

«Las estructuras lógico-objetivas en el Derecho penal» *

ENRIQUE RAMOS MEJIA
Profesor Titular de Derecho penal en la
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Universidad de Buenos Aires

Según la Real Academia Española, subjetivismo significa “predominio de lo subjetivo”, es decir, de lo “relativo al sujeto”, término este último con el cual, en Filosofía, se alude al hombre, por oposición al mundo exterior, en relación de sensibilidad o de conocimiento respecto de algún objeto existente en ese mismo mundo. El vocablo “objetivismo” no figura en nuestro diccionario, pero, invadiendo la competencia académica, me tomo la libertad de utilizarlo para caracterizar con claridad el antagonismo entre dos posiciones científicas que han hecho correr mucha tinta en el ámbito jurídico. Podemos entonces entender con él el predominio de lo objetivo, es decir, de lo relativo a los objetos en sí, con prescindencia de su eventual titular.

No hay duda que en la esfera del Derecho penal quien infringe sus normas, entrando en oposición o en conflicto con el mundo exterior y los objetos en él existentes, es un sujeto, comúnmente llamado con razón “sujeto activo”. Y no hay tampoco duda alguna que en esa misma esfera jurídica tal infractor se convierte luego en objeto frente a otro sujeto: el Juez, que en nombre de aquel mundo exterior, de la sociedad, y en ejercicio de una facultad propia, lo ha de declarar inocente o culpable, imponiéndole en este caso una pena.

En presencia de estos dos protagonistas, fácil resulta colegir el doble juego de consecuencias que pueden sobrevenir de un exagerado predominio de lo subjetivo, bien en lo que hace al sujeto activo del delito, bien en lo que hace al titular de la función judicial. Y parejas consecuencias se podrán advertir si frente al subjetivismo se alza un exagerado predominio de lo objetivo. No se crea, sin embargo, como parecería a primera vista, que ello puede ocurrir separadamente; por el contrario, y la historia lo demuestra, la excesiva

(*) Trabajo leído en la Sociedad Argentina de Criminología el 1 de septiembre de 1970.

consideración de aspectos de índole subjetiva en el delito o en su autor o el predominio de cierto arbitrio judicial suelen ir acompañados frecuentemente por tendencias contrarias al objetivismo jurídico y proclives a un derecho libre. Tal vez en el fondo de este problema se encuentren, desde un punto de vista más general, las hondas raíces de una opción entre la seguridad y la certeza que asegura el principio objetivo de estricta legalidad, que naciera en la época del liberalismo, y el ansia por una mejor justicia, que suele estar más allá de los rígidos marcos legales. Pero el examen detallado de este trasfondo me llevaría más allá de los límites que me he trazado. Mi preocupación inmediata y más modesta es echar hoy una mirada sobre lo que ocurre en el círculo más estrecho del derecho penal. En él predominó durante un tiempo un enfoque bien objetivo de los aspectos del delito. A comienzos del siglo que vivimos, sin embargo, tal estructura entró en crisis, y fue acentuándose el predominio de elementos subjetivos, al extremo de haberse llegado a propiciar un Derecho penal asentado en el autor y no en el acto. Una reacción se insinuó debido en parte a las funestas consecuencias del régimen jurídico instaurado por el nazismo, y se señala entonces que el Derecho penal se encuentra estrechamente vinculado a estructuras lógico-objetivas. Sin embargo, a pesar de tal designación, esta nueva postura no podía significar un regreso, imposible ya, al extremo objetivismo del siglo xx, y, también, a pesar de su nombre, se encuentra en tales estructuras cierta dosis de subjetivismo. ¿Qué suerte corre entonces el Derecho penal? No sé si las reflexiones que me he hecho, y que expongo a la benevolencia de ustedes, aclararán el inquietante panorama.

El objetivismo jurídico es hijo de la filosofía del Iluminismo, opuesta en política a los gobiernos absolutistas y arbitrarios de la época. Su tesis principal afirma el primado de la ley como garantía de la libertad y de la seguridad individual y como dique contra el desborde del poder estatal. Sus corolarios son, en la órbita del Derecho penal, la claridad de las normas legales y la prohibición, por ende, de leyes en blanco y cláusulas elásticas, la precisa tipificación de los hechos punibles, la irretroactividad de la ley (salvo el caso de benignidad) y el rechazo de la analogía. Todo esto es lo que caracteriza en su esencia al positivismo jurídico, y se lo desnaturalizaría si se lo redujese a mero nexos formales entre la ley general y el poder superior capaz de promulgarla con imperio.

Si la filosofía del Iluminismo marca el origen histórico del contenido conceptual del positivismo jurídico, en la práctica éste aparece en los albores del siglo xix, primero al comenzar en Francia el período de la codificación y desarrollarse luego la Escuela de la Exégesis; más adelante en Alemania con la Escuela Histórica, aunque en este país no dejó también de tener influencia la obra de Kant y en particular, en lo que aquí interesa por ahora, su teoría de la separación del derecho y la moral, pues por lo demás, y en lo

que concierne a los fundamentos del Derecho penal, la influencia de aquel pensador ha sido notable en Alemania, al punto que Helmuth Mayer ha expresado: "Somos un pueblo de kantianos. No siempre, en verdad, de buenos kantianos, y a veces tal vez de malos kantianos, porque muchos alemanes no conocen los orígenes del pensamiento alemán en Kant" (1).

En ese ambiente cultural la legalidad, de positivismo jurídico, de objetivismo, vieron la luz en Europa en la primera mitad del siglo XIX los Códigos Penales de Francia de 1810, de Baviera de 1813, de España de 1822, de algunos Estados italianos, de Prusia de 1851, y nacieron en Italia y en Alemania las llamadas Escuelas Clásicas, cuya común ideología culminó en esos países con las obras de Carrara y de Binding.

Según las eruditas palabras de Sebastián Soler, "Carrara es una expresión perfecta de ese noble y fecundo pensamiento liberal italiano del siglo pasado" (2). Su positivismo jurídico, su objetivismo, afloran permanentemente en su obra a través de su noción del delito como ente jurídico, de su teoría de las fuerzas del delito, de su concepción de la pena como tutela jurídica. En el ámbito del delito no descuida, claro está, la que llama fuerza moral subjetiva, pero para el maestro pisano "la esencialidad de un delito está completa y perfecta cuando el hecho ha alcanzado su objetividad jurídica" (3), con prescindencia de la objetividad ideológica del culpable. Y respecto de la pena, no descarta la enmienda como "cartabón subsidiario" y "fin accesorio del Derecho penal" (4), pero defiende con pasión la tesis según la cual "el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad" (5).

Y según otro autor no menos erudito, Maurach, debe considerarse a Binding como el último representante de las teorías absolutas del Derecho penal, creador de un sistema dogmático positivista "basado en la autoridad de la ley y en el mandato de la norma", al cual "sólo se le hará justicia si se le juzga a través de su tiempo, a través de la época del nuevo Imperio, de un Estado ético conducido con entusiasmo por la burguesía" (6). Es evidente, sin embargo, que en el caso de Alemania no puede omitirse el nombre de Binding al pretender caracterizar al Derecho penal surgido de los puntos de vista objetivos del positivismo jurídico, debiendo señalarse que cuando Binding escribe en 1906 "La doctrina del delito" predominaba en la base de

(1) H. MAYER, *Les fondements du droit pénal allemand actuel*, en "Revue Internationale de Droit Penal", 1967, Nos. 1-2. p. 61.

(2) Prólogo a la versión española del "Programa del Curso de Derecho Criminal", Buenos Aires, 1944, vol. I, p. IX.

(3) F. CARRARA, ob. cit., vol. I, p. 65.

(4) F. CARRARA, ob. cit., vol. I, p. 396.

(5) F. CARRARA, ob. cit., vol. I, p. 438.

(6) R. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, Barcelona, 1962, t. I, p. 72.

la teoría la neta distinción entre elementos objetivos y subjetivos, cuya perspectiva pureza era axiomática. En esa estructura, el núcleo esencial de los elementos objetivos era la acción, concebida naturalmente como mera causación de un cambio en el mundo exterior, y a ella le seguían la tipicidad, exenta de juicios de valor, y la antijuridicidad, entendida objetivamente como violación formal de la norma; lo subjetivo lo constituía la culpabilidad, vista como un hecho puramente psíquico a través del dolo o de la culpa.

Pero ese firme positivismo como telón de fondo y este armónico y en apariencia sólido edificio de la teoría jurídica del delito comienzan a resquebrajarse contemporáneamente con la primera guerra mundial por obra de factores de distinta índole, y en el transcurso de la consiguiente evolución, dentro de la cual el mundo fue testigo de la violenta instauración del régimen nazi y de su influencia en el Derecho penal alemán, nuevas teorías políticas y filosóficas ocuparon el lugar de las antiguas y se modificó radicalmente la clásica estructura del delito.

Con ser su aporte muy importante, los cambios no fueron obra exclusiva de la dogmática, y en Alemania, cuya ciencia penal se puso a la cabeza, no puede dejar de señalarse la influencia de una nueva política de contenido social y el influjo de nuevas corrientes filosóficas.

En cuanto al primer aspecto, en opinión de Maurach “la orgullosa autosuficiencia de las teorías penales liberales no pudo sobrevivir un decenio a la fundación del Reich” (7), y la transformación social, el proceso de industrialización y la convicción de que los recursos penales fundados en la retribución no eran ya eficaces fueron preparando el futuro cambio. Es que el Imperio de Bismarck, asentado sobre el equilibrio entre la nobleza feudal prusiana y la fuerte burguesía liberal, se enfrentó a la caída del Canciller con la fuerza nueva del proletariado, paulatinamente en ascenso desde los últimos años del siglo XIX, y, como lo señala Alessandro Baratta, “mientras el Código civil alemán, sancionado en 1901, no pudo dejar de tener en cuenta ese nuevo equilibrio político post-bismarckiano y las nuevas exigencias técnicas de un país entrado de lleno en la época social, muy grande era la distancia que separaba el Código Penal alemán del espíritu de la época social. En vigor desde el 1.º de enero de 1871, este código cerraba una época, pero no abría una nueva; surgía en efecto en los umbrales de la época social del Derecho penal y de la ciencia criminal, con Lombroso y Ferri en Italia y con von Liszt en Alemania, pero constituía la última gran expresión de la orientación penal liberal” (8).

(7) R. MAURACH, ob. cit., t. I, p. 73.

(8) A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milán, 1953
página 37.

Y también nuevos vientos comenzaron a soplar desde el ámbito de la filosofía, poniendo en jaque al positivismo jurídico tradicional, asentado en el dogma “la ley es la ley”, y a la clásica estructura del delito, vientos que irrumpieron en el Derecho penal primero por obra del positivismo criminológico y después, más fuertemente, a raíz de las ideas preconizadas por la filosofía de los valores de la Escuela Sudoccidental del positivismo lisztiano —pues no cabe olvidar que von Liszt había escrito en 1882 su ensayo sobre el fin en el Derecho penal (9)—, junto a la realidad existen conceptos resultantes de una elaboración metodológica practicada por el sujeto cognoscente, apareciendo entonces junto a las categorías del ser las del valor, y en contraste con las ciencias de la naturaleza las de la cultura, entre las cuales se ubica ahora el Derecho, que procede fundamentalmente en sentido valorativo (10). Así, el positivismo jurídico, “anclado en la exégesis filológica de la norma, en el conceptualismo, en el método deductivo, resultaba superado por una construcción de los institutos jurídicos que integraba el dato normativo con una referencia al sustrato real sociológico-psicológico y al fin, al valor” (11). De esta manera, un incierto teleologismo de raíz subjetiva comenzaba a reemplazar al firme y objetivo positivismo.

Aquí, sin embargo, debemos abandonar la vertiente jusfilosófica, a fin de mantener nuestra mirada sobre el Derecho penal, al cual los factores apuntados, de índole política uno y de naturaleza filosófica otros, impulsaron por nuevos derroteros, tanto en el campo más dilatado de la criminología como en el más estrecho de la dogmática.

En esta última el progreso fue rápido, y frecuentes los cambios. Würtenberger ha expresado en ese sentido que “si se pasa revista al desarrollo dogmático de la teoría del delito en los últimos años, la mirada apunta críticamente a la rapidez a menudo sorprendente con que se cambian los puntos de vista y se accede a nuevas posiciones dogmáticas, abandonando conceptos tradicionales, atribuyéndoles significados totalmente diversos o insertándolos en nuevos esquemas sistemáticos que muy pronto son de nuevo criticados como verdades de ayer al amparo de un nuevo modo de ver el problema” (12), y recuerda la observación de Hermann Bruns según la cual han sido tan frecuentes los cambios en las concepciones dogmáticas de un solo autor —Welzel— que resulta difícil su comprensión aún para sus discípulos.

Y aquí comienza a descubrirse cómo se inclina peligrosamente el Derecho penal hacia el subjetivismo.

(9) Hay edición italiana. *La teoría dello scopo nel diritto penale*. Milán, 1962.

(10) Vid.: J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, 1963, págs. 19 y 20.

(11) A. BARATTA, *Positivismo giuridico e Scienza del diritto penale*, Milán, 1966 p. 94.

(12) T. WÜRTEMBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milán, 1965, p. 8.

Aunque ello importe adelantarme a algunas cuestiones, es oportuno ya destacar que la actual estructura de la teoría del delito, en comparación con la clásica a que antes aludí, presenta un aspecto diferente. Se mantienen ciertamente en ella elementos objetivos y elementos subjetivos, pero su distinción no es ahora tan neta ni pasa por el mismo lugar su línea divisoria. No es tarea fácil ubicar con exactitud el punto de partida de esta evolución en el área dogmática, pero comúnmente se piensa que fue en 1911 con la monografía de Fischer sobre la antijuridicidad, en la cual su autor sostuvo que lo prohibido no era el mero suceso objetivo, sino éste en tanto y en cuanto determinada actitud subjetiva presida la acción, obra a la cual siguió el ensayo de Hegler sobre los elementos del delito, en el que se hace referencia a los llamados desde entonces elementos subjetivos de lo injusto. Se señaló así, con toda razón, que la tipicidad no era extraña a juicios de valor, ni podía ser entendida la antijuridicidad en sentido puramente objetivo, pues con ejemplos legales, los delitos de intención y de tendencia, se demostró que el legislador construye a menudo los tipos sobre la base de elementos subjetivos que no integran la culpabilidad. Pocos años después, a partir de 1916, por obra de Frank, Goldschmidt y Freudenthal, nace y se desarrolla una nueva concepción de la culpabilidad, llamada normativa, en cuya virtud la culpabilidad se convierte de mero nexos psicológico en juicio de reproche, para cuya formulación se toman sí en cuenta el dolo y la culpa como hechos psíquicos, pero añadiendo principalmente la consideración de las circunstancias en que el hecho fue ejecutado y el cartabón normativo esencial de la exigibilidad de una conducta conforme a derecho, hasta que años después sería denunciada esta teoría a causa de esa mezcla de cosas valorables y juicios de valor. Y, por último, en años más recientes, bajo la influencia de nuevas corrientes filosóficas como la ontología y la ética de Nicolai Hartmann, el interés se vuelca de la mano de Welzel al concepto de acción, concebida, no ya como proceso causal ciego, sino como "ejercicio de actividad final" (13), y un nuevo dogma, el de la finalidad, que reemplaza al de la causalidad, revoluciona desde los cimientos la estructura puesta ya a prueba de la teoría del delito con consecuencias que no concitan la vieja unanimidad de los científicos ni aún el apoyo de todos los finalistas.

Las cosas, sin embargo, no paran acá, ni es ésta una versión acabada y definitiva. Hay en este camino algunas etapas que han quedado atrás, como la pretensión de construir un Derecho penal de autor, y hay también algunas cuestiones aún discutidas, como la relativa a los elementos subjetivos de la justificación y la más avanzada del injusto personal, con la cual, de ser aceptada literalmente, se tornaría bien confuso el deslinde de antijuridicidad y culpabilidad.

(13) H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, Barcelona, 1964, página 25.

Debemos volver nuevamente, sin embargo, aquí a considerar factores políticos, pues cabe señalar que esta última y más drástica reforma dogmática a manos del finalismo, que impresiona en un primer momento por su subido subjetivismo, no fue ajena a la situación imperante en Alemania a la caída del régimen nazi. La fue imputado en efecto al positivismo haber desarmado de hecho a los juristas alemanes, por medio del principio "la ley es la ley", frente a leyes de contenido arbitrario y a veces hasta delictivo (14). Radbruch, uno de los que formulara tal cargo a pesar de haber sostenido antes en aras de la seguridad que para "el Juez es un deber profesional sacrificar su sentimiento jurídico al mandato imperativo del derecho establecido" y que "todo juez atenido a la ley es por eso y sólo por eso también al mismo tiempo un juez justo" (15), pensó entonces, ante la dictadura nacionalsocialista implantada en 1933 y la posterior ocupación aliada a partir de 1945, que junto a la seguridad se encuentra también el valor justicia, y que es necesario "volver a construir de nuevo un estado de derecho que satisfaga en lo posible ambos pensamientos" (16).

Esos trágicos acontecimientos, con sus resonancias en el derecho, produjeron lógicamente una reacción jusnaturalista, proclive al subjetivismo. Sin embargo, esa reacción bien pronto se aquietó, y pudo decir Welzel en 1953: "Nos encontramos hoy en Alemania, siete años después de la catástrofe, ante el grave peligro de volver a caer en un positivismo legal extremo", por lo cual "es necesario estar especialmente alerta y aclarar el problema del valor y de los límites del positivismo jurídico" (17). La superación del positivismo no se encuentra sin embargo, según Welzel, en el derecho natural, en un derecho "suprapositivo" de contornos difusos, sino en "aquellas estructuras lógico-objetivas insertas en la materia jurídica y preliminares a toda regulación positiva" (18). En otros términos, según Cerezo Mir habría que conceder más atención a "la posibilidad de deducir de la naturaleza de las cosas, es decir, de la naturaleza de la materia de la regulación del Derecho, el contenido de la regulación jurídica justa" (19), al tiempo que para Radbruch, que ha escrito un libro titulado precisamente "La naturaleza de la cosa como forma jurídica del pensamiento", ahí está la solución para quie-

(14) G. RADBRUCH, *Arbitrariedad legal y derecho supralegal*, Buenos Aires, 1962. p. 35.

(15) G. RADBRUCH *Filosofía del Derecho*, "Editorial Revista de Derecho Privado", Madrid, 1944, p. 112.

(16) G. RADBRUCH, ob. cit. en nota 14, p. 51.

(17) H. WELZEL, *Derecho natural y positivismo jurídico*, incluido con otros ensayos en "Más allá del Derecho natural y del Positivismo Jurídico". Córdoba, 1962. p. 19.

(18) H. WELZEL, *Derecho natural y Justicia Material*, Madrid, 1957, página 260.

(19) J. CEREZO MIR, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia". Madrid, julio, 1961.

nes se esfuerzan por superar el rígido dualismo, propio del neokantismo de la Escuela Sudoccidental alemana, de ser y deber ser, de realidad y valor (20).

Respecto de las estructuras lógico-objetivas nos dice Welzel: "En verdad, se ha confiado a la ciencia la noble tarea de señalar en la materia jurídica aquellas estructuras lógico-objetivas que están dadas de antemano al legislador y que, por consiguiente, pueden confirmar o rechazar la regulación de aquél. Aquí tiene la ciencia su punto fuerte frente al legislador. Esta relación con estructuras a las cuales el legislador también está atado otorga a la ciencia una gran responsabilidad frente al Derecho y confiere seriedad y jerarquía a su actividad: es de esta manera protectora del Derecho frente al legislador" (21). Y Welzel, a fuer de buen penalista, se maneja claro está con el Derecho penal, cuya parte general, según él, está cruzada en gran medida por estructuras lógico-objetivas, como son en su opinión la acción, la participación criminal, la culpabilidad.

En relación con la acción expresa en ensayos de índole más filosófica que dogmática: "Quien quiera imponer normas a la acción tiene que presuponer la estructura categorial del hacer humano; ningún legislador puede modificarla. Sobre esta estructura se puede, desde luego, formular declaraciones de validez universal, especialmente en lo que se refiere a su legalidad final. De aquí surgen determinadas consecuencias dogmáticas con respecto a los elementos singulares de la acción y a la recíproca posición de los mismos entre sí. Sobre todo, en lo que se refiere a la función y posición de la voluntad en la estructura de la acción. Aquí no tienen ni la ley ni la ciencia libre poder de determinación. Aquí se acierta o se fracasa. En este último caso se producen necesariamente lagunas, paradojas, contradicciones" (22). Es por ello que para Welzel el contenido de la voluntad, dentro de la teoría del delito, pertenece al capítulo de la acción, por ser inseparable de su concepto, y asumen también la condición de estructuras lógico-objetivas la participación, por su dependencia de una acción final, y la culpabilidad, por ser, en cierta medida, una cualidad negativa de la acción misma.

Las estructuras lógico-objetivas vendrían a desempeñar así la noble misión de evitar que el derecho positivo tenga cualquier contenido, pero al partir de estructuras de ese tipo dadas en la propia acción humana se podría correr el riesgo de hacer predominar el enfoque subjetivo del titular de la acción, principalmente con la consecuencia última, congruente, sin embargo, en el finalismo welzeliano, del llamado injusto personal.

No por conocido he de omitir alguna breve referencia al sistema del fundador del finalismo. En el prólogo escrito en 1955 por Welzel

(20) Hay versión española editada en nuestro país en 1963 por la Universidad Nacional de Córdoba con valiosa introducción de Ernesto Garzón Valdés.

(21) H. WELZEL, ob. cit. en nota 17, p. 37.

(22) H. WELZEL, ob. cit., p. 39.

para la edición argentina de su "Derecho Penal", nos dice: "el interés principal de este libro y la idea fundamental de la teoría de la acción finalista desarrollada en él, es averiguar los elementos estructurales de la acción humana, que están dados a todo legislador y a toda ciencia, en su relación real, y vincular con ellos, en forma adecuada, las características delictuales de la adecuación típica, la antijuridicidad y la culpabilidad". El sistema, sin embargo, sufrió substanciales enmiendas a través de sucesivas ediciones de esa obra, y bien pudo entonces Welzel en 1964, en ocasión de publicarse en España "El nuevo sistema del Derecho penal", que resume los capítulos más importantes de aquel manual, agradecer al profesor Cerezo Mir "el esfuerzo realizado para traducir mis nuevos y no siempre fácilmente comprensibles razonamientos". Welzel admite sin hesitación el valor absoluto de las estructuras lógico-objetivas, y considera así a la acción humana, cuya esencia finalista es su firme punto de partida. La voluntad propia de la acción finalista se dirige al objetivo que se propone alcanzar, a los medios que debe utilizar para ello y a las consecuencias necesariamente vinculadas con el empleo de tales medios. Como tal, sin embargo, resulta indiferente al orden jurídico, salvo que la acción voluntaria esté dirigida a la concreción de fines calificados de antijurídicos por el Derecho penal en los tipos de los delitos dolosos. Dolo para Welzel, como concepto jurídico, es aquella voluntad finalista de acción que está dirigida hacia la concreción de las características objetivas de un tipo de injusto. Años antes, como más arriba quedó dicho, los llamados elementos subjetivos de lo injusto produjeron una de las primeras fisuras en la clásica teoría del delito, estructurada sobre la neta separación de lo objetivo y lo subjetivo. Ahora se advierte, además, y así lo hace también Welzel, que no puede concebirse a la tentativa sin el dolo como elemento subjetivo de su injusto típico, y ello debe conducir lógicamente a considerar "que si el dolo pertenece al tipo y no a la culpabilidad en la tentativa, tiene que conservar la misma función cuando la tentativa pase al estadio de la consumación" (23). Y si el dolo es ya un elemento constitutivo del tipo, lo que parece cierto en códigos que configuran y castigan la tentativa sobre la base de un claro elemento subjetivo, sostiene Welzel en su consecuencia que lo injusto, que no es la antijuridicidad como relación de contradicción entre la acción y el Derecho, sino la misma acción antijurídica, no se agota en la lesión del bien jurídico, sino que la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado. Lo injusto, afirma, es injusto de la acción referido al autor, es injusto personal. Pero para que esta acción antijurídica se convierta en delito debe merecer un reproche, debe ser susceptible de culpabilidad, por no habérsela omitido pudiendo hacerlo. Y la culpabilidad es también para Welzel

(23) H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*. Barcelona, 1964, página 63.

una estructura lógico-objetiva, no sólo en razón de concebirse al hombre como persona y como ser responsable y en función de un principio que considera universalmente válido y permanente: la autonomía ética del ser humano, sino también porque, en sentido estricto, para el profesor de Bonn "la culpabilidad es una cualidad negativa de la acción misma del autor y no está situada en las cabezas de las otras personas que enjuician la acción" (24). No puedo dejar de aludir aquí otra vez a la advertencia de Welzel acerca de sus "no siempre fácilmente comprensibles razonamientos", pues es evidentemente una tarea ardua descifrar el concepto de culpabilidad en el sistema del fundador del finalismo, dado que según él la voluntad de la acción es más o menos culpable sin ser, sin embargo, la culpabilidad misma. Entiende la culpabilidad en dos sentidos: en sentido amplio, como la voluntad de acción, y en sentido estricto y propio como la cualidad negativa o reprochabilidad de esa voluntad, la que presupone en verdad una determinada acción voluntaria como su soporte específico (25).

Tal vez en el fondo, sin embargo, sólo se encuentre aquí una mera cuestión terminológica, pues no hay duda que la pena sólo puede legítimamente aplicarse si existe una relación de orden psicológico entre el autor y su hecho, que ha de ser en sí culpable, y si puede además formularse a ese autor el reproche consiguiente, atribuyéndole culpabilidad mediante un juicio de culpabilidad o de reprochabilidad. Como dice Baumann con razón: "El autor que tiene conciencia experimenta la culpabilidad y deviene culpable realmente, aunque su hecho no se descubra y el mundo circundante no pronuncie sobre la relación hecho-autor valoración alguna. La existencia de la culpabilidad no puede hacerse depender de la existencia de un juicio realizado sobre ella" (26). Pero lo que ocurre es que es decisivo en términos jurídicos sin duda alguna el juicio de culpabilidad o de reprochabilidad sobre esa relación culpable.

Pero Welzel llega a las conclusiones apuntadas porque sostiene que el derecho penal depende en forma absoluta de esas estructuras lógico-objetivas. Mas no todos los juristas que han sido atraídos por el tema piensan así. Erik Wolf y Thomas Würtenberger han señalado el valor relativo de esa dependencia, pues en su opinión lo ontológico puede delimitar el campo de las valoraciones jurídicas pero no puede pretender señalar de modo absoluto el contenido del deber ser (27). Stratenwerth por su parte ha puesto de manifiesto cómo la decisión valorativa del derecho precede y no sigue a las estructuras lógico-objetivas, y cómo éstas se destacan como esenciales en el conjunto de datos ónticos tan sólo desde aquellos puntos de vista valo-

(24) H. WELZEL, ob. cit., p. 80.

(25) H. WELZEL, ob. cit., p. 81.

(26) J. BAUMANN, *Strafrecht*, 5.^a ed., 1968, p. 347.

(27) T. WÜRTEMBERGER, *El Derecho natural y la Filosofía actual*, en "Revista de la Universidad Nacional de Córdoba", mayo-agosto 1960.

rativos previamente elegidos (28). Y Cerezo Mir, en el trabajo que he citado más arriba, expresa que “un amplio sector de la doctrina jurídico-penal alemana considera que el derecho es independiente en su valoración de las estructuras lógico-objetivas” (29), y menciona en apoyo de este aserto los nombres de Mezger, Engisch, Gallas, Bockelmann y Klug, autores para los cuales el concepto jurídico de dolo y el problema de su pertenencia al injusto o a la culpabilidad, por ejemplo, no pueden ser resueltos de acuerdo con un punto de vista ontológico, derivado exclusivamente de la naturaleza de la acción humana como tal, sino en virtud de lo que dispone al respecto el derecho positivo con su valoración. Y, en punto a la antijuridicidad, recuerda también el distinguido profesor español que, según Mezger, la ley puede prescindir en la definición del injusto de algún elemento estructural de la acción, como es la finalidad, y que, según Bockelmann, es posible que la ley vincule el juicio de antijuridicidad exclusivamente al resultado, aunque para ello tenga que intentar el legislador, si se cree con fuerzas suficientes, “hacer girar hacia atrás la rueda de la historia”.

Parece realmente indiscutible la existencia de ciertas estructuras lógico-objetivas previas a toda regulación jurídica y a las cuales debe acatamiento el derecho positivo. Y resulta obvio destacar su importancia en la función de delimitar el contenido de la ley, a fin de impedir la sanción de reglas que desconozcan valores esenciales que se hallan en esas estructuras, principalmente en el ámbito del derecho penal. Sentada esta premisa, con la cual no puede disentirse, el problema se sitúa en la determinación de tales estructuras y en el grado de dependencia del derecho para con ellas. En orden al primer aspecto, nadie puede negar la personalidad humana como tal y todo lo que ella implica, ni desconocer la verdadera naturaleza de los actos del hombre cuando actúa en el pleno despliegue de su personalidad. Son éstas realmente estructuras previas a toda regulación legal que bien puede llamárselas “lógico-objetivas” y que deben ser absolutamente respetadas por el derecho positivo. Y esos actos del hombre, sustento y motivo de su responsabilidad penal en determinados casos, son realmente tales cuando provienen de su personalidad y resultan encaminados consciente y libremente a determinado fin. El derecho penal, regulador de la responsabilidad, está necesariamente vinculado a la peculiar esencia finalista de la acción humana, y no sólo de la acción individual, sino también de la realizada coparticipando con otros en el logro del mismo fin, puesto que participar es una forma de actuar.

Welzel nos ha dicho, empero, que “una acción se convierte en

(28) G. STRATENWERTH, *El problema de la naturaleza de las cosas en la teoría jurídica*, en “Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid”, vol. VIII 1964 núm. 19, p. 7.

(29) J. CEREZO MIR, ob. cit., p. 21. También en su traducción de *El nuevo sistema del Derecho penal*, de H. WELZEL, p. 14, nota 3.

delito si infringe el orden de la comunidad de un modo previsto en uno de los tipos legales y puede ser reprochada al autor en concepto de culpabilidad” (30). Pero estas notas de antijuridicidad y de culpabilidad que completan los elementos del delito no presentan las mismas características que ontológicamente posee la acción, y sólo operan desde el punto de vista valorativo elegido previamente por el legislador, como lo señala Stratenwerth. Ambas condiciones requieren verdaderos juicios de valor, uno sobre el hecho en su relación con el derecho positivo, otro sobre el autor en su relación con el hecho antijurídico. Lo injusto del hecho no depende de que así lo entienda el autor, y el injusto personal, “una designación evidentemente desgraciada y desconcertante” según Maurach (31), no tiene en realidad la significación que literalmente parece tener, y sólo es una manera de destacar el disvalor del acto, tan importante en sistema welzeliano. Según Baumann, “en tanto el concepto de injusto personal conduzca a establecer que una conducta debida depende del conocimiento del que actúa, se habrá reemplazado con ello en realidad la función valorativa de la norma por su función determinativa” (32). La antijuridicidad se establece en realidad de un modo puramente objetivo y de acuerdo con la norma de valoración, pues lo contrario conduciría a una incorrecta equiparación de antijuridicidad y culpabilidad. La concepción del ordenamiento jurídico, fundamentalmente, como un conjunto de imperativos, la teoría de Merkel y el punto de vista de la Escuela de Kiel que hace depender la antijuridicidad de la infracción de un deber jurídico deben ser desechados.

Veamos ahora lo que ocurre con la culpabilidad, una de las cuestiones más debatidas del derecho penal. La culpabilidad presupone una acción humana y una relación de orden psicológico finalista entre ella y su autor, pero no se agota aquí, como lo pretendía la concepción psicológica. Tampoco consiste exclusivamente en un mero juicio valorativo de reproche, pero es esta realmente una faceta fundamental, pues la culpabilidad, como concepto jurídico, se encuentra evidentemente en la cabeza de quien juzga y aplica la ley. Baumann, que en parte ve las cosas así, expresa con cita de Arthur Kaufmann que en materia de culpabilidad las estructuras lógico-objetivas tienen sólo una pequeña aplicación (33), y claro, sólo la pueden tener en cuanto atañe a la cualidad de culpable de la acción, pero no en lo que respecta en sí al ulterior juicio jurídico de culpabilidad o reprochabilidad de esa acción misma. Es que la culpabilidad, después de todo, no podrá dejar de ser un elemento complejo en la teoría del delito, tal como la concibió la doctrina normativa, integrado por un cierto sustrato de naturaleza psicológica y de contenido culpable y el juicio jurídico de reproche que formula el órgano legal

(30) H. WELZEL, ob. cit., p. 41.

(31) R. MAURACH, ob. cit., t. I, p. 358.

(32) J. BAUMANN, ob. cit., p. 248.

(33) J. BAUMANN, ob. cit., p. 355.

competente. Tengo para mí, aunque no estoy muy cierto de ello, que en materia de culpabilidad no podrá darse un paso adelante para hacer de ella un puro juicio de valor, sino tal vez un paso o medio paso atrás para mantener en ella determinado sustrato psicológico y el reproche jurídico que merece.

Para terminar recordemos a Husserl. Si de acuerdo con sus investigaciones lógicas ubicamos al delito en el grupo de objetos culturales, que son aquellos que tienen existencia real pero al mismo tiempo son valiosos positiva o negativamente, no resulta difícil ver que la acción humana en que consiste ontológicamente el delito es el sustrato, una estructura lógico-objetiva que el derecho positivo debe tomar tal cual es, pero que se convierte en delito si adquiere luego el doble sentido disvalioso de ser antijurídica y culpable, aspectos éstos que como sentidos en el sistema de Husserl son puestos por el sujeto cognoscente, el juez en la práctica, ya que son juicios de valor que no pueden existir fuera del sujeto que juzga, pero que juzga, claro está, dentro del marco de la ley.

Y concluimos entonces. La dependencia del derecho penal de estructuras lógico-objetivas no es absoluta, y sólo está vinculado a la personalidad del hombre como tal y a la esencia finalista de la acción humana, mientras que las notas de antijuridicidad y de culpabilidad, ésta en el sentido estricto señalado, operan desde los criterios valorativos adoptados por la ley.

