

dente provocado por la ruptura de la dirección. (Dijon, 14-6-1927 en D. H. 1927.440). Pero en cambio el transportador benévolo es responsable de la ruptura de la dirección, si sabía que su coche estaba muy gastado y se dirigió por una ruta en muy mal estado, sobre la cual no pudo conservar la dirección del volante (Req. 8-3-1937 en D. H. 1937.314).

8) Finalmente, se ha dicho que la declaración por la cual los pasajeros que se han ubicado en un automóvil, descargan de toda responsabilidad, aun delictual, a aquel que los transportaba a título gratuito, es nula y no puede ser invocada por el automovilista que ha cometido una falta grave, conduciendo sin permiso. (Alger, 23-6-1926 en D. H. 1926.457); y que la víctima no puede renunciar de antemano a demandar la reparación del daño y los jueces no podrían interpretar su aceptación de transporte, como significando una tal renuncia. (Civ. 4-1 y 21-3-1933 en D. H. 1933.113 y 301; 18-7-1934 en D. P. 1935.1.38).

9) Por último, el conductor de un coche no contrae, en caso de accidente, ninguna responsabilidad respecto de una persona que se había introducido en el coche clandestinamente e ignorándolo aquél. (Civ. 18-7-1939 en D. H. 1939.493).

Evolución de la Teoría del Delito

Por el DR. CARLOS FONTÁN BALESTRA *

1. El núcleo de la moderna dogmática está constituido por la *teoría del delito*. En ella aparecen los problemas, ya desde que se quiere señalar la relación o independencia que guardan entre sí los elementos del delito, los que continúan con la elección del método y cuando se trata de situar en su lugar apropiado y sistemático distintos aspectos del hecho punible. Ciertamente es que no todos los pasos dados en este terreno han significado conquistas definitivas; pero el panorama ha cambiado, en no muchos años, en aspectos que parecían incommovibles, aunque nadie pueda asegurar que los más nuevos enfoques sean tampoco definitivos.

No sería posible, ni propio, poner de manifiesto aquí todas

* Profesor titular de Derecho Penal, Parte General.

y cada una de las concepciones que han pretendido o logrado cambios en la estructura del delito; sólo vamos a señalar las notas más salientes de lo que podemos llamar una teoría realista del delito y que a nuestro ver constituyen pasos firmes para la labor esclarecedora.

2. Durante mucho tiempo, se mantuvo el sistema claro y sencillo de la bipartición, que sitúa todo lo objetivo del lado de la antijuricidad y todo lo subjetivo del de la culpabilidad. Ese fue el plan de las obras clásicas de *Carrara* y *Carmignani*, en Italia, de *Feuerbach*, en Alemania y de *Pacheco*, en España. (Francesco Carrara, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Lucca 1889; Giovanni Carmignani, *Teoria delle Leggi della Sicurezza Sociale*, Nápoli, 1843; Anselm von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen, 1874; Joaquín Francisco Pacheco, *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1887).

3. Con la aparición de *La doctrina del delito de Ernst von Beling*, se incorpora a la teoría del delito un tercer elemento: la *adecuación al tipo o tipicidad*, que aparece como independiente y neutra al valor, pero afirmando que sólo en conexión con ella el acto ilegal culpable se convierte en un delito. "Por ella las figuras características hacen resaltar, de entre la gama de los *acontecimientos* de la vida, los de determinada índole, fuera de los cuales no pueden imaginarse consecuencias penales". (*Die Lehre vom Verbrechen*, ps. 110 a 112). Desde entonces, unas veces tratado en el capítulo de la acción (*M. E. Mayer*), otras en el de la antijuricidad (*E. Mezger*) o bien independientemente, el nuevo elemento quedó incorporado a la teoría del delito, magüer algunos intentos de retorno a la bipartición. Algunos autores, consideran que la tripartición debe hacerse en base a la acción, la antijuricidad y la culpabilidad (*G. Maggiore, Derecho Penal*, 1954, T. I., p. 270).

Pronto observó *Max Ernst Mayer* que la pretendida neutralidad al valor de la tipicidad, no era del todo exacta. Señalando la existencia en el tipo de elementos normativos y elementos verdaderos de antijuricidad, declara que son equivocadas las esperanzas de quienes confían en construir una tipicidad carente de valor, y una antijuricidad puramente objetiva, libre de elementos psíquicos (*Der Allgemeine Teil*, 1915, p. 182). En palabras claras dijo *Adolf Schönke* que la doctrina se ha dado cuenta de que no existe entre las características del delito una muralla lógica, neta, y que no se puede incluir todo lo objetivo en la tipicidad y todo lo subjetivo en la culpabilidad (*Problemas*

de la sistemática jurídico-penal en la reciente doctrina alemana, en *Revista Jurídica de Córdoba*, abril-junio de 1949, p. 223).

4. Hoy se reconoce al tipo penal significado valorativo y se le atribuye la función de *precisar lo injusto punible* (Edmund Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, 1946, T. I., p. 161-62; Alexander Graf zu Dohna, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1950, p. 56; en español: *La estructura de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1958, p. 42).

Muy claramente dice Graf zu Dohna: nosotros entendemos por tipo la suma de las características que constituyen determinado delito, y los tipos legales han sido creados, precisamente, para deslindar lo justo y lo injusto en una forma que no pueda dejar lugar a dudas. Lo prohibido es, precisamente, la concreción de los tipos legales. (*La estructura de la teoría del delito*, p. 42). Edmundo Mezger, para quien los tipos penales precisan lo injusto punible, trata la tipicidad como una parte del estudio de la antijuricidad (*Tratado de Derecho Penal*, antes del § 12 A. Véase la importante nota de J. Rodríguez Muñoz).

5. El delito es esencialmente *acción*. Antijuricidad, culpabilidad y adecuación típica, se los ve como características de la acción, constituyéndose con ella, así calificada, lo ilícito o injusto penal. Por ello se da al estudio de la acción y del nexo causal la extensión adecuada y el lugar sistemático en la teoría del delito, sin perjuicio de los debates en torno a su esencia. Su estudio se antepone al del tipo penal, como presupuesto al análisis de los demás elementos del delito (R. Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, T. I., § 16, I A y 17, III).

6. Se abandona la concepción puramente mecanicista de la *causalidad* y se reconoce que la acción lleva implícita una *manifestación de voluntad*, entendida como cierto nexo psicológico entre el autor y su movimiento corporal (Jiménez de Asúa, *Tratado*, T. V n° 1476; J. Antón Oneca, *Derecho Penal*, T. I, p. 160; R. Maurach, *Tratado*, T. I, § 16, I A)

No se confunde esa manifestación de voluntad con el *contenido de la voluntad*, que pertenece a la culpabilidad. Una cosa es que el movimiento corporal responda a la decisión del hombre —libre o coacto, imputable o inimputable— y otra que se cumpla conociendo y queriendo o aceptando algo. No es lo mismo el manejo o dominio del movimiento corporal, que el contenido psicológico y volitivo de ese movimiento y el juicio que sobre él pueda hacerse.

7. Se precisan y estudian en su lugar adecuado las situaciones que tienen por efecto *excluir la acción*, distinguiéndolas

de las demás eximentes de pena, particularmente de las causas de inimputabilidad, señalándose sus distintas consecuencias.

8. Se reconoce a la culpabilidad *función correctiva* con respecto a la causalidad. (*Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal*, t. III, p. 577, N° 1118, 3°; *J. Anton Oneca, Derecho Penal*, t. I, p. 165; *R. Maurach, Tratado de Derecho Penal*, t. I, § 18, II A, 2.)

9. Se ratifica la idea de una *responsabilidad* basada en la culpabilidad y se refirma el principio "no hay pena sin culpabilidad". La libertad se entiende como capacidad de motivación, conforme a representaciones éticas de valores y según el sentimiento del deber. *La responsabilidad* se entiende en el sentido de que para el hombre no vale una mera instintibilidad como para el mundo animal, sino un deber responder por las propias acciones, según criterios de justicia, que están en la conciencia de cada uno. (*Hans Heinrich Jeschek, El proyecto del nuevo Código Penal alemán, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto 1962.)

10. Se reconoce que la culpabilidad propiamente dicha contiene elementos normativos constituidos por la referencia al orden jurídico, sin que esto suponga *reemplazarla* por un juicio de reproche.

1) Teniendo por válida la fórmula de *Franz von Liszt*, según la cual la imputabilidad es "la capacidad de conducirse socialmente" (*Tratado de Derecho Penal*, t. II, p. 384) y manteniéndola como presupuesto de la culpabilidad (*Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal*, t. V, N° 1535), entonces la normatividad de la culpa queda reducida a sus justos límites, en cuanto constituye un *juicio de referencia*, sustentado en el ordenamiento jurídico, cosa que nunca hemos negado y sí, por el contrario, afirmado (*Derecho Penal*, 4° ed., 1961, ps. 321 y 329). La imputabilidad es "capacidad de conocer y valorar el deber de respetar las normas", en tanto que la culpabilidad determina si esas normas fueron comprendidas y respetadas en el momento del hecho.

2) Si se dice que la culpabilidad es *también* el juicio de reproche, ya que ella no se agota con los elementos psicológicos, entonces empezamos a ponernos todos de acuerdo; sobre todo, si es eso lo que se quiere decir cuando se afirma que la culpabilidad es normativa.

11. Se distingue el hecho punible del *hecho atribuible*, que conduce a consecuencias del Derecho penal distintas de la pena,

con lo que se logra una sistemática más clara y más precisa de la teoría del delito.

Así: *Edmund Mezger, Derecho Penal, Libro de Estudio, parte general*, t. I, § 13; *Maurach, Tratado de Derecho Penal*, t. I, § 13, I, ps. 152-153, y t. II, § 31; *Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal*, t. III, 2ª ed., N° 966 bis; *Francisco Blasco Fernández de Moreda, Sobre el concepto del delito como base para la elaboración de la teoría general del mismo*, *La Ley*, t. 67, p. 848, N° 11. Se va así, como de la mano, hacia la acción atribuible a título de "responsabilidad" y no de culpabilidad, dando a la palabra *responsabilidad* un nuevo sentido (*Maurach, Ibídem*, t. I, 13, I, p. 151; *Jiménez de Asúa, Ibídem*, t. V, N° 1476).

12. Se desplaza el concepto formal de la *antijuricidad*, y en su lugar se afirma la idea de un *injusto material o sustancial*, orientado con un criterio de protección de bienes jurídicos. En base a ese criterio comienza a abrirse paso una teoría general de la justificación apoyada en la *valuación de bienes jurídicos*.

13. Se estudia con cierta autonomía el *consentimiento del interesado*, ya como causa excluyente de la tipicidad, ya como acordando licitud a ciertos actos, ya complementando causas de justificación.

14. La adopción del *método teleológico*, acorde con la naturaleza finalista del derecho penal, proporciona al intérprete una herramienta de trabajo que le permite penetrar hasta la esencia de las normas y aplicar así la ley con un mayor sentido de realidad y de justicia. (*Hans Welzel, Derecho Penal*, § 5, II; *Edmund Mezger, Tratado*, t. I, § 11, 1, 2; *G. Bettioli, Diritto Penale*, 1962, ps. 53 y ss.)

15. El desenvolvimiento de la doctrina del llamado *concurso de leyes*, un tanto descuidada por los autores italianos, hasta Filippo Grispigni, permitió distinguir muchos de estos casos de adecuación de los de concurso ideal, reduciéndose en extensión apreciable el ámbito de este último. (*Liszt-Schmidt, Lehrbuch*, § 56; *F. Grispigni, Curso*, v. 12, ps. 477 y ss.)

16. Se dedica una parte en la exposición dogmática al estudio del autor, la que comprende, con algunas variantes, la capacidad para delinquir, la imputabilidad, la minoría penal, la peligrosidad y la participación.

No se identifica este criterio con el que inspiró el positivismo penal y que le llevó al estudio de las causas y remedios de la delincuencia. Se trata aquí del estudio del autor en su relación con el orden jurídico.

17. Con respecto a la *sanción* es gran mayoría el criterio que

amplía el contenido de las consecuencias del Derecho Penal con otras medidas fundamentadas en la peligrosidad, la defensa social y la atribuibilidad. Se las considera despojadas de función retributiva y se les asigna la de *prevención especial*. Se reconoce a la pena *carácter retributivo*, sin perjuicio de la *prevención general y especial*, al distinguir sus distintas etapas.

18. Se admite, puede decirse que unánimemente, aunque no siempre por razones igualmente atendibles, que el delito es un *todo inescindible* y que su estudio analítico es una imposición metódica, similar a la que resulta de otras disciplinas de igual o distinta naturaleza.

Este criterio parece haberse hecho carne en la Argentina, y aparece expresamente señalado en un fallo reciente: "La utilidad del método de analizar separadamente cada uno de los elementos integrativos del delito, no puede ser seriamente discutida; a no ser que se interprete que ese sentido analítico equivalga a fragmentar materialmente la conducta humana y divorciar cada uno de esos elementos constitutivos del juicio sintético final. El método analítico a lo sumo es técnica, arte o herramienta de trabajo, para una mejor comprensión de cada uno de los elementos integrantes o componentes del todo, pero no importa desvincular totalmente un elemento de otro o renegar de la síntesis final que es connatural a toda conclusión científica." (Fallo del juez *Raúl Horacio Viñas*, en la causa *Castellanos, Arturo* sobre homicidio, confirmado por la Corte de Apelaciones de Mar del Plata, *Justicia Bonaerense*, 23 de julio de 1963.)

Inviolabilidad en Derecho Internacional

POR EL DR. JUAN ANTONIO MADRAZO *

La palabra "inviolabilidad", en lenguaje común, indica el privilegio de no poder ser apresado, perseguido, ni condenado en ciertas circunstancias o sólo por determinados hechos. Aún

* Profesor titular de Derecho Internacional Público.