

## LA ATRIBUIBILIDAD: PRELIMINARES Y LIMITES DE LA CULPABILIDAD

*Por el Dr. Luis JIMENEZ DE ASUA,  
Catedrático de Derecho Penal de la Uni-  
versidad de Madrid.*

SUMARIO: 1. Imputación y atribución. 2. Una teoría italiana inaceptable. 3. La sedicente "Defensa Social". 4. La responsabilidad sin culpabilidad. 5. Atribuibilidad. 6. La construcción jurídica: la infracción dañosa. 7. La condición psicológica: la mismidad. 8. Resumen de la noción de atribuibilidad. 9. Afirmación de la culpabilidad.

1. *Imputación y atribución.* Somos poco amigos de las "frases", que sólo suelen servir para originar admiración en los papanatas; pero a veces un pensador ha acertado a resumir, en pocas palabras, la esencia de una cuestión o la trayectoria histórica de un fenómeno social. Creemos que esto ocurre con lo dicho por Ernst Haferkamp, al abordar el asunto más importante y subjetivo del Derecho penal: "El problema de la culpabilidad es el problema del destino del derecho de castigar" (*Lehrbuch*, vol. I).

En efecto: en aquellas épocas primitivas y definitivamente superadas, en que la pena se descargaba sobre el mero ejecutor material; es decir, por el simple hecho de causar un daño (*Causalhaftung*), la responsabilidad se proclamaba por el resultado (*Erfolgshaftung*), sin tener en cuenta si éste se había producido con intención o negligencia del causante, o por mero nexo material sin relación anímica con el productor de los efectos. La culpabilidad no existía: sólo se reconoció la responsabilidad a virtud de la imputación física. El Derecho romano entronizó la intención, dando espiritualidad al Derecho penal y desde entonces la culpabilidad es una característica del delito, sin la que no es posible asociar al hecho dañoso una pena *sensu stricto*.

Sin embargo, en nuestros días no ha dejado de atacarse este aserto o de imponérsele excepciones. Recordemos el positivismo criminológico. De entre los positivistas ha estudiado el problema con acierto —desde su punto de vista— Eugenio Florian: “La imputabilidad física —escribe—, como base de la imputabilidad penal, no sirve más que para expresar la esfera de aplicación del Derecho penal. El juzgar de cualquier hecho humano constitutivo de delito, el determinar el modo del tratamiento de cualquier persona que haya cometido un delito, son tareas que conciernen al Derecho penal; pero necesariamente el elemento subjetivo asume variadas formas, que pueden reducirse a cuatro hipótesis fundamentales: 1a., que se detenga en una imputabilidad meramente física, en el sentido de que el agente haya cometido el delito automáticamente, por caso fortuito o por fuerza material o moral ejercida sobre él; 2a., que la imputabilidad física se acompañe por un elemento psíquico anormal; 3a., que la imputabilidad física concorra con un elemento psíquico patológico o anormal; 4a., que la imputabilidad misma se apareje con la inmadurez psicofísica del sujeto. En el primer caso, no se debe adoptar medio defensivo alguno, puesto que no hay peligrosidad alguna; puede decirse, incluso, que la misma imputabilidad física es ficticia, ya que el hecho, en realidad, no procede, como de su causa, de quien parece el autor. El hecho no deriva de la personalidad del autor... En el segundo caso, en cambio, deberán tener lugar las congruas medidas de represión, habida cuenta, además, de las circunstancias objetivas del hecho, de las condiciones subjetivas y de las cualidades morales del agente; todo ello, naturalmente, siempre que no concurren razones o circunstancias tales que excluyan en este caso todo elemento de peligrosidad... Aquí se afirman las nociones fundamentales del dolo y de la culpa. En el tercer caso, en que se trata de delincuentes locos o anormales, deberá proveerse a la defensa frente a ellos, y esto a lo sumo mediante su reclusión en un manicomio criminal o en otro hospicio oportuno, con arreglo a las distintas condiciones patológicas de esas personas y en cuanto se manifiesten socialmente peligrosas. En la cuarta hipótesis, serán necesarios procedimientos de educación y corrección” (*Parte generale*, I, p. 440).

Ahora bien, como puede apreciarse y como ahora se demostrará mejor, las fuentes de la imputación o de la responsabilidad son varias para los positivistas, e inmediatamente de ellas surge el medio sancionador. En esto, como luego se dirá, consiste la radical diferencia entre las fórmulas asistemáticas del positivismo criminológico, y las que ahora proponen los modernos penalistas, como Maurach por ejemplo, que buscan una base

unitaria para la atribución, aunque a ella se agreguen luego condiciones y nuevas consecuencias para llegar a la culpabilidad.

Veamos ahora —antes de entrar en las concepciones más nuevas— lo que en este punto piensa la escuela positivista italiana. Enrique Ferri dice que, en orden a la acción psíquica, se pueden comprobar “en el autor de un acto prohibido por la ley estos cuatro aspectos: *a) intención delictiva* (delitos dolosos y, en el lenguaje común, delitos voluntarios) con voluntad más o menos anormal (impulsividad); *b) defecto de atención* (delitos culposos o involuntarios); *c) consciencia* con voluntad inmadura (minoridad) o enferma (enfermedad de la mente, sordomudez, embriaguez, pasiones); *d) inconsciencia* (por infancia o idiotez o automatismo psíquico o delirio en enfermedad mental o común)” (*Principii*, pp. 418-419). Con más rigor técnico, pero en la misma corriente de pensamientos, ha escrito Florian que “la imputabilidad o responsabilidad (presentadas en repudiable contubernio por el más jurista de la *scuola*) tiene las siguientes fuentes, que corresponden a otras tantas formas del elemento subjetivo del delito: 1) por *dolo*; 2) por *culpa*; 3) por *inmadurez*; 4) por *enfermedad mental*; 5) por *anomalía psíquica*” (*Parte Generale*, I, pp. 440-441).

Se acusó a los positivistas, especialmente por Massari (en *Riv. p.*, vol. xcv, p. 51), de que ese elemento subjetivo carece de un fondo unitario, y Florian se defiende de esas objeciones con argumentos que aprueba Ferri (*Principii*, p. 419, nota 1). El famoso penalista veneciano es cierto que trató de negar importancia a la variedad de fuentes, alegando que “ello no puede considerarse un vicio de la teoría, puesto que ninguna razón sustancial impone que el elemento subjetivo sea unitario. Si en verdad existen diferencias, no se pueden eliminar para hacer estética jurídica a expensas de la realidad humana...”. Pero es el caso que Florian, aunque defiende esa variedad de fuentes para no discrepar de su *scuola*, aspira... a la unidad y trata de hallarla, en un “nexo, aunque sea sutilísimo”, que reúne “esas diversas formas del elemento subjetivo, en el sentido de que, en todas, el hecho es inculparable en cuanto es el producto y la expresión de la personalidad del agente (así, por ejemplo, no será inculparable en ninguna de ellas la hipótesis de *vis maior* o *vis absoluta*)” (*Parte Generale*, pp. 440-441). Estamos viendo, en las palabras acabadas de transcribir, la exigencia de que el acto sea *suyo*, propio del autor, que los modernos penalistas italianos reclaman y que mucho más claramente exige Florian veinte líneas después: “A quien bien lo mire, aparecerá un coeficiente psíquico común, aunque sea mínimo, que reúne los dos aspectos del delito

(propio e impropio): que el hecho, en que consiste, pertenezca al individuo como suyo propio (*suità*)".<sup>1</sup>

En suma, la escuela positivista italiana quiso hacer también responsables a los carentes de imputabilidad y levantó protestas sin cuento entre los jurisperitos. En aquellas concepciones, la culpabilidad quedaba desdibujada. No sin motivo esa expresión aparecía en Italia excepcionalmente y se reemplazaba por otros vocablos (elemento subjetivo, imputabilidad, etc.), siendo preciso llegar hasta nuestros días para ver correcta y usualmente empleado el término "culpabilidad". De nuevo ahora se vuelve a considerar hacedero imputar un hecho que causa daño a otro o a la comunidad, incluso sin que el agente sea *imputable* (capaz); pero aunque Grispigni muestre grande alborozo al leer a Maurach (vid. su artículo, *La nuova sistematica del reato*, en *S. p.* 1950), lo cierto es que no se identifica esta nueva concepción, con la del positivismo cirminológico italiano. Si en estos casos puede haber *atribución* por la "responsabilidad en el acto", ésta no significa *culpabilidad*, y por ende, no cabe imponer *pena*. El "destino" del derecho de *penar* se ha sellado definitivamente en compañía de la *culpabilidad*.

Esto supone, en primer grado, *imputación física de los hechos, atribución a quien los causó*. Acontecerá, a veces, que no pueda seguirse adelante, porque el promotor no sea *capaz* de constituirse en sujeto del Derecho de *castigar*. Este primer grado de *responsabilidad*, no supone *responsabilidad penal*, por no existir culpabilidad, y lo designaremos con el vocablo: *atribuibilidad*. El resultado es *atribuible* a un agente, a condición de que le pertenezca, que venga de su *mismidad*; *suitas* dicen ahora los penalistas italianos, sobre todo Antolisei, y se usa por algunos autores de lengua castellana. Con acierto lo ha manejado en Chile Alvaro Bunster.

Los médicos, desde hace buen número de años, han hablado de "responsabilidad" de "psicópatas" y "anormales", como nos recuerda W. P. J. Pompe,<sup>2</sup> aunque no se quiera afirmar con ello que ese *defectuoso mental* sea pasible de pena. En este punto, ningún hispanohablante debe ignorar que Dorado Montero trató ya en 1897 del "caso del loco delincuente en el

1 A este párrafo le acompaña Florian de una nota en la que dice: "El concepto de *suità* está ahora muy en uso". En efecto, como luego veremos, los modernos autores italianos hablan de *suitas*. De *suitas* más que de *suità*, que dice Florian. La expresión usada por éste responde más bien a la de *mismidad*, en tanto que la *suitas* resulta más propio considerarla como *atribución*.

2 *La responsabilité des psychopathes*, en *Revue de Droit pénal et de Criminologie* (Bruselas), xxxiii année (1952), pp. 5-20.

Derecho penal moderno”, señalando “las enseñanzas que del mismo pueden sacarse”.<sup>3</sup> Ciertamente que la coincidencia de Dorado Montero con quienes se ocupan hoy de “responsabilidad de los psicópatas” es por modo inverso y sus argumentos no pueden esgrimirse para distinguir la mera atribuibilidad de la culpabilidad, como pretendemos hacer nosotros ahora. En efecto, desde su punto de vista (armonía del correccionalismo y del positivismo), lo que Dorado hace al atribuir al loco el hecho calificado de delito en las leyes, y al imponerle medidas provisionales, reformables e indeterminadas, es señalar lo que se hará con los delincuentes *sensu stricto* en el provenir, que tan terca como ilusionadamente ensoñó el maestro de Salamanca.

En el medio jurídico-penal que vivimos en nuestro tiempo, ha sido Reinhart Maurach (*Schuld und Verantwortung*, y en su *Grundriss*), quien ha removido más profundamente el terreno de la responsabilidad. En buena parte, con él coincide, en nuestra lengua, Francisco Blasco y Fernández de Moreda (*Sobre el concepto del delito*, etc.).

Aunque hayamos dicho que las genuinas tesis positivistas italianas poco tienen que ver, por su simplismo, con las modernas concepciones de la atribuibilidad, no podemos negarles derecho de precursoras. En este sentido son de sumo interés los escritos de Grispigni (*Il delitto del non imputabile*, en *S. p.* 1911; *Responsabilità giuridica dei cosiddetti non imputabili*, en *S. p.*, 1920), algunos de los cuales se remontan al año 1911. Ahora los penalistas italianos discurren sobre el tema en cuanto al error en el hecho del no imputable. El asunto ha sido examinado por Antolisei (*Manuale*) y por Ranieri (*D. p.*), que no son positivistas, así como por F. Alimena<sup>4</sup> y Ondeï.<sup>5</sup> En artículos, cuyo título indica la específica preocupación del asunto, explayan el problema Vaccaro, Jannitti Piromallo, Piacenza y Galli, sin olvidar que antes que ellos, y en otro sentido, trató Sabatini de “la acción del incapaz de entender y de querer” (en un artículo de la *Riv. p.*, 1934, pp. 466 y ss.). Apoyándose en esa corriente, dice Grispigni que no puede menos de expresar su complacencia “al comprobar que la doctrina alemana<sup>6</sup> llega, finalmente, a percibir cierta verdad que nosotros habíam-

3 *El caso del loco delincuente en el Derecho penal moderno y enseñanzas que del mismo pueden sacarse*, en *Derecho protector de los criminales*, Madrid, Suárez, 1916, pp. 423 y ss., particularmente, pp. 461-466.

4 *La colpa nella teoria generale del reato*, 1946.

5 *Chi è il soggetto attivo del reato*, en *S. p.*, 1948, p. 446.

6 En el trabajo de Grispigni a que nos estamos refiriendo (*La nuova sistematica del reato nella più recente dottrina germanica*, en *S. p.*, 1950, pp. 1 y ss.).

mos enunciado hace cuarenta años, por lo menos..." Pero entonces "tales afirmaciones eran puestas en ridículo o causaban desdén" (*La nuova sistematica del reato* etc., en *S. p.*, 1950, p. 9). Ahora bien, el propio Grisigni deberá confesar que entre la tosca fórmula de la "responsabilidad legal" o "social", proclamada por Ferri, y las nuevas construcciones, hay harta diferencia.<sup>7</sup>

De estas ideas, ahora muy en boga en Alemania, pueden considerarse como avanzadas las páginas escritas en 1935 por el penalista austriaco F. Kadecka, que con un juego de palabras, llevado al propio título de su trabajo, se ocupa "de lo dañoso para la culpabilidad y de la culpabilidad para lo dañoso" (*Von der Schädlichkeit*, en *S. Z. f. S.*, 1935, pp. 343 y ss.), afirmando que la "imputabilidad no es una característica del acto, sino del que actúa", lo que es cosa bien distinta. Ante las objeciones de

---

se atribuye este hecho, que él juzga venturoso, a la legislación nacionalsocialista. En las págs. 2-3 de dicho artículo se expresa de este modo: "En el período de la reforma nacionalsocialista se verificó en la legislación positiva un acontecimiento de gran importancia que obligó a la doctrina y a la jurisprudencia a una revisión profunda de la teoría general del delito... Tal acontecimiento consiste en que el Derecho positivo, mientras de un lado introduce los procedimientos aplicables a los no imputables (menores de edad y enfermos de la mente), de otro hacía depender la aplicación de tales procedimientos de la existencia de una acción amenazada con pena, de parte de los sujetos no imputables... De tales disposiciones deriva la expresa voluntad de la ley de reconocer que una acción amenazada con pena (esto es, un delito), puede ser cometido también por personas en estado de no imputabilidad, de lo que lógicamente debe derivarse que la imputabilidad no constituye ni un presupuesto de la culpabilidad ni un elemento constitutivo de la misma, como en cambio, hasta ahora se había unánimemente afirmado. Surge por esto la necesidad de una nueva sistemática del delito, idónea para poner la doctrina de acuerdo con la legislación positiva."

7 Es cierto, sin embargo, que el propio Grisigni, en 1920, se preocupaba de armonizar la responsabilidad del imputable con el carácter imperativo de la norma jurídica y con la contradicción al derecho (vid. su artículo, *La responsabilità giuridica dei cosiddetti non imputabili*, en *S. p.*, 1920). Por eso puede ahora decir lo que hemos transcrito en el texto, añadiendo, con bastante injusticia, puesto que los penalistas de Alemania no dejan de preocuparse de las cuestiones cuyo olvido les atribuye Grisigni: "Podemos, pues, observar que los estudiosos alemanes han llegado a reconocer la posibilidad de una antijuricidad, y por ende del delito, en el hecho de los no imputables, pero al mismo tiempo no se han preocupado de armonizar estas nuevas concepciones con las del carácter imperativo de las normas jurídicas y con otros problemas de la teoría general del derecho, mientras que también estos aspectos han sido profundizados por los italianos" (*La nuova sistematica del reato*, en *S. p.*, 1950, p. 13.)

H. Pfander (*Und von der Schuld*, en *S. Z. f. S.*, 1937, cuaderno 2º), insiste Kadecka en sus tesis, diciendo “aún una palabra sobre culpabilidad y pena”, a la luz de la “moral” y del “Derecho” (*Noch ein Wort*, en *S. Z. f. S.*, 1937, cuaderno 2º). Al definir el delito, en un trabajo posterior de sumo interés, vuelve Kadecka a ilustrar su tesis, y lo hace con marcada exageración, pues llega, nada menos, que a postular la eliminación de la característica culpable en el hecho punible. En efecto, elogiando las concepciones de Beling, piensa que la noción del delito por éste expuesta, debe sufrir una modificación en lo tocante a conceptuarle como un acto culpable. Reconoce que, “para su tiempo” (para la época de Beling) esto fué verdad; pero hoy, y después de promulgar la ley penal alemana de 24 de noviembre de 1933 y en vista, por tanto, de la esfera de extensión y carta de naturaleza que han obtenido las medidas de seguridad y corrección, no es posible mantener aquel aserto —“el delito es un acto culpable”— en el mismo sentido que antaño, puesto que incluso se aplican tales medidas en el caso de que los autores de los hechos sean inimputables (*Verbrechensbegriff*, en *Z.*, 1939).

Esa ley de defensa social alemana —tan inspirada en la belga de 1930— ha sido el caballo de batalla de estos últimos tiempos, aunque lo que se cree obligado a decir Kadecka, no lo repita Reinhard Maurach, que expone doctrinas mucho más correctas.

A su juicio, la *Zurechenbarkeit* (que debemos traducir por *atribuibilidad*, según luego diremos, nota 12), es el “fundamento de la reacción penal”. El fin de la pena es la expiación del pasado; el fin de las medidas de seguridad, el impedimento de nuevas lesiones al Derecho. La pena corresponde a la culpabilidad; las medidas de seguridad, a la peligrosidad del autor”. Para Maurach, la “atribuibilidad (*Zurechenbarkeit*) es la afirmación de que el autor por la comisión de su acto (adecuado al tipo y antijurídico), no se ha conducido conforme a las exigencias de la colectividad. Es un *juicio de desvalor*, pero en modo alguno un *juicio de reproche*. Este no estaría aquí en su lugar, pues un reproche sólo puede hacerse a aquel de quien puede esperarse que se conduzca normalmente. Y éste no es el caso de todos los sujetos de Derecho. La atribuibilidad sólo significa literalmente que el acto ‘se pone a la cuenta de su autor’. El cómo de la puesta a su cargo es otra cuestión. La justificación de la atribuibilidad surge de la vida en común de los seres humanos. Es una pura exigencia práctica. La comunidad no puede pedir que todos los hombres se conduzcan normalmente; en los niños y enfermos mentales, esto no tendría sentido. Ahora bien, puede el orden jurídico valorar personalmente la conducta de todos

los sujetos del Derecho, y puede afirmar que el acto concreto se carga en cuenta a su productor, incluso, ciertamente, si el autor no es 'culpable', a causa de su falta de desarrollo o de enfermedad mental. Del grado de atribuibilidad dependen los presupuestos de la actividad jurídico-penal. De este modo, consideramos la atribuibilidad como referencia desaprobada del autor a su acto típico y antijurídico, que constituye el fundamento de la actividad jurídico-penal".

En consecuencia de lo que antecede, R. Maurach trata de los "grados de la atribuibilidad" y dice que la "medida de la frontera entre los dos reside en la afirmación de si la atribuibilidad se agota en el *juicio de desvalor* referente al autor o si, además, se recarga con un *reproche*". Al primer grado le denomina "*responsabilidad por el acto*" (*Tatverantwortung*), afirmando que "por su acción típica y antijurídica es responsable todo hombre, siempre que el acto no haya sido cometido bajo circunstancias enteramente anormales (que excluyen la responsabilidad); responsable es especialmente incluso el autor al que no puede hacerse un reproche: el enfermo mental y el niño. En suma: "Un inculpable (un enfermo mental o un niño), que perpetra una acción típica y antijurídica bajo condiciones legales 'normales', comete con ello un 'delito' (*Verbrechen*)". Como a él no puede alcanzarse un reproche, no es posible su castigo; pero bien puede ser sometido a las medidas de seguridad previstas para los inculpables en atención al momento de peligrosidad". "*La culpabilidad es el segundo grado*", y supone un peldaño más de la "responsabilidad por el acto". "Aquella contiene esos presupuestos y acarrea, además, el reproche que se hace al autor por la motivación de su acto. La comisión culpable de un delito constituye el 'acto punible'. Sólo puede obrar culpablemente un autor que tiene la capacidad que se determina por las normas. En suma: cuando nosotros hacemos un reproche al autor *a causa de su motivación del acto*, le castigamos *a causa de su acto*; y en caso de que el autor, por los motivos de su acto, represente además un peligro social, someteremos al delincuente culpable a las medidas de seguridad previstas para evitar delitos futuros" (*Grundriss*, pp. 89-90).

Un año después de que Maurach imprimiera su "Compendio", ve la luz en la *Rivista italiana di Diritto penale* (1949), su artículo sobre *L'evoluzione della dottrina del reato nel più recente Diritto penale germanico* (en el que principalmente se apoya Grisipigni para expresar sus alborozos y sus apreciaciones italianófilas sobre la responsabilidad de los inimputables. En ese trabajo de Maurach se insiste en que "la responsabilidad del acto llega a ser una plataforma unitaria sobre la que se puede levantar el



edificio del Derecho penal alemán, que desde 1933, descansa en una base dualista, sin añadir ninguna otra a las antiguas cuestiones relativas a la exacta configuración del delito del incapaz, que son, por lo demás, insolubles con la guía del concepto tradicional de culpabilidad" (p. 654). Reinhart Maurach repite lo dicho en el *Grundriss* sobre la comisión de "un delito" por "quien obra con responsabilidad del acto". Ahora bien —y de ello hace caso omiso Grispigni—, el autor de esa construcción de atribuibilidad se cuida mucho de que no se confunda su noción de *Tatverantwortung* con la de *responsabilità legale* del Proyecto italiano de 1921. En efecto, Maurach nos dice —y ello contribuye a perfilar su tesis— que la responsabilidad legal, "según Ferri, deberá representar un sustitutivo de la culpabilidad penal (lo que no es del todo exacto), y proporcionar la base de todas las medidas dependientes de la defensa social que deben construirse *inmediatamente* sobre ella. Nosotros no pensamos así. El llamado sistema de doble binario (*sic*) pertenece a la esencia del Derecho penal alemán. La reacción principal del Derecho penal estatal, es la pena, la cual, incluso en el caso de concurrente peligrosidad del agente imputable, no queda eliminada por la simple aplicación de la medida de seguridad. Un 'vicariato'; es decir, una subrogación de la pena con la medida de seguridad, solamente está prevista... para los casos de ausencia de responsabilidad... La 'responsabilidad por el acto', por lo tanto, en contraposición al Proyecto de 1921, no constituye la base inmediata de la reacción; sino tan sólo el punto en el cual se inserta la bifurcación del sistema penal de doble binario (*sic*). La 'responsabilidad por el acto' por sí sola no es el fundamento ni de la culpabilidad ni de la peligrosidad: la primera debe aún ser afirmada para justificar la pena; la segunda debe serlo, en el caso de los no imputables, para abrir el camino a las medidas de seguridad" (p. 655). Vemos, pues, en qué sentido habla Maurach de "delitos de los enfermos mentales", que Grispigni aprovecha para vanagloriarse de la prioridad de esta tesis en la ciencia italiana. Otra de las citas de Maurach que exhibe Grispigni triunfalmente, es su aserto de que "también los niños, los enfermos mentales, etc., pueden obrar con dolo" (p. 652 del citado art. del penalista italiano inserto en la *Riv. ital. di Diritto penale*, 1950). Esto, que por nuestra parte rechazamos de plano, se debe al término alemán con que se se expresa el dolo en su Derecho (*Vorsatz*), que literalmente significa intención, y a la desconcertante sistemática de los penalistas alemanes que acogen la teoría finalista.

Antes de seguir adelante, anticipemos que la *suitas* de que tratan los autores italianos no positivistas, como Antolisei, F. Alimena y Ranieri,

se emparenta estrechamente con la atribuibilidad, como luego veremos, (*infra*, núm. 7.)

2. *Una teoría italiana inaceptable.* En sentido enteramente distinto funda Marcello Gallo su *Concetto unitario di colpevolezza* (Milán, Giuffrè, 1951). Aunque, cuando le conviene para prestigiar su tesis, invoque a Maurach (p. 33), sin perjuicio de combatirle otras veces por la naturaleza “ético-retributiva” que confiere a la pena el jurista alemán (pp. 115-116), en verdad las construcciones de Gallo parten de puntos de vista diametralmente opuestos a los de Maurach. Para el profesor de la Universidad de Urbino, no existe divergencia entre pena y medidas de seguridad, puesto que éstas deben considerarse “verdaderas y propias sanciones penales (o, si se quiere evitar la contradicción terminológica, criminalísticas)”. Por otra parte, no cree posible “configurar en Derecho penal una categoría unitaria de capacidad de obrar”, puesto que si ésta se entiende “como punibilidad personal de realizar el tipo penal productor de determinadas consecuencias, el concepto en cuestión no puede menos de aparecer fraccionado, ya que en el proceso de causalidad jurídico-penal viene a insertarse, operando en dos diferentes direcciones, la consideración de dos situaciones personales del sujeto: imputabilidad y peligrosidad” (p. 30). Para salvar el gran escollo, afirma Gallo que “la imputación que nos interesa es la imputación psicológica y no la jurídica” (p. 30) —más adelante dirá que “la imputabilidad significa siempre capacidad de pena” p. 115—, y añade: “Para afirmar, pues, que las dos situaciones [imputabilidad y peligrosidad], significativas en la especificación de los efectos del delito, inciden también sobre la referibilidad del hecho al agente, dada la... interdependencia entre el primero y el segundo, será preciso demostrar —y Gallo lo intenta en los párrafos siguientes— que ellas influyen sobre el elemento de hecho; es decir, sobre el comportamiento, el cual resulta diversamente afectado por la presencia de una u otra e incluso de entrambas. Y es así como el hecho restituye al sujeto al tanto de concreción del cual es deudor” (pp. 30-31). Todo su afán es diferenciar la imputabilidad y la culpabilidad. Para ello se ampara en una aguda observación de Antolisei (*Manuale*, p. 176), que en verdad para lo que sirve es para decidir la mismidad de una acción. En orden a las leyes italianas, dice este último, y Gallo lo hace suyo: mientras no podría aplicarse una medida de seguridad al menor constreñido a ejecutar un acto mediante violencia física irresistible, “los artículos 222 y 224 del Código penal [italiano], al fijar para el manicomio o para el reformatorio judicial mínimos de du-

ración independientes de la gravedad del delito, reenvían directamente a las nociones del dolo y de la culpa, que en nuestro sistema tienen un peso decisivo para establecer tal gravedad" (p. 31). Con esto piensa Gallo haber esgrimido un argumento sin respuesta en abono de su tesis de que la imputabilidad nada tiene que ver con la culpabilidad y que puede existir el dolo de los inimputables. Esto es radicalmente inaceptable. Tan avezados penalistas como Petrocelli y Bellavista —imparcialmente citados por Gallo—, se oponen a semejante desnaturalización de conceptos. El primero dice, con exactísimo criterio, que no se trata en tal caso de dolo, sino de intención (*La Colpevolezza*, 1ª edición, p. 27), y el segundo cree que lo que hay ahí es un pseudodolo o una pseudoculpa, que origina lamentables confusiones entre la visión naturalista y la visión jurídica del fenómeno (*Il problema della colpevolezza*, p. 154). Gallo se limita a objetarles que el legislador no ofrece una doble noción del dolo o de la culpa; pero no deja de reconocer que, con ello, pierde la culpabilidad su "colaboración ética", y menos desconoce que esas ideas producen "repugnancia", al tener que "considerar 'culpable' incluso la acción de sujetos inmaduros o psíquicamente enfermos". Pero, a pesar de todo, insiste en la necesidad de "no cerrar los ojos a la realidad de una regulación que en las descripciones del hecho no distingue el comportamiento del imputable" (p. 32). En última instancia, y como dirá en las postreras páginas de su libro, a su juicio "la culpabilidad se sitúa como una forma especialmente cualificada de la antijuricidad (en orden al comportamiento al cual se aplica)" (p. 144).

Los esfuerzos de Gallo no sólo quedan sin logro, sino que además ataca, con ellos, las esencias de la imputabilidad, de la culpabilidad y de sus dos especies: el dolo y la culpa.

3. *La sedicente "Defensa Social"*. En otra vía, y ésta mucho más superficial, se mueve Filippo Gramatica y su pretendida escuela de la "Defensa Social", que ha tenido espectacular encarnación en sus Congresos internacionales, alguno de ellos "preparado" en las americanas tierras de Caracas.<sup>8</sup> Con mucha menos enjundia que la *temibilidad* garofaliana o la *peligrosidad* con que yo quise un día conseguir la completa sustitución

---

8 Cf. nuestra *Chronique de Droit pénal étranger. Le Droit pénal hispanoaméricain en 1951-1952*, en *R. D. p. et C.*, 1953.

de la responsabilidad, de la imputabilidad y de la culpabilidad,<sup>9</sup> habla ahora el *capo* de la supuesta nueva *scuola*, de *antisociabilidad*.<sup>10</sup>

4. *La responsabilidad sin culpabilidad*. Abandonemos estas tentativas sin enjundia, para aludir a otra, acaso más descabellada: la moderna aplicación de la vieja fórmula de la *responsabilidad sin culpabilidad*, que ha difundido Federico Castejón (*Comentarios*, tomo II, pp. 11 y ss.). Sólo nos interesa decir aquí que ésta hubiera sido la lógica conclusión de los positivistas al negar, no sólo el libre albedrío —que no tenemos para que discutir—, sino la responsabilidad basada en elementos psicológicos, doctrina que Ferri estigmatizó con el peyorativo título de “ecléctica”. Lo han querido así algunos autores norteamericanos, que con su natural infantilismo sacan las últimas consecuencias de muchos postulados, que no se atreven a extraer los mismos que les dieron nacimiento. Como secuela de la negación de la imputabilidad, afirma P. C. Knapp que la responsabilidad es, en esta edad de la ciencia, un postulado que pasó de moda, y aun—

---

9 Luis Jiménez de Asúa, *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid, Pueyo, 1922, pp. 88 y ss.

10 F. Gramática, art. en *Rivista de Difesa Sociale*, 1947. Por desgracia, estas ideas vagas y por su vaguedad peligrosísimas, han plasmado en un Proyecto de Ley costarricense, denominado de “Defensa Social”. Aunque sólo sea un Proyecto preparatorio de una ley para el expresado fin, ya es bastante para darse cuenta de su *inadecuada extensión*, puesto que va desde la “profilaxis” y “prevención” de la delincuencia y el “control de la criminalidad” (?), hasta el “tratamiento efectivo de los elementos peligrosos y antisociales a efectos de readaptarles últimamente a la comunidad”. Para ello se propone la creación de un “Departamento de Defensa Social”, regido por un “Consejo Superior”, encargado de ejecutar esos vastos planes, contra los que llama “fenómenos de patología social”, mediante variadísimos sistemas, entre los que el artículo 1o. enumera nada menos que la “acción preventiva sobre... los espectáculos públicos y literatura nocivos”; la “investigación de las causas de la criminalidad nacional”; y la *refundición* (*sic*) en su esfera de eficacia de las “siguientes instituciones y actividades de carácter regenerativo: centros de reclusión (escuelas de orientación vocacional, reformatorios, cárceles, penitenciarias y presidios), colonias agrícolas de tipo resocializador; protección social de menores y adultos; medidas de seguridad y en general las medidas de defensa social dictadas para la regeneración de los elementos peligrosos y de los penados por toda clase de delitos”. (Vid. nuestra citada *Chronique*, en *R. D. p. et C.*, 1953, apartado 21 de nuestro trabajo). Nos parece radicalmente inaceptable esa incongruente amalgama entre los medios de combatir el estado peligroso sin delito y la represión de los más grandes crímenes, hijo todo ello de la sustitución de nuestras concepciones penales de atribuibilidad, imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad, por el pretencioso y vago vocablo de *antisociabilidad*.

que se haya levantado en contra de semejante despropósito C. O. Weber, diciendo que eso es una "pseudo-ciencia", W. W. Waller ha insistido en aquellos puntos de vista. (Los trabajos aludidos se mencionan *infra*, en la "Explicación de las abreviaturas"). Con sagacidad poco acostumbrada en los Estados Unidos, esclarece el tema R. Mac Iver (*Causación social*, pp. 203 y ss.).

Apresurémonos a advertir que los positivistas italianos no sólo se oponen a la llamada responsabilidad sin culpabilidad, sino que, si bien parezca que a regañadientes, no niegan la subsistencia de las tradicionales nociones del dolo y de la culpa (especies, grados o elementos, según la doctrina de cada autor, de la culpabilidad). En efecto, en la *Relazione* que acompaña al Proyecto de 1921, lo ha dicho así Enrique Ferri del modo más taxativo (pp. 25 y ss.).

De este largo recorrido a través del pensamiento de los penalistas contemporáneos, incluso de los más modernos, vemos que la culpabilidad se reafirma, aunque, como vamos a reconocer, se le ponga delante la mera atribución.

5. *Atribuibilidad*. Algunos autores de lengua alemana demasiado devotos de ceñir la dogmática a la letra de sus leyes vigentes —salvo la loable excepción de los partidarios de fórmulas supraleales—, han contemplado la ley de 24 de noviembre de 1933, sobre peligrosidad y medidas asegurativas, con cristales de aumento y se han creído en el indeclinable trance de modificar nada menos que la doctrina de la culpabilidad, como lo ha hecho Kadecka, sin olvidar tampoco el excesivo peso que esa ley ha ejercido en las concepciones de Maurach. No podemos llegar a tanto; la culpabilidad, a partir de Roma, ha afinado el elemento subjetivo y, en la propia Alemania, ha sido objeto de construcciones tan perfectas, como las de Max Ernst Mayer y Edmund Mezger.

En verdad, no debemos demoler un edificio tan cuidadosamente levantado, sino que ha de dejarse intacto. Lo que procede es anteponerle un grado preliminar de responsabilidad (*lato sensu*), que no tiene propiamente el carácter de *penal*, como ha hecho Maurach. El mero *estado peligroso* reclama *protección, ayuda, corrección*, para el propio agente que engendra la temibilidad; y *aseguramiento* para los terceros, para los miembros de la comunidad. La *culpabilidad, sensu stricto*, acarrea la *pena*, que es, ante todo, *retribución*, aunque tenga fines resocializadores frente al

delincuente, e intimidación, en funciones de *prevención general*, para los demás.<sup>11</sup>

En suma, reconocemos que puede haber una *responsabilidad lato sensu*, de los inimputables, a condición de que sean socialmente peligrosos, responsabilidad que actúa por la mera atribuibilidad.<sup>12</sup> Para ello necesitamos apoyarnos en una concepción jurídica y en una condición psicológica. Es preciso, por tanto, *dar una definición de primer grado de la infracción*, y es necesario que la actividad asegurativa o correccional de la Sociedad se emplee en un sujeto cuyo acto pertenezca a su mismidad.

6. *La construcción jurídica: la infracción dañosa.* Advirtamos, ante todo, que no nos parece exacto hablar de *delito*, en esta hipótesis. Mau-

---

11 Hemos anticipado aquí nuestro criterio en orden a la pena y medidas de seguridad, que expondremos largamente en el tomo último de la Parte general de nuestro *Tratado*. Mientras tanto consúltese: Luis Jiménez de Asúa, *Les peines et les mesures de sûreté* (ponencia al Congreso de la Asociación de Derecho penal, de Roma 1953), en *Revue Internationale de Droit penal*, 1953.

12 Acaso hubiera sido preferible haber dicho "imputación", ya que "imputabilidad", que etimológicamente no es más que *attribuir*, está cargada de sentido distinto —moral o penal— y exige capacidad. Podríamos haber invocado los términos literales de Carrara, puesto que dice que "*imputar* significa poner una cosa cualquiera en la cuenta de alguien" y que "*la imputación* es el juicio sobre un hecho *acaecido*" (*Programa*, I, § 2); pero no podríamos olvidar que, antes, el maestro toscano vinculó la "imputación" al libre albedrío (id. § 1, nota 2). Acaso es más neutral Pessina al definir la "*imputación* en sentido estricto" como el reconocimiento del "vínculo de causalidad moral entre la actividad humana y un fenómeno de oposición al Derecho" (*Elementos*, p. 329); pero no podríamos hacerlo sin prescindir de cuanto luego dice el famoso penalista italiano. También habría que forzar el sentido latente en el propio Augusto Merkel, para invocar los literales términos de lo que dice este viejo maestro, al presentarnos la imputación como un juicio doble: el "causal", que "atribuye el hecho a la voluntad del agente", y el "juicio distributivo" que consiste en poner en la cuenta del autor "la significación del hecho mismo, su valor positivo o negativo, con el fin de apreciárselo para lo futuro como servicio o como deuda" (*Derecho penal*, I, p. 96). Inútil sería buscar en la expresión alemana *Zurechnung* (literalmente: *imputación*), usada por M. E. Mayer (*A. T.*, p. 200) y hasta por Mezger (en su *Grundriss*, p. 69), con sentido más amplio a veces que el vocablo *Zurechnungsfähigkeit* (literalmente: *imputabilidad*), puesto que la "imputación" supone como esencia la "comprensión", las *entendederas* del sujeto, como puede verse en uno de los más recientes trabajos de Edmund Mezger: *Das Verstehen als Grundlage der Zurechnung*, 1951. A este respecto es recomendable el trabajo antes citado de Sabatini (1934). Por cuanto antecede, y buscando la mayor neutralidad, hemos empleado el término *atribuibilidad*. Por otra parte, según se ve por lo que hemos dicho antes en el texto, la mejor traducción de la *Zurechenbarkeit* de Maurach es *atribuibilidad*.

rach da el nombre de *Verbrechen* (literalmente: *crimen*) al mero acto típico y antijurídico, y califica como *Straftat* (*hecho punible*), a la “comisión culpable de un crimen”, según hemos visto. También Francisco Blasco y Fernández de Moreda, usa el término *delito*. Así se engendra una inútil confusión. *Delito* es el acto típicamente antijurídico y culpable. El hecho típico y antijurídico *tan sólo*, no es más que *infracción dañosa*.

Acaso pudiéramos haber dicho *infracción dañosa en acto o en potencia*, en un esfuerzo por hacer netamente jurídico-penal la reacción contra la peligrosidad de los individuos temibles, háyase manifestado aquélla por un acto sancionado como delito en las leyes o por una conducta de mero carácter antisocial, en una pretendida tesis unificadora del estado peligroso subjetivo, a la manera de Petrocelli. Quedaría así englobada en el término jurídico *infracción dañosa*, la peligrosidad pre-delictual, porque se la contempla en vista de una futura acción dañosa. Anticipemos que esto no sólo no tendría ventajas, sino graves inconvenientes. En primer término, vincularíamos la actividad estatal en la lucha contra la peligrosidad a la mera acción u omisión que se teme, y le daríamos carácter *jurídico-penal*. La intervención del Estado debe hacerse pensando en el agente. El estado peligroso *no es* una característica del acto, sino del hombre temible. Por otra parte, nos interesa sobremanera proclamar que la intervención estatal, aunque sea con previa condición de jurisdiccionalidad, en modo alguno debe tener carácter punitivo.

Nos encontraríamos así, empezando por el grado que excede de la mera atribuibilidad, con esta serie de situaciones jurídicas: a) *delito*, con la característica de la culpabilidad (a más de ser típico y contrario al Derecho) que acarrea *responsabilidad penal* y que se materializa en una *pena*; b) *infracción dañosa*, con las únicas características de tipicidad y antijuricidad, que lleva asociada la mera *responsabilidad por el acto* y que por recaer sobre personas *inimputables peligrosas*, sólo permite la sujeción a *medidas de seguridad* legalmente previstas; c) *peligrosidad sin delito*, que únicamente contempla al agente temible y que tan sólo faculta para imponerle *medidas capaces de evitar peligros futuros* (sistema de seguridad, curación o enmienda), que *jamás tendrán carácter penal*.

Cerremos estas digresiones, a que nos ha conducido la propuesta de un vocablo nuevo en la asociación de dos palabras que forman la frase *infracción dañosa*, con la que designamos el hecho jurídicamente *valuado*, pero no reprochado aún, de quien ha producido consecuencias que no pueden ser indiferentes al Derecho. Repitamos que a veces se detendrá ahí la atribución, proclamando la “responsabilidad por el acto”, como Mau-

rach la llama. En cambio, en otros casos —atendida la capacidad del agente, la acción psicológica dolosa o culposa, la motivación y la parte caracteriológica del autor—, la valuación alcanzará las notas de un juicio de reproche, y surgirá entonces la verdadera culpabilidad por un acto u omisión, que esta vez sí que corresponde denominar *delito*.

Entendido así el problema y adoptada una más exacta terminología, creemos que Francisco Blasco ha prestado un gran servicio a nuestra ciencia al proponer la distinción, en referencia a como es contemplado por el Derecho positivo, entre el delito como *concepto amplio*, que es “*hecho o acontecimiento*, y el delito como *concepto estricto*, que es *acto o conducta* imputable individualmente al agente”. El primero se definirá, pues, como “un hecho antijurídico y penalmente tipificado”;<sup>13</sup> el segundo, como “conducta o acto antijurídico, tipificado, imputable, culpable y, en el supuesto concreto, punible”.<sup>14</sup>

El propio Blasco nos revela el fin que ha perseguido al dar esa noción *amplia* del delito como *hecho*, que —según hemos dicho— nosotros preferimos denominar más brevemente: *infracción dañosa*.<sup>15</sup> “La razón

---

13 A esta síntesis llega Blasco, pero no sin antes haber analizado más prólijamente el concepto del delito, *lato sensu*, o delito como *hecho*. “En nuestra opinión —dice—, el delito previsto en sentido *amplio* en la Parte General de los aludidos cuerpos legales, puede definirse como *un hecho contrario a las normas jurídicas y encuadrado en una descripción incriminatoria, contenida en cualquier precepto definidor de un tipo singular delictuoso, bajo la amenaza de una sanción penal*.”

14 Lo mismo que en el concepto anterior, Blasco llega a esa noción *sintética*; tras de este análisis: “En lo que hace al delito en su *estricto* sentido, concebimosle como *conducta o acto antijurídico, integrado por una forma de obrar y un resultado que se describen de manera incriminatoria en un precepto penal singular, y cuyo acto es psíquicamente imputable a una persona física, moralmente culpable, se encuentra sometido a veces a condiciones objetivas de punibilidad y está sujeto a una sanción penal*.”

15 La ventaja que podría hallarse en la terminología de Blasco es que correspondiera al Derecho positivo. El propio autor invoca artículos del Código penal argentino en los que el delito se prevé como *hecho*, pero él mismo confiesa que también en ellos se prevé como *conducta* (por ejemplo: arts. 1o., 2o., 4o., 11 inciso 1o.; 12, 13 inciso 4o.; 15, 23, 26, 27, 28, etc., etc.), y otros de la Parte especial en que se concibe como acto o conducta (*verb. gratia*: arts. 79, 141, 212, escogidos al azar entre tantos más). Pero es el caso que el mismo Blasco confiesa que los términos del Código no son constantes y que “nada importa al respecto que, en el caso concreto, la ley emplee la locución *hecho* en vez de la de *acto*, en razón de la sinonimia que los legisladores, con imprecisión técnica proclive a dudas y confusiones, han atribuido corrientemente a ambos términos.



y alcance de esta doble forma, amplia y estricta, en que, ajustándose al Derecho positivo contemplamos el concepto del delito, compenétranse íntimamente. La noción amplia del delito, enfocado como un hecho o acontecimiento antijurídico y penalmente tipificado, justificase porque tan sólo ella permite mantener la calificación de delito para los actos cometidos por personas inimputables o que obraren en estado de inculpabilidad o separados por especiales causas de impunidad; calificación necesaria para construir lógicamente, sobre la base del hecho en cuestión, tanto la doctrina de la participación criminal (por posible concurrencia en la comisión de los actos determinantes de aquél, de individuos inimputables, inculpables o exentos de pena, con otros individuos —coautores o cómplices— que no se hallen exentos de imputabilidad, culpabilidad ni responsabilidad penal), como la de las consecuencias que las leyes penales asignan, *taxativamente*, a los actos criminosos perpetrados por inimputables inculpables o exentados de pena, en función de una responsabilidad que, aun siendo propiamente *penal*, no es menos estimada, por el Derecho, responsabilidad *ex-delicto*" (*Sobre el concepto del delito*, etc.).

A la luz de estas nuevas concepciones aparecen mucho menos inexactas de lo que nosotros mismos hemos creído, unas frases escritas en 1915 y que luego repetimos y han copiado otros: En las causas de justificación "*no hay delito*"; en las de inimputabilidad "*no hay delincuente*" y en las excusas absolutorias "*no hay pena*".<sup>16</sup>

Hemos cumplido el deber de dar una base jurídica a la idea de la *imputación* a título de mera *atribuibilidad*. Necesitamos ahora establecer la condición psicológica a que antes aludimos.

7. *La condición psicológica: la mismidad.* Para que la *infracción dañosa* pueda atribuirse a su causante, necesita ser *de él*, proceder de su *mismidad*. Ilustremos, pues, esta condición a la que los italianos adscriben su *suitas*, nacida de la conducta voluntaria en las fórmulas de F. Grispigni<sup>17</sup> y que se aproxima más a la mera atribuibilidad en las teorías de F. Antolisei.<sup>18</sup>

16 Vid. nuestra obra *Derecho penal*, Madrid, Reus, 1915, pp. 162-163. Francisco Blasco nos ha hecho el favor de rehabilitar esas frases nuestras, en su ya citado artículo, *Sobre el concepto del delito*, etc., núm. 11 *in fine*.

17 Ella le sirve a Grispigni para construir su teoría de la omisión (*Diritto penale italiano*, vol II, 2a. edición, Milán, Giuffrè, 1950, pp. 37 y ss.

18 Vid. de este autor: *Sul concetto dell'azione nel reato*, en *Riv. p.*, vol. CI (1925); *La volontà nel reato*, en *Riv. p.*, 1932, pp. 133 y ss.; *L'azione e l'evento nel*

Por eso, antes de entrar en la explicación de nuestro punto de vista, conviene esclarecer la *suitas* italiana, de la cual se desliza Antolisei con demasiadas facilidades, hacia la culpabilidad. En efecto, aunque insista en una forma del "querer", lo cierto es que habla de casos en que éste puede ser inconsciente; proceso discutible y discutido, harto grave además, pues no es sencillo construir la voluntad sin la representación. "A nuestro modo de ver —dice Antolisei—, para resolver de modo satisfactorio el delicado problema, es necesario considerar que la psicología ha comprobado que no todos los actos que se desenvuelven por bajo de la zona lúcida de la consciencia son independientes del querer. Muchos de ellos, con una intervención de la energía interior, con un *misus* consciente, pueden ser inhibidos. También los actos reflejos (por ejemplo: la tos, el estornudo, la retracción de un miembro a causa de un pinchazo, etc.), pueden ser influidos por la voluntad dentro de ciertos límites. Lo mismo se dirá de un acto instintivo, como el de extender los brazos para evitar o atenuar el golpe en una caída. Con mayor razón puede repetirse esto para los casos llamados habituales; es decir, para los actos que se han hecho automáticos por hábito. Los movimientos que realiza impensadamente la dactilógrafa, el pianista, etc., etc., pueden, sin duda, ser controlados por la voluntad". Ahora bien, en el sentir de Antolisei, no siempre puede ejercitarse el poder de la voluntad sobre los actos automáticos: "hay ciertos movimientos inconscientes que en modo alguno pueden ser regulados ni inhibidos por el querer. Basta pensar en ciertos movimientos que el enfermo realiza en el delirio producido por la fiebre, en el vómito cuando se ingiere un emético, etc." De aquí que Antolisei divida los actos automáticos en dos grupos: "actos que pueden ser impedidos por la voluntad" y "actos que se desenvuelven fuera de todo posible contraloro del querer" (*Manuale*, pp. 174-175).

El planteamiento, en base del querer, y por ende de la voluntad, lo lleva a graves y arriesgadas consecuencias. Después de reconocer que los actos del segundo grupo son "extraños a la voluntad del sujeto", dice que no pasa lo mismo con los del primero, y deduce, de cuanto ha expuesto, que "son atribuibles a la voluntad no sólo los actos que son hijos de un esfuerzo consciente, sino también aquellos que derivan de la inercia del querer. La voluntad tiene, sin duda, un campo en el que puede *dominar* con sus poderes de impulso y de inhibición. La atribuibilidad al querer,

---

*reato*, Milán 1928; *Manuale*, pp. 173 y ss. (en la 2a. edición, Milán, Giuffrè, 1949, pp. 180 y ss.; pero en el texto nosotros citamos la edición primera).

por tanto, se extiende cuanto el señorío del querer mismo: en otros términos, va tan lejos como el poder de la voluntad" (*Manuale*, p. 175).

El párrafo que sigue poco después, aisladamente considerado, puede aceptarse sin reparos, sobre todo si se toma tal y como luego lo entenderemos. "En la atribuibilidad al querer (*suitas*) —prosigue Antolisei—, consiste el 'nexo psíquico' que es el primer factor del elemento subjetivo del delito, nexo que es siempre indispensable a fin de que un acto externo, positivo o negativo, pueda considerarse 'propio' del autor y exigirse que sea puesto a su cargo" (*Manuale*, p. 176, y también pp. 140-141). Silvio Rannieri (*D. p.*, pp. 174 y ss.) ha expuesto criterios bastante de acuerdo con estas tesis que vienen siendo desarrolladas por Antolisei desde su artículo (cit. *retro*, nota 18) sobre el concepto de la acción en el delito, publicado en 1925.

Los penalistas de Italia —colegas y compatriotas de Antolisei— han atacado esa doctrina, censurándole la asimilación de la voluntad en potencia a la voluntad en acto, que es el plano inclinado por donde la *suitas* puede deslizarse a la plena esfera de la culpabilidad. Grispigni observa que la "posibilidad de la voluntad de ser activa es, a lo sumo, sólo el 'presupuesto' de la culpabilidad" (*D. p.*, vol. II, 2ª edición, p. 40).

Al criticar Francisco Alimena<sup>19</sup> las teorías de Antolisei, da su propio concepto de la *suitas*. En primer término, y en el terreno de las censuras, ataca el mismo punto combatido por Grispigni: "Falta un elemento común para subsumir bajo un concepto único la voluntad y la posibilidad de querer; es decir, algo concreto y algo que existe sólo en potencia. Más bien hay entre las dos situaciones una verdadera oposición conceptual: una cosa es, en verdad, lo que se quiere, y otra lo que no se quiere, aunque pueda quererse. El hecho de que exista tal posibilidad no es suficiente para aproximar lo que no se quiere a lo que se quiere, y subsumirlos luego en un concepto único" (p. 14). Después, para preparar su criterio, plantea F. Alimena esta disyuntiva en lo que respecta a la fijación de la *suitas*: "O se prescinde de la voluntad, o si se quiere continuar recurriendo a ella, como parece desea hacerlo Antolisei, es preciso referirse a la voluntad en acto y no ya a la posibilidad de querer; es decir, a algo que existe en la realidad concreta de los hechos y no a una mera aptitud" (p. 14).

<sup>19</sup> Nos vamos a referir —y las páginas que citaremos en el texto pertenecen a esta obra— a su interesante estudio *La colpa nella teoria generale del reato*, Palermo, Priulla, 1947.

Para Francisco Alimena, se precisa partir de la voluntad en acto, que no deja de funcionar con cierto éxito mientras la refiere a la omisión; pero con respecto a los actos automáticos las soluciones son muy forzadas. Aunque en principio esos actos, así como los habituales, son involuntarios, pueden transformarse en voluntarios, si el que sabe que los realiza, y pudiendo, en tal caso, no ejecutarlos con un esfuerzo de la voluntad, no los impide una vez representada la posibilidad de evitarlos. No querer impedirlos significa querer ejecutarlos (p. 10). Lo que más importa es que F. Alimena trata la *suitas* con la expresa advertencia de que al hablar de ella no entiende referirse a la culpabilidad y ni siquiera al coeficiente psíquico de la acción (p. 13, nota 13).

De cuanto antecede nos importa destacar que para la *suitas*; es decir, para la atribuibilidad, se han esforzado los italianos en establecer la condición psíquica de que el acto que ha de atribuirse, pertenezca al autor sin entrar todavía en que esa pertenencia suponga culpabilidad. Lo consiga o no, ello está bien nítido en los propósitos de F. Alimena. En cuanto a las opiniones de Antolisei, mal recibidas por la crítica —como acaba de verse—, hay mucho más que depurar. Ve claro que existe una atribuibilidad, pero ésta la vincula al querer, con lo que tendríamos que plantearnos ahora si el loco es susceptible de querencia. Si analizamos la voluntad en el puro terreno psicológico, deberíamos contestar afirmativamente: el loco quiere, aunque sus motivos sean aberrantes. Pero para Antolisei ese “nexo psíquico” —del que no habla F. Alimena— tiene muy variada acepción, o mejor: una esfera harto extensa. Lo que vemos en las ideas de Antolisei de más aprovechable es cuanto en el párrafo antes transcrito se refiere a que hay actos, que con independencia de lo consciente, pueden y deben reputarse *proprios del autor*.

Por eso, lo que nos interesa clarificar es que la *atribuibilidad*, la *suitas* italiana, como la primera fase de la *Zurechenbarkeit* de Maurach, suponen más bien que relación a la voluntad, y mejor que “responsabilidad por el acto” —que quiere decir harto poco—, referencia a la *mismidad del agente*. *Se atribuye a un sujeto su acto típico y antijurídico; es decir, la “infracción dañosa”, porque las acciones u omisiones que la causan proceden de la “mismidad” del productor.*

Con el solo designio de depurar la *suitas* italiana, ha escrito, al respecto, muy buenas páginas Alvaro Bunster, que reprocha a Antolisei —y también a Alimena— invadir con la *suitas* “una esfera que sin duda alguna pertenece a la culpabilidad” (*La voluntad*, etc., en Rev. de C. Penales, 1950, pp. 159 y 161). Por ello intenta precisar el problema, planteándolo así:

“Indagar sobre el contenido y alcance del coeficiente psíquico necesario a la acción, significa únicamente reconocer en la teoría de la acción una raíz psíquica que obra como causa del actuar externo, aun cuando en rigor tal raíz psíquica no indique pertenencia ‘espiritual’ de la acción exterior al sujeto”. Con ello cree Bunster —y cree bien— poder distinguir “suficientemente la *suitas* de la culpabilidad”, cosa que no se logra si se vincula aquélla a la voluntad, como suele hacerlo Antolisei. Advirtamos, sin embargo, que en uno de los estudios del profesor italiano —*L'azione e l'evento nel reato*, cit. *retro*, en la nota 18— se ha distinguido claramente voluntad y atribuibilidad: la relación de íntimo nexo entre el movimiento exterior y la íntima personalidad del sujeto, constituye “el coeficiente psíquico de la acción, que, por ende, no debe reconocerse en la voluntariedad del acto, sino en la atribuibilidad del acto al sujeto; en otros términos, en la *suitas* del acto” (p. 59 de la obra de Antolisei). Bunster quiere, no obstante, llegar a mayor exactitud y dice: “En nuestro entender, la *suitas* no es un reflejo de la personalidad humana, o por lo menos conceptualmente no necesita serlo. Expresa una simple relación causal entre un acto singular de la psiquis y un movimiento corporal que se verifica en el mundo de los fenómenos. No es en modo alguno necesario que esta causación psíquica tenga como substrato la voluntad, sino que basta que provenga de la actividad psíquica de un hombre, que sea un acto psíquico y no un acto fisiológico”. “Con un acto singular interno, anímico —explica pocas líneas después— un hombre se ha puesto a sí mismo como causa de un evento [quiere decir *resultado*]: su subjetividad ha intervenido, así sea en mínima parte, y ello basta para afirmar la *suitas*” (p. 162).

En el plano de la voluntad, se dedica luego Bunster a esclarecer qué actos no pertenecen a esta causación [a esa mismidad]. No lo serán los actos reflejos, puesto que no son “psíquicos, sino fisiológicos” (p. 163). En cambio, sí es bastante para fundamentar la *suitas* —a juicio del autor chileno— el acto instintivo, ya que es “un acto psíquico que se cumple en virtud de funciones psíquicas complejas”. Por ello, la fuga del que oye una terrible explosión “tiene a su respecto el sello de *suitas*, porque ha obedecido a una orden de la psiquis” (p. 163). En cuanto al acto que forma parte de un hábito, también estima que “es posible reconocer una pertenencia exclusivamente psíquica de ese movimiento al agente, sin que sea necesario entrar en el ámbito de la voluntad” (p. 164).

Luego entra Bunster a ocuparse del problema en referencia a la conciencia del agente. En este punto le acompaña la fortuna, pues separa perfectamente los casos de inimputabilidad, en que está presente la llamada

por nosotros *mismidad*, de aquellos en que falta la acción (pp. 172 y ss.). En el enfermo mental, en los casos en que existen perturbaciones cualitativas de la consciencia, el sujeto no es imputable, pero su "acto, objetivamente conforme a una figura legal...", es siempre una conducta del hombre, pertenece al sujeto" (p. 174). En orden a las perturbaciones cuantitativas de la consciencia, examina Bunster los distintos casos para decidir si el acto, como tal, está ausente o si cabe estimarle como propio del agente y en consecuencia considerarle bastante para afirmar la *suitas*. A su juicio, los "estados confusionales oníricos", son casos de inimputabilidad, pero no de "ausencia del comportamiento", y lo mismo cree que acontece con el sonambulismo y con el "estado crepuscular del epiléptico" (pp. 174-177).

8. *Resumen de la noción de atribuibilidad.* Recapitulemos cuanto hemos dicho con pluma propia y con apoyo de criterios ajenos. *La atribuibilidad de una infracción dañosa es posible cuando viene el acto u omisión, que materialmente le causa, de una mera causación psíquica que afirma el acto como propio de su causante (mismidad).*

En tal sentido, no puede negarse que *pertenecen al agente* no sólo cuantos comportamientos típicos y antijurídicos efectúa el *enfermo mental*, y el *niño*, sino los casos en que se comete una *infracción dañosa*, en *estado de sueño*, en *situación crepuscular hipnica*, en el *sonambulismo*, y en aquellos en que la consciencia se halle perturbada cualitativa y cuantitativamente. En estas hipótesis, *el acto es inimputable, pero atribuible al agente, porque procede de su mismidad.*

Por el contrario, *no son suyas* las acciones u omisiones —aunque sean dañosas— que se causan por *fuerza irresistible de otro*; por *ajena sugestión* o por *mandato hipnótico*. Esos acontecimientos pertenecen *al otro* que forzó materialmente; *al que* sugestionó al mero ejecutor, y *a quien* hipnotizó al mandatario. Tampoco son *de la pertenencia* del causante material, los *actos reflejos* (en la epilepsia hay comportamientos de esta índole) y los *instintivos* (aunque Bunster crea otra cosa), por ser *únicamente* fisiológicos, e incluso pudiéramos añadir los casos de *absoluta falta de consciencia* (como en los fenómenos de "sideración"), porque no puede decirse que haya participado la psique, ni siquiera en la más pequeña escala.<sup>20</sup>

20 Si se compara lo que acabamos de escribir con lo que hemos dicho al ocuparnos de la *ausencia de acto* (Cap. IV, del tomo III de nuestro *Tratado*), se verá que hay una importantísima rectificación. A la luz del concepto de *mismidad*, guía seguro para caminar por estos difíciles terrenos, no deben considerarse como tal

Por ser *suyos*, por pertenecer a su psique, por proceder de su *mismidad*, son *atribuibles* al enfermo mental, al niño, y a los imputables en general sus actos lesivos de bienes jurídicos o de intereses de la comunidad. Y se los atribuimos en vista de consecuencias jurídicas. En efecto, *con la atribuibilidad de la infracción dañosa, producida por acciones u omisiones de la mismidad del causante*, se ha hecho posible construir jurídicamente la consecuencia de tales actos: la *medida de seguridad*, ya sea con fines de enmienda, curación o custodia.

Con ello nos detenemos en este primer límite para pasar al segundo. Frente al delito, es decir, frente a la acción típicamente antijurídica, culpable e imputable a un hombre, no basta la *simple atribuibilidad*. Es necesario seguir adelante, pues el reproche no se dirige al mero productor, aunque su psique haya intervenido en la causación del resultado. La *reprochabilidad* sólo es posible si el agente es *culpable*.

9. *Afirmación de la culpabilidad*. Acaso no fuera preciso insistir en ello, pero, como "lo que abunda no daña", queremos repetir que, bien lejos de la tosca *responsabilidad social o legal* de los positivistas, no nos basta la simple atribuibilidad para definir el delito, propiamente dicho, y menos para asociar a esa conducta dañosa una *pena*.

El Derecho penal se ocupa *excepcionalmente* de la mera atribuibilidad y de las medidas de seguridad; si jurisdiccionaliza el estado peligroso y esos medios de enmienda, curación o custodia, es en garantía de los derechos del hombre. Nos encontramos, más bien, ante una razón *política* que *jurídica*. El campo propio del Derecho penal es el *delito* y la *pena*. Y para definir aquél e imponer ésta, se precisa la *culpabilidad*. Ciertamente que en los Derechos vigentes subsisten casos de responsabilidad sin culpa: los delitos calificados por el resultado y ciertas presunciones de culpabilidad, como acontece en los delitos de imprenta, que no se necesita probar, pues aparecen con carácter *iuris et de iure*. Pero la dogmática vigente procura reemplazar, por interpretación teleológica y progresiva, o por nuevas fórmulas legales, los delitos calificados por el resultado con los delitos preterintencionales en que subsiste la exigencia de la posibilidad de previsión

---

ausencia de acto el *sueño* y el *sonambulismo*, que han de ser estimados como causa de inimputabilidad, puesto que las acciones u omisiones que durante esos estados se perpetren, pertenecen a la mismidad del causante. En la segunda edición de ese volumen nuestro se hará la debida corrección, añadiendo el estudio de los actos reflejos y de los instintivos y habituales.

como límite, y se esfuerza en suprimir todas las demás manifestaciones de responsabilidad sin culpabilidad.

Repitamos, por tercera vez, que el Derecho penal ha sellado su destino en la inseparable compañía de la culpabilidad. Hubiera sido lástima arrumbar este finísimo instrumento de justicia. Modernamente destaca Edmund Mezger que el "capítulo más fino y de más ricas formas del sistema jurídico-penal", es "la teoría de la culpabilidad" (S., p. 371). Y mucho antes que él, con más profundidad y mayor resonancia histórica, había dicho Carrara: "Distinguir la teoría de la *imputación*, de la teoría de la *pena*, ha sido uno de los más notables y radicales progresos de la ciencia criminal moderna. La teoría de la imputación considera al delito en sus puras relaciones con el *agente* y a éste, a su vez, le considera en sus relaciones con la *ley moral*, según los principios del *libre albedrío* (en que Carrara creía, aunque por no ocuparse de cuestiones filosóficas, se limitó a presuponerle aceptado) y de la responsabilidad humana, que son inmutables y que no se modifican por las variaciones de los tiempos, de los pueblos o de las costumbres..." (*Programa*, vol. I, § 1).

Proclamamos, pues, la excelsitud del papel que representa la *culpabilidad*, que demanda la *imputabilidad*, como presupuesto de capacidad, y que acarrea la *responsabilidad penal sensu stricto*.

#### EXPLICACION DE LAS ABREVIATURAS DEL TEXTO Y DE LAS NOTAS

- |                                                                                           |                                                                                                                                                                                                  |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Antolisei (Francesco), <i>Manuale</i> . . . . .                                           | Francesco Antolisei, <i>Manuale di Diritto penale</i> , Milán, Giuffrè, 1947.                                                                                                                    |
| Bellavista, <i>Il problema della colpevolezza</i>                                         | Bellavista, <i>Il problema della colpevolezza</i> , Palermo, 1942.                                                                                                                               |
| Blasco (Francisco), <i>El concepto del delito</i>                                         | Francisco Blasco y Fernández de Moreda, <i>Sobre el concepto del delito como base para la elaboración de la teoría general del mismo</i> , en <i>La Ley</i> (Buenos Aires) 15 de agosto de 1952. |
| Bunster (Alvaro), <i>La voluntad</i> , etc., en <i>Rev. de C. Penales</i> , 1950. . . . . | Alvaro Bunster, <i>La voluntad del acto delictivo</i> , en <i>Revista de Ciencias penales</i> , (Santiago de Chile), julio-diciembre 1950, pp. 149-178.                                          |
| Carrara, <i>Programa</i> . . . . .                                                        | Francisco Carrara, <i>Programa del Curso de Derecho Criminal</i> , traducción al es-                                                                                                             |



- pañol de Luis Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1922; 2ª edición, 1925.
- Castejón (Federico), *Comentarios*, tomo II . . . . . Federico Castejón, *Tratado de la responsabilidad*, tomo II de los *Comentarios científico-prácticos al Código penal de 1870*, Madrid, Reus, 1926.
- Ferri (Enrico), *Principii* . . . . . Enrico Ferri, *Principii di Diritto penale*, Turin, Unione tipografico-editrice torinese, 1926.
- Florian (Eugenio), *Parte generale* . . . . . Eugenio Florian, *Parte generale del Diritto penale*, Milán, Vallardi, 1934.
- Hafter (Ernst), *Lehrbuch* . . . . . Ernst Hafter, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, All. Teil, Berna, Stämpfli, 1946.
- Jiménez de Asúa (Luis), *Tratado*, tomo IV . . . . . Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, tomo IV, Buenos Aires, Editorial Losada, 1951.
- Kadecka (F.), *Von der Schädlichkeit* . . . . . F. Kadecka, *Von der Schädlichkeit zur Schuld und von der Schuld zur Schädlichkeit*.
- Kadecka (F.), *Noch ein Wort* . . . . . F. Kadecka, *Noch ein Wort über Schuld und Strafe, Moral und Recht*.
- Knapp (P. C.) . . . . . P. C. Knapp, *Criminal Responsibility*, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. IV (1915), pp. 571-585.
- Mac Iver (R. M.), *Causación social* . . . . . R. M. Mac Iver, *Causación social*, traducción castellana de Moisés González y Eugenio Imaz, México, Fondo de Cultura, 1949.
- Maurach (Reinhart), *Grundriss* . . . . . Reinhart Maurach, *Grundriss des Strafrechts*, All. Teil, Wolfenbüttel und Hannover, Wolfenbüttel Verlag, 1948.
- Maurach (Reinhart), *Schuld und Verantwortung* . . . . . Reinhart Maurach, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*, 1948.
- M. E. Mayer, *A. T.* . . . . . Max Ernst Mayer, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, 2ª impresión de la 2a. edición, Heidelberg, C. Winters Universitätsbuchhandlung, 1923.

- Merkel (Augusto), *Derecho Penal* . . . Augusto Merkel, *Derecho penal*, traducción española de Dorado Montero, tomo I, Madrid, La España Moderna, sin año.
- Mezger, *Grundriss* . . . . . Edmund Mezger, *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1938.
- Mezger, S. . . . . Edmund Mezger, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, 2ª edición, München und Leipzig, Duncker und Humblot, 1933.
- Pessina, *Elementos* . . . . . Enrique Pessina, *Elementos de Derecho penal*, traducción española, 4ª edición, Madrid, Reus, 1936.
- Petrocelli (Biagio), *La Colpevolezza* . . Biagio Petrocelli, *La Colpevolezza*, 1ª edición, Nápoles, Armani, 1942; 2ª edición, Padua, Cedam, 1951.
- Pfander (H.), *Und von der Schuld* . . . H. Pfander, *Und von der Schuld und Schädlichkeit?*
- Ranieri (Silvio), *D. p.* . . . . . Silvio Ranieri, *Diritto penale*, Milán, Casa Editrice Ambrosiana, 1945.
- Riv. p.* . . . . . *Rivista penale*.
- S. p.* . . . . . *La Scuola positiva*.
- S. Z. f. S.* . . . . . *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*.
- Waller (W. W.) . . . . . W. W. Waller, *A deterministic view of criminal responsibility* en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. XX (1929), pp 8-101.
- Weber (C. O.) . . . . . C. O. Weber, *Pseudo-Science and the problem of criminal responsibility*, en *Journal* acabado de citar, 1930, parte II.
- Z.* . . . . . *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.