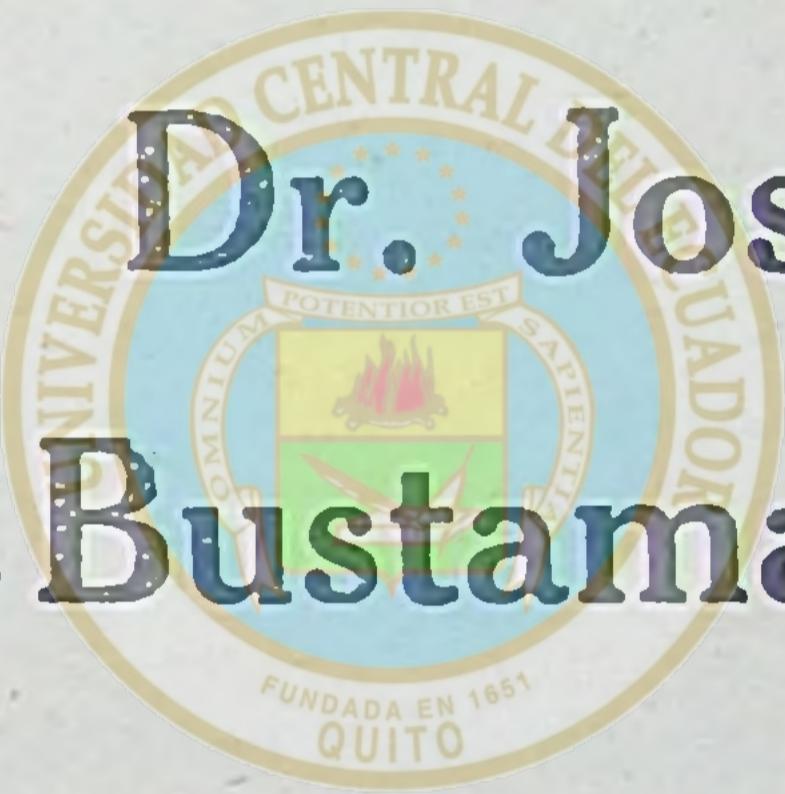


**Conferencia Sustentada  
por el Sr Dr. José Gonzá-  
lez Bustamante**



ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

X DOCUMENTACION DEL BELLITO

## CONFERENCIA SUSTENTADA POR EL Sr. Dr. JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE

EMINENTE PENALISTA MEXICANO, PROFESOR DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MEXICO Y MINISTRO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ESE MISMO PAIS, CON MOTIVO DE LA VISITA QUE HICIERA EN EL MES DE JULIO DEL PRESENTE AÑO A LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR.

LA CONFERENCIA EN MENCION LLEVA POR TITULO: "DOGMATICA DEL DELITO", Y TENEMOS LA COMPLACENCIA DE PUBLICARLA EN ESTE MISMO NUMERO.

### Palabras de agradecimiento del doctor José González Bustamante.

Os agradezco señor doctor Alfredo Pérez Guerrero, Rector de esta Universidad Central del Ecuador, el haberme brindado la oportunidad de acogerme en este recinto prócer y a mi colega el señor Catedrático de Ciencia Penal doctor Jorge Cornejo, las inmerecidas frases que me habéis tributado y las recojo, no para mi modesta persona, sino para mi patria y para los universitarios mexicanos vinculados estrechamente en los mismos ideales de superación y de cultura que persiguen los hijos de este gran país hermano.

He visitado en el curso de mi viaje diversas repúblicas de habla española y es aquí donde encuentro el típico calor del hogar lejano y la generosidad que ustedes me dispensan y que llevaré como una reliquia en el fondo de mi alma.

Voy a hablar a ustedes acerca de un tema que ha dado origen a las más acaloradas discusiones pero que lentamente se ha abierto paso por su profundo sentido científico. Me refiero al estudio **del delito según la Escuela Técnico Ju-**

**rídica**, pero debo aclarar cuál es el alcance de mi pensamiento. Yo no creo que llegue el día en que la Criminología devore al Derecho Penal ni que éste pueda subsistir sin el auxilio de la Criminología. Ambas disciplinas viven y se desarrollan en un esfuerzo común, para solucionar los problemas del fenómeno social llamado delito, y en un franco y armónico colaboracionismo, continuarán actuando en los dominios imponderables de la ciencia.

## DOGMATICA DEL DELITO

El Derecho como ciencia jurídica, capta los fenómenos de la convivencia humana y los coloca en una categoría determinada: los fenómenos jurídicos son necesariamente axiológicos y es inconcebible la relevancia de hechos y conductas, sin sujetarlos previamente al juicio de valor. Hechos de la Naturaleza y actos del Hombre, reciben una especial tonicidad cuando el Derecho los contempla y una vez que los capta, quedan en su esfera como hechos y actos jurídicos, sometidos a una especial regulación en sus efectos y ocasionalmente en su desarrollo. No existiría el Derecho sin la ciencia de los valores, como no existiría la mecánica, sin la teoría de la masa.

La ciencia jurídica es por su misma esencia, valorativa, normativa, y finalista. Estos caracteres se encuentran tan íntimamente enlazados que no se concibe la ausencia de uno de ellos. La filosofía de los valores ha profundizado ampliamente en el Derecho, como resultado de la penetrante influencia del neokantismo llevada a su máxima expresión por Kelsen. Sus corifeos sostienen que el fin no pertenece al Derecho cuyo contenido es la política: que ésta o la Sociología determinan, pero no las leyes. Aplicando el juicio de valor a los fenómenos del Derecho, puesto que éste se ocupa de conductas, debe seguir un fin.

El desarrollo de algunas conductas, puede no estar regulado por el Derecho y sin embargo, en un momento dado, es posible que lleguen a ser jurídicamente relevantes. Hay otras, que se encuentran sometidas a una regulación extrema por ser tal punto trascendentales para la vida social, que se estima indispensable someterlas en su evolución y efectos, a un sistema rígido que las comprenda. La norma abarca un Hecho y crea una categoría de contenido múltiple cuyo estudio compete al jurista para su mejor aplicación pero

la norma no puede confundirse con la ley ni menos identificarse con ella. Cuando determinados intereses, se encuentran protegidos por el Derecho, se elevan a la categoría de bienes jurídicos. Tal es la norma penal que puede captar conductas y consecuencias y que importa lo mismo al sujeto, al objeto, a la valoración y a la referencia y que por ello, entraña cuestiones de elaborada solución. En la elaboración de la norma penal, lo primero que debe atenderse, es al contenido material del fenómeno humano: después vendrá la valoración abstracta: enseguida, la referencia concreta y por último, la consecuencia. En cada una de estas situaciones, se encuentra comprendido el mandato enunciado en la Ley pero que no es, sino el reflejo del grupo en que ocurrió el nacimiento y al cual tiene como destinatario.

Si en la vida de relación, se da el supuesto fáctico de la norma, habrá que indagar sobre los demás que condicionan la existencia de la categoría jurídica para estar en aptitud de afirmarla. No puede atribuirse relevancia a la conducta si se la considera aisladamente: hay que examinar la concreta actuación del sujeto, adecuándola y contraponiéndola a la totalidad del ordenamiento jurídico para estar en aptitud de formular el juicio que proceda.

En el Derecho Penal Mexicano existe consagrado el principio de la exacta aplicación de la ley; —preclara reliquia del movimiento liberal— y el artículo 14 de la Carta Magna comprende, entre otras garantías, la prohibición de imponer “por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley, exactamente aplicable al delito de que se trata”. (13).

En la esfera penal, para juzgar de una conducta, lo primero que hay que hacer, es ir a la ley escrita para ver si la describe: luego, habrá que examinar el **actuar típico**, frente a los demás supuestos que condicionan la existencia de la categoría jurídica-delito. Es al estudioso del Derecho a quien corresponde esta labor y provisto del material que la ciencia jurídica le proporciona, concluirá su existencia cuando aquella reuna los caracteres que forman la noción de éste. De aquí resulta que es imprescindible delinear con claridad los contornos y establecer firmemente lo que es el contenido de la noción jurídica del delito de acuerdo con la postura que se sostenga. A propósito de dicha noción, deberá hacerse

(13) —Artículo 14 Constitucional. Constitución Política Federal de 1917.

una labor de subsunción y será aquella la que determine las conclusiones a que se llegue. Si del concepto del delito, está ausente el ser típico, para el mantenedor del Dogmatismo Penal Liberal, la conducta nunca será punible pero lo será para quien niegue tal característica como determinante.

En el camino de adecuación de un resultado a la categoría penal, se pasará ineludiblemente por cada uno de los elementos de esta y si dos observadores los conciben de diversa manera, diversa será también la adecuación intentada y podrá negarse la existencia del delito por uno, en atención a la falta de un elemento determinado y por el otro, por motivos análogos pero no idénticos.

Sucede frecuentemente en los estudios jurídico-penales que los escritores niegan que una conducta determinada sea delito, pero mientras éste lo hace aduciendo la ausencia del tipo, aquel se coloca en el examen de la antijuridicidad de la conducta y otro más hablará de la inculpabilidad. Todos coinciden en la afirmación última: ninguno en las bases que la sustenta: he aquí el problema que representa el examen de los resultados típicos.

## LA DOGMATICA COMO BASE DE ESTUDIO

Quien aborda un problema jurídico-penal con el propósito de resolverlo, es forzoso que posea el conocimiento que es la base de sustentación del Derecho Penal. Por ello, al estudiar los resultados típicos, debe apoyarse ineludiblemente en las concepciones dogmáticas. La dogmática penal no la entendemos como un conjunto de principios científicos, inmutables e indiscutibles o de verdades invariables y eternas, porque esto sería tanto como consagrar una tesis contraria a la realidad jurídica. Su postura es modesta: la Dogmática Penal consiste en "la reconstrucción del derecho vigente con base científica" o dicho de otra manera: **el estudio del Derecho Penal es dogmático, porque su origen es la certeza. "La dogmática se edifica sobre el derecho que existe y que cambia, al adaptarse progresivamente a las conductas de hoy. El Derecho vive y se aplica y aunque el Derecho Penal se halle limitado por la ley que es la única que lo crea, es Derecho cuanto en el marco de esa ley rige y se actúa por la voluntad y la inteligencia de los jueces".** (14) Es-

(14).—Jiménez de Asúa Luis. *La ley y el delito*. Edit. Andrés Bello. Caracas. 1945.

to quiere decir que hablar de dogmatismo penal, como sistema de estudio de la disciplina, diverso de otro cualquiera, resulta un contrasentido: el Derecho Penal es por naturaleza dogmático, por lo que al apuntar una solución al problema penal, cualquiera que éste aparezca, iremos a la concepción dogmática y recordando a Francisco Carrara, diremos que "mal podría constituirse éste sin aquélla". (15).

## LA CONDUCTA DE LOS HOMBRES EN LA SOCIEDAD

Con el auxilio de la Dogmática, trataremos de esclarecer los complejos problemas jurídico-penales que se presentan en el mundo, recordando ahora que "la Dogmática rechaza la idea de un derecho superior y racional que se halle por encima del Derecho vigente, lo que sería resucitar el Derecho natural ya sepultado y también huye de ocuparse de problemas causales y explicativos del crimen y del delincuente, porque con ellos caería en la confusión positivista" (16)

El Derecho Penal es, hoy en día, un derecho de conductas. Mezger así lo ha definido en función de la acción al ocuparse de la determinación del concepto del delito en el Derecho Positivo. Vicenzo Manzini, al estudiar lo que es el Derecho Penal y señalar sus límites, expresa que "como cualquier rama de la ciencia jurídica, lo que importa es la adopción del método, porque solamente con claridad y con precisión de criterio, se puede llegar a comprender el espíritu de la ciencia: su razón de ser: sus caracteres específicos: la naturaleza y alcance de las normas y a determinar un sano, armónico y fecundo progreso de la misma". Quien espiga en el campo de las ciencias penales, debe, ante todo, establecer, cuáles son sus límites. El conocimiento dogmático del Derecho, tiene por objeto establecer cuáles son los principios constitutivos y fundamentales: su terminología: su forma: sus combinaciones: la técnica de la aplicación. Entonces lo característico en la dogmática jurídica, es el conocimiento sistemático del Derecho, que se obtiene agrupando sus objetos, según su afinidad, en un todo, del cual después los objetos singulares se presenten como miembros o partes. A este conocimiento se llega mediante definiciones y clasificaciones, cuyos resultados son asumidos bajo conceptos más genera-

(15) — Carrara Francesco. Programa. Tomo I. Edit. Palma, Buenos Aires. 1944.

(16) — Jiménez de Asúa Luis. La Ley y el Delito. Edit. Andrés Bello. Caracas.

les, puestos como base del sistema, el cual se construye, en principio, elevándose de lo particular a lo general y después, se perfecciona descendiendo de lo general a lo particular, obteniéndose de este modo, el ordenamiento, la coordinación y la subordinación de los varios hechos y relaciones. (17).

El cultivo sistemático del derecho, se basa en la consideración de las fuentes del derecho objetivo y especialmente de sus fuentes formales. La Dogmática Jurídica es, en consecuencia, ciencia normativa por cuanto a que, los principios fijados por ella, no tienen valor solamente para el conocimiento, sino que tienden o pretenden llegar a tener valor de normas imperativas en el Derecho positivo. El estudio de las normas: la investigación de los principios generales de los cuales se desprenden y la deducción de las consecuencias derivadas de tales principios, constituyen en suma, la parte más esencial de la dogmática jurídica precisando la esfera de hechos y relaciones a que son adaptables los precitados principios a través de construcciones lógicas consideradas como realidades objetivas permanentes. Pero es evidente que como no existe concepto que no pueda ser llevado a la exageración, sucede también con la dogmática jurídica que cae en el terreno de lo absurdo cuando pierde de vista la finalidad que le es propia y que puede degenerar en "un inútil y aberrante bizantinismo". Esto sucede, **cuando se pretende conciliar intereses de escuelas que son substancialmente antípodas**, desvirtuándose los méritos de una magnífica abstracción que nos conduce a conclusiones lógicas y que luego, degenera en disquisiciones negativas que constituyen, como dice Manzini, "verdaderos virtuosismos cerebrales que más conducen a confundir que a aclarar". (18). El fin que persigue la dogmática jurídica, tiene que ser por su naturaleza, fundamentalmente práctico porque el Derecho Penal contempla la conducta de los hombres en el instante de transgredir la norma. El Derecho Penal, constituye un "conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando en el delito como presupuesto, la pena como consecuencia jurí-

(17) — P. de Francisci. *Dogmática e storia de la educazione jurídica*.

(18) — Manzini Vicenzo. *Tratado de Derecho Penal Tomo I*, traducción de Santiago Senties Melende. Ediar. Buenos Aires.

dica" (19). Con la aparición de las medidas de seguridad post-delictivas y que Quintiliano Saldaña considera como "verdaderas garantías sociales", el estudio se ha proyectado más allá de los límites que concibieron los autores clásicos. La necesidad de la descripción legal de la conducta punible, tuvo su origen en el preclaro principio del iluminismo francés de "NULLUM CRIMEN, NULLA POENA, SINE LEGE" que Jiménez de Asúa, con su acostumbrada penetración jurídica, traduce por "NO HAY DELITO, SIN TIPICIDAD" pero que indiscutiblemente, corresponde el mérito de la elaboración técnica del tipo, a la doctrina alemana.

Stubel, Luden y Karcher, habían considerado el tipo como el "conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica" pero en 1906, Ernest Von Beling, dió a la publicidad su célebre "Doctrina del delito" marcando un sentido diferente a la expresión "**Tatbestand**" comprendida en el artículo 59 del Código Penal Alemán de 1870.

Queda fuera de los límites de nuestro estudio seguir paso a paso la trayectoria de la doctrina del tipo pero es indispensable hacer algunas breves referencias. Beling concibió el "**Tatbestand**" como un "**esquema rector dominante para la fase objetiva y subjetiva**" que Sebastián Soler traduce como "**doctrina del delito-tipo**" y en relación con la cual, las figuras delictivas contenidas en el catálogo de la ley, se encuentran en posición subordinada. Para el creador de la doctrina, resulta inconcebible un tipo de delito que no presente analogía con el esquema rector y en su magnífica monografía escrita en el año de 1930 a propósito del mismo tema, introduce algunas rectificaciones a la postura mantenida desde el año de 1906 llegando a conclusiones que pueden sintetizarse en la siguiente forma: Existe primeramente una figura rectora que se llama **Leibid** y no "**Tatbestand**" para evitar las confusiones que lamenta en el "**GRUNZUGE**" que es el "**DELITO-TIPO**": luego viene el "**Delyktypus**" o "**tipo de delito**" puramente descriptivo y después aparecen el tipo de lo injusto y el tipo de la culpabilidad subordinados, cada uno de ellos, al primitivo esquema.

La Doctrina del "**TATBESTAND**" formulada originalmente en el año de 1906, fué objeto de violentos ataques de

(19) — Mezger Edmundo. Tratado de Derecho Penal 2<sup>a</sup> Edición. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Rev. de Derecho Privado Madrid.

parte de Binding pero a decir verdad, la dogmática del delito elaborada por Beling, está hecha a la medida del sistema jurídico-penal de la generalidad de los Códigos que han consagrado los principios sustentados por el Derecho Penal Liberal y que han afirmado recientemente, los juristas de las Naciones Unidas, partiendo del principio de la libertad y de la responsabilidad del individuo y del carácter de algún modo retributivo de la pena para darle unidad a la fenomenología criminológica. Lo que pasa es que al insigne Maestro de la Universidad de Leipzig: al maravilloso creador de la "Teoría de las Normas", no le cabía en el meollo que su discípulo Beling viniera a mejorar sus ideas. "De Beling, casi solo se preocupaba entonces Binding, para combatirlo con la ferocidad propia del competidor y la saña característica de los pleitos de familia". (20) Los ataques de Binding, hicieron mella en el pensamiento científico y casi se olvidó a Beling pero en 1915, Max Ernesto Mayer, movió vigorosamente la atención, y atrajo las simpatías hacia la doctrina del "Delito-tipo" como le ha llamado Soler y logró su reconocimiento. Beling es el autor de esta admirable concepción —piedra angular del Derecho Penal moderno, que ha sido ampliamente comentada por numerosos escritores y que a pesar— de los ataques de que ha sido objeto, ha salido triunfante y hasta en algunos casos, rejuvenecida y vigorosa, porque como ha señalado el propio Beling "Para el legislador, naturalmente, el acuñamiento de figuras delictivas no significa ningún juego de capricho. Por este medio realiza una doble valoración: separa lo ilícito culpable para establecer si es tan culpable y antijurídico, que deba o no ser punible y, por otra parte, establece una escala de valores, en el dominio de lo típico, en figura de tipos. Las figuras del delito, son cuadros normativos: tan normativos como la ilicitud y la culpabilidad en cuyo círculo se encuentran".

En 1931, aparece la obra magistral de Edmundo Mezger, cuyo conocimiento nos ha sido dable merced a la traducción a la lengua española realizada por Rodríguez Muñoz. Al referirse al tipo, Mezger sostiene que "en el propio sentido jurídico penal, el tipo significa el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos a cuya

(20)—Von Beling Ernest. "La doctrina del delito-tipo" traducida al castellano por Sebastián Soler.

realización va ligada la sanción penal” (21) y “mutatis mutandis”, Jiménez de Asúa, define el tipo “como la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho punible catalogado en la Ley como delito (22) Beling fué el gran sistematizador de la ciencia penal contemporánea: su pensamiento caló muy hondamente en la Teoría Jurídica del delito al concebir el acto, en función de la conducta, pero la estilización de los conceptos para facilitar su manejo por el jurista, corresponde a Mezger. Para Mezger, el delito es **acción** pero esta acción tiene que encuadrar en un tipo jurídico-penal: todo lo que no sea acción, para nada interesa al Derecho Penal. El delito es un acto imputable a un hombre, mas para que sea punible, es forzoso sujetarlo a un juicio valorativo a fin de establecer su antijuridicidad. Antiguamente, la valoración jurídica del acto, descansaba en el resultado dañoso producido y se despreciaba el examen de los elementos subjetivos. En el curso del tiempo, la valoración jurídica ha pasado por distintas etapas que nos hace recordar las doctrinas de Spencer en su conocida Teoría de la Evolución: “Es el tránsito de lo imperceptible a lo perceptible: de lo incoherente a lo coherente por medio de la concentración de la materia que trae consigo la disipación del movimiento”. (23) El juicio del valor ha pasado del periodo **teológico** al periodo **metafísico** y de éste al periodo **positivo**. La categoría de bien jurídico aparece desde los tiempos de la culta Roma pero alcanza su perfección en Carmignani y en Carrara. Para Carrara, el delito es: “la infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”. (24).

La antijuridicidad, es un concepto genérico que abarca a todas las normas del Derecho. La antijuridicidad por su propia esencia es valorativa. Podemos hablar de una “antijuridicidad típica” porque primero es el ser y después el deber ser. Lo primero que capta el jurista en la conducta humana, es si ésta es o no antijurídica: después le dará su debida adecuación en cualquiera de las ramas que comprende la cién-

(21)—Mezger Edmundo. Obra citada.

(22)—Jiménez de Asúa Luis. “La Ley y el delito”.

(23)—Spencer Herbert. Citando en sus lecciones de Sociología por Luis Chico Goerne.

(24)—Carrara Francesco. Programa.

cia del Derecho. Hablamos de antijuridicidad en el estadio del Derecho Civil, del Derecho Mercantil, del Derecho del Trabajo, etc., sin perder de vista que la antijuridicidad es preciso examinarla en función de la conducta, del acto del hombre, positivo o negativo. Hay que destacar cual es el límite de lo justo y de lo injusto y fundar la antijuridicidad, en la expresión desaprobadora de una conducta porque es contraria a las normas. Kelsen nos ha hablado con elegancia, del quebrantamiento a un estado de paz y hemos entendido que las normas legales, prevén los ataques injustos a los intereses legal y socialmente protegidos. Justo e injusto, son polos antípodas. Lo injusto, es lo contrario al Derecho y en este sentido, injusto y antijurídico, son términos sinónimos, a pesar de la relevancia en encontrar distinciones sutiles. Modernamente, se ha destacado que el delito es la "acción típicamente antijurídica y culpable". (25) Toda conducta típica es indiciariamente antijurídica, ha dicho Max Ernesto Mayer. Sin embargo objetamos que lo que preferentemente hay que examinar es si la conducta humana tiene características de antijuridicidad para examinar "a posteriori", si es típica y si es culpable. Una conducta antijurídica puede encuadrar en el tipo y si subvertimos los términos, habría que decir que todo lo típico, es antijurídico lo que implica un falso silogismo. La antijuridicidad, ha dicho Asúa, es por su naturaleza valorativa: la tipicidad, es descriptiva. El mérito de Mezger en la definición del delito, es haber ido de la disociación a la asociación: el delito es conducta "típicamente antijurídica y culpable"; los conceptos han quedado firmemente enlazados para no dar lugar a confusiones: **es antijurídico, lo contrario al Derecho: típico lo descrito por la Ley en sus preceptos: culpable, aquello que establece un juicio de reprobación en la conducta humana y que como la antijuridicidad, debe regirse por un juicio de valor.** En Mezger aparecen la tipicidad y la antijuridicidad, en íntima y estrecha conexión, apartándose del pensamiento de Beling y de Mayer que estudian la tipicidad, con independencia de la antijuridicidad. Mezger es, en consecuencia, el creador de una nueva dirección en la teoría jurídica del delito al distinguir entre la antijuridicidad, como injusto objetivo y la antijuridicidad como injusto típico. "Actúa antijurídicamente quien contradice las normas objetivas del Derecho". Esto sig-

(25)—Mezger Edmundo. Opus sit.

nifica, en principio, que la conducta del hombre sólo es punible cuando es antijurídica y que por antijuridicidad debe entenderse la contradicción que existe entre la conducta del hombre y las normas del Derecho. Cuando una acción se realiza en virtud de un derecho, la antijuricidad se excluye: el acto puede ser típico pero no antijurídico. Mayer le dió vivencia a la tipicidad como indicaria de la antijuridicidad: para dicho autor, la tipicidad no es meramente descriptiva porque el hecho de que una conducta sea típica, es bastante para presumir que es antijurídica. Mezger se aparta de la tesis de Mayer, conjugando los dos elementos: la tipicidad es consubstancial de la antijuridicidad: es su "ratio essendi" y en su opinión, no es posible estudiar dichos elementos con características independientes. La tipicidad, para Mezger, es más que un indicio: más que la "ratio cognoscendi" de la antijuridicidad: es la antijuridicidad misma aunque establece que pueden existir acciones que no sean antijurídicas y que sin embargo sean típicas: (Ej. la muerte causada a un hombre en defensa legítima o en cumplimiento de un deber legal) Subrayamos nuestra convicción sobre la existencia de una antijuridicidad general, según lo hemos expuesto antes, que abarca a todas las ramas del Derecho y de una antijuridicidad penal nacida desde el quebrantamiento de la norma. En lo que hay que insistir es en que no cabe diferencia ni existe zona de penumbra entre lo jurídico y lo antijurídico. Las normas objetivas del derecho se conciben como preexistentes a las normas legales: las normas del Derecho, son normas de cultura captadas en el Derecho legislado. Esto significa que las normas del Derecho es formar el acerbo de cultura de un pueblo y su juicio sobre determinados fenómenos que resultan de la convivencia humana y que por lesionar sus intereses, constituyen la antijuridicidad. El Derecho se ha creado para mantener el desarrollo regular de las sociedades y es contrario al Derecho aquello que lesiona los intereses de la Sociedad. Lejanos están los tiempos que consagraban un concepto individualista rígido y desprovisto de valor, ignorando que el delito es un fenómeno social y que su aparición revela un estado patológico que es preciso combatir.

Los autores modernos destacan la naturaleza esencial de la antijuridicidad objetiva. Las normas objetivas, implican necesariamente un sometimiento a sus mandatos porque son una consecuencia del sentir general captado en el

pensamiento del legislador. La voluntad jurídica determina aquello que es conforme al orden jurídico y aquello que lo contradice, lo que se realiza por la exégesis misma de los acontecimientos que se desarrollan en el mundo de relación. Frente a las **normas objetivas de valoración** en que como hemos dicho, se finca la antijuridicidad, aparecen las **normas subjetivas de determinación**. Este concepto penetra en el recinto de la culpabilidad pero es indiferente para la determinación del acto injusto que se supone ya establecido. La culpabilidad abarca el mundo circundante en que se mueve el sujeto de la infracción y consiste en "el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al sujeto, la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica" (26). Es indispensable deslindar las normas jurídicas que atan a la antijuridicidad en el ámbito de valoración en que se conciben, de las normas de determinación que afectan al agente del delito en una relación de ordinario psicológica y como una situación de hecho concreta frente al sujeto en quien se finca el juicio de reproche. Para algunos tratadistas, no es suficientemente clara la distinción entre la norma objetiva de valoración y la **norma subjetiva de determinación** y suelen confundirlas, concibiendo la antijuridicidad como un ataque contra la norma de deber, subjetivamente orientada. La culpabilidad la entendemos como una represión jurídicamente desaprobadora de la conducta del agente: como una verdadera situación de hecho. Así podemos decir que no es suficiente que el súbdito de la infracción haya procedido antijurídica y típicamente, sino que es preciso también, que su acción pueda ser relevante para merecer el juicio de desaprobación. La antijuridicidad como la culpabilidad, tienen un rasgo común: ambas son esencialmente valorativas pero en tanto que en la antijuridicidad aplicamos el juicio de valor al acto, la culpabilidad se finca en la persona que lo ejecutó. Cuando afirmamos que alguien ejecutó el acto, lo hacemos en función de la persona física a través de un proceso jurídico-psicológico, valorizado normativamente. El juicio de reproche, es, por lo tanto, un "juicio de referencia" al autor del acto que no es dable formar, sino poniendo en juego las normas de valoración respecto a la conducta del sujeto. Ser culpable es ser psicológicamente reprochable porque la culpabilidad no se funda en un criterio

(26) — Mezger Edmunda. Obra citada.

ético, sino jurídico y es por lo tanto, ajeno a la libertad de querer. La crítica del juicio supone la existencia de una conducta injusta. La noción del delito tiene su esencia en el injusto: si no existe el injusto, no existe la culpabilidad porque no puede fincarse el juicio del reproche de un acto cualquiera. Los tres elementos de la teoría jurídica del delito, están conectados íntimamente: no podemos independizarlos. Para encontrar en la culpabilidad el conjunto de los presupuestos de la pena, necesitamos hacerlo en función del autor como en la antijuridicidad lo hicimos en función del acto pero la culpabilidad es relación del autor con su acto, desvinculándola de toda otra característica. La culpabilidad es "el nexo moral que liga al sujeto con su acto" (28) y solo tiene existencia, cuando la acción aparece como "la expresión jurídicamente desaprobadora de la personalidad del autor mismo" (29).

Es característico en la concepción dogmática del delito el que cada uno de los aspectos positivos del mismo enunciados en el célebre cuadro de Guillermo Sauer, sirva a manera de soporte de los siguientes, y ello implica que, faltando digamos el primero, no aparezcan los subsecuentes. Consecuencia de esta ingeniosa elaboración es el que la culpabilidad tenga como presupuestos de orden técnico jurídico la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, y la imputabilidad, y por ello cuando se estudia el injusto como culpable, se supone que ya existió el juicio sobre la antijuridicidad y demás aspectos positivos que le preceden.

Tradicionalmente la culpabilidad ha sido un reproche a la conducta del sujeto, y dos tendencias se disputan la supremacía técnica dentro de este terreno; ellas son, el psicologismo y el normativismo. Campeón de la tendencia psicologista es el Argentino Sebastián Soler, y como exponente del normativismo puede señalarse al Germano James Goldschmidt; el primero de ellos, ataca duramente la concepción normativista afirmando que lo único que ha traído, es confusión al Derecho Penal.

Para el psicologismo la culpabilidad es un hecho psicológico y por ello la imputabilidad queda fuera del terreno que comprende; en cambio, para el normativismo la culpabilidad es ante todo valorativa y el hecho psicológico es el presupuesto de la misma. "Mutatis mutandis", vale decir que en la concepción normativista el hecho psicológico viene a ser a la culpabilidad lo que la imputabilidad dentro de la

psicológica. Mientras que para el psicologismo la culpabilidad tiene especies, para el normativismo grados, y éste último en su ingeniosa construcción, magistralmente defendida por Goldschmidt agrega como presupuesto del juicio de desvalor, "el dominio sobre el hecho" que debe tener el sujeto para que pueda existir el juicio de reproche correspondiente. La culpabilidad puede ser definida dentro de una tesis normativista como el juicio de reproche al hecho psicológico que contradice la exigencia jurídica de motivación; desde luego que el anterior concepto implica la aceptación de una serie de doctrinas cuya explicación "inextenso" escapa a la naturaleza del presente estudio, y por ello la omitimos.

La culpabilidad puede aparecer en varios grados: dolo o culpa. El dolo ha sido definido tradicionalmente como la voluntad del resultado, y la culpa como la ausencia de previsión del mismo. Beling afirmó que el delito tipo es el esquema rector no sólo de la antijuridicidad, sino también del contenido del dolo, y por ello se afirma que el error accidental no destruye la culpabilidad, pues, refiriéndose el dolo al delito tipo, es indiferente la aparición del resultado en un sujeto o en otro. La tesis de Beling ha tenido mantenedores en el derecho universal, y puede afirmarse que el cien por ciento de los dogmáticos la aprueban y la defienden; sin embargo, no está exenta de crítica, pues de admitirse que el dolo es voluntad del resultado subordinado a un delito determinado, cuando a virtud de un error accidental se lesionan un bien jurídico no comprendido dentro del delito tipo que captaba el resultado querido, habrá de admitirse, para ser congruente con la tesis del creador de la doctrina del tipo, que se está en presencia de la culpa, lo que definitivamente es inadmisible pues, todo concurso ideal en el que se lesionaran diversos bienes jurídicos, y uno de ellos estuviera subordinado a delito tipo diverso, sería concurso de delitos dolosos y culposos, y además, todo error accidental, a virtud del cual se lesionara un bien jurídico no subordinado al delito tipo rector del tipo que se pretendía realizar, sería indudablemente una tentativa, más delito por culpa; ahora bien, si el dolo se entiende como la voluntad de romper el orden jurídico sin sujeción al resultado, se obvian las dificultades teóricas y prácticas que se han apuntado, y la voluntad se convierte solamente en un criterio para fijar la peligrosidad del sujeto y no, como en la tesis de Beling para resolver los problemas de la culpabilidad en el grado doloso; además, conce-

bido el dolo en forma de voluntad de romper el orden jurídico, se obvia el problema tan debatido de la preter-intencionalidad, y se evitan las serias complicaciones que el mismo trae aparejado.

Se distingue dentro de la culpabilidad dolosa el dolo directo y el eventual como grados fundamentales; el directo es la voluntad de romper el orden jurídico, y el eventual la previsión de la contradicción al orden jurídico, más, la aceptación correspondiente. La culpa puede entenderse como la falta de previsión de la contradicción al orden jurídico, y tradicionalmente se ha afirmado que la culpa tiene dos direcciones, la culpa inconsciente, cuyo substratum es el anteriormente enunciado, y la culpa consciente en la que el sujeto prevé la contradicción al orden jurídico, pero tiene la esperanza de que dicha contradicción no se realice.

Son los anteriores los lineamientos básicos para un bosquejo de la culpabilidad, y como lo afirmamos anteriormente, toda conducta culpable es necesariamente antijurídica, y tanto antijuridicidad como culpabilidad son valorativas, pero mientras que el juicio de valor en la primera tiene por objeto la conducta en abstracto, en la segunda su contenido es el hecho psicológico en concreto.

Gracias mil distinguido auditorio por la atención que habéis prestado a mi disertación y por la inmerecida hospitalidad espiritual con que <sup>AÑO</sup> <sub>DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL</sub> habéis acogido mis pobres conceptos.