

Consideración antinómica del delito

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la Facultad de Derecho de Madrid y de la Escuela Judicial.
Director del Instituto de Criminología

1.º Consideración antinómica del delito (1)

Contemplado el concepto técnico-jurídico del delito con la óptica de las *antinomias* que se rastreadan en la dogmática de la acción punible, nos hallamos con que en la época lisztiana el binomio *objetivo-subjetivo*, correspondiente respectivamente a la acción y a la culpabilidad que, por demás es utilísimo, al modo como lo había sido, salvando las distancias, en las geniales aportaciones de F. Carrara, repartido en la *fuerza física*—acto—, aspecto material, y *fuerza moral*—culpabilidad—, aspecto subjetivo, resulta que ambos constituyen, tanto formal como materialmente, la parte noble del delito.

Sobre esta tensión *antinómica* entre lo *objetivo*, repartido en la conducta típica y antijurídica, y lo *subjetivo*, alojado en el ámbito de la culpabilidad se desarrolló la reflexión técnico-dogmática a partir de Listz, agudizada ulteriormente en las contribuciones de E. Belling, sobre todo, con su primera obra del año 1906 (2).

(1) Este trabajo es capítulo inédito de una obra titulada *Derecho penal y ciencia del Derecho penal*, finalizada en enero de 1957.

Al rendir justo testimonio de admiración y amistad al recordado colega claustral, Prof. Quintano Ripollés, hemos querido apuntalarlo con unas cuantas *notas* y remozar la antigua redacción adicionándole algunas sugerencias. En otra ocasión se publicó sobre el tema, por nosotros, una parte distinta, que sirvió de *nota* para las conferencias profesadas en las Universidades de Nápoles y Perusa. (Cfr. J. DEL ROSAL. "*Studi onore Grispigni*". Milano Giuffrè, 1956, pág. 465.)

(2) La consideración *antinómica* del conocimiento está a la vista, como dijera Nicolái Hartmann, *Ontología*, I. Traduc. esp. JOSÉ GAOS. Fondo de Cultura Económica, México, 1965, pág. 189 y sigs. "En el fenómeno del conocimiento como acto trascendente hay una doble *antinomia* que ha menester de aclaración. La relación sujeto-objeto tiene la forma de una correlación."

El fenómeno delictivo, de igual suerte y observado desde el aspecto técnico-jurídico, se nos ofrece integrado por dos planos de suyo *antitéticos*, pero que a la vez se libera y resuelve tamaña apariencia contradictoria, en virtud de que: "trasciende" hasta llegar a presentarse su "contenido como suprafenomenico".

No cabe duda que la elaboración técnica de nuestra disciplina debe a este esquema *objetivo-subjetivo* óptimos frutos en la construcción del sistema. La germinación y con posterioridad las profundas secuencias, de suyo ordenadas y plenas de armonía fueron posibles, en gracias al sazonado clima naturalista, calificado de "turbia atmósfera filosófica" por E. Wolf (3).

Las líneas lógicas y la labor de sistematización en la dogmática de Liszt y en la que se pudiera llamar "clásica" (Beling, M. E. Mayer y Mezger, entre los principales), rindió ponderada eficacia, en punto, entre otros extremos, valga citar, a modo de ejemplo, en la distinción entre acción y culpabilidad, tentativa, frustración y actos preparatorios, formas de culpabilidad, error, graduación de la pena, funciones de ésta, y otras más.

El cambio de norte de la influencia filosófica, fundamentadora de la reflexión penal, con predominio de la escuela sudoccidental alemana, y el golpe asestado al naturalismo por esta orientación valorativa, trajo, como conclusión, la dislocación de las sencillas vértebras en que se adosaba el sistema. A partir del año 1923, y antes con la aportación de M. E. Mayer, se aboga por que "no todo lo objetivo y subjetivo es de suyo coincidente con la antijuricidad y culpabilidad respectivamente", según expresión de Köhler, apareciendo en escena los elementos "subjetivos de la antijuricidad", expuestos exhaustivamente por Mezger, con la posterior alusión a los llamados por Thierfelder elementos "objetivos de la culpabilidad", con lo que se deshace el equilibrado andamiaje entre los ingredientes objetivo y subjetivo, que

Ahora bien, para darse cuenta de que la esencia del fenómeno delictivo termina por ser "suprafenomenico" se necesita que la metódica tecnicojurídica se cerciore de los "elementos", "aspectos" o existencia óntica de que goza la acción delictiva, por ser, antes de nada, un *facto*, sin cuyo fundamento mal que pese no sería a la vez una realidad práctica, con la doble vertiente de que viene y va a la *práxis*.

El haber extraído esta contemplación *antinómica* del comportamiento delictivo, se debe a nuestro entender, y sin necesidad de hacer acopio de datos a E. MEZGER, *Leipsiger Kommentar*, 1957, W. GRUYTER, Berlín, págs. 1-18; ídem. *Moderne Wege*, Duncker, Berlín, 1950; ídem. *Studienbuch*, 1965, pág. 46 y sigs.; W. GALLAS, *Zum Gegenwärtigen Stand der Lehre von Verbrechen*, Berlín, 1955, W. DE GRUYTER, págs. 3 y sigs., que se inspiró en la corriente tan en boga a la sazón de Hartmann; igualmente cabe destacar en este concierto de antecedentes la obra filosófica de RADBRUCH, citada con relativa frecuencia por nosotros, amén de su contribución al homenaje a Frank. Cfr. *Zur Systematik der Verbrechenlehre*. MOHR, Tübingen 1930, págs. 158-174, la que en buena parte nos ha servido para esta explanación.

De sumo interés a este respecto las obras de CAPOGRASSI, sobre todo, *II problema della scienza del diritto*, Milano. A. Giuffré, 1962, págs. 141 y sigs. Ya recientemente G. BETTIOL, *In tema di antinomie penalistiche*, en STUDI F. ANTOLISEI, MILANO, GIUFFRÉ (Vol. I), 1965, págs. 16-25.

También el linaje de nuestra exposición debe inmediatamente conectarse en las publicaciones del Prof. Zimmerl, de quien recibimos enseñanzas valiosas durante nuestro discipulado en la Universidad de Marburgo.

(3) V. E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit*, 1932, Breslau, página 4.

habían prestado un servicio inapreciable en la sistemática del delito (4).

Más adelante se atacan por Welzel las bases historicofilosóficas en que venía montada la especulación dogmática y el naturalismo pier-de-completamente terreno para ceder el paso a una orientación finalista, que pretende recoger los conceptos tal como ontológicamente se ofrecen en la vida real, acompañada esta estimación de un *personalismo* y una concepción *material* de los conceptos penales, que da como resultado extremado la imposible separación—principalmente en la por entonces llamada dirección de Kiel, Dahm y Schaffstein—, entre antijuricidad y culpabilidad (5).

Aquí sólo nos interesa señalar la coexistencia dialéctica de elementos de índole dispar en el seno de la dogmática de los caracteres del delito, los cuales de bien distinto modo han sido metódicamente reducidos por Sauer, aunque el planteamiento por nuestra parte tie-

(4) Véanse G. BETTIOL, *Oggettivismo e Soggettivismo nell' ambito della nozione del reato*. MILANO, GIUFFRÉ, Esfr. Scr. ONORE DI A. C. JEMOLO; ídem *Objetivismo e Subjetivismo no âmbito da noção de delito*, Separata de ver. brasileira de Criminologia e direito penal, núm. 9, 1965; ídem *Diritto penale*, PADOVA, CEDAM, 1966.

Como afirmara José María Navarrete, en su trabajo, *Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito*. Separata de "Anales de la Universidad de Valencia. Vol. XXXVI, 1962-63, ataca la situación crítica del Derecho penal por el juego de pares de conceptos. "Derecho y realidad, forma y contenido, norma y vida", para dar con el objeto de su reflexión, que no es otro, sino que "el delito, por tanto, no puede ser una construcción lógico-racional completamente rígida. A su esencia pertenece también aquellos elementos irracionales o emocionales que no pueden ser aprehendidos por medio de un análisis lógico realizado por el entendimiento humano", dándole entrada a la tesis de Mezger, de los tres elementos que componen la estructura interna de los conceptos jurídico-penales: *norma, contenido y valor*.

El esquema objetivo-subjetivo ha servido para realizar una reelaboración de la preterintencionalidad y principio de culpabilidad, en el penetrante estudio de Manuel Cobo. Cfr. Anuario de D. P. y C. penales, Madrid, 1965.

Una exposición de singular valor para un movimiento de las fases por que ha pasado el concepto del delito, sobre todo, el desplazamiento del objetivismo al subjetivismo, representando por el resultado y la culpabilidad, y la adopción del punto de vista subjetivo puede verse en O. A. GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zürich, SCHULTHESS, 1942, los capítulos 1 y 2 de A y el 1 del B.

Actualmente se postula pese a su influencia del finalismo y de su subjetivización de la antijuricidad por un objetivismo, como pieza fundamental de garantía y defensa de la persona.

(5) De suyo, al igual que en los anteriores capítulos, solo tangenciamos el tema con vistas a caracterizar la complejidad y el rico contenido interior de nuestra dogmática. Sobre el tema, aparte de otras, véanse ultimamente: R. MAURACH, *L'evoluzione della dogmatica del reato nel più recente diritto penale germanico*, en Riv. it. di Dir. pen., 1949, págs. 637-657; H. WELZEL, *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, en Riv. it. di Dir. pen., 1951, pág. 1-16; Cit. supra GALLAS; R. BUSCH, *Moderne Wandlungen der Verbrechtslehre*, Mohr-Tübingen, 1949; K. ENGSCH, *Bietet die Entwicklung der dogmatische*, etc. etc.

Extensamente en nuestra tesis doctoral *Una nueva concepción del delito*, Granada, 1942. Un estudio cabal representa el libro de T. WÜRTEMBERGER, *Die richtige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, KARLSRUHE, 1957, págs. 47 y sigs.; ídem traduc. italiana, 1965, págs. 73 y sigs.

ne una finalidad diversa. Se trata, en suma, de llamar la atención de que el delito, como "objeto" de conocimiento técnicojurídico contiene tanto en el juego de sus caracteres como en su formalización lógica, requisitos de suyo distintos y contrapuestos, proclamando, con ello, la factura jurídica —mejor aún, antijurídica— sin olvidar que aquellos se hallan alojados en el suelo facticio que sirve de valoración para el mundo del Derecho.

Así, por ejemplo, Sauer destaca los caracteres del delito con *tres pares de conceptos contrapuestos*:

a) *Caracteres objetivos y subjetivos. Injusto y culpabilidad.*

Aquí se destacan con las reservas propias del caso, que "el carácter objetivo del delito es el injusto; el subjetivo, la culpabilidad. *Objetivo es el hecho; subjetivo, la voluntad del autor*" (6).

b) *Carácteres positivos y normativos.*

Así, nos hallamos con que los caracteres positivos del delito son: a) Objetivos, como el obrar (actuar u omitir); b) Subjetivos, el querer. De otro lado, como se ha dicho, la antijuricidad, según la dogmática "clásica", es fundamentalmente objetiva; c) En tanto que la culpabilidad es en buena parte subjetiva. Andando el tiempo se pasará por otras dos fases: a') Intento de confusión entrambas (época "nazi"); b') Y con los finalistas se minimiza la función de la culpabilidad y la mayoría de su contendio pasa a la problemática de la acción. Ya interesa en este primer carácter del delito —la acción— la parte "interna" de la declaración de voluntad, cosa que en la vieja dirección quedaba reservada a la culpabilidad.

c) *Configuración formal y material de los caracteres del delito.*

La conceptualización *formal* estimó como delito la acción típicamente antijurídica, culpable y punible. Igualmente precisó *formalmente* los distintos elementos integrantes del concepto.

De frente a ello, se dijo —recuérdese a Liszt— que estas determinaciones formales, puramente dogmáticas "necesitan la justificación interna y objetiva mediante la acogida del contenido desvalorativo, de modo que el delito en sus diversos caracteres aparezca en primer término como verdaderamente "punible" (7).

La misma evolución técnicojurídica del concepto del delito nos muestra una constante esperanza de superación de las contradiccio-

(6) V. W. SAUER, 1955, pág. 22.

(7) V. W. SAUER, *Derecho penal*. (Parte general). Traduc. española por J. DEL ROSAL y CEREZO. Ed. Bosch, Barcelona, 1956, págs. 47 y sigs. "Estas determinaciones formales, puramente dogmáticas, necesitan la justificación interna y objetiva mediante la acogida del contenido desvalorativo, de modo que el delito en sus diversos caracteres aparezca en primer término como verdaderamente "punible" (pág. 48).

nes que anidan en el concepto del hecho penal. Veámoslo, siquiera sea muy esquemáticamente:

2.º Orientaciones de la dogmática de los caracteres del delito.

La antigua doctrina dogmática y hasta la moderna se preocuparon de limar las asperezas de las contradicciones entre las diversas condiciones de los caracteres del delito. La apertura al trasplante de lo "objetivo" en lo "subjetivo" y viceversa, dislocó, de buenas a primeras, el dispositivo mental de los penalistas, sobre todo, alemanes, allá por los años veintitantos, sin saber que pasado algún tiempo se llegaría a mantener que justamente los códigos antiguos, como el vigente en Alemania, contienen más ingredientes subjetivos que objetivos y que la plataforma y penetración de aquéllos darán lugar al nacimiento técnico del llamado derecho penal de autor.

Convendría, pues, reiterar cómo se adoptaron posturas distintas que van, desde la radical separación entre los caracteres del delito hasta su completa identidad y confusión entre ellas.

La sistemática de Beling, del año 1906, de corte naturalista, los trató independientemente los unos de los otros, esto es, sin que mediare *relación* alguna. Así, la acción nada tenía que ver con la tipicidad, ni ésta con la intijuricidad. Se le llamó teórica de la pura *coordinación* (8).

Esta manera abstracta y atomizadora de considerar el suceso penal elimina, de antemano, por supuesto, las *antinomias* que rebullen en la esencia del concepto, desde punto y hora que todos ellos integran el concepto de una forma descriptiva. Aquí, la visión jurídicopenal tiene mucho de las ciencias naturales, puesto que el delito viene a ser la *suma* de todos ellos, los cuales figuran como presupuestos de la pena,

En las *notas* que pusimos a esta traducción decíamos, y conviene reiterar que: "La característica expositiva del sistema de SAUER consiste en buscar los conceptos contrapuestos; amparándose en ellos da cabida a una serie de ingredientes criminológicos y ético-culturales, procedentes de otros campos, pero que en buena parte están velando por la formación del pensamiento punitivo. La tesis está ampliamente desarrollada, como el autor indica con insistencia, en su voluminosa obra sobre el método jurídico, que alcanza una complejidad sin par en este terreno. Así, por ejemplo, el profesor SAUER nos dibuja la ley del pensar jurídico, exponiéndonos en un cuadro total, tanto el "objeto" cuanto el "procedimiento". Individual-general (tipo; concreto-abstracto, ordenación); hecho-norma (rango sistemático); inductivo-deductivo (compensación-socialización); analítico-sintético (insertación, subsanación lógica), crítico-valorativo y crítico-lógico (ascensión valorativa, eticidad).

Llama SAUER método puro crítico-valorativo, al que tiene, además, como meta de realización del Derecho: una aproximación lo mayor posible de la justicia con las exigencias del bien común (págs. 30-31).

(8) V. J. DEL ROSAL, *El pensamiento penal español y otros problemas penales*. Ed. Aldecoa, Burgos-Madrid, 1942; H. SPRIESTEUBACH, *Neue Kritik der Lehre vom Tatbestand*. (Diss), Bonn, 1960, principalmente págs. 17 y sigs. De importancia. L. PETTOELLO-MANTOVANI, *Il valore problematico della Scienza penalistica*. Priulla, Palermo, 1961, págs. 9 y sigs.

y nada más. La primitiva elaboración de Beling cabe traerla de modelo a este respecto (9).

Ya esta dirección, iniciada por M. E. Mayer (10) que estima que la función del tipo es *indiciaria* con respecto a la antijuricidad perturba las *antinomias* y se principia por dislocar las piezas, tan simplemente colocadas de los caracteres del delito. De ahora en adelante, el binomio *objetivo-subjetivo* dejará de ser un útil tópico en la ordenación de los caracteres del delito. Pero todavía la colocación de lo objetivo y subjetivo son en verdad coincidentes con lo antijurídico y culpable, a pesar de que ya por este tiempo la teoría imperativa del Derecho con su consiguiente tesis del carácter subjetivo de la antijuricidad contaba con valiosos partidarios (11).

En Mezger se aviva la cuestión de las *antinomias*. El fundamento de la tipicidad como *ratio essendi* de la antijuricidad da a entender, a las claras que el acontecimiento penal es un hecho de difícil encaje sistemático, ya que la repartición de la arquitectura en lo *exterior* e *interior*, todavía mejor, en lo *objetivo* y *subjetivo* está expuesto a críticas, desde el momento en que el acto creativo de la figura delictiva por el legislador es un proceso de pura valoración de conductas humanas, que tiene como rumbo de esa estimativa las referencias materiales de las lesiones o peligros que ocasionan a determinados bienes necesitados de protección para el buen vivir de la comunidad.

De frente a la distinción entre los caracteres del delito, se postuló, desde el año 1934, sobre poco más o menos, por una concepción totalitaria del comportamiento penal, no ya al modo de Mezger, en que el *autor* penetra en la dogmática del delito, sino desmoronando los límites entre antijuricidad y culpabilidad, en virtud de las urgencias de una contemplación viviente del hecho penal, en atención a que este hecho se presenta en la realidad histórica de un solo golpe y en forma de un "todo monolítico inescindible", que diría posteriormente Antolisei (12).

Se adujo, además, que desde la práctica la separación es inservible, toda vez que el juez no efectúa un análisis de las distintas características del delito. Esto es, la visión analítica, a lo Beling, quemando

(9) V. E. BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, nueva edc. 1966.

(10) V. M. E. MAYER, *Lehrbuch*, 1 Aufl. 1915.

(11) Mantiene esta tesis, PETROCELLI, *L'antigiuridicità*. Padova, Cedam, 1955, e Ediz.; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 3 ediz., págs. 136-137.

(12) V. F. ANTOLISEI, *Problemi penali odierni*, Milano, Giuffrè, 1940, pág. 149. Véanse, entre otras obras: J. DEL ROSAL, *Una nueva concepción del delito*, obra cit.; E. WOLF, *Tattypus und Tätertypus*, ZAKDR, 1936, pág. 358; E. MEZGER, *Die Straftat als Ganzes*, en ZStW. Bd. 57, 1938, págs. 675-701; H. WELZEL, *Persönlichkeit und Schuld*, en ZStW. Bd. 60, 1941, págs. 428-474; MEZGER, GALLAS y BOCKELMANN, *Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere in Kriegsstrafrecht*, en ZStW. Bd. 60, 1941, págs. 353-417; G. DAHM, *Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft*, en ZStW. Bd. 57, 1937, págs. 225-295; F. SCHAFFSTEIN, *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*, en ZStW. Bd. 57, págs. 295-337, etc., etc.

etapas, es sustituida por la totalitaria, en consonancia con la ideología política imperante por aquellos tiempos. Se valen para atacar al método analítico de los elementos subjetivos de la antijuricidad, los cuales intentaron confundir la línea de separación entre antijuricidad y culpabilidad. Incluso recientemente Busch también sostiene la tesis que estos elementos en un sistema penal clásico eran insostenibles rearguyendo tanto Mezger como Schmidt a esta postura, que digase lo que quiera, y sobre todo desde el plano de estas reflexiones, no cabe duda alguna que representan una extraña pieza en el sistema, adosado en lo *objetivo-subjetivo* (13).

Así, contra la distinción entre tipicidad y antijuricidad, de un lado; y de otro, entre antijuricidad y culpabilidad alzan sus argumentos los penalistas de la llamada dogmática nazi; con ello se busca una finalidad políticocriminal que a la postre conduce al denominación derecho penal de autor.

De entre ellas debe destacarse la expuesta por Maurach y sistematizada con más detalle en su tratado (14). Distingue entre responsabilidad por el hecho y por la culpabilidad (15). Literalmente dice: "También mi *Grundriss* de la parte general (1948) se esforzó en expresar la independencia en que se encuentra el delito respecto a la culpabilidad, al distinguir entre delito, como la acción injusta atribuible, y hecho punible como la acción injusta culpable". La *culpabilidad* y la *atribuibilidad* son dos conceptos distintos (16).

Con ello se evidencia, por si ya no lo estuviera, la naturaleza, cabría decir, *antinómica*, de la concepción de este penalista, la cual le ha conducido nada menos que a la creación de dos términos de contenido diverso: *delito* y *hecho penal*. Así no le ha costado trabajo a Grispigni decir que la reciente dogmática penal alemana viene ahora a sostener viejas posturas ha largo tiempo por él propugnadas (17). Y nótese que este desdoblamiento del concepto se hace a costa de la culpabilidad, o por mejor decir, construyendo una imputación objetivista, franja de común acceso para la pena y la medida de seguridad, con lo que se intenta hallar una zona comunitaria para ambas sanciones.

La llamada dirección finalista, cuya exposición no viene ahora a cuento, representa un esfuerzo de sistematización de los elementos dispares de la teoría jurídica del delito, a base de extender la esfera de

(13) V. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar, obra cit.*, pág. 12. De interés igualmente M. GALLO, *La Teoría dell'azione "finalistica" nella più recente dottrina tedesca*, Milano, Giuffrè, 1950, págs. 6 y sigs.

(14) V. R. MAURACH, *Deutsches Straf. Obra cit.* 1954, págs. 103 y sigs.

(15) V. J. DEL ROSAL, *Derecho penal* (Lecciones), 2 ed. Valladolid, 1954; M. R. MAURACH, *Schuld und Verantwortung im Strafrecht*. 1948.

(16) V. SCHÖNKE y SCHRÖDER, *Kommentar, obra cit.*, pág. 13. R. MAURACH, traduc. esp., pág. 151 (II). Barcelona. Ed. Ariel, 1962.

(17) V. F. GRISPIGNI, *La nuova sistematica del reato nella più recente dottrina tedesca*, en Scritti F. Carnelutti, Cedam, Padova, 1950, págs. 403-416.

dominio de algunos caracteres del delito, sacrificando, una vez más, la doctrina de la culpabilidad, pues como ya expresó plásticamente Schönke, realiza “una desmaterialización de este concepto”. Y sin embargo a los efectos concretos de este esquema, da como resultado una escisión del sistema entre conducta dolosa y culposa, en unos términos todavía más sobresalientes que en la llamada dogmática clásica, sin que logre cancelar el dualismo metódico, ya agudamente explicado por Radbruch, en cuanto a la estructura del sistema del Derecho penal concretado en la forma apuntada por E. Wolf (18).

La orientación que escinde el sistema del delito en dos partes, llamada teoría dualista, es un reconocimiento del contraste entre “hecho” y “autor”. El representante más destacado es H. Kantorowicz (19). Estima que el hecho penal está integrado por una conducta típica no justificada y culpable, en la que no concurre una causa de exclusión personal de la pena. Sobre los datos del hecho y del autor coloca tres caracteres; en el primero, el acto, su tipicidad y la falta de causas de justificación; para el segundo, el sujeto, la culpabilidad y la falta de causas personales de exclusión de la pena. Igualmente Radbruch subraya este dualismo metódico entre “hecho” y “autor” (20). Como señalan Schönke-Schröder “lo característico de esta teoría dualista del delito radica en que la culpabilidad no es un atributo del concepto del delito, sino del autor” (21).

3.º *De la eficacia y significación de la visión antinómica.*

Por lo mismo que afecta al *objeto* de conocimiento, en este caso, el delito, dicho se está que esta apertura, dentro de las vías de acceso al fenómeno penal, ofrece un singular aspecto de sosegada eficiencia para aprehender en su *esencialidad*, al estilo de Heidegger, la plenitud del mismo como para cerciorarse de la interna dialéctica que anima en su estructura.

Y aunque no se ha detenido hasta ahora la reflexión en terna metódica, es suficiente con una simple ojeada para llegar a entender el

(18) V. E. WOLF, *Einleitung*, en *Rechtsphilosophie* 4 Aufl. Verlag Koehler, Stuttgart, 1950, cuando expone lo siguiente: “Para la determinación de si existe una acción basta y sobra con que el autor haya actuado voluntariamente. Todo vale igualmente para la culpabilidad, si bien la pregunta aquí radica en conocer el contenido y su significación. Se trata, por tanto, de una distinción metodológica que deja intacta la ley interior del pensamiento” (pág. 37).

(19) V. H. KANTOROWICZ, *Tat und Schuld*. 1933. Expuesto ejemplarmente en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, obra cit., pág. 14. Y así se recoge el principio de este capítulo, llamado de la concepción “antinómica del delito”.

(20) V. G. RADBRUCH, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, en *Fest. Frank-Moor* Tübingen. 1930, págs. 158-174, especialmente pág. 160.

(21) V. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Kommentar*, obra cit., pág. 14. De importancia a este respecto las concepciones penales de los profesores GRISPIGNI y RANIERI, en su estudio ya cit. supra., el primero, y el segundo, en su monografía *Colpevolezza e personalità del reo*. MILANO. GIUFFRÉ, 1933.

valor y la significación que entraña una incursión de esta índole por entre los aspectos más salientes de la arquitectura lógica y material.

Valga de ejemplo, aquí, entre otras, la disección que hicieran los finalistas en cuanto a las paredes de la teoría jurídica del delito, en que, en contra de su postura, nos desvelan las dos grandes partes en que aparece la configuración delictiva, tanto en su dimensión general cuanto en la concreta, cristalizada en los delitos en particular de los libros segundos de los códigos penales. Nos referimos, claro está, a los delitos dolosos y culposos, y a las dificultades ontológico-formales de cualquiera empresa dogmática que intente soldar ambos sectores de la culpabilidad —o de la acción en el finalismo—, es decir, dolo y culpa, puesto que constituyen dos modos descriptivos y típicos de naturaleza distinta, sin que con ello se ponga en entredicho su coexistencia, apelando a criterios que no son del caso explicar aquí.

A) La *eficacia* de una consideración antinómica del delito se observa, en concreto: *a*) Por de pronto nos plantea de buenas a primeras en la *esencialidad* del concepto, que dijera la fenomenología existencial; *b*) Vierte su repercusión en el entendimiento del delito; *c*) Es capaz de alinear desnuda y limpiamente la complicada dogmática de los caracteres del delito; *d*) Nos sitúa metódicamente a cada uno de estos en su lugar adecuado, sin que se quiebren los márgenes de distinción entre ellos; *e*) Conservan su vigencia los demás métodos empleados en el estudio y conocimiento del delito; *f*) Nos obliga a ponderar equilibradamente las dispares expresiones, sin por ello tacharnos de antisistemáticos, como preconizara Zimmerl; *g*) Además, desde el plano politicocriminal nos brinda la finalidad práctica de los conceptos penales, especie de fin primordial de la justificación del pensar penal, puesto que de lo contrario sería una inútil herramienta para satisfacer las exigencias personales y sociales de la humana convivencia; *h*) De otro punto distingue la contemplación *abstracta* del delito de la *concreta* del caso en particular. *i*) Acentúa la visión que distingue, pero que no separa ni quebranta la entera unidad en que se nos ofrece el delito en su existencia fenoménica.

B) La *significación* se añade a la fenomenología fáctica con que aparece en la realidad social. O por mejor decir, la *significación* es sobreañadida por la estimativa jurídicopenal, por cuanto la índole del “objeto” —delito, decisión personal— esconde ya en los entresijos con que se patentiza en la comunidad política su fondo de fenómeno de la vida real, puesto que el perfil social del delito está conjuntado a la significación con que lo regula normativamente el orden positivo vigente, por ser un comportamiento negativo del mismo.

Así, pues, el *facto* en que se apoya la valoración penal tiene superlativa importancia para una cabal y completa captación del acontecer delictivo, como ha demostrado al lado del tecnicismo, la disciplina por excelencia facticia, que es la Criminología, mal que pese a unos formalistas que viven de espaldas a las peripecias reales.

Igualmente la *significación*, es decir, el modo con que la *significa* la realidad jurídicopenal, una vez que el *facto* pasa al estamento penal, es por demás importante, puesto que de la estimativa que se haga depende tanto la pena cuanto los criterios de graduación de ésta.

Las aplicaciones concretas, sea en la teoría general del delito cuanto en los casos singulares que presentan los entes delictivos en particular serán numerosísimas, puesto que nada de extraño tiene, habida cuenta de que es constitutivo de cualquier objeto de conocimiento las *antinomias*.

Conviene, al término de esta meditación, recoger, en forma conclusiva, los puntos más incisivos:

1.º La metódica antinómica queda contraída al reducido concepto del delito; en una palabra, es un modo de aprehender la esencia técnico-jurídica del suceso penal.

2.º No cabe duda que para llegar a la anterior conclusión se necesita limitar nuestra atención al delito, como "objeto" de conocimiento del penalista, en su conformación técnica, compuesto, por tanto, de varios caracteres.

3.º Prescindimos, por supuesto, de su amplia proyección dentro de la teoría jurídica del delito y en la doctrina de los delitos en particular, en que se descubre con facilidad la dinámica interna de requisitos o elementos contrapuestos, fruto de buena parte del llamado momento "emocional" o "irracional", o de la supervivencia de viejas exigencias que aún arrastran su vigencia en los tiempos actuales (22).

4.º La necesidad de una contemplación antinómica del delito viene impuesta por la naturaleza de la "cosa" que se quiere conocer (23); de lo contrario se frustraría el logro de una captación a fondo de la acción punible.

5.º Esta visión nubla cualquier intento de *formalizar* a ultranza

(22) El trabajo de BETTIOL —ya citado—, tiene por objeto presentar la dramática situación de convivencia en los códigos penales —aquí, en el italiano— de cómo imperan *todavía* instituciones privatistas en el seno de un Derecho tan público, como el penal, en que el *ius puniendi* compete al Estado.

Estas desviaciones legislativas de la naturaleza fundamentalmente publicistas del Derecho penal, son, en cierto modo, explicables en base a razones de tipo histórico, etc., etc. (pág. 20).

(23) V. *Droit et Nature de Choses*, Travaux du College de Ph. du Droit Comparée. París. Dalloz, 1965, esp. el rapport de HURTADO, *Droit et nature des choses dans la philosophie du Droit Espagnole*, H. BATIFFOL, *Filosofía del Derecho*, Endeba, Buenos Aires, 1962, págs. 51 y sigs.; L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*. Ed. Porrúa, México, 1963, págs. 37 y otras; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag, Berlín, 1960, págs. 309 y sigs. Trad. española de Gimbernat, pág. 321; trad. italiana sólo comprende la primera parte, estimada como histórica.

Inútil decir, porque se da por sabido, que igual apunta la abundante literatura alemana, en la que se destaca la aportación de RADBRUCH y su versión penal que ya en la época nazi sirvió para escaparse de la especulación interpretativa del principio de legalidad. Por fortuna, tuvo escaso relieve práctico, como ya apuntara SAUER.

la concepción del delito, al modo como se intentó de *lege ferenda* por Zimmerl (24).

6.º No se trata de una metódica extralegal o de índole sociológica, como se ha tachado, por algunos, la teoría del bien jurídico, antes al contrario, surge de las peculiaridades del propio "objeto" a conocer, como se expuso anteriormente.

7.º La ponderación de estos contrastes ha de hacerse equilibradamente, ya que es fundamental para no decapitar la idea del Derecho y del delito, vertientes positivas y negativas respectivamente.

(24) Cfr. ZIMMERL, *obra cit. supra. l. cit.*

