosa del progreso o crecimiento de la mayoría de los más valiosos preceptos del derecho actual, nos muestran con suficiente claridad que el derecho pertenece a ese mundo de creaciones que en conjunto se ha llamado cultura o espíritu objetivo, que presupone una naturaleza física y biológica y un psiquismo; pero que en modo alguno se identifica con tales estratos. La relación que el delito supone no es una relación entre dos cosas físicas o dos cosas psíquicas, o entre una cosa física y otra psíquica; el segundo término de esa relación consiste en una referencia a ese mundo espiritual en el que hay normas y valores, no como pensamientos actuales, sino como instancias ante las cuales las acciones y los pensamientos concretos son adecuados o disonantes.

HUSSERL ha mostrado la relación condicionante que media entre valores y normas, y que todo enunciado normativo presupone o afirma tácitamente un valor. Como consecuencia de ello, si para fundar el reproche en que se dice consistir la culpabilidad nos parecía indispensable la existencia de algo que "estuviera ahí antes de que el reproche sea hecho", según lo exige BINDING, esa realidad subjetiva deberá ser, algo así como el reverso de la valoración debida. En castellano, lo opuesto a valoración es *menos-precio* o *des-precio*

10. La referencia psíquica a normas y valores.

En este punto —se observará— existe, en principio, cierto acercamiento con el criterio expuesto por JAMES GOLDSCHMIDT (22). Para éste, la existencia de aquella realidad subjetiva es tan imperiosamente requerida que, para acordarle realidad, afirma como característica de todo sistema jurídico la de constar de un doble elenco de normas, ya que además de las normas que externamente rigen las acciones desde fuera existiría otro complejo de "normas de deber" que las regulan desde adentro (23). Aparentemente, ese criterio es semejante al que hemos expuesto y hasta parecería lícito colgarle a GOLDSCHMIDT el mote psicologista, con el significado de realista o subjetivista que hemos admitido como exacto para definir nuestro punto de vista. Sin embargo, con relación a ese desdoblamiento del sistema normativo, cabe observar que o bien la norma de deber constituye una exacta duplicación subjetiva de la norma externa; o bien existe entre ambas normas una diferencia. Desde luego, tendría poco sentido aquel desdoblamiento si condujera al resultado de una perfecta identidad y, en efecto, lo característico del pensamiento de GOLDSCHMIDT consiste en afirmar que la "norma jurídica de acción y la norma de deber se diferencian, no sólo porque aquélla se refiere a la conducta exterior, a la causalidad, y ésta, la del deber, a la conducta interior, a la motivación, sino que ellas

(22) J. GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, traducción de Margarethe Goldschmidt y R. Núñez, Buenos Aires, De Palma, 1943, Conf. sobre este trabajo, R. A. M. TERÁN LOMAS, "La Ley", t. 37, pág. 925.

(23) J. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 19 y sigs.

se diferencian también, en relación a su contenido, bajo otros aspectos" (24). Es la admisión de una diferencia de contenido lo que situará a GOLDSCHMIDT entre los partidarios de la concepción normativa, pues los casos en los que tal desequilibrio existe serán, en definitiva, los que responden a las llamadas causas de no exigibilidad de otra conducta (25).

El punto de donde parte la disidencia doctrinaria es el de la admisión de una diferencia de contenido entre la norma jurídica que divide los campos de lo lícito y lo ilícito *erga omnes*, y el principio subjetivo determinante de la conducta efectivamente seguida por un individuo en un caso dado. Si entre ambos principios existe diferencia de contenido, es manifiesto que en la parte en que no coinciden, la llamada norma de deber resulta decisiva, es decir, autónoma, y con ello se quita al derecho objetivo el carácter de regulador irrecusable para los individuos. Se cae así en último término, en una reedición de la teoría de los derechos subjetivos anteriores al derecho e independientes de éste, es decir, en un conjunto de "derechos" extrajurídicos.

Esa duplicación de las normas en dos grupos, unas que mandan a todos y otras que facultan a cada uno para no hacer caso de las primeras, no solamente resulta una inadmisibile teoría general del derecho, sino que termina siendo impotente para explicar el carácter heterónomo y obligante de las normas del derecho frente a sus destinatarios.

Para nuestro modo de ver, la culpabilidad consiste siempre en una respuesta, en una actitud ante cierta exigencia extrasubjetiva. Quien plantea la pregunta o apremia con una exigencia no es el sujeto mismo, sino una instancia externa a él. La norma de deber y la norma de conducta son la misma.

11. *El normativismo y los grados de culpabilidad.*

Esta heteronomía de los valores jurídicos, no solamente vale en cuanto a la demarcación del límite divisorio entre valor y disvalor, entre lo positivo y lo negativo, entre lo lícito y lo ilícito, sino que, a nuestro juicio, vale también para señalar grados o escalones de valoración. El tema de la "gravedad de la culpa" aparece en el primer trabajo de FRANK como directamente influyente en la construcción de la tesis normativista.

Para FRANK, la culpabilidad es integrada también por las "circunstancias concomitantes" y son éstas precisamente las que van a determinar la mayor o menor gravedad de la pena. Importa señalar que

(24) J. GOLDSCHMIDT, op. cit., loc. cit.

(25) No interesa aquí que la admisión de aquel desequilibrio lleve a GOLDSCHMIDT a la admisión de culpabilidad sin entuerto (*Unrecht*) además, desde luego, de entuerto sin culpabilidad. Conf. en c., MEZGER, § 34, I. Según H. MAYER, es imposible aceptar la doctrina normativa sin verse obligado a aceptar también las causas de no exigibilidad como causas supralegales de exclusión de culpabilidad. Conf. *Strafrecht*, § 31, IV, 2.

según su modo de ver la agravación penal deriva de un mayor grado de culpabilidad.

Para nuestro modo de ver, en cambio, la culpabilidad consiste siempre en saber lo que se hace y en hacer lo que se quiere, y que en ésto, salvo alguna diferencia de capacidad, no hay ni puede haber grados o valores: o existe o no existe; y si existe, no hay que sorprenderse de los distintos grados de la pena correspondiente, ya que ésta guarda siempre una relación valorativa y, por tanto, graduable, objetiva e impersonal; relación abarcante del hecho y de sus circunstancias. Esas circunstancias, aún cuando se refieran al sujeto, son tan *erga omnes* como cualquier otra. Tomando el ejemplo de FRANK, no diríamos que cuando hay de por medio "mujeres y vino" la culpa es más grave, sino que lo es el hecho. Por muchas mujeres que pongamos en el automóvil en que un grupo anda de parranda y por mucho vino inspirador que concedamos a sus ocupantes, no podremos pasar del nivel de la responsabilidad culposa, si no podemos discernir la realidad de cierto núcleo central constitutivo del dolo. La existencia y la forma de la culpabilidad son umbrales. Colocar las formas de la culpabilidad en el mismo nivel de las "circunstancias concomitantes", importa reunir cosas heterogéneas, dar como subjetivo lo objetivo y transformar la naturaleza de la realidad que se trata de describir, esto es, tomar como un problema de valoración algo que es un problema ontológico.

FRANK, para confirmar sus asertos se remite varias veces al dictamen del sentido común.

Hagámoslo también nosotros, y tomemos para ello el delito de homicidio simple. Las escalas de gravedad van de seis meses a veinticinco años de prisión. Para recorrer esa distancia, sin embargo, las circunstancias concomitantes no son nunca concluyentes, a pesar de que todos los hechos las tienen siempre. La posibilidad de ese recorrido, depende, en cambio, de la existencia de dolo o de culpa (26), elementos que a diferencia de las circunstancias, son siempre recíprocamente excluyentes. Cuando hay dolo, no hay circunstancias capaces de llevar la pena por debajo de ocho años; inversamente, cuando hay culpa, es imposible ir más allá de dos. ¿Es correcto, pues, colocar el dolo, la culpa y las circunstancias concomitantes en el mismo plano? El error es parecido al de definir un automóvil como un sistema de ruedas mecánicamente movidas y además azul, negro, rojo, verde o sin pintura alguna.

Para apoyar el concepto cuantitativo de la culpabilidad, FRANK invoca el hecho de que el Código penal alemán lo reconocería. En tal sentido cita los §§ 248 a y 264 a (27). Llama la atención que para buscar un apoyo se haya debido apelar a figuras penales de pequeña gravedad. Se trata de figuras de petardismo. La apelación a ese argumento parece más bien adecuada para probar que la gravedad de la pena

(26) No cambia los términos del problema la posibilidad de trazar tres niveles subjetivos de gravedad en vez de dos (*dolus, luxuria, culpa*), según algunos lo han postulado. En c., BINDING, *Normen*, 2, pág. 450 y sigs.; H. MAYER, § 37.

(27) FRANK, *Kommentar*, pág. 137.

proviene allí de una valoración objetiva, absolutamente igual a la de cualquier otra figura. La ley, para crear un tipo delictivo, además de apelar a un verbo (el nombre de la acción) se sirve de los datos más variables: datos del mundo circundante (en el mar, en descampado) de la ocasión (de noche, durante el nacimiento), del psiquismo de alguien (engañado, alarma), del psiquismo del sujeto (en estado de emoción, apremiado por la necesidad). Estos datos subjetivos codeterminan niveles de gravedad de la figura; pero allí obran como cualquier otro elemento de ella.

Las valoraciones que van marcando distintos niveles penales están implícitamente contenidas en esas descripciones: “matar a otro” es siempre, en principio, más grave que “apoderarse de una cosa mueble”; “matar por precio” es *objetivamente* más grave que “matar”, aunque “por precio” sea un dato psíquico tomado del sujeto que mata.

La función cumplida, según vemos, por los elementos constitutivos de las figuras, que al agregarse a la figura básica van determinando escalas penales diferentes, es muy semejante a la que cumplen las circunstancias concomitantes dentro de cada escala penal especial, sea básica, calificada o privilegiada. Y ello es así, tanto si la circunstancia concomitante es objetiva como si ella es subjetiva: siempre agrava el hecho concreto dentro de los límites de la figura correspondiente a una escala penal específica y lo hace determinando una valoración jurídica objetiva e impersonal.

Sólo la presentación sistemática de las circunstancias concomitantes como parte de la figura explica la posibilidad de gradaciones valorativas que llegan a ser, en ciertos casos, considerablemente delicadas. Desde este ángulo, resalta mucho la diferente función cumplida por esas circunstancias y la cumplida por las *dos* formas que asume invariable y fatalmente la culpabilidad. Estas dos, lejos de determinar una gradación insensible, trazan largas cesuras entre una escala y otra, según el hecho sea cometido dolosa o culposamente.

12. *El psicologismo de los normativistas.*

Me parece que la concepción normativista puede proceder de esa forma y colocar el dolo, la culpa y las circunstancias dentro del mismo nivel, para definir luego la culpabilidad como reprochabilidad, porque previamente ha acordado a aquellos elementos un sentido puramente psíquico y fáctico, neutro al valor (28). Como si dijéramos que en vez de incurrir en psicologismo al final, incurriera en él al comienzo de la construcción.

En este punto es evidente que el genio de la lengua ha jugado alguna treta. Si los latinos en vez de hablar de *dolo* habláramos —como se hacía antes— de *intención*, posiblemente habríamos seguido caminos semejantes a los de los alemanes. Estos pueden tomar la expresión *Vorsatz* en un sentido puramente psíquico equivalente al que nosotros

(28) Expresamente, WELZEL, § 8, II y § 13.

acordamos a la palabra intención. "Intención" es también un hecho, un puro hecho psíquico incoloro. Cuando los alemanes hablan de un concepto *natural* de *Vorsatz*, entran en un desvío lleno de complicaciones y de equívocos (29). La sola presentación de ese planteamiento trae implícito un error gnoseológico poco explicable, al suponer que la teoría jurídica maneja *dos clases* de conceptos: la una compuesta de conceptos jurídicos y la otra de conceptos naturales. Dentro de esta última clase quedaría situado precisamente uno de los conceptos sobre los cuales el derecho funda sus más graves determinaciones; verdaderas determinaciones de vida o muerte. BELING enseñó, por el contrario y correctamente, que en derecho todos los conceptos están tejidos sobre un hilado normativo y que hasta el más modesto y ocasional de esos conceptos va siempre teñido de un sentido específicamente jurídico (30). Y si esto ocurre con respecto a conceptos de modesta entidad es directamente inadmisibles que el derecho delegue la función de acuñar sus propios conceptos precisamente al colocar las piezas fundamentales de su sistema.

La doctrina normativista coloca todo el énfasis jurídico en el concepto de "reprochabilidad" y por eso ha dado pie a la famosa paradoja de que ella saca la culpa de la cabeza del reo para colocarla en la cabeza del juez. Los normativistas se defienden ante esta censura y pueden hacerlo sólo porque *antes* de formular el reproche al reo habían colocado en su cabeza nada menos que la "intención". Y resulta realmente curioso que se empeñen en aclarar que esa "intención" de que hablan es un concepto natural.

Podrían responder incluso a la demanda de BINDING y decir que de manera alguna formulan ellos como culpabilidad un reproche infundado, puesto que en la psiquis del sujeto preexistía al reproche una intención o una imprudencia que al coexistir, cualquiera de ellos, con la libertad hace reprochable el entuerto cometido.

Lo que, por desgracia, complica las cosas y torna la respuesta inexacta, es precisamente el psicologismo naturalista que allí se ha infiltrado, en el concepto de "dolo natural" o "concepto natural" de dolo. Estas expresiones contienen un error doble, porque al mismo tiempo infringen principios de gnoseología jurídica y de derecho penal.

Así como resulta una expresión vacía hablar de un "concepto natural de hipoteca", o de una "hipoteca natural", o de un "concepto natural de pagaré", carece de sentido hablar de "dolo natural". Lo que hay en la realidad, psíquica o no psíquica, son centros a los cuales los conceptos jurídicos apuntan, haciéndolo en un sentido muy específico y particular, porque la sola afirmación de que algo es dado, o existente, o real, o natural se alcanza siempre y necesariamente a través de una transformación, a veces considerablemente

(29) Es típica en tal sentido la construcción de FRANK en *Über den Aufbau*, y de WELZEL, loc. cit.

(30) Sobre este problema, Conf. SOLER, *Ley, historia y libertad*. Abelledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, § 14.

profunda, de ese "dato natural". Los "datos naturales" alcanzan existencia jurídica solamente a costa de transformarse en "hechos típicos" (31).

Cuando decimos que el derecho transforma esa realidad, usamos un lenguaje aproximativo solamente, porque el proceso realmente consiste en que el derecho va, por decirlo así, *decretando al ser*. Tiene un ser para su uso particular. Dice, por ejemplo: "esto es un inmueble", "este es un sujeto capaz", "esto es consentir" y mientras dicta estos decretos, va sucesivamente señalando un buque, un papanatas de veintitrés años, un sujeto que guarda un terco silencio. En esa tarea desatiende todas las protestas "naturalistas". Le claman que está en un error, y con protestas le muestran que el buque se mueve, que el papanatas no entiende nada y que el terco no habla. Pero el derecho sigue imperturbable y frente a todos estos naturalistas, piensa "yo sé lo que me digo", así como Don Quijote dice: "yo se quién soy" ante las burlas de los curas y de los barberos naturalistas (32). También aquél tiene su mundo, y ante la miseria de las cosas humanas es una especie de Quijote del deber moral, de lo que debe ser, de un mundo ideal.

13. *Dolus y Vorsatz*.

Esta deformación naturalista impresa por el normativismo a una de las expresiones más cargadas de sentido jurídico, más embebidas de valoración, resulta muy improbable cuando se piensa en los términos latinos *dolus - culpa*.

A diferencia de la teoría jurídica alemana que toma del lenguaje vulgar el término *Vorsatz* y construye sobre esa base su doctrina del elemento subjetivo, en las lenguas latinas la expresión *dolus* ha sido por el vulgo tomada del derecho, y mantiene el sentido peyorativo, es decir, de valoración negativa ínsita en ella. Entre las palabras "intención" y "dolo", suponiendo que se superpusieran en sus alcances, mediaría siempre una diferencia de calidad. El concepto de intención puede ser valorativamente incoloro; el de dolo, en cambio, no lo es nunca. Del cazador podemos decir que tenía la *intención* de matar al ciervo; pero es imposible que sepamos si estaba o no en dolo mientras no sepamos si era o no un cazador furtivo.

Nuestra doctrina del "dolo" difícilmente podrá enredarse en los trabalenguas a que necesariamente conducía el atormentado (59 del

(31) TULLIO ASCARELLI llama a ese proceso *reconstrucción tipológica de la realidad*. Conf. *Problemi giuridice*, ed. Giuffrè. Milano, 1959, t. I, estudio III, *Norma giurica e realtà sociale*, pág. 72.

(32) Esto es lo que constituye el sentido técnico de las expresiones jurídicas; éstas siempre dicen lo que el derecho *quiere* que signifiquen. Es típica en tal sentido, la expresión "alteración morbosa". Hasta algunos médicos han advertido y señalan la insuficiencia *jurídica* del concepto *biológico* de enfermedad, procurando remediarla mediante aportes socio-jurídicos. Conf. BLEUIER, *Tratado de psiquiatría*, pág. 131 y sigs.

Código Penal alemán y las expresiones *Vorsatz* (intención) *Tatums-tände* (circunstancia de hecho) y *Tatbestand* (delito-tipo) que allí se contienen. Allí, en efecto, *no se dice* que el dolo desaparezca cuando el sujeto “por error no comprendió la criminalidad del acto”, sino cuando no “conoció las circunstancias de hecho correspondientes al delito-tipo”. Es muy diferente conocer circunstancias de hecho y conocer la criminalidad. No diré que a la dogmática alemana el 59 le imponía un concepto naturalista del dolo, pero sí es patente que “conocer circunstancias de hecho” es, a su vez, un hecho psíquico neutro y que por esto los alemanes *pueden* hablar de un concepto natural de *Vorsatz*, cosa que para nosotros la tradición, el lenguaje y el Código Penal nos prohíben, cuando tratamos de construir el tema de la culpabilidad.

Y la expresión dolo es tan rica de sentido propio y específico que no consiente en ser desarticulada como equivalente a *intención + entuerto*, de manera que por esa vía podamos “germanizar” nuestra doctrina y hablar también nosotros de un “dolo natural” (*horribile dictu!*). Y no podemos practicar esa disección del concepto de dolo, porque al hacerlo lo empobrecemos, acaso sin querer; porque el dolo, *a parte subjecto*, presenta no sólo la forma intencional. En la doctrina tradicional, el dolo se da tanto en la *intentio* como en el *animus* (33), y esta distinción corresponde efectivamente a formas subjetivas que mal podrían individualizarse como un solo y mismo fenómeno psíquico.

Además por si ello no bastara, ya dijimos que la expresión “dolo” con lleva una tonalidad peyorativa, de modo que desde el comienzo el *animus* o la *intentio* ya están *in malam partem*, calidad que no es ciertamente explicable como algo puramente psíquico. La psicología comprueba realidades psíquicas; la valoración de éstas presupone siempre otro plano o instancia referencial. Sin ética y sin derecho, puede haber intenciones; pero no *malas* intenciones. La expresión *Vorsatz* no presupone la existencia de una valoración normativa; la expresión *dolo*, sí. Bien o mal, del concepto natural de *Vorsatz* (de intención) puede hablarse; el concepto natural del dolo, en cambio, encierra una *contradictio in adjecto*. Sencillamente no lo hay, y aun es imposible que lo haya, como ocurre con muchos otros conceptos, como el de hipoteca, que nacieron como conceptos jurídicos originarios. Cuando el derecho tomó un concepto de la naturaleza para manejarlo jurídicamente, existe la posibilidad de hablar de un concepto natural y de uno jurídico, y aun la de que ambos se parezcan mucho. Un árbol natural y un árbol jurídico se parecen bastante, aunque ciertamente no son lo mismo, ya que la ley es muy capaz de transformar en árbol a un modesto arbusto y hasta a una trepadora. Pero cuando el concepto cobra existencia en el derecho mismo y por decirlo así,

(33) Sobre *animus* e *intentio* como formas del dolo, conf. CARRARA, *Programma*, § 69, 3218, 3369 y sigs.

se divulga después y se generaliza, como ocurre en el concepto de dolo, por mucho que querramos, no lograremos despojarlo de su veste jurídica para llegar a un dolo *natural*. No lo hay, repetimos, no lo hay.

Y aquí llegamos a una evidencia más de la incorrección de los motes doctrinarios, pues el normativismo de FRANK se apoya sobre un psicologismo tan extremo que resulta hasta conceptualmente imposible para nosotros.

14. *El normativismo y los clásicos.*

Para comprender la llamada doctrina normativa, resulta sumamente ilustrativo seguir paso a paso el razonamiento de FRANK, *pero pensando al mismo tiempo si nuestro derecho positivo lo va apoyando y cómo*. Comienza (34) diciendo que la doctrina tradicional, al afirmar la existencia de intención (*Vorsatz*) daba también por afirmada, sin más ni más, la existencia de la culpabilidad. ¿Es esto cierto, supongamos para nuestros clásicos? No lo parece, salvo que aclaremos que al hacer esa afirmación sobreentendemos ocuparnos solamente del aspecto *intelectivo* de la culpabilidad. La definición del dolo como intención alcanzó, es cierto, a vulgarizarse en la jerga práctica acaso con perjuicio del estudio que merecían ciertas distinciones, como la de *animus* e *intentio* sugeridas en la propia definición carrariana del dolo, cuando dice que es la intención *más o menos perfecta*. Pero prescindiendo de esos detalles no pertinentes ahora, lo que queremos señalar es que, dentro de nuestra tradición legislativa, existía un obstáculo muy serio para no caer en la tentación de afirmar la culpabilidad sobre aquella única base, porque los códigos tradicionalmente han legislado de manera expresa y bastante clara, estableciendo que para ser culpable se debe haber actuado libremente en *concreto*, y para esto, *además* de mencionar el error, que vicia la decisión en su aspecto intelectual, se han referido siempre a la coacción, que la vicia en el aspecto voluntario. Las expresiones usadas por la doctrina, acaso no hayan sido muy afortunadas al alejarse de la clara terminología romana *vis absoluta* y *vis compulsiva*. En particular nos parecen poco felices las expresiones “violencia física”, “violencia moral” y “contrainte morales”, tan cara a los franceses, y tan esfumada en cuanto a su contenido.

Pero volvamos a FRANK. Después de aquella afirmación, sigue diciendo que gradualmente se fue advirtiendo que el concepto de culpabilidad requería algo más que la referencia intencional y “surgió—dice— la necesidad de tomar también en cuenta elementos “normativos”, pues la esencia de la culpabilidad es reprochabilidad y ésta no se funda pura y simplemente en el conocimiento” de los alcances o efectos de la acción. En seguida se verá por qué razón se ha llamado, “normativa” a esa otra cosa que tenemos que ir a buscar para integrar

el concepto de culpabilidad; la designación, *prima fronte*, parece bastante arbitraria. Lo que, a pesar del conocimiento, puede obstar a la culpabilidad es la "anormalidad de las circunstancias concomitantes en las cuales el sujeto despliega su libertad". Aquí, para fijar el concepto de libertad, entra en juego el § 51 del C. p. alemán, de cuya terminología recomienda FRANK no alejarse. Según ella, la libertad supone "no sólo la ausencia de presión externa..., sino también la ausencia de deficiencias internas espirituales". Así, no obra libremente el que lo hace sin capacidad de elección y de distinción, y éste *si bien actúa dolosamente es inculpable*. Adviértase como en este punto se incurre en el más crudo psicologismo, directamente concibiendo el elemento intelectual como intencionalidad psíquica neutra. Reduciendo a esquema la teoría normativa en este momento, diremos que el saber y el obrar (elemento intelectual y volitivo) para nuestra manera de ver son "mala" intención y "mala" acción, mientras que para el normativismo son intención + mala acción, puesto que, según FRANK, "la culpabilidad muestra en la libertad un elemento de que carece el simple dolo" (35). Ese elemento sería de naturaleza normativa, a diferencia de otro, que es, según vimos, psíquico.

El error de la teoría tradicional consistiría en que si bien ella también niega la culpabilidad cuando falta libertad, a ésta no la concibe "como elemento de la culpabilidad, sino como presupuesto de ella" (36). Es patente el equívoco en este planteo y a él conduce el haber debido construir la teoría sobre un código que no mostrara con limpieza y aún con una especie de simetría los elementos componentes de la culpabilidad: la capacidad de "intendere e di volere" del C. italiano, la de "comprender la criminalidad del acto" y la de "dirigir las acciones" del C. argentino. En cada uno de estos planos, y no en uno sólo, es necesario distinguir su funcionamiento como *presupuesto* y como *elemento*. Para que de un sujeto podamos decir que es culpable, se necesita:

- a) Que tenga la capacidad de comprender, y.
- b) La capacidad de obrar.

Si esto no ocurre, si no se dan *los dos presupuestos*, (y, no o) el problema está terminado, y no solamente se cometería un error metódico, sino que se incurriría en los resultados más injustos y absurdos si se continuara el análisis, porque las circunstancias que quitan los *presupuestos* de la culpabilidad y los que quitan los *elementos* de la culpabilidad son diferentes. Es sobre todo en el plano de la capacidad genérica (imputabilidad) (37) donde se ve operar con autonomía normativa al derecho, pues ante él *no vale* ni cualquier *intención* ni cual-

(35) *Kommentar*, pág. 138.

(36) *Op. cit.*, pág. 137.

(37) No obstante las muy buenas razones demostrativas de la incorrección de esta terminología, aducidas por el P. PEREDA en su trabajo citado sobre el *versari*, no parece conveniente apartarse de ella, por el riesgo de introducir todavía más equívocos en estos temas.

quier *decisión*, por reales que sean psíquicamente. Sólo valen cuando provienen de un sujeto que *antes* ha sido considerado por el derecho como dotado de la capacidad genérica de comprender y de querer de manera *jurídicamente válida*. De hecho, un menor de diez años *sabe perfectamente* lo que es un revólver de juguete y lo que es un revólver real y, además de saberlo, puede, también de hecho, decidir si toma el uno o el otro para disparar. Psíquicamente, esos actos son perfectamente iguales a los de un sujeto de veinte años. Y lo mismo pasa con gran cantidad de decisiones que toman sujetos claramente afectados por una enfermedad mental. El que con dudosa propiedad podríamos llamar “elemento normativo” actúa aquí con visible eficacia, y no sólo en el aspecto volitivo, por cierto, sino en ambos, porque excluye *en principio* y *en absoluto*, no obstante su realidad psíquica, toda consideración de ciertos procesos comprensivos y volitivos psíquica y naturalísticamente reales y aun perfectos. Para él, no obstante esa perfección, son *anticipadamente* nulos; el examen de su contenido real está excluido no individual, sino categóricamente. Y no es exacto que la doctrina tradicional acuerde ese carácter de presupuesto *solamente* a la *libertad*, según lo cree FRANK; también el valor de una “intención” singular tiene como *presupuesto* una capacidad jurídicamente satisfactoria de carácter general. El no padecer alucinaciones *en general* es un presupuesto para entrar a examinar el contenido concreto de una representación determinada, así como cierto grado de desarrollo general de la personalidad es un presupuesto sin el cual ninguna decisión tiene validez, sea acertada y lícita (acto jurídico) sea ella desacertada y perjudicial (delito).

Sólo cuando tenemos a un sujeto que reúne tales condiciones *a* y *b* como posibilidades, y no antes, podremos proceder a examinar si en concreto *comprendió correctamente* y *obró libremente*. En este punto, no podemos hacer muchas fantasías, porque el camino a seguir está firmemente trazado: lo que vicia la comprensión, el elemento intelectual, *es el error*, y lo que vicia el acto decisorio *es la coacción*. Y no hay más causas de exclusión de la culpabilidad, porque antes ya hemos acordado poder eliminatorio en general a las causas que excluían la capacidad de ser culpable: inmadurez, alteraciones morbosas de las facultades, inconciencia. No es, pues, exacto decir con FRANK que la doctrina tradicionalista concebía a la libertad sólo como *presupuesto* y no como elemento de la culpabilidad. La capacidad *jurídica* de comprensión y de decisión son ambas un *presupuesto* para el examen concreto de un acto; pero ello no basta, porque además se necesita que en aquél efectivamente haya existido comprensión y libertad. La comprensión y la libertad potenciales son presupuestos; la comprensión y la libertad *efectivas* son elementos de la culpabilidad.

15. *Dificultades dogmáticas del Código alemán.*

Esta especie de simetría entre "capacidad" (o imputabilidad) y "culpabilidad", que con respecto al Código argentino es tan sencilla, resulta del hecho de que ambos conceptos deben ser dogmáticamente contruidos sobre el mismo texto de ley, art. 34, 1.º, que al referirse al que no "ha podido" comprender la criminalidad del hecho o dirigir sus acciones, implícitamente está señalando, además del concepto de imputabilidad, el concepto de la culpabilidad.

En este punto, para nosotros, solamente existe la pequeña irregularidad introducida por la cuestión del error de derecho penal. En el Código alemán, esa misma simetría no existía, ni con mucho antes de la reforma del § 51, introducida en 1933, y en realidad, después de ella no resulta satisfactoriamente clara tampoco (38), aun cuando se haya modificado la definición de inculpabilidad, referida antes a los estados que excluyen la libre determinación ("seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war") y ahora a "comprender lo ilícito del hecho o a obrar de acuerdo con esa comprensión". La complicación siempre ha provenido del § 59, cuyo fin principal es el de definir el efecto del error y que, al hacerlo, se refiere, según hemos visto ya, al desconocimiento "de circunstancias de hecho" (Tatumstände) (39).

De este último párrafo, por implicancia, ha salido el concepto positivo de dolo, como conocimiento de *circunstancias de hecho*, base psicologista impuesta por la ley, que, naturalmente, no puede satisfacer a nadie como "forma de culpabilidad".

¿Se perciben ahora las dificultades dogmáticas que este tema presentaba para los alemanes en general? ¿No resulta bastante comprensible incluso la posición de WELZEL, al ubicar sistemáticamente el concepto de dolo en la acción, casi como si se tratara de un elemento cualquiera de la figura delictiva?

Es claro entonces que el hecho de la *intención* no es constitutivo de la culpabilidad, así como no es constitutivo de culpabilidad ningún elemento subjetivo del tipo: el que entra en una morada *que sabe* ajena no por ello es necesariamente culpable de violación de domicilio: puede haber obrado por coacción o por error; y así ocurre en cualquier figura con elementos subjetivos (40).

Partiendo de ese derecho positivo, se entiende el psicologismo de

(38) Aunque acaso exagera MEZGER, *D. penal*, I, § 63, cuando dice que la reforma de 1933 en realidad no introdujo en la ley nada esencialmente distinto de lo anterior.

(39) Acaso no acuerda suficiente gravitación a esas razones de derecho positivo para explicar la admisión por los alemanes de un *dolo inculpable*, ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ, en *Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea*. "Anales de D. Penal", Madrid, t. V (1952), pág. 45 y sigs. Vide, pág. 49, núm. 1.

(40) Lo señaló muy correctamente NÚÑEZ hace ya tiempo en *Los elementos subjetivos del tipo penal*, "Boletín de la Fac. de D. de Córdoba", año IV, 1942, especialmente § 5.

los normativistas, y se entiende que ellos echen de menos la necesidad de que esa intencionalidad (o la negligencia), para constituir culpabilidad, requiera algo más que *no* está en el § 59, es decir, que no está en lo que ellos llaman *Vorsatz*. La intencionalidad, en sí misma, no es ni buena ni mala. En realidad, tampoco lo era el otro elemento de la libre determinación, proporcionado por el § 51 cuando la doctrina normativa fue construida. Cuando una acción es libre, no por eso es, además, buena y, en todo caso, esa bondad no queda constituida ni certificada por el conocimiento de circunstancias de hecho (41). La culpabilidad no es ni el dolo, ni la culpa, ni la libertad. En realidad, tampoco puede consistir en un nexo psicológico entre el autor y el mundo sensible (42). Sólo queda como posibilidad la de que ese sea un juicio del mundo circundante (43).

Aun cuando las construcciones de los autores modernos son bastante diferentes de las doctrinas normativistas anteriores, a su vez "variadamente tornasoladas" (44), me parece que nadie ha mostrado como WELZEL la necesidad de definir la culpabilidad como un juicio, cuando dice, refiriéndose al hombre en general: "sus dotes y disposiciones—todo aquello que el hombre solamente "es"— pueden ser valiosos o irrisorios (pueden también, pues, ser valuados), pero solamente lo que de ellos él ha hecho o cómo los ha empleado, en comparación con lo que pudo y debió haber hecho o cómo haberlos empleado, sólo eso puede serle atribuido como "mérito" o *reprochado* como "culpa" (45).

La culpabilidad se apoya así claramente no ya en un hecho, sino en una relación, y no en una relación psíquicamente efectiva, sino en una relación *debida*, exigible.

Me parece que llegando a este punto se hace posible plantear contraposiciones doctrinarias más claras que las corrientes, fundadas en los motes ya tradicionales, y menos exageradas que la que presenta la célebre paradoja de ROSENFELD, según la cual el normativismo saca la culpabilidad de la cabeza del reo y la coloca en la cabeza del juez.

La contraposición no consiste en que se apliquen en este tema de una manera específica y propia las teorías de los valores (46). Todo en el derecho es valorativo, y no solamente la culpabilidad. Tampoco se

(41) Según MAURACH, op. cit., I, § 30, II, A, 2, FRANK con la ley en la mano muestra indiscutiblemente que hay acciones intencionales que no por ello son culpables.

(42) Así, MAURACH, en loc. cit. Según BETTIOL, *Diritto Penale*, págs. 290-291 ni siquiera la conciencia de la criminalidad del acto resulta suficiente como elemento normativo, porque no saca a la culpabilidad del plano naturalista para colocarla en uno valorativo.

(43) Así, MAURACH, I, § 30, II, A, 2. Según BETTIOL, es un juicio objetivo que el juez expresa en su valuación, loc. cit.

(44) Expresión de HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, pág. 212. Muestra también esos variados matices ANÍBAL BRUNO en *Direito Penal*, Río de Janeiro, 1956, t. II, pág. 411, esp. pág. 417, núm. 7.

(45) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 5.ª ed., 1956, § 20.

(46) Según lo entiende BETTIOL, *D. Penale*, loc. cit.

alcanza claridad si se cree que la culpabilidad consiste en el juicio que formula el juez. También la antijuridicidad de un hecho queda establecida por un acto del juez. Lo que ocurre preguntar es, tanto en un caso como en otro, si la antijuridicidad o la culpabilidad quedan *constituidas* por el pronunciamiento judicial o solamente *declaradas* y, en ambos casos, sobre qué bases se asienta el pronunciamiento (47).

La aclaración de este punto ofrece particular interés, porque señala ciertos límites delicados entre posiciones contrapuestas. Cuando se dice que la *culpabilidad es un juicio*, lo que en realidad se significa es que las valoraciones necesarias para enrostrar el hecho al reo son puestas desde afuera, por el Juez (48). Si no se quisiera decir esto, la doctrina no sería, sino una deplorable trivialidad.

Claro está que esa valoración hecha "por el juez" (BETTIOL) por el "mundo circundante" (MAURACH) se funda en algo que está en el sujeto; pero para *decir* que *es* un juicio es preciso que en éste se encierre un elemento que en el sujeto *no estaba*. De lo contrario, seguiría siendo verdad la observación de BINDING, y confundiríamos el efecto de la culpa, la reprochabilidad, por la culpa misma.

16. Culpabilidad real y presunta.

Lo que hace posible decir que la culpabilidad es un juicio de reproche deriva de concebirla, sobre todo, como exigencia. El polo opuesto a ese enfoque consistiría, esquemáticamente, en ver a la culpabilidad constituida por *rebelión*, o *menosprecio*. Me parece que uno de los muchos equívocos motivados por la terminología de FRANK deriva del empleo de la expresión *reprochabilidad*, porque esta palabra es inidónea para recibir la pesada carga doctrinaria que el problema traía y, sobre todo, para marcar efectivamente la distinción de los puntos de vista posibles.

Cuando en cambio, se dice que la culpabilidad deriva o proviene de una exigencia, se subraya hasta con exceso la posibilidad de casos en los cuales la culpabilidad es afirmada, y la pena impuesta, por razones de estado, desde fuera, sin atender propiamente la subjetividad efectiva del individuo en el caso concreto. Y esto es algo innegable en la realidad jurídica, y aun cuando el campo de este juicio constitutivo de culpabilidad sea hoy restringido y considerablemente moderado, acaso ningún régimen jurídico pueda considerarlo eliminable sin residuo alguno. El error de derecho, la culpa inconsciente, las infracciones

(47) Aun cuando la boga ha pasado, debemos recordar que la llamada teoría egológica consideraba al juicio del juez como constitutivo del delito, aun en su faz de ilicitud. Este aspecto del carácter constitutivo o declarativo del pronunciamiento, correctamente señalado por el P. PEREDA en op. cit., en "Anales", pág. 33.

(48) En este punto resulta ingenua la posición de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, V, pág. 228, cuando cree que no tiene nada de extraño afirmar que la valoración la haga el juez.

contravencionales, los delitos de olvido, abren campos en los cuales la vida práctica impone con cierta premura un derecho penal sin muchas contemplaciones. Es sabido que el derecho en muchos casos no tiene más remedio que efectuar generalizaciones que necesariamente compartan alguna injusticia individual.

No lo podemos negar; es de la esencia del derecho. Sin embargo, cuando la sanción jurídica es de carácter penal, cuando se trata de una norma retributiva, pareciera que en aquella actitud fuera envuelta una especie de contradicción. En las normas penales, en efecto, más que en las otras, se expresa con particular energía la finalidad preventiva del derecho, y ésta solamente a través de la subjetividad *real* de los destinatarios de las normas puede ser alcanzada. No hay otro mecanismo para ello, fuera de la "buena voluntad". Pues bien, cuando el derecho prescinde de ella y no hace consistir la culpabilidad en la real existencia de una actitud de menosprecio o, a lo menos, de indiferencia, es posible que aquél responda a exigencias inaplazables de la praxis, pero no cabe duda de que al sancionado no le guarda la consideración de persona. Le reconoce capacidad para ser castigado, pero se desentiende de examinar si tuvo voluntad de obedecer. El sujeto soportará una pena apoyada más sobre una presunción de culpabilidad que sobre una culpabilidad real. A veces, no hay más remedio: *vivere non necesse; navigare necesse*.

La teoría de la culpabilidad plantea, pues, una opción. Al generalizarse sus principios, es forzoso hacer algún sacrificio. Casi podría pensarse que la decisión es una mera cuestión de preferencia o de gusto; pero no es así. No podemos dejar de lado la lección que sobre este tema nos muestra el curso de la historia, en la cual las responsabilidades ficticias o presuntas han ido dejando recuerdos de inhumanidad y de injusticia, y ciertas reglas, trilladas durante siglos, como el *versari*, han ido mostrando una iniquidad antes inadvertida. El rumbo en que se cumple la evolución cultural en este aspecto del derecho lleva no ya hacia una nivelación impersonal, sino, por el contrario, al reconocimiento del ser humano como partícipe del orden jurídico, es decir, como ser espiritual y como persona.

Además, ya nos hemos referido a la mayor o menor amplitud alcanzada por los respectivos campos de la responsabilidad —diremos— objetiva y de la responsabilidad culpable, y verificamos con satisfacción que la primera se muestra hoy vergonzante y reducida a mínimos confines.

La opción, pues, al definir la culpabilidad, para nosotros es simple: se guía por lo que el derecho actual determina para la gran mayoría de los casos, y señala una dirección cultural que compartimos. Reconoce a desgana la existencia de poquísimas excepciones, en particular el error acerca de la prohibición.

La posición contraria puede parecer más ajustada dogmáticamente: pero no es así. Definir la culpabilidad como un juicio constitutivo y externo, como acto de autoridad, es una actitud que lleva una ventaja

sistemática sólo aparente, en cuanto los juicios asumen la forma de "reproche" en todos los casos; pero es lo cierto que en la inmensa mayoría de ellos ese reproche se funda en una real actitud subjetiva del reprochado. Para no confesar la excepción, desnaturaliza la regla, y con ello crea un error no ya marginal, sino conceptual y profundo.

No seríamos justos, sin embargo, si no recordáramos una vez más que la doctrina normativa, inseparable según HELMUTH MAYER, de la doctrina de las causas supralegales de no exigibilidad, ha sido presentada sobre todo como una construcción absolutoria para ciertos casos excepcionales como el de la partera y el del caballo desbocado. Esas demostraciones de "manga ancha" que despachan con una palmada benevolente para las debilidades humanas a la autora de unas falsedades documentales y al autor de unas lesiones, no hacen a la esencia de la doctrina. Lo que cuenta son los principios de ella, y éstos, si bien crean la posibilidad de esas absoluciones, tan dudosas por lo demás, la crean sobre la base de constituir el riesgo inverso de violar *en la sustancia* el principio *nulla poena sine culpa*, y de ampliar sin escándalo el campo de la responsabilidad objetiva y de la presunción de culpabilidad.