

Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena

JOSÉ PERALTA
CONICET (*)

RESUMEN

Actualmente, en el derecho penal, gana cada vez más adeptos la doctrina que considera que la determinación de la pena debe seguir los lineamientos de la teoría del delito. Esto surge bajo la idea de que en la individualización de la pena también se debe respetar el principio de culpabilidad entendido como aquel que exige que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. La imposibilidad de escindir los argumentos relativos al quantum de la pena de los relevantes para su admisión absoluta (para su «sí o no») conduce directamente a indagar si aquellos factores que de ningún modo, por sí solos, podrían justificar la admisión de pena, pueden, no obstante ser relevantes para su mensuración. Aquí, particularmente, desde el análisis del concepto de injusto o ilícito penal, se pretende cuestionar la relevancia de los elementos subjetivos distintos del conocimiento. El objetivo es mostrar cómo una teoría de la determinación de la pena coherente con una teoría liberal del delito no puede considerar relevante para la mensuración del castigo ningún elemento subjetivo que trascienda al aspecto cognitivo.

Palabras clave: Injusto, elementos subjetivos del injusto, dolo, intención, motivos, determinación de la pena, principio de culpabilidad, teoría del delito.

ABSTRACT

Currently in criminal law, it is gaining more followers the doctrine that considers that the sentencing guidelines in the determination of punishment must follow the

(*) Becario Postdoctoral CONICET; Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; ex becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD); Profesor de Derecho Penal, Parte Especial y Derecho Procesal Penal.

theory of crime. This comes under the idea that the individualization of punishment must respect the culpability principle, i.e., the requirement that the punishment must be proportionate to the seriousness of the offense. The impossibility of splitting the arguments on the quantum of the sentence of the relevant ones to determine its absolute admission (for «yes or no») leads directly to inquire if those factors that by themselves could not justify the acceptance of punishment, may nonetheless be relevant to its measurement. Particularly here, from the analysis of the concept of unfair or unlawful act (injusto), I am interested in questioning the relevance of the subjective elements different from knowledge. The aim is to show how a theory of sentencing consistent with a liberal theory of crime can not consider relevant to the measurement of punishment any subjective element that transcends the cognitive aspect.

Keywords: Illicit, subjective components of the illicit, mens rea, motives, graduation of punishment, culpability principle, theory of criminal act.

I. INTRODUCCIÓN

En diversos delitos es suficiente que el sujeto obre con mero dolo eventual para poder ser castigado. Esto demuestra que, en muchos casos, la «intención» no es relevante para el «sí o no» de la pena, sino sólo para su graduación. En esa misma medida, los «motivos» en base a los que obra el agente tampoco son relevantes, por regla general, para resolver sobre si se ha cometido un delito o no, y su importancia reside en un aumento o eventual disminución de la pena (1). Sin embargo, es usual leer que ambos elementos subjetivos pueden ser, no obstante, relevantes para la medición de la pena.

El problema acerca de los elementos subjetivos relevantes para la medición de la pena es una parte del problema, más amplio, acerca de los elementos relevantes para la justificación del castigo en general. Cuando se brinda una respuesta al respecto, también se está respondiendo acerca de la concepción de Derecho penal adecuada a ciertas premisas político-criminales.

Las razones que se brindan para admitir estos elementos subjetivos no relevantes para la admisión de pena, en la graduación de la misma, son de dos tipos. El primer tipo de argumentación se basa en una teoría tradicional de la medición del castigo que escinde expresa-

(1) Es común, no obstante, que en los códigos penales algunos tipos de la parte especial requieran, para su configuración, de la presencia de intención o alguna motivación especial en el agente. Lo mismo sucede para la sanción penal del comienzo de ejecución de un delito. Pero, en la estructura general de la teoría del delito, la pregunta sobre la distinción entre dolo eventual y dolo directo y de la relevancia de las motivaciones es una pregunta por la graduación del castigo y no por el «sí o no» de la pena.

mente ambas formas de análisis. Para la medición del castigo cuentan, según estas teorías, propiedades diferentes a las relevantes para la teoría del delito, esto es, para la admisión de pena. La medición de la pena se basa directamente en la teoría del castigo que se tiene por correcta y el delito cometido no cumple más que una función de permisón de graduación, pero no es relevante para esta graduación (2). Por ello, la «gravedad» del delito sólo tiene una importancia eventual en la medida que funcione como indicio de necesidad de pena. Bajo una postura de este tipo es más o menos sencillo hacer ingresar estos elementos subjetivos para medir el castigo. La intención o los motivos abyectos cuentan porque indican una mayor peligrosidad del autor, revelan un mayor cuestionamiento de la norma, más conmoción social o cuestiones por el estilo.

El segundo tipo de argumentación, en cambio, sostiene que aunque se niegue esta escisión entre elementos relevantes para el «sí o no» de la pena y los relevantes para el *quantum* de esta, de todas maneras, estos elementos sí pueden ser considerados relevantes para la medición de castigo. Como esto no es obvio, por lo menos en el caso de los motivos, esto se debe fundamentar de alguna manera. Una parte de la doctrina afirma que estos elementos son relevantes para el concepto de «injusto», en la medida que este se entienda como algo compuesto, objetivo y subjetivo, pues las intenciones y los motivos forman parte del concepto del desvalor de acción (3). Otra parte, en cambio, sostiene que esto no puede ser, pues de acuerdo a la concepción de injusto liberal los motivos no pueden agregar nada al ilícito, pero, que, sin embargo, sí encuentran su ubicación en la culpabili-

(2) Prevención especial, cfr. sobre este tema Liszt, *Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik*, en el mismo, «Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Zweiter Band, 1892-1904, Berlin 1905, 170 ss.; HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 237; FRISCH, *Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídica del Derecho penal*, trad. Patricia Ziffer, en *Indret/3*, 2007, 27. Prevención general: Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, tomo I, Erfurt, 1799 (nueva impresión Scientia, Aalen, 1966), 41 ss.; SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2.^a ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1971, 53 ss.; ANDENAES, *Punishment and Deterrence*, University of Michigan Press, Michigan, 1974, 84 ss. Prevención general positiva Roxin, CLAUS, La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena, en «*Culpabilidad y prevención en derecho penal*», trad. Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981, 93 ss.; HASSEMER, WINFRIED, Generalprävention und Strafzumessung, en Hassemer/Lüdersen/Naucke, *Hauptprobleme der Generalprävention*, en Metzger, Frankfurt/Main, 1979, 29 ss.; JAKOBS, *Culpabilidad y prevención*, en «Estudios de derecho penal», UAM-Civitas, Madrid, 1997, 73 ss.

(3) Descriptivamente HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1999, 215 y ss.

dad (4). Para poder hacer cualquiera de estas dos afirmaciones sólo es necesario recurrir a un concepto «más amplio» de disvalor de acción o de culpabilidad, según el caso, en comparación con la de aquellos que niegan su relevancia (5).

En el presente trabajo, se tratará de analizar esta segunda clase de argumentos, y sólo en referencia al concepto de ilícito (injusto) penal. Se da por supuesto que una escisión entre los elementos relevantes para la teoría del delito y los elementos relevantes para la medición de la pena es incorrecta. Aquí, por cuestiones de espacio, sólo se hará, en el punto correspondiente, un pequeño esbozo de justificación de esta afirmación. Un análisis más detenido se ha realizado en otro lugar (6). Lo que se tratará de evaluar detalladamente, en cambio, es si este segundo tipo de argumentación puede ser sostenido coherentemente. Nuestra respuesta será negativa y creemos que el análisis no sólo de la estructura del «dolo de tipo prohibitivo», sino también, y sobre todo, la del «dolo de tipo permisivo» mostrará con toda claridad que para el disvalor de acción estos elementos subjetivos deben ser irrelevantes y que sólo la admisión del castigo de los motivos o las intenciones «como tales» puede justificar variaciones de pena basadas en ello, i.e. que sólo un concepto de delito que abandone las premisas «del acto» puede encontrar espacio para la valoración de dichos elementos. Por supuesto, el trabajo presenta una propuesta *de lege ferenda*, que no necesariamente debe coincidir (y de hecho no coincide) con lo que está establecido en los ordenamientos positivos.

En lo que sigue, en primer lugar, se tratará de fundamentar por qué para la imputación del tipo subjetivo de prohibición no es necesario considerar ningún elemento subjetivo aparte del conocimiento de la situación de hecho que se quiere evitar con la norma (*infra* II). Luego, en un segundo momento, se tratará de mostrar el reflejo que aquel esquema debe tener sobre la teoría de los elementos subjetivos de la

(4) KÖHLER, *Zur Strafbarkeit des Mordes bei aussergewöhnlichen Umständen* -BGHSt 30, 105, JuS, 1984, Heft 10, 763; KELKER, *Zur Legitimität von Gissnungsmerkmalen im Strafrecht*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2007, 471 ss.; sobre el mismo problema, pero con referencia a la actitud interna que distingue culpa conciente de dolo eventual, PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*; de la misma autora, *Strafrechtsdogmatische Analysen*, Bonn University Press, Bonn, 2006, 263; y SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, 154, ambos con precaución.

(5) Cfr. FRISCH, *Einleitung - Hintergrund, Grundlinien und Probleme der Lehre von der tatproportionalen Strafe*, en Frisch/von Hirsch/Albrecht (comp.), *Tatproportionalität*, C. F. Müller, Heidelberg, 2003, 10.

(6) PERALTA, *Dogmática del hecho punible, principio de igualdad y justificación de segmentos de pena*, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 31, 2008, Marcial Pons, Alicante, España, 2009, 599 ss.

exclusión del ilícito, cuya reducción al conocimiento obedece a las mismas razones que fundamentan el dolo de tipo prohibitivo como mero elemento epistémico (*infra* III). Una vez hecho esto, deberá verse ya con claridad por qué esto tampoco debe contar para la medición de la pena en relación a la gravedad del hecho. La estructura de la medición de la pena responde, pues, según las premisas de las que aquí se parte, a un esquema dual *fundamentación-exclusión*, que no es más que un reflejo de la justificación de la fundamentación y exclusión del ilícito en general (*infra* IV).

II. LA PARTE SUBJETIVA EN LA FUNDAMENTACIÓN DEL ILÍCITO PENAL

1. Una vez que damos por supuesto que se ha realizado una acción humana (7) hay que decidir si el mero conocimiento de la realización del estado de cosas disvalioso es suficiente para elevar el grado más alto de reproche en relación a la imputación subjetiva del tipo o si el hecho de que el sujeto además quiera ese resultado, i.e. tenga «intención», puede todavía aumentar más ese reproche (8). Damos un par de ejemplos.

Ejemplo 1. A está participando en un campeonato clandestino de tiro al blanco en el que se coloca una manzana sobre la cabeza de un niño. A sabe que sus probabilidades de darle a la manzana son las mismas que las de darle a la cabeza del niño que está debajo de ella. Para simplificar digamos que tiene un 50 por 100 de probabilidades de darle al niño. Sin embargo, para A es absolutamente indeseable errarle a la manzana y matar al niño porque así pierde el codiciado premio. A dispara.

Ejemplo 2. B quiere matar a un niño X que está jugando al fútbol. Sin embargo, para no ser descubierto sólo puede intentar matarlo con su arma desde el tercer piso donde vive en un edificio. Las proba-

(7) Por su irrelevancia para esta discusión, no se tratará aquí el problema de la importancia del resultado. Partimos de la base de que se ha configurado una acción humana que objetivamente «llama la atención». Cfr. al respecto, Jakobs, Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico, en (núm. 2), 301 ss.

(8) Evidentemente, esto también podría ser formulado al revés y decir que el mero conocimiento *disminuye* el grado de reproche en relación a la intención. Las dos formulaciones, sin embargo, tienen idéntico significado. Mientras no exista un instrumento medianamente preciso para medir valores, lo decisivo es saber si la diferencia entre ambas posibilidades está justificada.

bilidades de acertar en blanco son de un 50 por 100. B también dispara.

La idea, hoy en boga, de que el dolo debe ser considerado sólo conocimiento está directamente vinculada a los fines y límites del Derecho penal y no es una cuestión descriptiva (9). En un sistema penal cuyo objetivo únicamente radica en la protección de bienes jurídicos, la intención no debe jugar ningún rol. El mero conocimiento del estado de cosas prohibido ya debe motivar al sujeto que está por actuar a omitir la conducta y el deber de omisión debe estar ligado directamente al grado de riesgo de afectar el bien jurídico (correspondientemente conocido por el sujeto). Fundamento, en lo que sigue, esta afirmación.

El Derecho penal está dirigido a motivar conductas. Por ello es necesario que el sujeto conozca el riesgo que está generando. De otra forma, no es posible darle razones para omitir la conducta. La intensidad del mandato de omisión debe ser directamente proporcional al grado de riesgo que el sujeto está generando (10). Los peligros más intensos deben ser más evitados que los peligros menos intensos. El mero conocimiento del estado de cosas prohibido debe bastar para que el sujeto se motive por la norma. En los casos en que se obra con intención esto no es diferente. Aquí también el mero conocimiento de que se obra en contra de la norma debe bastar. La norma de determinación no tiene una estructura diferente en ambos casos.

(9) No quiere dar cuenta ni de la forma en que se usa la palabra dolo ni de cómo cierto sistema normativo lo define. Sólo tiene la finalidad de determinar qué estado subjetivo merece, *ceteris paribus*, el castigo más elevado.

(10) Así también PUPPE (núm. 4), 241, 245, 251 pero con un (primer) argumento que hace referencia especialmente al *poder comunicativo* del conocimiento del riesgo del sujeto. En este sentido, lo que esta autora tiene en miras es algo diferente a lo que aquí se dice en cuanto a lo que justifica prescindir de la valoración de la «actitud interna», aunque esto, en rigor, no está del todo claro en su texto. En efecto, por momentos la irrelevancia de cómo el agente realiza su «procesamiento psíquico» del conocimiento parece también deberse a la dificultad de probar tales estados mentales (segundo argumento, 236) y también, a veces, se hace referencia, incluso, a que se trata de una cuestión interna que no le debe interesar al Estado (tercer argumento, 231, 239 y 254) y así parece defenderse, también, lo que aquí se sostiene.

Por otro lado, la autora también explica que la diferencia no pasa sólo por una cuestión del grado del riesgo (expresamente en 242), sino por una serie de factores como la «claridad de la imagen del riesgo», la «inmediata proximidad de su realización», el grado de «dominabilidad del desarrollo posterior por medio de medidas por parte del autor o de terceros» y la propia confianza del autor en poder evitar finalmente el resultado (256). Pero esto puede y debe entenderse simplemente con parte de la definición del riesgo y no como elementos externos que lo complementan.

En los dos ejemplos mencionados arriba, el riesgo es idéntico y el conocimiento de él por parte de los sujetos también. La necesidad de evitar ambas conductas es la misma y la posibilidad de evitarla, *ceteris paribus*, también. No existen razones para que la intención de los sujetos deba modificar en algo esta evaluación. Bajo estas premisas, quien sostenga lo contrario, esto es, que la intención agrega algo, también debe admitir que estas conductas se quieren evitar más, aunque el riesgo sea el mismo en todos los casos y la posibilidad de evitación también. Pero ello, por no ser obvio, requiere ser fundamentado.

2. Se dijo que la concepción del dolo que se defiende está vinculada a los fines y límites del Derecho penal. De allí se pueden extraer tres posibles fundamentaciones para la relevancia de la intención en el tipo subjetivo.

a) En primer lugar, se puede argüir que la intención agrega algo relevante para realizar los fines del Derecho penal. Si no nos apartamos de la premisa que dice que el Derecho penal sólo debe proteger bienes jurídicos (11), lo que se estará afirmando con ello es que la intención aumenta la posibilidad de lesión de dichos bienes.

Esto en un primer momento parece extraño. La mera intención no genera el riesgo no permitido y tampoco parece tener la potencialidad de aumentarlo. Así, quien envía a otro al bosque a dar una caminata (lo que está permitido) no pasa a ser ilícito sólo porque se tenga la intención de que éste muera víctima de un eventual rayo (12). En el mismo sentido, si el sobrino que le pide al tío que emprenda una caminata por el lugar en el que él ha puesto una trampa para animales en ese mismo bosque, lo que constituye un riesgo no permitido, no aumenta porque además éste tenga la intención de que el tío muera.

Sin embargo, esto parece relevante en los casos en que la persona es especialmente hábil (13). Supongamos que una persona decide dispararle a otra no con la intención de matarla, sino sólo de asustarla seriamente. Esa persona dispara y genera un riesgo de muerte de un 50 por 100. Ahora, esta persona cambió de opinión y decide matarla.

(11) Bajo premisas retribucionistas o vinculadas a la conservación de valores sociales, las conclusiones pueden ser diferentes. Aunque, en rigor, como trataré de demostrar, que el conocimiento sea condición necesaria para el castigo tiene también que ver con una visión garantista de este elemento. Con ello, ningún fin preventivo de la pena podría conducir a la prescindencia de este elemento (cfr. también n. 25).

(12) Ejemplo que puede verse ya en WELZEL, *Derecho penal alemán*, 4.ª ed., trad. de Bustos Ramírez/Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, 80, quien descarta aquí la responsabilidad del autor, pero con un argumento diferente.

(13) Agradezco las observaciones a este respecto de Andrés Bauzart y Pérez Barberá sobre este punto.

Puesto que es diestra con las armas, debido a su intención ahora sí homicida, dispara y genera un riesgo de muerte de un 80 por 100. Así, parece que la intención es relevante incluso para la generación del riesgo y con ello su consideración en la medición de la pena sería correcta.

Sin embargo, sólo aparentemente lo *decisivo* es la intención. En realidad lo decisivo es el conocimiento que el sujeto tiene de su habilidad. Es decir, lo decisivo es que el sujeto *sabe* que genera con su acción un riesgo más elevado. Así, en este caso, la intención se solapa con el conocimiento, pues sólo porque el sujeto *sabe* de su habilidad y de hecho la tiene, es que la intención agrega algo. Para ver esto con claridad sólo basta realizar un *test de relevancia* de la intención. Para poner realmente en juego que el dolo deba ser sólo conocimiento lo que se debe demostrar es que el caso de mención, en el que se genera un riesgo de 80 por 100, debe ser tratado de modo diferente al caso en el que otro sujeto, por las razones que sea, pero sin intención, genera el *mismo* riesgo con conocimiento. El verdadero problema de la relevancia de la intención no es que esta pueda eventualmente coadyuvar a generar un riesgo más elevado que el sujeto conoce. Para quienes sostienen la relevancia de la intención esta cuenta justamente para distinguir la pena ante un riesgo equivalente en los casos en que aquella propiedad está ausente o presente. Los que defienden la relevancia de la intención quieren decir algo distinto al caso de la persona especialmente diestra, quieren decir que hay que castigar más *ceteris paribus* siempre que esté presente la intención. Aquí, justo porque hay intención ya no permanecen, el resto de las condiciones iguales y, por ende, no se puede afirmar, en realidad, que la intención es relevante *de por sí*.

b) Pero, se puede aún replicar, la posibilidad de afectación del bien jurídico también depende de algo subjetivo. Esto es, de la posibilidad de evitación de la lesión. Para lo que aquí interesa, se está afirmando que el sujeto que obra con intención necesita un mandato más intenso, lo que a su vez puede deberse a dos razones.

Una, a que el sujeto que obra con intención esté más *determinado* a realizar la conducta (14). Debido a esto, frente a él se necesita una pena más intensa que respecto del autor que obra sólo con conoci-

(14) Para ENGISCH, pudo haber obrado de otra manera sólo el autor concreto que en la circunstancia concreta, si hubiera querido, de acuerdo a su preocupación y fuerza de voluntad, hubiera actuado de otra manera, cfr. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.^a ed., de Gruyter & Co, Berlin, 1965, 26, 53 y 55 s.; Similar WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, ZStW 60, 1941, 467 ss.; similar también GALLAS, *Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsstrafrecht*, ZStW 60, 1941, 399 s.

miento. Sin embargo, esta suposición es falsa. Como se puede ver en los ejemplos dados, quien obra con «simple» conocimiento, puede tener tanto interés en realizar la conducta, y con ello el riesgo, como quien obra además con intención, o incluso más. En el ejemplo 1 quien dispara a la manzana puede tener tantos deseos de ganar el premio que al final resulta estar más determinado que el quiere matar al niño, porque, digamos, a este último no le afecta demasiado el hecho de que el niño siga vivo.

La dificultad más importante de esta justificación del incremento de pena radica, de todas maneras, en que plantea serias dificultades para ser utilizada como argumento frente al individuo. Según un concepto de culpabilidad centrado en las posibilidades de evitación individual, a mayor inclinación al delito corresponde menos pena y no más (15).

La segunda posibilidad consiste en afirmar que el sujeto que obra con intención es más peligroso que quien obra sin ella, pues ante el primer fracaso tenderá a repetir la acción las veces que sean necesarias para poder alcanzar su resultado. En el caso del autor que obra sin esta actitud subjetiva ese peligro no existe. Aquí se puede hablar de un mayor peligro de reiteración delictiva. Pues bien, en primer lugar, esto es falso. El deseo de A en el ejemplo 1 de ganar el concurso puede hacerlo repetir la conducta todas las veces que sean necesarias, e incluso ante numerosas víctimas, para ganar su premio. Mientras que en el ejemplo 2, por las razones que sea (miedo, arrepentimiento, etc.), una vez que realiza el primer disparo se puede desistir y obviamente desistirá si ya logró su objetivo. La relación entre peligro de repetición y la presencia de intención en la conducta es contingente.

Pero lo más importante es que, aunque fuera cierto que la intención implica más peligrosidad, con esto se está abandonando el Derecho penal de acto y se está cayendo en un Derecho penal de autor de tipo «criminológico». Según esta concepción, el fundamento de la pena, o de la medición de la pena, no reside en el hecho cometido,

(15) El problema tiene, incluso, dos escalas. Por un lado, la pena debe superar el grado de culpabilidad media, para poder influir sobre el individuo concreto más determinado de lo normal. Allí la diferencia entre la pena correspondiente a la utilidad media y la finalmente impuesta es ilegítima por superar lo merecido. Pero, además, puesto que en estos casos estamos frente a alguien más determinado que lo normal, no sólo la pena no debería superar la culpabilidad media, sino que, de tomarse en serio el principio de culpabilidad, debería ser incluso inferior a esta para adecuarse al grado de responsabilidad del sujeto concreto. Al tener este menos culpabilidad merece una pena menor. Resumiendo, el principio de culpabilidad no sólo exige, para estos casos, que la pena *no se agrave* sólo en base a necesidades preventiva, sino que también exige, adicionalmente, una *atenuación*.

sino la peligrosidad de autor. Pero esto es completamente inaceptable aún restringidos sólo a la mensuración del castigo. Con la introducción de la «peligrosidad de autor» en la medición de la pena se hace entrar «por la puerta de atrás» argumentos que nunca podrían entrar «por la de adelante». Es decir, se introducen valoraciones de la «conducta de vida», del «carácter» (16) o de la «personalidad» en la medición de la pena, cuando estas jamás podrían ser razones para justificar el sí de la misma, esto es, la admisión del castigo (17). Sin embargo, la diferencia entre ambas formas de valorar al «autor» sólo es de grado y no de especie y, por ello, valen en ambos lugares los mismos argumentos en su contra.

c) Otra posibilidad es afirmar que el obrar con intención «comunica más» y ello justifica una pena mayor (18). Bien, esto es lo mismo que cambiar la fundamentación de Derecho penal. Aquí ya no se trata de proteger bienes jurídicos, sino de transmitir valores, pues la mera comunicación, de por sí, no interviene en la lesión de dichos bienes. Pero incluso entre quienes ponen el acento en la fuerza comunicante del Derecho penal, la comunicación nunca es decisiva autónomamente, por lo menos para el «sí o no» de la pena. Existe un acuerdo bastante general en cuanto a que los actos preparatorios no deben ser punibles (19), *aunque* comuniquen mucho, debido a que aquí no hay un acto que salga de la esfera privada del individuo (20). Que esto valga para la mensuración de la pena significa, otra vez, incluir aquí factores que nunca valdrían para la determinación absoluta del castigo.

3. Con esto hemos dado por refutadas algunas fundamentaciones posibles de por qué la intención debe jugar un rol *fundamentador* de la pena, en relación los fines del Derecho penal. Ahora queda ver si esto puede tener que ver no ya con esta visión utilitarista, sino con una

(16) PUPPE (núm. 4), 231.

(17) HÖRNLE (núm. 3), 40 y ss., 49 y ss. Se trata de una forma encubierta de valorar la «conducta de vida» del autor.

(18) En esta dirección, hablado de la afectación de una «relación de reconocimiento recíproco», KELKER, *Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, Klostermann, Frankfurt am Main, 2007, 418 ss. y 469. KELKER en 422 también utiliza este argumento para hacer la distinción valorativa entre culpa conciente y dolo eventual. Críticamente sobre esta concepción PUPPE, (núm. 4), 239: Cómo el sujeto «procesa psíquicamente» su decisión errónea «es una cuestión interna que no le interesa al ordenamiento jurídico».

(19) Por todos, JAKOBS, (núm. 7), 306.

(20) MOORE/HURD, *Punishing Hatred and Prejudice*, Stanford Law Review, vol. 56, núm. 5, 2004, 1114.

visión que tiene en miras los límites al derecho penal. La idea sería la siguiente. Castigar con la misma intensidad el dolo eventual y el dolo directo es injusto, pues el que obra sin intención merece un castigo menor. Imponer en ambos casos la misma sanción es olvidar que el derecho penal debe obrar respetando ciertas premisas morales.

Pues bien, dicho así, esto simplemente presupone lo que hay que probar y es que el que obra con intención merece un castigo más intenso que quien obra con mero conocimiento. Como se acaba de ver eso no es en absoluto plausible en un derecho penal de acto dirigido a proteger bienes jurídicos. Muy por el contrario, castigar más el dolo directo es violar ciertos límites al poder de castigar, pues la única razón que lo justificaría sería una actitud interna del autor que desaprobamos. Castigar la actitud interna es lo moralmente inaceptable. Para que esto se entienda, es necesario traer a colación algunas distinciones sobre la relación entre derecho y moral.

Hart, en *Law, Liberty and Morality*, menciona que se pueden pensar, cuanto menos, cuatro relaciones posibles entre derecho y moral (21). Aquí sólo interesan dos de ellas. Una es la que pregunta si el derecho, para ser tal, debe cumplir con ciertos requisitos morales básicos. En el derecho penal, esto se analiza paradigmáticamente en lo que se denomina «principio de culpabilidad» en sentido amplio, que significa varias cosas, pero que siempre se dirige a decirle al Estado que es lo que *no* puede hacer si quiere que su actividad sea legítima. Dentro del principio de culpabilidad se analizan cuestiones como: el principio de responsabilidad personal, principio de responsabilidad por el hecho, principio de responsabilidad por dolo o culpa y principio de culpabilidad en sentido estricto (22). Todos ellos contienen principios más o menos obvios de lo que significa una actividad estatal legítima –o moralmente aceptable–.

Otra relación entre derecho y moral que menciona Hart es la que él discute con Lord Devlin y es la de si el Estado puede tener como objetivo el perfeccionamiento de la moral individual (23). Ya sea regulando actividades privadas (que no dañan a terceros) o pensamientos (24).

(21) HART, *Law, Liberty, and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1963, 1 s.

(22) Cfr. por todos ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I, 4. ed., C.H.Beck, Múnich, 2006, 3/51 ss.

(23) HART (núm. 21), 4 s.; DEVLIN, *Morals and the Criminal Law*, en «The Philosophy of Law» R.M. Dworkin (comp.), Oxford University Press, 1997, 65 ss.

(24) Sobre la evolución de la distinción entre «lesividad» (relacionado a las acciones privadas) y «exterioridad» (relacionado a los pensamientos), MAGARIÑOS, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional del acto*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, 47 ss., 59 ss. y 71 ss.

En un sentido, este principio no es más que la derivación del anterior. Si un Estado liberal no puede sancionar los pensamientos, entonces, si lo hace estará violando ciertos principios morales básicos: aquellos que dicen que el Estado, para actuar moralmente, debe permitir la inmoralidad de sus ciudadanos, siempre que no perjudiquen a terceros. En el derecho penal, la idea de no regular los pensamientos tiene que ver con el principio de la responsabilidad por el hecho: sólo se debe ser responsable por lo que uno hace y puede evitar.

Si la intención no es relevante ni para la dañosidad social ni para la posibilidad de evitación su consideración se encuentra injustificada. Castigar más el dolo directo que el dolo eventual es castigar la actitud interna del sujeto en lo que al «más» se refiere. Un Derecho penal de acto sólo puede tener en cuenta cuestiones internas en la medida en que esto sirva para la imputación de la situación objetiva que se quiere evitar (25). Superar esto y tener en consideración las intenciones para la imposición o medición de la pena es olvidar los límites del Derecho penal (26). El hecho de que exista una conducta o manifestación individual externa no permite la pregunta sobre *cualquier elemento interno*, sino sólo de aquellos que sean relevantes para el Derecho penal. Lo único relevante es si había razones para evitar la conducta y el sujeto las conocía, luego cuál fue su razón para violar la norma no debe contar. Con el conocimiento alcanza para imputarle al sujeto lo que ha realizado.

De esto se sigue una primera conclusión.

Conclusión 1. No es relevante determinar por qué se motivo el sujeto, sino por qué *dejó* de motivarse. El conocimiento del estado de cosas prohibido debe motivar al sujeto y lo debe hacer en la medida de su gravedad (27).

(25) Así, la necesidad de considerar el conocimiento que el sujeto tiene del estado de cosas que se quiere evitar tiene también un carácter deontológico: sólo de este modo se puede legitimar la pena frente al individuo. No se trata, pues, de que haya que considerarlo sólo por cuestiones preventivas, i.e. sólo porque eso es lo más conveniente, por ejemplo, para comunicar correctamente (así PUPPE, núm. 4, 260). Es decir, aunque la no consideración del conocimiento fuera funcional, no puede prescindirse de este factor. Es claro así que los casos de ceguera ante los hechos no pueden ser tratados como hechos dolosos.

(26) Nada se gana afirmando que, en realidad, de lo que se trata es de disminuir el reproche por la falta de intención y no la de aumentarlo cuando la intención está presente. Cfr. al respecto (núm. 8) y Peralta, (núm. 6), 620.

(27) Claro que esto requiere ahora un redefinición del concepto de imprudencia de tal forma que pueda ser compatible con este concepto de dolo. Por cuestiones de espacio, esto no se va a profundizar aquí. Baste con decir que en la imprudencia conciente también lo que cuenta es el conocimiento. Lo que diferenciará, entonces, al

Ahora bien, asumiendo que esto es cierto para la fundamentación del ilícito, hay que ver si esta estructura también puede ser utilizada para su exclusión.

III. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS EN LA EXCLUSIÓN DEL ILÍCITO PENAL

1. Así como la fundamentación del ilícito empieza con la descripción del estado de cosas que se quiere evitar, su exclusión también comienza con la descripción objetiva del estado de cosas que no se quiere evitar (permisión) o que se quiere alcanzar (deber). En este sentido, «no se puede negar que los preceptos permisivos también están destinados a motivar comportamientos» (28). En el caso de las causas de justificación que contienen un deber, esto es claro. Aquí se ordena realizar cierta acción. Pero la situación en los casos de simples permisiones no es distinta, pues con ella se le quiere indicar al potencial autor que el deber que establecía el tipo, dadas ciertas circunstancias, ya no rige.

La derogación del tipo en ambas clases de preceptos justificatorios tiene, pues, la misma razón de ser: eliminar el mandato del tipo. El estado de cosas descrito por ellos ya no contiene un disvalor social que deba ser evitado penalmente.

La pregunta ahora es si para obrar bajo un precepto permisivo es necesario algo más que el conocimiento de la situación objetiva. Como se verá, esto es falso. Los elementos subjetivos de la exclusión del ilícito siguen las mismas reglas que los de su fundamentación. Pero en este caso, será más fácil ver por qué debe ser suficiente el conocimiento del estado de cosas deseado para fundamentar la ausencia incluso del disvalor de acción. Ello también permitirá ver con más claridad por qué los defensores de la «intención» en el dolo de tipo prohibitivo están castigando la mera actitud interna.

Un par de casos serán ilustrativos.

dolo de la imprudencia, será, en primer término, una cuestión objetiva: grado de riesgo generado. El hecho será doloso en la medida que el sujeto conozca que realiza un hecho grave (i.e. generación de un peligro grave) e imprudente en la medida que sepa o crea fundadamente que realiza un hecho leve (i.e. generación de un peligro leve). Cfr. al respecto, detalladamente, SANCINETTI, (núm. 4), 257 y ss.; también PUPPE, (n. 4), *passim*.

(28) SANCINETTI, (núm. 4), 526.

Ejemplo 3. Un médico, para llegar a la casa de su paciente a quien debía salvar de una muerte inminente, viola las normas de tránsito lesionando a un transeúnte. El motivo por el que el médico fue tan diligente es que el paciente le va a pagar una suma de dinero muy interesante y no realmente su voluntad de salvarlo, de tal modo que sin el pago no actuaría (29).

Ejemplo 4. A ataca ilegítimamente a B, quien no tiene la capacidad de defenderse por sí mismo de ese ataque. C, en la creencia de que A es parte de un grupo político con el que él simpatiza no ejerce la legítima defensa de terceros, a pesar de poder hacerlo. En un momento dado B (el atacado) le informa a C que A (el atacante) no es parte del partido de C, sino que, por el contrario, es parte del partido opositor. Sabiendo esto, C decide hacer uso de su permiso de defender a terceros para lesionar al sujeto del partido opositor.

En ambos casos, el estado de cosas que se *alcanza* es deseado por el Derecho. Salvar al paciente o preservar la integridad física de quien se ve sometido a un ataque antijurídico. Como se sabe, sin embargo, para que el obrar amparado objetivamente en una causa de justificación esté permitido se requiere que el sujeto obre bajo condiciones subjetivas que permitan atribuirle ese estado a él y no al azar. Si el sujeto por azar obra amparado en una causa de justificación que no sabía que existía, la situación será valorativamente idéntica a la de quien mata a un oso pensando que es un hombre: corresponde el castigo por tentativa (30).

Si se quiere ser coherente con lo dicho anteriormente, se debe admitir que es suficiente el mero conocimiento de este estado de cosas positivo para imputarle al autor el estado de cosas no desvalorado por el Derecho. En efecto, como sostiene Roxin «[y]a la conciencia de provocar algo jurídicamente adecuado elimina el desvalor de acción y, con ello, el injusto» (31). Aceptando que el dolo es sólo conocimiento, se puede decir que «[h]ace falta dolo de justificación y no propósito de justificación» (32).

Si bien el paralelo entre dolo de tipo prohibido y dolo de tipo permisivo es evidente, lo que se verá ahora con más claridad son las consecuencias de considerar relevante a la intención en el Derecho penal. Mientras que en primer caso lo que se sigue de afirmar que se puede castigar más cuando existe intención no parece contradecir los princi-

(29) Una adaptación del caso de STRATENWERTH / KÜHLEN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 5.^a ed., Die Straftat, Heymanns, Köln, entre otras, 2004 182.

(30) ROXIN, (núm. 22), 14/96.

(31) ROXIN, (núm. 22), 14/97.

(32) JAKBOS, (núm. 38), 11/21.

prios del Derecho penal de acto (en todo caso se sanciona, sólo que ante la presencia de intención se sanciona un poco más), las consecuencias en la justificación resultan a todas luces inaceptables conforme a las premisas de un Derecho dirigido a proteger bienes jurídicos. Exigir que el sujeto que obra amparado en una causa de justificación además deba tener el objetivo de realizarla, implicaría castigar una conducta objetivamente deseada, o al menos no indeseada, sólo por la actitud interna del autor (33).

En el caso del ejemplo 4 implica darle el mandato al tercero de que no defienda a la víctima de una agresión ilegítima, salvo que tenga esa exclusiva finalidad. Ante cualquier otra intención o motivación que trascienda la defenderla tiene la obligación de abstenerse de actuar y así la de abstenerse de hacer algo que el Derecho considera cuanto menos *no* disvalioso. En el caso del médico del ejemplo 3 esto es todavía más chocante. Pues se le diría: «usted sólo puede generar un riesgo en el tránsito que sirva para salvar vidas *si* lo hace con ese objetivo específico». En el caso de que *sepa* que con su conducta peligrosa puede lograr dicho objetivo debe omitir actuar si obra por otras razones como la codicia u otro fin diferente.

Con ello, no se hace más que evitar la realización de conductas cuyo resultado ya no es socialmente indeseado (y a veces es incluso deseado) (34) y, de este modo, disminuir la finalidad resguardadora de bienes jurídicos sólo en base a la motivación interna del sujeto. Y en el caso de las causas de justificación que generan deberes, implicaría el deber de sancionar siempre al sujeto actuante, pues, si tiene una motivación abyecta para actuar, se lo castigaría tanto si cumple con la norma que genera el deber (por hacerlo con la motivación incorrecta) como si no lo hace (por no obedecer la norma) (35).

Esto es lo que ha llevado a que la doctrina, de forma prácticamente unánime (incluyendo a quienes tienen un concepto compuesto de dolo) rechace la relevancia los elementos de ánimo para la justificación, diciendo que los motivos por los cuales el sujeto se mantiene dentro del derecho son irrelevantes (36) y viendo aquí sí, claramente,

(33) Y esto no sólo implica castigar la actitud interna del autor, pues a quien tenga la actitud interna incorrecta también se le prohibirán acciones que el resto tiene permitidas. Con lo que se le prohíben *actos*, debido a la falta de actitud interna correcta.

(34) PUPPE, (núm. 4), 255.

(35) ROXIN, (núm. 22), 14/99. Lo que de hecho se puede predicar de todos los delitos de omisión en los que el autor obre por otro motivo, sabiendo que logra un valor social.

(36) STRATENWERTH/KÜHLEN (núm. 29), 182.

que al darle relevancia a los motivos «se trasladan inaceptablemente criterios morales al terreno del Derecho» (37), en el sentido de la segunda distinción de Hart menciona al principio. Tal como en el tipo, hacer depender la justificación de elementos subjetivos «contradice el principio del hecho» (38), cayendo en «una pena de actitud interna» (39), porque se castiga al autor por haber realizado algo en sí permitido, pero «no con la correcta actitud interna» (40), confundiendo así «el principio de legalidad» con «exigencias morales» (41).

Incluso se puede decir todavía más. La prevención general negativa puede ser considerada, en comparación con la prevención general positiva (por lo menos en alguna de sus versiones), como una teoría liberal en la medida en que no exige del autor que acepte las normas como moralmente correctas, sino sólo la conformidad externa basada en razones *prudenciales*. Quien admite esta teoría de la pena lo que está exigiendo es que el autor se mantenga dentro del derecho *justamente por razones inmorales: egoísmo*.

2. No es extraño que el punto de vista contrario sea sostenido, entre otros, por Jescheck / Weigend, Wessels / Beulke y Schmidhäuser, quienes siguen la teoría de la culpabilidad de actitud interna (42). *Jescheck / Weigend* afirman que el sujeto no sólo debe conocer que obra en una situación de justificación, sino que, además, debe obrar «para ejercer» el permiso o «para la realización» del deber impuesto (43), es decir con conocimiento e intención de justificación.

Según estos autores, esto se sigue de defender una teoría del injusto que también tiene en cuenta el disvalor de acción y que no sólo se conforma con el resultado (44). Luego continúan afirmando que la diferencia de todos modos no tiene demasiada importancia, porque incluso los que se oponen a los elementos subjetivos de una causa de

(37) STRATENWERTH/KÜHLEN (núm. 29), 182.

(38) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. ed. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch. Berlin, New York 1991, 11/20, con referencias ulteriores.

(39) ROXIN (núm. 22), 14/99.

(40) ROXIN (núm. 22), 14/99.

(41) KÖHLER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin-Heidelberg-New York, 1997, 322.

(42) JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Duncker & Humholt-Berlin, 5. Auf., 1996, 427 s.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 28.^a ed., Müller, Heidelberg, 1998, 10/422; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Ein Lehrbuch, 2. Auf., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1975, 375; SCHMIDHÄUSER, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tübingen, 1958, 162 ss.

(43) JESCHECK/WEIGEND (núm. 42), 328.

(44) JESCHECK/WEIGEND (núm. 42), 329.

justificación están dispuestos a castigar por tentativa (45), como si esto fuera una incoherencia de quienes le niegan relevancia a los elementos subjetivos distintos del conocimiento y a su vez defienden un concepto complejo de injusto. Estas últimas afirmaciones muestran que a veces no está claro qué quiere decir disvalor de acción y qué cuenta para ello. No es lo mismo afirmar que sólo alcanza con el conocimiento de la situación valiosa que afirmar que sólo alcanza con el resultado valioso. Y de hecho con ambas posturas se llega a consecuencias bien diferentes.

Si sólo cuenta lo objetivo, obrar amparado por una causa de justificación aun cuando el sujeto no tenga ningún conocimiento de ello, conduce a justificar la conducta. Este es el esquema que seguía, a grandes rasgos, el causalismo. Para quien defiende que sólo cuenta el conocimiento, este caso se puede castigar como tentativa, al igual que para quien sostiene la relevancia de otros elementos subjetivos distintos del conocimiento. Para ambas teorías esto debe castigarse como tentativa. La diferencia está, en cambio, en los casos en el que sujeto conoce y se motiva por otra cosa, como ya lo hemos tratado.

Lo que cuenta como elemento subjetivo es el conocimiento de que se está realizando ese estado de cosas permitido u obligatorio. Una conducta que llama la atención sólo permite hacer *ciertas* preguntas sobre el estado interno del autor y no otras. No se trata, pues, de que se abran todas las puertas para analizar cualquier aspecto subjetivo, sino sólo aquellas compatibles con las premisas de un estado liberal (46). El Estado sólo puede abrir las referentes al conocimiento, porque con este alcanza para que el sujeto pueda motivarse conforme a Derecho y, de este modo, realizar el estado de cosas deseado. Si ya no se desea ese estado y el sujeto lo sabe, ya no es necesario indagar más. De todo esto se deriva una segunda conclusión.

Conclusión 2. Lo decisivo para justificar una conducta no es por qué se motivo el sujeto, si no si todavía tenía el deber de motivarse de otra manera. En la medida que no existía ya el deber de obrar de otra manera y él lo sabía, ya no tenía el deber de motivarse de otra manera.

(45) JESCHECK/WEIGEND (núm. 42), 329.

(46) En este sentido, con razón, Hörnle ha llamado la atención sobre la discrecionalidad con la que se utiliza la expresión «disvalor de acción», que sirve muchas veces como un «cajón de sastre» en donde se incluye, sin mucha meditación, todo aquello que no entra en otro lado. Cfr. Hörnle (núm. 3), 215 ss., HÖRNLE, *Kriterien für die Herstellung von Tatproportionalität*, en Frisch/von Hirsch/Albrecht (comp.) «Tatproportionalität», C. F. Müller, 2003, Heidelberg, 119.

IV. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO EN LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

1. Los elementos relevantes para la teoría del delito cumplen también una función de garantía. En este sentido, aunque existan significativas necesidades preventivas de pena (en base a la teoría de la pena que se defiende) no se puede castigar a quien no realiza por lo menos una acción externa que llame la atención (47). Este esquema puede ser trasladado sin demasiadas dificultades a la determinación de la pena, si se acepta la premisa de que no toda vulneración de una norma tiene socialmente la misma importancia. Si se pueden ofrecer reparos a quien pretende castigar el hurto simple o las injurias con pena de prisión perpetua, es porque la violación de la norma no permite hacer cualquier cosa, sino que debe guardar, cuanto menos, cierta proporcionalidad con el hecho. Esto es lo que se conoce como «medida de la culpabilidad» (48).

Hay casos claros de violaciones a la proporcionalidad, como los recién mencionados. Pero aun cuando la diferencia no sea tan dramática, el derecho del sujeto a que todo el monto de pena que se le impone esté justificado no es menor. Si se quiere respetar realmente la medida de la culpabilidad se debe realizar una evaluación minuciosa del monto de la pena impuesta. Para que esto pueda ser realizado, es necesario trasladar los elementos de la teoría del delito, que permiten un excelente control para el «sí o no» de la pena, al *quantum* de ésta.

Los argumentos ajenos a la teoría del delito tampoco pueden funcionar como *atenuantes* de la pena. Y esto por dos razones. Primero, y menos importante, porque afirmar que, por ejemplo, los motivos no *fundamentan* pena, sino que su ausencia, por razones preventivas, atenúa una pena ya acorde a la culpabilidad, supone que la pena correspondiente a la culpabilidad se pueda determinar de manera absoluta, esto es, sin necesidad de relacionarla con otros casos. Pero esto no es posible, como lo demuestran las discusiones acerca de la relevancia del resultado para el concepto de delito, en donde afirmar que el resultado aumenta la necesidad de pena y, con ello, permite superar ilegíti-

(47) Cfr. comentario n. 1.

(48) ROXIN, *Das Schuldprinzip im Wandel*, Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg, Müller, 1993, 522, KAFUMANN, ARTHUR, *Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, Festschrift für Richard Lampe, de Gruyter, Berlin-New York, 1976, 28, el mismo, *Das Schuldprinzip*, 2.^a ed., Carl Winter, Heidelberg, 1976, 208; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal*, 2.^a ed., Civitas, Madrid, 2001, 116; SIMILAR OTTO, *Personales Unrecht, Schuld und Strafe*, ZStW 87 (1975), 576.

mamente el límite de la culpabilidad y afirmar lo contrario, esto es, que la ausencia de resultado es la que disminuye la necesidad de pena de un hecho ya adecuado a la culpabilidad, es igualmente plausible. Los contrincantes en esta discusión no tienen ningún punto en que pararse para demostrar quién lleva razón (49). Todo dependerá, al final, de qué se haya dicho primero.

En segundo lugar, esto supone una violación al principio de igualdad. Pues, aunque lo dicho anteriormente fuera falso y se pudiera medir la culpabilidad exactamente, la diferencia de pena entre dos autores, uno que obra con ciertas motivaciones y otro que no, no se basaría ya en el hecho cometido, sino en otra cosa. Así, ante dos hechos iguales, se impondrán penas diferentes, aunque el factor que se tenga en cuenta no sea en absoluto relevante para la responsabilidad penal (y, en consecuencia, ya no se pueda hablar de hechos iguales). Esto permite que el sujeto que recibe una pena mayor que el otro pueda elevar un reclamo al Estado por un trato injusto. Si la diferencia de pena no se basa en que se han realizado hechos distintos, entonces, aunque sea para atenuar, la diferencia será injusta (50).

Para aplicar las construcciones dogmáticas de forma consecuente con la determinación de la pena se debe partir de dos presupuestos: 1. de que ningún factor cuenta para la determinación de la pena si no tiene relación con el injusto y la culpabilidad; 2. de que ambos factores son graduables. En un trabajo reciente, Silva Sánchez ha hecho un planteo similar utilizando expresiones muy gráficas. En palabras de Silva, la determinación de la pena se manifiesta «como la dimensión cuantitativa (o de grado) de un sistema de la teoría del delito», en donde injusto, [y] culpabilidad [...] «constituyen magnitudes materiales graduables» (51). En este sentido, «el marco penal abstracto puede verse como la unión de un conjunto de conminaciones penales más detalladas (submarcos) que asignarían medidas diversas de pena a las distintas subclases de realización (subtipos), más o menos graves, del injusto culpable y punible expresado» (52).

(49) SANCINETTI (núm. 4), 133; DOHNA, *Zum neuesten Stande der Schuldlehre*, ZStW 32 (1911), 338.

(50) Sobre esto, con más detalle, PERALTA (núm. 6), 609 y 610 ss.

(51) Aquí se excluye deliberadamente la punibilidad, que fuera incluida por Silva, como categoría graduable. Esto se debe a que la punibilidad, es una categoría extremadamente heterogénea, donde se puede incluir, sin necesidad de demasiada fundamentación, como si se tratara de un «cajón de sastre» cualquier elemento que no «encaje» en alguno de los otros dos componentes relevantes para el delito. Cfr. el propio SILVA, *La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo*, InDret 1/2007, www.indret.com, 9.

(52) SILVA SÁNCHEZ (núm. 51), 5 y 8.

Puesto que hablamos de determinación de la pena, debe existir una *fundamentación* objetiva del tipo basada en un comportamiento exterior que llame la atención y sea típico (53). Sin la realización de un tipo de prohibición no hay lugar a la determinación de la pena. Allí se debe evaluar la relación subjetiva del sujeto con ese comportamiento y sus posibles variaciones. Asimismo, puesto que es posible hablar además de *exclusión del injusto*, también se deben considerar los posibles grados de reducción del ilícito en base a parámetros objetivos (54). Por supuesto, en esta empresa se deben analizar varios elementos relevantes para la responsabilidad penal como, por ejemplo, el grado de riesgo generado, el resultado efectivamente causado o el grado de libertad (culpabilidad en sentido estricto) que tenía el sujeto para actuar (55). Para este trabajo, sin embargo, interesan especialmente los elementos subjetivos del ilícito. Siguiendo las líneas mencionadas, lo que se debe analizar es como juegan estos factores subjetivos en la fundamentación y exclusión de la fundamentación de algunos de los subtipos que van conformando el injusto penal. Así, se podrán fundamentar algunos subtipos y, eventualmente, excluir otros.

(2) La fundamentación del injusto comienza con una conducta que ha realizado un estado de cosas que se quiere prohibir. Esto se medirá de acuerdo a la gravedad de lo realizado. *Brevitatis causae*, supongamos que el autor realizó un estado de cosas que se encontraba en gravedad 8, visto en una escala del 1 al 10, dentro de lo que demarca la parte positiva del injusto. Tenemos, entonces, un tipo objetivo de gravedad 8.

Ejemplo 5. A mata a B utilizando un arma de fuego de poca potencia desde una distancia de 10 metros.

El grado de riesgo será de 8, pues todavía es imaginable la realización de riesgos más intensos, o bien utilizando un arma larga o bien disparándole a quemarropa.

(53) JAKOBS (núm. 7), *loc. cit.*

(54) El binomio «elementos positivos y negativos del ilícito» no se corresponde hoy con el de «tipo y causas de justificación». Así el consentimiento es para muchos considerado como parte del «tipo» sin que esto pueda hacer mella alguna en el hecho de que se trata de un elemento negativo, i.e. que en excluye la ilicitud que aparentemente venía indicada por aquello que se ha consentido (lesión, puesta en peligro, etc.). No es necesario, sin embargo, a los efectos que se escribe este trabajo, detenerse en estas distinciones. Partimos de la base que, a grandes rasgos, hay coincidencia entre los primeros elementos de cada par (elementos positivos y tipo) y los segundos (elementos negativos y causas de justificación), respectivamente.

(55) Cfr. PERALTA (núm. 6), 610 ss.

El conocimiento agota toda la parte subjetiva del tipo. Si el sujeto conoce lo que está realizando, esto es suficiente para que el hecho le deba ser imputado sin que, conforme lo ya analizado, aspectos subjetivos distintos del factor epistémico pueden incrementar en algo la ilicitud objetiva o subjetiva (legítima) del hecho (56). Así es como, según hemos visto, se deben analizar los aspectos subjetivos del tipo en el «sí o no» de la pena.

Luego debe considerarse la posibilidad de atenuación del disvalor del tipo en virtud de un valor de justificación. Si existe un segmento de justificación, se debe atenuar aún más el reproche. La existencia de una justificación parcial deberá ser entendida como la justificación de alguno de los subtipos que se le pueden imputar al sujeto al nivel del tipo penal. Supongamos que existe una justificación de 1 punto. Para que este reducción objetiva de la ilicitud le pueda ser imputada al sujeto es necesario que este conozca que se configura dicho elemento de justificación parcial. De otro modo (sólo) respecto de ese subtipo penal justificatorio cabría un análisis similar al de la tentativa. En este caso, la imputación general debería ser la correspondiente a la de quien ha pretendido realizar de manera completa la parte objetiva del injusto, realizándola, por cuestiones ajenas a su voluntad, sólo de manera parcial.

Ahora bien, suponiendo que el sujeto conoce las circunstancias que eliminan *parte* de la gravedad objetiva del ilícito, ya con esto será suficiente para que dicha atenuación opere a su favor, sin que ningún elemento subjetivo distinto del conocimiento puede repercutir en su contra. Esto es lo que se sigue de aplicar las reglas de la teoría del delito a la determinación de la pena y de defender que el aspecto subjetivo de las causas de justificación también deben ceñirse a un factor meramente cognitivo.

Ahora damos un ejemplo de justificación parcial objetiva.

Ejemplo 6. A mata a B utilizando un arma de fuego de poca potencia desde una distancia de 10 metros para evitar que B lo agrede ilegítimamente. A podría haber utilizado un cuchillo con el que, aunque gravemente, sólo hubiera lesionado a B.

El exceso en legítima defensa es una causa de exclusión parcial del injusto objetivo por la presencia de una justificación también parcial de las mismas características. Que eso es *por lo menos también* un caso de atenuación del ilícito, i.e. un caso de justificación parcial, lo defiende la doctrina mayoritaria de diversos países (57). No existe

(56) SANCINETTI (núm. 4), 153.

(57) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER/PERRON, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27ma. ed., C.H.Beck, Múnich, 2006, 33/2 y 34/42; VALLE MUÑIZ, *Fundamento*,

aquí espacio suficiente para ensayar adecuadamente las razones por las que este es un caso de injusto atenuado. Sólo baste mencionar que hay dos razones para considerar una reducción del ilícito ya objetivamente considerado. La primera tiene que ver con que «parte» del resultado causado está amparado por una causa de justificación. Así, en el ejemplo dado, parte de la conducta evita aún un peligro, mientras que sólo la «otra parte» está injustificada por que no «evita nada» (58). Pero, además, esta «segunda parte» tampoco debe ser tratada como si fuera un injusto autónomo. Aquí hay responsabilidad también de quien, al final, resulta ser víctima del mismo: el primer atacante. Con su agresión ilegítima él ha generado sobre sí un riesgo de lesiones incluso más allá de lo que implica una legítima defensa que, en parte, también le es imputable. La justificación de una reducción de la gravedad del ilícito en base a la responsabilidad de la víctima sigue aquí las reglas de la «provocación» (59).

Se puede discutir, por supuesto, si en el exceso también se puede hablar de una disminución de la culpabilidad de manera independiente a la reducción del injusto. Pero esto sólo es eventual y, en todo caso, sólo puede *agregar* causales para reducir el castigo y no hace mella en el hecho de que aquí el *ilícito* se encuentra parcialmente atenuado de modo ya objetivamente valorado. Debido a que, en primer término, existe aquí una reducción objetiva del ilícito es también que no existe ningún impedimento para considerar aquí una atenuación, aunque el excedido obre dolosamente, i.e. conociendo que se está excediendo en su legítima defensa, tal como no existe dificultad alguna en que ilícitos de gravedad muy diferente puedan ser realizados todos dolosamente.

alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español, ADPCP, 562, 568 s.; Díez RIPOLLÉS, *La categoría de la antijuridicidad en Derecho penal*, en el mismo «Política Criminal y Derecho Penal-Estudios-», Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 388; ZAFFARONI, RAUL EUGENIO/ALAGIA, ALEJANDRO/SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, 645.

(58) Cfr. Nino, *La legítima defensa, Fundamentación y régimen jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1982, 168.

(59) Cfr. respecto de la justificación de la reducción de la pena en la provocación, entre otros, JAKOBS (núm. 38), 12/49; KÖHLER (núm. 41), 360; MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, Carl Heymanns, Colonia-Berlin-Múnich, 2005, 373 ss.; HILLENKAMP, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Otto Schwartz & Co, Göttingen, 1981, 12 s.; SILVA SÁNCHEZ, *¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito?*, Introducción al debate sobre la Victimodogmática, en AAVV, *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Homenaje a Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, Donostia, San Sebastián, 1989, 641 ss.; PALERMO, *La legítima defensa, Una revisión normativista*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, 405 s.

En el ejemplo mencionado podemos hablar, entonces, de un ilícito de 6 puntos, porque, supongamos, 2 de los 8 puntos que fundamentaban el ilícito están justificados.

Ahora supongamos el siguiente caso.

Ejemplo 7. A mata a B utilizando un arma de fuego de poca potencia desde una distancia de 10 metros para evitar que B lo agrede ilegítimamente. A podría haber utilizado un cuchillo con el que, aunque gravemente, sólo hubiera lesionado a B. B se excede en su legítima defensa sólo debido a que B era de nacionalidad extranjera, de tal modo que sin esa *razón* no habría ejercido su derecho de modo excesivo.

Estamos frente a un caso de injusto atenuado por justificación parcial (exceso intensivo en la legítima defensa) cometido por motivos abyectos (xenofobia). De las premisas mencionadas anteriormente se sigue que aquí se debe castigar atenuadamente, puesto que el sujeto conoce perfectamente los elementos que fundamentan la ilicitud de su conducta y también aquellos que la atenúan. Si él se aprovecha de esta situación para lograr otros fines, esto no cambia el hecho de que la conducta está parcialmente justificada. Si el injusto es de 6 puntos, nada subjetivo distinto del aspecto cognitivo puede aumentar la gravedad del hecho en su parte positiva, ni para restarle relevancia a su parte negativa. Sólo el conocimiento es necesario y suficiente para imputar ese grado de ilicitud.

Darle en este caso cabida al elemento subjetivo «motivos», u otro distinto del conocimiento, supondría abandonar las premisas esbozadas anteriormente con toda su justificación. Si aquí se quiere aplicar la pena de un homicidio calificado y olvidar que los motivos no pueden aumentar la gravedad objetiva del ilícito ni eliminar la situación de justificación, ambas situaciones conocidas por el autor, se produciría aquí un quiebre con los fundamentos liberales dados para reducir el reproche subjetivo al conocimiento y se castigarían los motivos en sí. Las razones para justificar semejante quiebre no tendrían un fundamento distinto de aquellas que justificarían el castigo de meras formas de pensar.

V. CONCLUSIÓN

Por medio de este análisis deductivo se pudo demostrar cómo la introducción de los motivos en la determinación de la pena, tal como lo hace la doctrina mayoritaria, supone el abandono de las premisas liberales que guían la comprensión de los elementos subjetivos del

injusto. Un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos que basa su protección en la importancia del bien y en el grado de probabilidad de afectación, debe llegar al rechazo de la justificación de la relevancia de los motivos o la intención *incluso* en la graduación del castigo. Esta es la única forma de no censurar dichos factores por sí mismos.

Cuando se afirma que en la determinación de la pena se deben utilizar conceptos «más amplios» de disvalor de acción y de culpabilidad para dar cuenta de la relevancia de los motivos se abandonan «tácitamente» las premisas que restringen la posibilidad de evaluación de cuestiones privadas del sujeto y, por consiguiente, el Estado se introduce ilegítimamente en cuestiones que no tiene permitido investigar (60). Sólo por medio de una confusión sobre el concepto de disvalor de acción se pueden introducir en la medición de la pena los elementos de ánimo o los motivos como factores relevantes para el ilícito.

Esto, sin embargo, no es obvio, y sólo con un análisis riguroso se puede ver la incongruencia que representa rechazar la relevancia de los motivos para el «sí o no» de la pena y luego incluirlas en el *quantum* y que es necesario precisar claramente qué se entiende por disvalor de acción y no transformar este concepto, como afirma Hörnle, en una «categoría de acogida», en un cajón de sastre, donde se puede introducir más o menos cualquier cosa (61).

Todavía queda por analizar si los motivos o la intención pueden ser relevantes para la culpabilidad, como lo sostiene también buena parte de la doctrina (62). Parece que la respuesta debería ser similar a

(60) Así, por ejemplo, STRENG, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 2 ed., Nomos, Baden Baden, 2005, parágrafo 49, 135. Aunque, en realidad, no es claro, pues, luego de afirmar que los motivos abyectos afectan el disvalor de acción, sostiene que hacen referencia a una mayor conmoción social general por el delito basado en esos motivos, lo que, evidentemente, hace referencia a un resultado, a un daño social distinto del generado por el hecho sin consideración de los motivos. Finalmente parece afirmar que el «egoísmo del autor» es lo que fundamenta más pena. Esto, en rigor, no hace más que poner a la luz que la fundamentación es meramente moral o que, por lo menos, implica castigar la moral individual. Cfr. acerca de las falacias detrás de la afirmación de si los motivos implican o no un mayor daño objetivo en Kahan, *Two Liberal Fallacies in the Hate Crimes Debate*, en «Law and Philosophy» 20, 2001, 175 ss.

(61) HÖRNLE, *Determinación de la pena y culpabilidad*, trad. Santiago Martínez/María Martín Lorenzo/Luis Miguel Reyna Alfaro, Fabián J. di Plácido, Buenos Aires, 2003, 77 y ss.; también las citas de núm. 46.

(62) Cfr. núm 4 y núm 42; KÖHLER (núm. 4), 763 y s.; STRENG (núm. 60), 46/53 ss.; OTTO (núm. 48), 596; SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER (núm. 57), 211/6 ss.; Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, C.H.Beck, Múnich, 2003, 27/7; SCHÜNEMANN, *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*, en,

la dada para el ilícito. La culpabilidad funciona de modo análogo a las causas de justificación, en el sentido de que se trata también de ser culpable «de algo». Toda evaluación al respecto no puede desprenderse del ilícito del que se es culpable y, por lo tanto, tal como sucede en la determinación absoluta de pena, la culpabilidad parece sólo poder cumplir una función negativa. Para evaluar esto, sin embargo, es necesario hacer un análisis riguroso que no puede ser desarrollado aquí. El desafío queda, de todos modos, planteado (63).

Grundfragen des modernen Strafrechtssystems«, de Gruyter, Berlin-NewYork, 1984, 191; LANGE, *Eine Wende in der Auslegung des Mordtatbestandes*, en Stree/Lenckner/Cramer/Eser, GS Horst Schröder, C.H.Beck, Múnich, 1978, 221; Zaffaroni/Alagia/Slokar (núm. 57), 768; ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1999, 133.

(63) En cualquier caso, fundamental al respecto, HÖRNLE (núm. 61), 39 ss.

